



LUND UNIVERSITY

Microsoft till rakning

Lidgard, Hans Henrik

Published in:
Europarättslig tidskrift

2008

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Lidgard, H. H. (2008). Microsoft till rakning. *Europarättslig tidskrift*, 207-220.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00



LUND UNIVERSITY

Juridiska fakulteten

LUP

Lunds Universitets Publikationer
Institutionellt Arkiv vid Lunds Universitet
Adress: <http://www.lu.se/forskning/avhandlingar-och-publikationer>

Detta är en digitaliserad version av
en artikel i tidskriften Europarättslig tidskrift.

Referens för den publicerade versionen:
Lidgard, Hans-Henrik.
Microsoft till rakning.
Europarättslig tidskrift, nr 1, 2008, s. 207-220.

Publicerad i LUP med tillstånd från utgivaren.

Digitaliseringen har skett inom projektet Retrodigitalisering
av nutida svårtillgänglig svenskpublicerad HumSam-
forskning, finansierat av Kungliga biblioteket.

MICROSOFT TILL RAKNING

Hans Henrik Lidgard*

1. BAKGRUND

Microsofts framgångar under senare årtionden har varit exempellosta. Från ett källarföretag med några kreativa och våghalsiga "data-nördar" har företaget vuxit till en dominerande global marknadsposition. Microsofts operativsystem "Windows" kontrollerar i princip marknaden och steg för steg tar Microsoft över olika applikationssystem oavsett om man varit först med att utveckla en ny idé eller hängt på andras idéer. Konkurrenter till Windows operativsystem har aldrig fått riktig luft under vingarna och tidigare konkurrenter till ordbehandlingsystemet Word och webbläsaren Explorer har i princip slagits ut. Marknadsslaget har under senare år stått om nätverksservrar och mediaspelare.

1.2 Inte bara tur & timing

Grunden för Microsofts framgångar kan säkert tillskrivas tur och "timing",¹ men det räcker inte – en förutseende och skicklig ledning har sett till att Microsoft hållit sig framme i utvecklingen och ständigt mött eller till och med förutsett kundernas behov. Windows öppnade datormarknaden för gemene man just när persondatorerna bröt igenom och ersatte tidigare slagskepp till datorer. De olika mjukvaruprogrammen erbjuder användarvänliga system, som löser vardagliga problem. Det är faktiskt inte mer än ett femtontal år sedan, som datorer var förbehållna tekniker och bara sakta började göra sitt intåg som arbetsredskap i industri och förvaltning. Idag har datorn fått en plats i stort sett varje hem och uppfattas som ett nödvändigt verktyg för allehanda dagliga aktiviteter och ett viktigt kommunikationsinstrument.

* Hans Henrik Lidgard är professor i civilrätt vid Lunds Universitet.

¹ Denna artikel är tyvärr fylld med anglofiseringar av typen "branding", "bundling", "leveraging" och "interoperabilitet". Det svenska språket är i behov av egen terminologi, men det sannolika är att svenskan efter hand kommer att omfatta dessa begrepp på samma sätt som andra tekniska termer som t.ex. know-how, som kommit att bli en del av vårt språk. Där det finns adekvata översättningar kommer dessa att användas.

Det är främst genom en snabb anpassning till kundönskemål och kundnytta som Microsoft vunnit sina lagrar. I viss utsträckning har Microsoft säkrat ensamrätt genom patent på vissa finesser, upphovsrättsligt skydd för programkoder och företaget har också aktivt skyddat sina varumärken. Huvudframgången har dock grundats på en effektiv och snabb utvecklingsorganisation och kraftfulla och förutseende marknadssatsningar.

1.2 Konkurrensrisker

Microsoft har genom tiderna sålt datorprogram separat, men också, med operativsystemet Windows som plattform, skapat integrerade totallösningar ("bundling"). Framgångarna har successivt höjt risken att konkurrensen helt skulle elimineras och konkurrensmyndigheter har under 2000-talet granskat Microsofts marknadsföringsmetoder. Först ut var de amerikanska antitrustmyndigheterna vilkas talan ledde till att domare Jackson fann ett behov av att beordra uppdelning av Microsoft i inbördes konkurrerande enheter.² Appellationsdomstolen underkände Jacksons synsätt, utan att för den skull fränkänna Microsoft ansvar för företagets snedvridande marknadsmetoder att koppla Microsofts webbläsare Explorer till operativsystemet.³ Ärendet återremitterades till underinstansen för förnyade överväganden, men det förliktes innan prövningen hann genomföras.⁴

Även EU-kommissionen har haft Microsofts affärsmetoder under luppen under lång tid. I det s.k. Micro Leader-fallet⁵ ansåg sig kommissionen inte övertygad om Microsofts dominerande ställning och menade att klaganden inte styrkt sina påståenden. Vid denna tid startar dock kommissionen sina fördjupade undersökningar av Microsofts affärsmetoder, som slutligen ledde till beslutet mot Microsoft år 2004.⁶

I sitt 300 sidor långa och detaljerade beslut slog kommissionen fast att Microsoft missbrukar sin dominerande ställning genom att vägra tillhandahålla gränssnittsinformation för att möjliggöra för konkurrerande nätverksservrar att på ett effektivt sätt koppla samman sina tjänster med Microsofts operativsys-

² United States District Court for the District of Columbia, *United States v. Microsoft Corporation*, 87 F.Supp.2d 30 (D.D.C.2000).

³ Dom av den 28 juni 2001, *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (Fed.Cir. 2001).

⁴ Se *United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion with Findings of Fact and Final Judgment of 1 November 2002 in re State of New York et al. v. Microsoft Corporation*, Civil Action No. 98-1233 (CKK); *Memorandum Opinion with Findings of Fact and Final Judgment of 1 November 2002 in re United States of America v. Microsoft Corporation*, Civil Action No. 98-1233 (CKK).

⁵ Förstainstansrätten, mål T-198/98, *Micro Leader Business mot Kommissionen*, 16 december 1999, REG [1999] II-3989.

⁶ Kommissionen, beslut COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, 24 mars 2004, EGT 2007 L 32/23.

tem. Dessutom fann kommissionen att Microsofts metod att integrera Microsofts Mediaplayer med Windows operativsystem innebar ett otillbörligt agerande av ett dominerande företag. Överträdelserna bedömdes som grova och kommissionen utdömde i sitt beslut ett skadestånd om närmare en halv miljard Euro – det högsta skadeståndet hittills för ett enskilt företag. Microsoft beordrades i beslutet att förse konkurrenter med gränssnittinformation på skäliga villkor och att också kommersiellt tillhandahålla operativsystemet utan vidhängande mediaspelare. Som lök på laxen ställde kommissionen upp ett långtgående system för hur Microsofts efterrättelse av beslutet skulle övervakas och ålade Microsoft att svara för dessa kostnader.

Microsoft överklagade beslutet till Förstainstansrätten. Medan företaget drev sin sak rättsligt utdömde kommissionen ytterligare böter för ohörsamhet mot de i beslutet fastställda åtgärderna.⁷

1.3 Förstainstansrätten bekräftar kommissionens bedömning

Den 17 september 2007 avkunnades dom i målet.⁸ Motiv och domslut bekräftar i allt väsentligt kommissionens beslut. Till stor förvåning meddelade Microsoft den 22 oktober 2007 att man lät sig nöja med domen och att åtgärder omgående skulle vidtas för att efterkomma kommissionens beslut.⁹ Utgången måste betraktas som en stor prestigeförlust för Microsoft och motsvarande framgång för kommissionen. Vilka verkliga ekonomiska konsekvenser ingreppen får i slutändan är däremot svårare att överblicka. Under hösten 2007 har Microsoft levererat nya rekordresultat och verksamheten förefaller trots de konkurrensrättsliga ingreppen att frodas.

Ärendet väcker en rad konkurrensrättsliga frågor: Vilken marknad berörs – en bredare plattformsmarknad eller olika marknader för mjukvaruprogram? Är det dominerande företagets skyldigt att på konkurrensrättslig grund dela med sig immaterialrättsligt skyddad kunskap? Vilka effekter ger dessa skyldigheter för informationsflöde mellan konkurrenter – löser myndigheternas bedömning ett problem för att istället skapa ett nytt informationsproblem? Vidare är förbudet mot att koppla samman produkter av betydelse – när kan vilken typ av krav ställas? Förstainstansrättens dom kommer också för första gången in på en värdering av TRIPS-avtalets inverkan på tolkningen av gemenskapens konkurrensregler. Frågan är vilka effekter domen får internationellt?

⁷ Se pressrelease: Commission imposes penalty payment of _280.5 million on Microsoft for continued non-compliance with March 2004 Decision, IP/06/979, av den 12 juli 2006.

⁸ Förstainstansrätten, mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, 17 september 2007, ä.e.p.

⁹ Se pressrelease: Commission ensures compliance with 2004 Decision against Microsoft, IP/07/1567 av den 22 oktober 2007.

Syftet med denna rättsfallsanalys är att översiktligt presentera det närmare 200 sidor långa domslutet och kortfattat diskutera dess konsekvenser. Jag hoppas att tillsammans med mina doktorander återkomma med fördjupade analyser av de enskilda frågeställningarna.

2. IMMATERIALRÄTT GER INTE IMMUNITET FRÅN KONKURRENSRÄTTSLIGA ÖVERVÄGANDEN

Microsoft har ett upphovsrättsligt skydd för den information, som styr Microsofts operativsystem. Detta skydd kompletteras med patentskydd för vissa specifika anordningar. För att säkerställa en optimal sammankoppling av Microsofts operativsystem med konkurrenternas mjukvaror för nätverksservrar ("interoperabilitet") behöver konkurrenterna tillgång till gränssnittsdata, som Microsoft antingen inte ställde till förfogande eller bara upplät i begränsad utsträckning. Kan myndigheter på konkurrensrättslig grund tvinga fram en tvångslicensiering?

2.1 Är gränssnittsdata immaterialrättsligt skyddat?

Kommissionen liksom Förstainstansrätten tvekar om Microsofts gränssnittsdata verkligen är upphovsrättsligt skyddade. Liksom i *Magill*¹⁰ och *IMS Health*¹¹ är Microsofts immaterialrättskydd för gränssnittsdata inte av det starkare slaget, även om företaget försöker markera att skillnader föreligger mot de bägge tidigare domarna.¹² Bägge instanser ger trots uttalad tvekan Microsoft full fördel av den osäkra immaterialrättsituationen och grundar sina överväganden på att skydd föreligger. En rättighetsinnehavare styr om och hur immaterialrättigheter kan upplåtas, men ett dominerande företag har ett särskilt ansvar för att det inte genom sina åtgärder snedvrider konkurrensen.¹³

¹⁰ EG-domstolen, förenade mål C-241/91 P och C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publication Limited mot Kommissionen* ("Magill"), 6 april 1995, [1995] REG I-743 (upphovsrättsligt skydd för TV program enligt irländsk rätt).

¹¹ EG-domstolen, mål C-481/01, *IMS Health mot Kommissionen*, 11 april 2002, [2001] REG I-5039, (upphovsrättsligt skydd för datasystem rörande försäljning av läkemedel).

¹² Mål T-201/04, *Microsoft mot Kommissionen*, fn. 8, domsmotiv 695. Domstolen gör helt enkelt ingen åtskillnad, utan konstaterar lakoniskt att "... it is inherent in the fact that the undertaking concerned holds an intellectual property right that the subject-matter of that right is innovative or original. There can be no patent without an invention and no copyright without an original work."

¹³ Mål T-201/04, *Microsoft mot Kommissionen*, fn. 8, domsmotiv 319.

2.2 Speciella omständigheter

Grundat på de tidigare ställningstagandena i Magill och IMS Health bekräftar domstolen att under speciella omständigheter kan det dominerande företaget tvingas upplåta licens. Kraven är att (i) den efterfrågade tjänsten eller produkten är helt nödvändig för att genomföra en åtgärd på en angränsande marknad; (ii) vägran att upplåta licens utesluter effektiv konkurrens på denna sekundära marknad; och (iii) förhindrar tillkomsten av en ny och efterfrågad produkt.¹⁴ Är dessa omständigheter uppfyllda måste företaget visa att licensvägran har objektivt godtagbara grunder. Domstolen ställer däremot inte något krav på att vägran ska vara kopplad till en tidigare relation mellan parterna.¹⁵

Microsofts dominans med Windows på marknaden för operativsystem är idag notorisk. Systemet är en de facto standard och det är nödvändigt för nya mjukvaruleverantörer att kunna visa på ”interoperabilitet” med detta system för att vinna marknadsframgång. Microsoft lyckades inte med sin talan visa att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning (”manifest error”) vad gällde nödvändigheten av att konkurrerande mjukvaruprogram fick tillgång till Microsofts operativsystem. Om konkurrenterna inte fick denna rätt skulle Microsofts marknadsställning ytterligare förstärkas och risk förelåg för att all effektiv konkurrens skulle elimineras. Risken var tillräcklig eftersom nätverks-effekter är svåra att reparera i efterhand.¹⁶

Konsumenterna drabbas om de inte får tillgång till en ny produkt, men också om teknisk utveckling begränsas så att nyutveckling inte kommer till stånd. Microsofts licensvägran innebar en sådan teknisk begränsning och förstärkte inläsningen av konkurrenterna.¹⁷ Företagets argumentering styrkte inte att kommissionen gjort en uppenbart felaktig (”manifestly incorrect”) bedömning av detta kriterium.¹⁸

2.3 Objektivt verifierbara skäl

Microsoft hänvisade till existerande immaterialrättsskydd som en objektiv grund för sin licensvägran. Konkurrenterna skulle kopiera Microsofts system

¹⁴ Id., domsmotiv 332.

¹⁵ Jfr. t.ex. EG-domstolen, förenade mål 6 & 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.a. & Commercial Solvents Corporation mot Kommissionen (”Commercial Solvents”), 6 mars 1974, [1974] ECR 223.

¹⁶ Mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, fn. 8, domsmotiv 562.

¹⁷ Id. domsmotiv 651.

¹⁸ Eftersom det är ovanligt inom informationsteknologi att två produkter har samma utförande blir det alltför enkelt för konkurrenter att få tillgång till information och immaterialrättsskyddet urholkas. Se Batchelor, B., The fallout from Microsoft: The Court of First Instance leaves critical IT industry issues unanswered, *Computer and Telecommunications Law Review* 2008 s. 17, 18. Artikeln understryker också att bevisbördans placering för effektivitetsvinster gör det alltför enkelt för kommissionen.

och företaget saknade anledning att bistå dem i detta uppsåt. Inte heller denna argumentering accepteras av Förstainstansrätten, som hävdar att tillgång till gränssnittsdata inte innebär rätt att utnyttja Microsofts källkod och dessutom klarar ingen konkurrent sig om den endast försöker kopiera dominantens produkter.¹⁹

I den amerikanska appellationsdomstolen hade Microsofts argumentering tidigare avisats tämligen bryskt.²⁰ Förstainstansrätten konstaterar i samma anda att

“... the fact that the communication protocols covered by the contested decision, or the specifications for those protocols, are covered by intellectual property rights cannot constitute objective justification within the meaning of Magill and IMS Health... if the mere fact of holding intellectual property rights could in itself constitute objective justification for the refusal to grant a licence, the exception established by the case-law could never apply.”²¹

Microsofts andra objektiva argument var att ett licenstvång skulle minska företagets intresse av att utveckla nya produkter. Kommissionen hade i sitt beslut avisat denna risk dels därför att man menade att effekten skulle bli den motsatta och dels med hänvisning till att en avvägning måste göras mellan Microsofts intressen och hela industrins behov och drivkrafter. Sistnämnda balansering mellan olika intressen framstod som en nymodighet i kommissionsbeslutet, som också blivit föremål för diskussion. Förstainstansrätten menar att det första argumentet var tillräckligt för att frågan kan avgöras och konstaterar dessutom att det är normal industripraxis att lämna ut gränssnittsdata. IBM:s tidigare åtaganden mot kommissionen var i överensstämmelse med de krav, som nu ställs på Microsoft. Sammantaget föreligger det således inte några objektiva grunder, som fråntar Microsoft skyldighet att upplåta licens.²²

¹⁹ Mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, fn. 8, domsmotiv 658.

²⁰ U.S. v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 63 (Fed. Cir. 2001): “Microsoft’s primary copyright argument borders upon the frivolous. The company claims an absolute and unfettered right to use its intellectual property as it wishes ... That is no more correct than the proposition that use of one’s personal property, such as a baseball bat, cannot give rise to tort liability.”

²¹ Mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, fn. 8, domsmotiv 690.

²² Synsättet väckte omedelbart amerikanska reaktioner som åter pekade på att Europa skyddar konkurrenter snarare än konsumenter och att domen skulle få negativa effekter för framtida forskningssatsningar. Se Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision, http://www.usdoj.gov/opa/pr/2007/September/07at_725.html: “In the United States, the antitrust laws are enforced to protect consumers by protecting competition, not competitors. In the absence of demonstrable consumer harm, all companies, including dominant firms, are encouraged to compete vigorously. U.S. courts recognize the potential benefits to consumers when a company, including a dominant company, makes unilateral business decisions, for example to add features to its popular products or license its intellectual property to rivals, or to refuse to do so.” Kommissionen protesterade mot den amerikanska kommentaren: ”The European Commission does not pass judgment on rulings by U.S.

Påföljden – tvångslicens på skäliga och icke diskriminerande ”RAND-villkor” (”Reasonable and Non-Discriminatory”) – är därmed befogad. Det faktum att domen medför att Microsoft och konkurrenterna tvingas in i ett nära informationsutbyte förefaller inte att ha föranlett några närmare överväganden av kommissionen eller Förstainstansrätten. I andra sammanhang är sådan samverkan mellan konkurrenter känslig. Risk föreligger för att informationsutbytet i sig kan snedvrída konkurrensen och leda till en alltför långtgående samverkan mellan konkurrenter. Bland annat kommer Microsoft till följd av denna skyldighet att på ett tidigt stadium få kontakt med mjukvaruproducenter och därmed få en uppfattning om vilka aktiviteter konkurrenterna förbereder.

3. KOPPLINGSFÖRBEHÅLL

Den andra huvudfrågan gäller Microsofts rätt att integrera sin mediaspelare i operativsystemet och tillhandahålla denna tilläggsprodukt utan kostnad för konsumenterna. Kommissionen menade att det finns en separat efterfrågan på mediaspelare och att Microsofts åtgärder innebar att konkurrerande program skulle komma att utestängas från marknaden om Microsofts mediaspelare alltid integrerades i Windows.

Enligt kommissionen är det alltid förbjudet att koppla samman produkter när de (i) hör till separata produktmarknader; och (ii) konsumenten saknar möjlighet att köpa huvudprodukten utan att samtidigt förvärva den kopplade produkten; och (iii) denna koppling utestänger konkurrensen. Förstainstansrätten instämmer i kommissionens analys.²³

3.1 En eller flera produktmarknader

Slutkonsumentens uppfattning är avgörande för om två produkter tillhör en eller flera produktmarknader. Microsofts egna marknadsåtgärder talade inte för en integrerad plattformsmarknad, utan snarare för att de olika programmen utgjorde separata produktmarknader.²⁴ Enligt Förstainstansrätten finns det också ett avnämbarbehov av operativsystem utan inbyggd mediaspelare. Företag vill ibland att datorer inte ska innehålla mediaspelare eftersom detta program ofta används av anställda för annat än arbete.²⁵ Det faktum att den ”rena” Windows-versionen inte haft några framgångar på marknaden efter kommissionens beslut berörs bara i förbigående.

courts and we expect the same degree of respect from U.S. authorities on rulings by EU courts,” <http://www.edri.org/edrigram/number5.18/microsoft-decision-tpi>.

²³ Kommissionen, beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft, fn. 6, punkt 794.

²⁴ Mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, fn. 8, domsmotiv 925.

²⁵ Id. domsmotiv 944.

3.2 Marknad utan alternativ

Microsoft har genomfört sin strategi på så sätt att OEM-tillverkare av datorer är tvungna att förvärva den integrerade produkten. Mer än 90 % av Microsofts produkter tillhandahålls denna väg. De kontraktuella kraven kombineras med tekniska installationsåtgärder.²⁶ Det är tekniskt svårt att avinstallera mediaspelaren utan att skada operativprogrammet. Tillhandahålls mediaspelaren utan tilläggskostnader är det dessutom svårt att ekonomiskt motivera OEM-leverantörer att byta ut denna mot annan likartad produkt.

Förstainstansens bedömning påverkas inte av att mediaspelaren tillhandahölls "gratis" eller att konsumenterna hade full möjlighet att installera andra program vid sidan av Windows Mediaplayer. Priset för mediaspelaren var inkalkylerat i totalpriset och förbjudna kopplingsförbehåll förutsatte inte att kunderna skulle vara låsta till den kopplade produkten.²⁷

3.3 Konkurrenter stängs ute

Microsofts affärsmetoder leder till att konkurrenterna utestängs från marknaden trots att deras produkter kan vara bättre och mer attraktiva för kunderna.²⁸ Domstolen bekräftar därför att kommissionens bedömningar är riktiga ("the Commission was correct") på en hel rad punkter och understryker bl.a. att Microsoft utnyttjar Windows operativsystem som distributionskanal och därigenom skapar sig konkurrensfördelar på den angränsande marknaden. Därigenom utestängs Microsofts konkurrenter, som annars skulle kunna tillhandahålla bättre produkter och öka konkurrenstrycket.

3.4 Objektiva skäl för kopplingen?

Även när effekterna av kopplingsförbehåll och "bundling" bedöms uppkom frågan om det finns några objektiva skäl, som kan motivera begränsningen av konkurrensen. Denna objektiva bedömning är inte en normal del av analysen av kopplingsförbehåll, men understryker att det inte rör sig om något per se förbud, utan snarare en bedömning och avvägning av alla omständigheter. Förstainstansrätten konstaterar att sammankopplingen av Windows med applikationssystem leder till en de facto standardisering, som visserligen kan ha fördelar för konsumenterna, men ett dominerande företag får inte pådyvla marknaden en sådan lösning.²⁹ Det kan till och med vara så att marknaden föredrar att olika

²⁶ Id. domsmotiv 963.

²⁷ Id. domsmotiv 968–971.

²⁸ Id. domsmotiv 1047.

²⁹ Id. domsmotiv 1152.

plattformar konkurrerar. "Bundling" medför i sig inga tekniska fördelar, som kan försvara metoden.³⁰ Domstolen understryker dock att kommissionens beslut inte innebär att Microsoft behöver överge sin strategi med en integrerad plattform – kravet är bara att Microsoft ska ställa en "ren" version av operativsystemet till marknads förfogande och därmed möjliggöra framtida plattformskonkurrens.

Förstainstansrättens slutsats är att kommissionen uppfyllt sin bevisbörda enligt erforderliga krav ("to the requisite legal standard") och att Microsoft inte presenterat en bärande motbevisning. Microsofts objektiva skäl för att samordna Windows med sin mediaspelare håller inte. Domstolen fastställer därför kravet på att Microsoft ska ställa en "ren" version av Windows operativsystem till marknads förfogande.

4. TRIPS-AVTALETS INVERKAN PÅ DEN EG-RÄTTSLIGA BEDÖMNINGEN

Microsoft-fallet är också intressant därför att domen berör TRIPS-avtalets³¹ inverkan på den EG-rättsliga bedömningen. Microsoft hävdade att kommissionens beslut inte beaktade denna internationella överenskommelses genomslag i den interna rätten och kraven på att upprätthålla ett godtagbart immaterialrättsligt skydd.

Domstolen fastställer att WTO-avtalens bestämmelser inte är direkt tillämpliga i EG-rätten.³² Endast om gemenskapen genomfört en bestämmelse i den interna ordningen eller om gemenskapsrätten hänvisar till en specifik bestämmelse i ett sådant avtal, måste gemenskapsdomstolarna beakta innehållet i dessa överenskommelser. Mot denna bakgrund kan Microsoft inte stödja sina kopplingsaktiviteter på artiklarna 13, 17 och 20 i TRIPS-avtalet. Domstolen förtydligar:

³⁰ Batchelor, B., fn. 18, s. 21 efterlyser närmare besked om när fördelar med bundling uppväger negativa effekter av kopplingsförbehåll och hänvisar bl.a. till positiva kommentarer i 2005 års DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, punkt 178: "Tying and bundling are common practices that often have no anticompetitive consequences. Both companies with and without market power engage in tying and bundling in order to provide their customers with better products or offerings in cost effective ways. At the most basic level, bundling or integrating two or more components into one product is a fundamental part of many economic activities. Such bundling can lead to significant savings in production, distribution and transaction costs and to improved quality. Companies may also engage in tying for reasons related to the quality, reputation and good usage of their machines."

³¹ The 1994 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Annex 1C of the Agreement Establishing the World Trade Organization of 15 April 1994), OJ 1994 L 336/214, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

³² Mål T-201/04, Microsoft mot Kommissionen, fn. 8, domsmotiv 798–813 och 1189–1193

“In any event, there is nothing in the provisions of the TRIPS Agreement to prevent the competition authorities of the members of the WTO from imposing remedies which limit or regulate the exploitation of intellectual property rights held by an undertaking in a dominant position where that undertaking exercises those rights in an anti-competitive manner. Thus, as the Commission correctly observes, it follows expressly from Article 40(2) of the TRIPS Agreement that the members of the WTO are entitled to regulate the abusive use of such rights in order to avoid effects which harm competition.”³³

WTO-medlemmar har i överensstämmelse med artikel 40:2 TRIPS således frihet att välja hur man vill angripa snedvridande konkurrensbegränsningar. Den nationella konkurrensrätten – oavsett hur den utformas – kan inskränka det immaterialrättsliga skydd som TRIPS-avtalet garanterar. Från en gemenskapsrättslig utgångspunkt går det knappast att invända mot Förstainstansrättens resonemang. Frågan är dock vad domen kan få för långsiktiga effekter i just denna del. T.ex. förefaller det möjligt att utvecklingsländer anammar synsättet. Hittills har WTO-förhandlingarna kantats av problem och tillkortakommanden inte minst därför att utvecklingsländer hävdar att TRIPS-avtalet ger utvecklingsländerna orättvisa pålagor. Dessa länder kan nu med stöd av Förstainstansrättens resonemang tolka TRIPS-avtalet efter det egna landets gottfinnande med risk att utvecklingsländer tar förbehållen för konkurrensfrihet i TRIPS artikel 40 till intäkt för långtgående ingrepp mot störande immaterialrättigheter. Udden kommer sannolikt att riktas mot multinationellt verksamma storföretag i USA och EU och effekten av domen kan bli en oförutsedd bumerang.

5. PÅFÖLJDERNA

Kommissionens rekordböter om 497 mEUR stod sig vid den slutliga prövningen. Härtill kommer de ytterligare ca 280 mEUR, som Microsoft fått i påbackning för sin ohörsamhet mot kommissionens beslut.³⁴ Denna sista del omfattas inte av domen, men väl av Microsofts ensidiga åtagande när bolaget beslutat sig för att inte överklaga. Likaså fastställde Förstainstansrätten att kra-

³³ Id. 1192. Artikel 40:2 TRIPS stadgar att ”Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grant-back conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.”

³⁴ Se pressrelease: Commission imposes penalty payment of _280.5 million on Microsoft for continued non-compliance with March 2004 Decision, IP/06/979, av den 12 juli 2006.

ven på RAND licensupplåtelser³⁵ av gränssnittsdata var en befogad åtgärd, liksom kravet att Microsoft skulle framställa en "ren" version av operativsystemet Windows.

Ingreppen är långtgående och en anledning till att de inte justerades ner av Förstainstansen var att domen byggde på kända koncept, som Microsoft måste ha varit medvetet om. Situationen hade möjligen förändrats om grunden för domen byggde på de nya konkurrensrättsliga koncept, som kommissionen fört fram i sitt beslut. Microsofts agerande på programmarknaden för persondatorer inskränks därmed på ett betydelsefullt sätt. De europeiska påföljderna ställer högre krav på Microsoft än den tämligen försiktiga amerikanska kompromissen,³⁶ som dock är tidsbegränsad.

Däremot godtog inte Förstainstansrätten det av kommissionen påkallade övervakningssystemet för att säkra att Microsoft rättade in sig i ledet. Systemet innebar att en fristående övervakare utsågs, som med full insyn i Microsofts affärer skulle säkra att företaget genomförde sina skyldigheter enligt beslutet. Microsoft skulle svara för kostnaderna för denne övervakare. Enligt Förstainstansrätten saknades legalt stöd för ett sådant övervakningssystem. Det är snarare kommissionens egen uppgift att övervaka att beslutet efterlevs.

6. KOMMENTAR

Med Förstainstansrättens dom och Microsofts tillkännagivande att man inte avser att överklaga domen avslutas ett utdraget ärende, som föranlett åtskilliga spekulationer såväl i amerikansk som europeisk media. Domen kom kanske främst som en överraskning för dem som väntade sig någon form av överraskning. I mycket känns resonemangen igen³⁷ och kommissionen vinner fullt stöd för sin uppfattning, något den kanske var i behov av efter åtskilliga motgångar i viktiga ärenden under senare år.

Microsoft har fört en hård kamp mot såväl amerikanska som europeiska myndigheters försök att styra konkurrensen på den marknad företaget successivt erövrat. Om det är något som förvånar är det kanske att Microsoft lägger

³⁵ RAND-villkoren innefattade sänkning av patentlicensroyalty från 5,95 % till 0,4 % och royalty för know how för gränssnittsdata förvandlades från 2,95 % till en engångsersättning om 10.000 USD. Se pressrelease: Commission ensures compliance with 2004 Decision against Microsoft, IP/07/1567 av den 22 oktober 2007.

³⁶ Page, William H. and Lopatka, John E., *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*. University of Chicago Press, 2007, som är allmänt kritiska mot den amerikanska uppgörelsen, men snarast från utgångspunkten att Microsofts agerande inte skadade konsumenterna.

³⁷ Förstainstansrättens besked att kravet på ny produkt inte bara omfattar blockering av en konkurrerande produkt, utan att även hinder för teknisk utveckling räknas, kan ses som en komplettering av tidigare rättspraxis. Se Wisking m.fl., *European Union Competition – Refusal to supply*, E.I.P.R. 2008, s. 4.

sig och stryker öronen efter huvudet. I första hand ska det tillskrivas den klara och tämligen okontroversiella domen. Genom att domstolen bygger sina skäl på känd praxis och avstår från nymodigheter av typen ”balancing incentives test”³⁸ rör det sig huvudsakligen om bevisfrågor och inte rättsfrågor. Som framgått av rättsfallsgenomgången lämnar domstolen kommissionen stort manöverutrymme. I några fall konstaterar domstolen att kommissionens bedömningar är riktiga, men ofta inskränker den sig till att fastslå att Microsoft inte visat att kommissionens bedömningar är uppenbart felaktiga (”manifest error” eller ”manifestly incorrect”) och konstateranden att kommissionen uppfyllt sin bevisbörda enligt erforderliga krav (”to the requisite legal standard”).³⁹ Slutsatserna kan lätt uppfattas som skönsmässiga och kommissionen har själv varit snar att anmärka på domstolen när bedömningar gått åt motsatt håll. I alla händelser minskar dessa överväganden utrymmet för ett överklagande.

Domen innehåller en rad pekpinar riktade mot Microsofts processföring. Resonemangen har varit grundlösa eller alltför svepanden för att vinna domstolens gillande, vilket inte gynnat Microsofts talan.⁴⁰ Huvudskälet är dock att Microsofts 95 % marknadsandel för operativsystem utgör en fara för konkurrensen och domstolen instämmer i rimligheten i kommissionens åtgärder. Mjukvarukonkurrenter måste släppas in på marknaden för nätverksservrar och det är inte orimligt att Microsoft får lämna ifrån sig gränssnittsdata på skäliga och icke diskriminerande villkor. Det kan möjligen förvåna att royaltysatser blivit så låga som Microsoft till slut medgivit, men det förvånar också att kommissionen inte ställt krav på att det ”rena” Windows-paketet ska säljas till ett lägre pris än den integrerade versionen.

En invändning mot Förstainstansrättens dom gäller inställningen till påståendet att Microsofts motiv att utveckla nya produkter skulle reduceras om företaget tvingades släppa ifrån sig information till konkurrenter. Kommissionen menade att så inte skulle bli fallet, men tillade att Microsofts intressen skulle ställas mot industrin som helhet. Förstainstansrätten följde inte upp denna teori, utan nöjde sig med att konstatera att det inte förelåg risk för kopiering och att kraven på öppenhet med gränssnittsinformation var i överensstämmelse med gällande branschpraxis.⁴¹ Även om balansering av motstående intressen skulle tillföra den konkurrensrättsliga bedömningen en ny värdefull bedöm-

³⁸ Jfr Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft, fn. 6, punkterna 709–729, speciellt 725.

³⁹ Domstolens ”vänliga” behandling av kommissionen i detta fall kan ställas mot den hårdhänta bedömning av konkurrensverkets talan, som sker i Stockholms Tingsrätt och i Marknadsdomstolen. Skillnaden är en följd av systemskillnader och att kommissionen ges större utrymme för egna bedömningar.

⁴⁰ Se First, H., Strong Spine, weak underbelly, The CFI Microsoft decision, http://www.antitrustinstitute.org/archives/files/First_Strong%20Spine_100220071356.pdf.

⁴¹ Se Batchelor, B., fn. 18, s. 19, som är kritisk och menar att inställningen mycket väl kan ha en avkylande effekt på företagets vilja att utveckla nya produkter.

ningsparameter fullföljdes inte tankarna i domen.⁴² En ny teoretisk grund för konkurrensrättsliga ingripanden skulle förmodligen ha inverkat på bedömningen av bötesbeloppets storlek.

Inte heller är det särskilt förvånande att Microsoft får släppa till en ”ren” version av sitt operativsystem. Inget hindrar företaget från att erbjuda integrerade produkter i framtiden, men det blir i så fall på en marknad där andra företag kan komma att erbjuda plattformar i konkurrens med Microsoft. Det dominerande företaget får räkna med att behöva dela med sig av effektivitetsvinster när det är möjligt.⁴³

Ytterst är den europeiska bedömningen av Microsofts agerande ett uttryck för en ”leveraging” teori, som syftar till ”competition on the merits”. Microsoft har utnyttjat sin superdominanta ställning på marknaden för operativsystem och tillskansar sig fördelar på marknaderna för nätverksservrar och mediaspelare.⁴⁴ Det räcker att företaget stärker sin ställning på dessa sekundära marknader för att ett missbruk ska kunna föreligga i Europa. USA, däremot, uppställer krav på försök att monopolisera sekundärmarknaden innan ingrepp kan aktualiseras.⁴⁵

Udden i den amerikanska kommentaren efter domen var att europeiska myndigheter använder konkurrensrätten för att skydda konkurrenter snarare än konsumenter. Tongångarna har hörts tidigare och förefaller ge amerikansk rätt en viktig opinionsfördel. Något särskilt fog för denna inställning finns dock inte i domen. Tvärtom lyfter Förstainstansen genomgående fram konsumentintresset som bevekelsegrund för olika ställningstaganden. Även om det inte utsägs i beslut eller dom kan myndigheternas inställning till Microsofts strategi att integrera och koppla tolkas som en oro för att, när väl konkurrensen eliminerats, kommer Microsoft att erbjuda mediafunktioner i separata kommersiella paket – på samma sätt som man utvecklat ett särskilt Officepaket för ordbehandling. Det är en form av elimineringsstrategi, som liknar ”predatory pricing” och sannoligen inte gynnar konsumenter. Motsvarande amerikanska beslut skiljer sig främst genom att det räckte att Microsoft gjorde det möjligt att dölja tillgänglig programvara utan att kräva en ”ren” Windows-version. Den skillnaden tyder inte på olika bevekelsebakgrunder bakom det amerikanska och europeiska synsättet.

⁴² Id., s. 4.

⁴³ Jfr. Alese, F., *Microsoft and the European Union's Antitrust Authority*, *New York Law Journal*, October 4, 2007.

⁴⁴ Mål T-201/04, *Microsoft mot Kommissionen*, fn. 8, domsmotiv 1344. Jfr. EG-domstolen, mål C-333/94 P, *Tetra Pak International mot Kommissionen* (”*Tetra Pak II*”), 14 november 1996, [1996] ECR I-5951, och Förstainsatensrätten, mål T-128/98, *Aéroports de Paris mot Kommissionen*, 12 december 2000, [2000] ECR II-3929.

⁴⁵ *Verizon Communications Inc., v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, (”*Trinko*”), 540 U.S. 398, 415 (2004).

Misstänksam som man är kan man undra vad det är för strategiska överväganden som ligger bakom Microsofts beslut att inte föra kampen vidare. Uppgivenheten strider mot den kämparanda, som bolaget i alla avseenden demonstrerat. Kan det vara så enkelt att processen har kommit till den punkt där företagets strategier upplever att vidare processuella motgångar bara skadar försäljningen och att det är nödvändigt att bryta krigsföringen? Med bakslag i USA, Europa och flera asiatiska länder och inför en förestående omprövning av den amerikanska förlikningen börjar det bli dags att rätta in sig i ledet.

Oavsett den verkliga bevekelsegrunden är det troligt att Microsoft nu omformulerar sin framtida affärsstrategi. Det räcker inte att bara utveckla nya plattformar av typen Windows XP och Vista. Dessa kommer, om licensarrangemangen fungerar, att möta konkurrens från andra plattformar, som också bygger på Windows operativsystem. Av samma skäl kan Microsoft inte utnyttja sin starka ställning till prishöjningar, som kompenserar en ökande konkurrens på mjukvarumarknaden? Microsoft måste dessutom alltid avväga sin prissättning mot risker för ökande piratkopiering.

Kanske är det så att spelplanen nu förändras. Idag är det system typ sökmotorer och telekommunikation, som verkar tilldra sig intresset. Det är marknader där konkurrenter redan har kommit långt och Microsoft måste finna nya vägar för att behålla sin position. För dessa framtida slagfält ger Förstainstansrättens dom begränsad vägledning och nya strategiska avvägningar krävs. Uppmärksamheten måste riktas mot vem som samarbetar med eller förvärvar vem.

Microsofts herravälde på dessa nya områden är ingalunda garanterat. Kanske skulle marknadskrafterna på sikt ha löst dagens obalans av egen kraft och utan myndighetsingrepp. I avvaktan på denna framtid är det nog nödvändigt att myndigheterna sätter gränser för hur det superdominerande företaget får braka fram. På det stora hela innebär inte domen att Microsoft tvingas ändra sin strategi. Däremot får konkurrenter en möjlighet, som annars inte skulle ha erbjudits. Det finns god anledning att tro att ingreppen kommer att leda till fördelar för konsumenterna i avvaktan på att nya konkurrensförhållanden tonar fram.

Visar det sig att dessa krav på Microsofts agerande inte leder till att marknadsförhållandena förbättras krävs förmodligen strukturella åtgärder av den typ som domare Jackson var beredd till. Det lär dock förutsätta att europeiska och amerikanska konkurrensmyndigheter samordnar sitt agerande.