

Piotr Semeniuk\*

## Czy prawo konkurencji rozwiąże problem *vendor lock-in* w sektorze oprogramowania B2B?

### Spis treści

- I. Wstęp: na czym polega problem *vendor lock-in*
- II. Dlaczego prawo konkurencji powinno zapobiegać problemowi *vendor lock-in*
- III. Problem *vendor lock-in*: przegląd praktyki decyzyjnej organów konkurencji i sądów w Unii oraz na świecie
- IV. Przesłanki zastosowania prawa konkurencji do rozwiązania problemu *vendor lock-in*
  1. Pozycja dominująca/siła rynkowa
  2. Rynki właściwe w sektorze oprogramowania B2B
    - 2.1. Wstęp
    - 2.2. Wymiar produktowy – podział ze względu na funkcję oprogramowania
    - 2.3. Wymiar produktowy – podział ze względu na sektor
    - 2.4. Inne potencjalne sposoby wyznaczenia produktowego rynku właściwego
    - 2.5. Wymiar geograficzny
    - 2.6. Rynki pochodne (*aftermarkets*)
- V. *Vendor lock-in*: nasuwające się wątpliwości praktyki/klauzule na rynku oprogramowania B2B
  1. Wyłącznieści/klauzule wyłącznościowe
  2. Wiązanie, sprzedaż pakietowa i rabaty
  3. Odmowa udzielenia licencji/informacji o interoperacyjności
- VI. Podsumowanie

### Streszczenie

Prawo konkurencji zaczyna być wykorzystywane (na razie głównie w Stanach Zjednoczonych) do przeciwdziałania problemowi uzależnienia od dostawców (*vendor lock-in*) w sektorze oprogramowania B2B (*business to business*). W związku z tym międzynarodowe środowisko akademickie postuluje większą aktywność organów antymonopolowych w zapobieganiu problemowi *vendor lock-in*. Niektóre praktyki i klauzule stosowane na rynku oprogramowania B2B (również w Polsce) mogą spełniać przesłanki praktyk zakazanych przez prawo antymonopolowe (np. klauzule wyłącznościowe, wiązanie, sprzedaż pakietowa, rabaty lojalnościowe, odmowa udzielenia licencji lub informacji o interoperacyjności). Prawo konkurencji może dostarczyć zamawiającym lub konkurentom narzędzi do kwestionowania określonych klauzul umownych sprzedawców (np. w umowach o wdrożenie oprogramowania) lub do wpłynięcia na zmianę ich praktyk rynkowych, lub nawet do żądania zwrotu poniesionych opłat (np. za usługi serwisowe). Sprzedawcy

\* Of-counsel w kancelarii Maruta Wachta. Wcześniej kierował działem prawnym w centrum analitycznym Polityka Insight oraz pracował w wiodących międzynarodowych kancelariach w Warszawie oraz w Dyrekcji ds. Konkurencji w Brukseli. Specjalizuje się w prawie antymonopolowym oraz publicznym prawie gospodarczym. Obronił doktorat z prawa konkurencji na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz ukończył studia LLM na Uniwersytecie Nowojorskim. Adwokat stanu Nowy Jork.

oprogramowania powinni monitorować, czy niektóre ze stosowanych przez nich klauzul umownych lub praktyk rynkowych mogą naruszać prawo konkurencji i przedsięwziąć środki w celu obniżenia powyższego ryzyka. Możliwość zastosowania prawa konkurencji będzie zależeć od okoliczności konkretnej sprawy, dlatego każdy przypadek *vendor lock-in* powinien być analizowany odrębnie, m.in. pod kątem rynku właściwego, siły rynkowej oraz antykonkurencyjnych skutków danej praktyki lub klauzuli umownej.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; *vendor lock-in*; oprogramowanie; B2B; umowy o wdrożenie oprogramowania.

**JEL:** K21, K24

## I. Wstęp: na czym polega problem *vendor lock-in*

*Vendor lock-in* to termin na określenie sytuacji biznesowej, w której klient jest uzależniony od produktów sprzedawcy do tego stopnia, że nie może zmienić dostawcy bez poniesienia kosztów zmiany (zob. np. Maruta, b.d.; Opara-Martins, Sahandi i Tian, 2016, s. 2; Sluijs, Larouche i Sauter, 2012). W doktrynie polskiego prawa, pojęcie *vendor lock-in* wykorzystywane jest głównie tam, gdzie mowa o sprzedaży oprogramowania<sup>1</sup>, przede wszystkim w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami (B2B) (Maruta, b.d.) lub pomiędzy przedsiębiorcami a administracją publiczną (Filipowicz, 2015; Różowicz i Gazecka, 2016, rozdz. 1.3.1). O problemie *vendor lock-in* mówi się w szczególności, gdy nabywca oprogramowania/zamawiający (najczęściej w modelu licencji lub sublicencji) musi w dłuższym, niezadowolającym go, okresie ponosić opłaty na rzecz sprzedawcy/wykonawcy oprogramowania (czyli podmiotu, który przeniósł prawa autorskie lub udzielił licencji) w zamian za: korzystanie z oprogramowania, jego utrzymanie lub serwis, rozwój oprogramowania, a także za korzystanie z oprogramowania w celu tworzenia nowych rozwiązań lub integracji z takimi rozwiązaniami. Problem *vendor lock-in* występuje także, gdy sprzedawca oprogramowania stara się narzucić rozwiązania umowne lub wykorzystać już zawarte umowy, żeby utrudnić nabywcy oprogramowania skorzystanie z oferty konkurencyjnych firm<sup>2</sup>, np. niezależnych organizacji serwisowych (*independent service organizations*) lub konkurencyjnych sprzedawców oprogramowania. Problem *vendor lock-in* wynika więc w istocie z prób uzależnienia przez dostawców oprogramowania swoich klientów, co może wywoływać negatywne tzw. efekty eksploatacyjne (*exploitative effects*) lub wykluczające (*exclusionary effects*). Jako taki, nie jest on więc specyficzny dla umów sprzedaży oprogramowania – podobne zagadnienia antymonopolowe powstają także w innych sektorach gospodarki.

Poniższe przykłady praktyk rynkowych obrazują sposoby sprzedawców oprogramowania na uzależnienie w praktyce od siebie nabywców:

- 1) sprzedawca uzależnia zawarcie umowy o wdrożenie oprogramowania od zakupu usług utrzymania/serwisu/rozwoju u tego sprzedawcy lub jego autoryzowanego partnera, a nie u firmy oferującej tzw. *third party support*;

<sup>1</sup> Umowy dotyczące sprzedaży oprogramowania najczęściej są umowami o dzieło z przeniesieniem lub licencją praw autorskich (zob. np. Maruta, b.d.).

<sup>2</sup> W niniejszym artykule, dla wygody czytelnika, pojęcie „firmy” będzie używane zamiennie z terminem „przedsiębiorca” lub „przedsiębiorstwo”.

- 2) w umowie o wdrożenie oprogramowania sprzedawca wymaga ponoszenia opłat serwisowych od początku umowy, jeszcze zanim oprogramowanie zostanie opracowane i wdrożone;
- 3) sprzedawca uzależnia *upgrade* oprogramowania od poniesienia wstecznych opłat serwisowych;
- 4) sprzedawca uzależnia przedłużenie licencji/grozi wypowiedzeniem licencji, jeżeli nabywca nie wykupi/nie przedłuży usług utrzymania/rozwoju u tego sprzedawcy lub jego autoryzowanego partnera;
- 5) sprzedawca oprogramowania uzależnia zawarcie umowy o wdrożenie oprogramowania od zakupu teraz lub w przyszłości innego rodzaju oprogramowania u tego sprzedawcy lub jego autoryzowanego partnera;
- 6) sprzedawca oprogramowania utrudnia zakup innego typu współpracującego oprogramowania, żądając nowych opłat licencyjnych (lub tzw. opłat za *indirect usage*) lub odmawiając udzielenia informacji o interoperacyjności;
- 7) sprzedawca oprogramowania oferuje znaczącą obniżkę opłat licencyjnych w zamian za przedłużenie umowy w zakresie utrzymania/serwisu/rozwoju lub w zamian za zamówienie innego typu oprogramowania lub innych usług.

W niniejszym artykule autor przeanalizuje, czy i jak problem *vendor lock-in* przy umowach sprzedaży oprogramowania mógłby być rozwiązany przez polskie oraz unijne prawo ochrony konkurencji. W tym celu autor odwoła się do (na razie nielicznej) praktyki decyzyjnej polskich i europejskich organów konkurencji oraz krajowych organów konkurencji spoza Unii Europejskiej. Niniejszy artykuł ma za zadanie jedynie zasygnalizować istnienie problemu *vendor lock-in* w sektorze oprogramowania B2B i opisać go za pomocą terminologii prawa antymonopolowego. Celem tego artykułu nie jest pogłębiona analiza prawa, piśmiennictwa, orzecznictwa i praktyki decyzyjnej (polskich lub unijnych) organów konkurencji dotyczących poszczególnych typów praktyk ograniczających konkurencję (np. wiązania, sprzedaży pakietowej, rabatów, odmowy udzielenia licencji), które mogą być przejawem zachowań sprzedawców oprogramowania wywołujących problem *vendor lock-in*. Zważywszy na to, że problem *vendor lock-in* ze swojej istoty narusza te same wartości, jakie legły u podstaw systemów prawa ochrony konkurencji (w tym polskiego), zaskakującym jest, że nie doczekał się on dotychczas żadnego artykułu (czy nawet wzmianki w komentarzu) w doktrynie polskiego prawa konkurencji. W zamyśle autora tego artykułu, ma on więc na celu rozpocząć dyskusję na temat zastosowania instrumentarium prawa antymonopolowego do opisywania, a – z czasem – być może także do przeciwdziałania problemowi *vendor lock-in* na polskim rynku oprogramowania B2B (m.in. przez publicznych zamawiających).

## II. Dlaczego prawo konkurencji powinno zapobiegać problemowi *vendor lock-in*

Podstawowym celem prawa konkurencji (prawa antymonopolowego) jest doprowadzenie do efektywnej alokacji zasobów poprzez zapobieganie „praktykom eksploatacyjnym” oraz „praktykom wykluczającym” (zob. Semeniuk, 2015, s. 35–28). Prawo konkurencji ma więc zapewniać, żeby

działający na rynku przedsiębiorcy (wspólnie lub pojedynczo) nie wykorzystywali swojej siły rynkowej do stosowania tzw. suprakonkurencyjnych cen (praktyki eksploatacyjne). Zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup>, nadużycie pozycji dominującej może polegać na „narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych”. Jednocześnie prawo konkurencji zakazuje firmom mającym siłę rynkową stosowanie praktyk prowadzących do wykluczenia z rynku konkurentów w sposób inny niż oferowanie niższej ceny lub lepszego produktu (praktyki wykluczające).

Efekt eksploatacyjny *vendor lock-in* wystąpi więc, gdy nabywca/zamawiający oprogramowanie będzie zmuszony płacić za nie lub związane z nim usługi (np. usługi serwisu) cenę wyższą od cen konkurencyjnych. Przykładem takiej sytuacji będą wygórowane opłaty licencyjne, wygórowane opłaty za usługi utrzymania/serwisu/rozwoju, naliczanie przez sprzedawcę wstecznych opłat za usługi serwisowe lub „rekalkulowanie” tych opłat w czasie trwania umowy o wdrożenie lub sprzedaż oprogramowania. Innym przykładem będzie narzucanie wygórowanych opłat koniecznych dla integracji oprogramowania (opłaty za tzw. *indirect usage*).

Efekt wykluczający *vendor lock-in* wystąpi z kolei, gdy np. poprzez działania sprzedawcy/wykonawcy zostanie ograniczony dostęp do rynku danego produktu/usługi dla konkurentów sprzedawcy. Innym przykładem będą sytuacje, gdy usługi serwisu nie będą mogły być świadczone przez konkurencyjną firmę (tzw. *third party support companies*) albo gdy sprzedawca oprogramowania będzie utrudniał lub uniemożliwiał zakup oprogramowania innej firmy IT (np. odmawiając rozszerzenia licencji, odmawiając udostępnienia informacji o interoperacyjności lub naliczając dodatkowe opłaty).

### III. Problem *vendor lock-in*: przegląd praktyki decyzyjnej organów konkurencji i sądów w Unii oraz na świecie

W międzynarodowym środowisku naukowców i prawników zajmujących się prawem konkurencji (głównie w Europie i USA) w ostatnich latach zaczynają pojawiać się głosy o sprzeczności praktyk prowadzących do *vendor lock-in* z prawem antymonopolowym. Niektórzy sugerują, że prawo konkurencji powinno mieć zastosowanie przy uzależnianiu klientów od sprzedawców oprogramowania chmurowego (Opara-Martins, Sahandi i Tian, 2016). Inni wprost twierdzą, że np. opłaty pobierane przez firmę SAP za tzw. dostęp pośredni (*indirect access*) mogą stanowić sprzeczne z prawem konkurencji wiązanie (*tying*)<sup>4</sup>.

W ostatnich latach, a nawet miesiącach (na razie przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych oraz w Unii Europejskiej) rośnie presja na sądy i organy antymonopolowe, żeby starały się przeciwdziałać problemowi *vendor lock-in*. W roku 2010 amerykańska spółka Versata złożyła do Komisji Europejskiej skargę na firmę SAP (zob. Samadi, 2010). Według Versata, odmowa udostępnienia jej informacji o interoperacyjności oprogramowania ERP utrudniła oferowanie klientom SAP oprogramowania skarżącej spółki służącego do ustalania polityki cenowej (Versata Pricer). Sprawa nie została rozstrzygnięta przez Komisję, najprawdopodobniej dlatego, że Versata zawarła z SAP

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. 2018, poz. 798.

<sup>4</sup> Taką opinię wyraził m.in. w 2017 r. prof. Barak D. Richman zajmujący się prawem konkurencji na Uniwersytecie w Duke, zob. <https://256b7t2ctlpj29jufd45txzd-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/08/SAP-cover-letter.pdf>.

ugodę<sup>5</sup>. W czerwcu 2018 r. amerykańska firma Teradata pozwała z kolei w kalifornijskim sądzie federalnym firmę SAP<sup>6</sup>, zarzucając jej – sprzeczne z amerykańskim prawem antymonopolowym – wiązanie oprogramowania ERP z usługami hurtowni danych (*data warehouse*). Z kolei w maju 2018 r. amerykański sąd federalny odrzucił wniosek Cisco o wydanie przyspieszonego wyroku (*summary judgment*) w sprawie pozwu konkurenta, firmy Arista<sup>7</sup>, co zwykle oznacza, że sąd skłania się do uznania argumentów powoda. Arista, powołując się na amerykańskie prawo antymonopolowe, zarzuca Cisco m.in. monopolizację (*monopolization*) rynku utrzymania i serwisu przełączników sieciowych (*Ethernet switches*). Wreszcie, w 2015 r. południowokoreański organ antymonopolowy (*Korean Fair Trade Commission*) wszczął postępowanie w sprawie praktyk firmy Oracle na rynku utrzymania i serwisu sprzedawanego oprogramowania<sup>8</sup>. Według Koreańczyków, Oracle, sprzedając swój software, wymagała od klientów zapłaty za serwis każdego typu swojego oprogramowania i utrudniała im korzystanie z niezależnych firm serwisowych. W roku 2016 Koreańczycy zamknęli jednak prowadzone śledztwo<sup>9</sup>.

W pewnym sensie o scenariuszach faktycznych mających charakter *vendor lock-in* w sektorze szeroko pojętego oprogramowania B2B można też mówić przy precedensowych i głośnych „sagach” antymonopolowych z udziałem Komisji Europejskiej oraz firm Microsoft i IBM. W tej pierwszej sprawie, w 2004 r. Komisja Europejska uznała, że Microsoft nadużywa pozycji dominującej<sup>10</sup> poprzez m.in. odmowę udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności w celu opracowania i dystrybucji systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Łączne kary Komisji nałożone na Microsoft, podtrzymane potem przez sądy unijne, wyniosły ponad 1,5 mld euro (zob. m.in. First i Gavil, 2014). Jeżeli chodzi o drugą sprawę, w 2011 r. Komisja Europejska uznała, że IBM najprawdopodobniej nadużywa pozycji dominującej<sup>11</sup>, utrudniając niezależnym firmom serwisowym (*third party maintainers* – TPM) dostęp do rynku utrzymania dostarczanych przez IBM komputerów *mainframe*. Komisja wydała wobec IBM decyzję, w której zobowiązała koncern do dostarczania firmom serwisowym „krytycznych” części zamiennych oraz „informacji technologicznej” na „rozsądnych oraz niedyskryminacyjnych warunkach”.

## IV. Przesłanki zastosowania prawa konkurencji do rozwiązania problemu *vendor lock-in*

### 1. Pozycja dominująca/siła rynkowa

Walka z problemem *vendor lock-in* przy wykorzystaniu prawa konkurencji będzie polegała najczęściej na zarzucie nadużycia pozycji dominującej (siły rynkowej) przez sprzedawcę oprogramowania. W prawie konkurencji siła rynkowa definiowana jest zwykle jako możliwość kształtowania

<sup>5</sup> Komisja nie wydała w tej sprawie decyzji. Ponieważ Komisja nie publikuje informacji o wycofaniu skarg, a w prasie brak informacji na temat losów sprawy, wycofanie skargi przez Versata na skutek porozumienia z SAP wydaje się najbardziej prawdopodobnym finałem omawianej sprawy.

<sup>6</sup> Zob. *US: Teradata sues SAP for antitrust, other violations*. Competition Policy International, June 20, 2018.

<sup>7</sup> Zob. *Arista's Antitrust Suit Against Cisco OK'd for Trial*, 23 maja 2018 r. Pozyskano z: <https://www.law.com>,

<sup>8</sup> Zob. *South Korea investigating Oracle over software bundling*, kwiecień 2015. Pozyskano z: [reuters.com](http://reuters.com),

<sup>9</sup> Zob. *South Korea clears Oracle of anti-competitive acts after software probe*, kwiecień 2016.

<sup>10</sup> Zob. dec. Komisji Europejskiej z 21.04.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*.

<sup>11</sup> Zob. dec. Komisji Europejskiej z 13.12.2011 r. w sprawie 39692 – *IBM Maintenance services*.

cen lub narzucania warunków umownych bez oglądania się na konkurencję. W polskim prawie dwa najczęściej używane progi dla stwierdzenia siły rynkowej to udział 40<sup>12</sup> lub 30%<sup>13</sup> danej firmy w rynku właściwym.

## 2. Rynki właściwe w sektorze oprogramowania B2B

### 2.1. Wstęp

Zarówno w polskim, jak i w unijnym w prawie konkurencji definicja rynku właściwego jest kluczowa dla uznania danych klauzul umownych czy praktyk biznesowych za sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów. Im więcej udziałów dana firma posiada w rynku właściwym, tym większe ryzyko, że taka firma zajmuje pozycję dominującą (siłę rynkową), a tym samym, że klauzule w umowach zawieranych przez taką firmę lub jej praktyki rynkowe naruszają prawo konkurencji. Polski oraz unijne organy konkurencji jak dotychczas nie wypracowały jednak spójnych definicji rynku właściwego w sektorze „oprogramowania dla przedsiębiorstw”. Na razie zarówno Komisja Europejska, UOKiK, jak i sądy są jedynie zgodne co do tego, że rynek oprogramowania dla przedsiębiorstw (EAS) podlega dalszemu podziałowi na węższe „subryniki” właściwe. Dalszy podział produktowego rynku właściwego może wynikać albo z funkcji danego oprogramowania, albo ze specyfiki sektora, gdzie takie oprogramowanie jest wykorzystywane.

### 2.2. Wymiar produktowy – podział ze względu na funkcję oprogramowania

W swoich decyzjach Komisja Europejska odróżniła np. „rynek oprogramowania PLM” (oprogramowanie do zarządzania cyklem życia produktu; *product lifecycle management*) od „oprogramowania ERP” (oprogramowanie do zarządzania przedsiębiorstwem; *enterprise resource planning*), „oprogramowania HR” (usługi kadrowe; *human relations*) oraz „oprogramowania BA” (analityka biznesowa; *business analytics*)<sup>14</sup>. Jednakże Sąd nie zgodził się np. na argumentację jednego ze skarżących konkurentów, że w ramach rynku „oprogramowania PDM” (oprogramowanie do zarządzania danymi o produktach; *product data management*) można wydzielić subryniki oprogramowania CAD (oprogramowanie do produkcji wspomaganą komputerowo; *computer-aided manufacturing*) i PLM<sup>15</sup>, a Komisja nigdy nie przesądziła jednoznacznie, że rynek oprogramowania CRM (oprogramowanie do zarządzania relacjami z klientami; *customer relationship management*) stanowi odrębny subrynek właściwy w ramach oprogramowania EAS (oprogramowanie do zarządzania przedsiębiorstwem, *enterprise application software*), chociaż w kilku decyzjach skłaniała się ku takiej konkluzji. Prezes UOKiK nie wypowiedział się dotychczas na temat podziału produktowych rynków właściwych ze względu na funkcję oprogramowania.

<sup>12</sup> Zob. art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: „(...) domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”.

<sup>13</sup> Zgodnie z § 8 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (t.j. Dz.U. 2014, poz 1012), tzw. porozumienia wertykalne są co do zasady legalne, jeżeli udziały w rynku właściwym „dostawcy” i „nabywcy” nie przekraczają 30%.

<sup>14</sup> Zob. np. dec. Komisji Europejskiej z 1.12.2010 r. w sprawie COMP/39.784 – *Omnis / Microsoft*.

<sup>15</sup> Zob. wyr. Sądu z 14.09.2017 r. w sprawie T-751/15, *Contact Software GmbH p. Komisji*.

### 2.3. Wymiar produktowy – podział ze względu na sektor

Komisja Europejska nie wyklucza także podziału rynków EAS ze względu na daną branżę, np. „EAS dla handlu detalicznego<sup>16</sup>”. Podobnie twierdzi Prezes UOKiK, który w 2015 r., w jednej ze swoich decyzji wyróżnił np. „krajowy rynek sprzedaży produktów i usług IT w sektorze bankowości”, „krajowy rynek sprzedaży produktów i usług IT w sektorze administracji publicznej” oraz „krajowy rynek sprzedaży produktów i usług IT w sektorze służby zdrowia (opieki zdrowotnej)<sup>17</sup>”. Komisja Europejska przyznaje też w swoich decyzjach, że dla niektórych subrynków branżowych rynki oprogramowania mogą podlegać dalszemu podziałowi ze względu na funkcję<sup>18</sup>.

### 2.4. Inne potencjalne sposoby wyznaczenia produktowego rynku właściwego

Prawdopodobnie, że w miarę upływu czasu organy konkurencji i sądy będą dopuszczały kolejne metody podziałów rynków właściwych w ramach oprogramowania B2B, na np. oprogramowanie dedykowane vs. oprogramowanie ustandaryzowane; oprogramowanie front-endowe vs. back-endowe; odrębny rynek usług chmurowych lub odrębne rynki właściwe w zależności od użytego języka programowania.

### 2.5. Wymiar geograficzny

W większości decyzji Komisja Europejska uznawała, że rynek EAS ma wymiar europejski. Prezes UOKiK w swoich decyzjach twierdzi jednak, że rynek sprzedaży produktów i usług IT ma wymiar krajowy<sup>19</sup>.

### 2.6. Rynki pochodne (*aftermarkets*)

Przy zajęciu określonych okoliczności Prezes UOKiK lub Komisja Europejska mogą za odrębny rynek właściwy uznać tzw. rynek pochodny (*aftermarkets*). Rynki pochodne to „rynki dostaw produktów lub usług potrzebnych dla lub w związku z użyciem względnie długotrwałych produktów/usług, które zostały już nabyte” (OECD, 2017) (np. rynek tonerów do drukarek HP, rynek serwisu *hardware* lub *software*). Takie rynki pochodne mają charakter „wewnątrzmarkowy”, a nie „międzymarkowy”, a tym samym o wiele łatwiej posiadać na nich dominację.

Komisja Europejska przyznaje nawet wprost, że „ulepszenia oprogramowania” także mogą być uznane za rynek pochodny<sup>20</sup>. W sektorze oprogramowania B2B o rynkach pochodnych można mówić w szczególności przy analizie praktyk biznesowych na rynkach usług utrzymania lub rozwoju oprogramowania, a także na rynkach wdrożenia ustandaryzowanego oprogramowania danego sprzedawcy, jeżeli takim wdrożeniem zajmuje się nie sam sprzedawca, ale jego tzw. firmy partnerskie albo gdy sprzedawca konkuruje na rynku usług utrzymania lub rozwoju z niezależnymi od niego firmami.

Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej<sup>21</sup>, aby można było mówić o nadużyciu pozycji dominującej na „pochodnym” rynku właściwym powinny zostać spełnione następujące warunki.

<sup>16</sup> Zob. dec. Komisji Europejskiej z 29.08.2014 r. w sprawie M.7334 – ORACLE / MICROS, pkt 9–14.

<sup>17</sup> Zob. dec. Prezesa UOKiK z 28.01.2015 r. w sprawie DKK-17/2015.

<sup>18</sup> Zob. dec. Komisji Europejskiej w sprawie COMP/39.784, *op. cit.*

<sup>19</sup> Ibidem. Szerzej o definicji rynkach właściwych w sektorze oprogramowania, zob. np. Chin, 2004.

<sup>20</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruksela, 2005, pkt 243.

<sup>21</sup> Ibidem.

Po pierwsze, o istnieniu rynku pochodnego można mówić przy „dostawach produktów lub usług potrzebnych dla lub w związku z użyciem względnie długotrwałych produktów/usług, które zostały już nabyte”. Po drugie, na rynku pochodnym musi oczywiście istnieć pozycja dominująca (według Komisji Europejskiej, zwykle taka pozycja będzie istnieć, jeżeli działalność na rynku pochodnym wymaga dostępu do prawa własności intelektualnej). Po trzecie, na rynku pochodnym musi funkcjonować aktualna lub potencjalna konkurencja dla przedsiębiorcy dominującego na rynku pierwotnym. Jeżeli chodzi o sektor oprogramowania B2B, powyższy warunek będzie częściej spełniony przy oprogramowaniu ustandaryzowanym lub SaaS<sup>22</sup>, ale możliwy będzie też przy oprogramowaniu dedykowanym, szczególnie jeżeli sprzedawca/wykonawca takiego oprogramowania sprzedaje podobne typy oprogramowania dedykowanego. Po czwarte, aby mówić o nadużyciu pozycji dominującej na rynku pochodnym, należy na takim rynku zidentyfikować brak możliwości łatwej zmiany/pozbycia się produktu lub usługi na rynku pierwotnym po zakupie takiego produktu lub usługi (np. czy możemy łatwo sprzedać zakupione oprogramowanie dedykowane). Po piąte wreszcie, kontrahenci przedsiębiorstwa dominującego na rynku pochodnym muszą mieć znacząco utrudnione podejmowanie decyzji opartej na dokładnej kalkulacji „cyklu życiowego” produktu lub usługi<sup>23</sup>, tj. wiedzieć, jaki będzie łączny koszt użytkowania produktu lub usługi z uwzględnieniem kosztów usług lub produktów nabywanych na rynku pochodnym (na skomplikowanym rynku oprogramowania B2B taka kalkulacja jest szczególnie trudna).

## V. *Vendor lock-in*: nasuwające się wątpliwości praktyki/klauzule na rynku oprogramowania B2B

### 1. Wyłącznieści/klauzule wyłącznościowe

Przykładami nasuwających wątpliwości praktyk/klauzul na rynku oprogramowania B2B będą sytuacje, gdy nabywca/zamawiający w określonym czasie od zawarcia umowy będzie zmuszony zamawiać oprogramowanie (lub określony typ oprogramowania) tylko u sprzedawcy/wykonawcy lub jego autoryzowanych partnerów.

Jeżeli chodzi o analizę takich praktyk/klauzul pod kątem polskiego prawa konkurencji, powinna ona zostać dokonana oczywiście przede wszystkim pod kątem rozporządzenia Rady Ministrów z 2011 r.<sup>24</sup>, które określa, jakie klauzule w „umowach wertykalnych” między „dostawcą” a „nabywcą” podlegają tzw. blokowemu wyłączeniu/zwolnieniu (tj. są co do zasady legalne), a jakie stanowią tzw. czarne klauzule (tj. są co do zasady nielegalne). Według ww. rozporządzenia, porozumienie wertykalne to „porozumienie zawierane między dwoma lub więcej przedsiębiorcami, z których każdy działa – w ramach takiego porozumienia – na różnym szczeblu obrotu, których przedmiotem są warunki zakupu, sprzedaży lub odsprzedaży towarów” („towary” to zarówno produkty, jak i usługi); większość umów na sprzedaż/wdrożenie oprogramowania będzie spełniała definicję „porozumienia wertykalnego”. Co do zasady, klauzule wyłącznościowe nie podlegają

<sup>22</sup> W dużym uproszczeniu model SaaS polega na „zapewnieniu klientowi możliwości dostępu do aplikacji zainstalowanych na serwerach (Data Center) usługodawcy, za pośrednictwem sieci teleinformatycznych” (zob. Bieda, b.d.).

<sup>23</sup> Ibidem, pkt 258.

<sup>24</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30.03.2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, op. cit.



„blokowemu zwolnieniu”, jeżeli udział sprzedawcy i nabywcy oprogramowania przekracza 30% w rynku właściwym; tak też należałoby uznać w przypadku większości klauzul wyłącznościowych występujących na rynku oprogramowania B2B.

## 2. Wiązanie, sprzedaż pakietowa i rabaty

Przykładami nasuwających wątpliwości praktyk/klauzul na rynku oprogramowania B2B polegających na wiązaniu czy sprzedaży związanej (*tying*) będą np. sytuacje, gdy w umowie o wdrożenie oprogramowania sprzedawca/wykonawca wymaga ponoszenia opłat serwisowych od początku umowy, jeszcze zanim oprogramowanie zostanie opracowane i wdrożone. Innym przykładem takiej praktyki będzie sytuacja, gdy sprzedawca uzależnia podpisanie umowy o wdrożenie oprogramowania od zamówienia innego typu oprogramowania (np. „sprzedamy Wam nasz CRM, jeżeli kupicie też nasze oprogramowanie do rozliczeń księgowych”). Jeszcze kolejnym przypadkiem „wiązania” może być sytuacja, w której sprzedawca/wykonawca uzależnia podpisanie umowy o wdrożenie oprogramowania od zobowiązania nabywcy/zamawiającego do zakupu usług utrzymania/serwisu/rozwoju oprogramowania w danym okresie po zawarciu umowy. W umowie o wdrożenie oprogramowania sprzedawca może też zastrzegać kary umowne (lub inne sankcje/ odpowiedzialność umowną), jeżeli nabywca skorzysta w określonym okresie z usług utrzymania/serwisu/rozwoju oprogramowania u firm innych niż sprzedawca/jego partnerzy. Wreszcie, sprzedawca oprogramowania ustandaryzowanego lub SaaS może uzależniać sprzedaż takiego oprogramowania od nabycia teraz lub później „modułów” do oprogramowania lub od zakupu oprogramowania dedykowanego bazującego na oprogramowaniu ustandaryzowanym od siebie lub od swoich autoryzowanych partnerów – powyższa sytuacja również może być rozważana pod kątem niedozwolonego wiązania.

Przykładami nasuwających wątpliwości praktyk/klauzul na rynku oprogramowania B2B podlegających analizie pod kątem rabatów lojalnościowych (*loyalty rebates*) lub tzw. sprzedaży pakietowej (*bundling*) będą np. sytuacje, gdy sprzedawca/wykonawca oprogramowania oferuje łączną zniżkę (np. w postaci niższych opłat licencyjnych/niższych opłat za usługi utrzymania/niższych opłat za „moduły” do oprogramowania podstawowego), jeżeli nabywca podpisze umowę, w której zobowiąże się do zakupu zarówno oprogramowania (model licencyjny lub z przeniesieniem praw), jak i późniejszych usług/oprogramowania. Innym, bardzo rozpowszechnionym na rynku oprogramowania B2B (w tym także polskim) przykładem sprzedaży pakietowej będzie przypadek, gdy sprzedawca uzależnia *upgrade* oprogramowania od poniesienia wstecznych opłat serwisowych. Kolejną popularną sytuacją będzie, gdy przy próbie integracji konkurencyjnego oprogramowania (np. *virtual machine software*) sprzedawca domaga się opłat za tzw. użycie pośrednie (*indirect usage*) dotychczasowego oprogramowania, jednocześnie nie domagając się podobnych opłat przy zakupie i integracji własnego oprogramowania. Ze sprzedażą pakietową będziemy także mieli do czynienia, gdy sprzedawca stosuje tzw. klauzule rekalkulacyjne, tj. umożliwia zmniejszenie liczby licencji na oprogramowanie, ale pod warunkiem wzrostu opłat za usługi serwisu. Wreszcie sprzedawca może też oferować oprogramowanie (np. bazodanowe) po podstawowej cenie, jednak dodatkowe, płatne moduły tego oprogramowania są aktywowane automatycznie po zakupie oprogramowania podstawowego (w teorii można z nich zrezygnować, ale nabywca nie był o tym wyraźnie poinformowany).

W tym miejscu należy zasygnalizować, że chyba najbardziej precyzyjna i treściwa analiza kryteriów mających zastosowanie przy analizie legalności wiązania, rabatów lojalnościowych czy sprzedaży pakietowej znajduje się w Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie obecnego art. 102 TFUE<sup>25</sup> (dalej: Wytyczne). W świetle powyższych Wytycznych, aby w ogóle móc mówić o potencjalnej niezgodności praktyk polegających na sprzedaży związanej, pakietowej czy rabatach lojalnościowych z unijnym prawem konkurencji, firma, która stosuje takie praktyki, musi posiadać pozycję dominującą na rynku właściwym przynajmniej jednego produktu/usługi. W przypadku wiązania musi istnieć też osobny popyt na odrębne produkty/usługi<sup>26</sup>, a także ryzyko przeniesienia pozycji dominującej z jednego rynku właściwego na drugi. W przypadku sprzedaży pakietowej lub rabatu efektywna cena za produkt/usługę na rynku, na który przenoszona jest pozycja dominująca, powinna też uniemożliwiać konkurentom przebicie tej ceny (najczęściej dlatego, że jest to cena poniżej kosztów firmy, która przenosi pozycję dominującą). Na koniec należy też wspomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości i Sądu (np. sprawa *Intel* z 2017 r.<sup>27</sup>), domniemuje się też, że sprzeczne z unijnym prawem konkurencji są rabaty stosowane przez dominującą firmę, jeżeli ich przyznanie jest uwarunkowane nabyciem danego produktu/usługi od firmy stosującej rabat.

### 3. Odmowa udzielenia licencji/informacji o interoperacyjności

O problemie *vendor lock-in* można też mówić, gdy sprzedawca/wykonawca, który wdrożył oprogramowanie odmawia udzielenia licencji koniecznej do świadczenia usług serwisu lub usług utrzymania przez konkurencyjną firmę. Sprzedawca, który wdrożył oprogramowanie może też odmawiać udzielenia informacji niezbędnej do zapewnienia interoperacyjności tego oprogramowania z oprogramowaniem (dedykowanym lub ustandaryzowanym) zamówionym u innego sprzedawcy. Innym, częstym na polskim rynku przykładem jest sytuacja, gdy przy próbie integracji oprogramowania „bazodanowego” sprzedawca, który je wdrożył odmawia udostępnienia danych według dotychczasowej struktury, argumentując, że sama struktura bazy danych jest chroniona prawem autorskim.

Powyższe przykłady można opisać jako przypadki odmowy udzielenia licencji (*refusal to license*) lub odmowy udzielenia informacji o interoperacyjności (*refusal to grant access to interoperability*). Zgodnie z polskim prawem konkurencji, w określonych przypadkach Prezes UOKiK ma prawo nakazać udzielenia swoistej licencji przymusowej (np. prawno-autorskiej) (zob. np. Miąsik, 2015, s. 350–364) lub nakazać udzielenia dostępu do określonej infrastruktury czy informacji. W szczególności art. 10 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że „prezes UOKiK może (...) nakazać (...) zastosowanie środków polegających na (...) 1) udzieleniu licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach; 2) umożliwieniu dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach oraz 3) zmianie umowy”.

Przechodząc do analizy odmowy udzielenia licencji lub informacji o interoperacyjności przez sprzedawcę oprogramowania na gruncie polskiego prawa konkurencji, należałoby na początku ustalić czy korzystanie z oprogramowania nie jest przypadkiem możliwe na podstawie zawartej

<sup>25</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. Urz. UE 2009/C 45/02).

<sup>26</sup> Komunikat Komisji, ibidem, pkt 51.

<sup>27</sup> Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel p. Komisji*.

umowy lub na podstawie przepisów prawa autorskiego bez uzyskania antymonopolowej licencji przymusowej. Szczególnie świadczenie usług utrzymania i serwisu nie zawsze musi wymagać licencji prawno-autorskiej. Przykładowo art. 75 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>28</sup> stanowi, że („jeżeli umowa nie stanowi inaczej”), określone czynności naruszające w normalnych warunkach prawo autorskie nie wymagają zgody uprawnionego, jeżeli są niezbędne do korzystania z programu komputerowego zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym do poprawiania błędów przez osobę, która legalnie weszła w jego posiadanie. Podobnie, art. 73 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przewiduje, że „nie wymaga zezwolenia uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy (...), jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi”. Takie zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy jest możliwe, jeśli, po pierwsze, powyższe „czynności (...) dokonywane są przez licencjobiorcę lub inną osobę uprawnioną do korzystania z egzemplarza programu komputerowego bądź przez inną osobę działającą na ich rzecz”; po drugie, „informacje niezbędne do osiągnięcia współdziałania nie były uprzednio łatwo dostępne [dla licencjobiorcy lub osoby uprawnionej]”; po trzecie wreszcie, jeśli powyższe „czynności (...) odnoszą się do tych części oryginalnego programu komputerowego, które są niezbędne do osiągnięcia współdziałania”. Należy jednak zauważyć, że korzystanie z oprogramowania na podstawie wyżej przytoczonych przepisów prawa autorskiego często nie będzie wystarczające. Przykładowo, „wydobycie” informacji o współdziałaniu z samego kodu będzie często niemożliwe bez współdziałania ze strony twórców oprogramowania.

Jeżeli udzielenie licencji lub informacji o interoperacyjności nie jest jednak możliwe na gruncie prawa autorskiego lub samej umowy dotyczącej sprzedaży/wdrożenia oprogramowania, należy przejść do analizy pod kątem prawa konkurencji. Przesłanki ewentualnej sprzeczności odmowy udzielenia licencji/informacji o interoperacyjności z prawem konkurencji zostały przytoczone przez Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd w sprawach *Magill*<sup>29</sup>, *IMS Health*<sup>30</sup> oraz *Microsoft*<sup>31</sup>. Zgodnie z tezami orzecznictwymi z powyższych spraw, przedsiębiorca, który odmawia licencji lub udostępnienia informacji o interoperacyjności musi posiadać pozycję dominującą na rynku właściwym. Odmowa musi ponadto wykluczyć konkurencję na tzw. rynku sąsiednim (*secondary market*) oraz zapobiec pojawieniu się „nowego produktu/usługi”, „usprawnienia technicznego” lub usługi na rynku sąsiednim (zob. np. Drexler, 2005, s. 2).

Prawo konkurencji może więc umożliwić domaganie się licencji od firmy, która ma pozycję dominującą, jeżeli dzięki licencji możliwe jest uzyskanie „usprawnień technicznych” dotyczącego produktu lub usługi.

## VI. Podsumowanie

Problem *vendor lock-in* dotyczy zarówno firm prywatnych, jak i publicznych zamawiających (zob. np. Filipowicz, 2015) „skazanych” na długoletnią współpracę z dostawcami IT. Prezes UOKiK mógłby np. stwierdzić sprzeczność z prawem konkurencji określonych, niekorzystnych klauzul

<sup>28</sup> Dz.U. 1994 Nr 24, poz. 83 ze zm.

<sup>29</sup> Wyr. Sądu z 6.04.1995 r. w sprawie C-241/91 P i C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) p. Komisji*.

<sup>30</sup> Wyr. TS z 29.04.2004 r. w sprawie C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG i NDC Health GmbH & Co. KG*.

<sup>31</sup> Wyr. Sądu z 17.09.2011 r. w sprawie T-201/04, *Microsoft Corp. p. Komisji*.

umownych w umowach o wdrożenie oprogramowania (np. klauzul nakazujących zapłatę wstecznych opłat serwisowych). Klienci lub konkurenci dominujących sprzedawców IT mogliby też np. zacząć domagać się od Prezesa UOKiK, żeby ten nakazał lub zakazał sprzedawcom określonych zachowań rynkowych<sup>32</sup>. Problem *vendor lock-in* nie doczekał się dotychczas w doktrynie polskiego prawa antymonopolowego szerszego omówienia, dlatego autor tego artykułu ma nadzieję, że będzie on przyczynkiem do rozpoczęcia dyskusji na temat roli prawa konkurencji w przeciwdziałaniu problemowi *vendor lock-in* w sektorze oprogramowania dla przedsiębiorstw.

## Bibliografia

- Bieda, R. (b.d.). *Prawne aspekty SaaS*. Pozyskano z: <https://maruta.pl/pl/baza-wiedzy/377-prawne-aspekty-saas>.
- Chin, A. (2004). Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach. University of North Carolina School of Law, Faculty Publications. *Harvard Journal of Law & Technology*, 18(1), Fall. Pozyskano z: <https://scholarship.law.unc.edu>.
- Drexl, J. (2005). Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: 'A More Economic Approach to Competition by Imitation and to Competition by Substitution. W: C.D. Ehlermann, I. Atansiu (red.), *The Interaction between Competition Law and IP Law* (s. 647–664). Oxford: Hart Publishing. Pozyskano z: <http://www.eui.eu>.
- Filipowicz, T. (2015). *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*. Warszawa: Wolters Kluwer LEX.
- First, H. i Gavil, A. (2014). *The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the Twenty-first Century*. Cambridge: The MIT Press.
- <https://256b7t2ctlpj29jufd45txzd-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/08/SAP-cover-letter.pdf>.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2013). *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję: W poszukiwaniu zrównoważonego modelu współistnienia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Maruta, M. (b.d.). *Prawa autorskie w projektach IT. Głównie o różnicach między przeniesieniem praw a licencjami*. Pozyskano z: <https://maruta.pl/pl/baza-wiedzy/261-prawa-autorskie-w-projektach-it-czesc-pierwsza-glownie-o-roznicach-miedzy-przeniesieniem-praw-a-licencjami>.
- Miąsik, D. (2015). Dochodzenie roszczeń przysługujących uprawnionemu z tytułu naruszenia praw wyłącznych jako praktyka ograniczająca konkurencję. W: D. Kasprzycki, J. Ożegalska-Trybalska (red.), *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- OECD. (2017). *Competition Issues in Aftermarkets – Summaries of Contributions, Summary of countries' contributions*. DAF/COMP/WD(2017)1, 21–23 June.
- Opara-Martins, J., Sahandi, R. i Tian, F. (2016). Critical analysis of vendor lock-in and its impact on cloud computing migration: a business perspective. *Journal of Cloud Computing Advances, Systems and Applications*, 5(4). Pozyskano z: <https://journalofcloudcomputing.springeropen.com/articles/10.1186/s13677-016-0054-z>.
- Petit, N. (2017). EU Competition Law Analysis of FRAND Disputes. W: J.L. Contreras (red.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>32</sup> Warto też pamiętać, że normy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogą stanowić podstawę powództw cywilnoprawnych, szczególnie jeśli takim powództwo towarzyszy wcześniejsza decyzja Prezesa UOKiK stanowiąca dla sądu cywilnego prejudykat (np. w ewentualnym sporze o nadpłacone opłaty za usługi utrzymania/serwisu czy o nadpłacone opłaty licencyjne).

- Richman, B.D. (2017). *Letter on SAP indirect access license-fee arrangements*. Pozyskano z: <https://256b7t2ctlpj29jufd45txzd-wpengine.netdna-ssl.com/wpcontent/uploads/2017/08/SAP-cover-letter.pdf>.
- Różowicz, K. i Gazecka, N. (2016). *Zamówienia publiczne na dostawy i usługi IT. Wybrane zagadnienia praktyczne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Samadi, F. (2010). *Versata lodges EU antitrust complaint*. Global Competition Review.
- Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Sluijs, J.P., Larouche, P. i Sauter, W. (2012). Cloud Computing in the EU Policy Sphere. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and e-Commerce Law*, 3(1).