

Analiza ekonomiczna efektów monopolistycznych w Cyberprzestrzeni

I. Wstęp

Internet, w założeniu swoich twórców, miał służyć do komunikacji między naukowcami z różnych uniwersytetów w USA. Nie spodziewali się oni, iż ich odkrycie rozwinie się w tak dynamiczny sposób i osiągnie takie rozmiary. W chwili obecnej Internet posiada 1,463,632,361 użytkowników¹, co oznacza, że od 2000 roku liczba użytkowników zwiększyła się o 305,5%². Użytkownicy Ci oprócz szeroko rozumianej wymiany informacji, zajmują się także odpłatną i nieodpłatną wymianą dóbr i usług. Stąd można wysnuć wniosek, że Cyberprzestrzeń, czy też wirtualna rzeczywistość stała się nową platformą wymiany handlowej, czyli swoistym rodzajem rynku. Jej rozwój pomógł przeprowadzaniu transakcji drogą tradycyjną, a niektórych wypadkach stał się jej substytutem³. Działalność w Cyberprzestrzeni z jednej strony charakteryzuje się niskimi kosztami wejścia na rynek, z drugiej strony zaś otwiera podmiotowi drogę do bardzo szerokich, niespotykanych wcześniej rynków zbytu. Z tego powodu handel elektroniczny rozwija się z ogromną szybkością oferując coraz to nowsze bardziej zaawansowane formy kooperacji między podmiotami⁴, stając się w ten sposób alternatywą dla tradycyjnych rynków zbytu. Ze względu na zwiększającą się doniosłość zjawiska wymiany dóbr i usług w Cyberprzestrzeni stało się przedmiotem zainteresowania zarówno prawodawców jak i przedstawicieli doktryny nauk prawnych. Zauważono, że wysoka dynamika rozwoju oraz niespotykana w przypadku rynków tradycyjnych specyfika powodują, że regulacja prawna działania handlu na płaszczyźnie Cyberprzestrzeni jest niezwykle utrudniona oraz wymaga wprowadzenia nowych lub reinterpretacji istniejących zasad prawnych⁵.

Opisanie wszystkich praw oraz zjawisk występujących w wirtualnej rzeczywistości jest niemożliwym w ramach krótkiego artykułu, dlatego też autor w niniejszym opracowaniu przyjrzy się wycinkowi rzeczywistości, jakim jest powstawanie pozycji monopolistycznej na rynku wirtualnym, biorąc pod uwagę podobieństwa i różnice pomiędzy Cyberprzestrzenią a rynkami

¹ *Internet World Stats*, <http://www.internetworldstats.com>, (dane z 30 czerwca 2008)

² *ibidem*

³ Szczególnie dotyczy to przemysłu muzycznego, gdzie sprzedaż płyt tradycyjnych spada co roku na rzecz sprzedaży plików w formacie mp3.

⁴ Szerzej: Morgan Stanley Dean Witter *The B2B Internet Report: Collaborative Commerce* April 2000

⁵ Szerzej: S. Lochen, *Elektronische Marktplätze und Kartellrecht*, München 2006, s. 23 i nast.

tradycyjnymi, w celu odpowiedzi na pytanie o możliwość i zasadność regulacji wirtualnej rzeczywistości przez tradycyjne prawo antymonopolowe⁶.

II. Cyberprzestrzeń jako oddzielny rynek

Jak już zaznaczono we wstępie, cyberprzestrzeń coraz bardziej zaczyna przypominać ekonomiczny rynek, będący platformą wymiany dla dóbr i usług. W chwili obecnej zdecydowana większość działań w Sieci, tak osób prywatnych jak i przedsiębiorców jest zorientowana na cele ekonomiczne⁷. Jednostki prywatne oferują przedmioty osobistego użytku takie jak np. używane książki czy też inne przedmioty, które uznają za zbędne dla siebie. Przedsiębiorcy natomiast używają Internetu do celów marketingowych oraz do poszerzenia swoich rynków zbytu. Z drugiej strony potencjalni klienci poprzez bezpośrednie odwiedzanie stron producentów, bądź używając specjalistycznych wyszukiwarek poszukują najlepszych ofert dotyczących interesującego ich produktu. Dlatego można stwierdzić, że Cyberprzestrzeń, poprzez umożliwienie komunikacji za pomocą środków elektronicznych tworzy globalny rynek, na którym towary mogą być sprzedawane na cały świat. Można stwierdzić, iż zjawisko to spełnia wymogi definicji rynku w znaczeniu funkcjonalnym zaproponowanej przez J. Hansona⁸, tzn. zapewnia kontakt pomiędzy sprzedawcami i kupującymi oraz umożliwia im wymianę dóbr i usług, gdzie ceny są ustalane poprzez efekt działania wszystkich uczestników.

Jako że rynki w znaczeniu ekonomicznym można porównać do systemu naczyń połączonych, gdzie zmiana w jednym z nich oddziałuje także na inne, warto w tym miejscu zastanowić się nad zależnością, jaka powstaje między Cyberprzestrzenią a tradycyjnymi rynkami. Na pierwszy rzut oka można zauważyć już, że wpływ ten będzie różny ze względu na rodzaj dóbr oraz charakter danej branży.

Pierwszym możliwym modelem relacji jest całkowite zastąpienie rynku tradycyjnego przez rynek wirtualny. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy cała transakcja (negocjacje jej warunków, zawarcie oraz przeprowadzenie) przebiegają online. Z tego typu

⁶ Jest ono znane także jako prawo antytrustowe, kartelowe czy też prawo konkurencji. Pluralizm terminologiczny ma związek z nazewnictwem stosowanym w ustawodawstwie: w USA mamy do czynienia z *Antitrust law*, w Niemczech z *Kartellrecht*, a prawie europejskim z *Competition law*. Z tego powodu określenia te będą w artykule używane przemienne.

⁷ Szerzej na temat rozwoju Internetu w: L. Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books 1999

⁸ J. Hanson, *A Dictionary of Economic and Commerce*, Pitman Publishing 1986

sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy przedmiotem obrotu będą dobra informacyjne⁹, takie jak software, muzyka, e-booki, ect, które mogą zostać przekazane do kupującego bezpośrednio za pomocą Internetu. Zapłata w tym wypadku też może zostać dokonana online przy pomocy kart kredytowych, przelewów internetowych z konta bankowego czy też usług pośredników takich jak Paypal czy PayU¹⁰.

W drugim modelu rynek wirtualny tylko częściowo zastępuje rynki tradycyjne. W tym wypadku transakcja jest negocjowana i zawierana online natomiast samo jej wykonanie następuje już offline. Przykładem takiego rodzaju interakcji może być serwis *Allegro.pl*, gdzie licytacje czy też oferty znajdują się w Sieci, jednak produkt ze względu na swoją naturę występuje i musi być dostarczony w świecie rzeczywistym.

Trzecim rodzajem oddziaływania Cyberprzestrzeni na rzeczywistość jest wpływ pośredni. Z takim modelem będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy jedna ze stron umowy zostanie znaleziona przez drugą online, jednak sama transakcja przeprowadzana jest offline¹¹.

Wyróżnienie tych trzech rodzajów interakcji jest ważne z punktu widzenia wpływu Cyberprzestrzeni na tradycyjną analizę rynku, gdyż w każdym z tych przypadków efekty analizy mogą się od siebie znacząco różnić ze względu na inne zbilansowanie oddziaływania czynników tradycyjnych oraz tych występujących wyłącznie w wirtualnej rzeczywistości, o których mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

III. Rynek i jego niedoskonałości

Przyjęcie założenia, że Cyberprzestrzeń jest oddzielnym rynkiem, pozwala także na inne spojrzenie na wirtualną rzeczywistość oraz na jej analizę z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Co do zasady, podstawowe założenie ekonomicznych teorii dotyczących konkurencji jest takie, że konkurencyjny rynek dąży do jak najwyższej efektywności alokacyjnej, czyli stanu, który polega na takiej dystrybucji dóbr, przez którą niemożliwym się staje wzbogacenie jednego podmiotu bez powodowania strat u drugiego podmiotu. Innymi słowy

⁹ Najważniejszą cechą dóbr informacyjnych w kontekście obrotu towarami w Cyberprzestrzeni jest to, że ich koszty stałe są wysokie, natomiast koszt marginalny bliski zeru. Np. nakręcenie filmu wymaga wysokich kosztów, natomiast samo jego późniejsze kopiowanie oraz dystrybucja online generuje minimalne koszty. Więcej na temat dóbr informacyjnych oraz problemów związanych z ochroną praw własności intelektualnej w: L. Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press, 2004.

¹⁰ Podmiot odpowiedzialny za działający w Polsce system płatności ESCROW używany np. w popularnym serwisie aukcyjnym *Allegro.pl*.

¹¹ J. Gołaczyński (red.), *Prawo umów elektronicznych*, Zakamycze 2006, s.14-24

oznacza to, iż dalsze przenoszenie dóbr i usług nie zwiększa już dobrobytu społecznego (*social welfare*)¹². To założenie może zostać spełnione tylko w sytuacji, gdy mamy do czynienia z wolną konkurencją na rynku doskonałym, o którym pisał A. Smith w swoim dziele pt. *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*(1776)¹³. Z tego powodu niektórzy uznali, że interwencja państwa w stosunku do rynku jest niepożądana, gdyż zakłóca wolną, niczym nie skrepowaną konkurencję. Jednak w toku ewolucji teorii ekonomicznych wykazano, że rynek doskonały jest jedynie modelem, który nie występuje w rzeczywistości, gdyż prawdziwe rynki posiadają pewne niedoskonałości (*market failures*), które wpływają na zmniejszenie efektywności rynkowej¹⁴ i interwencja państwa w celu ich eliminacji jest wskazana.

Za takie niedoskonałości, w teorii ekonomii, zwykło się przyjmować m.in. sytuacje, gdy po, którejś ze stron rynku występuje tylko jeden podmiot (monopole), gdy gracze rynkowi nie posiadają tej samej pełnej informacji właściwej dla ich działań rynkowych (asymetria informacyjna) oraz gdy dobrem sprzedawanym jest dobro publiczne¹⁵.

W niniejszym artykule poruszony zostanie jedynie problem powstawania monopolu, gdyż najlepiej obrazuje on ogrom zmian, jakie niosą ze sobą nowoczesne technologie informatyczne.

VI. Monopole

Monopol, czyli sytuacja, gdy po jednej stronie wymiany rynkowej jest tylko jeden podmiot, jest z punktu widzenia efektywności alokacyjnej niekorzystna z tego względu, iż podmiot taki, nie posiadając konkurentów może m.in. tak sterować podażą oferowanego produktu czy usługi, że jego zysk zostanie maksymalizowany kosztem efektywności alokacyjnej, co ma ujemne skutki dla dobrobytu społecznego¹⁶.

Jednakże w warunkach konkurencji wolnorynkowej monopole niemal nie występują, gdyż wysoki poziom cen zachęca inne podmioty do wejścia na dany rynek, jeśli uznają one, że są w stanie świadczyć te same bądź analogiczne usługi czy dobra za niższą cenę. Z powyższego można wyciągnąć wniosek, iż monopole występują jedynie w sytuacji, gdy są tworzone prawem

¹² Porównaj: D. Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s. 25-46; V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s. 2-11.

¹³ Wydanie polskie 1954

¹⁴ Por: R. Posner, *The Chicago School of Antitrust*, University of Pennsylvania Law Review, 127, 947 (1975)

¹⁵ Katalog ten ma charakter jedynie przykładowy i niepełny, cyt. za: N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace*, Cheltenham 2004, s. 27

¹⁶ Szerzej na temat zysku monopolistycznego Martyn Taylor, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?* Cambridge 2005, s. 15-20

uchwalonym przez państwo, zazwyczaj w celu zwalczania innych niedoskonałości rynkowych¹⁷. Jednakże praktyka pokazuje, iż podmioty, które posiadają znaczną siłę rynkową (samodzielnie albo jako konglomerat pojedynczych podmiotów) mogą stosować te same metody zwiększenia swojego zysku ekonomicznego, co klasyczne monopole. Dlatego w prawie polskim, unijnym oraz regulacjach prawnych innych krajów powstały przepisy zakazujące nadużywania pozycji dominującej na rynku¹⁸ oraz regulacje, które mają na celu zapobieganie tworzenia szkodliwej z punktu widzenia konkurencji dominacji rynkowej (np. poprzez kontrolę fuzji). Dlatego dla potrzeb tego opracowania pod pojęciem monopolu należy rozumieć również pozycję dominującą.

Cyberprzestrzeń, jak każdy rynek, posiada swoje niedoskonałości. Jednakże charakteryzuje ona się kilkoma cechami, dzięki którym ryzyko wystąpienia przyczyn powstawania monopolu, a co za tym idzie interwencji państwa jest w naturalny sposób mniejsze. Z drugiej jednak strony wirtualna rzeczywistość kreuje nowe problemy związane z praktykami monopolistycznymi. Te przeszkody nie są brane pod uwagę w toku mikroekonomicznej analizy, ze względu na swój dotychczas niespotykany charakter. Dlatego nowoczesne problemy wymagają nowoczesnych rozwiązań, które zostaną opisane w dalszej części tego artykułu.

1. Cechy cyberprzestrzeni zapobiegające tradycyjnym efektom monopolistycznym

W tradycyjnej analizie prawa antymonopolowego za efekty sprzyjające powstawaniu monopolu uznaje się wielkość rynku właściwego¹⁹, koszty wejścia na rynek²⁰, związane z działalnością koszty stałe, koszty reklamy i promocji, ograniczone zasoby, których alokacja dokonywana jest przez państwo czy też regulacja państwową (tworzenie wyłączności w drodze

¹⁷ Przykładem takiego działania mogą być regulacje dotyczące patentów. Patenty są prawem do posiadania monopolu na daną innowację przez określony czas. Związane to jest z łatwością kopiowania nowo powstałych rozwiązań, które w łatwy sposób mogą zostać zastosowane przez inne podmioty, które nie partycypowały w często bardzo kosztownych badaniach nad daną innowacją. Stąd można twierdzić, że przyznanie patentu jest swoistym rodzajem „odszkodowania” dla podmiotu za koszt prowadzonych badań oraz ma funkcje stymulującą do dalszego rozwoju, gdyż pozwala osiągnąć danemu podmiotowi konkretny zysk ekonomiczny.

¹⁸ Art. 82 TWE oraz Art. 9 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 (Dz.U. 2007 Nr. 50 poz. 331) Szerzej na temat stosowania tych przepisów: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX 2008, J. Faull, A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999

¹⁹ Im mniejszy rynek, tym większa szansa na powstanie monopolu

²⁰ Wysokie koszty związane np. z koniecznością utworzenia drogiej sieci infrastrukturalnej może odstraszać potencjalnych inwestorów, którzy nie mając pewności zwrotu poniesionych nakładów nie będą chcieli ich ponieść w celu dołączenia do rynku.

przepisów prawnych)²¹. Niektóre z tych efektów zostają w Cyberprzestrzeni „przytłumione” ze względu na cechy, które ona posiada. Te właśnie efekty zostaną teraz przedstawione i przeanalizowane.

a) Wielkość rynku właściwego

Powstanie większości monopolii związane jest z wielkością rynku właściwego. Na małym rynku dużo łatwiej uzyskać jest pozycje dominującą, a czasami jego wielkość wręcz wymusza tylko jednego dostawcę usług czy produktów. Problem ten znika w Cyberprzestrzeni, gdyż jest ona rynkiem bez granic terytorialnych. Z jednej strony pozwala sprzedawcom konkurować z podmiotami spoza ich lokalizacji geograficznej²² oraz przekroczyć granice państw, z drugiej zaś udostępnia nabywcom możliwość wyszukiwania najkorzystniejszych dla nich ofert z całego świata²³, bądź pozwala na znalezienie podmiotów z konkretnej branży²⁴. Dlatego też rynek właściwy²⁵ w przypadku obrotu towarami w Cyberprzestrzeni można pojmować bardzo szeroko, a w stosunku dla dóbr informacyjnych takich jak programy komputerowe, czy artykuły prasowe można zaryzykować stwierdzenie, że rynkiem właściwym będzie rynek globalny. Szeroki zasięg terytorialny wymiany handlowej w naturalny sposób obniża ryzyko wystąpienia pozycji dominującej czy nawet monopolu prawnego, gdyż zasady stosowania prawa poszczególnych krajów w stosunku do wirtualnej rzeczywistości nadal są bardzo niespójne i szczątkowe. Ponadto łatwo jest w Cyberprzestrzeni zmienić „lokację” stron umowy, jeżeli zajdzie taka potrzeba. To, co w świecie realnym uchodzi za skomplikowany i kosztowny proces, w warunkach wirtualnych jest możliwe przy pomocy jednego kliknięcia myszą²⁶.

²¹Więcej: R. McAfee: *Introduction to Economic Analysis*, znalezione na: <http://www.mcafee.cc/Introecon/IEA.pdf> (20 Grudzień 2008), s. 232-242.

²² Oczywiście nie można tutaj mówić o pełnej konkurencji, gdyż ta jest ograniczona kosztami transportu, które ograniczają zasięg bezpośredniej rywalizacji. Natomiast w sytuacji, gdy całość transakcji przeprowadzana jest online, tzn. transakcja i samo dobro przekazywane są za pomocą środków komunikowania się na odległość, wtedy możemy mówić o naprawdę globalnym rynku.

²³ Istnieje szereg wyszukiwarek, które automatycznie wyszukują najkorzystniejsze oferty cenowe. Na rynku polskim najpopularniejszym tego typu programem jest strona: www.ceneo.pl

²⁴ W Sieci oprócz wyszukiwarek tradycyjnych znajdują się także katalogi branżowe jak np. www.directindustry.com, czy bazy danych przedsiębiorstw jak www.pf.pl

²⁵ Za rynek taki zgodnie z art. 4 pkt 9 *Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów* z dnia 16 lutego 2007 należy rozumieć: to rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

²⁶ N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace*, s.34

Warto też zauważyć, że działalność w Sieci ma także niemały wpływ na przedsiębiorstwa, które prowadzą swoją działalność tylko i wyłącznie w świecie realnym. W tym wypadku pozwoli to na osłabienie pozycji dominującej danej firmy na tradycyjnych rynkach oraz ze względów ekonomicznych zachęci ją do dołączenia do rywalizacji w wirtualnej rzeczywistości.

Przykładem takiego zjawiska może być rynek księgarski w USA²⁷. Wirtualne księgarnie takie jak *Amazon.com*²⁸ nadały nowy wymiar całej branży, łamiąc dotychczasowe bariery i znacznie osłabiając pozycję dotychczasowych gigantów rynkowych.

Amazon.com powstał w 1995 roku, założony przez młodego biznesmena Jeffa Bezosa, który posiadając kwotę kilkunastu tysięcy dolarów chciał otworzyć firmę, która by mogła operować na rynku krajowym USA. Brak środków na wysokie nakłady związane z zakładaniem oddziałów na terenie całego kraju, skłonił go do podjęcia ryzyka i otworzenia swojej działalności w wirtualnym świecie. Pod koniec 1996 roku, czyli po półtorej roku działalności, jego księgarnia internetowa miała większy udział w rynku księgarskim niż potentat branży *Barnes and Noble*, a sam twórca był uznany za geniusza. Z tego powodu najwięksi dystrybutorzy książek w USA także postanowili udostępnić swoim klientom możliwość robienia zakupów online. *Barnes & Noble*, największa sieć księgarni na świecie, swój wirtualny sklep otworzyła na początku 1997 roku i pod koniec tego roku połowa wszystkich transakcji sprzedaży została zawarta w Cyberprzestrzeni²⁹.

Jak zostało wspomniane wcześniej, wirtualna rzeczywistość może być wykorzystywana w różnym stopniu w e-handlu. Może służyć za miejsce promocji, za platformę negocjacji i zawarcia transakcji, która zostanie wykonana offline lub może także być medium, w którym cała transakcja dochodzi do skutku. W przypadku, gdy Sieć zostaje użyta tylko i wyłącznie do przetwarzania zamówień, wpływ Cyberprzestrzeni na ograniczenie powstania monopolu będzie przytłumiony, gdyż sprzedawcy nadal mogą być uzależnieni w dużym stopniu od infrastruktury występującej w świecie rzeczywistym, która pozwoli im na szybką i taną dystrybucję

²⁷ Rynek ten będąc rynkiem rozproszonym wymagał wysokich nakładów w celu utworzenia sieci dystrybucji składających się z lokali, w których będzie można przechowywać oraz prezentować tysiące książek. Dlatego też dołączenie do rynku, przy występowaniu dużych graczy rynkowych posiadających znaczne udziały w rynku jak np. *Barnes and Noble* czy *Dillons* było znacznie utrudnione.

²⁸ Historię oraz rozwój *Amazon.com* można prześledzić na stronie: <http://www.fundinguniverse.com/company-histories/Amazoncom-Inc-Company-History.html>

²⁹R. Cairney, *Bookstores an Online Goldmine?*, See Magazine, znalezione na: www.seemagazine.com/Issues/1998/1015/web.html (20 Grudzień 2008)

oferowanych dóbr. Bez względu na to, Cyberprzestrzeń stawia przed użytkownikami znacznie szerszy wybór produktów, usług i dostawców oraz zmniejsza koszty transakcji nawet o 15%³⁰, co promuje zwiększoną konkurencję, która jest czynnikiem hamującym powstawanie pozycji dominującej na rynku czy też monopoli.

b) Koszty wejścia na rynek oraz koszty stałe wykonywania działalności

Jedną z najważniejszych przyczyn powstawania monopoli na rynku tradycyjnym są wysokie koszty eksploatacji oraz konieczność zainwestowania bardzo dużych pieniędzy w celu zaistnienia na rynku. Zazwyczaj taka sytuacja związana jest z charakterem danej działalności gospodarczej, jednakże zdarza się, że główni gracze rynkowi, którzy w bardziej lub mniej formalny sposób podzielili rynek między siebie, będą stosować taktykę krótkotrwałego obniżania cen, często poniżej kosztów wytworzenia³¹, w celu uniemożliwienia lub zniechęcenia nowego podmiotu do dołączenia do rynku, co prowadzi do utrzymania ich dotychczasowej pozycji oligopolistycznej.

W przypadku, gdy mamy do czynienia z usługami i produktami, których sprzedaż może nastąpić całkowicie w wirtualnej rzeczywistości³², koszty wejścia na rynek są znacznie niższe niż w przypadku świata rzeczywistego. Za przykład może posłużyć stworzenie i wydanie własnej gazety. W rzeczywistym świecie wymaga to zakupu i utrzymania drukarni, kupna papieru i tuszu oraz opłacenia sieci dystrybutorów. Natomiast taka sama działalność w Cyberprzestrzeni wymaga jedynie zamieszczenia informacji na przygotowanej wcześniej stronie www lub też jednego kliknięcia w celu przesłania wiadomości bezpośrednio do wszystkich zainteresowanych otrzymaniem takiego *newslettera*. Z drugiej strony system ocen i komentarzy pozwala użytkownikom wirtualnej rzeczywistości na ustalenie wiarygodności i jakości danego źródła informacji.

Niższe koszty wejścia na rynek zwiększają wydatnie konkurencję oraz pozwalają wielu małym oraz niszowym wydawcom na nie tylko na samo zaistnienie na rynku, ale także na prężną na nim działalność. Co więcej, łatwość z jaką można dołączyć do rynku również znacznie

³⁰ S. Loetz, *E-Commerce Platforms Innovation and Antitrust Law*, ZEI Report No. 9, June 2001.

³¹ Tzw. *predatory pricing*. Praktyka uznana jest za zakazaną przez normy prawa konkurencji większości państw świata. W Unii Europejskiej praktyki takie będą zakazane w art. 82 TWE, który zakazuje wykorzystywania pozycji dominującej na rynku, natomiast w polskiej *Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 16 lutego 2007* (Dz.U Nr 50 poz.331) ustalanie rażąco niskich cen zabronione jest explicite w Art.9 ust.2 pkt.1.

³² Pierwszy model opisywany na początku artykułu.

zmniejsza efektywność strategii krótkoterminowych, takich jak stosowanie rażąco niskich cen, które służyły kontroli dołączania nowych podmiotów do rynku przez jego największych graczy. Z tego względu Cyberprzestrzeń na stałe zmienia układ sił na rynku dystrybucji informacji, gdzie mass media muszą konkurować z ogromną ilością mniejszych wydawców, choć ich przewagą jest ciągle tradycyjna dystrybucja w świecie rzeczywistym oraz ogromne środki, które mogą zaangażować na działalność w Cyberprzestrzeni³³.

Podobny efekt, oczywiście na mniejszą skalę, można zauważyć w tych sektorach gospodarki, gdzie wirtualna rzeczywistość jest tylko platformą do zawarcia umowy, natomiast sama transakcja dokonywana jest w świecie rzeczywistym. Przykładem takiego modelu może być przywoływany już wcześniej rynek księgarski. W realnym świecie, aby otworzyć księgarnię, należy wynająć i utrzymać odpowiednio duży lokal, w stosowny sposób go wyposażać oraz zatrudnić personel. Są to jak widać dość znaczne koszty. Co więcej, dobrze wyposażona księgarnia posiada ok. 40 tys. tytułów³⁴, za które właściciel musi co do zasady zapłacić z góry. Natomiast stworzenie wirtualnego katalogu i umieszczenie go na stronie www generuje relatywnie niewielkie koszty w porównaniu z działalnością na rynku tradycyjnym. Ponadto pozwala na udostępnienie dużo szerszego asortymentu, o czym świadczy chociażby baza książek z *Amazon.com*, która liczy ponad 2 miliony tytułów³⁵. Powyższe pokazuje, że wirtualna księgarnia, nie tylko nie wymaga ogromnych nakładów finansowych w celu jej otwarcia, ma niższe koszty stałe związane z utrzymaniem lokali, personelu etc., to jeszcze oferuje klientom dużo szerszy, logicznie uporządkowany zbiór książek, z którego potencjalni nabywcy mogą wybrać interesujący ich tytuł.

Powyżej zilustrowane przykłady pozwalają wykazać, że w wielu dziedzinach gospodarki możliwość oferowania dóbr w wirtualnej rzeczywistości znacznie zmniejsza koszty wejścia na rynek, co stymuluje konkurencję, poprzez wyeliminowanie bariery w postaci wysokich nakładów inwestycyjnych. W dodatku wirtualna rzeczywistość okazuje się wyśmienitą alternatywą dla tradycyjnych sposobów dystrybucji dóbr i usług.

³³ Przykładem może być AGORA S.A., wydawca *Gazety Wyborczej* oraz portalu *gazeta.pl*, który jest jednym z najczęściej odwiedzanych serwisów informacyjnych. W niektórych publikacjach gazety podawane są wprost odniesienia do materiałów znajdujących się na portalu, co także służy promocji tejże witryny internetowej.

³⁴ E. Brynjolfsson, Y.Hu, M. Smith, *Consumers surplus in the digital Economy: Estimating the value of increased product variety at Online Booksellers*, MIT School of Management, s. 1-5, znalezione na: http://ebusiness.mit.edu/research/papers/176_erikb_onlinebooksellers2.pdf (20 December 2008)

³⁵ *Ibidem*

c) Monopole powstające w wyniku rzadkości zasobów

Rzadkość zasobów jest jednym z czynników, które prowadzą do powstania niedoskonałości rynkowych. Jednym ze sposobów walki z tym zjawiskiem jest wprowadzenie pewnych ograniczeń administracyjnoprawnych, w tym tworzenie monopolu przez państwo³⁶.

Niektóre rzadkie dobra wymagają, w celu ich efektywnego wykorzystania, pewnej odgórnego kontroli. Najstarszym i najlepszym przykładem jest własność nieruchomości. W przypadku, gdy duża liczba osób używa legalnie danego zasobu, takiego jak jezioro, czy nieruchomość gruntowa, zazwyczaj dobro takie będzie nadmiernie eksploatowane³⁷. Nadanie prawa własności jednostkom indywidualnym do wyłącznego kontrolowania danego zasobu (nieruchomości) jest de facto utworzeniem monopolu prawnego, który ma za zadanie zapobiec kolektywnej nadmiernej eksploatacji danego dobra, która mogłaby doprowadzić do jego szybkiego całkowitego zużycia.

Wpływ Cyberprzestrzeni na ograniczenie zjawiska rzadkości najlepiej zobrazować przykładem dystrybucji informacji niepisanej. Do czasów powstania Internetu tradycyjnymi środkami przekazywania informacji na odległość były radio i telewizja. Ze względu na ograniczoną szerokość pasma elektromagnetycznego państwo postanowiło ograniczyć dostęp do możliwości emitowania audycji radiowych i telewizyjnych³⁸ w celu uniknięcia kompletnego chaosu oraz „inwazyjnej” natury tegoż medium³⁹. W Cyberprzestrzeni problem ograniczeń podmiotowych dotyczących transmisji informacji tak naprawdę nie występuje. W wirtualnej rzeczywistości możliwości użycia kanałów komunikacyjnych są praktycznie nieskończone. Internet jest zdecentralizowany i pozwala każdemu użytkownikowi używającemu standardowych protokołów na podłączenie się do niego. Z technicznego punktu widzenia każdy użytkownik może zamieścić swoją informację w Internecie (w postaci pliku tekstowego, graficznego, muzycznego, video etc.) i udostępnić go ogromnej liczbie użytkowników⁴⁰. Informacja w Sieci

³⁶ Więcej T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza*, [w]: A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2005

³⁷ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, Science, 162, 1243 (1968).

³⁸ W Polsce rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych jest działalnością koncesjonowaną zgodnie z Art. 46 ust. 4 *Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej* z dnia 2 lipca 2004 (Dz.U. Nr 173, poz. 1807), Więcej na temat koncesjonowania T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza...*, Wrocław 2005.

³⁹ *ALCU vs. Reno*, 929 F. Supp. 824 (1996)

⁴⁰ W chwili obecnej istnieje wiele serwisów, które zajmują się hostingiem plików. Najbardziej znane z nich to: www.rapidshare.de, www.imageshack.us, www.youtube.com, czy rodzima wrzuta.pl. Z jednej strony pozwalają one na udostępnianie swoich „dzieł” przez użytkowników, z drugiej zaś strony nie jest tajemnicą, że np. wytwornie

dystrybuowana jest przez serię impulsów elektromagnetycznych przesyłanych w małych pakietach i może być przekazywana do wielu miejsc równocześnie⁴¹. Dlatego przekaz informacji w Cyberprzestrzeni nie podlega ograniczeniom, z którymi mamy do czynienia w przypadku tradycyjnych technologii komunikacyjnych. Z tego powodu nie ma konieczności stosowania jednego najbardziej wydajnego kanału komunikacji⁴².

W wirtualnej rzeczywistości każdy może zakładać swoje kanały komunikacji oraz ustalać reguły, jakimi będą się rządzić. To od pozostałych użytkowników zależy, czy uznają dany kanał za interesujący i czy będą gotowi do zaakceptowania warunków jego użytkowania. Jeśli nie, mogą dołączyć do innego działającego już kanału, bądź otworzyć własny.

W chwili obecnej technologia przesyłu informacji rozwinęła się na tyle, że szerokopasmowe łącza internetowe pozwalają na przesyłanie w czasie rzeczywistym obrazów telewizyjnych w wysokiej jakości, co sprawia, że telewizja internetowa staje się alternatywą dla telewizji tradycyjnej. Co więcej, pozwala użytkownikom na odnalezienie transmisji wydarzeń, które w tradycyjnej telewizji pokazywane są w paśmie *pay per view*⁴³. Ponadto pluralizm po stronie nadawców sprawił, że w chwili obecnej to uwaga użytkowników stała się dobrem rzadkim. Oznacza to, że sytuacja, z którą mieliśmy do czynienia w erze przed-Internetowej uległa odwróceniu. Z ogromnych ilości informacji, które są dostępne w Sieci, człowiek jest w stanie przyswoić tylko ograniczoną ich liczbę. Można więc powiedzieć, że materiały zgromadzone w Internecie konkurują ze sobą w celu uzyskania jak największej uwagi użytkownika.

Z tego powodu powstały wyszukiwarki internetowe, które są pośrednikami pomiędzy użytkownikiem a informacją. Zostały one skonstruowane w celu odnajdywania oraz katalogowania tych informacji, które są w danym momencie użytkownikom potrzebne. Dane, które są nie wykryte przez wyszukiwarkę lub nieumieszczone na liście rezultatów można

płatowe poszukują nowych talentów poprzez portale typu myspace.com, gdzie młodzi i nieznani dotychczas artyści umieszczają swoje dzieła.

⁴¹ N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace*, s.37

⁴² *ibidem*

⁴³ Jest to system, w którym użytkownik musi uiścić operatorowi dodatkową opłatę za obejrzenie danego wydarzenia. Najczęściej w tym systemie pokazywane są walki bokserskie w USA, system ten próbowano też wprowadzić w stosunku do meczów Piłkarskiej Ligi Mistrzów w Europie. Problem stacji telewizyjnych płacących miliony za prawa do transmisji staje się poważny, gdyż duża część użytkowników zdecydowała się na obejrzenie danego wydarzenia w telewizji internetowej (nawet z chińskim komentarzem), niż na dodatkowe płacenie tradycyjnej stacji za możliwość obejrzenia transmisji. Jest to spowodowane transgranicznością Internetu, która czyni regulację nowych zjawisk w wirtualnej rzeczywistości bardzo utrudnioną. Osobiście rozwój Sieci porównuję do rozwoju choroby raka, bo oba te organizmy w bardzo szybki sposób ewoluują, wymykając się coraz to wymyślniejszym lekarstwom (przepisom prawnym). Szerzej na temat problemu transgraniczności Internetu w: O. Filipowski, *Unfair market practices in EU and other jurisdictions*, Rozdział II, maszynopis pracy magisterskiej, Wrocław 2008, nie publ.

traktować tak, jakby nie istniały⁴⁴, gdyż przy braku kontroli oraz wyraźnych standardów, Sieć stała się „wielkim śmietnikiem”, z którego trzeba umieć „wygrzebać” interesującą użytkownika informację. Dlatego można stwierdzić, że dostęp do informacji jest kontrolowany przez wyszukiwarki, które poprzez promowanie bądź umyślne pomijanie podmiotów w katalogu rezultatów mogą mieć pośredni wpływ na podział sił rynkowych na innych rynkach. Z tego względu są one⁴⁵ pod lupą organów zajmujących się prawem konkurencji.

Jak widać z powyższej analizy, Cyberprzestrzeń może osłabiać tendencje do monopolizacji rynku poprzez eliminowanie bądź osłabianie zjawisk, które przyczyniają się do powstawania takiej sytuacji. Z drugiej strony jednak wirtualna rzeczywistość może także umacniać pozycję dominującą i tworzyć nowe problemy monopolistyczne. Efekty te zostaną przedstawione poniżej.

2. Nowe efekty monopolistyczne oraz praktyki ograniczające konkurencję

Standardowa analiza ekonomiczna⁴⁶ skupia się na poszukiwaniu praktyk ograniczających konkurencję na uprzednio zdefiniowanym rynku i identyfikuje te zachowania, które mogą prowadzić do podwyższenia cen lub do obniżenia podaży bądź jakości produktu. Dobra informacyjne nie w pełni pasują do tego schematu, gdyż nie mogą istnieć bez wpisania w kontekst technologiczny i kulturowy. Dobra tradycyjne, w tym rzeczy, mają swoją wartość, która wynika z samego faktu ich istnienia. Natomiast informacja nabiera wartości tylko i wyłącznie wtedy, gdy przekazuje interesujące dla odbiorcy treści i jest kompatybilna, tzn. pozwala na interakcję i łatwe przesyłanie. Właśnie te cechy mogą być podstawą problemów monopolistycznych, jednak są one pomijane przez tradycyjną analizę ekonomiczną.

a) Kompatybilność⁴⁷

Jedną z cech Cyberprzestrzeni, która może przyczynić się do powstawania efektu monopolistycznego jest potrzeba kompatybilności. Wykorzystanie jakiegokolwiek sieci o zasięgu

⁴⁴ N. Elkin-Koren, E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace*, s.38

⁴⁵ W zasadzie chodzi tu przede wszystkim o www.google.com, który zdobył pozycję dominującą na rynku wyszukiwarek internetowych.

⁴⁶ Przede wszystkim analiza Szkoły Chicagowskiej, więcej: R. Posner, *op. cit.*

⁴⁷ Wg *Słownika wyrazów obcych* Władysława Kopalińskiego kompatybilny oznacza „zgodny, dający się pogodzić, mogący współistnieć bez szkody dla żadnej strony, harmonijny, niesprzeczny”. W znaczeniu informatycznym należy jednak uściślić tę definicję. W tym wypadku przez kompatybilność będziemy rozumieli możliwość podłączenia (hardwareowego bądź softwareowego) oraz obsługę takiego oprogramowania, które pozwala na swobodne łączenie się między poszczególnymi elementami np. sieci bądź komputera.

światowym, a w szczególności takiej, która składa się z ogromnej ilości małych niezależnych podsięci, uzależniona jest przede wszystkim od użycia przez wszystkich operatorów indywidualnych tych samych standardów, które pozwolą na swobodny przepływ danych pomiędzy poszczególnymi sieciami. Internet opiera swoje działanie na zdolności różnych produktów i technologii do wzajemnej komunikacji, tzn. na tym, że są one w stanie przetworzyć dane przesyłane przez innych użytkowników oraz pozwalają na to, aby wysyłane przez nie dane mogły być przetwarzane przez inne produkty online. Jest to możliwe dzięki wprowadzeniu do użytku wspólnego protokołu TCP/IP⁴⁸, który pozwala na połączenie między niezależnymi oraz niekompatybilnymi komputerami i systemem informacji. Standard ten, jak i inne później wprowadzone⁴⁹, odnosi się do specyfikacji technologicznej, która jest wymagana, aby mógł być prowadzony przepływ informacji online. Ze swojej natury standardy te nie zagrażają konkurencji, ani też jej szczególnie nie promują, są dla niej ambiwalentne. Z jednej strony mogą przyczynić się do poszerzenia rynku poprzez umożliwienie kompatybilnego działania konkurującym ze sobą technologiom, co jest korzystne z punktu widzenia prawa konkurencji. Z drugiej strony zaś podmiot kontrolujący daną technologię może wykorzystać ten fakt do blokowania konkurentów bądź stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych.

Prokonkurencyjny charakter standaryzacji objawia się nie tylko „rozszerzeniem” rynku, poprzez umożliwienie współpracy urządzeniom, które wcześniej były niekompatybilne, co powoduje zwiększenie wysiłku producentów w celu zaoferowania lepszego jakościowo produktu po niższej cenie, ale także zwiększa efektywność poprzez zmniejszenie ryzyka i kosztów związanych z fazą wstępnego produkowania. Co więcej, standaryzacja może prowadzić także do większej specjalizacji wytwórców produktów dodatkowych (np. przeglądarka stron www w stosunku do systemu operacyjnego).

Jednak oprócz tych pozytywnych przesłanek istnieją, jak już zostało wspomniane, również i negatywne strony standaryzacji. Problemy te na początku działania Sieci były czysto teoretyczne, gdyż Internet oraz standardy były kreowane przez środowiska akademickie, którym zależało na możliwości komunikowania się pomiędzy indywidualnymi użytkownikami różnych

⁴⁸ TCP/IP (ang. *Transmission Control Protocol / Internet Protocol*) definiuje sposoby przesyłania podstawowych jednostek informacji (pakietów) między komputerami komunikującymi się przez Internet. Najważniejszym zadaniem TCP/IP jest śledzenie przebiegu podzielonych na pakiety wiadomości i łączenie ich na powrót w miejscu przeznaczenia.

⁴⁹ Po protokole TCP/IP wprowadzono protokół WWW oraz Mosaic. Więcej na temat rozwoju Internetu i protokołów w: J. Sherman, *The History of Internet*, Franklin Watts 2003.

komputerów. Wykształcone standardy⁵⁰ były publikowane na publicznej domenie i nie podlegały prawu własności⁵¹. Dlatego połączenie z Internetem wymagało jedynie przyjęcia tych standardów, które nie były własnością ani państwa, ani podmiotów prywatnych.

Jednakże w ostatnich latach coraz większy wpływ na kształt Cyberprzestrzeni mają prywatni przedsiębiorcy, którzy starają się stworzyć swoje własne unikalne standardy mające na celu zapewnienie „lojalności” klienta dla produktu lub firmy, ograniczając w ten sposób konkurencję⁵².

Z powyższego przykładu widać, że standardy mogą mieć wpływ na obniżanie poziomu konkurencji. Bycie właścicielem standardu staje się kluczem do kontroli. Każdy, kto chce wprowadzić nowy produkt na rynek musi dostosować się do standardu, żeby móc w ogóle zaistnieć. Jeżeli standard nie został uznany za zamknięty⁵³, to jego użycie determinowane jest uzyskaniem licencji. Z tego względu jego właściciel będzie mógł decydować, kto i w jaki sposób będzie mógł dana technologię wykorzystywać i ją rozwijać. Oznacza to, że może on sterować warunkami konkurencji w tym sektorze rynku.

Najlepszym przykładem wykorzystania dominującej pozycji rynkowej powstałej w wyniku posiadania praw do pewnego standardu technologicznego jest działanie firmy *Microsoft*, której nieuczciwe praktyki rynkowe były przedmiotem sprawy *United States of America vs. Microsoft*⁵⁴. W tej sprawie zarzucono największemu na świecie producentowi systemów operacyjnych, które pozwalają na podłączenie z Internetem, że poprzez ograniczenie dostępu do kodu źródłowego oraz przez dołączenie do systemu operacyjnego przeglądarki *Internet Explorer* stara się wykorzystać swoją pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych do wykluczenia z rynku innych producentów przeglądarek internetowych i utworzenia monopolu także na tym rynku.

⁵⁰ Zwane Standardami Internetowymi zostały zdefiniowane jako: specyfikacje, które są zrozumiałe i stabilne, fachowe technicznie, mają szerokie i niezależne zastosowania, są już odpowiedni czas w użyciu, cieszą się poparciem społecznym oraz są użyteczne dla całości lub jakiejś części Internetu” [tłum. autora], Źródło; Network Working Group, *The Internet Standards Process- Revision 3*, Harvard University 2003.

⁵¹ Zasadę tą zrewidowano dopiero po 2000 roku.

⁵² Dobrym przykładem może być firma *Apple*, która w swoim odtwarzaczu mp3 *iPod*, wprowadziła i opatentowała nowy rodzaj złącza, który nie jest kompatybilny ze standardem USB, po czym wprowadziła na rynek osprzęt dodatkowy do odtwarzacza, który się z nim łączy właśnie przez to złącze.

⁵³ Są dwa rodzaje standardów: otwarte (*open source*), czyli te które nie są przedmiotem wyłącznych praw takich jak prawa własności intelektualnej, oraz zamknięte (*closed source*), które są kontrolowane przez jakiś podmiot i w celu uzyskania kompatybilności konieczne jest uprzednie wystąpienie o licencję. W tym wypadku właściciel takiego standardu może dowolnie wyłączać potencjalnych wytwórców lub zabronić powstania danej technologii, co jest oczywiście ze szkodą dla konkurencji rynkowej.

⁵⁴ 346 U.S App. D.C 330 (2001),

Jednak prawa własności intelektualnej i standaryzacja mogą mieć także pozytywne efekty z punktu widzenia konkurencji. Przykładem może być wykorzystanie praw własności intelektualnej przez *Sun Microsystems Inc* ('Sun')⁵⁵. Ich język programistyczny Java pozwala znieść bariery technologiczne, co daje szerszy dostęp różnym wytwórcom do tworzenia nowego oprogramowania. To zaś z kolei ma pozytywny wpływ na poziom konkurencji. Użycie języka wyprodukowanego przez Sun pozwala na obejście barier technologicznych stawianych przez *Microsoft* – monopolistę na rynku systemów operacyjnych. W swoim założeniu Java miała być ponadsystemową platformą, która pozwala na uniezależnienie programów od systemów operacyjnych. Właśnie ze względu na swoją ponadsystemowość Sun w swojej licencji wymaga od użytkowników, aby wszystkie implementacje Javy były kompatybilne z rdzenną platformą. Jednak *Microsoft* przekształcił oryginalny język Javy w ograniczony ich prawami własności intelektualnej język programowania, zwany *Microsoft Java Virtual Machine*, którego należało użyć, aby móc napisać program, który będzie obsługiwany przez system operacyjny Windows.

Sun pozwał *Microsoft*, gdyż, jak twierdził, firma Bill'a Gatesa przetworzyła istniejący standard otwarty i wynik pracy uznała za standard zamknięty. Sąd zgodził się ze stanowiskiem Sun oraz wskazał, że działanie *Microsoftu* łamie prawa autorskie oraz warunki licencji przedstawionej przez Sun⁵⁶. Jednakże sąd nie znalazł podstaw do zastosowania przepisów prawa antymonopolowego. Przykład ten wskazuje, że prawa własności intelektualnej mogą być wykorzystane nie tylko w celu ograniczenia konkurencji, ale także celu jej utrzymania, w przypadku, gdy inny podmiot chce ją w nieuczciwy sposób ograniczyć.

b) Efekt sieciowy

Także tzw. efekt sieciowy może prowadzić do ułatwienia zdobycia pozycji dominującej na rynku. Polega on na tym, że używanie danego produktu przez większą liczbę użytkowników jest korzystne dla każdego z nich. Przykładem może być sytuacja, w której wszyscy użytkownicy używają tego samego edytora tekstu, gdyż pozwala to na wyeliminowanie kosztów związanych z poprawianiem błędów powstałych w wyniku konwersji, czy nawet kosztów związanych z niemożliwością przetworzenia plików utworzonych przez inny program.

⁵⁵ Sun jest właścicielem praw autorskich do języka programistycznego Java, który pozwala na pisanie programów, które potem będą mogły być uruchomione pod każdym możliwym systemem operacyjnym.

⁵⁶ *Sun Microsystems Inc. vs. Microsoft Corp.* 333 F.3d 517 (2003)

Efekt ten jest szczególnie widoczny w przypadku wirtualnej rzeczywistości, która opera się na łączności i standaryzacji. Internet jest siecią złożoną z ogromnej liczby mniejszych sieci i każdy nowo przyłączony użytkownik zwiększa wartość samej sieci. Gdy produkt online staje się popularny, jego wartość wzrasta nie ze względu na innowacyjność techniczną, ale ze względu na fakt, że jest używany przez większość użytkowników. Może to prowadzić do sytuacji, w której koszty wejścia na rynek będą bardzo wysokie⁵⁷ lub gdy ciężko będzie zastąpić obowiązujący standard nowym, bardziej wydajnym⁵⁸. Można stwierdzić, że Cyberprzestrzeń jest wyrafinowaną strukturą techniczną, która jest używana bezpośrednio przez użytkowników bez zbędnych pośredników. Z tego względu każdy nowy produkt, który trafia do rąk użytkownika zawiera w sobie koszt nauczania się i adaptacji do nowych metod działania, co oznacza, że koszt zmiany technologii może być bardzo wysoki. Powyższe czyni tę zmianę w praktyce niemal niemożliwą, natomiast zwiększa koszty wejścia na rynek i ogranicza w ten sposób konkurencję.

3. Ograniczenia standardowej analizy prawa antytrustowego

Sprawa *Sun vs. Microsoft* wyraźnie wskazuje na ograniczenia standardowej analizy ekonomicznej. W sprawie tej, jak już zostało opisane to wcześniej, Sun zarzucał gigantowi z Redmond, że poprzez stworzenie własnej wersji Javy, która w odróżnieniu od oryginalnej jest kompatybilna z systemem operacyjnym *Windows*, zakłada kolejną barierę do wejścia na rynek, używając „długoterminowej strategii”⁵⁹ oraz że stara się wykorzystać efekt sieci. Sąd, kierując się standardową analizą ekonomiczną, stwierdził jednak, że przesłanki przemawiające za możliwością wykorzystania przez *Microsoft* efektu sieci są spekulacyjne, wskazując także, że nie ma może być mowy o wykorzystaniu pozycji dominującej na rynku, w przypadku, gdy pojęcie rynku jest nieostre, jako że wyodrębnienie rynku właściwego jest przesłanką konieczną do zbadania nieuczciwych zachowań rynkowych. Sąd stwierdził także, że może ustalić, że *Microsoft* zmonopolizował branżę systemów operacyjnych, w której zakres nie wchodzi platformy jak Java⁶⁰ i dlatego oskarżenia Sun są bezzasadne.

⁵⁷ Elkin-Koren, E.M. Salzberger, *Law, Economics and Cyberspace*, s.44

⁵⁸ Bardzo dobrym przykładem może być tu popularny w latach 80 I 90 XX wieku standard VHS, który został dopiero po dwóch dekadach wyparty przez płyty CD I DVD. Innym przykładem może być klawiatura typu QWERTY, która nie wprowadziła najbardziej wydajnego systemu pisania, jednak koszt związany z nauką jest na tyle duży, że blokuje możliwość wprowadzenia bardziej efektywnego systemu.

⁵⁹ *Sun Microsystems Inc. vs. Microsoft Corp* 87 F. Supp 2d, 922, s.955

⁶⁰ *Sun Microsystems Inc. vs. Microsoft Corp* 87 F. Supp 2d, 922, s.532

Ten spór prawny pozwala na ukazanie powstania nowych czynników antykonkurencyjnych występujących w Cyberprzestrzeni, które wykorzystywane są w innowacyjny sposób. Wyrok obnaża słabości standardowej analizy ekonomicznej w stosunku do nowych i niestandardowych zjawisk technologicznych.

Standardowa analiza ekonomiczna nie bierze pod uwagę aspektu technologicznego. W Cyberprzestrzeni konkurencja nie jest ograniczana przez nadużywanie pozycji dominującej w postaci ustalania cen oraz ilości produktów, lecz przez ustalanie standardów technologicznych, na których opiera się działanie wirtualnej rzeczywistości. Podmiot posiadający prawa autorskie w stosunku do najbardziej popularnych standardów de facto kontroluje rynek. Co więcej, w przypadku, gdy mamy do czynienia z technologią, badanie szkód wyrządzonych przez zachowanie antykonkurencyjne nie powinno opierać się jedynie na kryteriach ilości i ceny. Analiza powinna także brać pod uwagę wpływ zachowań rynkowych na innowacyjność. Z tego punktu widzenia należy zbadać, w jaki sposób zachowania rynkowe mogą wpływać na technologię, która będzie w ich rezultacie powstawać. Przykładowo, w sprawie *Sun vs Microsoft*, należałoby przeprowadzić symulację skutków, gdy standardem wiodącym byłby oryginalny język Java, który jest standardem otwartym (z jednej strony) oraz sytuację, gdy jego miejsce zajęłaby zmodyfikowana przez *Microsoft* Java, która jest standardem zamkniętym (z drugiej strony). Co warto zauważyć, standard otwarty jest w tym momencie zastępowany standardem zamkniętym, gdyż właściciel tego drugiego najpierw wykorzystuje swoją pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych do przejścia kontroli nad innym rynkiem (tzw. *monopoly leveraging*), a w dalszej kolejności wykorzystuje efekt sieci, żeby wprowadzić swój standard i zablokować odpowiednik konkurencji. Z tego względu te dwa czynniki nie tylko powinny być brane pod uwagę w kontekście analizy ekonomicznej, lecz także muszą zostać uznane za kluczowe, ze względu na fakt, iż mogą prowadzić do wyraźnego zwiększenia kosztów wejścia na rynek. Czynniki te jednak są pomijane przez tradycyjną analizę jako, jako „spekulacyjne”.

Ważnym elementem jest także prawidłowe ujęcie rynku właściwego, który w środowisku, takim jak Cyberprzestrzeń, a więc charakteryzującym się płynnymi granicami oraz konwergencją aplikacji wymagających kompatybilności, musi być ujmowany bardzo szeroko oraz brać pod uwagę szerokie spektrum konsekwencji.

V. Wnioski

W Cyberprzestrzeni niektóre czynniki prowadzące do powstania pozycji monopolistycznej mają dużo mniejsze znaczenie niż w świecie rzeczywistym. Z drugiej strony jednak pojawiają się nowe zjawiska mogące prowadzić do tego właśnie efektu. Te „nowe” efekty monopolistyczne związane są z technologią i standardami i wymykają się standardowej analizie ekonomicznej konkurencji. Tradycyjne rozwiązania związane z zapobieganiem łączenia się firm, bądź przymusowym dzieleniem danego przedsiębiorstwa na kilka mniejszych oraz kontrolowaniem cen i jakości, mogą się okazać mało efektywne w stosunku do tych nowych zjawisk. Jaki np. sens miałoby dzielenie *Microsoftu*, w sytuacji, gdy nowo powstałe firmy i tak korzystałyby z tego samego standardu technologicznego, do którego nie mają dostępu inne firmy zewnętrzne? Dlatego działanie organów publicznych w stosunku do tych nowych zjawisk nie może bazować na tradycyjnej analizie opierającej się na popycie i podaży. Nowe problemy wymagają odmiennego sposobu myślenia oraz wykształcenia nowych rozwiązań, jak np. zmuszania firm do podawania kodu źródłowego (który jest standardem technologicznym) do publicznej wiadomości co umożliwiłoby przedsiębiorstwom konkurującym nawiązanie walki rynkowej z dotychczasowym monopolistą.