

Dwu-(wielo-)stronne modele e-biznesu a prawo konkurencji

Spis treści

- I. Potrzeba nowego podejścia do regulacji
- II. Innowacje a prawo konkurencji
- III. Kooperacja a konkurencja – w kierunku konkurencji dynamicznej
- IV. Rynki dwu-(wielo-)stronne – kluczowe problemy
 1. Dwu-(wielo-)stronne modele biznesowe
 2. Przykłady rynków dwu-(wielo-)stronnych
 3. Dobrowolne udostępnianie aktywów niematerialnych – nowa strategia budowania pozycji rynkowej?
- V. Standardy rynkowe (standardy de facto) jako czynnik rozwoju dwu-(wielo-)stronnych sieciowych platform usługowych
 1. Pogranicze praw własności intelektualnej oraz prawa konkurencji
 2. Zarządzanie patentami jako model biznesowy

Streszczenie

Na rynkach technologii ICT standaryzacja, interoperacyjność urządzeń i kompatybilność produktów mają kluczowe znaczenie. Ujawnianie i udostępnianie wiedzy przyspiesza powstawanie innowacji. Kolejne fazy rozwoju wiedzy następują po sobie, nawiązując do poprzedników. Dostęp do światowego dorobku w danej dziedzinie jest zatem bardzo ważny dla postępu. Prawa wyłączne nie zawsze są używane w konkurencji innowacyjnej, lecz także do tworzenia strategicznych barier wejścia na dany rynek dla konkurentów. Dotychczasowy model zamkniętych innowacji, który polega na pełnej kontroli firmy nad IPR, ewoluuje w kierunku modelu otwartych innowacji. Dyfuzja wiedzy zapewnia wyższe zyski niż w warunkach monopolu IPR – ze względu na pozytywne efekty sieciowe. Zasady dostępu i realizowane przez niektórych dostawców – skojarzenie zamkniętych i otwartych innowacji mogą być wyrazem konieczności kompromisu między otwartością a pokryciem kosztów organizacji platformy, ale też elementem strategicznego dążenia do powiększania udziału w rynku. Organy ochrony konkurencji powinny przykładać dużą wagę do perspektywy konkurencji dynamicznej oraz innowacji dających szansę na zmiany rynkowe i poprawę dobrobytu konsumentów w długim okresie. Metody udostępniania aktywów niematerialnych na rynkach technologii ICT wymagają nowego spojrzenia, a także syntezy 2 trendów: odgórnych wymuszeń ze strony państwa, kierowanych przede wszystkim do dominantów, by dzielili się informacją i wiedzą w sytuacjach, kiedy ich brak utrudnia lub uniemożliwia innym firmom prowadzenie działalności gospodarczej (ang. *essential facility*), a także oddolnego dzielenia się aktywami

* Prof. dr hab., Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania, Zakład Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania, Wydział Zarządzania UW.

z własnej inicjatywy przez przedsiębiorstwo dysponujące standardem rynkowym, które dostrzega w tej strategii długofalowe korzyści, przede wszystkim związane z rozwojem usług na platformie budowanej wokół łańcucha wartości bazującego na określonym standardzie rynkowym i związanym z nim efektem sieciowym. Systemy współtworzenia wartości przez różne grupy klientów są określane jako rynki dwu- lub wielostronne (*two-, multi-sided markets*), których cechą jest często współpraca między konkurentami.

Słowa kluczowe: otwarte innowacje; rynek technologii ICT; współpraca między konkurentami; konkurencja dynamiczna; standardy rynkowe; wojny patentowe; FRAND; dwu-(wielo)-stronne modele e-biznesu.

I. Potrzeba nowego podejścia do regulacji

Rozwój wiedzy i technologii tworzy nowe rodzaje niepewności i ryzyka, które być może wymagają nowego podejścia do prawa. W gospodarce opartej na wiedzy legislację można przedstawić w kategoriach systemu zarządzania ryzykiem. Przykładowo – w systemach Peer2Peer można sobie wyobrazić *Sharing License* czy *Copytax* o powszechnym zakresie zastosowania, które mieściłyby się w niewielkiej opłacie np. za szerokopasmowy dostęp do Internetu.

Otoczenie systemu regulacji charakteryzuje się kompleksowością, probabilizmem, niepewnością i ryzykiem. Nie można więc sprowadzać znaczenia regulacji tylko do jednej funkcji – redukcji różnorodności. Konieczna jest multidyscyplinarna perspektywa kojarząca prawo jako regulację publiczną z regulacją społeczną (np. normy społeczne, rynek, kultura organizacyjna, etyka, netykieta, architektura Internetu), które wpływają na zachowania pośrednio i w pewnej mierze niezależnie od prawa (ang. *order despite law*). Nie chodzi o eliminację regulacji, lecz o korzystanie z prawa w sposób bardziej innowacyjny, korzystając z synergii z innymi normami społecznymi. Istotny jest nie tylko normatywny, ale poznawczy aspekt prawa. Potrzebne są mechanizmy proceduralne, umożliwiające korzystanie z wiedzy, której postęp nierzadko wyprzedza legislację.

Powstaje pytanie o znaczenie prawa konkurencji na rynkach nowych technologii. Z jednej strony pewne zasady prawa konkurencji są wspólne dla wszystkich rynków i mogą dotyczyć równie dobrze dawnej sprawy Standard Oil, jak i Microsoft czy Google. Z drugiej – rynki nowych technologii rodzą wyzwania, które wykraczają poza kwestie poruszane w przeszłości. Tempo zmian technologii jest coraz większe, cykle życia produktów – coraz krótsze. Rynki są często wirtualne, o silnych efektach sieciowych oraz skomplikowanych współzależności na pograniczu prawa konkurencji i praw własności intelektualnej. Następuje dowartościowanie kooperacji – kosztem konkurencji.

Są to często platformy sieciowe wykazujące cechy rynków dwu-(wielo)-stronnych, działające globalnie i przekraczające granice jednej jurysdykcji. Zmiany technologiczne stają się kluczowym czynnikiem konkurencyjności, która musi być rozumiana dynamicznie, gdyż powstają całkiem nowe rynki, których przedtem nie było. Postęp nie polega już na pasywnym dostosowywaniu się do „niewidzialnej ręki rynku”, lecz na bardzo dobrze widocznej kreacji nowych rynków i produktów – przy aktywnym udziale konsumentów i użytkowników¹.

¹ Innowacje powstają w otoczeniu wielości czynników, takich jak kultura, ład korporacyjny, platformy edukacyjne i infrastruktura instytucjonalna, metody biznesowe i struktury organizacyjne. Jednak prawo jest ważnym elementem tej układanki, nie tylko ze względu na jej zdolności do tworzenia platform, które ułatwiają wymianę i współpracę, które często są budulcem innowacji, lecz także często ze względu na regulacyjne skłonności do tworzenia sztucznych barier i kosztów w procesie tworzenia innowacji. Por. M.S. Gal, S.W. Waller, *Antitrust in High-Technology Industries: a Symposium Introduction*, „Journal of Competition Law & Economics”, Vol. 8, Issue 3, September 2012, <http://jcle.oxfordjournals.org/content/8/3/449.full>

II. Innowacje a prawo konkurencji – w kierunku konkurencji dynamicznej

Prawo konkurencji odgrywa główną rolę w kształtowaniu uwarunkowań dla innowacyjności, ponieważ ma wpływ na sposób, w jaki firmy mogą konkurować i współpracować. Prawo konkurencji, gdy jest nieprawidłowo skonstruowane, może zahamować wzrost gospodarczy poprzez tworzenie barier dla innowacji czy twórczości.

Schumpeter pisał, że duże, monopolistyczne przedsiębiorstwa są najlepiej przygotowane do konkurencji dynamicznej, ponieważ mogą one wydać więcej środków na badania i rozwój, i promować innowacje. Liczne badania empiryczne poddają wszelako w wątpliwość związek między koncentracją i innowacjami. Arrow twierdził, że poniesione przez monopolistę koszty utopione (ang. *sunk costs*) oraz ponadprzeciętne zyski z już istniejących produktów ograniczają motywację do wprowadzania innowacji, a jest to raczej skłonność do zduszenia innowacji konkurentów².

Wpływ na konkurencję dynamiczną wywiera wiele czynników, które są zazwyczaj pomijane w analizie prawa konkurencji, takich jak zachęty podatkowe do innowacji lub istniejąca kultura biznesu. Analiza często wymaga trudnych kompromisów między ceną i jakością efektów, które mogą się nawet różnić w niektórych wymiarach, np. geograficznych, produktowych, czasowych (krótko- i długoterminowych).

Transgraniczny charakter e-biznesu rodzi ponadto pytania, który dobrobyt chcielibyśmy zmaksymalizować (krajowy, regionalny, globalny), z jakiego poziomu regulacyjnego należy regulować działalność innowacyjną? Tempo innowacji tworzy instytucjonalne wyzwania, które dotyczą proceduralnych i materialnych aspektów otoczenia prawnego, a zwłaszcza prawa konkurencji. Zmiany te wymagają nowego sposobu myślenia.

Ekonomiści dotychczas często traktowali otwarty rynek i wolny handel oraz prawo antymonopolowe jako substytuty. Liberalizacja handlu światowego powoduje bowiem obniżanie barier dostępu do rynków i poddaje firmy krajowe konkurencji międzynarodowej. W świetle tej teorii otwarty rynek czyni regulację antymonopolową w znacznym stopniu zbędną³.

Należy dodać, że behawioralne podejście do regulacji antymonopolowej (ang. *behavioral antitrust*), które dotąd wielu badaczy traktowało po prostu jako pewien zestaw hipotetycznych, apriorycznych założeń, coraz częściej jest oparte na rzetelnych badaniach empirycznych. Pozwala to unikać nieuprawnionych generalizacji czy uniformizacji w ocenie zjawisk rynkowych. Zapobiega także błędnym decyzjom ułatwiającym lub hamującym określone zachowania aktorów rynkowych w konkretnych sytuacjach, w których pojęcie „normy” obrazującej pewien standard zachowań rynkowych i „odchyleń” od tego standardu nie mogą być traktowane schematycznie i wymagają elastyczności – opartej także na naukach behawioralnych⁴.

² Badania empiryczne wykazały, że potrzebna jest bardziej zróżnicowana analiza konkretnych warunków rynkowych, by określić skłonność do innowacji. Cohen i Levin stwierdzili, że w większości przypadków nie ma silnego powiązania między koncentracją rynku i innowacjami. Jednak wiele zależy od barier wejścia, zdolności przedsiębiorcy do finansowania ze źródeł zewnętrznych, a także skali niezbędnych inwestycji na badania i rozwój w poszczególnych sektorach. Por. M.S. Gal, S.W. Waller, *Antitrust in High-Technology Industries...*

³ Wielu autorów twierdzi wszakże, że wolny handel i prawo antymonopolowe są w gruncie rzeczy komplementarne, lecz w przewrotny sposób. Państwa ustanawiają i stosują regulacje antymonopolowe strategicznie: aby chronić firmy krajowe oraz poprawiać krajowe *terms of trade*. W tym ujęciu prawo konkurencji, a zwłaszcza regulacja antymonopolowa, jawi się jako funkcjonalny substytut protekcjonizmu (nie można natomiast mówić, że wolny handel jest substytutem prawa antymonopolowego). W globalnej gospodarce, w której działają transgranicznie firmy, istotny jest więc kontekst polityczny stosowania prawa antymonopolowego. Por. A. Bradford, T. Büthe, *The Law and Politics of Antitrust in Open Economies*, Annual Conference of the European Association of Law and Economics (EALE), Stockholm, September 20–22, 2012.

⁴ Por. A. Tor, *Understanding Behavioral Antitrust*, Annual Conference of the European Association of Law and Economics (EALE), Stockholm, September 20–22, 2012.

Doktryna *essential facility* – na gruncie prawa konkurencji – zmierza do uniknięcia sytuacji, w której odmowa dostępu do określonych urządzeń kluczowych stałaby się instrumentem zapewnienia sobie pozycji monopolistycznej na rynkach, na których pojawienie się konkurencji uwarunkowane jest możliwością korzystania z tych urządzeń. Doktrynę tę można zatem traktować jako funkcjonalny odpowiednik instytucji przymusowych licencji, przewidzianych w prawie własności przemysłowej.

W literaturze podkreśla się pozytywne aspekty współpracy, która pomaga unikać kosztownych, kontraproduktywnych konfliktów i sporów pomniejszających dobrobyt. W dobie globalizacji proponuje się badanie procesów kartelizacji i koncentracji z perspektywy długookresowej. W ujęciu statycznym często analiza karteli (np. pooli patentowych) czy koncentracji (fuzji) prowadziła do wniosków np. co do kształtowania się cen na istniejących rynkach, które w długim okresie weryfikowano.

Konkurencja dynamiczna obiecuje nowe wejścia na rynek, na którym dokonano fuzji. Ponadto pozytywne mogą być fuzje sanacyjne, gdyż zapobiegają całkowitemu opuszczeniu rynku przez konkurenta, marnowaniu zasobów, majątku i kapitału w drodze bankructwa. Fuzje mogą także koncentrować środki na badania i rozwój, co wpływa na innowacje. Fuzje endogeniczne na danym rynku mogą dawać wiele korzyści, łagodzić asymetrię informacji i obniżyć koszty transakcyjne⁵.

III. Rynki dwu-(wielo)-stronne – kluczowe problemy

1. Dwu-(wielo)-stronne modele biznesowe

W gospodarce opartej na wiedzy powstają nowe wyzwania dla praw własności intelektualnej. Systemy współtworzenia wartości przez klientów można podzielić na takie, w których klienci ze sobą współpracują lub między sobą konkurują⁶. Systemy takie są w ramach prawa konkurencji określane jako rynki dwu- lub wielostronne (ang. *two-, multi-sided markets*), których cechą jest współpraca między konkurentami⁷.

Liczne przedsiębiorstwa działają właśnie na zasadzie „dwustronnych platform”. Firmy te służą różnym grupom klientów, które są w jakiś sposób współzależne. Celem platformy jest tworzenie wspólnego (rzeczywistego lub wirtualnego) miejsca kontaktów i ułatwienie interakcji między członkami różnych grup klientów. Platformy odgrywają ważną rolę w całej gospodarce poprzez minimalizację kosztów transakcyjnych pomiędzy podmiotami, które mogą równocześnie korzystać z nich.

Strategie tych firm mają istotny wpływ na pośrednie efekty sieciowe między obu stronami platformy. Na gruncie teorii maksymalizacji zysku dwustronna platforma może pociągać za sobą ceny poniżej kosztów wyceny rynkowej dla jednego zestawu klientów w długim okresie. Rodzi to aspekty antymonopolowe związane z definicją rynku, analizą karteli lub indywidualnych zachowań rynkowych⁸.

⁵ Por. ujęcia statyczne: Farrel, Shapiro (1990), Kamien, Zang (1990), Gaudet, Salant (1992) oraz ich krytykę w badaniach Gowrisankaran (1999), Polaski, Mason (1998) oraz Barros (1998) [w:] *Economics of Rivalry, Conflict and Cooperation*, P. Gangopadhyay (red.), World Scientific Publishing Co., Singapore, 2010.

⁶ Przykładowo – platforma e-aukcji łączy 2 grupy użytkowników o odmiennych potrzebach, które są zaspokajane w wyniku wymiany. W modelu tym wzrost liczebności członków jednej grupy prowadzi do zmniejszenia ich korzyści, gdyż zwiększa się konkurencyjność. Z kolei wzrost liczebności drugiej (komplementarnej) grupy prowadzi do wzrostu korzyści, gdyż zwiększa się liczba osób, z którymi potencjalnie można kontraktować. Por. T. Doligalski, *Współtworzenie wartości z klientami zorientowane na innych klientów*, „e-Mentor” 2011, nr 1, s.77 i n.

⁷ Por. J. Rochet, J. Tirole, *Cooperation among Competitors. The Economics of Payment Cards Associations*, „Rand Journal of Economics” 2002, Vol. 33, No.4; D. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, „Yale Journal of Regulation” 2003, Vol. 20.

⁸ Por. D. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, J. Ordovery *Comments on Evans & Schmalensee's „The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms”*, „Competition Policy International” 2007, Vol. 3, No.1, Spring. <https://www.competitionpolicyinternational.com/>

W istocie wszystkie rynki mają dwie strony, czyli kupującego i sprzedającego. A zatem nie każdy rozumie, o co chodzi w przypadku rynków dwustronnych. Wyzwania rynków dwustronnych wynikają stąd, że istnieją (z definicji) powiązania dwóch lub więcej różnych grup odbiorców, których wymagania są ze sobą powiązane na zasadzie pozytywnych efektów zewnętrznych. Efekty te są zazwyczaj określane jako pośrednie efekty sieci, w odróżnieniu od bardziej standardowych efektów sieciowych realizujących się wśród tej samej grupy klientów⁹. Analiza antymonopolowa może być nieco bardziej skomplikowana w przypadku rynków dwustronnych niż w przypadku standardowych rynków jednostronnych. Wynika to z cechy tych rynków, gdyż mają one dwie strony, czyli dwa zestawy niezależnych klientów.

Generalnie, dwustronne rynki charakteryzują się:

- (1) obecnością dwóch różnych kategorii klientów dla sprzedawcy towaru lub usługi, z których obie są niezbędne do istnienia produktu lub usługi, oraz
- (2) występują pośrednie pozytywne efekty zewnętrzne pomiędzy różnymi kategoriami klientów, co oznacza, że wartość produktu lub usługi dla jednej klasy klientów wzrasta wraz ze wzrostem wartości dla innej klasy klientów, przynajmniej do pewnego momentu.

Rozwijają się badania na temat skutków teorii rynku dwustronnego dla możliwego nadużywania pozycji dominującej w rozumieniu artykułu 102 TFUE, a zwłaszcza stosowania drapieżnych cen. Powstaje także pytanie, jak analizować konkurencję na tych rynkach w sektorze mediów, które mogą mieć cechy charakterystyczne rynków dwustronnych. Dwustronny rynek polega na tym, że dwie różne strony są ze sobą połączone za pośrednictwem platformy innej firmy.

Cechy rynków dwustronnych można zaobserwować w tradycyjnych modelach biznesowych, gdzie świadomie różnicuje się ceny np. dla klientów biznesowych i turystów (linie lotnicze), dla połączeń lokalnych i długodystansowych (firmy telekomunikacyjne), dla kobiet i dla mężczyzn (kluby nocne czy „randkowe”). Gazety – to platformy usług reklamowych oraz treści dla czytelników. Dwustronny charakter ma telekomunikacja. Wystarczy zbadać historię cen w zakresie telekomunikacji stacjonarnej i komórkowej¹⁰.

Wielostronne modele biznesowe polegają na tworzeniu wartości poprzez interakcje między wieloma graczami, zamiast tradycyjnych transakcji lub wymiany informacji w układzie: jeden na jednego. Przykładem jest sektor mediów: radio, telewizja, gazety, czasopisma oferują treści do swoich odbiorców jednocześnie generując znaczną część swoich przychodów od osób trzecich – reklamodawców. Pozostałe dochody, często oparte na modelu subskrypcji, pochodzą bezpośrednio od konsumentów. Ostatnio ten model rozpowszechnił w Internecie, witryny oferujące content w sieci Web, a także usługi, takie jak wyszukiwanie. Teraz rozprzestrzenia się na nowych rynkach B&B, takich jak systemy ERP: Spiceworks oferuje IT dotyczące zarządzania aplikacjami

[competitionpolicyinternational.com/the-industrial-organization-of-markets-with-two-sided-platforms/](https://www.competitionpolicyinternational.com/the-industrial-organization-of-markets-with-two-sided-platforms/) oraz <https://www.competitionpolicyinternational.com/comments-on-evans-schmalensees-the-industrial-organization-of-markets-with-two-sided-platforms/>.

⁹ Jeżeli istnieją pośrednie efekty sieciowe, strategia biznesowa, która stymuluje popyt po stronie A platformy, gdy będzie właściwie wdrażana, stymuluje popyt po stronie B platformy, która z kolei tworzy pozytywne sprzężenia zwrotne, i tak dalej. Z powodu tej zależności przedsiębiorca musi rozwiązać dwa problemy: po pierwsze, jak sprawić, by obie strony pozostały w systemie (ang. *keep both sides on board*) oraz po drugie, jak powinna być struktura cen dla obu stron.

¹⁰ Struktura cenowa na wielu rynkach jest wynikiem historycznych modeli biznesowych. W pewnych warunkach rozmówca płaci za wszystkie koszty połączenia, podczas gdy inny rozmówca płaci tylko za dostęp do sieci. Można pokazać, w jaki sposób struktury cenowe w telekomunikacji stacjonarnej miały niezamierzone konsekwencje w kolejnych fazach rozwoju telefonii komórkowej. Rozpowszechnienie telefonii komórkowej było bardzo szybkie. Choć rynek dojrzewa, a liczba abonentów się stabilizuje, przybywają ciągle nowi dostawcy usług (MVNO), chętni do wejścia na rynek. Wartość dodana usług 3G i spersonalizowanych usług staje się coraz bardziej widoczna. Istnieją jednak bariery wejścia na rynek i praktyki wykluczające, nowe wejścia wpływają na ceny i zróżnicowanie produktów.

do wielu użytkowników bez żadnych kosztów, podczas gdy zbiera reklamy od firm, które chcą uzyskać dostęp do specjalistów IT.

W niektórych firmach informatycznych, na przykład, dane zebrane z jednego zestawu użytkowników generują przychody, gdy firma zdobywa odrębną grupę klientów usług informacyjnych na podstawie tych danych. Sermo – to internetowa społeczność lekarzy, którzy są uprawnieni do bezpłatnego zadawania pytań innym uczestnikom serwisu, udziału w grupach dyskusyjnych i czytania artykułów medycznych. Osoby trzecie, takie jak firmy farmaceutyczne, organizacje opieki zdrowotnej, instytucje finansowych i organów rządowych muszą jednak płacić za dostęp do anonimowych interakcji i ankiet członków.

Ponieważ coraz więcej osób przenosi się do działań online, efekty sieciowe mogą powiększyć wartość wielostronnych modeli biznesowych. Model „Freemium” jest przykładem: grupa klientów otrzymuje bezpłatne usługi finansowane przez tych, którzy płacą składkę zapewniającą specjalne usługi o wartości dodanej (Flickr – przechowywanie zdjęć), Pandora (muzyka on-line) oraz Skype (komunikacja on-line) nie tylko mogą korzystać z tego rodzaju subsydiowania skrótnego, ale także wykorzystywać efekt sieci: im większa liczba wolnych, zaangażowanych użytkowników, tym bardziej cenne usługi dla wszystkich klientów.

Pandora wykorzystuje ogromne ilości danych uzyskanych od swoich użytkowników, by udoskonalić swoje usługi muzyczne. Wszyscy użytkownicy Flickr korzystają z większej oferty zdjęć wspólnoty, wszyscy użytkownicy Skype korzystają z coraz większej liczby ludzi, z którymi można się połączyć. Serwisy społecznościowe zabezpieczają narzędzia, które umożliwiają „samoobsługę” użytkowników (Weblogs, Flickr-Fotos, Open API, Mush-ups, RSS), jak również zachęcają ich do rozwijania własnego software'u¹¹.

Okazuje się, że kiedy działalność spółki jest częścią sieci, cenne dane i zestawy danych są wytwarzane jako produkt uboczny. MasterCard, na przykład, posiada wbudowany moduł doradczy oparty na danych, które firma zbiera od podstawowej działalności opartej na kartach kredytowych: analizuje wzorce zakupowe konsumentów i sprzedaje zagregowane wyniki do sklepów i innych, którzy chcą lepszego rozeznania trendów w preferencjach konsumentów. Firma CHEP (logistyka dostawcy usług), przechwytuje dane na znacznej części objętości transportowej z najszybciej cyrkulujących dóbr konsumpcyjnych, i stosownie do tego buduje transport zarządzanie transportem firmy, aby skorzystać z tej wiedzy.

2. Przykłady rynków dwu-(wielo)-stronnych

Nie wszystkie firmy mogą skorzystać z dobrodziejstwa rynków wielostronnych. Można jednak podjąć próbę zbadania, czy jest to możliwe. Można np. zadać proste pytania: dla kogo określone informacje mogą być cenne lub co by się stało, gdybyśmy zaoferowali nasz produkt lub usługę za darmo? Dzięki takiemu badaniu firma może uzyskać nową perspektywę dotychczasowego modelu biznesowego.

W gospodarce mamy do czynienia z licznymi przykładami rynków dwu-(wielo)-stronnych nawet w obszarach, w których dotychczas nie dostrzegano tej cechy. Wystarczy wskazać hipermarkety, które muszą pozyskiwać z jednej strony konsumentów, z drugiej zaś – detalistów oraz najemców sklepów w galeriach handlowych. W tym celu hipermarket musi odpowiednio sterować

¹¹ Por. <http://www.thenextorg.com/2010/09/mckinsey-technology-trend-2010-multi-sided-business-model.html>.

cenami i warunkami, by pozyskać optymalny z perspektywy własnych interesów mix liczby sklepów, branżowej przynależności najemców i jakości całej oferty produktowej¹².

W erze Internetu prostota i łatwość kreowania rynków dwustronnych spowodowała erupcję przedsiębiorstw, dla których mechanizm rynków dwustronnych stanowi podstawę biznesu. eBay dostarcza platformę kojarzącą sprzedających i kupujących. Amazon prowadzi równocześnie rynek jednostronny (sprzedaje końcowym klientom nowe książki), jak i rynek dwustronny (oferując program afiliacyjny innym kupcom, którzy za pośrednictwem strony Amazon sprzedają książki końcowym odbiorcom)¹³.

Dwu-(wielo)-stronne platformy mają pewne cechy wspólne. Kluczową cechą jest poszukiwanie rozwiązania problemu kury i jajka (ang. *chicken and egg conundrum*), pomagając kupującym i sprzedającym wzajemnie się odnaleźć, tworząc nową wartość ekonomiczną sieci. W systemie kart płatniczych problem ten można zobrazować następująco: konsumenci nie będą chcieli nosić kart, jeżeli kupcy nie będą ich akceptować, wszelako kupcy nie będą skłonni ponosić kosztów infrastruktury kart, jeżeli konsumenci nie będą ich używać¹⁴.

Teoria zarządzania w sektorze IT sugeruje oferowanie klientom zintegrowanych, kompleksowych rozwiązań. Przyszły rynek oprogramowania można sobie bowiem wyobrazić jako część integralnego rynku telekomunikacyjno-komputerowo-medialnego. Producenci oprogramowania powinni poszukiwać możliwości dywersyfikacji działalności i wchodzenia na pokrewne rynki. Szczególne znaczenie mają usługi w sieci Internet oraz multimedia. W odpowiedzi na konwergencję rynków oraz technologii producenci software`u wręcz powinni nieustannie poszukiwać „kreatywnych kombinacji” dotychczas oferowanych produktów i ich elementów, a także rozrostu funkcji programów komputerowych (co wyraża się również przyrostem długości kodu źródłowego).

Firmy informatyczne muszą podjąć strategiczną decyzję, czy chcą dążyć do tworzenia i promowania własnych platform (a tym samym – przyciągania mniejszych partnerów, dodających wartość) czy wolą mniej odpowiedzialną rolę partnera, wspierającego dostawcę platformy. Platformy informatyczne stanowią nie lada wyzwanie dla ekonomistów i prawników. Sieć aliansów może stać się ukrytym, złożonym systemem blokowania i podporządkowywania sobie działań innych podmiotów. Microsoft chętnie korzystał z obcych, otwartych standardów technologicznych i modyfikował je w taki sposób, który ograniczał ich otwartość.

W odpowiedzi na popularność języka Java, wspieranego przez przeglądarkę Netscape Navigator, Microsoft wprowadził i aktywnie promował własną wersję języka, niekompatybilną z rozwiązaniami konkurentów (także ze specyfikacją autora Javy – Sub Microsystems). Microsoft był gotów ponieść ogromne koszty rozwoju własnej wersji języka Java, by zaszkodzić konkurentom: Netscape i Sun. Ale są też przykłady, że niezależni programiści potrafili obejść niektóre techniczne

¹² Z kolei w celu przyciągnięcia na zakupy coraz większej liczby konsumentów hipermarket musi zaoferować bezpłatny parking, ochronę zapewniającą bezpieczeństwo, estetyczne otoczenie, graty, loterie i bonusy z okazji świąt Bożego Narodzenia czy Wielkanocy itp. Zarówno dla pozyskania detalistów i najemców, jak i konsumentów pewną funkcję pełni ładne, estetyczne otoczenie, lokalizacja i wygoda dojazdu. W ten sposób hipermarket szuka równowagi zapewniającej optymalną wartość sieci dla wszystkich interesariuszy.

¹³ Por. T.J. Zywicki, *The Economics of Payment Card Interchange Fees and the Limits of Regulation*, International Center for Law&Economics, ICLE Financial Regulatory Program White Paper Series, Portland Or., June 2, 2010.

¹⁴ Często operator rynku dwustronnego decyduje się obciążać jedną stronę wyższymi opłatami niż drugą. Gazety i czasopisma mniej obciążają klientów kupujących abonament, chociaż część tej dotacji odzyskują następnie od reklamodawców (godzą się oni na wyższe ceny, gdyż mają większą pewność dotarcia w długim okresie do większej liczby klientów). Część wydania bywa nawet rozprowadzana bezpłatnie, np. w stacjach metra czy na wyższych uczelniach. Także sklepy lub współpracujące z nimi banki potaniają kredyt in-house (np. finansujący sprzedaż ratalną). A zatem zjawisko krzyżowego subsydiowania (ang. *cross-subsidies*) jest we współczesnej gospodarce powszechne.

ograniczenia, czego przykładem mogą być programy OpenOffice czy Samba, wykorzystujące standardy Microsoftu, mimo braku dostępu do oficjalnej dokumentacji firmy.

Należy pamiętać, że nie wszystkie związki technologiczne między produktami będą istotne dla użytkowników oprogramowania. Niekiedy te powiązania, rozstrzygające o kompatybilności, mogą być przez dominanta wprowadzane tylko po to, by uzasadnić konieczność zakupu całego pakietu, a tym samym odciągnąć go od produktów konkurentów. W ten sposób efekt sieciowy ulega wzmocnieniu (ang. *customer lock-in*), a konkurencja – dalszemu ograniczeniu. Ekonomisci używają w odniesieniu do Microsoftu pojęcia „aplikacyjnej bariery wejścia” (ang. *applications barrier to entry*), ponieważ rosnąca popularność standardów i aplikacji ogranicza możliwości udziału w rynku ze strony rywali. Jest to więc ciekawe określenie pewnego ważnego aspektu efektu sieciowego.

Tradycyjne analizy przyczyn i skutków wiązania dotyczyły przypadków, gdy łączenie produktów było metodą promocji sprzedaży mało popularnego produktu. W odniesieniu do oprogramowania częściej mamy do czynienia z przejawem innowacji produktowej i wzbogacania funkcjonalności dotychczasowych produktów. Trudno te funkcjonalności jednoznacznie przyporządkować do określonej grupy czy segmentu rynku. Ze względu na dynamikę rynku i liczne innowacje produkty software'owe podlegają częstym modyfikacjom, w naturalny sposób podążając za rozwojem preferencji klientów.

Nauki zarządzania wprowadzają pojęcie „technologii zaburzających” (ang. *disruptive technologies*), początkowo niedoskonałych, niepotrafiących zaspokoić potrzeb kluczowych odbiorców dotychczasowych rozwiązań, wszelako znajdujących nisze rynkowe dzięki specyfice oferowanych funkcji. Przykładem takiej technologii jest oprogramowanie dostępne za pośrednictwem Internetu i niewymagające instalacji na komputerze użytkownika¹⁵. Może to być jeden z czynników dalszego osłabiania pozycji dominanta – Microsoftu. Innym czynnikiem jest oferowanie darmowego oprogramowania i uzyskiwanie przychodów z innych źródeł (reklam)¹⁶.

Charakter produktu, zwyczaj handlowy i przeznaczenie gospodarcze (ang. *commercial usage*) nie są wystarczające dla oceny wprowadzenia do obrotu nowego produktu złożonego z dotychczas odrębnych produktów. Ważna jest kwestia, czy nowy produkt stanowi z perspektywy konsumenta istotne *novum* w porównaniu do dotychczasowej oferty rynkowej.

Ewolucja rynku oprogramowania polega m.in. na uzupełnianiu i wzbogacaniu systemu operacyjnego o nowe funkcje. Taka jest właśnie istota wielu innowacji w sektorze IT, która prowadzi do sukcesu rynkowego i pokonaniu rywali. W świetle orzeczenia Microsoft jest nadal dyskusyjne, w jakim stopniu przedsiębiorcy dominujący mogą sobie pozwalać na udoskonalanie swoich produktów dzięki rozbudowie w nich nowych funkcjonalności. Sektor IT charakteryzuje się wysokimi kosztami początkowymi wytworzenia nowego produktu. Niskie koszty krańcowe zachęcają do

¹⁵ Por. K. Klincewicz, *Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2008, s. 172.

¹⁶ Implikacja orzeczenia w sprawie Microsoft dla oceny sprzedaży związanej są następujące:
– sprzedaż wiązana (pakietowa) nie stanowi praktyki nadużywania pozycji dominującej w rozumieniu art.82 TWE – obecnie art.102 TFUE, z samego faktu wiązania dóbr lub usług nie wynika jeszcze negatywny wpływ na konkurencję,
– prawo konkurencji w zakresie umów wiązanych skupia się na strukturze rynku, a nie na czerpaniu przez firmę monopolistycznych zysków art.102 TFUE obejmując nie tylko zapobieganie nadużywaniu pozycji dominującej, ale też jej umacnianiu przez korzystanie z narzędzi, które nie są oparte na konkurencji merytorycznej (ang. *competition on the merits*),
– do sformułowania zarzutu stosowania transakcji wiązanych wystarczy wskazanie, że na rynku działają niezależni przedsiębiorcy, którzy specjalizują się we wprowadzaniu do obrotu produktu związanego, Komisja i ETS wykazują tendencję do wyodrębniania z produktów złożonych odrębnych produktów, należących do różnych rynków właściwych. Por. D. Miąsik, *Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player*, [w:] D. Miąsik, T. Skoczny, M. Surdek (red.), *Sprawa Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*, Wydawnictwo Naukowe WZ UW, Warszawa 2008, s.126 i n.

stosowania wiązania, by wykorzystać elementy kodu źródłowego zapewniające kompatybilność, a także ekonomię skali, korzyści zakresu i efekty uczenia się.

Ekonomiczne podejście do interpretacji art. 102 TFUE inspirowane szkołą chicagowską, kładzie nacisk na te przejawy nadużywania pozycji dominującej, które mają realny lub prawdopodobny skutek w postaci zakłócenia konkurencji. W centrum uwagi jest wpływ tych praktyk na dobrobyt konsumentów, a także dyskusja nad stosowaniem art. 102 TFUE do tzw. praktyk wykluczających. Należy dodać, że źródłem problemów Microsoft jest faktyczna monopolizacja najważniejszego kanału dystrybucji systemów operacyjnych, jakim jest ich preinstalowanie przez producentów komputerów. Kwestionowanie legalności związania systemu operacyjnego z odtwarzaczem multimedialnym wynika więc nie tyle ze związania jako takiego, ile ze sposobu dystrybucji pakietu Windows.

Stosowanie reguł prawa ochrony konkurencji w odniesieniu do sektorów nowej gospodarki jest jednak szczególnie trudne i obarczone wysokim prawdopodobieństwem błędu regulacyjnego. 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 praktyki¹⁷.

Oprócz efektów sieciowych, należy przypomnieć pojęcie dóbr systemowych, kiedy dany produkt jest wykorzystywany w powiązaniu z innymi, komplementarnymi rozwiązaniami i często dopiero skojarzenie kilku dóbr lub usług pozwala na ich skuteczne stosowanie. Teoria ekonomii interpretuje dobra i usługi będące przedmiotem obrotu jako „zestawy cech” (ang. *bundles of features*), z których wiele może być oferowanych oddzielnie, chociaż nie jest. Nawyki konsumentów wpływają na oferty rynkowe i trudno sobie wyobrazić sprzedaż długopisów bez wkładów, samochodów bez opon czy urządzeń elektronicznych bez zasilaczy.

Niektóre innowacje należą do kategorii dóbr systemowych, tj. takich, które do prawidłowego funkcjonowania potrzebują dodatkowego, komplementarnego produktu (np. samochód i paliwo, komputer i software). W odniesieniu do rynku dóbr systemowych ekonomiści używają również pojęcia dwustronnego rynku (ang. *two-sided market*) lub dwustronnych efektów sieciowych (ang. *two-sided network effects*). Czasami zależność między dyfuzją dwóch dóbr sieciowych jest jednokierunkowa: dopiero, gdy upowszechni się określony rodzaj komputerów, dochodzi do sprzedaży przewidzianego dla nich oprogramowania¹⁸.

Dostawcy często subsydują jedno z dóbr systemowych, zarabiając na drugim z nich (np. operatorzy telekomunikacyjni dofinansowują telefony, odbierając te nakłady w cenie abonamentu, dostawcy konsol do gier sprzedają je poniżej kosztów, rekompensując koszty w cenie gier). Firmy oferują także produkty, które nie są elementami dobra systemowego, ale ich używanie jest wzajemnie zależne. Jest to sprzedaż pakietowa (ang. *bundling*), czyli oferowanie dwóch lub więcej produktów po wspólnej cenie, która jest atrakcyjniejsza niż suma cen indywidualnych produktów.

¹⁷ 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. Gra nie toczy się jedynie o rynek oprogramowania komputerów. Por. Ł. Gorywoda, A. Jańczuk, *UOKiK v. Microsoft*, PSEAP Working Papers. No. 3/2009.

¹⁸ Por. K. Klincewicz, *Dyfuzja innowacji. Jak odnieść sukces w komercjalizacji nowych produktów i usług*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 63 i n.

Więcej zastrzeżeń budzi natomiast przypadek sprzedaży związanej (ang. *tying*), kiedy powiązane produkty nie mogą być nabyte oddzielnie.

Istnieje także pojęcie produktów kompletnych. Nawet wtedy, gdy nie mamy do czynienia z typowymi dobrami systemowymi, klienci mogą potrzebować dodatkowych elementów, aby w pełni czerpać korzyści z dokonanego zakupu. Źródłem dodatkowych przychodów dla dostawcy mogą być usługi wdrożeniowe i doradcze, szkolenia, integracja produktu z innymi, wcześniej używanymi rozwiązaniami. Odkrycie tego, czego jeszcze potrzebuje nabywca, może stymulować dalszą dyfuzję innowacji, także w kooperacji z innymi firmami.

Należy także określić pojęcie dóbr sieciowych. Między dobrami systemowymi a sieciowymi istnieje pewna, istotna różnica. Dobra systemowe upowszechniają się dopiero wtedy, gdy istnieją produkty komplementarne, które są konieczne do uzyskania korzyści. Dyfuzja dóbr sieciowych jest natomiast uzależniona od istnienia innych użytkowników danego dobra. Wraz ze wzrostem liczby użytkowników zwiększa się postrzegana przez klienta wartość (użyteczność) dobra. M. Treacy i F. Wiersema proponują model 3 dyscyplin wartości (ang. *value disciplines*), które mogą przesądzać o przewadze konkurencyjnej firmy: przywództwo produktowe, doskonałość operacyjna (wygoda) i bliskość klienta (optymalne wpisanie się w potrzeby klienta)¹⁹.

Można postawić tezę, że w świetle sprawy Microsoft orzecznictwo wypracowało tzw. zakaz wiązania technologicznego na gruncie art.102 TFUE. Nie znaczy to wszelako, że występuje totalny zakaz sprzedaży związanej. Produkty: związane i wiążące muszą być oddzielnymi produktami. Konsumenci powinni mieć prawo wyboru produktu wiążącego – bez dobra związanego. Wiązanie nie może wyłączać konkurencji. Naruszenie wszelako nie wystąpi, jeżeli istnieje obiektywne uzasadnienie wiązania. Konstrukcja modeli e-biznesu powinna to brać pod uwagę²⁰.

Wiele do życzenia pozostawia praktyka stosowania prawa konkurencji na rynkach nowych technologii. Komisja i Trybunał starają się wprowadzić stosować podejście bardziej ekonomiczne (ang. *more economic approach*) do kwestii nadużywania pozycji dominującej na rynkach nowych technologii, wszelako nadal jest stan niepewności prawnej z powodu dość ogólnego ujęcia przesłanek nadużywania. Wyrok SPI w sprawie Microsoft oceniono krytycznie, ponieważ zbyt łatwo zastosowano tam argumentację dotyczącą sprzedaży związanej, nie odróżniając jej dostatecznie od przypadków wiązania technologicznego²¹.

3. Dobrowolne udostępnianie aktywów niematerialnych – nowa strategia budowania pozycji rynkowej?

Dobrowolne udostępnianie aktywów niematerialnych – często niezwykle cennych – jest dość szeroko rozpowszechnione na rynkach technologii ICT. Przemawia za tym określone poczucie racjonalności. Dając dostęp do podstawowych technologii, posiadacz platformy zapobiega faktycznemu „wywłaszczeniu” samego siebie z tych aktywów, np. w drodze decyzji regulacyjnych lub konkurencji imitacyjnej, a równocześnie stymuluje inwestycje kooperantów, pośredników i użytkowników końcowych, które pomnażają wartość danej platformy internetowej.

¹⁹ K. Klincewicz, *Dyfuzja innowacji...*, s. 67.

²⁰ Por. M. Kępiński i in., *Konkurencja a własność intelektualna*, C.H. Beck, Warszawa 2010; M. Kępiński i in., *Granice prawa autorskiego*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

²¹ M. Górka, *Przesłanki uznania odmowy dostępu do własności intelektualnej za nadużycia pozycji dominującej*; K. Klafkowska-Waśniowska, M. Namysłowska, *Zakaz wiązania technologicznego z art.102 TFUE (d. art.82 TWE) w świetle wyroku w sprawie Microsoft*, oba [w:] M. Kępiński (red.), *Granice prawa autorskiego*, T. II, C.H. Beck, Warszawa 2010.

Jednak aby generować przychody, które pokrywają koszty rozwoju i utrzymania platformy, posiadacz musi regulować dostęp do innych dóbr lub usług w ramach pewnej ich wiązki oferowanej konsumentom. Odwrotna proporcja (ang. *trade-off*) między swobodnym dostępem – dzięki rezygnacji z praw wyłącznych IPR (praw własności intelektualnej i przemysłowej) i dzieleniu się nimi z konkurentami (w celu ułatwienia rozwoju platformy) oraz regulacja dostępu do niektórych dóbr lub usług (w celu pokrycia kosztów jej funkcjonowania) – prowadzi do konwergencji koncepcji innowacji otwartych i zamkniętych²².

Wzorce organizacyjne na niektórych rynkach oprogramowania i systemów operacyjnych potwierdzają tę hipotezę. W szczególności, w przeciwieństwie do charakterystyki standardów *de facto* w literaturze prawniczej, wiodące projekty *open source* są tworzone i zarządzane przez potężnych biznesowych sponsorów, a firmy komercyjne z kolei tworzą konsorcja typu non-profit lub umowy kooperacyjne, których celem jest wkomponowanie projektów *open source* w strategię licencyjne, np. zmierzające do rozwoju systemów operacyjnych dla smartfonów²³.

Wiele innych firm z rynku technologii ITC regularnie udostępnia wartościowe innowacje konkurentom i użytkownikom nieodpłatnie lub poniżej kosztów. Dotyczy to również, co ciekawe, podmiotów posiadających dominującą pozycję rynkową, które dotychczas poniosły wysokie wydatki na budowę infrastruktury określonych platform sieciowych. Nie sprawdzają się zatem obiegowe opinie, że dominanci zawsze i wszędzie dążą do zachowania maksymalnej technologicznej i prawnej kontroli nad kluczowymi aktywami. Nie wynika to tylko z wysokich kosztów dochodzenia praw, np. sporów sądowych. Biorąc pod uwagę punkt wyjścia w zakresie możliwej kontroli, dominanci mogą wywierać wpływ i wymuszać dostosowania na niższych poziomach rynku.

Dotyczy to w szczególności rynków o pewnej liczbie pośredników, którzy kojarzą wkład (ang. *input* – informacje, wiedza, kontent) z potrzebami i preferencjami użytkowników i konsumentów. Występują w tej mierze efekty sieciowe: im więcej użytkowników ma platforma, tym ma wyższą wartość, a równocześnie coraz bardziej znaczące stają się koszty przestawienia pojedynczego użytkownika – inaczej mówiąc, zmiany dostawcy (ang. *switching costs*). Wszelako władza rynkowa dostawcy (ang. *host providera*) względem użytkowników jest ograniczona, zwłaszcza z perspektywy dynamicznej, długookresowej.

Tak długo, jak użytkownicy mogą przewidzieć efekt zamknięcia rynku (ang. *lock-in*) jako prawdopodobny – *host provider* nie jest w stanie indukować inwestycji pośredników i użytkowników, które są wymagane dla osiągnięcia przez platformę efektu skali. Stąd dylematem dostawcy jest przekonanie użytkowników, że platforma osiągnie właściwą skalę działania, a inwestycje użytkowników nie zostaną zmarnowane. Potrzebne są tutaj czytelne sygnały ze strony platformy, które wzmacniają zaufanie użytkowników. W tym ujęciu strategia dobrowolnego udostępniania aktywów jawi się jako racjonalna, chociaż nie pozbawiona ryzyka.

Jeżeli *host provider* zakłada określone skojarzenie kontraktowych, organizacyjnych i „ideologicznych” instrumentów, które ograniczają następnie jego zdolność regulowania dostępu do

²² Por. J.M. Barnett, *The Host's Dilemma: Strategic Forfeiture in Platform Markets for Informational Goods*, „Harvard Law Review” 2011, t. 124, http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol124_barnett.pdf [24.11.2011].

²³ Nokia w 2008 r. zapłaciła 410 mln USD za nabycie praw właścicielskich do systemu Symbian – jednego z najszerzej używanych na świecie systemów operacyjnych do smartfonów. Byłby to w zasadzie dosyć typowy przypadek koncentracji, gdyby nie fakt, że Nokia przekazała prawa w zakresie zarządzania, rozwijania i dystrybucji tego systemu na rzecz Symbian Foundation i zaprosiła szereg firm z rynku telekomunikacyjnego, także konkurentów, do zarządu tej fundacji. W okresie kolejnych kilku lat fundacja poświęciła wiele wysiłku na wyjaśnianie praw osób trzecich do kodu źródłowego Symbian, który w końcu w 2010 roku został publicznie udostępniony na licencji *open source*.

platformy, w ten sposób popełnia w pewnym sensie błąd skierowany przeciwko przyszłości. W skrajnym przypadku może on mianowicie zbudować platformę, a następnie utracić nad nią wszelką kontrolę. Pozostaje więc problem umownego czy statutowego zachowania przymusu (obowiązku) renegocjacji warunków regulujących dostęp do platformy – jako rozwiązania awaryjnego. Problem ten dotyczy zwłaszcza rynków technologii ICT.

Ale rozwiązanie polegające na szerszym udostępnianiu aktywów ma jeden słaby punkt: może być tak, że platforma nie wygeneruje dostatecznie dużych przychodów, z których dostawca będzie w stanie pokryć koszty rozwoju i utrzymania platformy. Dlatego odpowiednikiem niedoinwestowania przez użytkowników jest niedoinwestowanie przez *host providera*. Każde rozwiązanie musi brać pod uwagę kwestie finansowe. Wymogi finansowania wymagają regulowania dostępu do niektórych części pakietu dóbr lub usług.

Odwrotna proporcja (ang. *trade-off*) między utratą kontroli dostępu a kontrolą pozwala testować hipotezę, iż dostawca będzie miał tendencję do realizacji hybrydowych struktur, które odzwierciedlają połączenie ogólnodostępnych, nieodpłatnych elementów (w celu promowania platformy) oraz zamkniętych, regulowanych warunków dostępu do niektórych elementów (w celu pokrycia kosztów).

Parametry te znacznie ograniczają pole racjonalnego wyboru. Na rynku technologii ICT jest mało prawdopodobne, aby tolerowano całkowicie zamknięte lub całkowicie otwarte struktury, ponieważ w pierwszym przypadku zawęży się krąg użytkowników (co zmniejsza wartość platformy), w drugim natomiast – limituje strumień przychodów (co utrudnia platformie pokrycie kosztów). Mówiąc inaczej, rynek wynagradza hojność *providera* i nie karze jej jako nadmiernej tak długo, jak jest to spójne z trendem rozwoju rynku.

Wirtualne wspólnoty (pozornie) non-profit przyjmują zamknięte rozwiązania w celu umożliwienia pokrycia kosztów utrzymania platformy i uniknięcia jej upadku. W polityce prawa i w świetle literatury na temat *open source* i związanego z nim środowiska generowania innowacji zakłada się, że w interesie publicznym leży transformacja innowacji zamkniętych na otwarte.

Jeśli otwarte i zamknięte struktury (i wszystkie pośrednie warianty) mogą po prostu odzwierciedlać strategiczne podejście do podstawowego dylematu odwrotnej proporcji (ang. *trade-off*) między kontrolą oportunistów *host providera* i umożliwieniem zwrotu kosztów z jednej strony, a następnie wyborem strategii – z drugiej strony, to nie istnieją na pierwszy rzut oka żadne podstawy do interwencji regulacyjnej. Zasady dostępu, jak i realizowane przez niektórych dostawców połączenie zamkniętych i otwartych elementów organizacyjnych, mogą być natomiast elementem strategicznego dążenia do powiększania udziału w rynku.

Ponadto nie ma pewności, że otwarte rozwiązania są korzystne dla konsumenta. To zaskakujące, ale może zaistnieć sytuacja, w której udostępnianie aktywów własności intelektualnej – pozornie dobre z perspektywy konsumenta – wywrze negatywny wpływ (odstrasżający) na nowe wejścia na dany rynek, co uchroni dominujące podmioty przed potencjalnymi konkurentami.

Dostawca, który przekazuje swoje aktywa na rzecz platformy technologicznej, może w istocie zmuszać samodzielnych dostawców, aby wyszli z rynku. W dalszym ciągu może zażądać opłat w obszarach stanowiących uzupełnienie rynków, w których posiada przewagę konkurencyjną. Odpowiedź na pytanie, co jest lepsze, gorsze, czy obojętne dla klientów (a także dla konkurencji),

powinna uwzględniać cały pakiet usług, choć mimo to ocena może być niejednoznaczna w danym przypadku.

Kluczowe jest następujące pytanie – dlaczego racjonalni ekonomicznie aktorzy oddają cenne – czasem niezwykle cenne technologiczne aktywa? Niektórzy autorzy wskazują na znaczenie czynników pozaekonomicznych, takie jak altruizm, ideologia, etyka, pasja.

Ale podkreślanie roli tych czynników nie brzmi wiarygodnie w odniesieniu do podmiotów komercyjnych, zobowiązanych prawnie do zarządzania wartością spółki i poddanych naciskom biznesowym w celu maksymalizacji zysków właścicieli. Istniejące wyjaśnienia są następujące²⁴:

- firmy są zmuszone do rezygnacji z zasobów wiedzy, które nie mogą być skutecznie chronione za rozsądną cenę,
- firmy chcą przeciwdziałać patentowaniu innowacji przez konkurentów,
- przedsiębiorstwa starają się pozyskiwać naukowców skłonnych do gromadzenia kapitału reputacji w społeczności naukowej oraz społeczności *open source*,
- firmy starają się budować duże platformy, które mogą być w przyszłości źródłem zysków.

Te wyjaśnienia zasługują na uwagę, aczkolwiek są one raczej efektem analizy przypadków, a nie uogólnień teoretycznych.

V. Standardy rynkowe (standardy de facto) jako czynnik rozwoju dwu-(wielo)-stronnych sieciowych platform usługowych

1. Pogranicze praw własności intelektualnej oraz prawa konkurencji

Konieczna jest znajomość reguł gry rządzących problemami z pogranicza prawa ochrony konkurencji oraz prawa własności intelektualnej i przemysłowej, by uzyskując, rozwijając i eksploatując przewagę konkurencyjną opartą na prawach wyłącznych do dóbr niematerialnych, minimalizować ryzyko narażenia się na sankcje z tytułu naruszenia norm chroniących konkurencję. Na styku obu dziedzin powstaje bowiem wiele problemów o różnej naturze i genezie.

Reguły prawne chroniące konkurencję ingerują w korzystanie przez uprawnionego z przysługującego mu prawa wyłącznego, które w systemie gospodarki wolnorynkowej ma za zadanie motywować do rozwoju działalności intelektualnej. W ten sposób swoboda działania oraz wolność konkurowania doznaje ustawowego ograniczenia w postaci prawa wyłącznego chroniącego uprawnionego przed bezpośrednią presją ze strony konkurentów²⁵.

Możliwość wejścia na rynek, poszerzenia oferty, zaoferowania klientom lepszych warunków koliduje z uprawnieniem do zakazania czynności naruszających dobro niematerialne. Niższe ceny i większa podaż substytucyjnych dóbr przeciwstawiane są takim wartościom, jak lepsza jakość oraz wyższa innowacyjność. Potrzeba szybkiego i szerokiego upowszechnienia nowych rozwiązań i towarów kontrastuje z koniecznością zapewnienia możliwości uzyskania wysokich przychodów, rekompensujących ryzyko odrzucenia nowości przez „niewidzialną rękę” rynku²⁶.

Zagadnienie nadużywania pozycji dominującej jest szczególnie istotne na rynku dóbr niematerialnych. Dostęp do tych dóbr jest warunkiem koniecznym nie tylko rozwoju technologicznego,

²⁴ Por. J.M. Barnett, *The Host's Dilemma...*, op. cit.

²⁵ Por. D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

²⁶ W sensie ekonomicznym należy rozróżnić między nadwyżką (ang. *surplus*) producenta, konsumenta – lub łączną, a dobrobytem (ang. *welfare*). W ramach orzecznictwa antymonopolowego można badać nadwyżkę, ale raczej nie jest to kategoria dobrobytu. Tymczasem w licznych sprawach te kategorie bywały traktowane jako tożsame lub bliskoznaczne. Por. B.Y. Orbach, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, „Journal of Competition Law&Economics” 2011, Vol. 7, No.1, s. 133 i n.

ale ma także istotne znaczenie dla dostępności określonych produktów, np. leków. Zjawisko nadużywania praw na dobrach niematerialnych dostrzegają liczne ustawodawstwa, jednak nie wszystkie rodzaje dóbr niematerialnych zostały potraktowane w tym zakresie jednakowo.

O ile np. prawo patentowe posiada swoje specyficzne regulacje dotyczące nadużywania patentu, o tyle w przypadku prawa autorskiego konstrukcja licencji przymusowej jest tworem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). Na uwagę zasługują w szczególności orzeczenia ETS w sprawie *IMS Health* oraz *Microsoft*, które potwierdzają możliwość nadużywania praw autorskich i ich przymusowego licencjonowania²⁷.

Dylemat, czy odmowa licencji jest nadużyciem pozycji dominującej, wymaga pogłębionej analizy ekonomicznej (ang. *innovation effects, appropriability tests*). Badanie to wykracza poza IPR, gdyż firmy praktykują – w zależności od sektora, technologii, rodzaju innowacji – alternatywne mechanizmy dyfuzji wiedzy. Prawo konkurencji UE nie określa jednak jasno warunków, w jakich przedsiębiorca dysponujący prawem wyłącznym będzie zmuszony do jego udostępnienia²⁸.

Trudne kwestie wynikają na tle licencji patentowych w sytuacji, gdy dany patent jest częścią standardu rynkowego. W sprawie *Orange Book* przedmiotem orzeczenia była dopuszczalność korzystania z technologii produkcji płyt CD-R, opracowanej przez Phillips i Sony. Sąd niemiecki nie podzielił wszelako poglądu, że każdy, kto chce, może bezwarunkowo korzystać z cudzej własności intelektualnej, która stanowi element standardu. Powinien najpierw podjąć próbę porozumienia się z właścicielem IPR i poprosić o udzielenie nieodpłatnej licencji lub zapytać o warunki takiej licencji²⁹.

Powstają „wspólnoty otwartych innowacji”, których pierwowzorem jest ruch wolnego i otwartego oprogramowania (Open Source Software). Wchodzą one na obszary zindywidualizowanej produkcji dóbr lub usług przy użyciu własnego hardware’u i software’u (3D), projektów syntetycznej biologii i „zielonych technologii”. Rodzi się zatem pytanie o rolę tradycyjnego systemu patentowego i podejścia do innowacji. Patenty są kosztowne do uzyskania i realizacji. Znaczące portfele patentów mogą w istocie zdobywać tylko wielkie korporacje. To samo dotyczy skutecznego negocjowania licencji na rzecz innych firm czy angażowania się w spory sądowe.

Ponadto patenty są dla tych wspólnot elementem z definicji „niepoprawnym” ideologicznie czy politycznie, a także z perspektywy społecznej i kulturowej. Klasyczne patenty są traktowane także jako hamujące konkurencję i innowacje. Nawet wtedy, gdy patenty określa się jako obronne (ang. *defensive patenting*), nie można wykluczyć ich wykorzystania jako oręża zniszczenia konkurentów. A zatem także wspólnoty otwartych innowacji nie mogą wykluczać korzystania z obronnych patentów – mimo ich ambiwalentnej oceny – dla ochrony własnego dorobku, zwłaszcza w kontekście szerokiego patentowania wynalazków opartych o komputerowy

²⁷ Por. Mniejsi przedsiębiorcy również próbują coraz częściej wykorzystywać instrumenty prawa konkurencji do walki z dużymi korporacjami. A. Michalak, *Licencje przymusowe w prawie autorskim w świetle orzeczenia „IMS Health”*, *Monitor Prawniczy* 2006, nr 3, http://www.monitorprawniczy.pl/index.php?cid=20&id=230&mod=m_artykuly, M. Kępiński, P. Szołt, *Microsoft – problematyczny sukces? Historia o licencjach przymusowych i doktrynie koniecznej infrastruktury. Perspektywa Stanów Zjednoczonych i Unii Europejskiej*, UAM, Poznań 2010, <http://repozytorium.amu.edu.pl/jspui/handle/10593/372?mode=full>.

²⁸ Por. C. Schmidt, *Refusal to License Intellectual Property Rights as Abuse of Dominance*, Peter Lang, Frankfurt 2010.

²⁹ Por. H. Deichfuß, *Die Rechtsprechung der Instanzgerichte zum kartellrechtlichen Zwangslizenzienwand nach „Orange-Book-Standard“*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2012, nr 12, <http://www.wuw-online.de/content/abhandlung/abhandlung/df,458,557175>, R. Harrison, *The Orange Book: The relationship between patents and standards*, <http://www.tangible-ip.com/2009/the-orange-book-the-relationship-between-patents-and-standards.htm>, por. też: M. Walther, U. Baumgartner, *Standardisierungskooperationen und Kartellrecht*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2008, nr 2; Ch. Koenig, A. Neumann, *Standardisierung – ein Tatbestand des Kartellrechts?*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2009, nr 4; C. Appl, *Technische Standardisierung und geistiges Eigentum*, Springer Verlag, Wien–New York 2012.

software, metod e-biznesu, technologii ekologicznych, mediów elektronicznych czy serwisów społecznościowych³⁰.

2. Zarządzanie patentami jako model biznesowy

Rozwija się dyskusja na temat roli firm zarządzających patentami (ang. *non-practicing entities* – NPE), a nie wytwarzających żadnych dóbr lub usług. Ocena tych podmiotów jest ambiwalentna: z jednej strony czasami pomagają one małym i średnim firmom w badaniach nad patentami oraz w procesie ich komercjalizacji, z drugiej – hamują one postęp technologiczny, gdyż wiele firm obawia się znacznego ryzyka rozwoju własnych innowacji, które mogą być uwikłane w niektóre patenty czy licencje będące w rękach NPE i zagrażać kosztownymi sporami sądowymi³¹.

W normalnym toku działalności gospodarczej patentuje się wynalazki po to, by ich komercjalizacja przynosiła zyski. Na rynkach technologii ICT o znacznej roli standardów rynkowych (ang. *de facto standards*) występuje natomiast od pewnego czasu inne zjawisko. Model biznesowy polega na gromadzeniu szerokiej wiązki kluczowych patentów określających dany standard (GSM, UMTS, LTE), a następnie czerpaniu korzyści wyłącznie z opłat licencyjnych, bez zamiaru oferowania klientom dóbr lub usług. Podmioty te, określane mianem Non-Practising Entities (NPE), najczęściej nie należą do zrzeszeń standaryzacyjnych, a więc nie muszą się stosować do regulaminów zalecających udostępnianie innowacji na warunkach uczciwych, rozsądnych i nie dyskryminacyjnych (ang. *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory* – FRAND). Organizacje standaryzacyjne zachęcają przedsiębiorców do kooperatywnego inwestowania w nowe technologie. W świetle tej tendencji zatajenie zamiaru patentowania czy jego opóźnienie wywołuje poczucie zagrożenia u tych konkurentów, którzy już ponieśli koszty, które trudno odzyskać (ang. *sunk costs*). Bez wiedzy o zamiarze patentowania przez rywala na danym rynku znajdują się w sytuacji przymusowej i narażają się na wygórowane opłaty ze strony licencjodawcy³².

Kontrolą zachowań rynkowych tych podmiotów zajmują się natomiast organy antymonopolowe. Zawyżanie opłat licencyjnych przez takie firmy wynika także z faktu, że często firmy te nie wytwarzają dóbr lub usług, nie są więc zaangażowane w badania B+R dotyczące przyszłych rozwiązań i w związku z tym nie bazują na żądaniu licencji wzajemnych, co mogłoby wpływać na obniżenie opłat licencyjnych. Porozumienia zawierane wokół standardu rynkowego eliminują lub osłabiają konkurencję między technologiami (ang. *inter-technology competition*), występuje więc szczególna celowość kontroli zewnętrznej przestrzegania warunków FRAND³³. W przypadku norm i standardów chronionych patentami istotne znaczenie może mieć kontekst prawa konkurencji.

³⁰ Por. J. Schultz, J. M. Urban, *Protecting Open Innovation: the Defensive Patent License as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs and Tactical Disarmament* oraz Y. Benkler, *Open Wireless vs. Licensed Spectrum: Evidence from Market Adoption*, „Harvard Journal of Law & Technology” 2012, Vol. 26, No. 1.

³¹ Por. J. Bessen, J. Ford, M. J. Meurer, *The Private and Social Costs of Patent Trolls. Do Nonpracticing Entities Benefit Society by Facilitating Markets for Technology?*, „The Regulation” 2011-2012, Vol. 34, No. 4, Winter.

³² Por. M.A. Lindsay, *Safeguarding the Standard: Standards Organizations, Patent Hold-up, and Other Forms of Capture*, T.S. Simcoe, *Private and public approaches to patent hold-up in industry standard setting*, D.B. Hoffman, J.J. Simons, *Known Unknowns: Uncertainty and Its Implications for Antitrust Policy and Enforcement in the Standard-Setting Context*, a także: D. Culley, M. Dhanani, M. Dolmans, *Learning from Rambus – How to Tame Those Troublesome Trolls*, „The Antitrust Bulletin” 2012, Vol. 57, No.1, Spring.

³³ Por. P. Chappatte, P. Walter, T. Blanchard, *IPR and Competition Law – Excessive Patent Royalty Claims by Non-Practising Entities*, <http://www.slaughterandmay.com/media/1486785/ipr-and-competition-law-excessive-patent-royalty-claims-by-non-practising-entities.pdf>, R.P. Greenspoon, C.M. Cottle, *Don't Assume a Can Opener – Confronting Patent Economic Theories with Licensing and Enforcement Reality*, „The Columbia Science and Technology Law Review” 2011, Vol.12, <http://www.stlr.org/html/volume12/greenspoon.pdf>, G. Parchomovsky, P. Wagner, *Patent Portfolios*, „University of Pennsylvania Law Review” 2005, Vol. 154, No. 1, November, <http://www.ftc.gov/bc/workshops/ipmarketplace/apr17/docs/rwagnerw.pdf>, *Mining Your Patent Portfolio. Legal and Business Strategies for Maximizing the Value of Patent Portfolio* seminar materials, New York, <http://www.lawseminars.com/seminars/05MINEMA.php>, M. Schauwecker, *Extraterritorial Patent Jurisdiction: Can One Sue in Europe for Infringement of a U.S. Patent?*, TTLF Working Papers No.10/2011, http://www.law.stanford.edu/program/centers/ttlf/papers/schauwecker_wp10.pdf.

Często nie można łatwo i szybko sprawdzić, czy dane urządzenie narusza konkretne patenty. Nazwa o niczym jeszcze nie świadczy. Trudne i nierealistyczne byłoby żądanie takiej wiedzy od sprzedawcy (MP 3 Player Import)³⁴.

Dotychczas typowa droga do ustanowienia standardu wiodła przez zgłoszenie patentowe, a następnie ujawnienie standardu i oferowanie licencji na warunkach rynkowych, czyli uczciwych, rozsądnych i niedyskryminacyjnych (ang. *fair, reasonable and non-discriminatory* – FRAND). Obecnie często to postępowanie przebiega poza organizacjami standaryzacyjnymi, w drodze indywidualnych negocjacji i uzgodnień między stronami. Daje to przewagę stronie silniejszej, która może zażądać trudnych do spełnienia warunków, co w istocie oznacza zamknięcie rynku dla rywali.

W przypadku efektu zamknięcia rynku należy rozważyć, czy w dającej się przewidzieć perspektywie można liczyć się z rozwojem innego, konkurencyjnego standardu, czy należy skorzystać z instytucji licencji przymusowej lub doktryny *essential facility*. Problem polega na tym, że wartość patentu rośnie, gdy określa on kluczowy standard rynkowy. Silna władza rynkowa pozwala wtedy zawiązać opłaty licencyjne. Praktyka stosowania doktryny *essential facility* rodzi natomiast szereg wątpliwości, gdyż wymaga się od sądów niełatwej oceny, czy na danym rynku panuje jeszcze dostateczna konkurencja³⁵.

Szczególne problemy powstają na tle doktryny *essential facility* w sektorach poddanych regulacji *ex ante*, która podlega stosowaniu równolegle z prawem konkurencji, które – co do zasady – działa *ex post*. Regulacja *ex ante* próbuje wychodzić poza neoklasyczną, statyczną wizję rynków „tu i teraz” opartą na cenach i kosztach występujących aktualnie, aby być substytutem konkurencji dynamicznej, promującej innowacje³⁶.

Można wskazać 2 linie argumentacji: jedni twierdzą, że koncepcja FRAND ma charakter postulatyczny, życzeniowy i w praktyce nie działa, inni natomiast uważają, że wprost przeciwnie: FRAND nagina rzeczywistość rynkową na korzyść licencjobiorców, a kosztem właścicieli patentów i jest orężem obu stron w wojnie modeli biznesowych. Koncepcja FRAND pozwoliła na rozwój wielu innowacyjnych technologii i promocję konkurencji, np. Internetu, telefonii mobilnej, WiFi, DSL i in. W przypadku przedsiębiorstw-dominantów reguły FRAND w dużej mierze pokrywają się z kryteriami nadużywania pozycji dominującej, chociaż mogą poza nie wykraczać. W szczególności FRAND należy widzieć jako efekt normalnych, rynkowych negocjacji między stronami, a więc FRAND wobec jednego partnera nie musi oznaczać tego samego dla innego partnera biznesowego, a w szczególności nie musi się wiązać z konkretną kwotą opłat licencyjnych czy decyzji o udostępnianiu (lub nie) najnowszych osiągnięć technicznych właściciela IPR.

Istotny może być sposób zachowania w procesie ustalania standardu, gdy jeden z podmiotów dysponuje technologią będącą elementem standardu (ang. *incipient dominance*). Istotność danej technologii dla budowy standardu (ang. *intrinsic essentiality*) może kreować przesłanki dominacji,

³⁴ Por. J. Straus, *Das Regime des European Telecommunications Standards Institute – ETSI: Grundsätze, anwendbares Recht und die Wirkung der ETSI gegenüber abgegebenen Erklärungen*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int.” 2011, Nr 6, s. 469 i n.; W. Schickedanz, *Die Ermittlung von Verletzungen normbildender Patente durch Merkmal-für-Merkmal Subsumption?*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int.” 2011, Nr 6, s. 480 i n.

³⁵ Doktryna *essential facility* jest w większości krajów efektem orzecznictwa antymonopolowego. W nielicznych krajach stanowi *expressis verbis* przedmiot regulacji (Niemcy, Czechy, Estonia, Rumunia, Słowacja, Korea Pł., RPA). Por. F.C. Haus, *Effective Competition and the Essential Facility Doctrine*, „Intereconomics” 2011, No. 1, s. 31 i n.; G. Knieps, *The Three Criteria Test, the Essential Facility Doctrine and the Theory of Monopolistic Bottlenecks*, „Intereconomics” 2011, No. 1, s. 17 i n.

³⁶ W tym celu poszczególne kraje wprowadzają innowacje regulacyjne np. „drabinę inwestycyjną” (ang. *ladder of investment*), która ma zachęcać operatorów do budowy nowych, konkurencyjnych infrastruktur, a nie tylko poprzestania na konkurencji w sferze świadczenia usług. Por. S. Littlechild, *The Nature of Competition and the Regulatory Process*, „Intereconomics” 2011, No. 1, s. 10 i n.; P. de Bijl, *The Need for a Communications Regulator; a Lesson from the Netherlands*, „Intereconomics” 2011, No. 1, s. 21 i n.; A. Schwarz, *Measuring the Intensity of Competition – Experiences from Austrian Broadband Markets*, „Intereconomics” 2011, No. 1, s. 27 i n.

ale także zachowanie może być drugorzędne, jeżeli dana technologia i tak stałaby się częścią standardu. Dorobek rozstrzygnięcia licznych spraw dotyczących nadużywania dominacji rynkowej (United Brands), który zwraca uwagę na stosunek opłaty licencyjnej do wartości ekonomicznej licencji, nie zawsze się sprawdza (Rambus)³⁷.

Ewaluacja pooli patentowych jest obecnie w centrum zainteresowań europejskiego prawa konkurencji. Komisja podjęła próbę wyliczenia cech zarówno pozytywnych, prokonkurencyjnych (podział ryzyka, obniżka kosztów, przeciwdziałanie wzajemnemu blokowaniu patentów oraz kosztownym sporom patentowym), jak i antykonkurencyjnych (zbyt szeroka i silna ochrona całych wiązek patentów, co może sprzyjać podziałom rynku i zmwom cenowym, a także w ujęciu dynamicznym, długookresowym – osłabiać innowacje i badania nad alternatywnymi technologiami)³⁸.

³⁷ Nadal mamy do czynienia ze sprawami odmowy licencjonowania, podobnymi do Magill/IMS/Microsoft. Licencja może być wszelako środkiem unikania innych nadużyć. Od wcześniejszych spraw (Commercial Solvents, Bronner), odmowa kontraktowania została wzbogacona o kolejne regulacyjne lub orzecznicze kryteria oceny np. szansa powstania nowego produktu czy rynku lub ograniczania postępu technicznego.

³⁸ Można wymienić efekty pozytywne ustalania standardów:

- promocja innowacji i konkurencji wewnątrz określonej technologii (ang. *intra-technology competition*),
- ekonomia skali,
- ekonomia sieci,
- ułatwianie handlu, zarządzanie marką,
- interoperacyjność i kompatybilność,
- redukcja kosztów transakcyjnych,
- dobrobyt konsumenta.

Potencjalne wady ustalania standardów – to przede wszystkim:

- osłabianie innowacji i konkurencji między technologiami (ang. *inter-technology competition*),
- efekt zamknięcia rynku,
- koszty przestawienia,
- koncentracja rynku,
- eskalacja roszczeń do patentu dopiero po umocnieniu i poszerzeniu jego pozycji jako standardu de facto, który nie ma alternatywnej technologii (ang. *patent hold-up, patent ambush*), tworzenie wiązek patentów (ang. *patent thicket*).

Por. J. Heyers, *Effiziente Patentpoolkonstitution – zugleich ein Beitrag zum sog. More Economic Approach*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Ökonomie, „Zeitschrift für Wettbewerbsrecht“ 2011, Nr 1, C.A. Jones, *The Second Devolution of European Competition Law: The Political Economy of Antitrust Enforcement under a >More Economic Approach< [w:] D. Schmidtchen, M. Albert, S. Voigt (red.), Mohr Siebeck, Tübingen 2006; S. Voigt, Robust Political Economy: The Case of Antitrust*, „Review of Austrian Economy“ 2006, Vol. 19.