

DAWID MIĄSIK

# Własność intelektualna a szkoda dla konkurencji w prawie UE



Intellectual property  
and harm to competition  
in EU law



CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

Własność intelektualna  
a szkoda dla konkurencji  
w prawie UE\*



Intellectual property  
and harm to competition  
in EU law

---

\* Praca jest rezultatem badań przeprowadzonych w 2010 r. w Bibliotece Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego we Florencji w ramach programu „Badania letnie” w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

*redaktor prowadzący serii*

MARIAN STASIAK

*redakcja w języku polskim*

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

*redakcja w języku angielskim*

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

*tłumaczenie na język angielski*

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SP. Z O.O.

*skład i druk*

BIGBIT WOJCIECH ZEYDLER-ZBOROWSKI

*projekt graficzny*

WOJCIECH SOBOLEWSKI

*wydawca / published by*

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 22 545 98 00 · FAX 22 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

ISBN 978-83-62818-04-4

WARSZAWA 2012

## *Spis treści*

<b>1. Wprowadzenie</b> .....	6
<b>2. Stosunek unijnego prawa konkurencji do praw własności intelektualnej</b> .....	10
2.1. Teorie relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej .....	10
2.2. Recepcja teorii relacji w prawie unijnym .....	14
<b>3. Determinanty ograniczenia konkurencji i ich zastosowanie w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej w prawie UE</b> .....	25
3.1. O różnych sposobach rozumienia ograniczenia konkurencji i ich konsekwencjach w prawie UE .....	25
3.2. Ograniczenie swobody działania uczestników rynku .....	31
3.3. Ingerencja w funkcjonowanie rynku wewnętrznego .....	35
3.4. Wysokie ceny .....	37
3.5. Gorsza jakość .....	44
3.6. Zmniejszenie zakresu wyboru .....	49
3.7. Niższa innowacyjność .....	53
3.8. Niemerytoryczna rywalizacja .....	58
<b>4. Podsumowanie</b> .....	61
<b>O Autorze</b> .....	63

## *Table of contents*

<b>1. Introduction</b> .....	66
<b>2. Position of EU competition law on IP rights</b> .....	70
2.1. Theories of the relationship between competition law and intellectual property law .....	70
2.2. Relationship theory in EU law .....	73
<b>3. Determinants of restricting competition and their application in IP rights cases in EU law</b> .....	84
3.1. On various interpretations of the limitation of competition and their consequences in EU law .....	84
3.2. Restriction of the freedom of activities of market participants .....	90
3.3. Intervention in the functioning of the internal market .....	94
3.4. High prices .....	97
3.5. Poorer quality .....	103
3.6. Reduced choice .....	108
3.7. Lower innovativeness .....	111
3.8. Competition not on the merits .....	117
<b>4. Conclusions</b> .....	119
<b>About the Author</b> .....	121

## 1. Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie poświęcone jest analizie negatywnego wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję w świetle dotychczasowej praktyki stosowania unijnych reguł konkurencji. Celem publikacji jest próba wyjaśnienia, jak rozumieć należy sformułowanie „ograniczenie konkurencji”, a zatem udzielenie odpowiedzi na pytanie, dlaczego unijne prawo konkurencji znalazło zastosowanie do oceny działań przedsiębiorstw w tych sprawach, w których zagrożenie dla konkurencji wynikało z posługiwania się przez przedsiębiorstwo prawami własności intelektualnej. Zagadnienie to jest jednym z problemów składających się na styk prawa konkurencji<sup>1</sup> i prawa własności intelektualnej<sup>2</sup> w prawie unijnym, które należy do najczęściej i najżywiej dyskutowanych zagadnień.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Zamiennie używane są określenia „prawo ochrony konkurencji” oraz „prawo antymonopolowe”. Termin „prawo antytrustowe” używany jest w niniejszym opracowaniu wyłącznie w odniesieniu do prawa ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej.

<sup>2</sup> W rozumieniu przyjętym w Porozumieniu w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Dz. U. z 1996 r., nr 32, poz. 143) – Załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) sporządzonego w Marakeszu 15 kwietnia 1994 r. (Dz. U. z 1995 r. nr 98, poz. 483).

<sup>3</sup> Zob. w szczególności J.D.C. TURNER, *Intellectual property and EU competition law*, Oxford 2010; K. CZAPRACKA, *Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches*, Cheltenham 2009; G. GHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Northampton 2007; C. EHLER-MANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford–Portland 2007; S. ANDERMAN, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge 2007; S. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer and the new competition rules*, Oxford 2006; S. ANDERMAN, *EC competition law and intellectual property rights – the regulation of innovation*, Oxford 1998.

Jest to zasługą złożoności problemu, doniosłości gospodarczej praw własności intelektualnej oraz kontrowersji towarzyszących poszczególnym przypadkom zastosowania reguł konkurencji do aktów wykonywania lub uzyskiwania praw wyłącznych do dóbr niematerialnych.

Opracowanie koncentruje się na sprawach z zakresu konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej, w których źródłem ewentualnego ograniczenia konkurencji jest oddziaływanie uprawnionego na konkurencję za pomocą posiadanych praw własności intelektualnej. Prawa te stanowią wówczas instrument, za pomocą którego uprawniony wykorzystuje posiadaną siłę rynkową do wywołania skutków niepożądanych z punktu widzenia reguł konkurencji obowiązujących w danym systemie prawnym. W ramach kategorii spraw z zakresu konkurencji dotyczących praw własności intelektualnej należy wyróżnić dwie podgrupy. Pierwsza z nich obejmuje takie przypadki, w których przedsiębiorstwo zachowując się w sposób odpowiadający literze prawa własności intelektualnej, naraża się na ryzyko naruszenia reguł konkurencji. Są to sprawy z zakresu konkurencji dotyczące praw własności intelektualnej w najwęższym rozumieniu. Od spraw dotyczących praw własności intelektualnej w powyższym rozumieniu należy odróżnić sprawy, w których uprawniony w całości lub części zawdzięcza siłę rynkową prawu własności intelektualnej i korzysta z niej w sposób sprzeczny z regułami konkurencji, ale bez posługiwania się uprawnieniami przysługującymi na podstawie prawa własności intelektualnej.

Prawa własności intelektualnej z reguły przysługują jednemu podmiotowi i to jemu przyznają prawo do wykluczenia innych z posługiwania się określonym dobrem niematerialnym. Ich istotą jest przyznanie uprawnionemu wyłączności na posługiwanie się w obrocie gospodarczym w dowolny sposób „sprywatyzowanego” przez niego na podstawie przepisów prawa pozytywnego dobra publicznego (wiedzy, idei, informacji). Wyłączność tę długo utożsamiano z monopolem.

Konsekwencją tego uproszczenia było postrzeganie praw własności intelektualnej jako kolidujących z prawem konkurencji wymierzonym w funkcjonowanie, a niekiedy nawet istnienie monopolu. Tymczasem monopolistą w rozumieniu przyjętym w prawie konkurencji jest przedsiębiorca będący wyłącznym sprzedawcą towarów na rynku. Konkretne prawo własności intelektualnej rzadko tworzy odrębny rynek właściwy. Podobnie jest w przypadku towarów będących nośnikami różnych praw własności intelektualnej. Jedynie wyjątkowo uprawniony z prawa własności intelektualnej z racji samego posiadanego prawa ma status jedyne go sprzedawcy na rynku właściwym, a zatem jest monopolistą.

Źródłem konfliktu między ochroną konkurencji a ochroną własności intelektualnej była także określone postrzeganie celów prawa konkurencji. Nacisk na ochronę wolności konkurencji i traktowanie redukcji swobody działania jako wyznacznika ograniczenia konkurencji skutkowało koniecznością wypracowania różnych koncepcji pozwalających zawęzić pole oczywistego konfliktu między chroniącym wolność wejścia na rynek prawem konkurencji a ukierunkowanym na nagrodzenie wysiłku intelektualnego i ryzyka kosztem wolności prawem własności intelektualnej. Konflikt ten wynikał z postrzegania celów obu dziedzin prawa jako kolidujących ze sobą.<sup>4</sup>

Prawa własności intelektualnej z założenia nie są antykonkurencyjne. Wzmacniają konkurencję między dostawcami substytucyjnych produktów, w szczególności w zakresie innych parametrów niż cena. Współcześnie akcentuje się więc zbieżność, a przynajmniej brak kolizji między celami prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej. Zgodnie z przeważającym stanowiskiem wspólnym celem jest stymu-

---

<sup>4</sup> Wskazuje na to G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, s. 99.



lowanie innowacji,<sup>5</sup> a zatem zwiększenie efektywności dynamicznej. W świetle nieco innego ujęcia zbieżnym celem obu dziedzin jest podnoszenie poziomu konkurencji dynamicznej.<sup>6</sup> Zbieżność celów nie powinna jednak przesłaniać odmiennej perspektywy, z której cele te są realizowane. Prawa własności intelektualnej, poprzez perspektywę uzyskania prawa wyłącznego i możliwość blokowania imitacji produktów uprawnionego przez konkurentów, dostarczają bezpośrednio motywacji dla innowacji. Z kolei prawo konkurencji czuwa, by ta motywacyjna funkcja była realizowana przez uczestników rynku, zapewniając istnienie konkurencji na rynku. Konkurencja wywiera presję na uczestników rynku do nieustannego ulepszania dotychczasowych produktów lub wprowadzania nowych.<sup>7</sup>

Opracowanie koncentruje się na wyrokach Trybunału Sprawiedliwości i Sądu, zgodnie z założeniem, iż aczkolwiek to Komisja łączy zadania kreatora założeń polityki konkurencji i ich faktycznego egzekutora,

---

<sup>5</sup> Tak cel ten formułuje doktryna bazująca na ekonomicznej analizie prawa, zob. H. HOVENKAMP, *Patents, property, and competition policy*, 34 *Journal of Corporation Law* 1243 (2009), s. 1258; J.B. BAKER, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation*, 74 *Antitrust Law Journal* (2007), nr 3, s. 576; P. NIHOUL, *The limitation of intellectual property in the name of competition*, 32 *Fordham International Law Journal* 489 (2009), s. 490. Istnienie bezpośredniego związku między prawem własności intelektualnej a innowacjami jest kwestionowane w doktrynie prawa ochrony konkurencji, zob. m.in. H. ULLRICH, *Expansionist intellectual property protection and reductionist competition rules: a trips perspective*, 7 *Journal of International Economic Law* 401 (2004), s. 401; A. GEIGER, *Patents, trade marks, copyrights – a mission for article 82 EC*, E.C.L.R. nr 5/2004, s. 312; A. NARCISO, P. TORREMANS, *IMS Health or the question whether copyright still deserves a specific approach in a market economy* [w:] red. L.N. TAKEYAMA, W. GORDON, R. TOWSE, *Developments in the economics of copyright*, Northampton 2005, s. 145.

<sup>6</sup> J. DREXL, B.C. GALLEG0, S. ENCHELMAIER, M. LEISTNER, M.-O. MACKENRODT, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate- General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses*, IIC nr 5/2006, s. 560.

<sup>7</sup> J. DREXL, *Real knowledge is to know the extent of one's own ignorance: on the consumer harm approach in innovation related competition cases*, *Antitrust Law Journal* 2010, vol. 76, Issue 3, s. 706.

to jednak ostateczne słowo w kwestii ustalania rozumienia i zakresu poszczególnych instytucji unijnego prawa konkurencji należy do Trybunału Sprawiedliwości, a pośrednio Sądu. Ze względów pragmatycznych podstawę przeprowadzonej analizy stanowią w większości orzeczenia wydane w postępowaniach dotyczących nadużycia pozycji dominującej. W przypadku grupowych praktyk restrykcyjnych zasadniczym źródłem ograniczenia konkurencji jest koordynacja zachowań uczestników rynku wskutek przeprowadzenia mniej lub bardziej formalnych uzgodnień. Natomiast w przypadku praktyk polegających na nadużyciu pozycji dominującej to samodzielnie podejmowane decyzje przedsiębiorstw będą stanowiły punkt odniesienia dla stosowania reguł konkurencji, zaś zachowanie zgodne z przepisami prawa własności intelektualnej może się okazać antykonkurencyjne.<sup>8</sup> Praktyka stosowania reguł konkurencji w odniesieniu do tych ostatnich w lepszym stopniu odwzorowuje relacje między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej w danym systemie prawnym.

## *2. Stosunek unijnego prawa konkurencji do praw własności intelektualnej*

### *2.1. Teorie relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej*

Zagadnienie negatywnego wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję jest relewantne dopiero po uprzednim udzieleniu pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy reguły konkurencji mogą lub w ogóle powinny znajdować zastosowanie do oceny konkretnego zachowania

---

<sup>8</sup> D. KALLAY, *The law and economics of antitrust and intellectual property. An Austrian approach*, Cheltenham 2004, s. 3–4.

uprawnionego z prawa własności intelektualnej, to znaczy czy można badać jego wpływ na konkurencję. Rozstrzygnięcie tego problemu zależy od ukształtowania relacji między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej. W zależności od sposobu regulacji stosunku między tymi dwoma dziedzinami prawa, wszystkie bądź tylko niektóre zachowania uprawnionego mogą być oceniane z punktu widzenia ich zgodności z zakazami prawa konkurencji. W ramach doktrynalnych koncepcji służących uporządkowaniu i systematyzacji zagadnienia styku prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej można wyodrębnić dwie kategorie teorii:<sup>9</sup> formalne i materialne.<sup>10</sup> Teorie formalne opisują problematykę relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej, odwołując się do metod i argumentów powszechnie stosowanych w naukach prawnych, takich jak miejsce obu dziedzin prawa w systemie prawa, poziom konstytucjonalizacji, wola ustawodawcy, jego racjonalność, zakres pozytywnej regulacji styku obu dziedzin. Teorie te ustalają za pomocą wnioskowań i wartościowań prawniczych, jakiego rodzaju zachowania uprawnionego wolne są od ingerencji norm prawa antymonopolowego, bez względu na ich faktyczny wpływ na konkurencję.<sup>11</sup>

Niewątpliwą korzyścią wszelkich teorii formalnych jest dostarczenia odpowiedniego punktu odniesienia dla przedsiębiorców. Teorie te pozwalają zidentyfikować zachowania, które nigdy nie będą podlegały kognicji organu antymonopolowego. Przedsiębiorcy uzyskują zatem informację, w jaki sposób mogą organizować prowadzoną przez siebie dzia-

<sup>9</sup> Zob. również M.K. KOLASIŃSKI, *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, s. 273–280 oraz s. JÓZWIĄK, *Prawo własności intelektualnej a prawo konkurencji – spór o pierwszeństwo w prawie europejskim*, MoP z 2010, nr 8.

<sup>10</sup> Podobne rozróżnienie przyjmuje J. DREXL, *Is there a more economic approach to intellectual property and competition law* [w:] J. DREXL, *Research handbook on intellectual property and competition law*, Cheltenham 2008, s. 36.

<sup>11</sup> Por. L. KAPLOW, *The patent-antitrust intersection: a reappraisal*, Harvard Law Review, 97 Harvard Law Review 1813 (1984), s. 1818.

łałość gospodarczą bez ryzyka naruszenia reguł konkurencji. Przeciwno kierowaniu się teoriami formalnymi, redukującymi zakres zastosowania reguł konkurencji, przemawia zaś dominująca obecnie tendencja do kierowania się przy stosowaniu reguł konkurencji nie formą zachowania, lecz rzeczywistym jego wpływem na warunki konkurencji na rynku. Teoria formalne kształtują natomiast relacje między prawem ochrony konkurencji a prawem własności intelektualnej w oderwaniu od tego wpływu, akceptując przypadki, w których do ograniczenia konkurencji może dojść, lecz ze względów polityki prawa bądź polityki konkurencji zachowanie takie znajdzie się poza zakresem zastosowania reguł konkurencji.

Do teorii formalnych należy zaliczyć: teorię autonomii prawa własności intelektualnej,<sup>12</sup> teorię zakresu wyłączności,<sup>13</sup> teorię szczególne-

<sup>12</sup> Zwana także teorią nadrzędności prawa własności intelektualnej, szerzej o tej teorii zob. I. RAHNASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law*, Oxford 2003. Teoria ta była stosowana w pierwszym okresie rozwoju prawa antytrustowego, zob. R.J. GILBERT, W.K. TOM, *Is innovation king at the antitrust agencies? The intellectual property guidelines five years later*, 69 *Antitrust Law Journal* 43 (2001), s. 170; G.L. PRIEST, *Cartels and Patent License Arrangements*, 20 *J.L. & Econ.* 309 (1977), s. 330–32; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, Tübingen 2002, s. 40–41.

<sup>13</sup> Szerzej zob. w szczególności A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 144–154 oraz H. HOVENKAMP, *The antitrust enterprise. Principle and execution*, Cambridge 2005, s. 256–259. Teoria ta dominuje do dnia dzisiejszego w prawie antytrustowym, do którego została recypowana ze sprawy o naruszenie patentu *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917) w orzeczeniu w sprawie *United Shoe Machinery Corporation v. U.S.*, 258 U.S. 451 (1922), s. 462 i 464. Mimo braku wyraźnej podstawy normatywnej dla ograniczenia zakresu zastosowania reguł konkurencji sądy amerykańskie konsekwentnie przyjmują, że wykonywanie przez uprawnionego przysługujących mu uprawnień w ramach zakresu prawa wyłącznego, korzysta on z immunitetu antytrustowego bez względu na skutki, jakie wywołuje na rynku podstawowym lub rynkach powiązanych, zob. np. *Schor v. Abbott Laboratories*, 378 F.Supp.2d850 (N.D. Illinois 2005), s. 858; *In re Neurontin Antitrust Litigation*, 2009 WL 2751029, D.N.J., 2009, s. 8 przyp 28; *Sheet Metal Duct, Inc. v. Lindab, Inc.*, 2000 WL 987865, E.D.Pa., 2000, s. 3; *Disco Vision Assoc. v. Disc Mfg., Inc.*, Nos. 95–21 & 95–345, 1997 WL 309499, (D.Del. Apr.3, 1997), s. 8; *CSU, L.L.C. v. Xerox Corp (In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litg.)*, 203 F.3d 1322 (Fed.Cir.2000), s. 1327.

go przedmiotu ochrony,<sup>14</sup> teorię formalnej alokacji rynku,<sup>15</sup> teorię istoty prawa wyłącznego, teorię wykonywania praw własności intelektualnej oraz teorię nadużycia prawa własności intelektualnej. W przeciwieństwie do teorii formalnych, teorie materialne koncentrują się na wyjaśnieniu omawianej problematyki poprzez identyfikację zachowań, jakie uprawniony z prawa własności intelektualnej może podejmować bez ryzyka zastosowania reguł prawa antymonopolowego, gdyż jego zachowanie nie ogranicza konkurencji, a wręcz przeciwnie – jest przejawem konkurencji merytorycznej.

Do najważniejszych teorii materialnych należą: teoria materialnej alokacji rynku,<sup>16</sup> teoria procesu konkurencji dynamicznej,<sup>17</sup> teoria komparatywnej przewagi konkurencyjnej<sup>18</sup> oraz teorie wynikowe.<sup>19</sup> Z punktu widzenia przyjętego w niniejszym opracowaniu podziału na teorie formalne i materialne niejasny jest status teorii komplementarności celów oraz teorii zrównania statusu praw własności intelektualnej z prawem własności rzeczy. Teorie te opisują raczej zasady stosowania prawa konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej niż relacje między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej.

<sup>14</sup> Szerzej zob. w szczególności I. GOVAERE, *The use and abuse of intellectual property rights in EC law – including a case study of the E.C. spare parts debate*, London 1996, s. 67–68; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 294–322.

<sup>15</sup> Szerzej zob. A. HEINEMANN, *The contestability of IP-protected markets* [w:] J. DREXL, *Research handbook...*, s. 63 i n.

<sup>16</sup> Zob. M.R. PATTERSON, *Intellectual property and sources of market power* [w:] I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual property, market power and the public interest*, Bruxelles 2008.

<sup>17</sup> Zob. przede wszystkim D. KALLAY, *The law and economics...*, s. 90–114.

<sup>18</sup> D. HAYTER, *When a License is Worse than a Refusal: A Comparative Competitive Effects Standard to Judge Restrictions in Intellectual Property Licenses*, 11 Berkeley Technology Law Journal 281 (1996), s. 291–293.

<sup>19</sup> L. KAPLOW, *The patent-antitrust...*, s. 1818 i n.

## 2.2. *Recepcja teorii relacji w prawie unijnym*

Relacje między unijnym prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej są wypadkową wielu czynników. Zostały one ukształtowane w okresie, gdy Europejska Wspólnota Gospodarcza miała kompetencje z zakresu polityki konkurencji, lecz nie dysponowała uprawnieniami do harmonizowania lub ujednocniania krajowych praw własności intelektualnej.<sup>20</sup>

Kolejnym czynnikiem determinującym ukształtowanie wzajemnych relacji był proces budowy wspólnego rynku (ryнку wewnętrznego).<sup>21</sup> Oddziaływał on i oddziałuje na praktykę stosowania unijnych reguł konkurencji poprzez uzupełnienie tradycyjnych zadań prawa konkurencji o cel integracyjny. Analiza i ocena kształtu relacji między unijnym prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej musi również uwzględniać ponadnarodowy charakter prawa unijnego oraz postulat jego jednolitego stosowania w państwach członkowskich. Wpływ tych czynników na przyjęty ostatecznie, autonomiczny względem wypracowanego w państwach członkowskich oraz funkcjonującego w prawie antytrustowym model relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej wydaje się decydujący.

Odwołując się do art. 36 i 345 TFUE, argumentowano, że prawo konkurencji nie stosuje się do wykonywania krajowych praw własności intelektualnej, ponieważ przepis art. 36 TFUE pozwala ograniczać przepływ towarów, jeżeli jest to uzasadnione ochroną własności

---

<sup>20</sup> Harmonizacja regulacji krajowych w tej dziedzinie rozpoczęła się dopiero pod koniec lat 80. Jeszcze później zaczęły się pojawiać unijne prawa własności intelektualnej.

<sup>21</sup> G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, s. 100.

intelektualnej.<sup>22</sup> Praktyka stosowania unijnych reguł konkurencji wobec własności intelektualnej w początkowej fazie tego okresu zdawała się potwierdzać trafność tego postulatu.

Obwieszczenie Komisji o licencjach patentowych z 24.12.1962 r. (tzw. Obwieszczenie wigilijne)<sup>23</sup> traktowało liberalnie porozumienia licencji technologii,<sup>24</sup> zgodnie z założeniem że zawarcie umowy licencyjnej otwiera nowy rynek i prowadzi do podniesienia poziomu konkurencji.<sup>25</sup> Obwieszczenie to traktowano jako przejaw posługiwania się teorią zakresu wyłączności.<sup>26</sup> Recypowanie wynikającego z tej teorii standardu niosło za sobą niebezpieczeństwo niejednolitego stosowania unijnych reguł konkurencji, wskutek zróżnicowania zakresu praw wyłącznych w poszczególnych państwach. Ponadto założenia teorii zakresu

<sup>22</sup> F.-K. BEIER, *Patent License Agreements Under German and European Antitrust Law*, IIC nr 1/1972, s. 31–32; I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 79–80 oraz poglądy różnych autorów zreferowane przez L.F. EBB [w:] J.A. RAHL, *Common market and American antitrust. Overlap and conflict*, New York 1970, s. 252–254. Trybunał ustala, jakie są funkcje prawa własności intelektualnej, a następnie przez pryzmat tych funkcji wyznacza uprawnienia składające się na szczególny przedmiot ochrony. Mimo iż kazuistyczne ustalenie szczególnego przedmiotu ochrony utrudnia przedstawienie spójnej definicji dla wszystkich praw, czego konsekwencją jest brak jasności co do przedmiotu ochrony, dopuszczalne wydaje się wskazanie jako wspólnych elementów dwóch uprawnień: 1) prawa do wprowadzania towaru będącego nośnikiem prawa do obrotu oraz 2) prawa do występowania z powództwami przeciwko podmiotom, których zachowania stanowiły akt naruszenia prawa wyłącznego poprzez oferowanie towarów będących nośnikami materialnymi prawa należącego do uprawnionego.

<sup>23</sup> Commission Notice of 24 December 1962 on Patent Licensing Agreements (Dz. Urz. z 1962, Nr 2, s. 2922).

<sup>24</sup> Ze względu na konieczność budowy wspólnego rynku negatywnie traktowano umowy licencyjne znaków towarowych, jako umożliwiające podział tworzonego z trudem rynku ponadnarodowego. s. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer...*, s. 15.

<sup>25</sup> Wynikało to z traktowania jako punktu wyjścia do interpretacji TEWG (obecnie TFUE) rozwiązań przyjętych w prawie niemieckim – art. 20 ust. 1 GWB artykułował teorię zakresu wyłączności, wyłączając możliwość zastosowania reguł konkurencji do działań podejmowanych w zakresie prawa wyłącznego, L.F. EBB [w:] J.A. RAHL, *Common market...*, s. 249.

<sup>26</sup> I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne...*, s. 85.

wyłączności uniemożliwiłyby stosowanie reguł konkurencji do budowy wspólnego rynku.

Kolejna ze znanych ówczesznie teorii relacji, jaką była teoria autonomii praw własności intelektualnej, wyeliminowałaby możliwość stosowania unijnych reguł konkurencji do spraw dotyczących własności intelektualnej, które w tym okresie miały wyłącznie krajowy charakter. Obie teorie podważałyby zasadę pierwszeństwa prawa unijnego. Ich recepcja prowadziłyby do modyfikacji zakresu zastosowania unijnych reguł konkurencji przez przepisy krajowego prawa własności intelektualnej, które należałoby uznać za nadrzędne w stosunku do obecnych artykułów 101 i 102 TFUE.<sup>27</sup> Stąd konieczność wypracowania autonomicznej względem znanych ówczesznie koncepcji relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej.

Podstawy relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej ukształtowano w sprawie *Consten/Grundig*.<sup>28</sup> Oparto się w niej na teorii wykonywania praw własności intelektualnej. Za-

<sup>27</sup> A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 292–293. Pogląd o niemożności recypowania obu wymienionych powyżej teorii relacji podtrzymywany jest w aktualnej praktyce. W Wytycznych TTBER Komisja stwierdza, że „fakt, iż przepisy o własności intelektualnej przyznają wyłączne prawo do eksploatacji, nie oznacza, że prawa własności intelektualnej są wyłączone z interwencji przepisów dotyczących konkurencji”. Sąd nie uwzględnił argumentacji *Microsoft*, zgodnie z którą odmowa udzielania licencji „nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej”, ponieważ informacje dotyczące interoperacyjności chronione są prawami własności intelektualnej, wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 659. Z kolei w sprawie *AstraZeneca* Sąd Ogólny wyjaśnił, że prawo ochrony konkurencji ma autonomiczny charakter względem innych dziedzin prawa w tym sensie, że do jego wyłącznej domeny należy ocena wszelkich skutków zachowań przedsiębiorstw, które są odczuwalne na rynku, zaś zgodność zachowania przedsiębiorstwa z normami innych gałęzi prawa nie ma znaczenia z punktu widzenia możliwości zastosowania prawa konkurencji bądź dopuszczalności uznania postępowania przedsiębiorstwa za praktykę ograniczającą konkurencję, wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, www.curia.eu, pkt 366.

<sup>28</sup> Wyrok TS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig p. KE*, [1966] ECR 299, s. 345.



kłada ona, że prawo ochrony konkurencji można stosować do każdego aktu wykonywania praw własności intelektualnej, który jest sprzeczny z przepisami bądź celami prawa antymonopolowego w danym systemie prawnym. Poza zakresem ingerencji prawo ochrony konkurencji pozostaje nabywanie praw własności intelektualnej oraz samo istnienie takich praw. Teoria ta pozwala na zachowanie integralności unijnego prawa ochrony konkurencji, a jednocześnie realizację jego celów.<sup>29</sup> Gdyby wykonywanie praw własności intelektualnej nie podlegało ocenie z punktu widzenia zgodności z regułami konkurencji, wówczas prawa własności intelektualnej korzystałyby z immunitetu antymonopolowego.<sup>30</sup> Teoria wykonywania praw własności intelektualnej uwzględniała podział kompetencji między Wspólnotę a państwa członkowskie.<sup>31</sup> Służyła pogodzeniu wolnego handlu i konkurencji z ochroną praw własności intelektualnej ze względu na ich terytorialny charakter.<sup>32</sup>

W konsekwencji rozróżnienie między zastrzeżonym dla państw członkowskich istnieniem a podlegającym kontroli ze strony unijnych reguł konkurencji wykonywaniem praw własności intelektualnej oznaczało, że każdy akt wykonywania przedmiotowych praw może zostać

<sup>29</sup> Zwracają na to uwagę I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne...*, s. 86; A. HEINEMANN, *Immaterialgüter-schutz...*, s. 292–293.

<sup>30</sup> K. COATES, L. KJOLBYE, L. PEEPERKORN, *Intellectual property* [w:] J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford 2007, s. 1239.

<sup>31</sup> R. SUDBURY, K. HOLMES, *Intellectual property rights and European competition law*, *International Company and Commercial Law Review* nr 5/1994, s. 43; G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, s. 101–102. W gestii państw członkowskich pozostawiono jednak tylko określenie przesłanek uzyskania prawa wyłącznego. Pozostałe kwestie podlegały już ocenie z punktu widzenia unijnych reguł konkurencji.

<sup>32</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust in the European Union*, 13 *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 261 (2007), s. 263. Nie można jednak podzielić poglądu, zgodnie z którym teoria ta nie znajduje uzasadnienia w sytuacji, gdy prawa własności intelektualnej są ujednocicone albo zharmonizowane, tak np. G. WESTKAMP, *Balancing database sui generis right protection with European monopoly control under Article 82 E.C.*, *E.C.L.R.* nr 22/2001, s. 19.

zakwestionowany jako sprzeczny z art. 101 lub art. 102 TFUE. Wspomniane rozróżnienie ma znaczenie jedynie z punktu widzenia możliwości zastosowania unijnych reguł konkurencji w konkretnej sprawie. O tym, czy reguły konkurencji zostały naruszone w konkretnej sprawie, nie decyduje samo wykonywanie prawa, ale czy prawo własności intelektualnej było wykonywane w sposób niewłaściwy.<sup>33</sup> Krytyka tej teorii, negująca zasadność posługiwania się rozróżnieniem na istnienie i wykonywanie, z uwagi na niemożność ustalenia, kiedy zachowanie uprawnionego ogranicza konkurencję, jest chybiona.<sup>34</sup> Zarzuty te oparte są na nieprawidłowym traktowaniu teorii wykonywania jako teorii materialnej bądź teorii opisującej negatywny wpływ zachowania uprawnionego z prawa własności intelektualnej na konkurencję. Tymczasem teoria wykonywania jest formalną teorią relacji wskazującą, do jakich zachowań uprawnionego można stosować unijne reguły konkurencji.

Przyjęte w sprawie *Consten/Grundig* rozwiązanie ugruntowano do połowy lat 70. w kilku kolejnych orzeczeniach, w świetle których unijne reguły konkurencji znajdują zastosowanie do każdego aktu

---

<sup>33</sup> Wyrok TS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach 56/64 i 58/64, *Consten i Grundig p. Komisji*, [1966] ECR 299 – wspólnotowe reguły konkurencji „nie pozwalają na niewłaściwe wykorzystywanie uprawnień wynikających z krajowego prawa znaków towarowych do podważenia wspólnotowego prawa kartelowego”. Podobnie przyjmuje K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, stwierdzając, że taki sposób wykonywania prawa do znaku towarowego „stanowi jego nadużycie dla celów sprzecznych z postanowieniami prawa antymonopolowego”, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej*, Warszawa 2003, s. 29.

<sup>34</sup> Słuszna jest natomiast krytyka zastosowania rozróżnienia między istnieniem a wykonywaniem w praktyce. Trybunał Sprawiedliwości w dowolny sposób zaliczał różnego rodzaju przejawy wykonywania prawa wyłącznego przyznanego przez przepisy krajowe, jako składające się na istnienie tego prawa albo jako stanowiące przejaw jego wykonywania, zob. np. V. KORAH, *Technology transfer agreements and the EC competition rules*, Oxford 1996, s. 34–35; O. KOLSTAD, *Competition law and intellectual property rights – outline of an economic-based approach* [w:] J. DREXL, *Research handbook...*, s. 11.

wykonywania prawa własności intelektualnej, ale nie każde wykonywanie praw własności intelektualnej ogranicza konkurencję.<sup>35</sup> W kolejnych orzeczeniach TS zamiast precyzować, na czym polega niewłaściwe wykonywanie prawa własności intelektualnej, zaczął się odwoływać do przejętej z art. 36 TFUE koncepcji wykonywania prawa wyłącznego w ramach szczególnego przedmiotu ochrony. Teoria szczególnego przedmiotu ochrony stanowi wariant teorii zakresu wyłączności, to znaczy wyłącza spod rygorów prawa konkurencji wszelkie działania uprawnionego służące ochronie przedmiotu prawa przed naruszeniami oraz zabezpieczeniu realizacji jego gospodarczych funkcji. Podobnie jak w przypadku teorii zakresu wyłączności, zastosowanie reguł konkurencji jest możliwe dopiero wtedy, gdy zachowanie uprawnionego nie ma uzasadnienia w szczególnym przedmiocie ochrony.<sup>36</sup> Trybunał początkowo posługiwał się argumentacją opartą na teorii szczególnego przedmiotu ochrony jako kryterium pozwalającym odróżnić przejawy wykonywania prawa własności intelektualnej ograniczające i nie ograniczające konkurencji. Przykładem takiego wykorzystania teorii specyficznego przedmiotu ochrony jest sprawa 102/77 *Hoffmann-La Roche*,<sup>37</sup> z której wynika, że jeżeli wykonywanie prawa z rejestracji znaku towarowego mieści się w zakresie specyficznego przedmiotu ochrony w rozumieniu art. 36 TEWG, wówczas takie wykonywanie samo przez się nie stanowi nadużycia pozycji dominującej na rynku, o ile znak nie był instrumentem nadużycia.

---

<sup>35</sup> Wyrok z 29.02.1968 r. w sprawie 24/67 *Parke, Davis & Co. p. Probel*, [1968] ECR 81; wyrok TS z 18.02.1971 r. w sprawie 40/70 *Sirena p. Eda*, [1971] ECR 69, pkt 9; wyrok TS z 15.06.1976 r. w sprawie 51/75 *EMI Records p. CBS United Kingdom*, [1976] ECR 811; wyrok TS z 8.06.1971 r. w sprawie *Deutsche Grammophon p. Metro SB*, [1971] ECR 487.

<sup>36</sup> Tak również A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 303.

<sup>37</sup> Wyrok TS z 23.05.1978 r. w sprawie *Hoffman-La Roche p. Centrafarm*, [1978] ECR 1139.

Do połowy lat 80. kwestia skutków posługiwania się teorią szczególnego przedmiotu ochrony nie została wyjaśniona. Oceniając zgodność poszczególnych klauzul umowy licencyjnej z art. 101 ust. 1 TFUE w sprawie *Windsurfing*,<sup>38</sup> Trybunał rozstrzygał, czy mieszczą się one w ramach tego przedmiotu, a te, które nie były uzasadnione ochroną funkcji prawa z patentu, uznał za sprzeczne z art. 101 TFUE. Z wyroków w sprawach *Volvo p. Veng*<sup>39</sup> i *CICRA p. Renault*<sup>40</sup> wynika, że wykonywanie w ramach szczególnego przedmiotu ochrony nie podlega kontroli ze strony reguł konkurencji. Wskazuje na to podkreślenie istoty praw własności intelektualnej, jaką jest prawo uprawnionego do zakazania osobom trzecim wytwarzania oraz sprzedaży towarów inkorporujących chronione prawo bez zgody uprawnionego<sup>41</sup> oraz niemożność uznania odmowy udzielania licencji za praktykę ograniczającą konkurencję, jako znajdujące uzasadnienie w specyficznym przedmiocie ochrony prawa własności intelektualnej.<sup>42</sup> Odwoływanie się do teorii szczególnego przedmiotu ochrony w sprawach z zakresu konkurencji miało ten skutek, że ograniczało spektrum zachowań uprawnionych, do których można było stosować reguły konkurencji.

---

<sup>38</sup> Wyrok TS z 25.02.1986 w sprawie 193/83 *Windsurfing International Inc p. KE*, [1986] ECR 611, na teorię zakresu wyłączności powoływało się skarżące przedsiębiorstwo, pkt 3.

<sup>39</sup> Wyrok TS z 5.10.1988 r. w sprawie C-238/87, *Volvo p. Veng*, [1988] ECR 6211.

<sup>40</sup> Wyrok TS z 5.10.1988 r. w sprawie C-53/87, *CICRA i in. p. Renault*, [1988] ECR 6039.

<sup>41</sup> Wyrok TS z 5.10.1988 r. w sprawie C-238/87, *Volvo p. Veng*, [1988] ECR 6211, pkt 8.

<sup>42</sup> V. KORAH, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oksford–Portland 2006, s. 137; J.S. VENIT, *Article 82 EC: exceptional circumstances. The IP/Antitrust interface after IMS Health* [w:] C. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oksford–Portland 2007, s. 617; J. MAJCHER, *Windsurfing International Inc. v. Komisja Wspólnot Europejskich* [w:] A. JURKOWSKA, T. SKOCZNY, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, Warszawa 2007, s. 223.

Jednakże relatywnie szybko TS odstąpił od respektowania ograniczeń wynikających z teorii szczególnego przedmiotu ochrony, zorientowawszy się, że wykonywanie prawa własności intelektualnej w ramach specyficznego przedmiotu ochrony może wywoływać niepożądane perturbacje na rynku, które dodatkowo nie znajdują uzasadnienia w celach prawa własności intelektualnej.<sup>43</sup> Konsekwencją było odstępianie od kształtowania relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej na podstawie teorii szczególnego przedmiotu ochrony.<sup>44</sup> Jednakże zamiast powrócić do koncepcji niewłaściwego wykonywania prawa, TS zachował retorykę teorii szczególnego przedmiotu ochrony, niwelując jej niepożądane konsekwencje za pomocą instytucji „szczególnych okoliczności”. Służy ona uzasadnieniu zastosowania reguł konkurencji do aktów wykonywania praw w ramach specyficznego przedmiotu ochrony. Podejście to po raz pierwszy zastosowano w sprawie *Magill*.<sup>45</sup> Trybunał podkreślił, że wykonywanie uprawnień składających się na istotę prawa wyłącznego może zostać zakwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej tylko w wyjątkowych sytuacjach.<sup>46</sup> Ponieważ w stanie faktycznym sprawy dopatrzoneo się istnienia „szczególnych okoliczności”, przyjęto, że wykonywanie prawa przybierające postać odmowy udzielenia licencji może być oceniane z punktu widzenia zgodności z art. 102 TFUE. Skoro zaś odmowa udzielania licencji może zostać uznana za praktykę ograniczającą konkurencję, choćby jedynie w wy-

<sup>43</sup> Odmowa udzielenia licencji mieści się w ramach specyficznego przedmiotu ochrony, I. GOVAERE, *The use and abuse...*, s. 156; O. KOLSTAD, *Competition law and intellectual property...*, s. 23.

<sup>44</sup> Podobnie A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 319.

<sup>45</sup> Wyrok TS z 6.04.1995 r., w sprawach C-241/91 i C-242/91 RTE i ITP p. Komisji, [1995] ECR I-743, pkt 51.

<sup>46</sup> Wskazuje na to wprost interpretacja wyroku w sprawie *Magill* w wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 323 – „wyłączne prawo powielania stanowi część prerogatyw autora w tym sensie, że odmowa licencji, nawet w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nie może stanowić sama z siebie jej nadużycia”.

jątkowych okolicznościach, to teoria szczególnego przedmiotu ochrony nie może zostać uznana za teorię relacji przyjętą w prawie unijnym. O funkcjonowaniu w prawie unijnym określonej teorii relacji decyduje bowiem nie końcowy efekt oceny zachowania uprawnionego, lecz dopuszczalność badania tego zachowania z punktu widzenia jego kompatybilności z regułami konkurencji. Stanowisko przyjęte w sprawie *Magill* – w zakresie relacji między ochroną konkurencji a ochroną własności intelektualnej – zostało podtrzymane w sprawach *Ladbroke*,<sup>47</sup> *IMS Health*<sup>48</sup> oraz *Microsoft*,<sup>49</sup> w których stosowano art. 102 TFUE do odmowy udzielenia licencji.

Upatrywanie w teorii wykonywania praw własności intelektualnej podstaw do opisowego przedstawienia relacji między unijnymi regułami konkurencji a prawem własności intelektualnej jest jednak niewłaściwe. W sprawach *Tetra Pak F*<sup>50</sup> oraz *AstraZeneca*<sup>51</sup> unijne reguły konkurencji znalazły zastosowanie do zachowań polegających na uzyskiwaniu praw własności intelektualnej. W sprawie *Tetra Pak I* nadużycie pozycji dominującej przybierało postać nabycia wyłącznej licencji na technologię konkurencyjną względem posiadanej przez dominanta. Z kolei w sprawie *AstraZeneca* nadużycie przybierało postać zapobieżenia wprowadzeniu generycznych wersji leku chronionego patentem poprzez wydłużanie okresu ochrony patentowej za pomocą bezpodstawnie uzyskanego dodatkowego świadectwa ochronnego.

Podsumowując, w prawie unijnym kwestia relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej regulowana jest

<sup>47</sup> Wyrok SPI z 12.06.1997 r. w sprawie T-504/93, *Tiercé Ladbroke p. KE*, [1997] ECR II-923, pkt 35.

<sup>48</sup> Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039.

<sup>49</sup> Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 664.

<sup>50</sup> Wyrok SPI z 10.07.1990 r. w sprawie T-51/89 *Tetra-Pak Rausing p. KE*, [1990] ECR II-00309.

<sup>51</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 r. w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*.

wyłącznie z perspektywy prawa konkurencji. Prawo własności intelektualnej nie jest traktowane jako dziedzina autonomiczna względem prawa antymonopolowego. Unijne reguły konkurencji mogą znaleźć zastosowanie nie tylko do aktów wykonywania praw własności intelektualnej, ale także działań polegających na nabywaniu tytułów ochronnych. Pomimo werbalnego odwoływania się do teorii szczególnego przedmiotu ochrony oraz wykonywania praw własności intelektualnej, unijne reguły konkurencji mogą być stosowane bez żadnych formalnych ograniczeń do dowolnego zachowania uprawnionego. Istotne jest jedynie, czy zachowanie to budzi wątpliwości z punktu widzenia norm składających się na prawo ochrony konkurencji.<sup>52</sup> Teoria szczególnego przedmiotu ochrony odgrywa jednak istotną rolę, stanowiąc wstępny filtr separujący akty wykonywania praw własności intelektualnej w ramach szczególnego przedmiotu ochrony, do których reguły konkurencji nie znajdują zastosowania, od aktów wykonywania praw własności intelektualnej w ramach tego przedmiotu, do których unijne reguły konkurencji stosuje się ze względu na „szczególne okoliczności” konkretnej sprawy.

Ryzyko naruszenia reguł konkurencji wiąże się przede wszystkim z wykonywaniem praw własności intelektualnej. Poszczególne akty wykonywania prawa składają się bowiem na czerpanie przez uprawnionego korzyści z przysługującego mu prawa wyłącznego i to one oddziałują na stan konkurencji na rynku. Zdolność praw własności intelektualnej do wpływania na konkurencję nie wyczerpuje się jednak w samym ich wykonywaniu. Na konkurencję oddziałuje także nabywanie praw własności intelektualnej. Dyskusyjne jest, na ile samo istnienie oddziałuje na konkurencję. Tradycyjnie przyjmuje się, że istnienie

---

<sup>52</sup> Tak wyraźnie L. KAPLOW, *The patent-antitrust...*, s. 1818; J. DREXL, *The relationship between the legal exclusivity and economic market power. Links and limits* [w:] I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual property, market power and the public interest*, Bruxelles 2008, s. 20.

praw własności intelektualnej jest z punktu widzenia reguł konkurencji neutralne w tym znaczeniu, że nie ogranicza konkurencji. Obecnie akcentuje się jednak, że w pewnych przypadkach już samo istnienie prawa wyłącznego oddziałuje negatywnie na konkurencję.<sup>53</sup> Każde prawo własności intelektualnej charakteryzuje się tym, że uprawniony ma wyłączność na korzystanie z określonego dobra niematerialnego. Mając na względzie domniemanie ważności takiego prawa, sam fakt jego istnienia powoduje, że potencjalni konkurenci, którzy chcieliby oferować substytucyjne względem produktów uprawnionego towary na rynku właściwym, zostają zniechęceni do wejścia na rynek.<sup>54</sup> Wejście na rynek zostaje w najlepszym razie opóźnione, jeżeli potencjalny konkurent zdecyduje się na wszczęcie postępowania prowadzącego do pozbawienia uprawnionego prawa wyłącznego, bądź stanie się bardziej kosztowne, ze względu na konieczność „obejścia” prawa przysługującego „zasiedzialemu” uczestnikowi rynku. Nie oznacza to, że istnienie każdego prawa własności intelektualnej ogranicza konkurencję. Ze sprawy *AstraZeneca* wynika jednoznacznie, że o takim negatywnym skutku można mówić jedynie w przypadku wadliwego uzyskania tytułu ochronnego przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą. Wadliwość ta ma postać kwalifikowaną, ponieważ konieczne jest uzyskanie prawa wyłącznego wskutek wprowadzenia w błąd odpowiednich organów, gdy wnioskodawca zdaje sobie sprawę z tego, że nie spełnia warunków uzyskania ochrony lub gdy przysługuje mu ochrona przez krótszy czas.

---

<sup>53</sup> Szkada dla konkurencji w przypadku istnienia praw własności intelektualnej dotkniętych wadami powodującymi ich nieważność polega na podniesieniu kosztów rywali, zob. CH.R. LESLIE, *The anticompetitive effects of unenforced invalid patents*, 91 *Minnesota Law Review* 101 (2006), s. 101–183.

<sup>54</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, pkt 362.



### *3. Determinanty ograniczenia konkurencji i ich zastosowanie w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej w prawie UE*

#### *3.1. O różnych sposobach rozumienia ograniczenia konkurencji i ich konsekwencjach w prawie UE*

Formalistyczne podejście do stosowania prawa konkurencji zakłada, że do ograniczenia konkurencji dochodzi zawsze, gdy zachowanie przedsiębiorstwa odpowiada przesłankom ustanowionego przez prawodawcę zakazu. Podejście to zakłada, że w przypadku nazwanych praktyk ograniczających konkurencję mamy do czynienia z formami zachowań przedsiębiorstw, które zostały uznane przez prawodawcę za ograniczające konkurencję *per se* w każdych okolicznościach. Przy takim ujęciu o ograniczeniu konkurencji decydują kryteria formalne – zachowanie przedsiębiorstwa odpowiadające kryteriom nazwanej praktyki ograniczającej konkurencję ogranicza wskutek decyzji prawodawcy konkurencję.<sup>55</sup> Podejście to nie dostarcza odpowiednich narzędzi pozwalających

---

<sup>55</sup> Przykładowo, wymienienie w art. 102 lit d) TFUE transakcji wiązanych oznacza, że jeżeli przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą stosuje strategię sprzedaży związanej, odpowiadającej przesłankom art. 102 lit d) TFUE, zachowanie takie zawsze stanowi nadużycie pozycji dominującej, niezależnie od tego, czy faktycznie zamyka dostęp do rynku właściwego konkurentom dominanta na rynku towaru związanego. Jako nadużycie pozycji dominującej należy zatem uznać sprzedaż chronionych patentem maszyn do aseptycznego pakowania napojów pod warunkiem zakupu całego potrzebnego do korzystania z maszyn kartonu u dominanta lub wskazanego przez niego dostawcy, bez względu na stopień zamknięcia dostępu do rynku dla producentów kartonu oraz bez względu na to, czy dotkniętym rynkiem właściwym jest rynek kartonu do aseptycznego pakowania napojów, rynek kartonu do pakowania produktów spożywczych, czy rynek kartonu w ogóle. Prawodawca unijny kształtując treść art. 102 lit d) TFUE, dał bowiem wyraz swojej dezaprobacie wobec posługiwania się przez dominantów transakcjami związanymi jako narzędziem służącym realizacji celów gospodarczych.

na stosowanie reguł konkurencji do nienazwanych praktyk ograniczających konkurencję. Prowadzi także do objęcia zakazami prawa konkurencji szerokiego spektrum zachowań przedsiębiorstw, których wpływ na sytuację na rynku jest w rzeczywistości neutralny, a nawet pozytywny. Zmusza do rozwijania przez praktykę stosowania instytucji pozwalających złagodzić w konkretnych przypadkach surowość norm z zakresu prawa konkurencji. Prowadzi do poddania funkcjonowania gospodarki nadzorowi organu ochrony konkurencji.

Alternatywne podejście zakłada, że zakazy składające się na reguły konkurencji zostają naruszone, jeżeli analiza okoliczności konkretnej sprawy pozwoli przedstawić argumentację uzasadniającą tezę, że badane zachowanie oddziałuje negatywnie na konkurencję na rynku. O tym zaś decydują, zamiast litery przepisów prawa, cele prawa konkurencji.<sup>56</sup> Pozwalają one identyfikować czynniki, których występowanie w okolicznościach faktycznych sprawy należy traktować jako wyznacznik ograniczenia konkurencji. Świadomość tego, co uznawane jest za ograniczenie konkurencji, pozwala odpowiednio interpretować przepisy prawa konkurencji. Interpretacja ta ma prowadzić do wyłączenia z zakresu ich zastosowania zachowań, które podpadając pod literalną wykładnię należałoby uznać za zakazane, mimo iż nie ograniczają konkurencji do zachowań, do których przepisy te powinny znajdować zastosowanie.

Nawiązanie do celów ułatwia wyjaśnienie znaczenia sformułowania „ograniczenie konkurencji”. Nie dostarcza jednak jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, kiedy zachowanie przedsiębiorstwa ogranicza konkurencję. Kwestia celów prawa konkurencji jest bowiem najważniejszym nierozstrzygniętym w prawie unijnym zagadnieniem. Jeżeli przyjmiemy, że celem prawa konkurencji jest ochrona konkurencji

---

<sup>56</sup> Krytycznie o takim podejściu zob. O. ANDRIYCHUK, *Does competition matter? An attempt of analytical unbundling of competition from consumer welfare*, YARS vo. 2009 2(2), s. 11–25.

dla niej samej, napotykaemy na trudności z udzieleniem odpowiedzi na pytanie, czym jest konkurencja. Jeżeli przyjmie się, że prawo konkurencji chroni konkurencję ze względu na jej pozytywne skutki, konieczne staje się ustalenie, jakiego rodzaju korzyści należy uznać za istotne w danym systemie prawnym oraz w jaki sposób wyważać między kolidującymi ze sobą wartościami, gdy zachowanie przedsiębiorstwa wywołuje pozytywne skutki w jednym obszarze, a negatywne w innym.

Zgodnie z przyjętym w ramach „bardziej ekonomicznego podejścia” stanowiskiem Komisji, unijne reguły konkurencji nie chronią już konkurencji jako takiej, ale ze względu na korzystne skutki, jakie łączy się z konkurencją i tylko w takim zakresie, w jakim zachowania przedsiębiorstw wywołują skutki odmienne. W odniesieniu do porozumień transferu technologii<sup>57</sup> Komisja przyjęła, że celem art. 101 TFUE jest „ochrona konkurencji na rynku w celu promowania dobrobytu konsumentów oraz efektywnej alokacji zasobów.”<sup>58</sup> Konkurencję będzie ograniczać takie zachowanie, które szkodzi dobrobytowi konsumentów, a także prowadzi do nieefektywnej alokacji zasobów. Z kolei w wytycznych w sprawie stosowania art. 102 TFUE<sup>59</sup> Komisja stwierdziła, że będzie się koncentrowała na tych zachowaniach przedsiębiorstw, które „są najbardziej szkodliwe dla konsumentów.”<sup>60</sup> Ponieważ jednocześnie Komisja przyjęła, że „źródłem korzyści z konkurencji dla konsumentów są niższe ceny, wyższa jakość i szerszy asortyment nowych lub udoskonalonych towarów i usług”, wyznacznikiem ogra-

<sup>57</sup> Obwieszczenie Komisji – wytyczne w sprawie stosowania art. 81 Traktatu do porozumień dotyczących transferu technologii, Dz. U. z 27.04.2004 r., C 101, s. 2–42.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pkt 5.

<sup>59</sup> Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz. U. 24.02.2009 r., C 45, s. 7–20.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pkt 5.

niczenia konkurencji powinny być zatem wysokie ceny, niższa jakość, ograniczenie innowacyjności. Przy takim podejściu do roli konkurencji i prawa konkurencji głównym warunkiem naruszenia reguł konkurencji jest faktyczne lub potencjalne (aczkolwiek realne) wyrządzenie przez zachowanie przedsiębiorstwa szkody interesom konsumentów. Abstrahując od tego, jak należy rozumieć krąg podmiotów, których interesy brane są pod uwagę przy stosowaniu reguł konkurencji, posługiwanie się koncepcją szkody dla konsumentów w ujęciu przyjętym przez Komisję zmusza do wyważania między różnymi kategoriami interesów, które mają odmienne znaczenie dla poszczególnych grup konsumentów.<sup>61</sup>

Sądy unijne do pewnego stopnia kierują się kryterium szkody dla konsumentów jako wyznacznikiem ograniczenia konkurencji. Kryterium to leży u podstaw orzeczeń w sprawach dotyczących odmowy udzielenia licencji, w których podkreśla się znaczenie interesów konsumentów. Odwołano się do niego także w sprawach *Volvo* i *Renault*, dopuszczając zastosowanie reguł konkurencji do praktyk eksploatujących konsumentów. Jednakże sądy unijne sceptycznie podchodzą do prób wprowadzenia standardu szkody dla konsumentów jako jedyne go wyznacznika negatywnego wpływu na konkurencję. W najnowszym orzecznictwie podtrzymuje się wyraźnie stanowisko wypracowane w połowie lat 70., zgodnie z którym unijne reguły konkurencji wymierzone są „nie tylko w praktyki, które mogą bezpośrednio szkodzić konsumentom, ale także te, które są dla nich szkodliwe wskutek ich wpływu na strukturę efektywnej konkurencji.”<sup>62</sup> Wykazanie szkody dla konsumentów nie jest niezbędną przesłanką uznania zachowania przedsiębiorstwa

---

<sup>61</sup> Zwraca na to uwagę J. DREXL, wskazując, że część konsumentów może bowiem w większym stopniu cenić możliwość korzystania z szerszego wyboru, podczas gdy dla innych główną korzyścią będą niskie ceny, *Real knowledge...*, s. 683–688.

<sup>62</sup> Wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR 4529, pkt 38–39.

za ograniczające konkurencję, ani nie może być jedynym determinan-tem ograniczenia konkurencji.

Stanowisko to przyjmowane jest także w sprawach dotyczących własności intelektualnej. W sprawie *Glaxo* Trybunał nie podzielił poglądu, zgodnie z którym zachowania przedsiębiorstw należy uznać za sprzeczne z unijnymi regułami konkurencji ze względu na cel, jeżeli można domniemywać, że „pozbawiono konsumentów końcowych” korzyści, jakie łączone są ze skuteczną konkurencją.<sup>63</sup> Według stanowiska wyrażonego przez TS w sprawie *Glaxo*<sup>64</sup>, a przyjętego przez Sąd w sprawach *Microsoft*,<sup>65</sup> *DSD*<sup>66</sup> oraz *AstraZeneca*,<sup>67</sup> unijne reguły konkurencji chronią nie tylko bezpośrednie interesy konsumentów, ale także strukturę rynku i konkurencję jako taką. O naruszeniu

<sup>63</sup> TS uznał, że „twierdzenia Sądu, stosownie do którego, jeśli uzna się, iż porozumienie, które zmierza do ograniczenia handlu równoległego, winno być zasadniczo uważane za takie, które ogranicza konkurencję, to ma to miejsce na tyle, na ile można domniemywać, iż pozbawia ono konsumentów końcowych korzyści płynących ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia czy ceny, należy zaznaczyć, że twierdzenie to nie znajduje poparcia ani w treści art. 81 ust. 1 WE, ani w orzecznictwie”, wyrok TS z 6.10.2009 r. w sprawie C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited p. KE*, [2009] ECR 9291, pkt 62. Tymczasem zdaniem Sądu konkurencja podlega ochronie w takim zakresie, w jakim przynosi konsumentom końcowym pozytywne skutki w postaci „zaopatrzenia czy ceny”, wyrok Sądu z 27.09.2006 r. w sprawie T-168/01 *GlaxoSmithKline Services p. KE*, [2006] ECR II-2969, pkt 121-122.

<sup>64</sup> wyrok TS z 6.10.2009 r. w sprawie C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited p. KE*, [2009] ECR 9291, pkt 63, podobnie zob. wyrok TS z 22.11.2007 r. w sprawie C-262/06, *Deutsche Telekom p. KE*, [2007] Zb. Orz. I-10057, pkt 176-177; wyrok TS z 2.04.2009 r. w sprawie C-202/07 *France Télécom p. KE*, [2009] Zb. Orz. I-2369, pkt 104.

<sup>65</sup> Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 664.

<sup>66</sup> Wyrok SPI z 24.05.2007 r. w sprawie *Duales System Deutschland p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-1607, pkt 120.

<sup>67</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, pkt 353; podobnie zob. wyrok Sądu Ogólnego z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06 *Tomra p. KE*, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), pkt 38.

konkurencji nie decyduje zatem okoliczność, „czy konsumenci końcowi zostali pozbawieni korzyści płynących ze skutecznej konkurencji w zakresie zaopatrzenia lub ceny.”<sup>68</sup> Także z wyroku w sprawie *Syfait II* wynika, że wpływ zachowania przedsiębiorstw na poziom dobrobytu ostatecznego klienta nie może być jedynym determinan-tem negatywnego wpływu na konkurencję.<sup>69</sup> W tym ujęciu przedmiotem ochrony jest „konkurencja jako instytucja” gospodarki rynkowej, co z kolei sugeruje, że konkurencja postrzegana jest w unijnym prawie konkurencji jako pewien proces,<sup>70</sup> a nie stan równowagi rynku. Nieuzasadniony jest jednak pogląd, że w ten sposób prawo unijne chroni konkurentów. Unijne prawo ochrony konkurencji nie chroniło zysków konkurentów dominanta kosztem samego dominanta. Prawo konkurencji uniemożliwiało dominantowi podejmowanie działań, które prowadziłyby albo do wzmocnienia jego pozycji dominującej, albo do eliminacji dotychczasowej konkurencji na rynku. W ten sposób realizowano założenie, zgodnie z którym to dalsze istnienie konkurencji na rynku, a zatem funkcjonowanie na nim konkurentów na danym rynku, najlepiej służy realizacji postulat

---

<sup>68</sup> Wyrok TS z 6.10.2009 r. w sprawie C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited p. KE*, [2009] ECR 9291, pkt 63, wyrok TS z 4.06.2009 r. w sprawie C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR 4529, pkt 38–39.

<sup>69</sup> Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawach połączonych C-468/06 do C-478/06 *Sot. Lélou kai Sia*, [2008] Zb. Orz. I-7139. W przypadku odmowy realizacji zamówień składanych przez podmioty zajmujące się handlem, ograniczenie konkurencji może wystąpić wówczas, gdy odmowa „stanowi przeszkodę” dla działalności takich przedsiębiorstw na rynku geograficznym, na którym przedsiębiorstwo odmawiające dostaw ma pozycję dominującą, jak i gdy odmowa dostaw „prowadzi do wyeliminowania skutecznej konkurencji” ze strony tych handlowców na innym rynku geograficznym, na którym działa dominant. Ponadto, w innej części uzasadnienia wspomniano o „wyeliminowaniu partnera handlowego z właściwego rynku”, pkt 49.

<sup>70</sup> J. DREXL, *Real knowledge...*, s. 685.

zapewnienia konkurencji skutecznej, a przez to podnoszeniu poziomu dobrobytu konsumentów.<sup>71</sup>

Dodatkowo na sprzeczność zachowania przedsiębiorstwa z unijnymi regułami konkurencji wskazuje naruszenie celu, jakim jest ochrona funkcjonowania rynku wewnętrznego przed zakłóceniami w funkcjonowaniu podstawowych swobód ze strony jednostek.<sup>72</sup>

### **3.2. Ograniczenie swobody działania uczestników rynku**

Tradycyjnym wyznacznikiem ograniczenia konkurencji w prawie UE było ograniczenie swobody działalności gospodarczej, co wynikało z założeń szkoły ordoliberalnej<sup>73</sup> oraz uznawania za cel prawa ochrony konkurencji ochrony wolności gospodarczej, swobody działania jednostki oraz uczestników rynku przed nadużywaniem siły rynkowej przez

<sup>71</sup> Przeciwno takiemu odczytaniu dotychczasowego orzecznictwa opowiada się J. DREXL, stwierdzając, że należy odczytywać je jako uznające za niedozwolone zachowania, które wymierzone są w „proces konkurencji” bądź „konkurencję jako instytucję” regulującą rozkład sił na rynku, a nie jako uznające wykluczenie konkurenta jako ograniczenie konkurencji, *Real knowledge...*, s. 683–684. Podobnie przyjmują nawet jedni z największych zwolenników *stricte* ekonomicznego podejścia do stosowania reguł konkurencji CH. AHLBORN, A.J. PADILLA, *From fairness to welfare...* [w:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford–Portland 2008, s. 59.

<sup>72</sup> Wyrok TS z 6.10.2009 r. w sprawie C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited p. KE*, [2009] ECR 9291, pkt 61.

<sup>73</sup> *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, 2 Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 1–99 (1949), tłumaczenie na język angielski opublikowane w: *Competition Policy International* nr 2/2006. Analogicznie ograniczenie konkurencji postrzegano w prawie antytrustowym w latach 1930–1978, zob. sprawy z zakresu konkurencji dotyczące praw własności intelektualnej: *Standard Oil Co., Ind. v. U.S.*, 283 U.S. 163 (1931), s. 168; *U. S. v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948), s. 310; *Ethyl Gasoline Corporation v. U. S.*, 309 U.S. 436 (1940), s. 452 i 455; *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co.*, 324 U.S. 806 (1945), s. 816; *U. S. v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962), s. 48; *Walker Process*, 382 U.S. 172, s. 177.

innych.<sup>74</sup> Cel ten znajduje uzasadnienie w traktatowej i konstytucyjnej zasadzie swobody działalności gospodarczej, rozumianej jako wolność od ograniczeń ze strony państwa i innych uczestników rynku.<sup>75</sup> W przypadku jego realizacji można mieć wątpliwości, czy chroni ono samą konkurencję, czy konkurentów.<sup>76</sup> Dlatego cel ten nie jest brany pod uwagę przez współczesną doktrynę ekonomiczną, która nie uważa za antykonkurencyjne zachowań szkodzących samemu procesowi konkurencji na rynku.<sup>77</sup> Kompromisowe stanowisko dopuszcza ochronę wolności konkurencji w ograniczonym stopniu, w odniesieniu do praktyk wykluczających podejmowanych przez podmioty kontrolujące znaczną część rynku, o ile praktyki te ostatecznie godzą w interesy konsumentów.<sup>78</sup>

Sądy unijne wielokrotnie sprzeciwiały się bezpośrednim utożsamianiu ingerencji w swobodę działania uczestników rynku z redukcją konkurencji. Przykładem uwzględnienia realiów ekonomicznych, a w szczególności ograniczenia ryzyka tzw. efektu gapowicza w praktyce stosowania reguł konkurencji do praw własności intelektualnej jest sprawa *Coditel II*. Odwołując się do uznania samego faktu udzielenie licencji wyłącznej na emisję filmu w jednym państwie członkowskim z możliwością zakazania innym podmiotom wyświetlenia lub innego rodzaju rozpowszechniania tego

<sup>74</sup> D. ZIMMER, *On fairness and welfare*, [w:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford–Portland–Oregon 2008, s. 106; L.F. PACE, *European antitrust law...*, s. 35; T. PROSSER, *The limits of competition law, markets and public services*, s. 17. Krytycznie zob. CH. AHLBORN, A.J. PADILLA, *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC competition law* [w:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford–Portland 2008, s. 60.

<sup>75</sup> G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, Oxford 1997, s. 3.

<sup>76</sup> L. SULLIVAN, W. FIKENTSCHER: *On the growth of the antitrust idea*, 16 *Berkley Journal of International Law* 197, s. 230; R. WHISH: *Competition law*, London 2001, s. 17; B. SUFRIN, E. JONES: *EC competition law. Text, cases and materials*, Oxford 2004, s. 16; E. BUTTIGIEG, *Competition law...*, s. 16.

<sup>77</sup> D.J. EVANS, *Economics and the design of competition Law* [w:] *Issues in competition law and policy, vol. I*, 2008, s. 112.

<sup>78</sup> M. MOTTA, *Competition policy*, Cambridge 2004, s. 22.



filmu na terenie tego państwa przez określony okres czasu,<sup>79</sup> TS zwrócił uwagę na specyfikę rynku filmowego oraz konieczność poniesienia dodatkowych nakładów na opracowanie lokalnej wersji językowej. Z kolei w sprawie *Nungesser*<sup>80</sup> uwzględniono interesy obu stron umowy licencji, jej przedmiot, konieczność ograniczenia tzw. efektu gapowicza oraz wpływ na rozpowszechnianie nowych technologii. W sprawie *Pronuptia*<sup>81</sup> porozumienia franchisingowe uznano za korzystne dla organizatora sieci, który może czerpać korzyści z własnej innowacyjności bez angażowania własnego kapitału oraz członków sieci dystrybucji, którzy redukują ryzyko porażki na rynku. Uwzględniono zarówno interes organizatora, jak i pozytywny wpływ na poziom dobrobytu konsumentów, którego mierzniakiem było przede wszystkim zapewnienie szerszej dostępności towarów lub usług o jednakowym poziomie jakości. Także w sprawie *Bayer/Süllhöfer* TS nie zgodził się z utożsamianiem ograniczenia swobody działania z ograniczenia konkurencji.<sup>82</sup> Klauzula zakazująca podważania praw może ograniczać konkurencję, ale tylko jeżeli wskazuje na to „kontekst prawny i ekonomiczny” umowy licencyjnej, do której ją wprowadzono oraz „pozycja zajmowana przez zainteresowane przedsiębiorstwa na rynku produktów, o które chodzi.”<sup>83</sup> Ograniczenie swobody działania przedsiębiorstw na rynku nie było *per se* wyznacznikiem ograniczenia konkurencji w przypadku wykonywania prawa własności intelektualnej z takim skutkiem, a jedynie jedną z przesłanek branżowych dodatkowo pod uwagę.

Wyjątkowo, jak w sprawie *Windsurfing*, do stwierdzenia naruszenia reguł konkurencji wystarczało samo ograniczenie swobody działania

<sup>79</sup> Wyrok TS z 6.10.1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel p. Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381.

<sup>80</sup> Wyrok TS z 8.06.1982 r. w sprawie *Nungesser p. KE*, [1982] ECR 2015.

<sup>81</sup> Wyrok TS z 28.01.1986 r. w sprawie 161/84 *Pronuptia p. Schillgalis*, [1986] ECR 353.

<sup>82</sup> Wyrok TS z 27.09.1988 r. w sprawie 65/86 *Bayer AG i Maschinenfabrik Hennecke GmbH p. H. Süllhöfer*, [1988] ECR 05249.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pkt 16 i 19.

licencjobiorców poprzez nałożenie na nich obowiązków nie mających uzasadnienia w szczególnym przedmiocie ochrony. Do koncepcji ograniczenia swobody działania nawiązano w sprawie *Syfait II*. Trybunał przyjął, że odmowa realizacji zamówień składanych przez podmioty zajmujące się handlem równoległym ogranicza konkurencję, gdy „stanowi przeszkodę” dla działalności dotkniętych nią hurtowników na rynku geograficznym, na którym przedsiębiorstwo odmawiające dostaw ma pozycję dominującą lub „prowadzi do wyeliminowania skutecznej konkurencji” ze strony tych handlowców „w dystrybucji tych produktów” na rynku państwa importu.<sup>84</sup> Brak możliwości oferowania punktom sprzedaży detalicznej towarów dominanta utrudnia hurtownikowi działalność na rynku macierzystym. Staje się on mniej atrakcyjnym dostawcą dla aptek i innych przedsiębiorstw zajmujących się obrotem produktami leczniczymi. Tym samym TS rozumie pod pojęciem „ograniczenia konkurencji” ograniczenie możliwości rywalizowania przez „partnera handlowego” z dominantem lub członkami jego sieci dystrybucji. Wydaje się jednak, że w sprawie *Syfait II* decydujące znaczenie z punktu widzenia istoty negatywnego wpływu na konkurencję miało ograniczenie handlu równoległego, a nie samo zredukowanie zakresu wolności gospodarczej, z jakiej mogli korzystać hurtownicy produktów leczniczych.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawach połączonych C-468/06 do C-478/06 *Sot. Lélos kai Sia*, [2008] Zb. Orz. I-7139, pkt 35.

<sup>85</sup> Szerzej zob. D. MIĄSIK, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 16 września 2008 r. w połączonych sprawach C-468/06 – 478/06 Sot. Lélos kai Sia EE (C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-469/06), Konstantinos Xydias kai Sia OE (C-470/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-471/06), Ionas Stroumsas EPE (C-472/06), Ionas Stroumsas EPE (C-473/06), Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE (C-474/06), K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-475/06), K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-476/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE i in. (C-477/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE i in. (C-478/06) przeciwko GlaxoSmithKline AEEV Farmakeftikon Proïonton, dawne Glaxowellcome AEEV* [w:] A. JURKOWSKA (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2005–2009*, Warszawa 2010, s. 155–182.

### 3.3. Ingerencja w funkcjonowanie rynku wewnętrznego

Oprócz ograniczenia swobody działania kolejnym tradycyjnym determinantem ograniczenia konkurencji był wpływ zachowania uprawnionego na swobodny przepływ towarów, usług, kapitału, a nawet podejmowanie działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim. Niewłaściwym, a zatem ograniczającym konkurencję w rozumieniu art. 101 TFUE, wykonywaniem prawa własności intelektualnej jest wykorzystywanie go przez uprawnionego do kontroli wymiany handlowej między państwami członkowskimi. Jest to konsekwencją integracyjnego celu unijnego prawa konkurencji.<sup>86</sup> Począwszy od sprawy *Consten/Grundig*, w której ograniczenie konkurencji wynikało z izolacji poszczególnych rynków krajowych, reguły konkurencji stanowiły instrument zapobiegający rekonstrukcji przez przedsiębiorstwa barier w wymianie gospodarczej między państwami członkowskimi, znoszonych stopniowo w ramach poszczególnych swobód wspólnego rynku. Cel ten, zestawiony z terytorialnym charakterem praw własności intelektualnej, tworzył podstawy do powstania sytuacji konfliktowych na styku prawa konkurencji i prawa własności intelektualnej. Krajowe prawa na dobrach niematerialnych mogły stanowić narzędzie służące podziałowi wspólnego rynku na odrębne rynki krajowe.

Traktowanie negatywnego wpływu na funkcjonowanie rynku wewnętrznego jako wyznacznika ograniczenia konkurencji krytykowane w doktrynie z powodu nieuwzględnienia tzw. efektu gapowicza, ryzyka związanego z wejściem na nowy rynek oraz korzyści

<sup>86</sup> R. GREAVES, *Article 86 of the E.C. treaty and intellectual property rights*, E.I.P.R. nr 10/1998, s. 379; S. KINGSTON, *Annotation to joined cases C-468/06 to 478/06, Sot. Lélos kai Sia EE...*, s. 691–692; M. SZYDŁO, *Traktatowe swobody rynku wewnętrznego a wspólnotowe prawo konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, *Studia Prawnicze* nr 3/2005, s. 65; tenże, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, TNOiK-Dom Organizatora, Toruń 2006.

wynikających z upowszechnienia technologii lub zwiększenia zakresu wyboru.<sup>87</sup> Stąd pozytywna ocena takich orzeczeń, jak *Coditel II*, *Nungesser*, w których sądy unijne odstępowały od paradygmatu rynku wewnętrznego. Obecnie w doktrynie akcentuje się wygaszenie konfliktu między prawami własności intelektualnej a integracyjnym celem unijnego prawa konkurencji, ze względu na postępy w urzeczywistnianiu rynku wewnętrznego.<sup>88</sup> W dziedzinie prawa własności intelektualnej przejawia się to w harmonizacji przepisów krajowych, wprowadzeniu unijnych tytułów ochronnych oraz utrwaleniu instytucji regionalnego wyczerpania praw własności intelektualnej. Podkreśla się także efektywnościowe znaczenie tego zadania prawa konkurencji, a nawet sugeruje, że tam, gdzie kolizja taka nadal występuje, efektywność ma większą wartość od integracji, ponieważ celem integracji jest zwiększenie efektywności.<sup>89</sup> Jeżeli jednak na wzrost efektywności gospodarczej spojrzeć z perspektywy wpływu na interesy konsumentów, takie rozstrzygnięcie kolizji między sprzecznymi celami prawa unijnego nie jest jednoznaczne. Konsumentom odnosi korzyść z pojawienia się nowego produktu na rynku ich państwa członkowskiego, ale jednocześnie ponoszą szkodę w postaci wyższych cen. Pojawia się zatem potrzeba wyważenia, która wartość ma większe znaczenie – szersza oferta czy niższe ceny.

Powyższe postulaty w pewnym stopniu uwzględniane są w najnowszym orzecznictwie. Nie neguje ono jednak znaczenia integracyjnego celu unijnych reguł konkurencji na etapie ustalania negatywnego wpływu zachowania na konkurencję. Na przykład w sprawie *Syfait II* do stwierdzenia naruszenia art. 102 TFUE wystarczyła konstatacja,

---

<sup>87</sup> Tak np. G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, s. 100.

<sup>88</sup> Tak G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge 2007, s. 50–51, wskazując na ewolucję podejścia KE.

<sup>89</sup> O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford 2006, s. 22.

że „praktyka, w ramach której przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą ma na celu ograniczenie handlu równoległego sprzedawanych przez nie produktów, stanowi nadużycie pozycji dominującej, w szczególności jeżeli skutkiem takiej praktyki jest ograniczenie przywozu równoległego.”<sup>90</sup> Zbędne było dokonywanie ustaleń, czy i w jakim stopniu konsumenci z państwa przywozu czerpią korzyści z niższych cen w państwie wywozu. Zmiana podejścia polega na umożliwieniu w większym stopniu uwzględnienia interesów uprawnionego na etapie uzasadnienia ograniczenia konkurencji, gdzie w niektórych sprawach brany jest pod uwagę wpływ zakazania określonej praktyki na zachętę do innowacji,<sup>91</sup> w innych zaś uznaje się wyższą marżę uzyskiwaną przez dominanta na rynku innego państwa członkowskiego za godny ochrony interes ekonomiczny.<sup>92</sup>

### 3.4. Wysokie ceny

Jednym z podstawowych parametrów konkurencji na rynku są ceny towarów lub usług. Eliminacja z rynku podmiotów, których oferta pod względem cenowym jest gorsza od oferty konkurentów, nie narusza

<sup>90</sup> Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawach połączonych C-468/06 do C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia*, [2008] Zb. Orz. I-7139, pkt 37.

<sup>91</sup> C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited p. KE*, [2009] ECR 9291, pkt 61 – „porozumienie między producentem i dystrybutorem, które zmierzało do ponownego ustanowienia barier krajowych w handlu między państwami członkowskimi, mogło się sprzeciwiać celowi traktatu polegającemu na doprowadzeniu do integracji rynków krajowych poprzez ustanowienie jednolitego rynku.”

<sup>92</sup> Wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawach połączonych C-468/06 do C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia*, [2008] Zb. Orz. I-7139, pkt 67. Trudno jest rozstrzygnąć, na ile stanowisko TS w sprawie *Syfait II* motywowane było ochroną zachęty do innowacji po stronie producenta innowacyjnych produktów leczniczych, a na ile spowodowane było ingerencją państw członkowskich w funkcjonowanie rynku produktów leczniczych.

konkurencji. Niższe ceny są również jedną z podstawowych korzyści, jakie konsumenci czerpią z konkurencji.<sup>93</sup> Stąd praktyki oddziałujące na poziom cen zaliczane są do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Stosowanie reguł konkurencji do licznych ograniczeń konkurencji cenowej – mających źródło w uzgodnieniach między przedsiębiorstwami – nie wywołuje kontrowersji z perspektywy założeń różnych szkół prawa konkurencji i teorii ekonomicznych. Sporną kwestią jest natomiast stosowanie reguł konkurencji do indywidualnych praktyk o charakterze eksploatacyjnym, w przypadku których naruszenie reguł konkurencji przejawia się w stosowaniu cen wyższych niż na konkurencyjnym rynku, oraz do ograniczeń wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej. Pojawia się zatem pytanie, czy i w jakim stopniu w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej wyznacznikiem negatywnego wpływu na konkurencję mogą być ceny wyższe w stosunku do poziomu na rynku konkurencyjnym.

Ze względu na problem dobra publicznego prawa wyłączne do dóbr niematerialnych składających się na prawa własności intelektualnej są potrzebne do umożliwienia uprawnionemu uzyskania zapłaty za leżącą u ich podstaw wiedzę, informację lub ideę. Jednocześnie gwarantując uprawnionemu monopol na posługiwanie się określonym dobrem chronionym takim prawem, redukują bezpośrednią presję cenową ze strony konkurentów, którzy w braku ochrony dóbr niematerialnych mogliby powielać towary oferowane przez uprawnionego przy wykorzystaniu przedmiotowych dóbr.<sup>94</sup> Prawa własności intelektualnej pozwalają także różnicować towary i redukować znaczenie międzymarkowej konkurencji

---

<sup>93</sup> Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, pkt 5.

<sup>94</sup> J. DREXL, *Is there a more economic approach...*, s. 45.

cenowej.<sup>95</sup> Traktowanie wysokich cen jako wyznacznika ograniczenia konkurencji w sprawach dotyczących własności intelektualnej może podważać główny bodziec do inwestowania środków we własność intelektualną, jakim jest perspektywa zredukowania bezpośredniej presji konkurencyjnej dzięki uzyskaniu prawa wyłącznego na posługiwanie się określonym dobrem niematerialnym w obrocie gospodarczym.<sup>96</sup> Stosowanie reguł konkurencji na podstawie kryterium wysokich cen napotyka także trudności praktyczne.

Trudno jest ustalić, jaki poziom relacji między ceną zbytu a poziomem kosztów należy uznać za dopuszczalny, a także jakie koszty i w jakiej wysokości należy uwzględnić w kalkulacji. W przypadku wielu praw własności intelektualnej koszty prac badawczo-rozwojowych stanowią istotną pozycję w kalkulacji ceny, po jakiej towar oferowany jest na rynku. W przypadku znaków towarowych kosztami tymi są nakłady na promocję, reklamę oraz kontrolę jakości.<sup>97</sup> Wpływy ze sprzedaży towarów lub licencjonowania praw służą nie tylko pokryciu kosztów wytworze-

<sup>95</sup> Zwrócił na to uwagę H. HOTELLING, *Stability in competition*, *Economic Journal* XXXIX, Marzec 1929, s. 41–57, przedruk w: J.-F. THISSE, G. NORMAN, *The economics of product differentiation*, vol. I, Aldershot 1994, s. 3–19, wskazując, że wbrew modelowi konkurencji doskonałej sprzedawca podnoszący cenę towarów nie straci od razu wszystkich klientów, lecz będą oni stopniowo – wraz z kolejnymi podwyżkami – odchodzili do konkurencji. Zjawisko różnicowania towarów jest jedną z podstaw teorii konkurencji monopolistycznej E. CHAMBERLINA, *The theory of monopolistic competition – a re-orientation of the theory of value*, Cambridge 1969, s. 56–70. Autor ten wskazał wyraźnie, że źródłem różnicowania produktów mogą być ich cechy charakterystyczne samego produktu, które zawdzięcza wykorzystaniu różnych wynalazków do jego wytworzenia, znaki towarowe i nazwy handlowe oraz wzornictwo przemysłowe, *ibidem*, s. 56.

<sup>96</sup> Perspektywa uzyskania jak najwyższych wpływów ze sprzedaży innowacji na rynku stanowi główny motyw działalności innowacyjnej, H. HOVENKAMP, *Innovation and the domain of competition policy*, 60 *Alabama Law Review* 103 (2008), s. 106; S. ANDERMAN, H. SCHMIDT, *EC competition policy and IPRs* [w:] S. ANDERMAN, *The interface...*, s. 52. Ekonomści określają zyski monopolowe jako olej, który smaruje silnik gospodarki, D.S. EVANS, *Economics...*, s. 109.

<sup>97</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, s. 228.

nia i sprzedaży nośników praw własności intelektualnej oraz nakładów na uzyskanie wiedzy stanowiącej podstawę do uzyskania określonego prawa wyłącznego, ale także mają rekompensować nakłady utopione w projektach innowacji, które nie doczekały się fazy rynkowej. Konieczne jest umożliwienie uprawnionemu uwzględniania w poziomie ceny ryzyka, jakie poniósł.<sup>98</sup>

Prawo unijne dopuszcza możliwość stosowania unijnych reguł konkurencji do praktyk cenowych o charakterze eksploatacyjnym. Przybierają one postać ceny nadmiernej.<sup>99</sup> Naruszenie konkurencji polega na pobieraniu od kontrahentów (klientów) wyższych cen, niż byłoby to możliwe w warunkach konkurencji skutecznej. Zakaz stosowania cen nadmiernych przez dominantów służy ochronie klientów przed transferem zasobów na rzecz dominującego przedsiębiorcy. Miernik nieuczciwego poziomu cen w sprawach dotyczących własności intelektualnej jest taki sam, jak w sprawach pozbawionych tego elementu. W sprawie *United Brands*, gdzie zarzucano naruszenia art. 102 lit a) TFUE polegające na sprzedawaniu markowych bananów po cenie wygórowanej, TS przyjął, że ceną taką jest cena „nie pozostająca w rozsądnym związku z wartością gospodarczą dostarczanych towarów.”<sup>100</sup>

Nie oznacza to jednak, że wysokie ceny traktowane są w unijnym prawie konkurencji jako podstawowy wyznacznik ograniczenia konkurencji w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej. Sam fakt sprzedaży po cenie wyższej towarów chronionych prawem własności intelektualnej w porównaniu do ceny towarów niechronionych

<sup>98</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, s. 228.

<sup>99</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, s. 230; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, s. 463.

<sup>100</sup> Wyrok TS z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands p. KE*, [1978] ECR 207, pkt 250.



takimi prawami nie dowodzi naruszenia reguł konkurencji.<sup>101</sup> W sprawach istotnych dla niniejszego opracowania dopuszcza się jednak wyraźnie możliwość uzyskania przez uprawnionego „uczciwego zwrotu z inwestycji.”<sup>102</sup> Niewątpliwie „uczciwym zwrotem z inwestycji” będzie taki poziom, który umożliwia uprawnionemu odzyskanie kwot zainwestowanych w uzyskanie samego prawa własności intelektualnej,<sup>103</sup> jak i wykorzystanie tego prawa do uzyskania innowacyjnego produktu. W celu ustalania, czy poziom zwrotu z inwestycji jest uczciwy, konieczne jest uwzględnienie charakterystyki rynku właściwego.<sup>104</sup> Pozwala to na uzyskiwanie wyższych niż na konkurencyjnym rynku zwrotów z poczynionych nakładów.<sup>105</sup>

Orzecznictwo sądów unijnych uwzględnia okoliczność, że uprawniony musi mieć możliwość odzyskania nakładów poczynionych na stworzenie, wdrożenie lub udoskonalenie własnego prawa. Uprawniony z prawa własności intelektualnej może także wyceniać towary inkorporujące to prawo powyżej poniesionych kosztów produkcji, w tym powyżej poziomu kosztów krańcowych. W sprawie *Renault AG Mischo* wymienił wprost nakłady poczynione na prace badawczo-rozwojowe oraz wymienił jako dozwolony komponent ceny sprzedaży „rozsądną marżę zysku”. Daje to szerszy margines kształtowania przez uprawnionego polityki cenowej niż w sprawach niezwiązanych z prawami własności intelektual-

<sup>101</sup> Wyrok TS z 29.02.1968 r. w sprawie 24/67 *Parke, Davis & Co. p. Probel*, ECR [1968] 81; wyrok TS z 18.02.1971 r. w sprawie 40/70 *Sirena p. Eda*, ECR [1971] 69; wyrok TS z 5.10.1988 r. w sprawie C-53/87 *CICRA i in. p. Renault*, ECR [1988] 6039.

<sup>102</sup> Wyrok TS z 6.10.1982 r. w sprawie 262/81 *Coditel p. Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381, pkt 20.

<sup>103</sup> Tak wyraźnie wyrok TS z 5.10.1988 r. w sprawie 53/87 *CICRA p. Renault*, [1988] ECR 06039, pkt 17.

<sup>104</sup> Wyrok TS z 6.10.1982 r. w sprawie 262/81, *Coditel p. Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381, pkt 20.

<sup>105</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, s. 228.

nej, a niekiedy stwierdza się wręcz, że nieuczciwą ceną nie będzie nawet cena znacząco wyższa od cen konkurentów.<sup>106</sup>

Nie oznacza to jednak akceptacji pełnej dowolności w samodzielnym kształtowaniu cen przez uprawnionego, zgodnie z założeniami teorii materialnej alokacji rynku. W sprawach *Volvo* i *Renault* Trybunał dopuścił bowiem wyraźnie możliwość uznania za nadużycie pozycji dominującej sprzedaży towarów będących nośnikami praw własności intelektualnej po nieuczciwych cenach. Ceny stanowią kryterium brane pod uwagę w przypadku: 1) praktyk indywidualnych ograniczających wewnątrzmarkową konkurencję cenową, jeżeli jednocześnie naruszają one integracyjny cel prawa unijnego; 2) eksploatacji konsumentów na rynku pozakupowym; 3) wydłużenia okresu obowiązywania prawa wyłącznego poza czasokres przewidziany w przepisach prawa własności intelektualnej; 4) działalności organizacji zbiorowego zarządzania prawa autorskimi.<sup>107</sup>

Począwszy od sprawy *Consten/Grundig*, ograniczenie konkurencji polega na wyłączeniu wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej poprzez przyznanie członkom sieci dystrybucji pełnej wyłączności terytorialnej, chroniącej przed importem równoległym. Negatywne podejście Trybunału do tego rodzaju praktyk opierało się nie tylko na naruszeniu integracyjnego celu prawa unijnego, ale także na założeniu, zgodnie z którym znaki towarowe prowadzą do redukcji presji cenowej ze strony konkurentów, z uwagi na wspomniany efekt różnicowania substytucyjnych towarów w oczach konsumentów. Z wyroku w sprawie *Consten/Grundig* wynika, że skutek taki jest dodatkowo wzmacniany w przypadku oznaczeń o statusie powszechnie znanych lub renomowanych znaków towa-

<sup>106</sup> Zob. S. ANDERMAN, H. SCHMIDT, *EC competition policy...*, s. 53.

<sup>107</sup> Zagadnienie stosowania reguł konkurencji do organizacji zbiorowego zarządzania zostało pominięte w niniejszym opracowaniu z uwagi na specyfikę rynku zbiorowego zarządu, na którym siła rynkowa wynika z koncentracji uprawnień do wykonywania praw autorskich wielu podmiotów oraz obowiązku zawierania stosownych umów przez te pewne kategorie uczestników rynku.

rowych.<sup>108</sup> W późniejszych orzeczeniach Trybunał dopuszczał pewne ograniczenie konkurencji cenowej, zwłaszcza gdy było to uzasadnione potrzebą wejścia na nowy rynek, rozpowszechnianiem technologii bądź specyfiką branży.<sup>109</sup> Ograniczenie wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej może nadal zostać uznane za nadużycie pozycji dominującej w postaci odmowy realizacji zamówień na towary przeznaczone na rynek innego państwa członkowskiego.<sup>110</sup> Przykładowo w sprawie *Syfait II* nie analizowano, czy odmowa dostaw towarów wpłynęłaby na konkurencję cenową między wywozonymi towarami a ich substytutami na rynku państwa docelowego. Zwrócono uwagę jedynie na presję towarów przywożonych z państwa o niskich cenach na cenę tych samych towarów w państwie docelowym. Przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, którą zawdzięcza własnej innowacyjności i posiadaniu praw własności intelektualnej uniemożliwiających konkurentom wytwarzanie bliskich substytutów, może w mniejszym stopniu redukować poziom konkurencji między członkami sieci dystrybucji jego towarów. Nie spotyka się bowiem z dostatecznie silną presją ze strony innych uczest-

<sup>108</sup> Jak się wydaje, Trybunał zakładał, że w przypadku towarów oznaczonych znakami tego rodzaju nieuzasadnione jest zapewnienie organizatorowi i członkom sieci dystrybucji w państwie przywozu tak silnej ochrony przed konkurencją wewnątrzmarkową i efektem jazdy na gapę, jaką daje pełna ochrona terytorialna, z racji mniejszych nakładów potrzebnych na dotarcie z odpowiednim przekazem marketingowym do klienta docelowego oraz przekonanie go do wyboru sprzętu oznaczonego tym konkretnym znakiem towarowym spośród pozostałych dostępnych na rynku urządzeń.

<sup>109</sup> Np. wyrok TS z 8.06.1982 r. w sprawie *Nungesser p. KE*, [1982] ECR 2015.

<sup>110</sup> Trybunał stwierdził, że przywóz leków z taniego państwa do państw, w których ceny są wyższe, „co do zasady umożliwia nabywcom tych leków w tych ostatnich państwach członkowskich posiadanie alternatywnego źródła zaopatrzenia, co z konieczności prowadzi do pewnych korzyści dla końcowego konsumenta tych leków,” wyrok TS z 16.09.2008 r. w sprawach połączonych C-468/06 do C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia*, [2008] Zb. Orz. I-7139. pkt 53. Korzyść ta polega na możliwości zaoferowania – dzięki handlowi równoległemu – „tych samych produktów po niższych cenach” niż ceny stosowane przez przedsiębiorstwo farmaceutyczne na rynku docelowym, ibidem, pkt 55.

ników rynku, którzy wskutek dysponowania przez dominanta prawem wyłącznym mają utrudnioną możliwość oferowania własnych produktów, będących substytutami produktów dominanta. W świetle wyroku w sprawie *Syfait II* do wygaśnięcia prawa wyłącznego konkurencja wewnątrzmarkowa jest zaś jedynym rodzajem konkurencji. Wydaje się jednak, że stanowisko w sprawie *Syfait II* ogranicza się tylko do jednostronnie wprowadzanych restrykcji wewnątrzmarkowej konkurencji cenowej powiązanych z negatywnym oddziaływaniem na handel równoległy i nie może znaleźć zastosowanie do ograniczeń tej formy konkurencji nakładanych – bez zawarcia umowy – bez związku z ingerencją w funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

Wyższe ceny mogą być wyznacznikiem ograniczenia konkurencji, gdy kwestionowane zachowanie polega na przedłużeniu okresu obowiązywania prawa wyłącznego ponad czasokres przewidziany w prawie własności intelektualnej. Przykładem wykorzystania wysokich cen jako wyznacznika ograniczenia konkurencji jest sprawa *AstraZeneca*. Przedłużenie prawa wyłącznego, mimo braku podstaw do wydłużenia ochrony, oznaczało, że uprawniony oddała bezpośrednią presję cenową ze strony konkurentów zainteresowanych wprowadzeniem substytutów w postaci leków generycznych i przez pewien czas może sprzedawać chronione patentem produkty lecznicze po cenie wyższej, w porównaniu do ceny, jaka ukształtowałaby się po wygaśnięciu prawa wyłącznego.

### **3.5. Gorsza jakość**

Lepsza jakość towarów jest kolejną z korzyści, jakie konkurencja przynosi konsumentom. Wyznacznikiem ograniczenia konkurencji może być zatem pogorszenie jakości towarów dostępnych konsumentom. Kierowanie się kryterium jakości w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej jest równie dyskusyjne, jak posługiwanie się kryterium wysokich cen. Prawa własności intelektualnej

wykorzystywane są bowiem do zwiększenia konkurencji pozacenowej, w tym konkurencji jakościowej. Istota procesu konkurencji na wielu rynkach polega na rywalizacji jakością oraz wizerunkiem przedsiębiorstwa oferującego produkty zasługujące na zaufanie konsumentów ze względu na ich wysoką jakość. Podobnie jak ma to miejsce w przypadku konkurencji cenowej, prawa własności intelektualnej nie eliminują konkurencji jakością, a jedynie mogą ograniczać konkurencję jakością między towarami opartymi na tym samym przedmiocie ochrony. Traktowanie każdego zachowania uprawnionego godzącego w jakość towarów dostępnych na rynku byłoby zatem nieuzasadnione. Dotyczy to w szczególności przypadków niewykorzystywania przez uprawnionego przysługującego mu prawa do podniesienia jakości własnych towarów. Dlatego niższa jakość towarów może być wyznacznikiem ograniczenia konkurencji wtedy, gdy dominant podejmuje działania przeciwko oferującym towary lepszej jakości konkurentom. Niebezpieczeństwo takie pojawia się przede wszystkim w przypadku odmowy udostępnienia wkładu chronionego prawem własności intelektualnej w postaci surowca lub półproduktu, bądź samego prawa własności intelektualnej do wytwarzania towarów konkurencyjnych względem towarów dominanta.

Orzecznictwo sądów unijnych w sprawach dotyczących własności intelektualnej sugeruje, że działania uprawnionego polegające na uniemożliwieniu konkurencji jakościowej w zakresie towarów wykorzystujących to samo prawo własności intelektualnej nie ograniczają konkurencji.<sup>111</sup> W sprawie *Volvo TS* nie uznał za ograniczenie konkurencji odmowy udzielania przez producenta samochodów licencji na produkcję części zamiennych. Z okoliczności tej sprawy nie wynika, by odmowa skutkowałą pogorszeniem jakości bądź zablokowaniem pojawienia się na rynku właściwym lepszych jakościowo części

---

<sup>111</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust...*, s. 274.

zamiennych od części oferowanych przez uprawnionego. W połączeniu z pominięciem nawiązań do wpływu na jakość w przykładowym wyliczeniu zachowań uprawnionego naruszających art. 102 TFUE można więc przyjąć, że wpływ na jakość oferty rynkowej nie jest miarodajnym wyznacznikiem ograniczenia konkurencji w sprawach dotyczących własności intelektualnej. Do podobnych konkluzji prowadzi sprawa *IMS Health*, w której TS jednoznacznie stwierdził, że odmowa udzielania licencji nie ogranicza konkurencji, jeżeli udostępnienie dobra niematerialnego konkurentowi ma prowadzić do pojawienia się na rynku produktu będącego „w zasadzie” powieleniem towarów lub usług oferowanych już na rynku przez uprawnionego z prawa własności intelektualnej, przy wykorzystaniu posiadanego tytułu ochronnego.<sup>112</sup> Tym samym zablokowanie możliwości wprowadzenia na rynek towaru będącego bezpośrednim substytutem towaru uprawnionego, lecz o lepszych parametrach jakościowych w porównaniu do oferowanych przez uprawnionego, przy zastosowaniu prawa własności intelektualnej stanowiącego narzędzie rzekomego ograniczenia konkurencji, nie świadczy o ograniczeniu konkurencji nawet wtedy, gdy niemożliwa jest konkurencja przez substytucję.

Z orzecznictwa wynika również, że nie dochodzi do ograniczenia konkurencji, gdy uprawniony uniemożliwia podniesienie jakości towarów oferowanych na rynku powiązanim z rynkiem pozycji dominującej, jeżeli nie działa na rynku dotkniętym jego zachowaniem bądź nie oddziałuje na stan konkurencji na tym rynku poprzez udzielenie upoważnienia do posługiwania się przysługującym mu prawem na dobrach niematerialnych niektórym jego uczestnikom. W sprawie *Ladbroke* udzielenie licencji na transmitowanie relacji z wyścigów konnych organizowanych we Francji pozwoliłoby potencjalnemu licencjobiorcy

---

<sup>112</sup> Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039, pkt 49.

zaoferować dotychczasowy produkt o lepszej jakości. Usługi bukmacherskie zostałyby wzbogacone o oglądane w kolekturze transmisje z wyścigów konnych. Odmowa udzielenia licencji nie uniemożliwiła funkcjonowania na rynku zakładów sportowych. Nie oddziaływała także na proces konkurencji na rynku produktowym i geograficznym, ponieważ uprawniony nie udzielał nikomu licencji na przedmiotowe transmisje. Wreszcie, uprawniony mający pozycję dominującą sam nie działał na rynku powiązonym, na którym przysługujące mu prawo własności intelektualnej mogło być wykorzystywane do zaoferowania innego produktu o lepszej jakości.

Powyższe rozumowanie wymaga jednak wprowadzenia pewnej korekty. Mianowicie w sprawie *Microsoft* przyjęto, że „pojawienie się nowego produktu nie może stanowić jedynego parametru umożliwiającego ustalenie, czy odmowa przekazania na podstawie licencji prawa własności intelektualnej może wyrządzić szkodę konsumentom w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE. Jak wynika z brzmienia tego postanowienia, taka szkoda może zostać wyrządzona nie tylko w przypadku ograniczenia produkcji lub rynków, ale także rozwoju technicznego.”<sup>113</sup> Pod pojęciem rozwoju technicznego można rozumieć nie tylko wprowadzanie nowych innowacyjnych produktów, ale także podnoszenie jakości dostępnych już towarów. Wykorzystanie przez dominanta posiadanego prawa własności intelektualnej w sposób prowadzący do pogorszenia jakości dostępnych na rynku towarów może zatem być traktowane jako determinant negatywnego wpływu na konkurencję. Wydaje się jednak, że dotyczy to tylko działań wymierzonych w udoskonalenie istniejących towarów o innowacyjnym charakterze. Poprawa jakości powinna być rezultatem wprowadzenia nowych lub ulepszenia dotychczasowych procesów produkcyjnych bądź poprawy parametrów

---

<sup>113</sup> Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 647.

działania towaru za pomocą innych metod niż zastąpienie dotychczas używanych surowców lub półproduktów nowymi, lepszymi jakościowo komponentami. Innymi słowy, lepsza jakość powinna być oparta na własnej lub cudzej działalności innowacyjnej. W przeciwnym razie trudno bowiem mówić o postępie technicznym, który ze swej istoty wymaga czegoś więcej niż wykorzystanie aktualnie dostępnych możliwości. W sprawie *Microsoft* postęp techniczny, na który negatywnie, zdaniem Sądu, oddziaływał dominant, przejawiał się w oferowaniu przez konkurencyjnych producentów systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej produktów o lepszych – w opinii klientów – parametrach w zakresie bezpieczeństwa, niezawodności, łatwości obsługi lub szybkości wykonywania zadań.<sup>114</sup>

Sprawę *Microsoft* od spraw *Volvo* i *IMS Health* odróżniają także relacje między prawem własności intelektualnej a rynkiem, na którym odczuwalny był skutek w postaci ewentualnego pogorszenia jakości oferowanych produktów.<sup>115</sup> W sprawie *Volvo* przedmiotem ewentualnej licencji miało być prawo z rejestracji wzoru przemysłowego, którym uprawniony posługiwał się przy wytwarzaniu części zamiennych. Z kolei w sprawie *IMS Health* przedmiotem licencji miało być prawo autorskie do tzw. struktury cegiełkowej, za pomocą której świadczone usługi marketingowe dla producentów produktów leczniczych. W obu przypadkach udzielenie licencji prowadziłoby do pojawiania się na tym samym rynku właściwym produktów konkurencyjnych opartych na prawie własności intelektualnej uzyskanym przez uprawnionego w związku z działalnością na tym rynku właściwym i dla tego rynku właściwego. Tymczasem w sprawie *Microsoft* odmowa udzielenia licencji dotyczyła praw wła-

---

<sup>114</sup> Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 653.

<sup>115</sup> Na relacje między rynkami zwraca uwagę L. KJØLBYE, *Article 82 EC as remedy to patent system imperfections: fighting fire with fire?* World Competition nr 32/2009, s. 173–174.



sności intelektualnej uzyskanych w związku z działalnością na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, które miały zostać użyte w działalności na innym rynku właściwym. Rozróżnienie to sugeruje, że negatywny wpływ na jakość towarów może być wyznacznikiem ograniczenia konkurencji w sprawach dotyczących własności intelektualnej, jeżeli zachowanie uprawnionego dotyka jakości towarów oferowanych na innym rynku właściwym niż ten, na którym uprawniony uzyskał prawo własności intelektualnej.

### ***3.6. Zmniejszenie zakresu wyboru***

Kolejnym wyznacznikiem ograniczenia konkurencji może być negatywny wpływ zachowania przedsiębiorstw na zakres wyboru dostępnego konsumentom.<sup>116</sup> Kryterium to nadaje znaczenia prawnego decyzjom podejmowanym na rynku przez konsumenta, jako suwerena rozstrzygającego o konsekwencjach konkurencji na rynku.<sup>117</sup> To konsumenci swoimi decyzjami powinni decydować o tym, jakie towary, a zatem jakie przedsiębiorstwa powinny się utrzymać na rynku. Z punktu widzenia tego kryterium podejrzane są wszelkiego rodzaju zachowania przedsiębiorstw, które zastępują decyzje konsumentów w tym procesie decyzjami przedsiębiorstw.

Mocną stroną koncepcji wpływu na zakres wyboru dostępny konsumentom jest brak konieczności wyważania między sprzecznymi interesami różnych grup konsumentów w kwestii parametrów, jakie należy brać pod uwagę przy ustalaniu, czy doszło do wyrządzenia szkody konsumentom oraz zbędność dokonywania – niejednokrotnie spekulatywnych – analiz co do przyszłych preferencji konsumentów i wpływu praktyki

<sup>116</sup> R. LANDE, *Consumer choice as the ultimate goal of antitrust*, 62 U. Pitt. L. Rev. 503 (2001), s. 503; N. AVERITT, R. LANDE: *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 *Antitrust L.J.* 713 (1997), s. 713.

<sup>117</sup> Tak wyrażnie J. DREXL, *Real knowledge...*, s. 707–708.

na te preferencje. Kryterium dostępnego zakresu wyboru pozwala łatwo zidentyfikować zachowania, które ograniczają konkurencję. Wystarczające jest porównanie zakresu wyboru dostępnego konsumentom przed wprowadzeniem praktyki oraz po przystąpieniu do jej realizacji. Jeżeli zakres ten jest mniejszy, wówczas dochodzi do ograniczenia konkurencji. Kryterium zakresu wyboru można również wykorzystywać do oceny zachowań przedsiębiorstw, które są neutralne dla dotychczasowego zakresu wyboru, ale zmniejszają ten, z którego konsumenci mogliby korzystać w przyszłości.

Literalnie rozumiana koncepcja zakresu wyboru prowadziłyby jednak do zakwestionowania z punktu widzenia reguł konkurencji wielu zachowań przedsiębiorstw, począwszy od decyzji o niewykonywaniu prawa własności intelektualnej, poprzez udzielenie licencji wyłącznej, transakcje związane, umowy standaryzacyjne, ugody po odmowę udzielenia licencji. Każde z wymienionych zachowań wpływa na zakres wyboru, z jakiego mogą korzystać konsumenci. Konieczne jest więc wprowadzenie dodatkowego filtra, pozwalającego odróżnić zachowania wpływające na zakres wyboru w niepożądany sposób od zachowań dla niego neutralnych. Kryterium tym może być wspomniana wcześniej teoria rozróżnienia między konkurencją przez imitację i konkurencją przez substytucję albo koncepcja konkurencji merytorycznej. W przypadku pierwszej z wymienionych teorii ograniczenie zakresu wyboru przez uprawnionego z praw własności intelektualnej będzie wyznacznikiem naruszenia reguł konkurencji, gdy aktualni lub potencjalni konkurenci nie będą mogli zaoferować substytucyjnych towarów na rynku z uwagi na niemożność uzyskania prawa wyłącznego niekolidującego z prawami dominanta. W przypadku drugiej determinantem ograniczenia konkurencji będzie redukcja zakresu wyboru wskutek posługiwania się metodami sprzecznymi z konkurencją merytoryczną.

Kryteriów oceny charakterystycznych dla koncepcji zakresu wyboru można doszukać się w sprawie *Magill*. Jak wyjaśniono to

w sprawie *Microsoft*, szkoda dla konsumentów polegała na zmuszeniu konsumentów, „którzy [...] chcieli uzyskać informacje na temat ofert programowych na przyszły tydzień” do zakupu tygodniowych przewodników telewizyjnych wszystkich trzech nadawców, odrębnie dla każdego programu, oraz „samodzielnego wyciągnięcia z nich użytecznych danych w celu dokonania porównania”. Zachowanie dominantów spowodowało, że nie pojawił się lepszy produkt służący zaspokojeniu tych samych potrzeb, które w niedoskonały, częściowy sposób były do tej pory zaspokajane przez ich produkty. Jednocześnie należy zaznaczyć, że żaden z dominantów nie mógł samodzielnie, dzięki prawu własności intelektualnej, zaferować produktu, który na rynek zamierzał wprowadzić potencjalny licencjobiorca. Ograniczenie zakresu wyboru dostępnego konsumentom towarzyszyło zatem redukcji innowacyjności.

Odwołanie się do koncepcji ograniczenia zakresu wyboru pozwala wyjaśnić istotę ograniczenia konkurencji w sprawie *Microsoft*.<sup>118</sup> Zachowanie dominanta polegało na zmianie dotychczasowej polityki licencyjnej. Wpływ na zakres wyboru był więc ewidentny. Przed rozpoczęciem praktyki nabywcy systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej dysponowali możliwością wyboru między różnymi produktami zapewniającymi analogiczny poziom interoperacyjności z systemami operacyjnymi Microsoft dla stacji roboczych. Po zmianie dotychczasowej polityki licencyjnej nabywcy dysponowali wyborem między różniącymi się istotnymi parametrami systemami operacyjnymi konkurentów Microsoftu, zapewniającymi ograniczoną interoperacyjność z systemem operacyjnym dla stacji roboczych oraz z gorzej postrzeganym pod wieloma względami produktem dominanta, zapew-

<sup>118</sup> J. DREXL, *Real knowledge...*, 699–700; tak również krytycznie L. KJØLBYE, *Article 82...*, s. 175. Zdaniem tego autora wyrok w sprawie *Microsoft* można odczytać w taki sposób, że różnorodność wyboru zawsze jest korzystna dla konsumentów, zaś jej zmniejszenie należy traktować jako wyrządzenie konsumentowi szkody.

niającym z kolei pełną interoperacyjność z opracowanym przez niego systemem operacyjnym dla stacji roboczych. Doprowadziło to do wypychaniu z rynku produktów konkurencyjnych względem produktów dominanta, poprzez zredukowanie znaczenia innych, istotnych dla nabywców, parametrów uwzględnianych przy wyborze systemu operacyjnego dla serwera grupy roboczej, na rzecz interoperacyjności zapewnionej dzięki dominacji na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych.<sup>119</sup>

Wpływ na zakres wyboru pozwala również wyjaśnić wyrok w sprawie *DSD*.<sup>120</sup> Połączenie obowiązku umieszczenia znaku towarowego „Zielony punkt” na każdym wprowadzanym do obrotu opakowaniu z obowiązkiem zapłaty opłaty licencyjnej za użycie znaku, będącej *de facto* wynagrodzeniem za korzystanie z systemu zbiorowego odzysku odpadków opakowaniowych, powodowało, że przedsiębiorstwo, które podpisało umowę z DSD, nie było zainteresowane zawieraniem umów z innymi organizacjami zbiorowego odzysku, gdyż musiałoby płacić podwójnie – raz dominantowi za umieszczenie jego znaku na opakowaniu, do czego zobowiązywała go umowa licencyjne, drugi raz za rzeczywiście świadczone usługi, wykonane przez inną organizację zbiorowego odzysku. Praktyka ograniczała zakres wyboru dostępny klientom tego przedsiębiorstwa poprzez podniesienie ich kosztów działania w przypadku, gdy zamierzali skorzystać z oferty konkurentów dominanta. Zachowanie dominanta czyniło ekonomicznie nieracjonalną obecność wyspecjalizowanych i regionalnych organizacji odzysku, które mogłyby się utrzymać na rynku w przypadku stosowania innego systemu rozliczeń za świadczone usługi.

---

<sup>119</sup> Wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 652.

<sup>120</sup> Wyrok SPI z 24.05.2007 r. w sprawie *Duales System Deutschland p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-1607.

### 3.7. Niższa innowacyjność

Wyznacznikiem ograniczenia konkurencji relewantnym, zwłaszcza w sprawach dotyczących własności intelektualnej, może być negatywny wpływ ocenianego zachowania na poziom innowacji na dotkniętym jego skutkami rynku właściwym. Posługiwanie się kryterium wpływu na innowacyjność znajduje uzasadnienie w treści art. 101 oraz 102 TFUE. Jednakże w dotychczasowej praktyce unijnego prawa konkurencji problematyka negatywnego oddziaływania na innowacyjność na rynku właściwym występowała w dość ograniczonym stopniu, a mianowicie w sprawach dotyczących odmowy udzielenia licencji.

Pojęcie innowacji jest szerokie. Zgodnie z definicją przyjętą przez Schumpetera, jest to „ustanowienie nowej funkcji produkcyjnej,” przybierające postać nowego produktu, nowej formy organizacji produkcji, otwarcie nowego rynku.<sup>121</sup> Innowacją jest cały proces – od rozpoczęcia prac badawczych do przygotowania towaru lub usługi gotowych do wejścia na rynek.<sup>122</sup> Jest to proces złożony, obejmujący proces badawczy prowadzący do wskazania kierunku innowacji, inwestycję w prowadzenie samego procesu badawczego oraz wdrożenie jego wyników

<sup>121</sup> J. SCHUMPETER, *Business cycles – a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process, vol I*, Philadelphia 1939, reprint 1982, s. 87. W ujęciu przyjętym przez J. Schumpetera proces innowacji przebiega następująco: wynalazca wizjoner wynajduje coś nowego. Przedsiębiorca wizjoner dysponujący wiedzą o procesach rynkowych widzi w wynalazku produkt i potrafi wynalazek wdrożyć do produkcji, a następnie wprowadzić na rynek. Faza zachwyty nowym produktem, wysokiej sprzedaży i marży. Faza upowszechnienia wynalazku na rynku, pojawienia się klonów. Zgodnie z modelem J. Schumpetera innowator uzyska tymczasowy monopol na swój innowacyjny produkt i do momentu, kiedy konkurencja go dogoni, wprowadzi kolejny nowy produkt, oparty na nowej innowacji, który uczyni produkty naśladowców przestarzałymi i kolejny raz zapewni mu nad nimi przewagę i pozwoli czerpać monopolistyczne zyski. Szerzej zob. J.A. SCHUMPETER, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Warszawa 2009, zwłaszcza s. 99–130.

<sup>122</sup> F. KESSLER [W:] P.-T. STOLL, J. BUSCHE, K. AREND, *WTO – Trade-related aspects of Intellectual property rights*, Leiden–Boston 2009, s. 182.

w celu uzyskania produktu nadającego się do wprowadzenia na rynek lub użycia efektu prac badawczych do poprawy procesu projektowania, produkcji lub dystrybucji dotychczasowego produktu oraz opracowanie samego produktu.<sup>123</sup>

W przeciwieństwie do innych analizowanych do tej pory w niniejszym opracowaniu determinantów ograniczenia konkurencji, samo posługiwanie się omawianym w tym miejscu kryterium antykonkurencyjnego oddziaływania na rynek nie budzi kontrowersji. Jest to konsekwencją znaczenia, jakie przypisuje się innowacjom w rozwoju gospodarczym i kreowaniu dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów.<sup>124</sup> Dominant jest zainteresowany przeciwdziałaniem innowacji z następujących powodów. Po pierwsze, innowacja będzie prowadzić do obniżenia zyskowności jego dotychczasowych towarów. Po drugie, innowacja może prowadzić do istotnej, nieoczekiwanej zmiany na rynku, pozbawiającej go pozycji dominującej. Po trzecie, dominant poczynił już inwestycje w określoną technologię i środki produkcji, a zmiana wynikająca z kolejnej innowacji może nie tylko uniemożliwić mu uzyskanie satysfakcjonującego zwrotu z poczynionych inwestycji, ale uczynić jego technologię przestarzałą.

Spory wywołują natomiast zagadnienia dotyczące typów zachowań podmiotów uprawnionych z praw własności intelektualnej, do których kryterium to może znaleźć zastosowanie, oraz kompleksowość podejścia problematyki negatywnego wpływu na innowację. Dyskusyjne jest,

---

<sup>123</sup> Takie ujęcie innowacji traktuje ją jako proces o charakterze linearnym. Współcześnie wskazuje się natomiast, że innowacje rzadko kiedy mają taki przebieg i akcentuje się wertykalny charakter działań innowacyjnych oraz synergię zwrotną między poszczególnymi etapami działalności innowacyjnej. F.M. SCHERER, D. ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, Lewisville 1980, s. 441.

<sup>124</sup> H. HOVENKAMP, *Innovation...*, s. 104; M. SOLOW, *Technical change and the aggregate production function*, 39 *Review of Economic Studies* 32 (1957) – 90% nierolniczego wzrostu gospodarczego w I połowie XX wieku jest skutkiem innowacji i postępu technicznego, a nie akumulacji kapitału.

czy prawo konkurencji powinno być traktowane jako narzędzie służące korekcie niedoskonałości systemu praw własności intelektualnej oraz jego nadużyć wywołujących skutki rynkowe, polegające na utrudnieniu działalności innowacyjnej innych uczestników rynku. Ze względu na oparcie relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej na teorii nadrzędności prawa konkurencji wykorzystanie przez uprawnionego możliwości zredukowania presji konkurencji za pomocą środków przewidzianych w prawie własności intelektualnej, nawet bez nadużycia jego przepisów, nie zwalnia z odpowiedzialności z tytułu naruszenia reguł konkurencji. Dotyczy to zarówno sytuacji, gdy wolą ustawodawcy – skutkiem nabycia prawa wyłącznego – jest uzyskanie pozycji monopolistycznej lub kolektywnej pozycji dominującej na rynku właściwym, jak i przypadków uzyskania takiej pozycji rynkowej wskutek czynników zewnętrznych wobec posiadanego prawa na dobrach niematerialnych.

Z punktu widzenia samego rozumienia sformułowania „ograniczenie konkurencji” w prawie unijnym istotne jest jedynie, czy zachowanie uprawnionego negatywnie wpływa na innowacyjność aktualnych lub potencjalnych konkurentów uprawnionego. Wpływ ten musi być kwalifikowany, to znaczy powinien dodatkowo wyrządzać szkodę konsumentom. Przybiera ona postać pozbawienia ich dostępu do nieoferowanego jeszcze innowacyjnego produktu, gdy uprawniony przy wykorzystaniu posiadanego prawa nie jest zdolny samodzielnie zaoferować takiego towaru (w przypadku gdy uprawniony w ogóle nie licencjonował przysługującego mu prawa) bądź pozbawienia korzyści z przyszłych innowacji dokonywanych przez aktualnych konkurentów w odniesieniu do oferowanych już na rynku towarów (w przypadku zmiany polityki licencyjnej przez uprawnionego).

Podstawowym kryterium wpływu na innowację jest zapobieżenie pojawieniu się nowego produktu. Kryterium to służy pogodzeniu interesów uprawnionego z praw własności intelektualnej z wymogami

ochrony konkurencji.<sup>125</sup> Te ostatnie mogą ingerować w sferę zastrzeżoną do wyłącznej dyspozycji uprawnionego tylko wtedy, gdy doprowadzą do zwiększenia efektywności lub konkurencji dynamicznej, a nie statycznej.<sup>126</sup> Szkoda dla innowacyjności nie polega bowiem na tym, że konkurenci uprawnionego nie mogą oferować takiego samego produktu jak uprawniony, ale że konkurenci – wskutek bariery wynikającej z prawa własności intelektualnej – nie mogą się pojawić się na rynku właściwym, na którym działa dominant z ofertą produktu, którego sam dominant nie może konsumentom zaoferować. Produkt oferowany na rynku powiązany niższego szczebla powinien się różnić się od produktu uprawnionego tym, że wykracza on poza zakres prawa własności intelektualnej, jakie musi zostać wykorzystane do jego zaoferowania na rynku.<sup>127</sup>

Nowym produktem może być zarówno produkt z innej kategorii, zatem zupełnie odrębny od oferowanego przez dominantą do tej pory, jak i produkt z tej samej kategorii, zaspokajający te same potrzeby, ale „lepiej”, oferujący cechy, których nie ma produkt dominanty.<sup>128</sup> Nowość produktu może polegać na jego kompleksowości, czyli połączeniu w jednym towarze funkcjonalności oferowanych do tej pory przez od-

<sup>125</sup> Wyrok TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039, pkt 48, wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 646.

<sup>126</sup> Efektywność dynamiczna nie zostanie obniżona, jeżeli można działać na rynku towarów lub usług dzięki własnej innowacyjności lub z wykorzystaniem prawa własności intelektualnej innego niż dominant uprawnionego, A. HEINEMANN, *Compulsory licences and product integration in European competition law – assessment of the European Commission’s Microsoft decision*, IIC nr 1/2005, s. 73.

<sup>127</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust...*, s. 273–274.

<sup>128</sup> W sprawie *Microsoft* SPI wskazał, że „takiego rodzaju przewodnika”, jaki miał oferować dzięki licencji Magiel, nie było w tym czasie na „tym rynku geograficznym”, wyrok SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. KE*, [2007] Zb. Orz. II-3601, pkt 645.



rębne towary.<sup>129</sup> Nowym produktem jest produkt, którego uprawniony z prawa własności intelektualnej nie tylko nie oferuje samodzielnie,<sup>130</sup> ale także nie może zaoferować przy wykorzystaniu posiadanego prawa. Podstawy do takiego poglądu dają okoliczności faktyczne sprawy *Maggill* – nowym produktem miał być magazyn ubiegający się o licencje na prawa autorskie do tygodniowych zestawień programów telewizyjnych – musiał bowiem uzyskać takie licencje od różnych nadawców, ale żaden z nadawców nie mógł samodzielnie, na podstawie posiadanych praw autorskich, wydawać magazynu zawierającego program telewizyjny innych stacji. W przeciwnym razie każdy uprawniony, który nie podejmie decyzji o komercjalizacji przysługującego mu prawa w pełnym zakresie, na wszystkich polach eksploatacji i dla całego spektrum potencjalnych zastosowań, mógłby się obawiać ryzyka interwencji organu antymonopolowego. Niewystarczające jest ulepszenie produktu dominanta lub wzmocnienie konkurencji statycznej na rynku.<sup>131</sup>

W świetle *Microsoft* nowym produktem może być także taki produkt, który wykorzystuje dobro niematerialne przysługujące uprawnionemu, ale nie inkorporuje go w siebie, a ponadto oferowany jest na innym rynku właściwym niż rynek, na którym uprawniony uzyskał prawo wyłączne. To z kolei prowadzi do wniosku, że w unijnym prawie konkurencji wyznacznikiem ograniczenia konkurencji może być ograniczenie innowacyjności na rynku powiązanim przy zastosowaniu prawa własno-

<sup>129</sup> Zwraca na to uwagę B. ONG, *Building brick barricades and other barriers to entry: abusing a dominant position by refusing to licence intellectual property rights*, E.C.L.R. nr 4/2005, s. 220.

<sup>130</sup> V. KORAH, *Intellectual property rights...*, s. 145; S. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer...*, s. 284; M. SURDEK, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [w:] D. MIĄSIK, T. SKOCZNY, M. SURDEK, *Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynku nowych technologii*, Warszawa 2008, s. 61.

<sup>131</sup> J. DREXL, *Abuse of dominance in licensing and refusal to license: a „more economic approach” to competition by imitation and to competition by substitution* [w:] C. EHLERMANN, I. ATANASIU (red.), *European...*, s. 653.

ści intelektualnej uzyskanego w związku z działalnością na rynku podstawowym. Mając na względzie okoliczności faktyczne spraw *Magill* i *Microsoft*, można przyjąć, że tego rodzaju ograniczenie innowacyjności będzie relewantne w przypadku uznania za rynek podstawowy i rynek powiązany rynków towarów lub usług, a nie rynku praw i rynku towarów, jak w sprawie *IMS Health*.

Z uwagi na szczupłość dorobku *acquis communautaire* w tej dziedzinie powyższe uwagi w zakresie wpływu na innowacyjność odnoszą się do praktyk ograniczających konkurencję, a polegających na odmowie udzielenia licencji. W ograniczonym stopniu są natomiast przydatne do oceny zachowań zidentyfikowanych w badaniu sektorowym przemysłu farmaceutycznego,<sup>132</sup> takich jak gąszcz patentowy, odświeżanie patentów, patentowanie defensywne czy też drapieżnictwo innowacyjne.<sup>133</sup>

### **3.8. Niemerytoryczna rywalizacja**

Jak wskazano powyżej, w świetle orzecznictwa sądów unijnych wpływ na strukturę konkurencji uznawany jest za wystarczający do stwierdzenia jej ograniczenia. Pojawia się zatem kwestia ustalenia istoty szkody dla konkurencji w przypadku zachowań, które nie wyrządzają bezpośredniej szkody interesom ekonomicznym konsumentów. W świetle wyroku w sprawie *AstraZeneca* wyznacznikiem ograniczenia konkurencji jest ingerencja w proces konkurencji na rynku podjęta za pomocą takich metod rywalizacji, które różnią się od stosowanych w „zwykłej konkurencji w zakresie towarów lub usług

---

<sup>132</sup> Szerzej zob. M. BŁACHUCKI, *Ograniczanie dostępu do rynku leków przez producentów leków innowacyjnych producentom leków generycznych w świetle ustaleń badania sektorowego Komisji* [w:] K. LEWANDOWSKI, *Prawo autorskie a prawo konkurencji*, Poznań 2009, s. 203–229.

<sup>133</sup> L. KJØLBYE, *Article 82...*, s. 179–188.

opierającej się na osiągnięciach przedsiębiorców.”<sup>134</sup> Warunkiem naruszenie reguł konkurencji jest zatem stosowanie przez przedsiębiorstwo mające siłę rynkową takich metod walki o klienta, które „nie mieszczą się w ramach konkurencji merytorycznej.”<sup>135</sup> W sprawie *AstraZeneca* za „niemerytoryczną” metodę rywalizacji z producentami leków generycznych uznano uzyskanie dodatkowego świadectwa ochronnego na podstawie celowo przedłożonych wprowadzających w błąd informacji, ponieważ takie postępowanie „służy jedynie utrzymaniu producentów leków generycznych [...] poza rynkiem za pomocą uzyskania SPC w sposób sprzeczny z systemem ustanowionym przez SPC.”<sup>136</sup>

Koncepcja konkurencji merytorycznej znalazła zastosowanie w sprawie *Tetra Pak I*,<sup>137</sup> w której nadużycie pozycji dominującej przybierało postać nabycia wyłącznej licencji na technologię konkurencyjną względem posiadanej przez dominanta. Nabycie jedyne prawa substytucyjnego przez uprawnionego mającego pozycję dominującą powoduje, że uprawniony broni swojej pozycji (prawie) monopolistycznej na rynku. Nikt inny nie może na ten rynek wejść, ponieważ nie ma możliwości zaoferowania konkurencyjnego produktu. Takie zachowanie nie jest przejawem konkurencji merytorycznej, ponieważ chroni produkt uprawnionego przed wyzwaniem wynikającymi z możliwości pojawienia się lepszego lub porównywalnego produktu i konkurencji tradycyj-

---

<sup>134</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 r. w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, pkt 352 i 376.

<sup>135</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 r. w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, pkt 354, 375, pkt 804, pkt 824.

<sup>136</sup> Wyrok Sądu Ogólnego z 1.07.2010 w sprawie T-321/05 *AstraZeneca AB p. KE*, pkt 608.

<sup>137</sup> Wyrok SPI z 10.07.1990 r. w sprawie T-51/89 *Tetra-Pak Rausing p. KE*, [1990] ECR II-00309.

nymi parametrami rywalizacji.<sup>138</sup> Wyrok w sprawie *Tetra Pak I* dotyczy tylko uzyskiwania kolejnych tytułów ochronnych w drodze nabycia pochodnego. Nie daje podstaw do przyjęcia, że uzyskanie praw własności intelektualnej do jedynej alternatywnej technologii stosowanej przez dominanta wskutek własnych prac badawczo-rozwojowych stanowi nadużycie pozycji dominującej. Uzyskanie kolejnego tytułu ochronnego w taki sposób jest przejawem dynamicznej konkurencji merytorycznej. Ponadto sprawa *Tetra Pak I* powinna znajdować zastosowanie tylko do przypadku uzyskania licencji wyłącznej na technologię konkurencyjną wobec stosowanej przez dominanta, to jest technologię, która pozwala wejść na zdominowany rynek i może być źródłem przewagi konkurencyjnej nowo wchodzącego. Pojawianie się alternatywnej technologii powoduje, że przewaga konkurencyjna wynikająca z innowacyjności zostaje osłabiona lub zniwelowana i pojawia się możliwość konkurencji merytorycznej za pomocą innych parametrów rywalizacji rynkowej. Natomiast wyrok w sprawie *Tetra Pak I* nie powinien znajdować zastosowania do przypadków uzyskania licencji wyłącznej przez dotychczasowego dominanta na technologię zastępującą technologię stosowaną przez dominanta na tym samym rynku. Analogicznie jest w przypadku nabycia praw własności intelektualnej do technologii zwiększających efektywność produkcyjną. Abuzywne powinno być tylko uzyskiwanie licencji wyłącznych na technologie substytucyjne o parametrach porównywalnych do technologii dominanta.

---

<sup>138</sup> H. HOVENKAMP, M. JANIS, M. LEMLEY, *IP and Antitrust. An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, New York 2007, vol. 1, §..., s. 14–17 wskazują, że lepsza jest jakakolwiek konkurencja, nawet ze strony nieco słabszego, gorszego produktu, niż brak konkurencji w ogóle.

## 4. Podsumowanie

Przeprowadzona w niniejszym opracowaniu syntetyczna analiza sposobów pojmowania sformułowania „ograniczenie konkurencji” w sprawach dotyczących praw własności intelektualnej wykazała, że pojęcie to rozumiane jest w unijnym prawie konkurencji w wieloraki sposób. Prowadzi to z kolei do posługiwania się zarówno przez Komisję, jak i sądy unijne zróżnicowanymi kryteriami wpływu praw własności intelektualnej na konkurencję. Zróżnicowanie to oznacza, że w prawie unijnym nie przyjęła się w pełni żadna z materialnych teorii relacji między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej.

Nie oznacza to jednak, że rzeczywisty zakres zastosowania unijnych reguł konkurencji w sprawach dotyczących własności intelektualnej jest zbyt szeroki. Posiadanie prawa własności intelektualnej nie jest uznawane za podejrzanę z punktu widzenia reguł konkurencji. W ograniczonej liczbie przypadków przyjmuje się, że prawo własności intelektualnej może być narzędziem, za pomocą którego uprawniony można ograniczyć konkurencję.<sup>139</sup> Zatem także nabywanie i wykonywanie praw własności intelektualnej sporadycznie może prowadzić do faktycznego naruszenia reguł konkurencji.

Analiza orzecznictwa sądów unijnych wykazała również, że w obecnym stanie rozwoju unijnego prawa konkurencji nie jest możliwe wprowadzenia koncepcji ograniczenia konkurencji odpowiadającej standardowi dobrobytu konsumentów w rozumieniu ekonomii dobrobytu. Sądy unijne wyznaczyły granice „bardziej ekonomicznemu podejściu”

---

<sup>139</sup> Z wyroku TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health*, [2004] ECR I-5039 wynika, że każde wykonywanie prawa, a nie tylko wykonywanie w ramach szczególnego przedmiotu ochrony, może ograniczać konkurencję jedynie „w szczególnych okolicznościach”, pkt 35, z odwołaniem do wyroku TS z 5.10.1988 r. w sprawie C-238/87, *Volvo p. Veng*, [1988] ECR 6211, pkt 9 oraz wyroku TS z 6.04.1995 r. w sprawach C-241/91 i C-242/91 *RTE i ITP p. Komisji*, [1995] ECR I-743, pkt 50.

w postaci koncepcji konkurencji merytorycznej. Daje ona podmiotom stosującym reguły konkurencji dość szeroki margines uznania przy decydowaniu o tym, jakiego rodzaju zachowania przedsiębiorstw naruszają zakazy prawa konkurencji. Nie oznacza to, że praktyka stosowania unijnych reguł konkurencji oderwana jest od realiów ekonomicznych. Bliższa jest jednak tym koncepcjom ekonomicznym, które postrzegają konkurencję jako proces przynoszący określone korzyści, niż traktującym konkurencję jako optymalny stan rynku. Ponadto respektowanie wymogów standardu konkurencji merytorycznej wymaga od stosujących artykuły 101 i 102 TFUE wnikliwej analizy zasad funkcjonowania poszczególnych rynków właściwych, by uniknąć arbitralności przy rozstrzyganiu o tym, jakiego rodzaju formy rywalizacji nie mają merytorycznego charakteru. ■

## *O Autorze*

Dr Dawid Miąsik jest adiunktem w Zakładzie Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk oraz członkiem Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, pełniącym obowiązki asystenta sędziego Sądu Najwyższego. Jest członkiem Kolegium Redakcyjnego „Europejskiego Przeglądu Sądowego”. Był stypendystą Fulbrighta, Fundacji im. S. Batorego oraz Centrum Europejskiego Natolin. W 2004 r. został laureatem konkursu na najlepsze prace doktorskie obronione w roku akademickim 2002/2003 za rozprawę „Reguła rozsądku w prawie antymopolowym. Studium prawnoporównawcze”. Zajmuje się problematyką prawa konkurencji, prawa własności intelektualnej, sądowego stosowania prawa unijnego, zasad ogólnych prawa unijnego oraz funkcjonowania rynku wewnętrznego. Opracowuje monografię poświęconą stosunkowi prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej.





Intellectual property  
and harm to competition  
in EU law\*



Własność intelektualna  
a szkoda dla konkurencji  
w prawie UE

---

\* The paper has been based on the research conducted by the Author in the Library of the European University Institute in Florence in 2010 within the project “Summer Fellowship” sponsored by the Natolin European Centre.

## 1. Introduction

This paper is devoted to an analysis of the negative impact of intellectual property (IP) rights on competition in light of the existing practice of the application of EU competition rules. This publication attempts to explain how the expression “restriction of competition” is to be understood and thus to answer the question why EU competition law was applied to assess the activities of undertakings in the cases where a threat to competition resulted from the use by an undertaking of IP rights. This is just one of the many issues on the interface between competition law<sup>1</sup> and intellectual property law<sup>2</sup> in EU legislation, which is amongst the most frequently and most vehemently discussed matters.<sup>3</sup> This is due to the complexity of the problem, economic significance of IP rights and the controversies accompanying the individual cases of competition rules’

---

<sup>1</sup> The expressions “competition law” and “anti-monopoly law” are used interchangeably. The term “anti-trust law” is used herein solely with reference to competition laws of the United States of North America.

<sup>2</sup> In the meaning adopted in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) (Journal of Laws of 1996, No. 32, item 143) – Annex 1C to the Agreement Establishing the World Trade Organisation (WTO) signed in Marrakesh on 15 April 1994 (Journal of Laws of 1995 No. 98, item 483).

<sup>3</sup> See in particular J.D.C. TURNER, *Intellectual property and EU competition law*, Oxford 2010; K. CZAPRACKA, *Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches*, Cheltenham 2009; G. GHIDINI, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Northampton 2007; C. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford–Portland 2007; S. ANDERMAN, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge 2007; S. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer and the new competition rules*, Oxford 2006; S. ANDERMAN, *EC competition law and intellectual property rights – the regulation of innovation*, Oxford 1998.

application to acts of enforcement or acquisition of exclusive rights to intangible property.

The paper focuses on competition cases pertaining to IP rights, where potential restriction of competition stems from the influence of the proprietor on competition by means of the IP rights in its possession. Such rights are then an instrument through which the proprietor makes use of its market power to cause effects which are undesirable from the viewpoint of competition rules in force under the legal system concerned. Two sub-groups are to be distinguished within the category of competition issues relating to IP rights. One of them concerns the cases where behaving in conformity with intellectual property law causes an undertaking to put itself at risk of infringing competition rules. These are competition cases concerning IP rights in the narrowest meaning of the term. Cases relating to intellectual property rights in the aforementioned meaning should be distinguished from the cases where the proprietor owes its market power, in whole or in part, to an IP right and exercises this power in a manner incompatible with competition rules but without resorting to its rights under intellectual property law.

As a rule, IP rights are vested with one entity which is granted the right to exclude others from using a specific intangible asset. The core of these rights is to grant the proprietor exclusivity to use, in business transactions, a positive public good (knowledge, idea, information) which it has “privatised” freely under the law. Such exclusivity has for long been identified with monopoly. As a consequence of this simplification IP rights have been perceived as conflicting with competition law aimed against the functioning and, sometimes, the existence of monopolies. A monopolist, however, in the meaning adopted in competition law, is an undertaking which is the exclusive seller of products on the market. A specific IP right hardly ever forms a separate relevant market. The case is similar for products which are the carriers of various IP rights. It is only in exceptional cases that the proprietor has the status of exclusive seller in the relevant market, thus being a monopolist, solely by virtue of the IP right it holds.

Another source of conflict between the protection of competition and the protection of intellectual property was a specific perception of the aims behind competition law. The emphasis on the protection of freedom of competition and treatment of a reduction in the freedom of activity as a determinant of competition restriction resulted in the necessity to develop various concepts to narrow the field of an obvious conflict between competition law, which protects the freedom of entry into the market, and intellectual property law, which intends to reward the intellectual effort and risk at the expense of freedom. This discord followed from the perception of the aims of both domains of law as conflicting with each other.<sup>4</sup>

Intellectual property rights are not intended to be anti-competitive. They enhance competition between suppliers of substitute products, in particular as regards characteristics other than price. Contemporarily, emphasis is placed on the convergence or, at least, absence of conflict between the aims of competition law and those of intellectual property law. In accordance with the prevailing viewpoint, the common aim is to stimulate innovation,<sup>5</sup> and thus enhance dynamic effectiveness. Under a slightly different approach, the

---

<sup>4</sup> This is pointed to by G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, p. 99.

<sup>5</sup> This is how this aim is formulated by the doctrine based on the economic analysis of law, see H. HOVENKAMP, *Patents, property, and competition policy*, 34 *Journal of Corporation Law* 1243 (2009), p. 1258; J.B. BAKER, *Beyond Schumpeter v Arrow: how antitrust fosters innovation*, 74 *Antitrust Law Journal* (2007), No. 3, p. 576; P. NIHOUL, *The limitation of intellectual property in the name of competition*, 32 *Fordham International Law Journal* 489 (2009), p. 490. The existence of a direct relationship between intellectual property law and innovations is questioned in the competition law doctrine, see, *inter alia*, H. ULLRICH, *Expansionist intellectual property protection and reductionist competition rules: a trips perspective*, 7 *Journal of International Economic Law* 401 (2004), p. 401; A. GEIGER, *Patents, trade marks, copyrights – a mission for article 82 EC*, E.C.L.R. No. 5/2004, p. 312; A. NARCISO, P. TORREMANS, *IMS Health or the question whether copyright still deserves a specific approach in a market economy* [in:] eds. L.N. TAKEYAMA, W. GORDON, R. TOWSE, *Developments in the economics of copyright*, Northampton 2005, p. 145.

convergent aim of both domains is to increase the level of dynamic competition.<sup>6</sup> The convergence of aims should not, however, obscure the difference in the perspectives from which these aims are pursued. Through the prospects of obtaining the exclusive right and the possibility for competitors to block the imitation of products of the proprietor, IP rights provide immediate incentive for innovation. Competition law, on the other hand, makes sure that the incentive function is performed by market participants, thus warranting the existence of market competition. Competition exerts pressure on market participants to continually improve their existing products or market new ones.<sup>7</sup>

The study concentrates on judgments of the European Court of Justice and of the General Court (European Union), following the presumption that even though the Commission combines the responsibilities of the creator of the competition policy concepts and their actual executor, it is the ECJ and, indirectly, the General Court, who have the final say as regards the interpretation and scope of competences of particular institutions of EU competition law. For pragmatic reasons, the basis for the analysis is largely formed by judgments made in cases concerning the abuse of a dominant position. As regards group restrictive practices, the prime source of restriction of competition is the coordination of behaviours of market participants resulting from more or less formal arrangements between them. On the other hand, in the case of practices which consist in abusing the dominant position, the point of reference for the application of competition rules are independent

---

<sup>6</sup> J. DREXL, B.C. GALLEGO, S. ENCHELMAIER, M. LEISTNER, M.-O. MACKENRODT, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate-General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses*, IIC No. 5/2006, p. 560.

<sup>7</sup> J. DREXL, *Real knowledge is to know the extent of one's own ignorance: on the consumer harm approach in innovation related competition cases*, *Antitrust Law Journal* 2010, vol. 76, Issue 3, p. 706.

decisions made by undertakings whilst a conduct in conformity with intellectual property law may prove to be anti-competitive.<sup>8</sup> The practice of applying competition rules to the latter is a better reflection of the relationship between competition and intellectual property laws in the legal system concerned.

## *2. Position of EU competition law on IP rights*

### *2.1. Theories of the relationship between competition law and intellectual property law*

The issue of the negative impact of intellectual property rights on competition is relevant only after a prior answer in the affirmative is given to the question whether competition rules may, or should at all, apply to the assessment of a specific conduct of the proprietor of an intellectual property right, that is to say whether its effect on competition may be examined. The resolution of this problem depends on the shaping of the relationship between competition law and intellectual property law. Depending on how the relationship between these two is regulated, all or only some of the proprietor's conducts may be assessed from the viewpoint of their conformity with the prohibitions under competition law. Under the doctrinal concepts serving the purpose of organising and systematising the issue of the interface between competition and intellectual property laws, distinction

---

<sup>8</sup> D. KALLAY, *The law and economics of antitrust and intellectual property. An Austrian approach*, Cheltenham 2004, pp. 3–4.

can be made between two categories of theories:<sup>9</sup> formal and material ones.<sup>10</sup> Formal theories describe the problems of the relationship between competition and intellectual property laws relying on methods and arguments commonly applied in legal studies, such as the place of both said areas of law in the legal system, the level of constitutionalisation, the intention of the legislators, their rationality, and the scope of positive regulation of the interface between both areas. These theories establish, by means of legal conclusions and valuations, what types of conducts of the proprietor are free from the intervention of the provisions of anti-monopoly law, regardless of what their actual effect on competition is.<sup>11</sup>

A doubtless advantage of all formal theories is that they provide appropriate point of reference for undertakings. These theories enable the identification of the behaviours which will never fall under jurisdiction of the anti-monopoly authority. Undertakings thus obtain information on how they can organise their business without the risk of infringing competition rules. In turn, the argument against adherence to formal theories, which reduce the application scope of competition rules, is the currently dominating tendency to be guided, in the application of competition rules, not by the form of conduct but its actual effect on the conditions of competition on the market. Formal theories, on the other hand, shape the relationships between competition law and intellectual property law detached from that effect, accepting cases where

---

<sup>9</sup> See also M.K. KOLASIŃSKI, *Obowiązek współpracy gospodarczej w prawie antymonopolowym*, Toruń 2009, p. 273–280 and s. JÓZWIĄK, *Prawo własności intelektualnej a prawo konkurencji – spór o pierwszeństwo w prawie europejskim*, MoP of 2010, No. 8.

<sup>10</sup> A similar distinction is made by J. DREXL, *Is there a more economic approach to intellectual property and competition law* [in:] J. DREXL, *Research handbook on intellectual property and competition law*, Cheltenham 2008, p. 36.

<sup>11</sup> Cf. L. KAPLOW, *The patent-antitrust intersection: a reappraisal*, Harvard Law Review, 97 Harvard Law Review 1813 (1984), p. 1818.

competition may be restricted but, for reasons of legal policy or competition policy, such conduct will be beyond the scope of application of competition rules.

Formal theories include: autonomy of IP rights,<sup>12</sup> scope of exclusivity (the doctrine of inherency),<sup>13</sup> specific subject-matter,<sup>14</sup> formal market allocation theory,<sup>15</sup> essence of exclusive right, exercise of IP rights, and abuse of IP rights. Unlike formal theories, material theories concentrate on explaining the problems under discussion through identification of behaviours which the proprietor may pursue without the risk

<sup>12</sup> Also referred to as the theory of supremacy of intellectual property law; for more details on this theory, see I. RAHNASTO, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law*, Oxford 2003. This theory was applied during the initial period of development of anti-trust law, see R.J. GILBERT, W.K. TOM, *Is innovation king at the antitrust agencies? The intellectual property guidelines five years later*, 69 *Antitrust Law Journal* 43 (2001), p. 170; G.L. PRIEST, *Cartels and Patent License Arrangements*, 20 *J.L. & Econ.* 309 (1977), pp. 330–32; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, Tübingen 2002, pp. 40–41.

<sup>13</sup> For more details, see, in particular, A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, pp. 144–154 and H. HOVENKAMP, *The antitrust enterprise. Principle and execution*, Cambridge 2005, pp. 256–259. This theory dominates until the present time in anti-trust law into which it was incorporated from the case for patent infringement *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917) in the case *United Shoe Machinery Corporation v. U.S.*, 258 U.S. 451 (1922), pp. 462 and 464. Despite the lack of clear normative grounds for limiting the scope of application of competition rules, US courts consistently assume that by exercising its exclusive rights, the proprietor benefits from anti-trust immunity notwithstanding the consequences it causes in the prime or related markets, see e.g. *Schor v. Abbott Laboratories*, 378 F.Supp.2d850 (N.D. Illinois 2005), p. 858; *In re Neurontin Antitrust Litigation*, 2009 WL 2751029, D.N.J., 2009, p. 8 footnote 28; *Sheet Metal Duct, Inc. v. Lindab, Inc.*, 2000 WL 987865, E.D.Pa., 2000, p. 3; *Disco Vision Assoc. v. Disc Mfg., Inc.*, Nos. 95–21 & 95–345, 1997 WL 309499, (D.Del. Apr. 3, 1997), p. 8; *CSU, L.L.C. v. Xerox Corp (In re Indep. Serv. Orgs. Antitrust Litg.)*, 203 F.3d 1322 (Fed.Cir.2000), p. 1327.

<sup>14</sup> For more detail, see in particular I. GOVAERE, *The use and abuse of intellectual property rights in EC law – including a case study of the E.C. spare parts debate*, London 1996 pp. 67–68; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, pp. 294–322.

<sup>15</sup> For more detail, see A. HEINEMANN, *The contestability of IP-protected markets* [in:] J. DREXL, *Research handbook...*, p. 63 *et seq.*



that anti-monopoly law rules will be applied because its conduct does not limit competition but, quite the contrary, is a manifestation of competition on the merits.

The most important material theories include: material market allocation theory,<sup>16</sup> competition as a dynamic process,<sup>17</sup> comparative competitive advantage<sup>18</sup> and ratio theories.<sup>19</sup> From the viewpoint of the division, adopted in this paper, into formal and material theories, the status of the theory of complementarity of goals and the theory of equivalence of IP rights and tangible property rights is unclear. These theories describe the principles of application of competition law in IP cases rather than the relationships between competition and intellectual property laws.

## *2.2. Relationship theory in EU law*

The relationships between EU competition law and intellectual property law are the resultant of many factors. They were shaped during the period when the European Economic Community was competent in the area of competition but did not have competences to harmonise or uniformise national intellectual property laws.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Cf. M.R. PATTERSON, *Intellectual property and sources of market power* [in:] I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual property, market power and the public interest*, Bruxelles 2008.

<sup>17</sup> See primarily, D. KALLAY, *The law and economics...*, pp. 90–114.

<sup>18</sup> D. HAYTER, *When a License is Worse than a Refusal: A Comparative Competitive Effects Standard to Judge Restrictions in Intellectual Property Licenses*, 11 *Berkeley Technology Law Journal* 281 (1996), pp. 291–293.

<sup>19</sup> L. KAPLOW, *The patent-antitrust...*, p. 1818 *et seq.*

<sup>20</sup> Harmonisation of national regulations in this area began as late as at the end of the 1980s. EU intellectual property laws began to develop even later.

Another factor determining the mutual relationships was the process of developing the single (internal) market.<sup>21</sup> It has influenced and is still influencing the practice of application of EU competition rules through extending the traditional responsibilities in competition law to include the integration objective. An analysis and assessment of the shape of the relationship between EU competition law and intellectual property law must also take account of the supranational nature of EU law and the postulation of its uniform application in the Member States. The impact of these factors on the ultimately adopted model of the relationship between competition and intellectual property laws, which is autonomous *vis a vis* the one developed in Member States and functioning in anti-trust law, seems to be decisive.

It was argued, with reference to Art. 36 and 345 TFEU, that competition law does not apply to the exercising of national IP rights because the provision of Art. 36 TFEU allows for restriction of the flow of goods if justified by the protection of intellectual property.<sup>22</sup> The practice of application of EU competition rules to intellectual property during the initial phase of the period seemed to confirm the correctness of that postulation.

---

<sup>21</sup> G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, p. 100.

<sup>22</sup> F.-K. BEIER, *Patent License Agreements Under German and European Antitrust Law*, IIC No. 1/1972, pp. 31–32; I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne ważności licencji patentowych*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, p. 79–80 the views of various authors discussed by L.F. EBB [in:] J.A. RAHL, *Common market and American antitrust. Overlap and conflict*, New York 1970, pp. 252–254. The Court determines the functions of intellectual property law and then, through the perspective of these functions, sets the rights comprised in the particular object of protection. Even though determination of the particular object of protection based on case-law makes it difficult to present a coherent definition for all rights, the consequence of which is the lack of clarity as regards the object of protection, it seems acceptable to point to two rights as the common elements: 1) the right to market goods which are carriers of the right to trade, and 2) the right to file cases against entities whose conducts were acts of infringement of exclusive right through the offering of goods which are material carriers of the right held by the proprietor.

The Commission's notice on Patent Licensing Agreements of 24.12.1962 (so-called Christmas Notice)<sup>23</sup> provided for liberal treatment of technology licensing agreements,<sup>24</sup> following the assumption that the execution of a license agreement opens a new market and leads to improving the level of competition.<sup>25</sup> The Notice was treated as a manifestation of the application of the theory of the scope of exclusivity.<sup>26</sup> Adoption of the standard following from this theory involved the risk of a non-uniform application of EU competition rules, as a result of the differences between the scopes of exclusive rights in the different states. Besides, the assumptions behind the theory of scope of exclusivity would have rendered it impossible to apply competition rules to the development of the single market.

Another of the relationship theories known at the time, namely the theory of autonomy of IP rights, would have eliminated the possibility of application of EU competition rules to intellectual property cases, which were then of solely national character. Both theories would have challenged the principle of supremacy of EU law. Their adoption would lead to modification of the scope of application of EU competition rules by provisions of national intellectual property laws, which would have had to be considered to prevail over the

---

<sup>23</sup> Commission Notice of 24 December 1962 on Patent Licensing Agreements (OJ L 6, 13.1.1976, pp. 8–15).

<sup>24</sup> Because of the necessity to develop a common market, trademark licensing agreements were given negative treatment as ones allowing a division of a supranational market created with such enormous difficulties. S. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer...*, p. 15.

<sup>25</sup> This followed from the treatment of the concepts adopted in German law as the starting point for interpreting the TEC (now TFEU) – Art. 20.1 GWB articulated the theory of the scope of exclusivity excluding the possibility of applying competition rules to measures taken as regards the exclusive right, L.F. EBB [in:] J.A. RAHL, *Common market...*, p. 249.

<sup>26</sup> I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne...*, p. 85.

present Art. 101 and 102 TFEU.<sup>27</sup> This made it necessary to work out a concept of the relationship between competition and intellectual property laws which would be autonomous in respect of the concepts known at that time.

The foundations of the relationship between competition law and intellectual property law were formed in the *Consten/Grundig* case.<sup>28</sup> It relied on the theory of exercise of IP rights. It assumes that competition law may apply to any act of exercise of intellectual property rights that is incompliant with the regulations or aims of anti-monopoly law in the legal system concerned. The acquisition of IP rights and the very existence of such rights remain outside the scope of intervention of competition law. This theory makes it possible to maintain the integrity of EU competition law and, at the same time, pursue its objectives.<sup>29</sup> If the exercise of intellectual property rights was not subject to assessment from the viewpoint of compliance with competition rules, then

---

<sup>27</sup> A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, pp. 292–293. The view on the impossibility to adopt both aforementioned theories is maintained in the current practice. In the TTBER guidelines, the Commission states that the “fact that intellectual property laws grant exclusive rights of exploitation does not imply that intellectual property rights are immune from competition law intervention”. The Court did not allow *Microsoft’s* argumentation to the effect that refusal to grant a license “cannot in itself constitute an abuse of a dominant position”, because information on interoperability is protected by intellectual property rights, CFI judgment of 17.09.2007 in the case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 659. In turn, in case *AstraZeneca*, the General Court explained that competition law is autonomous vis a vis other areas of law in the sense that its exclusive domain is the assessment of any consequences of the behaviours of undertakings which are noticeable on the market, and the conformity of the undertaking’s conduct with the provisions of other areas of law is not relevant from the viewpoint of the possibility of application of competition law or admissibility of qualifying the undertaking’s conduct as a practice restricting competition, General Court judgment of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, www.curia.eu, paragraph 366.

<sup>28</sup> ECJ judgment of 13.07.1966 in Joined Cases 56/64 and 58/64, *Consten and Grundig vs Commission*, [1966] ECR 299, paragraph 345.

<sup>29</sup> Pointing to that, I. WISZNIEWSKA, *Granice kartelowo-prawne...*, p. 86; A. HEINEMANN, *Immaterialgüter-schutz...*, pp. 292–293.

IP rights would enjoy anti-monopoly immunity.<sup>30</sup> The theory of exercise of IP rights took account of the allocation of competences between the Community and its Member States.<sup>31</sup> It served the purpose of reconciling free trade and competition with the protection of intellectual property rights on account of their territorial nature.<sup>32</sup>

Consequently, the distinction between the existence of intellectual property rights reserved for Member States and their exercise being subject to review by EU institutions signified that each act of exercise of the said rights may be contested as contrary to Art. 101 or Art. 102 TFEU. The said distinction is of relevance only from the viewpoint of the possibility of application of EU competition rules to a specific case. Whether competition rules are infringed in a specific case, is not determined by the exercise of the right itself but by whether the IP right was exercised in an undue manner.<sup>33</sup> The critique of

<sup>30</sup> K. COATES, L. KJOLBYE, L. PEEPERKORN, *Intellectual property* [in:] J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, Oxford 2007, p. 1239.

<sup>31</sup> R. SUDBURY, K. HOLMES, *Intellectual property rights and European competition law*, International Company and Commercial Law Review No. 5/1994, p. 43; G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, pp. 101–102. It is only the determination of the requirements for obtaining the exclusive right, however, that is left within the competences of Member States. The other matters were subject to review from the viewpoint of EU competition rules.

<sup>32</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust in the European Union*, 13 Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas 261 (2007), p. 263. The view cannot be endorsed, however, to the effect that this theory is not justified in a situation where intellectual property rights are uniformed or harmonized; cf. e.g. G. WESTKAMP, *Balancing database sui generis right protection with European monopoly control under Article 82 E.C.*, E.C.L.R. No. 22/2001, p. 19.

<sup>33</sup> ETS judgment of 13.07.1966 in Joined Cases 56/64 and 58/64, *Consten and Grundig v Commission*, [1966] ECR 299 – the body of Community rules “does not allow the improper use of rights under any national trade-mark law in order to frustrate the Community’s law on cartels.”. A similar view is adopted by K. SZCZEPANOWSKA-KOZŁOWSKA, who states that such a manner of exercising a trademark right “constitutes its abuse for purposes contrary to the provisions of anti-monopoly law”, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej*, Warszawa 2003, p. 29.

this theory, denying the justifiability of using the distinction between existence and exercise, due to the impossibility of establishing when the conduct of the proprietor restricts competition, is off the mark.<sup>34</sup> These assertions are based on an incorrect treatment of the theory of exercising of IP rights as a material theory or a theory describing the negative influence of the behaviour of the proprietor on competition. The theory of exercising the IP rights is in fact a formal relationship theory, indicating the proprietor's behaviours to which EU competition rules can be applied.

The concept adopted in the *Consten/Grundig* case was well established by the mid-1970s in several subsequent judgments under which EU competition rules apply to any act of exercise of an IP right, but not every exercise of intellectual property rights would restrict competition.<sup>35</sup> Instead of detailing what undue exercise of IP right consists of, in its subsequent judgments the ECJ began to refer to the concept, taken over from Art. 36 TFEU, of the exercising of the exclusive right as part of the specific subject-matter. The theory of specific subject-matter is an alternative of the theory of the scope of exclusivity, i.e. it excludes from the regimes of competition law all actions by the proprietor that serve the purpose of protecting

---

<sup>34</sup> On the other hand, the critique of application of the distinction between existence and exercise in practice is correct. The European Court of Justice included, freely, various types of manifestations of the exercise of an exclusive right granted by national regulations, as comprising the existence of this right or as constituting a manifestation of its exercise, cf. e.g. v. KORAH, *Technology transfer agreements and the EC competition rules*, Oxford 1996, pp. 34–35; O. KOLSTAD, *Competition law and intellectual property rights – outline of an economic-based approach* [in:] J. DREXL, *Research handbook...*, p. 11.

<sup>35</sup> Judgment of 29.02.1968 in Case 24/67 *Parke, Davis & Co. v Probel*, [1968] ECR 81; ECJ judgment of 18.02.1971 in Case 40/70 *Sirena v Eda*, [1971] ECR 69, paragraph 9; ECJ judgment of 15.06.1976 in Case 51/75 *EMI Records v CBS United Kingdom*, [1976] ECR 811; ECJ judgment of 8.06.1971 in Case *Deutsche Grammophon v Metro SB*, [1971] ECR 487.

the subject-matter of the right against infringements and securing its economic functions. As in the case of the theory of the scope of exclusivity, the application of competition rules is possible only when the conduct of the proprietor is not justified by the specific subject-matter.<sup>36</sup> The Court initially used argumentation based on the theory of specific subject-matter as a criterion enabling a distinction to be made between manifestations of exercise of an IP right which limit and those which do not limit competition. An example of such use of the theory of specific subject-matter is Case 102/77 *Hoffmann-La Roche*<sup>37</sup> which indicates that if the exercise of a right on registration of a trademark is within the limits of specific subject-matter in the meaning of Art. 36 TEC, then its exercise in itself does not constitute an abuse of a dominant position on the market unless the trademark was an instrument of abuse.

Until the mid-1980s, the issue of the consequences of using the theory of specific subject-matter had not been clarified. Assessing the conformity of the different clauses of the license agreement with Art. 101(1) TFEU, in the *Windsurfing* case,<sup>38</sup> the Court decided whether they were within the subject, and deemed the ones which were not justified by protection of the function of the patent right to be contrary to Art. 101 TFEU. It follows from the judgments in Cases *Volvo v Veng*<sup>39</sup> and *CICRA v Renault*<sup>40</sup> that exercise of rights, as part of specific subject-matter, is not subject to control by competition rules. This points

---

<sup>36</sup> The same statements also in A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, p. 303.

<sup>37</sup> ECJ judgment of 23.05.1978 in Case *Hoffman-La Roche v Centrafarm*, [1978] ECR 1139.

<sup>38</sup> ECJ judgment of 25.02.1986 in Case 193/83 *Windsurfing International Inc v Commission*, [1986] ECR 611, the theory of the scope of exclusivity was relied upon by the applicant, paragraph 3.

<sup>39</sup> ECJ judgment of 5.10.1988 in Case C-238/87, *Volvo v Veng*, [1988] ECR 6211.

<sup>40</sup> ECJ judgment of 5.10.1988 in Case C-53/87, *CICRA v Renault*, [1988] ECR 6039.

to emphasising the core of IP rights consisting in the right of the proprietor to prohibit third parties to manufacture and market products incorporating the protected right without the consent of the proprietor<sup>41</sup> and the impossibility to consider refusal to grant a license to be a practice limiting competition as justified by the specific subject-matter of protection of an intellectual property right.<sup>42</sup> Reference to the theory of specific subject-matter in competition cases had the effect of limiting the spectrum of conducts of proprietors to which competition rules could apply.

However, the ECJ relatively quickly stopped respecting the limitations which followed from the theory of specific subject-matter, once it realized that the exercise of an intellectual property right as part of specific subject-matter might cause undesirable perturbations on the market which, additionally, were not justified by the aims of intellectual property law.<sup>43</sup> The consequence was the relinquishment of the shaping of the relationship between competition law and intellectual property law on the basis of the theory of specific subject-matter.<sup>44</sup> However, instead of returning to the concept of undue exercise of a right, the ECJ kept the rhetoric of specific subject-matter, eliminating its undesirable consequences by the instrument of “special circumstances”. It serves

---

<sup>41</sup> ECJ judgment of 5.10.1988 in Case C-238/87, *Volvo v Veng*, [1988] ECR 6211, paragraph 8.

<sup>42</sup> V. KORAH, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford–Portland 2006, p. 137; J.S. VENIT, *Article 82 EC: exceptional circumstances. The IP/Antitrust interface after IMS Health* [in:] C. EHLERMANN, I. ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Oxford–Portland 2007, p. 617; J. MAJCHER, *Windsurfing International Inc. v. Komisja Wspólnot Europejskich* [in:] A. JURKOWSKA, T. SKOCZNY, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, Warszawa 2007, p. 223.

<sup>43</sup> Refusal to grant a license is within the framework of specific subject-matter object of property, I. GOVAERE, *The use and abuse...*, p. 156; O. KOLSTAD, *Competition law and intellectual property...*, p. 23.

<sup>44</sup> Similarly, A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, p. 319.



the purpose of justifying the application of competition rules to the exercise of rights as part of specific subject-matter. This approach was first applied in the *Magill* case.<sup>45</sup> The Court emphasized that exercise of an exclusive right might be qualified, in exceptional circumstances, as abusive conduct.<sup>46</sup> Because the existence of “special circumstances” had been found in the facts of the case it was concluded that the exercise of a right taking the form of refusal to grant a license might be assessed from the viewpoint of conformity with Art. 102 TFEU. And if refusal to grant a license may be considered a competition – limiting practice, even if in exceptional circumstances only, then the theory of specific subject-matter may not be deemed to be the relationship theory adopted in EU law. Indeed, it is not the ultimate effect of the assessment of the proprietor’s conduct but the acceptability of examination of such conduct from the viewpoint of its compatibility with competition rules that determines the functioning in EU law of a specific relationship theory. The position taken in the *Magill* case – as regards the relationship between the protection of competition and the protection of intellectual property – was maintained in the *Ladbroke*,<sup>47</sup> *IMS Health*<sup>48</sup> and *Microsoft*<sup>49</sup> cases where Art. 102 TFEU was applied to deny a license.

---

<sup>45</sup> ECJ judgment of 6.04.1995 in Cases C-241/91 and C-242/91 RTE and ITP v Commission, [1995] ECR I-743, paragraph 51.

<sup>46</sup> This is indicated directly by interpretation of the judgment in the *Magill* case, CFI judgment of 17.09.2007 in the *Microsoft v Commission*, case [2007] ECR II-3601, paragraph 323 – “the exclusive right of reproduction form[ed] part of the author’s rights, so that refusal to grant a licence, even if it is the act of an undertaking holding a dominant position, cannot itself constitute abuse of a dominant position”.

<sup>47</sup> CFI judgment of 12.06.1997 in Case T-504/93, *Tiercé Ladbroke v Commission*, [1997] ECR II-923, paragraph 35.

<sup>48</sup> ECJ judgment of 29.04.2004 in Case C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039.

<sup>49</sup> CFI judgment of 17.09.2007 in the case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 664.

It is, however, inappropriate to see the theory of exercise of IP rights as the basis for a descriptive presentation of the relationship between EU competition rules and intellectual property law. In the *Tetra Pak I*<sup>50</sup> and *AstraZeneca*<sup>51</sup> cases, EU competition rules were applied to behaviours which consisted in obtaining intellectual property rights. In the *Tetra Pak I* case, abuse of dominant position took the form of acquiring an exclusive license for a technology competitive to the technology in the possession of the dominant undertaking. In the *AstraZeneca* case, on the other hand, abuse took the form of preventing the marketing of generic versions of a patented medicine through extending the patent protection term by means of an additional protection certificate which was groundlessly acquired.

In conclusion, EU regulates the issue of the relationship between competition law and intellectual property law solely from the perspective of competition law. Intellectual property law is not regarded as autonomous with respect to anti-monopoly law. EU competition rules may apply not only to acts of exercise of IP rights, but also to measures which consist in acquisition of protection titles. Despite verbal references to the theory of specific subject-matter and exercise of IP rights, EU competition rules may apply without any formal limitations to any behaviour of the proprietor. What matters is only whether the behaviour raises concerns from the viewpoint of the provisions which make up the competition law.<sup>52</sup> The theory of specific subject-matter plays an important role, though, constituting an

---

<sup>50</sup> CFI judgment of 10.07.1990 in Case T-51/89 *Tetra-Pak Rausing v Commission*, [1990] ECR II-00309.

<sup>51</sup> Judgment of the General Court of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*.

<sup>52</sup> Statements to this effect clearly in L. KAPLOW, *The patent-antitrust...*, p. 1818; J. DREXL, *The relationship between the legal exclusivity and economic market power. Links and limits* [in:] I. GOVAERE, H. ULLRICH, *Intellectual property, market power and the public interest*, Bruxelles 2008, p. 20.

initial filter which separates acts of exercise of intellectual property rights under specific subject-matter to which competition rules do not apply, from acts of exercise of IP rights under such an object to which EU competition rules apply because of “special circumstances” of the case concerned.

The risk of infringing competition rules is involved, primarily, in the exercise of IP rights. Indeed, the different acts of exercising the right comprise the benefits the proprietor draws from its exclusive right and it is the benefits which have an impact on the condition of market competition. The potential of intellectual property rights to have an effect on competition is not exhausted through their mere exercise. Competition is also affected by the acquisition of IP rights. It is a point of discussion to what extent the very existence of rights affects competition. Traditionally, it is assumed that the existence of intellectual property rights is, from the viewpoint of competition rules, neutral in the sense that it does not restrict competition. It is accentuated currently, however, that in certain cases the very existence of an exclusive right exerts a negative impact on competition.<sup>53</sup> Each IP right is characterised by the fact that the proprietor has the exclusive right to use a specific intangible asset. With regard to the presumption of validity of such a right, as a result of the very fact of its existence, potential competitors who would like to offer goods to substitute the proprietor’s products in the relevant market, are discouraged from entering the market.<sup>54</sup> At best, entry into the market is delayed if a potential competitor decides to open a procedure to deprive the

---

<sup>53</sup> The harm to competition in the case of existence of IP rights with defects which made them invalid consists of increasing the costs of the competitors, cf. CH.R. LESLIE, *The anticompetitive effects of unenforced invalid patents*, 91 *Minnesota Law Review* 101 (2006), pp. 101–183.

<sup>54</sup> General Court judgment of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, paragraph 362.

proprietor of its exclusive right, or becomes more costly due to the necessity to “circumvent” the right held by the “incumbent” market player. It does not mean that the existence of each IP right restricts competition. It follows clearly from the *AstraZeneca* case that reference can be made to such negative effect only where protection is obtained by an undertaking in a dominant position in a defective manner. This defectiveness assumes the qualified form because it is necessary to obtain the exclusive right as a result of misleading the competent authorities when the applicant realises that it does not meet the requirements to be granted protection or is entitled to protection for a shorter period of time.

### *3. Determinants of restricting competition and their application in IP rights cases in EU law*

#### *3.1. On various interpretations of the limitation of competition and their consequences in EU law*

A formalist approach to the application of competition law presumes that competition is restricted whenever the behaviour of an undertaking meets the premises of prohibition set by the legislators. Under such an approach, in the case of named practices restricting competition, we deal with forms of behaviour of undertakings which were qualified by the legislators as restricting competition as such, in any circumstances. In this perspective, restriction of competition is determined by formal criteria – the conduct of an undertaking which meets the criteria of a named practice restricting competition restricts the competition as

a result of the legislators' decision.<sup>55</sup> This point of view does not provide suitable tools enabling the application of competition rules to unnamed practices restricting competition. It also leads to the covering by competition law prohibitions of a wide spectrum of behaviours of undertakings whose impact on the market situation is in fact neutral and even positive. It also enforces the development by the practice of the application of instruments making it possible to alleviate, in specific cases, the severity of competition law provisions. This also leads to subjecting the functioning of the economy to the supervision of the competition authority.

An alternative standpoint presumes that the prohibitions making up the competition rules are breached if an analysis of the specific case makes it possible to present arguments substantiating the conclusion that the behaviour in question has a negative impact on market competition. And instead of legal regulations, this is determined by the aims of competition law.<sup>56</sup> They enable identification of the factors whose occurrence in the factual circumstances of the case should be treated as a determinant for the restriction of competition. The awareness of what is

---

<sup>55</sup> For instance, the listing in Art. 102(d) TFEU, of bundled transactions means that if an undertaking in a dominant position applies a bundling strategy which meets the requirements of Art. 102 (d) TFEU, such conduct is always an abuse of dominant position regardless of whether it actually blocks access to the relevant market to competitors of the dominant entity on the market of the bundled goods. Thus, an abuse of the dominant position is the sale of patented machinery for aseptic packing of drinks on condition of purchase, from the dominant entity or the supplier it indicates, of the full carton needed to use the machinery, regardless of the involved degree of blocking the market to carton manufactures and regardless of whether the affected relevant market is the market of cartons for aseptic packing of drinks, the market of carton for packaging goods or the carton market in general. When shaping up the provisions of Art. 102 (d) TFEU, the EU legislators expressed their disapproval of the dominants making use of bundling as a tool serving the purpose of pursuing their business objectives.

<sup>56</sup> For more critical discussion about such an approach, see O. ANDRIYCHUK, *Does competition matter? An attempt of analytical unbundling of competition from consumer welfare*, YARS vo. 2009 2(2), pp. 11–25.

regarded as restriction of competition makes it possible to accurately interpret the regulations of competition law. This interpretation is to lead to exclusion from the scope of their application of behaviours which, in accordance with their literal interpretation, should be considered prohibited even though they do not restrict competition to behaviours to which these regulations should apply.

The reference to aims helps explain the meaning of the expression “restriction of competition”. It does not provide, however, a clear answer to the question when a conduct of an undertaking restricts competition. Indeed, the issue of the aims of competition law is the most important unresolved issue in EU law. If we presume that the aim of competition law is to protect competition for its own sake, we encounter difficulties in providing an answer to the question what competition is. If we presume that competition law protects competition because of its positive effects, it becomes necessary to establish what benefits are to be considered important in the legal system concerned and how to balance the conflicting values when the conduct of an undertaking has positive effects in one area and negative in another.

Following the Commission’s position adopted under the “more economic approach”, EU competition rules no longer protect competition as such but due to the advantageous effects associated with competition and only to the extent to which the conducts of undertakings cause opposite effects. As regards technology transfer agreements<sup>57</sup>, the Commission presumes that the aim of Art. 101 TFEU is “to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources.”<sup>58</sup> Competition will be restricted by a conduct which harms the welfare of consumers and which also leads to ineffective allocation of resources. In turn, in the guidance for the

---

<sup>57</sup> Communication from the Commission, Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), pp. 2–42.

<sup>58</sup> *Ibidem*, paragraph 5.

application of Art. 102 TFEU,<sup>59</sup> the Commission concludes that it will be focusing on the types of conduct of undertakings that “are most harmful to consumers.”<sup>60</sup> Since the Commission presumed, at the same time, that consumers “benefit from competition through lower prices, better quality and a wider choice of new or improved goods and services”, restriction of competition should therefore be determined by high prices, poorer quality, restriction of innovation. With such an approach to the role of competition and competition law, the prime condition for infringing the competition rules is the actual or potential (even though realistic) harm done to the interests of consumers by the undertaking’s conduct.

Leaving aside how the group of entities whose interests are taken account of when applying competition rules should be understood, the use of the concept of harm to consumers in the approach adopted by the Commission makes it necessary to balance the different categories of interests which have distinct meanings for the different groups of consumers.<sup>61</sup>

EU courts follow, to an extent, the criterion of harm to consumers as the determinant of restriction of competition. This criterion underlies the judgments in cases relating to the refusal of license in which the importance of consumer interests is emphasised. It was relied upon also in the *Volvo* and *Renault* cases, where competition rules were allowed to apply to practices exploiting consumers. However, EU courts are rather sceptical about attempts to introduce the standard of harm to consumers as the sole determinant of negative impact on competition. In most recent case-law, the position developed in the mid-1970s is clearly

---

<sup>59</sup> Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7–20.

<sup>60</sup> *Ibidem*, paragraph 5.

<sup>61</sup> This is noted by J. DREXL, who points out that some consumers may appreciate more the possibility of having a wider choice whilst for others the principal benefit will be low prices, *Real knowledge...*, pp. 683–688.

maintained to the effect that EU competition rules are aimed to “protect not only the immediate interests of individual competitors or consumers but also to protect the structure of the market and thus competition as such.”<sup>62</sup> Demonstration of harm to consumers is not prerequisite for finding that an undertaking restricts competition; neither can it be the sole determinant of restricting competition.

This position is also adopted in IP cases. In the *Glaxo* case, the Court did not endorse the view to the effect that conducts of undertakings should be declared contrary to EU competition rules due to their aim if “it may be presumed to deprive final consumers of the advantages of effective competition.”<sup>63</sup> In accordance with the ECJ’s position in the *Glaxo* case<sup>64</sup>, and adopted by the Court in the *Microsoft*,<sup>65</sup> *DSD*<sup>66</sup> and

<sup>62</sup> ECJ judgment of 4.06.2009 in Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR 4529, paragraphs 38–39.

<sup>63</sup> ECJ found that “With respect to the Court of First Instance’s statement that, while it is accepted that an agreement intended to limit parallel trade must in principle be considered to have as its object the restriction of competition, that applies in so far as it may be presumed to deprive final consumers of the advantages of effective competition in terms of supply or price, the Court notes that neither the wording of Article 81(1) EC nor the case-law lend support to such a position,” ECJ judgment of 6.10.2009 in Case C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR 9291, paragraph 62. In the Court’s view, however, competition is subject to protection to the extent to which it yields positive effects to end consumers in “terms of supply or price”, the Court’s judgment of 27.09.2006 in Case T-168/01 *GlaxoSmithKline Services v Commission*, [2006] ECR II-2969, paragraph 121–122.

<sup>64</sup> ECJ judgment of 6.10.2009 in Case C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR 9291, paragraph 63; similarly, see ECJ judgment of 22.11.2007 in Case C-262/06, *Deutsche Telekom v Commission*, [2007] ECR I-10057, paragraph 176–177; ECJ judgment of 2.04.2009 in Case C-202/07 *France Télécom v Commission*, [2009] ECR I-2369, paragraph 104.

<sup>65</sup> CFI judgment of 17.09.2007 in the Case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 664.

<sup>66</sup> CFI judgment of 24.05.2007 in the Case *Duales System Deutschland v Commission*, [2007] ECR II-1607, paragraph 120.



*AstraZeneca* cases,<sup>67</sup> EU competition rules protect not only the direct interests of consumers but also the structure of the market and competition as such. Thus, for a breach of competition to be found “it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price.”<sup>68</sup> Also, it follows from the judgment in the *Syfait II* case that the impact of the conduct of undertakings on the welfare level of the final consumer may not be the sole determinant of negative impact on competition.<sup>69</sup> In this approach, the object of protection is “competition as an institution” of market economy which suggests, in turn, that competition is viewed in EU competition law as a process<sup>70</sup> rather than a condition of market balance. However, the view that EU law protects consumers in this way is unfounded. EU competition law did not protect the profits of the competitors of the dominant undertaking at the expense of the latter. Competition law prevented the dominant company from pursuing activities which would lead to either strengthening of its dominant position or to elimination of the existing market competition. In this way, the presumption was followed whereby

---

<sup>67</sup> Judgment of the General Court of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, paragraph 353; similarly, see Judgment of the General Court of 9.09.2010 in Case T-155/06 *Tomra v Commission*, www.curia.eu, paragraph 38.

<sup>68</sup> ECJ judgment of 6.10.2009 in Case C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR 9291, paragraph 63, ECJ judgment of 4.06.2009 in Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, [2009] ECR 4529, paragraphs 38–39.

<sup>69</sup> ECJ judgment of 16.09.2008 in Joined Cases C-468/06 to C-478/06 *Sot. Lélou kai Sia*, [2008] ECR I-7139. In the event of a refusal to process orders placed by trading entities, competition may be restricted where the refusal “impedes” the activities of such undertakings in the geographical market in which the undertaking denying supplies has a dominant position and where denial of supplies “leads to the elimination of effective competition” on the part of those traders in another geographical market in which the dominant operates. Further, in another section of the statement of grounds, reference is made to eliminating “a trading party from the relevant market”, paragraph 49.

<sup>70</sup> J. DREXL, *Real knowledge...*, p. 685.

further existence of competition on the market and hence the functioning of competitors thereon best serves the postulation of ensuring effective competition and thus increasing the welfare level of consumers.<sup>71</sup>

Additionally, non-conformity of an undertaking's conduct with EU competition rules is pointed to by the breach of the objective consisting in the protection of the functioning of internal market against the distortions in the functioning of fundamental freedoms on the part of individuals.<sup>72</sup>

### ***3.2. Restriction of the freedom of activities of market participants***

A traditional determinant of competition restriction in EU law was the restriction of freedom of economic activities, which followed from the concepts of the ordoliberal school<sup>73</sup> and from recognition of

<sup>71</sup> J. DREXL speaks against such interpretation of the existing case-law, stating that it should be interpreted as considering inadmissible conducts aimed against the “process of competition” or “competition as an institution” which regulates the distribution of forces on the market and should not consider the exclusion of a competitor as the restriction of competition, *Real knowledge...*, pp. 683–684. A similar approach is even taken by some of the greatest supporters of a strictly economic approach to the application of competition rules, CH. AHLBORN, A.J. PADILLA, *From fairness to welfare...* [in:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (red.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oksford–Portland 2008, p. 59.

<sup>72</sup> ECJ judgment of 6.10.2009 in Case C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR 9291, paragraph 61.

<sup>73</sup> *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, 2 Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 1–99 (1949), translation into English published in: Competition Policy International No. 2/2006. A corresponding restriction of competition was seen in anti-trust law in 1930–1978, see competition cases on intellectual property rights: *Standard Oil Co., Ind. v. U.S.*, 283 U.S. 163 (1931), p. 168; *U. S. v. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948), p. 310; *Ethyl Gasoline Corporation v. U. S.*, 309 U.S. 436 (1940), pp. 452 and 455; *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Maintenance Machinery Co.*, 324 U.S. 806 (1945), p. 816; *U. S. v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962), p. 48; *Walker Process*, 382 U.S. 172, p. 177.

the protection of economic freedom, freedom of the individual's activity and of market participants against the abuse of market power by others as the aim of competition law.<sup>74</sup> This aim is justified by the treaty and constitutional principle of freedom of economic activities understood as freedom from restrictions by the state and other market participants.<sup>75</sup> If attained, doubts can arise as to whether it protects competition itself or competitors.<sup>76</sup> Therefore this aim is not taken into account by contemporary economic doctrine which does not consider conducts harming the process of competition itself on the market to be anti-competitive.<sup>77</sup> An accommodating attitude allows for the protection of the freedom of competition to a limited degree with respect to excluding practices undertaken by entities which control a major part of the market, if such practices are ultimately aimed against the interests of consumers.<sup>78</sup>

EU courts opposed, on many occasions, the direct identification of intervention into the freedom of operation of market participants with reduction of competition. An example of taking economic realities into account, and in particular the reduction of the risk of the

---

<sup>74</sup> D. ZIMMER, *On fairness and welfare*, [w:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (ed.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford–Portland–Oregon 2008, p. 106; L.F. PACE, *European antitrust law...*, p. 35; T. PROSSER, *The limits of competition law, markets and public services*, p. 17. Critically, see CH. AHLBORN, A.J. PADILLA, *From fairness to welfare: implications for the assessment of unilateral conduct under EC competition law* [in:] C.-D. EHLERMANN, M. MARQUIS (ed.), *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford–Portland 2008 p. 60.

<sup>75</sup> G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, Oxford 1997, p. 3.

<sup>76</sup> L. SULLIVAN, W. FIKENTSCHER: *On the growth of the antitrust idea*, 16 *Berkley Journal of International Law* 197, p. 230; R. WHISH: *Competition law*, London 2001, p. 17; B. SUFRIN, E. JONES: *EC competition law. Text, cases and materials*, Oxford 2004, p. 16; E. BUTTIGIEG, *Competition law...*, p. 16.

<sup>77</sup> D.J. EVANS, *Economics and the design of competition Law* [in:] *Issues in competition law and policy, vol. I*, 2008, p. 112.

<sup>78</sup> M. MOTTA, *Competition policy*, Cambridge 2004, p. 22.

so-called free-rider effect in the practice of application of competition rules to intellectual property rights, is the *Coditel II* case. Refusing to recognise the very fact of the granting of an exclusive license for the broadcasting of a film in one Member State with the possibility to prohibit to other entities the broadcasting or other type of dissemination of the film in that state for a specified period of time,<sup>79</sup> the ECJ pointed to the specificity of the film market and the necessity to make additional outlays on developing the local language version. In the *Nungesser* case,<sup>80</sup> on the other hand, account was taken of the interests of both parties to the license agreement, its subject matter, the necessity to limit the so-called free-rider effect and the impact on disseminating new technologies. In the *Pronuptia* case,<sup>81</sup> franchising agreements were considered favourable for the network organiser who could generate benefits from its own innovativeness without engaging its own capital and of the members of the distribution network who reduce the risk of market failure. Account was taken of both the organiser's interest and the positive effect on the consumer welfare level which was measured primarily by provision of a broader access of goods or services of the same quality level. Also in the *Bayer/Süllhöfer* case, the ECJ did not agree with the identification of the reduction of freedom of activity with restriction of competition.<sup>82</sup> A no-challenge clause may restrict competition but only if it is indicated by the "legal and economic context" of the license agreement into which it was introduced and the "positions taken by the undertakings concerned on

---

<sup>79</sup> ECJ judgment of 6.10.1982 in Case 262/81 *Coditel v Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381.

<sup>80</sup> ECJ judgment of 8.06.1982 in Case *Nungesser v Commission*, [1982] ECR 2015.

<sup>81</sup> ECJ judgment of 28.01.1986 in Case 161/84 *Pronuptia v Schillgalis*, [1986] ECR 353.

<sup>82</sup> ECJ judgment of 27.09.1988 in Case 65/86 *Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH v H. Süllhöfer*, [1988] ECR 05249.

the markets for the products in question.”<sup>83</sup> The restriction of the freedom of activity of undertakings on the market was not in itself the determinant of restriction of competition in the case of exercise of the IP right with such an effect but only one of the requirements additionally taken into account.

Exceptionally, as in the *Windsurfing* case, restriction of the freedom of activity of licensees by imposing on them obligations which were not justified by the specific subject-matter, sufficed to find infringement of competition rules. The concept of restriction of the freedom of activity was referred to in the *Syfait II* case. The Court found that refusal to process orders placed by entities which engage in parallel trade restricts competition when it “impedes” the activities of the affected wholesalers in the geographic market in which the undertaking refusing supplies has a dominant position or “leads to the elimination of effective competition” on the part of these traders “in the distribution of the products” on the market of the importing state.<sup>84</sup> Absence of the possibility to offer to retailers products of the dominant undertaking makes it more difficult for the wholesaler to operate in the prime market. The wholesaler becomes a less attractive supplier for chemist’s and other undertakings which engage in marketing medical products. Thus, by “restriction of competition”, the ECJ understands the limitation of the possibilities for the “trading party” to compete with the dominant undertaking or members of its distribution network. It seems, however, that in the *Syfait II* case, decisive importance from the viewpoint of the essence of negative impact on competition was played by the restriction of parallel trade and not by mere reduction of the scope of

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, paragraph 16 and 19.

<sup>84</sup> ECJ judgment of 16.09.2008 in Joined Cases C-468/06 to C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia*, [2008] ECR I-7139, paragraph 35.

economic freedom which could be enjoyed by wholesalers of pharmaceutical products.<sup>85</sup>

### ***3.3. Intervention in the functioning of the internal market***

Apart from the limitation of the freedom of activity, another traditional determinant of restriction of competition was the impact of the proprietor on the free movement of goods, services, capital, and even the freedom of establishment in another Member State. An intellectual property right is exercised inappropriately thus restricting competition in the meaning of Art. 101 TFEU, when it is used by the proprietor to control trade between Member States. This is a consequence of the integrating aim of EU competition law.<sup>86</sup> Beginning with the *Consten/Grundig* case, in which reduction of competition followed from the isolation of individual national markets,

---

<sup>85</sup> For more detail, see D. MIĄSIK, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 16 września 2008 r. w połączonych sprawach C-468/06 – 478/06 Sot. Lélos kai Sia EE (C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-469/06), Konstantinos Xydias kai Sia OE (C-470/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-471/06), Ionas Stroumsas EPE (C-472/06), Ionas Stroumsas EPE (C-473/06), Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE (C-474/06), K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-475/06), K. P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-476/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE i in. (C-477/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE i in. (C-478/06) przeciwko GlaxoSmithKline A EVE Farmakeftikon Proïonton, dawne Glaxowellcome A EVE [in:] A. JURKOWSKA (ed.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2005–2009*, Warszawa 2010, pp. 155–182.*

<sup>86</sup> R. GREAVES, *Article 86 of the E. C. treaty and intellectual property rights*, E.I.P.R. No. 10/1998, p. 379; S. KINGSTON, *Annotation to joined cases C-468/06 to 478/06, Sot. Lélos kai Sia EE...*, pp. 691–692; M. SZYDŁO, *Traktatowe swobody rynku wewnętrznego a wspólnotowe prawo konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, *Studia Prawnicze* nr 3/2005, p. 65; by the same author, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, TNOiK-Dom Organizatora, Toruń 2006.

competition rules were an instrument preventing the reconstruction by undertakings of barriers in trade between Member States, gradually eliminated under the different single market freedoms. This aim, together with the territorial nature of IP rights, formed the basis for conflict situations on the interface between competition and intellectual property laws. National rights to intangible property could be the tool serving the purpose of dividing the single market into separate national markets.

Treatment of the negative impact on the functioning of internal market as a determinant of restriction of competition was criticised in the doctrine because of the failure to take account of the so-called free-rider effect, the risk involved in the entering of a new market and the benefits resulting from the dissemination of a technology or increasing the range of choice.<sup>87</sup> Hence a positive evaluation of judgments such as *Coditel II*, *Nungesser* where EU courts departed from the internal market paradigm. Currently, the doctrine accentuates the extinguishing of the conflict between intellectual property rights and the integrative aim of EU competition law, due to the progress in the accomplishment of the internal market.<sup>88</sup> In the field of intellectual property law, this is manifested through the harmonisation of national laws, the introduction of EU protection and the establishment of the instrument of regional exhaustion of intellectual property rights. The efficiency-oriented meaning of this task of competition law is also emphasised, and it is even suggested that where such a conflict continues to exist, the value of efficiency is higher than that of integration because the aim of integration is to improve efficiency.<sup>89</sup> If, however,

---

<sup>87</sup> See e.g. G. GHIDINI, *Intellectual property and competition law...*, p. 100.

<sup>88</sup> G. MONTI, *EC competition law*, Cambridge 2007, pp. 50–51, who points to an evolution in the Commission's approach.

<sup>89</sup> O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford 2006, p. 22.

economic efficiency growth is viewed from the perspective of the impact on the interests of consumers, such a resolution of the conflict between the opposing aims of EU law is not clear. Consumers benefit from the arrival of a new product on the market of their Member State but, at the same time, they suffer harm in the form of higher prices. Hence, a need arises to balance which is more important – the wider offer or lower prices.

The above postulations are taken account of, to an extent, in the most recent case-law. It does not deny, however, the integrative significance of EU competition rules at the stage of establishing the negative impact of conduct on competition. In the *Syfait II* case, for instance, in order to find an infringement of Art. 102 TFEU it sufficed to conclude that “practice by which an undertaking in a dominant position aims to restrict parallel trade in the products that it puts on the market constitutes abuse of that dominant position, particularly when such a practice has the effect of curbing parallel imports.”<sup>90</sup> It was irrelevant to establish whether and to what extent consumers from the importing state benefit from lower prices in the exporting state. The change in approach consists in making it possible to take account, to a high degree, of the interests of the proprietor at the stage of justifying the restriction of competition where, in certain cases, the impact of prohibiting a specific practice on encouraging innovation is taken into account,<sup>91</sup> whilst in other cases, the higher margin obtained by the dominant un-

---

<sup>90</sup> ECJ judgment of 16.09.2008 in Joined Cases C-468/06 to C-478/06 *Sot. Lélou kai Sia*, [2008] ECR I-7139, paragraph 37.

<sup>91</sup> C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission*, [2009] ECR 9291, paragraph 61 – “an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the Treaty’s objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market.”



dertaking on the market of another Member State is considered to be an economic interest which is worth protecting.<sup>92</sup>

### ***3.4. High prices***

One of the basic measures of competition on the market are the prices of goods or services. Elimination from the market of entities whose price offer is less attractive than that of its competitors does not impair competition. Lower prices, too, are among the basic advantages of competition for consumers.<sup>93</sup> Hence practices affecting the level of prices are included amongst the most serious restrictions of competition. The application of competition rules to numerous restrictions of price competition – having their source in arrangements made between undertakings – does not cause controversy from the perspective of the assumptions of various schools of competition law and economic theories. What is disputable, however, is the application of competition rules to individual practices of exploitative nature where the infringement of competition rules manifests itself through the application of prices higher than on the competitive market, and to restrictions of intra-brand price competition. Thus, the question arises as to whether and to what degree, in cases concerning intellectual property rights, the determinant of the negative impact on competition may be prices higher than on the competitive market.

---

<sup>92</sup> ECJ judgment of 16.09.2008 in Joined Cases C-468/06 to C-478/06 *Sot. Léllos kai Sia*, [2008] ECR I-7139, paragraph 67. It is hard to decide to what extent ECJ's position in the *Syfait II* case was motivated by the protection of incentives to innovation on the part of the manufacturer of innovative pharmaceutical products and to what extent it was caused by the intervention of Member States into the functioning of the market of pharmaceutical products.

<sup>93</sup> Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, paragraph 5.

Due to the problem of the public good, exclusive rights to intangible goods which are included in IP rights are needed to enable the proprietor to obtain the payment for the underlying knowledge, information or idea. Guaranteeing, at the same time, to the proprietor monopoly for the use of a specific asset protected by such a right, they reduce the immediate price pressure from competitors who, in the absence of protection of intangible assets, could copy the goods offered by the proprietor using the assets in question.<sup>94</sup> Intellectual property rights make it possible also to differentiate between products and reduce the importance of inter-brand price competition.<sup>95</sup> Treatment of high prices as a determinant of restriction of competition in IP cases may challenge the prime incentive for investing resources in intellectual property, which is the prospect of reducing direct competitive pressure thanks to obtaining the exclusive right to use a specific intangible asset in trade.<sup>96</sup> The application of competition rules on the basis of the high price criterion encounters practical difficulties too.

---

<sup>94</sup> J. DREXL, *Is there a more economic approach...*, p. 45.

<sup>95</sup> This was noted by H. HOTELING, *Stability in competition*, Economic Journal XXXIX, March 1929, pp. 41–57, reprinted in: J.-F. THISSE, G. NORMAN, *The economics of product differentiation*, vol. I, Aldershot 1994, pp. 3–19, pointing out that contrary to the model of perfect competition, a seller increasing the price of goods will not lose all its clients at once but they will be leaving gradually – together with the successive increases – to its competitors. The phenomenon of differentiation between goods is one of the foundations of the theory of monopolist competition of E. CHAMBERLIN, *The theory of monopolistic competition – a re-orientation of the theory of value*, Cambridge 1969, pp. 56–70. The author pointed out clearly that the source of differentiation between products may be the characteristics prices of the product itself which it owes to the use of various inventions for its manufacture, trademarks and trade names and industrial designs, *ibidem*, p. 56.

<sup>96</sup> The prospect of getting the highest possible proceeds from the sale of innovations on the market is the principal motivation for innovative activities, H. HOVENKAMP, *Innovation and the domain of competition policy*, 60 Alabama Law Review 103 (2008), p. 106; S. ANDERMAN, H. SCHMIDT, *EC competition policy and IPRs* [in:] S. ANDERMAN, *The interface...*, p. 52. Economists describe monopolist profits as the oil which lubricates the engine of the economy, D.S. EVANS, *Economics...*, p. 109.

It is hard to establish what relationship of the sale price to the cost level should be deemed acceptable, and, also, what costs and at what levels should be taken into account in the calculation. In the case of many IP rights, the costs of research and development work constitute a major item in calculating the price at which the goods are offered on the market.

For trademarks, these costs are the outlays on promotion, advertising and quality control.<sup>97</sup> The proceeds from the sale of goods or the licensing of rights serve the purpose of not only covering the costs of manufacturing and sale of the carriers of IP rights and the outlays on acquiring the knowledge which forms the basis for obtaining a specific exclusive right but are also to compensate for the outlays involved in innovation projects which did not reach the marketing stage. It is necessary to enable the proprietor to take account, in the price level, of the risk taken.<sup>98</sup>

EU law provides for the possibility to apply EU competition rules to price practices of exploitative nature. They take the form of an excessive price.<sup>99</sup> Impairment of competition consists in charging the business partners (clients) higher prices than it would have been possible in the conditions of effective competition. The prohibition to apply excessive prices by dominant undertakings serves the purpose of protecting clients against the transfer of resources to the dominant undertaking. The measure of unfair price level in intellectual property cases is the same as in cases where this element is not present. In the *United Brands* case, where infringements of Art. 102 (a) TFEU were pleaded consisting of the sale of brand bananas at an excessive price, the ECJ found that it is

---

<sup>97</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, p. 228.

<sup>98</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, p. 228.

<sup>99</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, p. 230; A. HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz...*, p. 463.

a price which “has no reasonable relation to the economic value of the product supplied.”<sup>100</sup>

It does not mean, however, that EU competition law treats high prices as the basic determinant of restriction of competition in cases concerning IP rights. The very fact of sale at a higher price of goods protected under intellectual property rights as compared with the price of goods not protected by such rights does not attest to the impairment of competition rules.<sup>101</sup> In the cases relevant for this paper, however, the proprietor is clearly allowed to obtain a “fair return on investment.”<sup>102</sup> Undoubtedly, a “fair return on investment” will be an investment which enables the proprietor to recover the amounts invested in obtaining the intellectual property right itself,<sup>103</sup> as well as the use of this right to generate an innovative product. In order to establish whether the level of return on investment is equitable, it is necessary to take account of the characteristics of the relevant market.<sup>104</sup> This enables generation of returns on the outlays which are higher than on a competitive market.<sup>105</sup>

The case-law of EU courts takes account of the fact that the proprietor must have the opportunity to recover the outlays on creating, implementing or improving its own right. The proprietor may also price the goods incorporating this right in excess of the aforementioned costs

---

<sup>100</sup> ECJ judgment of 14.02.1978 in Case 27/76 *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207, paragraph 250.

<sup>101</sup> ECJ judgment of 29.02.1968 in Case 24/67 *Parke, Davis & Co. v Probel*, ECR [1968] 81; ECJ judgment of 18.02.1971 in Case 40/70 *Sirena v Eda*, ECR [1971] 69; ECJ judgment of 5.10.1988 in Case C-53/87 *CICRA v Renault*, ECR [1988] 6039.

<sup>102</sup> ECJ judgment of 6.10.1982 in Case 262/81 *Coditel v Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381, paragraph 20.

<sup>103</sup> Clearly so in ECJ judgment of 5.10.1988 in Case 53/87 *CICRA v Renault*, [1988] ECR 06039, paragraph 17.

<sup>104</sup> ECJ judgment of 6.10.1982 in Case 262/81, *Coditel v Ciné-Vog Films*, [1982] ECR 3381, paragraph 20.

<sup>105</sup> S. ANDERMAN, *EC competition...*, p. 228.

of production, also above the level of marginal costs. In the *Renault AG*, Advocate General Mischo referred directly to the outlays on research and development work and mentioned, as a permissible component of the sale price, a “reasonable profit margin”. This provides a wider margin for the proprietor to shape the price policy than in cases not related to intellectual property rights, and sometimes it is concluded straightforwardly that even a price which is markedly higher than the competitors’ prices will not be excessive.<sup>106</sup>

This does not mean, however, acceptance of full discretion in independent setting of prices by the proprietor, in accordance with the material market allocation theory. Indeed, in the *Volvo* and *Renault* cases, the Court allowed expressly for the possibility to qualify the sale of products which are the carriers of IP rights at unfair prices as abuse of the dominant position. The prices are the criterion taken into account in the case of: 1) individual practices restricting intra-brand price competition, if, at the same time, they are in breach of the integrative aim of EU law; 2) exploitation of consumers in the post-sale market; 3) extension of the term of an exclusive right beyond the time limit provided for in intellectual property law; 4) activity of organizations for collective copyright management.<sup>107</sup>

Beginning with the *Consten/Grundig* case, the restriction of competition has consisted in excluding intra-brand price competition by granting members of a distribution network full territorial exclusivity preventing parallel import. The negative approach of the Court to practices of this type was based not only on the violation of the integrative aim of EU law

---

<sup>106</sup> Cf. S. ANDERMAN, H. SCHMIDT, *EC competition policy...*, p. 53.

<sup>107</sup> The issue of application of competition rules to collective management organisations is left out in this paper due to the specificity of the collective management market on which the market power follows from the concentration of the entitlement to exercise the copyright of many entities and the obligation for these certain categories of market participants to execute applicable agreements.

but also on the assumption to the effect that trademarks lead to reducing the price pressure on the part of competitors due to the aforementioned effect of differentiating between substitutive goods in the eyes of consumers. It follows from the *Consten/Grundig* judgment that such an effect is enhanced further in the case of labels with the status of commonly known or renowned trademarks.<sup>108</sup> In its subsequent judgments, the Court allowed for a certain restriction of price competition especially when that was justified by the need to enter a new market, the dissemination of a technology or the specificity of the industry.<sup>109</sup> The restriction of intra-brand price competition may still be considered an abuse of the dominant position in the form of a refusal to process orders for goods intended for the market of another Member State.<sup>110</sup> For instance, in the *Syfait II* case, it was not considered whether the refusal to supply the products would have affected price competition between the imported goods and their substitutes on the market of the target state. Note was only made of the pressure of the products imported from a state with low prices on the price of the same goods in the expensive state. The undertaking with a

---

<sup>108</sup> Apparently, the Court presumed that in the case of products labelled with signs of this type it is unreasonable to provide the organiser and members of the distribution network in the importing state with such strong protection against intra-brand competition and the free-rider effect which is offered by full territorial protection, due to smaller outlays needed to reach the target client with the right marketing message and persuade the client to choose equipment labelled with this particular trademark amongst all equipment available on the market.

<sup>109</sup> E.g. ECJ judgment of 8.06.1982 in the case *Nungesser v Commission*, [1982] ECR 2015.

<sup>110</sup> The Court found that imports of pharmaceutical products from a cheap state to states where prices are higher “open up in principle an alternative source of supply to buyers of the pharmaceutical products in those latter States, which necessarily brings some benefits to the final consumer of those products.” ECJ judgment of 16.09.2008 in Joined Cases C-468/06 to C-478/06 *Sot. Lélos kai Sia*, [2008] ECR I-7139 paragraph 53. The advantage is the possibility to offer – thanks to parallel trade – “the same products on the market of that Member State at lower prices” than the prices applied by the pharmaceutical company in the target market, *ibidem*, paragraph 55.

dominant position, which it owes to its own innovativeness and the holding of IP rights that prevent competitors from manufacturing close substitutes, may, to a smaller degree, reduce the level of competition between members of the network of distribution of its products. Indeed, it does not encounter pressure which is strong enough from other market participants who, as a result of the dominant company holding the exclusive right, find it more difficult to offer their own products being substitutes of the dominant undertaking's products. In the light of the judgment in the *Syfait II* case, until the expiry of the exclusive right, intra-brand competition is the only type of competition. It seems, however, that the stance in the *Syfait II* case is limited only to unilaterally introduced restrictions of intra-brand price competition combined with a negative impact on parallel trade and may not apply to restrictions of this form of competition which are imposed – without an agreement – with no relationship to intervention into the functioning of the internal market.

Higher prices may be a determinant of competition restriction where the challenged conduct consists of extending the term of the exclusive right beyond the time limit set out in intellectual property law. An example of using high prices as a determinant for restricting competition is the *AstraZeneca* case. Extension of the exclusive right, despite the lack of grounds for extending the protection, meant that the proprietor delayed the direct price pressure on the part of competitors interested in introducing substitutes in the form of generic medicines and might, for some time, sell patented pharmaceutical products at a higher price compared with the price which would follow the expiry of the exclusive right.

### ***3.5. Poorer quality***

A better quality of products is yet another advantage of competition for consumers. Thus, restriction of competition may be determined by the worsening of the quality of products available to consumers. The

application of the quality criterion in cases on intellectual property rights is as controversial as the use of the high price criterion. Indeed, intellectual property rights are used to increase non-price competition, including quality competition. The essence of the process of competition in many markets consists of the competing in the quality and in the image of the undertaking which offers products deserving consumers' trust due to their high quality. As in the case of price competition, intellectual property rights do not eliminate quality competition, but can only restrict the latter between products based on the same subject-matter of protection. The treatment of each conduct of the proprietor as aimed against the quality of the products available on the market would not be therefore justified. This is true, in particular, of cases where the proprietor does not use its right to improve the quality of its own products. Because of this, poorer quality may be a determinant of restriction of competition where the dominant company takes measures against competitors offering better-quality products. Such a risk occurs primarily in the case of denial to make available the input protected under an IP right in the form of raw material or the intellectual property right to manufacture products competitive to those of the dominant undertaking.

The case-law of EU courts on intellectual property suggests that activities of a proprietor which consist in preventing quality competition as regards products which make use of the same IP right do not restrict competition.<sup>111</sup> In the *Volvo* case, the ECJ did not find the refusal by the car manufacturer to grant a license for the manufacture of spare parts to restrict competition. It does not follow from the circumstances of the case that the refusal resulted in the worsening of the quality or the blocking of the occurrence in the relevant market of spare parts of better quality than those offered by the proprietor. Combined with the exclusion of references to the impact on quality in the sample

---

<sup>111</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust...*, p. 274.



listing of the conducts of the proprietor in breach of Art. 102 TFEU, it can therefore be concluded that the impact on the quality of the market offer is not a reliable determinant of the restriction of competition in intellectual property cases. Similar conclusions are drawn from the *IMS Health* case in which the ECJ clearly found that the refusal to grant the license did not restrict competition if the making available of the intangible asset to a competitor was to lead to the occurrence on the market of a product which was “essentially” a duplicate of the products or services already offered by the proprietor, with the use of the protection certificate in its possession.<sup>112</sup> Thus, the blocking of the possibility to market products which are a direct substitute of the proprietor’s products, but of better quality compared with those offered by the proprietor, with the application of the intellectual property right being a tool for the alleged restriction of competition, does not attest to the restriction of competition even where competition through substitution is impossible.

It also follows from the case-law that competition is not restricted when the proprietor prevents the improvement of the quality of the products offered on the market related to the market of the dominant position, if it does not operate on the market affected by its conduct or does not affect the state of competition on that market through the granting of authorisation to use the right it holds to intangible assets to some of its participants. In the *Ladbroke* case, the license for live televised pictures of horse races organised in France would enable the potential licensee to offer an existing product of better quality. Bookmaking services would be enhanced by broadcasts of horse races viewed at betting shops. Refusal to grant a license did not prevent the functioning on the market of sports betting. Neither did it affect the process of competition in

---

<sup>112</sup> ECJ judgment of 29.04.2004 in Case C-418/01, *IMS Health*, [2004] ECR I-5039, paragraph 49.

the product and geographical markets because the proprietor did not grant the license of the said broadcasts to anyone. Finally, whilst holding a dominant position, the proprietor did not operate itself in a related market where its intellectual property right could be used to offer another better-quality product.

The above argumentation requires a certain correction to be made. In the *Microsoft* case it was found that “the appearance of a new product (...), cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of Article 82(b) EC. As that provision states, such prejudice may arise where there is a limitation not only of production or markets, but also of technical development.”<sup>113</sup> The notion of “technical development” may be understood not only as the marketing of new innovative products but also as an improvement of the quality of products already available. The exercise by the dominant undertaking of its IP right in a way which leads to the worsening of the quality of the products available on the market may therefore be regarded as a determinant of a negative impact on competition. It seems, however, that this applies only to activities aimed at improving existing innovative products. An improvement of quality should be the result of introducing new or improving existing production processes or improving the performance of products by methods other than replacing raw materials or semi-finished products used to date with new better-quality components. In other words, better quality should be based on one’s own or someone else’s innovative activity. Otherwise, it is hard to refer to technical development which requires, in itself, something more than the use of currently available opportunities. In the *Microsoft* case, technical development which, in the opinion of the Court,

---

<sup>113</sup> CFI judgment of 17.09.2007 in the Case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 647.

was negatively affected by the dominant undertaking, manifested itself in the offering, by competitive producers, of working group server operating systems equipped— in the opinion of clients – with innovative features as regards security, reliability, ease of use or operating performance speed.<sup>114</sup>

Another difference between the *Microsoft* and the *Volvo* and *IMS Health* cases is the relationship between intellectual property law and the market on which the effect was felt, in the form of possible worsening of the quality of the products offered.<sup>115</sup> In the *Volvo* case, the subject-matter of the possible license was to be the industrial design right which the proprietor used in manufacturing spare parts. In turn, in the *IMS Health* case, the subject-matter of the license was to be the copyright to so-called brick structure to supply regional sales data to manufacturers of pharmaceutical products. In both cases, the granting of the license would lead to the occurrence in the same relevant market of competitive products based on an intellectual property right obtained by the proprietor in relation to its operation in the relevant market and relevant for this market. In the *Microsoft* case, on the other hand, refusal to grant the license was related to intellectual property rights obtained in connection with operations on the market of operating systems for workstations which were to be used in activities on another relevant market. This distinction suggests that the negative impact on the product quality may be the determinant of restriction of competition in intellectual property cases, if the conduct of the proprietor affects the quality of the products offered on a relevant market other than the market on which the proprietor obtained its intellectual property right.

---

<sup>114</sup> CFI judgment of 17.09.2007 in the Case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 653.

<sup>115</sup> The relationships between markets was made note of by L. KJØLBYE, *Article 82 EC as remedy to patent system imperfections: fighting fire with fire?* World Competition No. 32/2009, pp. 173–174.

### 3.6. *Reduced choice*

Another determinant of reduction of competition may be a negative impact of the conduct of undertakings on consumer choice.<sup>116</sup> This criterion gives legal meaning to the decisions taken on the market by consumers as sovereign entities deciding about the consequences of competition on the market.<sup>117</sup> It is the consumers with their choices who should decide on what products, that is what undertakings, should remain on the market. From the viewpoint of this criterion, any conducts of undertakings which replace consumer decisions in this process with decisions of the undertakings are suspicious.

A strength of the concept of the impact on consumer choice is the absence of the necessity to balance between the conflicting interests of different consumer groups as regards the characteristics to be taken into account when establishing whether harm has been caused to consumers, the redundancy of – often speculative – analyses as to future preferences of consumers and the impact of the practice on these preferences. The criterion of the available range of choice enables easy identification of the behaviours which restrict competition. It suffices to compare the consumer choice before and after a practice is introduced. If the range of choice is smaller, then competition is restricted. The criterion of choice may also be used to assess behaviours of undertakings which are neutral to the existing choice but which reduce the choice the consumers might be enjoying in the future.

The concept of consumer choice, understood literally, would lead, however, to the challenging, from the viewpoint of competition rules, of many conducts of undertakings, beginning with decisions not to

---

<sup>116</sup> R. LANDE, *Consumer choice as the ultimate goal of antitrust*, 62 U. Pitt. L. Rev. 503 (2001), p. 503; N. AVERITT, R. LANDE: *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, 65 *Antitrust L.J.* 713 (1997), p. 713.

<sup>117</sup> Clearly so J. DREXL, *Real knowledge...*, pp. 707–708.

exercise an intellectual property right, through the granting of an exclusive license, bundled transactions, standardisation agreements, settlements, down to refusal to grant a license. Each of the aforementioned behaviours affects the range of choice available to consumers. It is therefore necessary to introduce an additional filter to distinguish between behaviours affecting the range of choice in an undesirable way and behaviours neutral to it. This criterion may be the theory, referred to before, of distinction between competition through imitation and competition through substitution, or the concept of competition on the merits. In the first of these theories, restriction of the range of choice by the proprietor of IP rights will be a determinant of infringement of competition rules where actual or potential competitors are unable to offer substitutes on the market due to the impossibility to obtain the exclusive right which would not be in conflict with the rights of the dominant undertaking. In the case of the other theory, the determinant for restriction of competition will be a reduction in the range of choice as a result of using methods contrary to competition on the merits.

The assessment criteria characteristic of the concept of the range of choice may be sought in the *Magill* case. As explained in the *Microsoft* case, the harm to consumers consisted in forcing the consumers, “who [...] wished to know what programmes were being offered in the coming week” to purchase weekly TV guides for all three broadcasters, separately for each channel, and to extract for themselves “the relevant information in order to make comparisons”. As a result of the dominant undertakings’ conduct, a better product did not appear which would serve the purpose of satisfying the same needs which had been satisfied to date by their products in an imperfect and incomplete manner. It is to be noted at the same time, that none of the dominant undertakings could, individually, owing to their IP right, offer the product which the potential licensee intended to market. Thus,

reduction in the range of the consumer choice accompanied a reduction in innovativeness.

Reference to the concept of restricting the range of choice helps clarify the essence of competition restriction in the *Microsoft* case.<sup>118</sup> The dominant undertaking's conduct consisted in a change in its existing licensing policy. The impact on the range of choice was therefore evident. Before the practice commenced, purchasers of workgroup server operating systems had had the possibility to choose between various products ensuring a corresponding level of interoperability with Microsoft work station operating systems. After the change in the licensing policy, purchasers had a choice between operating systems of Microsoft's competitors which differed by important features, with limited interoperability with the workstation operating systems and with the dominant undertaking's products which were perceived less favourably in many regards but which ensured full interoperability with its workstation operating system. This led to the ousting from the market of products competitive to those of the dominant undertaking, by reducing the significance of other characteristics important for purchasers and taken into account when choosing the workgroup server operating system, in favour of interoperability ensured through the domination on the market of operating systems for workstations.<sup>119</sup>

The impact on the range of choice is also better explained by the *DSD* judgment.<sup>120</sup> As a result of the combination of the obligation to

---

<sup>118</sup> J. DREXL, *Real knowledge*..., 699–700; also, critically, L. KJØLBYE, *Article 82*..., p. 175. In the opinion of this author, the *Microsoft* judgment can be interpreted to mean that the variety of choice is always advantageous to consumers and its reduction should be regarded as doing harm to the consumer.

<sup>119</sup> CFI judgment of 17.09.2007 in the case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 652.

<sup>120</sup> CFI judgment of 24.05.2007 in the case *Duales System Deutschland v Commission*, [2007] ECR II-1607.

place the “Der Grüne Punkt” logo on each marketed packaging with the obligation to pay the license fee for the use of the logo, being in fact a fee for the use of the system of collective recycling of packaging waste, an undertaking which signed an agreement with DSD was not interested in executing agreements with other collective recycling organisations because it would have to pay twice – once to the dominant company for placing its logo on the packaging, under the license agreement, and, again, for the services actually provided by another collective recycling organisation. The practice restricted the range of choice available to the clients of this undertaking by increasing their costs of operation where they intended to use the services of the dominant undertaking’s competitors. The dominant undertaking’s behaviour made the presence of specialised and regional recycling organisations, which could otherwise stay on the market if another system of billing for the services were applied, economically unfeasible.

### ***3.7. Lower innovativeness***

A determinant of restriction of competition which is relevant, particularly in IP cases, may be the negative impact of the behaviour on the level of innovation on the relevant market affected. The use of the criterion of impact on innovativeness is justified in the provisions of Art. 101 and 102 TFEU. However, in the practice of EU competition law to date, problems of negative impact on innovativeness in the relevant market have occurred to a rather limited extent, namely in cases of refusal to grant a license.

The notion of innovation is broad. In accordance with the definition adopted by Schumpeter, it is “the setting up of a new production function,” taking the form of a new product, new form of

organisation of production, the opening of a new market.<sup>121</sup> Innovation is the whole process – from the inception of the research work to the preparation of goods or services to market.<sup>122</sup> This is a complex process, comprising research leading to the indication of the direction of innovation, investment into the conduct of the research itself and implementation of its results in order to generate a product suitable for marketing or to use the effect of the research to improve the process of design, production or distribution of the existing product and develop the product itself.<sup>123</sup>

Unlike the other determinants of restriction of competition analysed in this paper so far, the very use of the criterion of anti-competitive impact on the market is not controversial. This is the consequence of the importance ascribed to innovations in economic development

---

<sup>121</sup> J. SCHUMPETER, *Business cycles – a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process, vol I*, Philadelphia 1939, reprint 1982, p. 87. In the approach adopted by J. Schumpeter, the process of innovation is as follows: a visionary inventor develops something new. A visionary undertaking knowledgeable in market processes sees in the invention a product and is able to produce and then market the invention. Then, the phase of delight in the new product, high sales and margin and the phase of dissemination of the invention on the market, occurrence of clones follow. In accordance with J. Schumpeter's model, the innovator will get temporary monopoly for its innovative product and by the time its competitors catch up, it will have marketed a new product based on a new innovation which will make the products of its imitators obsolete and give it an advantage again over them and let it generate monopolistic profits. For more detail, see J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London 1994.

<sup>122</sup> F. KESSLER [in:] P.-T. STOLL, J. BUSCHE, K. AREND, *WTO – Trade-related aspects of intellectual property rights*, Leiden–Boston 2009, p. 182.

<sup>123</sup> In such an approach, innovation is treated as a linear process. It is pointed out, contemporarily, on the other hand, that innovations hardly ever take such a course and what is accentuated is the vertical nature of innovative activities and the feedback synergy between the different stages of innovative activities. F.M. SCHERER, D. ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, Lewisville 1980, p. 441.



and the creation of social welfare and the welfare of consumers.<sup>124</sup> The dominant undertaking is interested in counteracting competition for the following reasons. First, innovation will lead to reducing the profitability of its existing products. Secondly, innovation may lead to a significant unexpected change on the market depriving it of its dominant position. Third, the dominant company has already invested in a specific technology and means of production and the change resulting from another innovation may not only prevent it from generating a satisfactory return on the investment but make its technology obsolete too.

Disputes arise from issues relating to the types of conduct of proprietors to whom this criterion may apply, and the complexity of approach to the problems of negative impact on innovation. It is disputable whether competition law should be treated as a tool serving the purpose of correcting the imperfections of the IP right system and its abuses causing market consequences which contribute to making the innovative activities of other market participants more difficult. Because the relationship between competition law and intellectual property law is based on the theory of supremacy of competition law, the use by the proprietor of the possibility to reduce the competition pressure through the means provided for under intellectual property law, even without abusing its regulations, does not indemnify against the liability for infringing competition rules. This applies both to situations where the intention of the legislator – as a result of the acquisition of the exclusive right – is to obtain a monopolistic position or a collective dominant position on the relevant market, as well as cases where such a position is won as a result of the operation of external factors in view of the right held to intangible assets.

---

<sup>124</sup> H. HOVENKAMP, *Innovation...*, p. 104; M. SOLOW, *Technical change and the aggregate production function*, 39 *Review of Economic Studies* 32 (1957) – 90% of non-agricultural economic growth in the 1st half of the 20th century is a consequence of innovation and technological progress and not accumulation of capital.

From the viewpoint of understanding the expression “restriction of competition” in EU law, it is important only whether the conduct of the proprietor has a negative effect on the innovativeness of its actual or potential competitors. This impact has to be qualified which means that it should additionally do harm to consumers. The harm takes the form of depriving them of access to the innovative product which is not offered yet, when – exercising its right – the proprietor is not capable of offering the products on its own (where the proprietor did not license its right at all) or depriving them of the benefits from future innovations made by current competitors as regards the products already offered on the market (in the case of change in the proprietor’s licensing policy).

The basic criterion of impact on innovation is the prevention of the occurrence of a new product. This criterion serves the purpose of reconciling the interests of the proprietor with the requirements of protection of competition.<sup>125</sup> The latter may intervene into a sphere reserved exclusively for the proprietor only where they lead to increasing the effectiveness or dynamic and not static competition.<sup>126</sup> Indeed, the harm to innovativeness is not about the proprietor’s competitors being unable to offer the same product as the proprietor but about the competitors – as a result of the barrier under intellectual property law – being unable to enter the relevant market on which the dominant undertaking operates, with an offer of the product which the dominant undertaking itself is unable to offer to consumers. A product offered on a related

---

<sup>125</sup> ECJ judgment of 29.04.2004 in Case C-418/01 *IMS Health*, [2004] ECR I-5039, paragraph 48, CFI judgment of 17.09.2007 in the case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 646.

<sup>126</sup> Dynamic effectiveness will not be reduced if one can operate on the market through their own innovativeness or with the use of an intellectual property right other than the proprietor’s right, A. HEINEMANN, *Compulsory licences and product integration in European competition law – assessment of the European Commission’s Microsoft decision*, IIC No. 1/2005, p. 73.

downstream market should differ from the proprietary product in that it goes beyond the scope of the intellectual property right which has to be exercised to offer it on the market.<sup>127</sup>

A new product may be both a product in another category that is completely different from the one offered by the dominant undertaking to date, as well as a product in the same category which meets the same needs but “in a better way”, offering features which the dominant undertaking’s product does not have.<sup>128</sup> The novelty of the product may consist in its comprehensiveness, i.e. a combination of the functionalities offered to date by separate products.<sup>129</sup> A new product is one which the proprietor not only does not offer on its own,<sup>130</sup> but cannot offer using its right either. The basis for such a view is provided by the facts of the *Magill* case – a new product was to be a magazine competing for copyright licenses for weekly listings of television programmes – it had to obtain such licenses from different broadcasters but none of the broadcasters could, based on the copyright they held, publish a magazine with the television programmes of other stations. Otherwise, any proprietor who fails to make a decision on the commercialisation of its right to the full extent, in all fields of exploitation and for the full range of potential applications, could be concerned with the risk of an

<sup>127</sup> T. EILMANSBERGER, *IP and antitrust...*, pp. 273–274.

<sup>128</sup> In the *Microsoft* case, the CFI found that “a type of guide” as was to be offered owing to the *Magill* license, was not available “on that geographic market”; FCI judgment of 17.09.2007 in the case *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601, paragraph 645.

<sup>129</sup> Note is made of that by B. ONG, *Building brick barricades and other barriers to entry: abusing a dominant position by refusing to licence intellectual property rights*, E.C.L.R. No. 4/2005, p. 220.

<sup>130</sup> V. KORAH, *Intellectual property rights...*, p. 145; S. ANDERMAN, J. KALLAUGHER, *Technology transfer...*, p. 284; M. SURDEK, *Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows* [in:] D. MIĄSIK, T. SKOCZNY, M. SURDEK, *Microsoft – studium przypadku. Prawo konkurencji na rynku nowych technologii*, Warszawa 2008, p. 61.

intervention by the anti-monopoly authority. It does not suffice to improve the product of the dominant undertaking or enhance static competition on the market.<sup>131</sup>

In the light of the *Microsoft* judgment, a new product may also be one that makes use of an intangible asset of the proprietor but does not incorporate it and which, moreover, is offered on a relevant market other than the market in which the proprietor obtained the exclusive right. This, in turn, leads to the conclusion that in EU competition law, the determinant for the restriction of competition may be the limitation of innovativeness in a related market with the application of an intellectual property right obtained in connection with operation on the prime market. With regard to the facts of the *Magill* and *Microsoft* cases, one can presume that such a restriction of innovativeness will be relevant in the case where the market of goods or services, and not the market of rights and services, as in the *IMS Health* case, is deemed to be the prime market.

Due to the limited extent of the *acquis communautaire* in this area, the above remarks on the impact on innovativeness apply to practices restricting competition and consisting in the refusal to grant a license. They are also useful, to a limited extent, to assess conducts identified in a sector survey of the pharmaceutical industry,<sup>132</sup> such as the patent thick-  
et, patent renewal, defensive patenting or innovative predation.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> J. DREXL, *Abuse of dominance in licensing and refusal to license: a "more economic approach" to competition by imitation and to competition by substitution* [in:] C. EHLER-MANN, I. ATANASIU (eds.), *European...*, p. 653.

<sup>132</sup> For more detail, see M. BŁACHUCKI, *Ograniczanie dostępu do rynku leków przez producentów leków innowacyjnych producentom leków generycznych w świetle ustaleń badania sektorowego Komisji* [in:] K. LEWANDOWSKI, *Prawo autorskie a prawo konkurencji*, Poznań 2009, pp. 203–229.

<sup>133</sup> L. KJØLBYE, *Article 82...*, pp. 179–188.

### 3.8. *Competition not on the merits*

As indicated above, in the light of the case-law of EU courts, the impact on the structure of competition is considered sufficient to find its restriction. The question arises, therefore, of establishing the essence of the harm in the case of conducts which do not cause direct harm to the economic interests of consumers. In the light of the judgment in the *AstraZeneca* case, the determinant for the restriction of competition is intervention into the process of competition on the market undertaken by means of methods which differ from those used in “normal competition in products or services on the basis of traders’ performance.”<sup>134</sup> A condition for infringement of competition rules is therefore the application by an undertaking with market power of methods of competing for the client “other than those which come within the scope of competition on the merits.”<sup>135</sup> In the *AstraZeneca* case, the obtaining of an additional protection certificate on the basis of intentionally submitted misleading information was found to be a method of competition “not on the merits” because such a conduct “solely serves to keep manufacturers of generic products (...) away from the market by means of the acquisition of SPCs in a manner contrary to the regulatory framework establishing SPCs.”<sup>136</sup>

The concept of competition on the merits was applied in the *Tetra Pak I* case<sup>137</sup> where the abuse of dominant position took the form of acquisition of the exclusive license for a technology competitive to the

---

<sup>134</sup> EGC judgment of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, paragraphs 352 and 376.

<sup>135</sup> EGC judgment of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, paragraphs 354, 375, paragraph 804, paragraph 824.

<sup>136</sup> EGC judgment of 1.07.2010 in Case T-321/05 *AstraZeneca AB v Commission*, paragraph 608.

<sup>137</sup> CFI judgment of 10.07.1990 in Case T-51/89 *Tetra-Pak Rausing v Commission*, [1990] ECR II-00309.

technology of the dominant company. As a result of the acquisition of the sole substitutive right by a proprietor in a dominant position, the proprietor defends its position which is (almost) monopolistic on the market. No one else may enter this market because they would not be able to offer a competitive product. Such a conduct is not a manifestation of competition on the merits because it protects the proprietor's product against the challenges of the occurrence of a better or competitive product and competition with its traditional features.<sup>138</sup> The judgment in the *Tetra Pak I* case is only about the obtaining of successive protection certificates through derivative acquisition. It does not provide the grounds for assuming that the obtaining of IP rights to the only alternative technology applied by the dominant company as a result of its own research and development work is an abuse of the dominant position. The obtaining of a protection certificate in such a way is a manifestation of dynamic competition on the merits. Furthermore, the *Tetra Pak I* case should apply only to the case of obtaining the exclusive license to a technology which competes with the technology applied by the dominant undertaking, that is a technology enabling entry into a dominated market and may be the source of a competitive advantage for the new entrant. As a result of the occurrence of an alternative technology, the competitive advantage of innovativeness is weakened or eliminated and the possibility arises to compete on the merits by means of other characteristics of market competition. The judgment in the *Tetra Pak I* case, on the other hand, should not apply to cases of obtaining an exclusive license by an existing dominant undertaking for a technology replacing the technology which the undertaking applies on the same market. The corresponding situation holds in the case of

---

<sup>138</sup> H. HOVENKAMP, M. JANIS, M. LEMLEY, *IP and Antitrust. An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, New York 2007, vol. 1, §..., pp. 14–17 point out that any competition, even from a slightly weaker, worse product, is better than no competition at all.

acquisition of IP rights to technologies which improve performance. Only the obtaining of exclusive licenses for substitutive technologies with characteristics comparable to the dominant undertaking's technology should be abusive.

#### 4. Conclusions

The concise analysis presented here, of the perceptions of the expression “restriction of competition” in IP cases has demonstrated that this notion is understood in EU competition law in a variety of ways. This, in turn, leads to the use, by both the Commission and EU courts, of varied criteria of the impact of intellectual property rights on competition. The differentiation indicates that none of the material theories of the relationship between competition law and intellectual property law has caught on.

This does not mean, however, that the actual scope of application of EU competition rules in intellectual property cases is too wide. The holding of an IP right is not deemed suspicious from the viewpoint of competition rules. In a limited number of cases it is presumed that an intellectual property right may be a tool with which the proprietor may restrict competition.<sup>139</sup> Thus, the acquisition and exercise of intellectual property rights may also occasionally lead to actual infringement of competition rules.

---

<sup>139</sup> It follows from the ECJ judgment of 29.04.2004 in Case C-418/01 *IMS Health*, [2004] ECR I-5039 that any exercise of law and not only the exercise under specific subject-matter, may restrict competition only “in special circumstances”, paragraph 35, with references to the ECJ judgment of 5.10.1988 in Case C-238/87, *Volvo v Veng*, [1988] ECR 6211, paragraph 9 and the ECJ judgment of 6.04.1995 in Cases C-241/91 and C-242/91 *RTE and ITP v Commission*, [1995] ECR I-743, paragraph 50.

The analysis of the case-law of EU courts has also shown that in the current state of development of EU competition law it is not possible to introduce the concept of restricting competition corresponding to the consumer welfare standard in the meaning of welfare economy. EU courts have set the limits to the “more economic approach” in the form of the concept of competition on the merits. It provides entities which apply competition rules with quite a wide margin of discretion when deciding what kinds of behaviours of undertakings breach competition law prohibitions. This does not mean that the practice of application of EU competition rules is detached from economic realities. It is closer, however, to the economic concepts which perceive competition as a process yielding specific benefits rather than treating it as the optimum market condition. Furthermore, respect for the standards of competition on the merits requires those who apply Art. 101 and 102 TFEU to perform a thorough analysis of the principles of functioning of the relevant markets in order to avoid arbitrariness in deciding what forms of competition are not on the merits. ■



## *About the Author*

Dr. Dawid Miąsik (Ph.D.) is an assistant professor at the Department of Competition Law, Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences, and a member of the Polish Supreme Court Research and Analyses Office, acting as an assistant to a Supreme Court judge. He is a member of the Editorial Board of *Europejski Przegląd Sądowy*. He has been a fellow of the Fulbright, S. Batory Foundation and the Natolin European Centre scholarships. In 2004, Dr Miąsik won the first prize in a competition for the best doctoral dissertation presented in the viva-voce examination in the 2002/2003 academic year, for his dissertation “Rule of reason in antimonopoly law. A comparative study”. He works on the problems of competition law, intellectual property law, court application of EU law, general rules of EU law and the functioning of the internal market. He is currently working on a monograph on the relationship between competition law and intellectual property law.