

Ochrana práv k nehmotným statkům a ochrana soutěže

Josef Bejček*

I. ÚVODEM

Někteří z nás se často domnívají, že nejlepší věci v životě jsou zadarmo. Mnoho z nás přitom jen rozvíjí myšlenky jiných. To je způsob běhu světa¹. Přílišná ochrana výkonů jednotlivce může zpomalit všeobecný pokrok². Na druhé straně však jejich příliš slabá ochrana může každého odradit od jakéhokoliv vymýšlení. Z hlediska spotřebitele jde u ochrany práv k duševnímu vlastnictví o výměnu krátkodobých zisků za dlouhodobé a naopak. Spotřebitelé by na tom byli z krátkodobé perspektivy lépe, kdyby se výsledky cizího tvůrčího úsilí směly volně kopírovat, neboť by to snižovalo ceny výrobků zahrnujících práva k duševnímu vlastnictví. Z dlouhodobého hlediska by však spotřebitelé takovým přístupem trpěli, protože by se museli zříci motivačního působení práv k duševnímu vlastnictví na tvůrce³.

Podstatu tohoto dilematu ilustruje citát z knihy J. M. Clarka „Competition as a dynamic process“ z roku 1961, psaný ve verších. Známý ekonom prohlašuje:

*We all agree that innovation
Will benefit both world and nation
The question we must answer later
Is, will it help the innovator?⁴*

Rozbor skutečnosti nebývá bohužel často příliš poetický. Je velmi snadné kritizovat někoho, kdo se pokouší psát ve verších. Někdy se tvrdí, že právě tlak rýmu donutí básníka k vyjádření jeho nejlepších myšlenek. Očividně to není případ tohoto Clarkova veršotepeckého pokusu. Otázka, jestli inovace pomůže též inovátorovi, musí být totiž bezpodmínečně zodpovězena ne později (later), ale předem – před tím, nežli k inovaci dojde. Jinak by sotva existovaly vůbec nějaké inovace. Nezbytně nutné jsou motivy k inovaci od počátku, nikoliv pouze motivy ex post k transferu nových technologií a výrobků. Bez ochrany práv k duševnímu vlastnictví by se neuskutečnily počáteční investice do inovací. Právní ochrana inovací se dokonce po francouzské revoluci prohlašovala za přirozené právo vynálezce⁵.

* Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Srov. CHAFEE, Z. jr.: Unfair Competition, 53 Harvard Law Review (1940), s. 1289, 1317–1318.

² LEVIN a kol.: Appropriating the Returns from Industrial Research and Development, 1987, Brooking Papers on Economic Activity: Microeconomics, s. 788.

³ Srov. k tomu Competition Policy and Intellectual Property Rights, OECD Journal of Competition Law and Policy, 2001, Nr. 2, Vol. 3, s. 123 n.

⁴ „Všichni souhlasíme, že inovace prospěje světu i národu. Otázka, kterou musíme zodpovědět později, zní: pomůže také inovátorovi?“

⁵ KAUFER, E.: Innovationspolitik als Ordnungspolitik, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen Ott/Schäfer, 1994, s. 1, 10, cit. Podle SCHÄFER, H. B./OTT, C.: Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Verlag, Berlin 2000, s. 577.

II. PRÁVA DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ A PRÁVO NA OCHRANU SOUTĚŽE

Všeobecně se uznává, že společnost musí podporovat tvůrčí aktivity, které udržují v chodu vyspělé ekonomiky založené na informacích. Vhodným nástrojem je snížení soutěže prostřednictvím snížené ochrany před tržní mocí. Určitý stupeň monopolizace majetkových práv vlastníka se pokládá za přijatelnou cenu (nebo náklad) za podporu inovací. Pokud by potenciální inovátor musel počítat s tím, že jeho informační náskok a s tím i jeho zisk z inovace vezmou v krátké době zasvě, odpovídalo by tomu i jeho inovační úsilí. Praktická hospodářská politika se proto vždy potýká s cílovým konfliktem mezi pobídkami k optimálnímu rozšiřování existujících znalostí a informací a co nejlepšími pobídkami k vytváření nových znalostí a informací. Právní ochrana inovátora omezuje napodobovací soutěž a zajišťuje inovátorovi ekonomickou rentu a možná i monopolní postavení. Důležité je, aby dynamická efektivnost tohoto přístupu (přínos inovací k rozvoji ekonomiky) převyšovala statické ztráty v důsledku vyplácených rent⁶.

Za podstatné pro účinnou podporu tvůrčí činnosti se považují dvě klíčové okolnosti⁷: odtajnění inovace a zabezpečení majetkových práv inovátora. Investice, která musí být vynaložena do inovace, musí být učiněna předtím, nežli se jakýkoliv inovační produkt dostane na trh. Při neexistenci právní ochrany by bylo napodobení velmi snadné a pro investujícího by bylo nesnadné získat investici zpět (natož pak na ní vydělat), neboť cena by se ustálila na nižších jednotkových nákladech imitátora (které jsou nižší už jen proto, že imitátor na rozdíl od inovátora do inovace a vývoje neinvestoval). Umožnit snadné napodobování znamená podřývat inovační motivaci. Ochrana investice inovátora by se dala zajistit utajením jeho intelektuálního výtvaru, tedy též ekonomickým umrtním investice vynaložené na jeho vznik. Patenty a autorská práva umožňují inovátorům nespolehat se na ekonomicky nesmyslné utajení a tak přinášejí veřejnosti znalosti a informace, z nichž mohou mít prospěch všichni. Tímto způsobem ochranná politika nejen motivuje inovace, ale rovněž podporuje rozšiřování informací.

„Duševní vlastnictví ztělesňuje informaci, která je veřejným statkem (public good): použití této informace inovátorem nevyklučuje z jejího použití ostatní a tak – pokud by neexistovala vlastnická práva – by inovace byla napodobována a byla by snížena motivace investovat do inovace“⁸.

Je tu tedy patrný zřejmý zájmový konflikt, při jehož překonávání musí být sladěny protichůdné zájmy. Na jedné straně je zájem na udržení funkce trhu a z toho důvodu i na ochraně hospodářské soutěže. Na druhé straně je nutné podporovat (nebo přinejmenším alespoň neodstrašovat) vynálezce a inovátory, což vede k zajištění určitého druhu monopolu ve prospěch majitelů práv k duševnímu vlastnictví. To samozřejmě nesmí znamenat zneužití monopolní tržní moci.

III. TECHNOLOGICKY VYSPĚLÁ ODVĚTVÍ⁹ (HIGH-TECHNOLOGY INDUSTRIES) A PRÁVO

Tento průsečík práva kartelového a práva na ochranu nehmotných statků není ničím novým. To, co se v uplynulých desetiletích změnilo, je poznání, že práva k nehmotným statkům nevytvářejí nějakou enklávu imunní vůči právu kartelovému a že naopak právo kartelové se musí uplatňovat s ohledem na specifika práv k nehmotným statkům. Nový je však rámec a rozsah technologického vývoje a podstatný růst vlivu nových technologií na celou ekonomiku. Rozhodovací praxe v této oblasti se potýká s mnoha rozpory. Stále je aktuální otázka, zda kartelové právo, původně zamýšlené k regulaci tradičních výrobních a distribučních odvětví, by se vůbec mělo uplatňovat na soutěž v rychle se rozvíjejících odvětvích, v nichž produkty velmi rychle zastarávají a kde tržní podíly mohou být nestabilní. Má se vůbec kartelové právo používat v oblastech, kde se uplatňují vyspělé technologie a zejména v těch, kde jsou produkty především ztělesněním duševního vlastnictví (především ve výrobě a vývoji počítačového hardware a software, v biotechnologii, farmacii, v komunikacích atd.)?

Podle převládajících názorů by se nemělo připustit ohrožení ekonomického růstu a samotné existence funkčního trhu zneužitím soukromé tržní moci. Na druhé straně podpora inovací a vynálezců cestou záruk jistého monopolního postavení majitelů práv k předmětům duševního vlastnictví není méně důležitá; otevřená zůstává jen otázka, zda principy kartelového práva, které se vyvinuly především v souvislosti s „průmyslem továrních komínů“, by se měly uplatňovat srovnatelně a se stejným důrazem na nové problémy vznikající v souvislosti s technologicky vyspělými odvětvími.

Dá se argumentovat tak, že je nebezpečné oslabovat motivaci k investicím do těchto dynamických od-

⁶ Srov. SCHÄFER/OTT, cit. práce, s. 577 n.

⁷ Srov. DEMSETZ, H.: Antitrust: Concepts Reasoning, and the U. S. Experience, Institute of Economic Research, Malmö, 1994, s. 23.

⁸ GALLINI, N. T. – TREBILLCOCK, M. J.: Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues, in Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy, Calgary, 1998, s. 17.

⁹ Vkládný čtenář snad laskavě promine občasně používání zmezinárodněho a každému srozumitelného novotvaru „high-tech“ namísto některého z těžkopádných českých opisů.

větví, a že by tu proto kartelové právo nemělo hrát žádnou roli. Méně konfrontační přístup navrhuje kvůli obrovskému inovačnímu tempu v odvětvích high-tech neinterventovat vůbec, pokud nebude zcela zřejmé, že by zásah prospěl spotřebitelům a ekonomice. Obdobný přístup tvrdí, že předepsaná řízení trvají déle, nežli samy soutěžní síly přetvoří příslušné odvětví, a proto že by kartelové právo mělo zasahovat jen ve velmi výjimečných případech a za velmi neobvyklých okolností. I ony posledně jmenované přístupy tedy přiznávají kartelovému právu velmi skromnou roli. Dynamika rozvoje v sektorech high-tech otevírá cestu novým soutěžitelům, schopným překonat ostatní účastníky trhu a trh ovládnout. Kartelová regulace pak ztrácí na významu (s výjimkou cenových dohod a jiných porušení zákona *per-se*), neboť jakýkoliv pokus o získání nebo uplatnění tržní moci by byl rychle korigován samotnými tržními silami.

Toto zjednodušené schéma trhů v oblasti high-tech může být pravdivé v některých případech, ale v jiných zase nikoliv. Nepochybně existují určité zvláštnosti práv k duševnímu vlastnictví, které odůvodňují zvláštní a citlivý přístup k jejich majitelům. Na druhé straně jsou však případy, kdy je legitimní trvat na plné aplikaci kartelového práva bez ohledu na to, zda se jedná o práva k duševnímu vlastnictví nebo o „normální“ („hmotná“) vlastnická práva.

Dokumentuje to následující případ¹⁰: dva výrobci (Summit Technology a VISX) byli jedinými dvěma subjekty s povolením státního lékařského dozoru USA k léčbě poruch zraku tzv. refraktivní keratektomií, což je druh laserové oční chirurgie. Obě společnosti měly duševní vlastnictví i další předpoklady ke vstupu na trh v pozici nezávislých soutěžitelů, ale namísto toho vytvořily patentový kartel (patent pool) a využily ho ke stanovení cen. Patentové kartely, které nezvyšují efektivnost a vylučují konkurenci mezi členy kartelu, stanovují nebo omezují ceny, by měly být posuzovány a potírány jako každá jiná koluzivní dohoda vylučující soutěž. Uvedené dvě společnosti daly přednost před vzájemnou cenovou soutěží dohodě o tom, že budou požadovat licenční poplatek 250 USD ve prospěch patentového poolu za každý výkon laserové oční chirurgie s použitím zařízení jednoho či druhého účastníka poolu. Příjmy poolu se potom dělily podle stanoveného vzorce. Důsledkem byly mnohem vyšší ceny, než které by byly požadovány v případě, že by obě společnosti spolu navzájem soutěžily, jak obě původně zamýšlely.

IV. NEHMOTNÉ STATKY A VLASTNICTVÍ K VĚCEM¹¹

Existují nesporné rozdíly mezi vlastnictvím věcí a jejich nehmotného protipólu. Tak je např. u vlastnictví věcí často lehké určit, zda jsou strany v soutěžním nebo spíše komplementárním vztahu. Prodávají-li na tomtéž trhu a týmž zákazníkům, kteří jejich výrobky považují za substituty, jde o docela spolehlivé vodítko, že se jedná o konkurenty. Tato otázka je někdy méně přímočará u vlastnictví nehmotných statků, protože zkoumání celého licenčního vztahu stran může vést k závěru, že jde o vztah čistě komplementární a vůbec ne konkurenční. Jestliže smluvní strany např. mají blokační patenty, takže žádná z nich nemůže poprávu vyrábět bez licence od druhé strany, jde o vertikální vztah. To však není tak odlišné od vlastnictví věcí. Nakupují-li od sebe vzájemně dva vlastníci továrny fyzické vstupy, může bližší zkoumání odhalit, že by nikdo nemohl vyrobit konečný produkt bez spolupráce s druhým. Jde spíše o doplňkový nežli konkurenční vztah. Podle US – Intellectual Property Guidelines z r. 1995 se vztah pokládá za horizontální (tzn. že strany jsou konkurenty), jestliže by bez uzavření licenčního vztahu mezi nimi bývala existovala skutečná nebo potenciální soutěž.

Dnes se po rozdílných postojích v minulosti již nevychází v kartelovém právu z předpokladu, že omezující použití duševního vlastnictví je nezbytně protisoutěžní. Namísto toho se uplatňují tři předpoklady – za prvé, že duševní vlastnictví je srovnatelné s jinými formami vlastnictví, takže je spojeno s týmiž právy a s toutéž odpovědností; za druhé, že existence duševního vlastnictví automaticky neznamená tržní moc vlastníka; za třetí, že licence k duševnímu vlastnictví mohou být pro vlastníka často nezbytné ke kombinaci doplňkových výrobních faktorů a tak mohou být pro soutěžní.

Přesto však existují...

V. URČITÉ PODSTATNÉ ROZDÍLY,

vyžadující modifikaci a jisté přizpůsobení protikartelových postupů v odvětvích high-tech. Mj. se jedná o následující odlišnosti¹²:

1. **Technické problémy.** Mnoho oblastí high-tech obsahuje otázky náročné pro právníky a soudce,

¹⁰ Srov. BAER, W. J., cit. práce, s. 3.

¹¹ Viz PITOFKY, cit. práce, s. 1.

¹² Tamtéž, str. 3 a 4, převzato a upraveno.

kteří většinou nemají žádné technické vzdělání. Např. vymezení relevantního trhu, tj. proces určení konkurentů, kteří spolu soutěží tak intenzivně, že mohou podstatně ovlivnit uplatňování tržní moci, je obtížné všeobecně (v jakémkoliv případě). Může se však stát daleko obtížnějším v high-tech odvětvích jako např. biotechnologie, v nichž výrobky způsobí omezení tržní moci stávajícího dominantního soutěžitele dosud neexistují a nedostanou se na trh ještě po několik let, nebo třeba v kabelových rozvodech, v nichž je základní otázkou, kdy se satelitní přenos stane reálnou soutěžní silou na trhu. Podobné problémy vznikají v telekomunikacích – v sektoru trhu, o němž se mnozí domnívají, že v něm může eventuálně vzniknout konkurence místním operátorům při využití stávajících rozvodných elektrických sítí do domů. Každý z těchto problémů nastoluje otázky z oblasti vědy a techniky, na něž je často obtížné odpovědět.

2. Rychlost proměn trhu. V sektorech s uplatněním vyspělých technologií se mnohem častěji nežli v tradičních ustálených odvětvích objevují nové generace výrobků, oslabujících existující tržní moc. V první polovině 20. století dominovaly např. na americkém trhu ocelářské, hliníkářské a naftařské společnosti po celé generace, což se ovšem neděje v mnoha high-tech odvětvích. Často se uvádí příklad společnosti IBM, která v době zahájení protikartelového řízení v r. 1969 byla na určitých trzích dominantem, ne-li monopolistou, a jež toto postavení na mnoha trzích ztratila po 13 letech, kdy řízení bylo ukončeno.

3. Nutnost kooperace. V high-tech je často nezbytný společný výzkum a vývoj, aby se rozdělila inovační rizika a spojily komplementární technologie. Spolupráce a pozdější koordinace standardů může být dokonce nezbytná k tomu, aby výrobky vůbec fungovaly. V důsledku toho se někdy tvrdí, že se kartelové právo musí v těchto případech zbavit značné nedůvěry ke kooperačním smlouvám a že musí na high-tech trzích umožnit více svobody.

4. Překážky vstupu na trh. Vzhledem k závislosti high-tech odvětví na realizaci myšlenek, které jen málo respektují zeměpisné hranice nebo tržní moc, se existující tržní moc mnohdy považuje jen za přechodnou. Jinými slovy vyjádřeno: problémy se soutěží v high-tech odvětvích se pokládají za řešitelné samy od sebe („self correcting“) prostřednictvím rychlého a zřejmě trvalého zavádění stále nových výrobků.

5. Důsledky pro cenu a pro výstup. Tradiční charakteristikou monopolisty je snaha o krácení výstupu s cílem zvýšit cenu. Tento model však často v high-tech odvětvích nefunguje. Jedním z důvodů je skutečnost, že celkové investice do nových forem technologie

jsou velmi vysoké a marginální náklady na pořízení dalších kopií výrobků jsou naopak nízké; proto podnikatelé v high-tech sektorech uplatňují agresivní cenovou politiku, aby docílili dominantního tržního postavení a aby dosáhli výhod z úspor z měřítka (rozsahu) produkce („economies of scale“). Takže ortodoxní idea, že monopol je narkotikum a že odměnou monopolu je vychutnávání si klidného života („quiet life“) se příliš nehodí na mnoho agresivních, dynamických a inovativních subjektů v dnešní ekonomice.

6. Síťové efekty. Snad nejkomplicovanější je otázka, jak přistupovat k tzv. síťovým efektům. Tyto efekty nastávají, když hodnota výrobku nebo služby závisí přímo úměrně na počtu uživatelů výrobku nebo služby. O přímou vazbu jde v případech, kdy hodnota výrobku je předurčena počtem účastníků sítě – např. u faxových přístrojů. Je možná též nepřímá korelace – tam, kde se výrobek stane dominantním a kde výrobci komplementárních výrobků (např. podnikatelé vyvíjející aplikační software píšou programy pro dominantní platformu) v podstatné míře investují své zdroje způsobem, který je použitelný jen s dominantním systémem. Na jedné straně je taková síť účinná a občas i nezbytná – na druhé straně může však zvýšit pravděpodobnost, že jeden subjekt po dosažení „kritického množství“ ovládne trh nebo si udrží tržní moc po značnou dobu.

Kvůli těmto a dalším rozdílům se občas tvrdí, že benevolence k tržně silným soutěžitelům a k využívání jejich tržní moci by měla být nutnou cenou za inovativní ekonomiku. Obrovské zisky a výnosy inovátorů se podle těchto názorů vyplatí. Z hlediska maximalizace společenského blahobytu existuje zřejmé napětí mezi soutěžním a patentovým právem¹³.

I kdybychom uznali platnost těchto a jiných rozdílů mezi odvětvími high-tech a odvětvími tradičními, základní otázka zůstává: má být zrušena tradiční role kartelového práva jakožto strážce principů soutěže proto, že není nezbytná nebo že je dokonce kontra-produktivní, a nebo by se naopak měly základní protikartelové principy uplatňovat v modifikované podobě s náležitým zřetelem k rozdílným charakteristikám high-tech sektorů v ekonomice? Domnívám se (v souladu s mnoha dalšími, nejen s R. Pitofskym), že aplikace kartelového práva by měla i v těchto sektorech zůstat zachována a že by měla pokračovat.

Žádný z těchto rozdílů totiž nezdůvodňuje kompletní nebo dokonce jen podstatnou výjimku. Komplexnost vyspělých technologií je motivem pro příslušné úředníky a soudce, aby těmto technologiím na jim potřebné úrovni porozuměli, ale nikoliv důvodem ke zrušení regulace. Nezbytnost kooperace mezi konkurenty je důležitá a podstatná, ale kartelové právo na

¹³ Toto napětí popsal americký specialista na soutěžní právo prof. Kaplow takto: „Praxe se typicky pokládá za porušitele protikartelových zákonů proto, že je protisoutěžní. Ale pravým účelem udělení patentu je odměna majitele patentu formou omezení soutěže při plném vědomí skutečnosti, že zla monopolu jsou cenou, již společnost zaplatí“. Srov. KAPLOW, V.: Extension of Monopoly Power through Leverage, Columbia Law Review, 1985, Nr. 85, s. 515.

dohody o spolupráci ve výzkumu a vývoji pohlíží již tradičně mírněji.

To, že existují významné případy, kdy jsou překážky vstupu na trh nízké, je sice pravda, ale nikoliv celá. Protože jsou high-tech odvětví často založena na duševním vlastnictví, patenty a autorská práva mohou dominantní společnost na dlouhou dobu ochránit a tak vytvořit nejen jakousi obtížnou překážku, ale faktickou zábranu vstupu na trh. A síť, jakmile se jejím prostřednictvím někdo propracuje k dominanci, může na dlouho úplně vyloučit soutěž. Pak je pro monopolistu velmi snadné a jednoduché vyloučit ze hry potenciální soutěžitele. Síťový monopolista může být schopen i monopolizace dalších generací výrobku nebo doplňkových výrobků či služeb (např. tím, že monopolista dovolí jen výrobu produktů spojených s existující sítí). Časem může nastat i to, že nemusejí zvítězit ty nejlepší výrobky a nebo služby.

Proberme nyní některé...

VI. NEBEZPEČNÉ DRUHY ZNEUŽITÍ PRÁV K DUŠEVNÍMU VLASTNICTVÍ,

kteří mohou vyloučit nebo omezit soutěž pod rouškou proklamované „inovační antitrustové imunity“. Některé z nich byly popsány¹⁴ např. jako a) protisoutěžní akvizice, b) zneužití procesu standardizace c) podvody při nabytí práv (fraudulent procurement), d) udržování monopolní moci v high-tech odvětví.

a) PROTISOUTĚŽNÍ AKVIZICE

Řada kartelových kauz dokládá, že získání patentů může být využito k nabytí nebo udržení monopolní moci. Typický je případ, že spojující se podniky jsou jedinými dvěma subjekty (nebo dvěma z několika málo subjekty) schopnými inovace na high-tech trzích. V takových situacích by akvizice měla téměř jistě protisoutěžní efekt. Jasným příkladem vylučovacího postupu by bylo získání ekvivalentního patentu pokrývajícího jedinou známou a ekonomickou alternativu k monopolistově výrobku nebo postupu. Taková akvizice vylučuje potenciální soutěž ze strany konkurentů, kteří by jinak mohli mít k patentu přístup. Vylučovací účinek může mít dokonce získání jednoho z několika ekvivalentních patentů.

V odvětvích, v nichž spočívá podstata soutěže spíše ve vývoji nových technologií nežli v soutěži cenové, musí být chráněna soutěžní rivalita. Je-li inovační způsobilost na relevantním trhu přespříliš koncentrována u jednoho subjektu a neexistují přitom substituty, může soutěž utrpět újmu.

To se týká např. fúzí farmaceutických podniků. V případě „Glaxo and Burroughs Wellcome“ (řešeném u United States Federal Trade Commission – US FTC)

šlo o fúzi dvou podniků, které měly obrovský náskok ve vývoji perorálně podávaného léku k léčbě migrény. Dostupná léčiva byla v té době pouze v podobě injekcí a na relevantním trhu nebyla proto z hlediska spotřebitele dostatečným substitutem. Předtím společnosti Glaxo i Burroughs Wellcome soutěžily ve vývoji nových léčiv a očekávalo se, že spolu budou soutěžit i jejich léčiva poté, co budou vyvinuta a schválena k použití. Překážka vstupu na trh ve formě absolvování schvalovací procedury ze strany Federal Drugs Agency (FDA) byla vysoká. Žalobce si stěžoval, že Glaxo by po fúzi mohla jednostranně omezit výstup na relevantním trhu snížením výzkumného úsilí ve vývoji perorálního léku. Motiv by k tomu měla, protože zbývající výzkum by pravděpodobně vedl k monopolnímu výrobku do doby, než by někdo třetí prošel za mnoho let schvalovací procedurou FDA. Tento případ byl uzavřen smírně (cestou tzv. „consent order“).

V jiném případě fúze ve farmaceutickém průmyslu (Ciba-Geigy/Sandoz) prohlásila US FTC, že existuje trh vývoje výrobků na bázi genové terapie navzdory tomu, že běžné výrobky schválené FDA v té době neexistovaly. Žaloba však uváděla, že první výrobky nebudou sice k dispozici před rokem 2000, ale že trh může vzrůst na 45 miliard USD do roku 2010. Dotyčná technologie umožňuje léčbu nemocí za pomoci manipulace s genetickým materiálem a vkládání a vynímání tohoto materiálu do a z pacientových buněk.

I když existovala řada výzkumných průkopníků v genové terapii pro různá stadia onemocnění, fúzující společnosti byly dvěma z několika subjektů s potřebnými právy duševního vlastnictví a ostatním vybavením nutným pro komerční využití takových terapií. Spojená (společná) pozice společností ve výzkumu genových terapií byla natolik dominantní, že jiné výzkumné subjekty v téže oblasti by musely vytvořit s podnikem buď joint-venture nebo uzavírat jiné smlouvy, pokud by chtěly mít nějakou naději na komerční využití svých výzkumných výsledků.

Soutěž mezi oněmi dvěma společnostmi takové joint-ventures nebo jiné obchodní kontrakty umožňovala uzavřít za rozumných podmínek. Bez soutěže těchto dvou společností si mohl spojený subjekt přivlastnit mnoho výsledků výzkumu jiných subjektů, což by vedlo k podstatnému útlumu výzkumu. Navíc mezi oněmi dvěma společnostmi usilujícími o spojení existovala přímá soutěž u specifických léčebných produktů, která by po spojení též ustala.

Řešení se v tomto případě hledalo jak v ochraně soutěže u zvláštních výrobků, s nimiž obě společnosti již soutěžily, tak i na širším trhu výzkumu a vývoje genových terapií. Rozhodnutí FTC požadovalo po nově spojeném subjektu, aby pro specifické výrobky poskytl povinné licence k určitým klíčovým právům duševního vlastnictví a též požadovalo, aby byl případný akceptovatelný kupec identifikován předem. Takto

¹⁴ Srov. BAER, práce cit. výše, s. 4 n.

byla akceptována společnost Rhone Poulenc Rorer jako nabyvatel licence ještě před vydáním rozhodnutí FTC. Pro širší trh výzkumu a vývoje genových terapií ukládalo rozhodnutí FTC fúzujícím společnostem, aby udělily nevýlučné licence na určité základní genové terapeutické technologie výzkumníkům v oblasti genové terapie, které by jinak pro výzkum ostatních subjektů vytvořily jakési „úzké hrdlo“.

b) ZNEUŽITÍ STANDARDIZACE

Stanovení jednotných standardů je kooperační aktivita, vyskytující se v mnoha high-tech odvětvích, která má důležitý prosoutěžní potenciál. Tam, kde převažují sílové efekty, mají spotřebitelé často užitek z rozšířeného přijetí standardu. Snaha o výběr jednotného standardu může proto zvýšit inovativnost a efektivnost celého odvětví ve prospěch spotřebitelů. Zneužití procesu vytváření standardu však na druhé straně může mít i protisoutěžní účinky, jak to dokumentuje případ Dell Computer z r. 1996.

DELL vyžadoval standard určený pro Video Electronics Standards Association (VESA) – šlo o tzv. „local bus“ k přenosu příkazů mezi počítačovou centrální jednotkou a periferními zařízeními. Toto opatření by výrazně zvýšilo efektivnost, protože by umožnilo výrobcům počítačů i periférií vyrábět navzájem kompatibilní výrobky.

Dohoda o standardu byla založena na vyjádřeních účastníků, že žádný ze zúčastněných nemá taková práva k duševnímu vlastnictví, která by mohla ostatním bránit ve vývoji směrem ke standardu. Protisoutěžní potenciál činnosti kolem stanovení standardu se projevil v okamžiku, kdy Dell Computer prohlásil, že nový standard porušuje jeho patent, ačkoliv předtím spolu s dalšími členy VESA dvakrát potvrdil, že žádný konflikt v oblasti duševního vlastnictví u předpokládaného standardu neexistuje. Dell Computer učinil toto prohlášení až poté, co „local bus“ se na trhu s úspěchem prosadil. Jeho žaloba o licenční patentové poplatky vůči ostatním členům VESA, pokud by byla úspěšná, by mu bývala poskytla účinnou kontrolu nad standardem.

Pokud by Dell Computer poskytl informaci o svých patentových nárocích předem, ostatní účastníci by se byli mohli rozhodovat informovaně o eventuálním využití technologie patentované pro Dell Computer. Protože se však Dell uchýlil ke svým patentům podvodně, jeho postup byl protisoutěžní. Jiní výrobci se vyhýbali novému „local busu“ v obavě, že by případný patentový spor mohl jeho akceptaci jakožto průmyslového standardu snížit. Navíc ochladl zájem a klesla ochota zúčastňovat se stanovování standardů v celém odvětví.

Rozhodnutí uložilo společnosti Dell Computer zdravot se uplatňování práv ze svého patentu vůči kterémukoliv výrobcí počítačů používajícímu nový design ve svých výrobcích. K tomu ještě byl vysloven zá-

kaz podobného chování v procesu vytváření standardů. Ani průmyslově právní ochrana jednotlivého výrobce nepřevážila tedy v tomto konkurenčním střetu ještě obecnější zájmy na ochraně soutěžního prostředí.

c) PODVODNÉ NABYTÍ PRÁV

Takovýto způsob nabytí práv k duševnímu vlastnictví vede téměř vždy k protisoutěžním účinkům. Před více než třemi desetiletími napadla úspěšně US Federal Trade Commission dohodu o křížovém licencování uzavřenou mezi American Cyanamid a Pfizer na prodej tetracyklinu. Komise dospěla k závěru, že patenty byly získány podvodným jednáním zahrnujícím zatajování důležitých informací a dezinterpretaci důležitých skutečností a že následné křížové licencování a prodej léčiv byly nezákonnou monopolizací. Vůbec se nejednalo o útok proti patentovému systému, ale právě naopak. Patentovní úředníci se musejí spoléhat na pravdivost vyjádření vynálezců žádajících o patent. Kde není splněn tento standard a je tak udělen potenciální monopol (patent) nesprávně, je namíste protikartelové postih.

Výše zmíněný příklad laserové oční chirurgie takéové obvinění obsahoval. Žaloba uváděla, že společnost VISX získala klíčové patenty podvodem a nespravedlivým chováním a požadovala, aby bylo společností VISX znemožněno uplatňovat práva z patentu. VISX neposkytla všechny nezbytné informace patentovému úřadu, zejména informace dokazující, že tvrzený vynález nebyl patentovatelný proto, že již byl znám jiným subjektům působícím v příslušném oboru.

d) UDRŽOVÁNÍ MONOPOLNÍ MOCI V HIGH-TECH ODVĚTVÍ

Jako příklad tohoto protisoutěžního chování může sloužit případ Intel. Tento výrobce podnikal obchodní protiopatření vůči klientům, kteří měli patenty, jež se buď snažili uplatňovat vůči Intelu nebo jež odmítali Intelu bezplatně licencovat. Toto chování mohlo podle žaloby směřovat k udržení monopolní moci Intelu mj. tím, že zmenšovalo jakoukoliv hrozbu soutěže kvůli existenci důležitých technologií nalézajících se mimo kontrolu Intelu nebo poskytnutých mu k dispozici. Monopolista využil své tržní moci k tomu, že zbavoval jiné jejich práv k duševnímu vlastnictví (Intel nutil jiné vzdát se jejich patentových práv a rezignovat na možnost prodat je někomu jinému nežli právě Intelu).

Jedním z nástrojů odvety ze strany Intelu byly technické informace Intelu o jeho vlastních výrobcích. Výrobci počítačů musejí vědět, jak fungují mikroprocesory v jejich výrobcích. Odpírání informací o způsobu práce mikroprocesorů ze strany Intelu se fakticky rovnalo neposkytnutí mikroprocesorů samotných. Vyhučovacího přístupu zanechával Intel jen v případech, kdy dotčení podnikatelé souhlasili s poskytnutím li-

cenci na své vynálezy Intelu. Intel jim vlastně sděloval zhruba toto: je škoda úsilí a času na inovace s cílem soutěžit s dominantním podnikem. To by nevyhnutelně vedlo k posílení a udržení monopolní moci dominantního subjektu na trhu.

Je tu možné dokumentovat, že kartelové právo při pohledu na jednání monopolisty používá zvláštní optiku. Jednání, která by jinak kartelové právo nezajímala, mohou nabýt vylučovacích prvků, pokud se jich dopouští monopolista. Už ze samotné definice monopolista účtuje monopolní cenu a vyrábí právě tolik produkce, aby tuto cenu udržel. Pokud monopolista udržuje neslušným způsobem toto monopolní postavení, neexistuje žádný bezprostředně měřitelný nárůst protisoutěžních účinků. Ceny nerostou a výstup (produkce) neklesá. Jen soutěž by však mohla přinést nějakou změnu a dynamiku. Proto má kartelové právo významnou úlohu v prevenci růstu monopolní moci v high-tech odvětvích. Předpokládá to zabránit takovým praktikám, které jsou s to pravděpodobně udusit inovaci a upevnit monopolní moc – a to ještě před tím, než nastane aktuální újma.

e) *SDRUŽENÉ LICENCOVÁNÍ („PACKAGE LICENSING“) A PODMÍNKY POPLATKŮ ZA LICENCE*¹⁵

Tato jednostranná praktika dominantního podniku všeobecně spočívá ve vynucování vázaných ujednání – jde o licencování celého souboru (balíku) výrobků nebo stanovení poplatků ze všech prodejů nabyvatele licence (tedy oproti korektnímu použití výnosů z prodeje, kdy se ke stanovení základu pro licenční poplatek bere v úvahu jen prodej těch výrobků, v nichž je zhodnocen nějaký vklad poskytovatele licence).

f) *ZPĚTNÁ POSKYTNUTÍ PRÁV („GRANTBACKS“)*¹⁶

Další praktikou, jež se vykládá jako forma junktimace v licenčních smlouvách, je zahrnování takových omezení do smluv, podle nichž poskytovatel licence vyžaduje, aby nabyvatel licence převedl patent nebo udělil poskytovateli původní licence licenci k jakémukoliv zlepšení původní inovace, které by mohl nabyvatel původní licence vyvinout („grantbacks“). Někdy se to hodnotí jako „dvojnásobný monopol“, v němž mohou být plody invence celého odvětví systematicky soustředěny v rukou majitele původního patentu. Proto taková ujednání musejí být zvlášť obezřetně zkoumána, jsou-li soutěžitelovy podněty k výzkumu snižené nebo je-li omezena rivalita na inovačních trzích.

Kartelové právo má nepřímo podporovat účinné rozšiřování technologií. Licenční omezení má být připuštěno, není-li protisoutěžní vzhledem k výstupu, kterého by bylo dosaženo při zákazu licence. Jinými slovy: mělo by se provést hodnocení potenciálních dopadů takových smluvních restrikcí na efektivnost z hlediska cen a rozšíření duševního vlastnictví. Jestliže např.¹⁷ poskytovatel licence a její nabyvatel byli předtím horizontálními soutěžiteli, potom se může inovátor rozhodnout nelicencovat svého konkurenta, jestliže omezení ve smlouvě jsou zakázána. V tomto případě je měřítkem posuzování licence situace bez licencování. Vyvolává-li transfer technologie společenský prospěch ve vztahu k výlučnému využívání patentu, mělo by takové omezení být povoleno i navzdory některým protisoutěžním dopadům.

g) *ZNEUŽITÍ SÍŤOVÝCH EFEKTŮ*¹⁸

U síťových externalit vznikají zvláštní problémy. Základní charakteristikou výrobku je, že je součástí systému. Výrobky dodávané v těchto odvětvích mají samy o sobě jen malou hodnotu. Aby skutečnou (užitnou) hodnotu získaly, musí být začleněny do systému. Existují dva výše již naznačené rozdílné druhy systémů, v nichž je důležitá kompatibilita.

V prvním se systém skládá z *podobných* výrobků vzájemně zapojených do sítě (např. telefonní a faxové přístroje a jejich komunikační standardy a Internet). V síťovém systému vzrůstá hodnota připojení s počtem jiných, kteří jsou již ke kompatibilním sítím připojeni (jde o typický příklad efektu pozitivní externality síťového systému).

Skládá-li se systém z *komplementárních* výrobků, potom hodnota jednoho komponentu („hardware“) závisí na množství a rozmanitosti kompatibilních komplementárních komponentů („software“). Příklady tu mohou být: televize a jejich programy, CD přehrávače a kompaktní disky, systémy videoher a videohry, kreditní karty (jakožto „hardware“) a obchody, které je přijímají („software“) atd. Kladná vazba mezi účastníkem a rozsahem sítě je známa jako síťový efekt.

Vzájemné působení a potenciál ke vzniku konfliktu je v síťových odvětvích pravděpodobně vyšší. Důvod je jednoduchý: síťové externality doplněné silnou ochranou duševního vlastnictví znamenají dlouhotrvající tržní dominanci. Samotná podstata sítě vede k omezenému počtu soutěžících systémů a ke standardizaci, tedy vlastně k monopolizaci.

Výsledkem soutěže mezi konkurujícími si technologiemi, pokud jsou nekompatibilní, je, že jedna z nich se stane faktickým standardem (např. standardy VHS

¹⁵ Srov. GALLINI – TREBILCOCK, práce cit. výše, s. 33.

¹⁶ Tamtéž, s. 34.

¹⁷ Srov. tamtéž, s. 23.

¹⁸ See CHURCH, J.– WARE, R.: Network Industries, Intellectual Property Rights and Competition Policy, in Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy, Calgary, 1998, s. 227n.

a BETA pro videorekordéry). Proto získání i jen nepatrné počáteční výhody vede k vytvoření rozsáhlé a trvalé výhody, která zase vede k výlučnému zavedení výrobku jednoho výrobce. To je důvod, proč kartelové právo věnuje velkou pozornost problematice sítí.

Důležitou roli má v síťových odvětvích též tzv. uzavírací („lock-in“) efekt. Ten má dva aspekty. Tím prvním je potřeba zdvojit zapuštěné náklady kvůli připojení k síti. Náklady na připojení k síti u nekompatibilní technologie jsou přenášeny na spotřebitele, který přechází do jiné sítě (např. z kamery na film Super 8 k videokameře Hi-8 a nyní zase k DVD videokameře).

Druhý aspekt spočívá v tom, že ten, kdo prosazuje technologii, nemá motivaci vytvářet vlastní síť, ale chce využít její již instalovanou a uzavřenou („locked-in“) základnu. Sliby o rozšiřování vlastní sítě účtováním nízkých cen nebo poskytováním laciného software v budoucnu nemusejí být vždy věrohodné.

Může být použita řada jiných tržních strategií včetně reklam a marketingových manipulací se spotřebitelskými očekáváními. Mohou být vynaloženy rozsáhlé investice, aby se spotřebiteli signalizovalo, že podnik skutečně očekává podstatný vzrůst velikosti sítě. Jinou taktikou je předběžné ohlášení výrobku („product pre-announcement“ nebo „vaporware“), při němž podnik ohlašuje svůj výrobek a informuje spotřebitele o tom, že v budoucnu tento výrobek bude k dispozici. Základním cílem je přesvědčit spotřebitele, aby raději počkali na uvedení vašeho vlastního výrobku na trh, než aby právě teď koupili výrobek konkurentů¹⁹.

Standardizace je nejednoznačná – neefektivnější je v případě, že všichni spotřebitelé zvolí tutéž technologii. To však znamená snížení variability výrobků. Vzniká též problém a nebezpečí možnosti „uzavření“ do neefektivního standardu kvůli instalované základně již zavedené technologie.

Zatímco kompatibilita (slučitelnost výrobků) zvětšuje rozsah sítě a společenský přínos ze síťových externalit, snižuje pravděpodobně zisk příslušného stávajícího („zavedeného“) podniku. Kompatibilita totiž odstraňuje (z hlediska subjektu nově vstupujícího na trh) nevýhodu instalované technické základny, kterou normálně disponuje podnik, jenž je na trhu již zaveden; kompatibilita tak mění také povahu soutěže mezi podniky. Výroková slučitelnost eliminuje výhodu instalované základny a tím likviduje i monopol již zavedeného podniku. Z toho důvodu se dominantní podniky často pokoušejí zmařit kompatibilitu a zabránit jí za použití různých postupů²⁰.

Jedním z nich je např. *odmítnutí dodávek*. Rozlišují

se dva druhy odmítnutí. V prvním případě dominantní podniky odmítají přístup nově příchozím podnikům a pomocí výkonu svých vlastnických práv vylučují nové příchozí ze sítě, čili vynucují si inkompatibilitu (typicky např. u kreditních karet nebo u telefonních sítí). Druhý typ odmítnutí dodávek spočívá v odmítnutí poskytnout licenci ze strany dominantního podniku, který má příslušná práva k duševnímu vlastnictví. Tak např. společnost Apple v minulosti odmítala licencovat svůj operační systém a bděle hájila svá autorská práva, aby zabránila vstupu výrobců napodobenin. Dobře vymezená práva duševního vlastnictví k software jsou nezbytná, mají-li zabránit svévůli a loupeživému přístupu nových zájemců k instalované základně, protože zájemci vesměs budou schopni propojit se technicky (když už to nepůjde v souladu s právem), a to vývojem převodních programů nebo kopírováním software.

Další strategií je tzv. *dravá inovace* výrobků („predatory product innovation“). Tímto způsobem se podniky mohou pokoušet o inkompatibilitu a nastolovat ji častými a neohlášenými změnami ve výrobových standardech. Tak třeba Microsoft zavedl Windows 3.1 a neposkytl licenci výrobci operačního systému DR-DOS – takže když uživatel spustil Windows 3.1 na počítači, který neměl operační systém od Microsoftu (MS - DOS), obdržel z obrazovky chybové hlášení (error message). Tímto způsobem může být znehodnocena předchozí investice zákazníků.

VII. SHRNU TÍ

Je zřejmé, že kladná odpověď na otázku J. M. Clarka položenou v úvodu tohoto informativního a přehledového pojednání (totiž co si počít s prospěchem inovátora, pokud je prospěch společnosti všeobecně akceptován) předpokládá splnění některých nezbytných podmínek.

Business Week uveřejnil 15. května 2000 článek pod titulkem „Inovace je králem“ („Innovation is King – in antitrust agencies“). Píše se v něm, že tradičně se kartelové úřady staraly o to, zda soutěžitelé uměle nezvyšují ceny nebo uměle nesnižují produkci. Nyní prý se s rostoucí pravděpodobností nejdříve dívají na to, zda chování společností napomáhá inovacím nebo jim škodí.

Ekonomická teorie nedokázala, že více soutěže je lepší pro výzkum a vývoj a ani statistické studie tento závěr nepodporují. Současně ani ekonomická teorie ani statistické studie nepodporují závěr, že velmi

¹⁹ Např. US Department of Justice kdysi stíhal společnost IBM, jež oznámila svůj záměr vstoupit do segmentů trhu, na nichž existovala skutečná nebo potenciální soutěž, i když IBM věděla, že je její vstup na trh v oznámeném čase nepravděpodobný. Proto se někdy hovoří o „vaporizaci“, tedy o „vypouštění páry“, jejímž cílem je jednak zastrašování konkurence a jednak snaha odlákat ji skutečné nebo potenciální zákaznky navzdory tomu, že nový výrobek dosud nebyl třeba ani vyvinut. K síťovým efektům a k efektu „uzavření“ spotřebitele do sítě viz též Antitrust and the Information Age: Section 2, Monopolization Analyses in the New Economy, Harvard Law Review 2001, Nr. 5, s. 1630 n.

²⁰ Podle práce cit. v pozn. 18, s. 237 n.

koncentrované trhy podporují výzkum a vývoj a existují jednotlivé závažné důkazy opačné²¹. Žádná investice do inovací by však nebyla vložena bez předchozí ochrany práv k duševnímu vlastnictví (ex ante). Proto je nezbytné respektovat základní výlučná práva, která vyplývají z udělení patentu. Zvláštní povaha práv k duševnímu vlastnictví vyžaduje v některých případech odlišné použití kartelového práva. Soutěžní politika by měla např. být shovívavější ke smluvním omezením mezi soutěžiteli v horizontální úrovni nežli je u zboží, do jehož produkce nejsou práva duševního vlastnictví zapojena²². Na rozdíl od staršího přístupu, oslabujícího práva duševního vlastnictví ukládáním různých omezení smluvních ujednání, doporučuje tento nový rámec, aby soutěžní politika spolupracovala s patentovou politikou a aby nabízela přiměřené podněty inovátorům k jejich ochotě dělit se o své objevy s ostatními, pokud je to efektivní. Dělení úkolů nevytváří mezi těmito oblastmi práva napětí, ale spíše naznačuje doplňkové role soutěžní a patentové politiky. Jde o nalezení správné rovnováhy mezi dynamickou a alokativní účinností. Pro vztah mezi užitky a náklady je důležité zajistit dostatečnou, ale nikoliv přílišnou ochranu vlastnictví inovátora.

V obecné rovině se přijímá většinou stanovisko²³ vyjádřené metaforicky tak, že kartelové právo podporuje tržní struktury podnětující původní inovace za pomoci „biče“ soutěžního trhu – soutěžitelé, kteří nespějí v inovacích, ze soutěže postupně odpadnou. Práva k duševnímu vlastnictví podporují původní inovace za pomoci „cukru“ omezené výlučnosti (exkluzivity) a zisků, které z ní plynou. Kartelové právo umožňuje pokračování v inovacích prostřednictvím ochrany soutěžních příležitostí za hranicemi výlučných práv k duševnímu vlastnictví. Práva k duševnímu vlastnictví umožňují následně inovace tím, že vyžadují veřejné odhalení (prozrazení) původní inovace (přínejmenším v souvislosti s patenty) a poskytují pokračovatelům v inovaci práva na „pochtivé využívání“ a brání je před

zneužitím práv k duševnímu vlastnictví. Základní princip, v němž se ono napětí projevuje, je poskytnutí monopolní tržní moci zákonem díky zakotveným právům k duševnímu vlastnictví, ale pouze v určeném a omezeném rámci příslušného práva.

Ve vývoji vztahů mezi kartelovým právem a právem k duševnímu vlastnictví se postupně ustaluje poloha mezi krajnostmi (mezi přístupem konfliktním a přístupem harmonickým), která se označuje jako pozice komplementarity²⁴. Ta je dána tím, že ústřední ekonomický cíl mají obě oblasti práva společný, a sice maximalizaci produkce požadované spotřebiteli s co nejnižšími náklady²⁵. Hodnocení kartelové právních skutkových podstat musí v sobě tedy od počátku obsahovat úvahy z hlediska funkce práv k nehmotným statkům²⁶ a tato práva jsou zase interpretována s vědomím jejich integrace do soutěžního řádu (Wettbewerbsordnung). V žádném případě nemá být kartelové právo nástrojem k tomu, aby se z práva na duševní vlastnictví stalo právo na *dušení* vlastnictví.

SUMMARY

The contribution deals with the relation of intellectual property rights to competition law. Support of innovation is based on creating an innovator's monopoly which can harm economic competition. Knowledge-based high-tech economy calls for such a monopolization. Some basic differences between intellectual property and real property and some more frequent kinds of misusing intellectual property rights are introduced. The author joins the opinion that the conflict between protection of innovations and protection of competition is to be solved by providing legal monopoly power, but only within the defined limited scope of the right.

²¹ Srov. GILBERT, R. J. – TOM, W. K.: Is Innovation King at the antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later. *Antitrust Law Journal*, Vol. 69 (2001), Issue 1, s. 83 n.

²² Srov. GALLINI – TREBILLCOCK, práce cit. výše, s. 49.

²³ Podle VALENTINE, D.: Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U. S. Perspectives and the Intel Case, The Israel International Antitrust Conference, Tel Aviv, November 15, 1999 – viz www.ftc.gov/speeches.

²⁴ Srov. HEINEMANN, A.: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 2002, s. 1 n.

²⁵ Podobně BOWMAN, W., S., Jr.: Patent and Antitrust Law – A Legal and Economic Appraisal, Chicago – London, 1973, s. 1.

²⁶ Srov. HEINEMANN, cit. práce, str. 624, 628.