



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tobias Hamrin

Predatory Innovation

Kan en forsknings- och utvecklingsstrategi utgöra
missbruk av dominerande ställning?

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Europeisk konkurrensrätt

Höstterminen 2002

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Vadå ”predatory” innovation?	4
1.2 Syfte	6
1.3 Metod	6
1.4 Avgränsningar	8
2 EKONOMISK TEORI	9
2.1 Dynamisk konkurrens	10
2.2 Nätverksexternaliteter	13
2.3 Kopplingsförbehåll	15
2.3.1 Metod för prisdiskriminering	16
2.3.2 Konkurrensfrämjande effekter	17
2.3.3 Konkurrensbegränsande effekter	17
2.4 En ekonomisk definition av ”predation”	18
3 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING GENOM KOPPLINGSFÖRBEHÅLL I EG-RÄTTEN	20
3.1 Kopplingsförbehåll i EG-rätten	22
3.1.1 Hilti	24
3.1.2 Tetra Pak II	24
3.2 Slutsats om kopplingsförbehåll i EG-rätten	25
4 PREDATORY INNOVATION I EG-RÄTTEN	27
4.1 Decca Navigator Systems	28
4.2 IBM	30
4.3 Slutsatser från Decca och IBM	31

5	PREDATORY INNOVATION I AMERIKANSK RÄTT	34
5.1	”Missbruk av dominerande ställning” i amerikansk rätt	34
5.2	Kodak	35
5.3	IBM	37
5.4	Bard	40
5.5	Microsoft	41
5.6	Slutsatser om predatory innovation i amerikansk rätt	46
6	MICROSOFTS AGERANDE I EU	48
6.1	Kommissionens utredning	48
6.2	Hur kommer det att gå för Microsoft i EU?	49
7	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE KOMMENTARER	52
	LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Sammanfattning

Att företag satsar på forskning och utveckling av nya produkter och processer är normalt sett önskvärt i ett samhälle. Ett dominerande företag kan emellertid genom en strategi baserad på forskning och utveckling missbruka sin ställning för att stärka sitt grepp om marknaden eller för att utsträcka denna ställning till andra marknader. Denna form av konkurrensbegränsande missbruk kallas ”predatory innovation”.

Predatory innovation kan yttra sig på flera sätt, men det som har fått mest uppmärksamhet i rättspraxis är olika varianter av teknologiska kopplingsförbehåll. När denna typ av kopplingsförbehåll utnyttjas i samband med utveckling av nya produkter, kan ett dominerande företag kringgå den legala svårigheten att använda sig av kontraktuella kopplingsförbehåll. Teknologiska i likhet med andra kopplingsförbehåll kan rättfärdigas enligt europeisk konkurrensrätt på objektiva rättfärdigande grunder, och är då inte att anse som olagliga. Emellertid kan kraven på rättfärdigande grunder ställas högt.

För att ett kopplingsförbehåll ska strida mot artikel 82 krävs förutom en dominerande ställning någon form av tvång. Ekonomisk teori har bidragit till insikten om att ett sådant tvång kan skapas genom utnyttjandet av s.k. nätverksexternaliteter. I EU finns inte mycket underlag från praxis för att dra slutsatser om myndigheters och domstolars attityd till predatory innovation, men kommissionens agerande tyder på en viss medvetenhet om effekterna av ett sådant agerande. Vänder man sig till amerikansk konkurrensrättspraxis kan man iaktta hur trenden har gått från en negativ syn från domstolarna på möjligheten av att använda predatory innovation som konkurrensbegränsande strategi, till att monopolister nu kan hållas konkurrensrättsligt ansvariga för utformningen av nya produkter.

Risken med att alltför beredvilligt ingripa mot utvecklandet och lanseringen av nya produkter är att företagets incitament till forskning och utveckling undergrävs, och att välståndshöjande innovationer som en följd härav aldrig blir gjorda. För att undvika att ett ingripande gör mer skada än nytta är det nödvändigt att domstolar och myndigheter vid tillämpningen av konkurrensrätten använder sig av relevant ekonomisk teori på ett omdömesfullt sätt. Detta kan kanske i vissa fall och särskilt på högteknologiska marknader innebära ett omprövande av gamla ståndpunkter, såsom att monopolvinster även om de bara är tillfälliga alltid är av ondo.

Predatory innovation är ett nytt och ännu tämligen oprövat koncept i konkurrensrätten, men det nyligen avgjorda Microsoftfallet i USA och det pågående i EU tyder på att domstolarna kommer att behöva ta ställning till dessa frågor oftare inom en inte alltför snar framtid.

Förord

”Schon frueh hatte ich drei Ziele: der groesste Oekonom der Welt, der groesste Reiter Oesterreichs und der beste Liebhaber Wiens zu werden. Nun, bei einer dieser Ambitionen habe ich versagt.”

Joseph A. Schumpeter

*”He said my friend Bob what do we need to make the country grow?
I said my friend John: Brigitte Bardot
Anita Ekberg
Sophia Loren
Country will grow.”*

Bob Dylan,
(”I shall be free”, på ”The Freewheeling Bob Dylan”, 1963)

”IBM did not lie dead in the water when faced with competition. It took action.”

J. Schnacke, domare i Transamerica v IBM

Förkortningar

DNS	Decca Navigator System
DOJ	Department of Justice
FTC	Federal Trade Commission
IPO	Installation Productivity Network
PAF	Powder Activated Fastening
SNA	Systems Network Architecture

1 Inledning

Under 1970-talet och det tidiga 1980-talet figurerade datortillverkaren IBM som svarande i en rad skadeståndsmål i amerikanska domstolar. Grunden för stämningarna var att IBM brutit mot de amerikanska konkurrenslagarna genom att ha monopoliserat eller försökt att monopolisera marknaderna för olika datortillbehör. Detta skulle ha skett genom att IBM med hjälp av ny teknologi ändrat designen på sina processorer och integrerat kontroll- och minnesfunktioner i dem till men för konkurrerande tillverkare av datortillbehör. En undersökning av IBM inleddes också i EG. Inte lång tid efter dessa processer hade IBM förlorat sin starka ställning på marknaden¹, en marknad där integration av olika funktioner nu var vardagsmat.²

Efter en utdragen utredning och domstolsprocess i flera instanser fälldes Microsoft i juni 2001 i USA för konkurrensbrott. Käranden var Department of Justice samt flera delstater. Genom den teknologiska³ integrationen av webbläsaren Internet Explorer i Microsofts operativsystem ansågs Microsoft ha gjort sig skyldigt till monopolisering av marknaden för operativsystem. Även EG-kommissionen har inlett en undersökning av Microsofts agerande i ett liknande sammanhang. I båda fallen försvarar Microsoft sig med att integrationen är en fördelaktig teknologisk lösning som gynnar konsumenterna genom att erbjuda dem en bättre fungerande produkt.

Dessa båda fall illustrerar konceptet ”predatory innovation”. I denna uppsats ska jag försöka förklara vad detta innebär och hur en strategi baserad på forskning och utveckling kan användas på ett konkurrensbegränsande sätt. Jag ska därefter undersöka hur konkurrensrätten hanterar denna typ av frågor, som framför allt uppkommer på de samhällsekonomiskt allt viktigare högteknologiska marknaderna.

1.1 Vadå ”predatory” innovation?

Forskning och utveckling ses som något åtråvärt och välståndshöjande för samhället. Hur kan detta då vara ”predatory”, eller konkurrensbegränsande? Svaret ligger i att ett dominerande företag kan använda möjligheten att utveckla nya produkter på ett konkurrensbegränsande sätt, vilket innebär att dess rivaler inte har möjlighet att konkurrera på lika villkor. Svårigheten är att skilja ut det konkurrensbegränsande agerandet från vanligt konkurrensbeteende. Introduktionen av en ny överlägsen produkt på

¹ Swanson, Carol B., *Antitrust Excitement in the New Millenium: Microsoft, Mergers and More*, Oklahoma Law Review, sommaren 2001, s. 312.

² Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, s. 167.

³ Jag väljer för konsekvensens skull att genomgående använda termen ”teknologisk” som översättning av engelskans ”technological”, även i de fall där ”teknisk” rent intuitivt kanske känns mer naturligt.

marknaden leder normalt sett till att konkurrenterna blir lidande men behöver inte för den skull vara konkurrensbegränsande.

Begreppet predatory innovation omfattar flera olika metoder som har det gemensamt att ett företag använder sig av forskning och utveckling för att påverka konkurrensen negativt. Ofta sker detta genom introduktionen av en nyutvecklad produkt på marknaden, t.ex. genom att lansera en förbättrad produkt till samma pris som konkurrenternas.⁴ Detta är egentligen bara den andra sidan av underprissättning. Om man inte får sänka priset kan man istället höja kvaliteten med bibehållet pris. Ett alternativ till denna metod är överdrivet investering i utveckling av produktionsprocessen och att därigenom sänka styckkostnaderna på bekostnad av de fasta kostnaderna. Härigenom kan företaget försvara sin underprissättning med att priset ligger över de rörliga kostnaderna.

Den typ av predatory innovation som tilldragit sig mest uppmärksamhet i konkurrensrätten använder sig av teknologiska kopplingsförbehåll. Metoden innebär att ett dominerande företag företar ändringar i utformningen av en produkt för att göra tillbehör till produkten inkompatibla eller onödiga, antingen genom att omöjliggöra sammankoppling eller genom att integrera tidigare självständiga produkter. Härigenom kan ett företag utsträcka sin dominans på en marknad till angränsande marknader för komplementära produkter.⁵

Effekten av ett sådant agerande kan förstärkas genom en rad olika åtföljande åtgärder. Introduktionen av den nya produkten kan kombineras med att företaget höjer priserna på eller helt enkelt slutar producera tidigare versioner. Företaget kan vägra lämna ut den teknologiska information som konkurrenterna behöver för att kunna tillverka nya kompatibla tillbehör, eller lämna ut sådan information på selektiv basis. Genom att överdriva kommande innovationer kan konsumenter avhållas från att köpa rivaliserande produkter under en viss tid, och härigenom kan företagets marknadsledande ställning upprätthållas. Ett dominerande företags agerande förstås därför bäst som en sammanhängande strategi baserad på ”innovation management”.⁶

Mycket av uppsatsen kommer att kretsa kring teknologiska kopplingsförbehåll, då denna metod är den som uppmärksammas mest i både teori och praxis. Predatory innovation åstadkommes emellertid inte

⁴ Ordoover, Janusz A. och Willig, Robert D., *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, Yale Law Journal vol 91, s.23. Denna metod kan vara mer effektiv än underprissättning eftersom det dominerande företaget har större kontroll över sina kostnader, se fotnot 43.

⁵ Acuna-Quiroga, Carlos, *Predatory Innovation: A Step Beyond? (Understanding Competition in High-technology Markets)*, International Review of Law, Computers and Technology, vol. 15, No. 1, 2001, s. 15.

⁶ Se närmare Acuna-Quiroga, s. 25.

alltid genom ett teknologiskt kopplingsförbehåll, och teknologiska kopplingsförbehåll är inte alltid predatory innovation. I det senare ligger implicit att det dels ska vara frågan om en innovation, d.v.s. något nytt, dels att syftet med denna ska vara ”predatory”. Teknologiska kopplingsförbehåll kan existera som en naturlig följd av produktens karaktär och behöver inte alltid introduceras som någon innovation, och de kan ha andra motiv än att vara konkurrensbegränsande.

1.2 Syfte

Mitt syfte är till att börja med att definiera och kartlägga vad begreppet predatory innovation innebär, och undersöka hur det kan utgöra ett missbruk av dominerande ställning. På vilket sätt kan ett dominerande företag använda produktutveckling som en konkurrensbegränsande strategi, och vilka förutsättningar måste vara uppfyllda? Vilka är de bakomliggande ekonomiska motiven och resonemangen, och kan det finnas andra förklaringar till ett företags produktstrategi än att det försöker inskränka konkurrensen? För att göra en meningsfull bedömning av om ett företags agerande utgör ett konkurrensbegränsande missbruk måste domstolar och myndigheter ha dessa frågor klara för sig. Risken är annars att man genom ett ingripande gör mer skada än nytta.

Vidare vill jag utreda huruvida denna möjlighet till missbruk av dominerande ställning har uppmärksammats i EG-rättslig konkurrenspraxis, och hur man i så fall har resonerat. Som jurist vill jag naturligtvis också veta om man kan dra några slutsatser om gällande rätt, och i så fall vilka. Vilka regler kan appliceras och vilken praxis är relevant? Hur kommer konkurrensrätten i framtiden att behandla predatory innovation i en värld där högteknologiska marknader och forskning och utveckling spelar allt större roll?

Även om jag i första hand är intresserad av europeisk konkurrensrätt är det intressant att även undersöka praxis i amerikansk rätt. Dels ger detta lite fler och tydligare exempel på hur predatory innovation kan användas som strategi av företagen och hur detta har uppmärksammats av domstolarna, dels tror jag att det är av intresse för hur europeiska domstolar och myndigheter i framtiden kan komma att avgöra liknande fall.

1.3 Metod

Mitt intresse ägnas i första hand åt konceptet predatory innovation. Då denna idé i mycket bygger på modern ekonomisk teori, finner jag det naturligt att först redogöra för de för ämnet mest relevanta ekonomiska modellerna. För att få utrymme för detta väljer jag att bara kort ta upp de för konkurrensrätten klassiska och välkända modellerna om exempelvis perfekt konkurrens, monopol, utbud och efterfrågan.

Min utgångspunkt är att genom sedvanlig juridisk metod undersöka EG-rättens syn på predatory innovation, och att eventuellt kunna dra slutsatser om kommande fall. Underlaget här är dessvärre relativt magert. Jag kommer därför att ägna mig en hel del åt amerikansk rättspraxis, för att härigenom ge underlag för paralleller och slutsatser för europeisk del. I USA finns även en mer livfull debatt angående dessa frågor, varifrån många goda synpunkter kan hämtas. Utifrån dessa amerikanska erfarenheter hoppas jag kunna dra mer välunderbyggda slutsatser för europeisk del.

Min metod är inte komparativ, men jag anser mig ändå kunna försvara den amerikanska rättens relevans i denna fråga. I mångt och mycket är konkurrensrätten en amerikansk skapelse, och Europa har ofta tagit efter vad som skett på andra sidan Atlanten. Amerikansk konkurrensrätts över hundraåriga historia och mer decentraliserade tillämpning innebär att det finns få "kommersiella fenomen" som inte har behandlats i amerikansk rättspraxis eller litteratur.⁷ Genom att redogöra för amerikansk praxis på området vill jag ge en provkarta på dels vilka uttryck predatory innovation kan ta sig, och dels hur domstolar kan handskas med problemet. Fall som IBM och Microsoft illustrerar hur ungefär samma ageranden kan bli föremål för utredning i både USA och EU samt vilka likheter och skillnader som kan uppstå i den rättsliga bedömningen. Syftet med konkurrensrätten är i stort sett detsamma på båda sidorna Atlanten och troligtvis i varje I-land med marknadsekonomi, nämligen att åstadkomma en effektiv konkurrens som i slutändan höjer välbefindandet hos konsumenterna.⁸ Jag anser predatory innovation vara ett universellt och gränsöverskridande rättsligt problem, och sättet att närma sig det borde inte skilja sig åt alltför mycket i olika länder. När företag, som ofta är fallet i dessa sammanhang, är verksamma på en global marknad borde det dessutom ligga i allas intresse att reglerna så långt möjligt är lika i alla länder. Det är i och för sig sant att konkurrensrätten i EU har haft ett mål vid sidan av det om ekonomisk effektivitet, nämligen integrationen mellan medlemsstaterna,⁹ men ju mer detta mål har uppfyllts desto fler röster har höjts för att avskaffa det inom konkurrensrätten. Oavsett hur det är med den saken har jag svårt att se hur integrationsmålet skulle kunna påverka den rättsliga bedömningen av predatory innovation.

Mitt material består, förutom av ett antal standardverk i europeisk konkurrensrätt, till stor del av artiklar från olika tidskrifter, samt tal och publikationer från EG-kommissionen, FTC, m.fl. Vissa fakta, framför allt beträffande Microsoft, är hämtade från dagstidningar. Härutöver har jag använt mig av ett antal rättsfall. Vissa särskilt långtgående slutsatser eller omstridda fakta har jag försökt få bekräftade i mer än en källa.

⁷ Se t.ex. Jones, Clifford A., *Private Enforcement of Antitrust Law*, Oxford, 1999, s. 3ff.

⁸ Monti, Mario, SPEECH/01/540, *Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence*, tal vid American Bar Association 15/11/2001.

⁹ Bishop, Simon och Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, London, 1999, s. 3 ff.

1.4 Avgränsningar

Ämnet för uppsatsen är tämligen specialiserat och tar sikte på en form av missbruk av dominerande ställning. Jag kommer därför enbart att behandla relevanta delar av artikel 82, medan övriga former av missbruk, artikel 81 och allmänna principer för EG:s konkurrensrätt utelämnas. När det gäller produktmarknaden utelämnar jag diskussioner om korspriselasticitet och utbytbarhet, och fokuserar på de problem som är specifika för kopplingsförbehåll och integrerade produkter. Begreppet dominans kommer att diskuteras i korthet.

Som nämnts har predatory innovation i praxis uppmärksammats mest i samband med teknologiska kopplingsförbehåll. Av utrymmesskäl, men också för att inte tappa den juridiska anknytningen, kommer jag därför inte att närmare behandla andra former av predatory innovation.

Översikten över amerikansk konkurrensrätt gör inga anspråk på att utgöra en fullständig introduktion till ämnet, utan avsikten är endast att läsaren ska kunna tillgodogöra sig genomgången av predatory innovation i amerikansk rättspraxis.

Då ämnet för uppsatsen kretsar kring innovationer kommer man osökt lätt in på immaterialrättsliga frågor. Jag har i möjligaste mån försökt undvika dessa för att istället renodla den konkurrensrättsliga aspekten. Endast på ett fåtal ställen har jag valt att göra några korta immaterialrättsliga reflektioner.

2 Ekonomisk teori

Ekonomisk teori spelar och har spelat stor roll för konkurrensrättens utveckling. Man skulle till och med kunna hävda att hela konkurrensrättens existens bygger på en hypotes från ekonomisk teori, nämligen att konkurrens är av godo för samhället.¹⁰ I varje fall är många nyckelkoncept inom konkurrensrätten, däribland själva begreppet konkurrens, ursprungligen hämtat från ekonomisk teori.¹¹ Enligt min åsikt är det meningslöst att diskutera konkurrensrätt utan att noga granska de ekonomiska aspekterna av problemen. Av denna anledning, och för att senare i arbetet kunna diskutera och analysera mot bakgrunden av ekonomiska resonemang, kommer jag här att presentera de modeller och teorier som är relevanta för denna uppsats.

Det förutsätts här att läsaren är bekant med grundläggande mikroekonomiska begrepp som välstånd,¹² effektivitet, marginalkostnad, allokering förlust, konsumentöverskott och liknande.

Traditionellt har den ekonomiska bedömningen inom konkurrensrätten i både Europa och USA utgått från statisk mikroekonomisk välståndsanalys. I denna analys finns två extrema ytterlägen som en marknad kan anta: perfekt konkurrens och monopol. Dessa båda alternativ är teoretiska modeller, och i verkligheten torde få marknader motsvara dem fullt ut. Sitt värde får de istället genom att illustrera nyckelkoncepten produktiv och allokativ effektivitet, samt såsom jämförelsepunkter mot vilka man kan mäta verkliga marknaders konkurrens.¹³ Nyckelbegreppet är marknadsmakt.¹⁴

I modellen av perfekt konkurrens finns det inget företag som har någon marknadsmakt. Jämviktspriset på marknaden är lika med företagets marginalkostnad för produktionen av varan, som i sin tur är lika med den genomsnittliga totalkostnaden. Detta innebär för det första att produktiv effektivitet råder, vilket innebär att företagen producerar en viss vara till lägsta möjliga kostnad, givet en fix teknologi, fixa råvarupriser m.m. De företag som inte kan producera effektivt kommer att gå med förlust och tvingas lämna marknaden. Vidare råder allokativ effektivitet, vilket innebär att välståndet maximeras. Detta sker på grund av att alla möjliga transaktioner blir gjorda.¹⁵

¹⁰ Detta insåg Adam Smith redan 1776 i "Wealth of Nations".

¹¹ Bishop & Walker, s. 2.

¹² Jag följer här att använda välstånd istället för välfärd som översättning av engelskan "welfare". En ökning i välstånd innebär inte nödvändigtvis en ökning i välfärd, då det senare begreppet även kan vara beroende av fördelningsmässiga aspekter. Inom ekonomisk teori är det oftast välstånd som avses. Se mer härom Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Lund 2000.

¹³ Faull & Nikpay, s.19.

¹⁴ Faull & Nikpay, s.9. Jag använder, efter samråd med Jerker Holm på nationalekonomiska institutionen i Lund, marknadsmakt som översättning för "market power".

¹⁵ Bishop & Walker, s. 17-19.

I monopolmodellen har ett enda företag möjlighet att själv bestämma priset på marknaden till det som maximerar dess vinst. Företaget har absolut marknadsmakt. Genom att minska utbudet kan priset sättas högre, och vinsten bli större. Detta får två omedelbara effekter. För det första uppstår en allokering förlust när den allokativa effektiviteten försvinner.¹⁶ Enkelt uttryckt är allokering förlusten värdet av de transaktioner som aldrig kommer till stånd eftersom priset är så högt, men som hade blivit utförda under perfekt konkurrens. Detta är en minskning av samhällets välbefinnande eftersom det under perfekt konkurrens hade funnits en efterfrågan från konsumenterna som producenterna varit beredda att möta, vilket hade varit till glädje för båda. För det andra sker en välbefinnandeförskjutning från konsumenterna till producenten, då en del av konsumentöverskottet omvandlas till monopolvinst för monopolisten. Det kan diskuteras huruvida denna välbefinnandeförskjutning ska räknas som en förlust för samhället eller inte.¹⁷

Vad händer då med den produktiva effektiviteten i monopolmodellen? Effekterna på denna är mindre klara. Monopolisten kan mycket väl vara produktivt effektiv, men det finns goda orsaker att anta att även den produktiva effektiviteten blir lidande. Utan konkurrenternas flåsande i nacken kan en ensam aktör tillåta sig att låta kostnaderna stiga utan att det får dramatiska konsekvenser. Detta potentiella fenomen har kallats för X-ineffektivitet.¹⁸ Det är emellertid den allokativa effektiviteten som tilldrar sig mest uppmärksamhet från konkurrensrättens sida,¹⁹ trots att det kan ifrågasättas om det är den som har störst inverkan.²⁰

2.1 Dynamisk konkurrens

I den statiska välbefinnandeanalysen innebär alltså en marknad med bristande konkurrens en förlust av välbefinnande för samhället, främst på grund av färre varor och högre priser, vilket minskar den allokativa effektiviteten. Utifrån detta perspektiv är det uppenbart att utövandet av marknadsmakt leder till en förlust av välbefinnande.²¹ Men den statiska analysen ägnar sig enbart åt allokeringen av befintliga resurser under premissen fix teknologi.²² För att inkludera den teknologiska utvecklingen i konkurrensrättsliga överväganden måste man vända sig till dynamisk välbefinnandeanalys. När man introducerar teknologisk utveckling i analysen måste man även beakta den förbättring av välbefinnande som sker genom att konsumenterna och samhället får tillgång till

¹⁶ Faull & Nikpay, s.22.

¹⁷ Faull & Nikpay, s. 22.

¹⁸ Faull & Nikpay, s. 23.

¹⁹ Bishop & Walker, s.19.

²⁰ Se Flynn, John J., *Antitrust Policy, Innovation Efficiencies, and the Suppression of Technology*, 66 *Antitrust Law Journal* 487, 1998. Se även Gutterman, Alan, *Innovation and Competition Policy*, London, 1997, som refererar till studier på de olika effekternas storlek.

²¹ Faull & Nikpay, s.39.

²² Faull & Nikpay, s. 9.

nya och bättre produkter, samt genom att dessa kan produceras mer effektivt.

Den teknologiska utvecklingen är i en marknadsekonomi beroende främst av hur mycket företag satsar på forskning och utveckling. Det är troligt att företag knappast är beredda att satsa de stora summor och ta de risker som är förenade med att utveckla en ny produkt, om de inte kan räkna med någon form av ersättning härför.²³ Genom patenträtten får företagen ett viktigt men tidsbegränsat skydd för sina innovationer, vilket tillåter dem att under en viss tid dra fördel av en monopolställning och göra monopolvinster. Genom det temporära skyddet har en avvägning gjorts mellan den dynamiska effektivitetsvinsten, att det finns incitament för att utveckla nya produkter och tekniker, och den statiska allokering förlusten.

I skarp kontrast till den klassiska statistiska analysen jag beskrivit ovan betonade J. A. Schumpeter i sin bok "Kapitalism, Socialism och Demokrati", först utgiven 1942, betydelsen av teknologisk utveckling och innovationer som grunden för allt välstånd. Det är till stor del tack vare den teknologiska utvecklingen som välståndet, mätt i BNP/capita, och levnadsstandarden har vuxit drastiskt i den industrialiserade världen under större delen av 1900-talet.²⁴ De marknader som kännetecknas av det som Schumpeter kallade "creative destruction", där skapandet av nya produkter och processer ersätter de gamla på marknaden istället för att samexistera och konkurrera med pris, sägs ha schumpeterianska aspekter.²⁵ De kännetecknas av att konkurrensen sker om marknaden, genom att ett företag via en drastisk innovation får en marknadsledande ställning, istället för traditionell priskonkurrens med gradvisa innovationer på marknaden.²⁶ Detta innebär att konkurrensen får en karaktär av "vinnaren tar allt", och att företagen tävlar om att vara först med att utveckla nya patent.²⁷ Den som inte är först med sin produkt kommer att möta stora inträdes hinder beroende på patenträttsligt skydd, skalfördelar och eventuella nätverksexternaliteter. Till skillnad från mer klassiska investeringar i produktionsapparaten är de resurser som läggs ned på forskning och utveckling ofta värdelösa för den som kommer tvåa i patentracet.²⁸ Vinnaren kommer däremot att få hög marknadsandel och göra stora monopolvinster.²⁹ I schumpeteriansk konkurrens är denna ställning emellertid bara tillfällig, eftersom någon ny drastisk innovation genom

²³ Pepall, Lynne, Richards, Daniel J. och Norman, George, *Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice*, Cincinnati, Ohio, 1999, s. 641.

²⁴ Pepall, Richards, Norman, s.641.

²⁵ Evans, David S. och Schmalensee, Richard, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series: Working Paper 8268, 2001, s.2. Schmalensee var expertvittne för svarandesidan i rättegången mot Microsoft (se vidare kapitel 5.5 om detta fall).

²⁶ Evans & Schmalensee, s.2.

²⁷ "The winner takes it all", och "patent races", se Pepall, Richards, Norman, s. 607. Evans och Schmalensee anser att "the winner takes most" är ett mer adekvat uttryck, se Evans & Schmalensee.

²⁸ "Sunk costs" med en ekonomisk term.

²⁹ Evans & Schmalensee, s.11-12.

”creative destruction”-processen så småningom kommer att ersätta den som gjorde företaget marknadsledande. Även en monopolist måste således fortsätta satsa på forskning och utveckling för att inte kastas ur sadeln av sina konkurrenter, men konkurrensen sker på utvecklingsstadiet och inte på själva marknaden.

Många av dagens högteknologiska branscher – de som ofta refererats till som ”den nya ekonomin” – uppvisar drag av schumpeteriansk, eller dynamisk, konkurrens.³⁰ Främst handlar det om informationsteknologiska branscher såsom de för mjuk- och hårdvara till datorer samt internetbaserade företag, men även branscherna för mobiltelefoni och bioteknologi, samt i viss mån den mer mogna läkemedelsbranschen.³¹ Dessa branscher tenderar att ha vissa egenskaper. För det första har de höga fasta kostnader men låga marginalkostnader, vilket innebär att produktionen uppvisar skalfördelar. För det andra är de arbetsintensiva. Då det är humankapitalet som är nyckeln till framgång kan en uppstickare dyka upp från nästan ingenstans.³² För det tredje uppvisar den nya ekonomin ofta nätverksextensiteter. Vidare utmärks den av upprepade sekventiella ”winner-takes-all races”, vilket innebär att ett företag måste fortsätta att satsa på forskning och utveckling även när det har vunnit det första slaget om marknaden. Slutligen är det vanligt att marknaden bara har ett fåtal relativt stora företag vid en given tidpunkt, och att marknadsledaren gör stora vinster.³³

När man börjar beakta dynamisk effektivitet vid sidan av statisk kan detta ge viktiga återverkningar på konkurrensrätten. Men kan man sluta sig till att de dynamiska effektivitetsvinster av att tillåta ett eller flera företag att dominera en marknad under en period generellt är större än de statiska förlusterna därav?³⁴ Trots upprepade studier har inga övertygande samband upptäckts som stöder Schumpeters hypotes att en mer koncentrerad marknadsstruktur med några få stora företag leder till mer forskning och utveckling. Kanske kan man härav dra slutsatsen att de statiska förlusterna av en koncentrerad marknad i allmänhet trots allt är större än den dynamiska vinsten.³⁵ Å andra sidan har en annan studie funnit att allokeringsförlusten hänförlig till monopol bara var en tiondel procent av ett givet lands BNP för det valda året,³⁶ vilket måste vara ett oroande faktum för varje förespråkare av konkurrenspolitik. Det är emellertid möjligt att X-ineffektiviteter och icke-produktiva kostnader för att försvara monopolpositionen (s.k. ”rent seeking”) kan utgöra den mer betydelsefulla förlusten av en koncentrerad marknad. Om man dessutom väljer att beakta

³⁰ Evans & Schmalensee, s. 2. Se även Gutterman, s. 443, för mer eller mindre samma åsikt.

³¹ Evans & Schmalensee, s. 6.

³² Ett exempel på detta är operativsystemet Linux, som utvecklats och fortsätter att utvecklas av datorentusiaster över hela världen, och går att ladda ner gratis från internet.

³³ Evans & Schmalensee, s. 7-15.

³⁴ Faull & Nikpay, s. 40.

³⁵ Pepall, Richards, Norman, s.600.

³⁶ Gutterman, s. 438.

omfördelningseffekten från konsumenter till monopolisten växer minuskontot ytterligare.³⁷

Alldeles oavsett vilka effektivitetsvinster som är störst är det uppenbart att särskild uppmärksamhet måste ägnas åt incitamenten för företag att utveckla nya produkter, särskilt på de högteknologiska marknaderna. Enligt Schmalensee³⁸ följer för konkurrensrätten tre viktiga insikter. För det första är incitamentet för ett företag att skaffa sig en betydande marknadsstyrka en nödvändig förutsättning för dynamisk konkurrens på högteknologiska marknader. Att ett företag temporärt har sådan marknadsstyrka är alltså en indikation på att konkurrensen faktiskt fungerar, och inte tvärtom. För det andra är det normalt, och bör alltså inte anses som en indikation på en monopolställning, att marknadsledaren sätter priser över marginalkostnad och gör stora vinster. För det tredje är den statiska konkurrensen sällan särskilt livlig på dessa marknader. Istället bör de bedömas utifrån hur den dynamiska konkurrensen fungerar. Detta kräver bland annat att man måste beakta investeringsmönstren i nya produkter, vem som har kontrollen över immaterialrättigheter och distributionskanaler, och företagets bedömning av framtida innovationshastighet. Framför allt krävs en bedömning av hur sårbar marknadsledaren är för drastiska innovationer, och inte bara för konkurrens från liknande produkter och processer.

2.2 Nätverksexternaliteter

Med nätverksexternaliteter eller nätverkseffekter förstås att värdet av en produkt för en konsument beror på hur många andra konsumenter det finns som använder samma produkt.³⁹ Exempel på branscher som uppvisar nätverksexternaliteter är telefoner, faxmaskiner och e-post,⁴⁰ men nätverken behöver inte vara fysiska. Ett språk är också ett exempel på en företeelse som uppvisar nätverksexternaliteter.⁴¹ Poängen är att det inte är särskilt värdefullt att ha en exempelvis en telefon om inte någon annan har en. Denna typ av nätverkseffekter är direkta, och är relaterade till antalet användare i nätverket. På ett liknande sätt kan man tänka sig produkter vars värde beror mycket på tillgängligheten av olika tillbehör. Värdet av att ha en CD-spelare är till stor del relaterat till hur mycket musik som ges ut på CD, och värdet av en dator med ett visst operativsystem påverkas av hur många program och hur mycket annan mjukvara som är skriven för det systemet.⁴² Dessa nätverkseffekter är indirekta, och är relaterade till förekomsten av tillbehör till varan.⁴³ Som nämnts ovan kännetecknas högteknologiska

³⁷ Gutterman, s.439-442. Att förhindra företagsmonopol kan naturligtvis också anses ha ett politiskt värde i det att det begränsar maktkoncentration.

³⁸ Evans & Schmalensee, s. 16f.

³⁹ Pepall, Richards, Norman, s. 683.

⁴⁰ Evans & Schmalensee, s. 9.

⁴¹ Acuna-Quiroga, s.13, kallar användarna av språket för ett ”metaforiskt nätverk”.

⁴² Pepall, Richards, Norman, s.683-684.

⁴³ Acuna-Quiroga, s. 13.

marknader ofta av avsevärda nätverkseffekter,⁴⁴ men de kan även förekomma på andra marknader.⁴⁵

På marknader som uppvisar nätverksektaliteter kan ett flertal olika situationer uppstå, beroende på omständigheterna. En möjlighet är att företagen tävlar om att vara den som sätter standarden. Detta leder till en intensiv kamp mellan olika inkompatibla teknologier, mycket som den schumpeterianska konkurrensen vilken beskrivits ovan. Möjliga strategier i denna tävlan är bland annat att försöka skaffa sig ett försprång genom att vara först och att genom låga priser skaffa sig en stor kundbas, samt att attrahera så många producenter av tillbehör som möjligt. Om en mjukvarutillverkare kan förmå utvecklare av annan mjukvara att skriva applikationer för dess egen produkt istället för konkurrenternas blir denna mer värdefull för konsumenten. En annan möjlighet är att företagen enas om en gemensam standard. Detta leder till den vanliga typ av konkurrens som statisk analys ägnar sig åt, nämligen konkurrens genom pris, service och kvalitet. I ett tredje scenario har ett företag redan etablerat sig som marknadsledande, kanske genom att vinna kampen med andra standards enligt ovan. Det dominerande företaget föredrar att dess produkter är inkompatibla med dess mindre konkurrenters för att kunna vara ensam om sin stora kundbas, medan konkurrenterna givetvis vill dra nytta av denna genom kompatibla produkter och imitationer. För det stora företaget finns här två tänkbara strategier. Den ena är att aggressivt försvara sina patent och immaterialrättigheter. Den andra är att förhindra konkurrenterna från att göra sina produkter kompatibla genom kontinuerliga teknologiska ändringar och uppgraderingar.⁴⁶

En aspekt av nätverksektaliteter är den så kallade ”path dependence”-teorin. Enligt denna leder nätverkseffekterna av den redan etablerade standarden till höga kostnader för konsumenterna för att byta till en annan teknologi. Detta skapar en inlåsningsseffekt, samtidigt som skalekonomier, patentskydd och nödvändigheten av att uppnå en viss kritisk massa av användare skapar betydande inträdeshinder för andra företag. Följden av detta blir att inte ens en överlägsen innovation eller teknologi förmår slå sig in på marknaden, och samhällets utveckling blir lidande av att man är fast med den sämre standarden.⁴⁷

Ett populärt exempel i dessa sammanhang brukar vara anekdoten om den tangentuppsättning som finns på dagens skrivmaskiner och datorer i de flesta länder som använder det romanska alfabetet. Denna uppsättning, som kallas QWERTY efter de fem översta vänstra bokstäverna, designades för att sakta ner professionella skrivare till en hastighet som de mekaniska

⁴⁴ Evans & Schmalensee, s.10.

⁴⁵ Acuna-Quiroga, s.12.

⁴⁶ Pepall, Richards, Norman, s. 691-695.

⁴⁷ Azcuenaga, Mary L., *Technological Innovation, International Trade and Competition Policy (Panel Discussion)*, Japan Fair Trade Commission, 50th Anniversary Symposium, 1/12/1997.

skrivmaskinerna kunde klara av utan att tangenterna fastnade i varandra. Eftersom alla som sysslar professionellt med att skriva på maskin lär sig denna uppsättning kom aldrig den överlägsna Dvorakuppsättningen att slå igenom, trots att de elektriska skrivmaskinerna och senare datorerna inte hade samma hastighetsbegränsningar som de gamla mekaniska maskinerna.⁴⁸

Emellertid finns det förutom anekdoter som denna ännu inga empiriska bevis för att "path dependence"-teorin verkligen stämmer. Även om teorin får mycket stöd i litteraturen har kritiker pekat på att överlägsna system faktiskt lyckats ersätta de gamla i de flesta fall. Inlåsnings effekterna kanske inte är tillräckligt stora för att hindra Schumpeters process av "creative destruction". Frågan är alltså alltjämt olöst, men inlåsnings effekter har ofta hävdats i fall om monopolisering i USA.⁴⁹

Nätverksexternaliteter och dynamisk konkurrens utmärker alltså båda två den "nya ekonomin". Som vi har sett ovan kan nätverksexternaliteterna vara en del av orsaken till den dynamiska konkurrensen, genom att bidra till att vinnaren har möjlighet att skapa sig en marknadsledande ställning. Men samtidigt motverkar nätverkseffekterna Schumpeters "creative destruction"-process genom att skapa inlåsnings effekter, vilket kan leda till att framtida dynamisk konkurrens omöjliggörs. Vilken effekt man anser vara starkast i längden påverkar konkurrenspolitiken på ett fundamentalt plan. Nätverkseffekter ger en bild av marknadsdominans som särskilt farlig, genom att de kan låta en sämre teknologi konkurrera ut en bättre. Dynamisk konkurrens tyder däremot på att marknadsdominans är ett nödvändigt led i en sund konkurrens.⁵⁰ Troligtvis är det hela en fråga om vilket tidsperspektiv man väljer. På tillräckligt lång sikt verkar "path dependence"-teorin inte stämma, utan en underlägsen produkt kommer att ersättas av en överlägsen. Frågan är dock hur länge vi är beredda att vänta.

2.3 Kopplingsförbehåll

Ett kopplingsförbehåll innebär att ett företag sätter som villkor för att kunden ska få köpa en viss produkt att denne även måste köpa en annan produkt.⁵¹ Med andra ord: för att få köpa produkt A (den kopplande produkten) måste kunden även köpa produkt B (den kopplade produkten) från samma säljare. Man kan skilja mellan kopplingsförbehåll i fixa proportioner, s.k. "bundling", t.ex. högerskor och vänsterskor eller operativsystem och webbläsare, och kopplingsförbehåll i icke-fixa proportioner, t.ex. en datorskrivare och dess kompatibla bläckpatroner. Kopplingsförbehåll kan genomdrivas avtalsvägen, t.ex. genom att kunden

⁴⁸ Azcuenaga. Ett annat vanligt exempel är det överlägsna Betamaxsystemet för videoapparater aldrig lyckades tränga undan VHS-standarderna.

⁴⁹ Azcuenaga.

⁵⁰ Swanson, s. 305.

⁵¹ Pepall, Richards, Norman, s. 191.

förbinder sig att köpa sitt framtida behov av den kopplade produkten om den säljs i icke-fixa proportioner, eller genom att säljaren vägrar att sälja den kopplade produkten annat än i ett paket tillsammans med den kopplande om de konsumeras i fixa proportioner. Kopplingsförbehåll kan också ske teknologiskt, som i exemplet med datorskrivaren ovan om bara bläckpatroner av samma märke är kompatibla. Problem från konkurrensrättslig synpunkt uppstår vanligtvis först när säljaren har marknadsakt på marknaden för den kopplande produkten.

Vilken funktion fyller då kopplingsförbehåll? Ekonomisk teori har angivit ett flertal orsaker till att företag väljer att koppla sina produkter till varandra. Effekterna av kopplingsförbehåll kan som vi ska se vara både positiva och negativa för konkurrensen.

2.3.1 Metod för prisdiskriminering

Kopplingsförbehåll kan vara ett sätt för en monopolist att prisdiskriminera mellan de kunder som är beredda att betala mer för en produkt och de som inte vill betala så mycket. Kopplingsförbehåll i fixa proportioner kan verka som en prisdiskriminerande mekanism om produkterna inte är komplementära; d.v.s. om kundens värdering av en produkt är opåverkad av om han har köpt den andra. Det krävs dessutom att företaget har monopol på båda marknaderna. Kopplingsförbehåll i icke-fixa proportioner kan däremot användas för prisdiskriminering även om marknaden för den kopplade produkten är konkurrensutsatt, i detta fall förutsatt att produkterna är komplementära.⁵² Genom att sälja den kopplande produkten som företaget har monopol på till ett lågt pris, och den kopplade produkten till ett högre pris än marknadspriset, kan företaget både skilja ut de konsumenter som har ett stort behov av produkterna och alltså är villiga att betala mer, och undvika arbitrageproblemet.⁵³ Ett enkelt exempel är att ett företag med monopol på kopieringsmaskiner lånar ut dessa gratis till kunderna under förutsättning att de köper bläcket till över marknadspris av företaget.⁵⁴

Prisdiskriminering får till följd att monopolisten kan sälja även till de kunder som inte är beredda att betala monopolpriset, och ta ut ännu högre priser av dem som är beredda att betala mer. Under perfekt prisdiskriminering försvinner allokering förlusten, och lika mycket produceras som under perfekt konkurrens. Även om perfekt prisdiskriminering sällan eller aldrig uppnås, är kopplingsförbehåll troligen så nära denna man kan komma,⁵⁵ och även imperfekt prisdiskriminering har

⁵² För en närmare förklaring av mekanismerna bakom prisdiskriminering se Pepall, Richards, Norman, s.201-202.

⁵³ Se t.ex. Pepall, Richards, Norman, s. 121 och s. 202 för en närmare redogörelse av arbitrageproblemet.

⁵⁴ Pepall, Richards, Norman, s.201-202.

⁵⁵ Hovenkamp, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minnesota, 1985, s. 231.

generellt sett positiva effekter från ett välståndsperspektiv.⁵⁶ Emellertid sker också en förmögenhetsomfördelning från konsumenter till monopolisten. Från ett fördelningspolitiskt perspektiv kan prisdiskriminering därför vara icke önskvärt.⁵⁷

2.3.2 Konkurrensfrämjande effekter

Kopplingsförbehåll utnyttjas inte bara av företag med marknadsstyrka, utan även av mindre företag.⁵⁸ En anledning kan vara att företaget vill upprätthålla kvaliteten på produkten och därigenom skydda sitt rykte. Man kan helt enkelt inte stå för kvaliteten om kunden använder ett annat och kanske underlägset tillbehör.⁵⁹ Denna kvalitetskontrollsfunktion blir extra viktig när det gäller högteknologiska varor där kunden har en begränsad förståelse för hur varan fungerar, och felaktigt anklagar säljaren för ett fel som en underlägsen komponent har orsakat.⁶⁰

Att sälja produkter i paket ("bundling") kan också grunda sig på rena effektivitetsskäl. De effektivitetsvinster som kan göras på detta sätt kan delas in i två huvudgrupper, nämligen distributiva och produktiva. De förra beror på att det är billigare för det stora flertalet om t.ex. skor säljs i par istället för som höger- och vänsterskor. Om säljaren gick med på att sälja uddaskor skulle han få den andra skon i ett sådant par över och därmed högre kostnader, vilket skulle slå igenom på priserna till nackdel för alla utom det fåtal som bara vill köpa en sko. De produktiva effektivitetsvinster beror på att det kan vara billigare att producera två varor ihop än var för sig. Detta gäller troligtvis inte för skor, men väl för integrationen av t.ex. minnesfunktioner i en processor.⁶¹

2.3.3 Konkurrensbegränsande effekter

Den främsta orsaken till att konkurrensrätten betraktar kopplingsförbehåll med misstänksamhet är risken att monopolisten ska försöka använda sitt monopol på den kopplande produkten som hävstång för att monopolisera även marknaden för den kopplade produkten. Intuitivt känns det sannolikt att om konsumenterna har ett behov av den kopplande produkten, och de inte kan köpa denna utan att även köpa den kopplade produkten från samma säljare, så kommer de inte att ha något behov av att införskaffa den senare produkten från någon annan. Chicagoskolans ekonomer avfärdar denna oro med att om varorna används i fixa proportioner (t.ex. höger- och vänsterskor, eller operativsystem och webbläsare, men inte kameror och film) så finns det bara en monopolvinst att ta ut, och detta kan göras genom

⁵⁶ Sidak, Joseph Gregory, *Debunking Predatory Innovation*, Columbia Law Review, juni 1983, s.1133.

⁵⁷ Pepall, Lynne, Richard, s. 143.

⁵⁸ Evans & Schmalensee, s. 38.

⁵⁹ I Hilti (se kapitel 3.1.1) användes just detta argument, dock utan framgång.

⁶⁰ Sidak, s. 1136.

⁶¹ Hovenkamp, s.234-236, och *Telex Corp. v IBM Corp* 367 F.Supp. 258, s. 305.

enbart prissättningen på den monopoliserade marknaden. Det finns alltså inget behov av att ta kontroll över den andra marknaden.⁶² Detta förutsätter dock att marknaden för den kopplade produkten har perfekt konkurrens i frånvaro av kopplingsförbehåll.⁶³

Även om det alltså enligt Chicagoskolan under vissa förutsättningar inte är lönsamt för ett företag att använda fixa kopplingsförbehåll, kan det finnas andra motiv för detta agerande, såsom en önskan hos ledningen att öka företagets storlek.⁶⁴ Oavsett om ett kopplingsförbehåll är rationellt ur företagets synvinkel eller inte, kvarstår faktum att effekten innebär ett utestängande av konkurrenterna. Ett viktigt hinder för att krama ut hela monopolvinsten på den kopplade produkten är förekomsten av ett alternativ eller ett potentiellt alternativ till den monopoliserade produkten. Även om detta alternativ är sämre eller dyrare att tillverka och sälja, begränsar det hur högt monopolisten kan sätta priset på den monopoliserade marknaden. Likaledes vill monopolisten kanske inte ta ut alltför hög monopolvinst för att minska potentiella konkurrenters incitament att försöka ta sig in på marknaden. För att maximera sin vinst måste han då kunna höja priset över marginalkostnaden även på den kopplade produkten, vilket är svårt eller omöjligt så länge det finns perfekt eller i varje fall fungerande konkurrens på denna marknad.⁶⁵ Således kan det finnas ett rationellt motiv för att slå ut denna konkurrens.

2.4 En ekonomisk definition av "predation"

Introduktionen av en ny produkt på marknaden kan ha flera olika effekter. Den kan gynna konsumenterna och samhällets välbefinnande genom att öka utbudet eller kvaliteten av varan. Den kan även underlätta för nya företag att ta sig in på marknaden och på så sätt ytterligare öka konkurrensen. Slutligen kan den så som visats stänga ute konkurrenter från marknaden.⁶⁶ Går det att avgöra exakt vilka innovationer som är välbefinnandehöjande och vilka som inte är det och därför bör anses konkurrensbegränsande? Ett test för att avgöra detta är den s.k. Ordover-Willig-modellen.⁶⁷ Ordover och Willig definierade ett företags handlande som konkurrensbegränsande om detta skulle vara olönsamt om konkurrenten blir kvar på marknaden, och lönsamt enbart om konkurrenten tvingas ut från den som en följd av handlandet. Det krävs alltså att företaget offerar en del av sin nuvarande vinst för en eventuell framtida monopolvinst, vilket bara är teoretiskt möjligt om

⁶² Vad beträffar Microsoftfallet (se kapitel 5.5) bör observeras att denna invändning inte är giltig. Här utgjorde den kopplade produkten ett potentiellt hot mot företagets monopolställning på den kopplade marknaden. Att slå mot konkurrensen på den kopplade marknaden var istället ett led i försvaret av detta monopol.

⁶³ Bishop & Walker, s. 109.

⁶⁴ Så kallat imperiebyggande. Detta fenomen har förklarats genom moral hazard-argumentet att ledningen har egna ambitioner att leda ett så stort företag som möjligt.

⁶⁵ Ordover-Willig, s. 38 ff.

⁶⁶ Ordover och Willig, s. 23.

⁶⁷ Janusz A. Ordover och Robert D. Willig är (var?) amerikanska professorer i ekonomi.

inträdesbarriärerna är höga.⁶⁸ Själva testet är relativt komplicerat, och sker i två steg; först undersöker man företagets prissättning efter innovationen, och därefter om forskning- och utvecklingskostnaderna är rationellt motiverade.⁶⁹

Ordoover-Willig-modellen har kritiserats både för att kunna angripas teoretiskt och för att vara praktiskt oanvändbar.⁷⁰ Modellen tar vare sig hänsyn till prisdiskriminering som motiv eller de ovan⁷¹ behandlade konkurrensfrämjande effekterna som gäller både produkter i fixa och icke-fixa proportioner. Själva testet har kritiserats för att vara omöjligt att tillämpa, för att även nya produkter som är avgjort överlägsna sina föregångare kan anses konkurrenshämmande, och för att det riskerar att ha en negativ inverkan på incitamenten till forskning och utveckling.⁷² Som vi kommer att se har man i praktiken valt andra sätt att avgöra om innovationen är konkurrensbegränsande.

⁶⁸ Ordoover-Willig, s. 9-12. Inträdesbarriärerna kan bero på t.ex. nätverksexternaliteter, skalekonomier eller engångskostnader.

⁶⁹ Ordoover och Willig, s. 31.

⁷⁰ Sidak, s. 1122.

⁷¹ Se kapitel 2.3.2.

⁷² Se t.ex. Petty, Ross, D., *Antitrust and innovation: Are Product Modifications Ever Predatory?*, Suffolk University Law Review, vinter 1988, samt Sidak.

3 Missbruk av dominerande ställning genom kopplingsförbehåll i EG-rätten

Artikel 82 i EG-fördraget förbjuder missbruk av en dominerande ställning. Det är viktigt att betona att det inte är skapandet eller innehavet av en dominerande ställning som är förbjuden, utan just missbruket av denna. Detta missbruk kan bestå av något av de olika exempel på beteende som anges under punkterna (a)-(d), men dessa exempel är inte uttömmande. Missbruk kan bestå av vilket beteende som helst från ett dominerande företags sida som avsevärt ("appreciably") påverkar konkurrensen eller exploaterar konsumenterna.⁷³ Artikel 82 kan användas både mot företag som ensamma har en dominerande ställning, och mot flera företag som tillsammans innehar en sådan ställning, s.k. joint dominance. För att artikel 82 och EG-rätten överhuvudtaget ska vara tillämplig krävs att handeln mellan medlemsstater påverkas.

Ett företag som anses ha en dominerande ställning på en marknad har därigenom ett särskilt ansvar, som inte åligger andra företag utan en sådan ställning, att inte låta sitt beteende hämma konkurrensen på marknaden.⁷⁴

Vad innebär det då att ett företag har en dominerande ställning? EG-domstolen har definierat en dominerande ställning såsom :

"...a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers."⁷⁵

Mer specifikt är det en förmåga för ett företag att begränsa produktionen och därigenom höja priserna över den nivå som skulle råda under konkurrens, utan att för den skull förlora kunder till existerande eller potentiella konkurrenter. Dominans är inte ett absolut koncept, utan ett företag kan ha större eller mindre marknadsstyrka. Att inneha en dominerande ställning är inte synonymt med att ha absolut monopol på marknaden. För att anses dominerande ska ett företag ha en betydande marknadsstyrka, och kunna agera oberoende av sina konkurrenter.⁷⁶ Däremot är det inte nödvändigt att det har eliminerat alla konkurrenter från marknaden. Tidsdimensionen är

⁷³ Faull & Nikpay, s. 118.

⁷⁴ Mål 27/76 United Brands v Commission (1978) ECR 207.

⁷⁵ Mål 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission (1983) ECR 3461.

⁷⁶ Faull and Nikpay, s. 122. Se även ovan om marknadsstyrka under kapitel 2.

viktig; ett företag anses normalt bara dominerande om det innehar en position med marknadsmakt under en tillräckligt lång tidsperiod.⁷⁷

För att avgöra om ett företag har en dominerande ställning måste man först definiera den relevanta geografiska marknaden och produktmarknaden. När det gäller kopplingsförbehåll uppstår ofta frågan om den kopplande och den kopplade produkten utgör en och samma produktmarknad eller om de är två separata marknader. I Hilti ansågs spikpistoler och spikar vara olika marknader, och i Tetra Pak maskiner för mjölkkartonger och kartongerna själva. Likaledes har bläckpatroner ansetts vara en separat eftermarknad till skrivare⁷⁸ och till fotokopiatorer⁷⁹. Samma bedömning har gjorts bl.a. för reservdelar till huvudprodukten⁸⁰ och råmaterial till den färdiga produkten.⁸¹

När frågan om dominans på den definierade relevanta marknaden ska avgöras spelar naturligtvis företagets marknadsandel en viktig roll. Väldigt höga marknadsandelar är:

”...in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.”⁸²

Marknadsandelen är emellertid inte ensamt avgörande för frågan om dominans. Ett företag kan teoretiskt sett ha hundra procent av en marknad, men ändå sakna marknadsmakt på grund av potentiell konkurrens. Det är därför viktigt att undersöka vilka olika inträdesbarriärer som kan hindra potentiell konkurrens. I praxis har fyra breda kategorier av inträdesbarriärer beaktats: lagliga eller administrativa hinder (inte minst immaterialrättigheter), engångskostnader (”sunk costs”), byteskostnader för konsumenterna, samt strategiskt beteende från företagets sida av typen att hota med priskrig.⁸³

Om ett företag har missbrukat sin dominerande ställning kan kommissionen med stöd av artikel 3 i förordning 17/65 förelägga företaget att upphöra med missbruket. Vidare kan kommissionen utfärda böter med stöd av artikel 15 i samma förordning. Missbruk av dominerande ställning anses normalt vara en allvarligt överträdelse och böterna blir därför ofta höga.⁸⁴

⁷⁷ Faull & Nikpay, s. 127. Tiden varierar från fall till fall, främst beroende på inträdesbarriärer till marknaden.

⁷⁸ Pelikan/Kyocera, XXVth Annual Report on Competition, s. 42.

⁷⁹ Info-Lab/Ricoh, XXIXth Annual Report on Competition, s. 169.

⁸⁰ Mål 238/87 Volvo AB v Erik Veng (1988) ECR 6211, mål 22/78 Hugin v Commission (1979) ECR 1869.

⁸¹ Mål 6 och 7/73, Commercial Solvents v Commission, (1974) ECR 223.

⁸² Mål 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461.

⁸³ Se Faull & Nikpay, s. 125-132.

⁸⁴ Faull and Nikpay, s. 203.

3.1 Kopplingsförbehåll i EG-rätten

Enligt artikel 82 (d) kan ett missbruk av dominerande ställning utgöras av att:

”...ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

Denna paragraf täcker de situationer där ett företag som har en dominerande ställning på marknaden för en viss produkt tvingar sina kunder att köpa denna tillsammans med en annan produkt som är konkurrensutsatt.⁸⁵ Detta kopplingsförbehåll kan inskränka konkurrensen på marknaden för den kopplade produkten genom att försvåra för konkurrenterna att sälja sina varor.⁸⁶

För att ett kopplingsförbehåll ska strida mot art 82 (d) måste ett flertal villkor vara uppfyllda.⁸⁷ Företaget måste för det första ha en dominerande ställning, annars kan det svårligen lyckas med att tvinga konsumenterna att köpa den kopplade varan. Själva tvånget är ett avgörande element i missbruket. Även dominerande företag har rätt att sälja två eller fler produkter ihop. Missbruket uppstår först när kunderna tvingas acceptera kopplingsförbehållet mot sin vilja. Tvånget kan bestå i att kunden i kontraktet åtar sig att i framtiden köpa den kopplade produkten från samma företag, eller i att företaget helt blankt vägrar att sälja den kopplade produkten om inte kunden också köper den kopplade produkten.⁸⁸ Tvånget kan också åstadkommas högre upp i distributionskedjan, t.ex. genom att distributörerna åtar sig att bara sälja produkterna tillsammans till slutkonsumenten.⁸⁹ Det finns även andra mindre uppenbara former av tvång, som att inte låta garantin gälla för primärprodukten om kunden använder sig av tillbehör från en annan tillverkare.⁹⁰ Genom att ge olika rabatter till de kunder som köper produkterna separat och de som köper dem ihop kan ett företag uppnå en kopplande effekt, nämligen om rabatterna är utformade så att inget rationellt företag skulle välja att köpa produkterna separat.⁹¹ I det senare fallet strider kopplingsförbehållet mot artikel 82 (c).⁹² Detta gäller även om det är kunderna själva som begär rabatterna.⁹³

⁸⁵ Faull & Nikpay, s. 165.

⁸⁶ Se ovan kap. 2.3.3.

⁸⁷ Faull & Nikpay, s. 166-169.

⁸⁸ Se nedan om Hilti och Tetra Pak.

⁸⁹ Mål 193/83 Windsurfing International v Commission, (1986) ECR 611.

⁹⁰ Novo Nordisk, se XXVIth Report on Competition Policy.

⁹¹ Mål 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461.

⁹² Artikel 82 (c) förbjuder företag att ”tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel”.

⁹³ Mål 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461.

Det krävs också för att artikel 82 ska vara tillämplig att de kopplade produkterna är separata produkter, eller att de med andra ord utgör två olika produktmarknader. Man är överens om att en bil och dess däck utgör en produkt, medan detta är mindre uppenbart för en hårddisk och en datorskärm,⁹⁴ eller för ett operativsystem och en webbläsare. Denna fråga avgörs antingen genom att analysera om produkterna till sin natur är självständiga, eller genom att undersöka om de vanligtvis säljs tillsammans. I många fall är dessa bedömningsgrunder tillräckliga, men inte minst när det gäller nyare varor, där det inte finns något handelsbruk, kan frågan om de är till sin natur en integrerad produkt eller två separata närmast bli retorisk. I dessa fall måste analysen koncentreras till huruvida det finns objektivt rättfärdigande grunder för kopplingsförbehållet.⁹⁵ Sådana motiv är ofta de konkurrensfrämjande effekter som beskrevs i kapitel 2.3.2. Åsikten om vad som är och inte är en integrerad produkt kan också ändras med tiden. För att återknyta till inledningen i kapitel 1 ifrågasattes IBM:s integration av kontroll- och minnesfunktioner i processorn.⁹⁶ Inte långt senare var denna typ av integration det normala inom datorindustrin.

Även om produkterna tydligt utgör två separata marknader kan ett kopplingsförbehåll fortfarande vara tillåtet om det är rättfärdigat på objektiva grunder.⁹⁷ Effektivitetsvinster kan som nämnts vara produktiva, t.ex. att integrera olika komponenter i en och samma dator, eller distributiva, som att sälja skor tillsammans. Rabattsystem som återspeglar genuina besparingar som en följd av "economies of scope" har godtagits,⁹⁸ och kvalitetshänsyn har beaktats av domstolarna.⁹⁹

Ett sista kriterium för att ett förfarande ska kunna utgöra ett missbruk är att det påverkar konkurrensen på den kopplade marknaden på ett negativt sätt. Detta händer bara om de flesta som köper den kopplade produkten också köper den kopplande produkten. I annat fall finns det för de företag som bara säljer den kopplade varan gott om kunder som inte har behov av den kopplande varan.¹⁰⁰ I denna situation är varorna ofta helt orelaterade till varandra och det finns sällan någon anledning för en säljare att koppla dem till varandra. Mycket riktigt är det sällan vi ser någon koppla köpet av operativsystem till exempelvis köpet av tio burkar bönor.

⁹⁴ Faull & Nikpay, s. 166.

⁹⁵ Faull and Nikpay, s. 166.

⁹⁶ IBM System 370, Bull CE 10/84, paragraf 3.4.1. Se för mer information även *California Computer Products v IBM* 613 F.2d 727, samt övriga amerikanska IBM-fall i kapitel 5.3.

⁹⁷ Faull & Nikpay, s. 168.

⁹⁸ Mål C-310/93P *BPB Industries plc. & Anor v Commission* (1995) ECR I-865.

⁹⁹ Se *Hilti och Tetra Pak-fallen* nedan.

¹⁰⁰ Faull & Nikpay, s. 168.

3.1.1 Hilti

Ett av de mest renodlade och illustrativa exemplen på kopplingsförbehåll i EG-rätten är Hilti.¹⁰¹ Hilti hade patent på både sina spikpistoler¹⁰² och på magasinen som passade i dem, men inte för själva spikarna. Genom att binda försäljningen av magasinen till en tillräckligt stor mängd spikar försökte man utestänga självständiga producenter från den konkurrensutsatta marknaden för spikar. Marknadsdefinitionen var ett avgörande element för utgången, och kommissionens definition överklagades både till förstainstansrätten och EG-domstolen. Hilti ansåg att produktmarknaden inte kunde begränsas till den typ av spikpistoler man producerade och deras tillbehör, utan också inbegrep en mängd andra metoder att fästa byggmaterial på. EG-domstolen menade emellertid att spikpistoler, magasin och spikar var separata marknader, vilket bl.a. ansågs framgå av att spikar tillverkades av flera oberoende producenter. I detta fall var till och med den relevanta marknaden spikar kompatibla med Hiltis pistoler. Att låta de tre marknaderna utgöra en enda var i princip samma sak som att låta producenterna av spikpistoler utesluta alla andra tillbehör än deras egna. Vidare ansågs den typ av spikpistoler som Hilti producerade inte som utbytbara med andra metoder för att fästa byggmaterial.

Hilti försökte också rättfärdiga sitt kopplingsförbehåll med att det främst var till för att säkra kvaliteten på produkten genom att förhindra skador till följd av användandet av andra spikar. Det fanns emellertid inga bevis för att detta hade lett till olyckor, och heller inga exempel på problem orsakade av andra spikar. Hilti dömdes för brott mot art 82, och fick betala 6 miljoner ecu i böter.

3.1.2 Tetra Pak II

I Tetra Pak II¹⁰³ hade Tetra Pak kopplat försäljningen av kartong till försäljningen av sina maskiner för förpackning och påfyllning. Kopplingsförbehållet åstadkoms genom kontrakt där kunden vid köpet av maskiner förband sig att även tillgodose hela sitt behov av kartongmaterial från Tetra Pak.

Tetra Pak menade att kopplingsförbehållet var motiverat eftersom det fanns en naturlig koppling mellan förpackningsmaskinerna och förpackningsmaterialet och att det var normalt handelsbruk att sälja dem tillsammans. Kommissionen, och sedermera förstainstansrätten och EG-domstolen, fann att maskinerna och kartongen utgjorde skilda produktmarknader där produkterna mycket väl kunde produceras och säljas var för sig, och att det under en avsevärd tid funnits oberoende producenter som specialiserade sig på att bara sälja kartongen. Dessutom tillade EG-

¹⁰¹ Mål C-53/92P Hilti AG v Commission (1994) ECR I-667.

¹⁰² Det s.k. PAF-systemet: Powder Activated Fastening System.

¹⁰³ Mål C-333/94PTetra Pak International v Commission, (1996) ECR I-5951.

domstolen att art 82 inte är uttömmande, och att även där det finns ett naturligt samband mellan produkterna eller där de säljs tillsammans enligt handelsbruk kan kopplingen utgöra ett missbruk om den saknar objektivt rättfärdigande.¹⁰⁴

Tetra Paks argument inför förstainstansrätten att man tillhandahöll ett integrerat system som garanterade kvaliteten och därmed skyddade den allmänna hälsan från de risker som finns med undermålig hantering av mjölk godtogs inte heller. Det ansågs inte vara Tetra Paks uppgift att avgöra vem som skulle få producera förpackningsmaterial.

3.2 Slutsats om kopplingsförbehåll i EG-rätten

Av praxis kan man dra slutsatsen att ett företag som befinner sig i en dominerande ställning bör vara försiktigt med att använda kopplingsförbehåll. Genom att erbjuda produkten både kopplad och okopplad kan ett företag troligen minska risken att fällas för missbruk, eftersom något tvång då inte längre är inblandat, så länge inte rabatter på det kopplade paketet gör det i princip omöjligt att det okopplade. Även om kunderna själva efterfrågar rabatterna eller kopplandet kan detta utgöra ett missbruk.

Bäst möjlighet att försvara sig har ett företag troligtvis genom att lyckas definiera marknaden så brett som möjligt, för att därigenom minska risken att anses som dominerande. För eftermarknader och tillbehör är chansen att lyckas med detta numera liten. Att döma av Hilti och Tetra Pak är det svårt att få till stånd en gemensam produktmarknad för en vara och dess tillbehör om det finns oberoende producenter som ägnar sig åt enbart att tillverka tillbehöret. Om det är fråga om nya produkter som inte funnits på marknaden någon längre tid öppnas dock dörren för att istället bedöma om det är objektivt rättfärdigat att sälja dem tillsammans, t.ex. på grund av effektivitetsvinster.

Kopplingsförbehållet kan motiveras på objektivt rättfärdigande grunder. I både Tetra Pak och Hilti försökte företagen rättfärdiga sitt beteende med argumentet att man ville säkra kvaliteten och förhindra olyckor. Domstolarna beaktade visserligen argumenten, men fann inga belägg för att användandet av andra tillbehör skulle orsaka någon skada.

Både Hilti och Tetra Pak, liksom flera andra fall som t.ex. Novo Nordisk,¹⁰⁵ har handlat om produkter som kopplas i icke-fixa proportioner där prisdiskriminering kan vara ett motiv. Detta motiv verkar domstolarna ha valt att inte beakta, varav man sannolikt kan dra slutsatsen att EG-rätten inte

¹⁰⁴ Tetra Pak International v Commission, paragraf 37.

¹⁰⁵ I Novo Nordisk vägrade tillverkaren av en penna för injektion av insulin att låta garantin gälla om pennan användes med andra tillverkares tillbehör, t.ex. nålar. Se XXVIth Report on Competition Policy (1996), s.35.

accepterar prisdiskriminering som en rättfärdigande grund för kopplingsförbehåll. Huruvida detta beror på att man väljer att inte tro på effektivitetsvinsterna av ett sådant förfarande, att man oroar sig över fördelningsaspekten eller på att man helt enkelt har svårt att ta till sig det utpräglat mikroekonomiska resonemanget är oklart. I fall som Hoffman-La Roche,¹⁰⁶ Windsurfing¹⁰⁷ eller British Sugar¹⁰⁸ var proportionerna mer eller mindre fixa. Detta utesluter vanligtvis prisdiskriminering som motiv, men man kan tänka sig att det finns mer utrymme för att rättfärdiga kopplingsförbehållet med distributiva och produktiva effektivitetsvinster i dessa fall.

Ytterligare en viktig slutsats bör man komma ihåg från Tetra Pak. Även om det finns ett naturligt samband eller det är handelsbruk att varorna säljs tillsammans, kan ett sådant förfarande likväl strida mot artikel 82 om det inte kan rättfärdigas på objektiva grunder.

¹⁰⁶ Mål 85/76 Hoffman-La Roche v Commission (1979) ECR 461.

¹⁰⁷ Mål 193/83 Windsurfing International v Commission, (1986) ECR 611.

¹⁰⁸ Napier Brown/British Sugar (89/408) (1988) OJ L284/41.

4 Predatory innovation i EG-rätten

För ett dominant företag verkar det alltså ofta vara svårt att i EG-rättens ögon rättfärdiga ett kopplingsförbehåll. Det kan emellertid finnas ett flertal, mer eller mindre legitima, anledningar till att företaget har ett intresse av att utnyttja ett sådant arrangemang.¹⁰⁹ De flesta sätt att genom kontrakt, rabattsystem eller leveransvägran kringgå förbudet har som synes redan stängts av genom praxis. För ett dominerande företag som vill använda sig av kopplingsförbehåll finns det dock ytterligare ett sätt. Genom att utforma den kopplande produkten så att den inte är kompatibel med konkurrenternas produkter på den kopplade marknaden, kan som beskrivits i kapitel 2.2 och 2.4 ett teknologiskt kopplingsförbehåll skapas.

Det är inte alla produkter som lämpar sig för att använda teknologiska kopplingsförbehåll som ett medel för predatory innovation. Även om företaget vid lanseringen av en produkt gör den inkompatibel med tillbehör av andra tillverkare kommer dessa troligtvis snart att försöka göra sina produkter kompatibla med den kopplande varan. Det dominerande företaget måste då kunna modifiera sin primärprodukt med jämna mellanrum för att förhindra att konkurrenterna lyckas med detta.¹¹⁰ Samtidigt vill man undvika att förarga sina egna kunder genom att med alltför täta mellanrum komma med nya versioner som gör deras redan köpta obsoleta. Därför blir det viktigt att teknologiskt uppgradera eller ändra produkten på ett sådant sätt att det tar så lång tid som möjligt för konkurrenterna att modifiera sina produkter. Detta innebär också att högteknologiska marknader, där produkterna ofta kommer ut i nya versioner, lämpar sig bättre för teknologiska kopplingsförbehåll än marknader där omsättningen av den kopplande produkten är mindre. Även andra produktspecifika egenskaper kan påverka. I Decca fick ändringen av frekvenser stor effekt på konkurrensen. Ett dominerande företag som utvecklat en ny inkompatibel fotokopiator kan däremot knappast hoppas uppnå en liknande effekt på marknaden för färgpatroner, eftersom så länge konsumenterna har kvar sina gamla kopiatorer kommer det att finnas en marknad för de gamla patronerna.

Strategin kan förstärkas genom en vägran att lämna ut nödvändiga koder (t.ex. Microsoft) eller frekvenser (t.ex. Decca). Den kan också förstärkas genom s.k. ”vapourware”, där det dominerande företaget förekommer konkurrenternas omgjorda, kompatibla versioner genom att tillkännage att dess egen nya version, som ånyo kommer att vara inkompatibel, snart kommer ut.¹¹¹

¹⁰⁹ Se ovan kapitel 2.3.

¹¹⁰ Se ovan kapitel 2.2.

¹¹¹ Acuna-Quiroga, s. 25.

I dessa situationer skyddas ofta det dominerande företags huvudprodukt av ett patent, men den uppnådda ställningen kan också bero på bl.a. nätverkseffekter. I de fall företaget har patent på produkten kan man undra varför konkurrenterna ska tillåtas dra fördel av det dominerande företags innovation genom att obehindrat få tillverka tillbehör till denna. Men patentet skyddar bara själva innovationen, och företaget har genom patentet på en produktmarknad inte någon rätt till skydd på en angränsande produktmarknad.¹¹² I de fall där företaget har patent på båda marknaderna kan ett teknologiskt kopplingsförbehåll utgöra ett komplement till patentskyddet. Kopplingsförbehållet är inte beroende av framgång i en tidsödande och kostsam process för att företaget ska kunna skydda sin rättighet.

Bedömningen av teknologiska kopplingsförbehåll är mer komplicerad än bedömningen av vanliga kopplingsförbehåll. Förutom alla de frågor som uppkommer i samband med dessa finns det med teknologiska kopplingsförbehåll ytterligare en komplikation. Den ständigt återkommande frågan är hur man ska kunna skilja genuina produktförbättringar från de fall där den nya produkten bara är ett sätt att försöka utestänga konkurrenterna genom att göra deras produkter inkompatibla? Och i de fall produkten verkligen är ett genuint framsteg, kan den då fortfarande vara konkurrensbegränsande?¹¹³ En felaktig bedömning riskerar att förhindra en välståndsskapande teknologisk utveckling.

4.1 Decca Navigator Systems

I kommissionens beslut Decca Navigator Systems¹¹⁴ var frågan om Decca hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för elektronisk navigationsutrustning. Systemet ("DNS") bestod dels av utsändande av signaler från landbaserade kedjor av radiostationer, dels av mottagarutrustning till dessa signaler stationerad på fartyg. Genom att ta emot signaler från olika stationer i systemet kunde mottagarapparaterna räkna ut sin position. När Decca så småningom fick konkurrens på marknaden för mottagarna började man, bland andra åtgärder, ändra signalerna på så sätt att de konkurrerande företagens mottagare slutade fungera eller gav felaktiga positioner, medan Deccas mottagare fungerade lika bra som innan. En konkurrent fann att det skulle ta åtminstone två månaders forskning att göra dess mottagare kompatibla med DNS-signalerna efter varje signaländring.

Även om det enligt Decca fanns elva marina radionavigationssystem, ansåg kommissionen att just Deccas system var det enda som hade den precision,

¹¹² Jämför Hilti i kapitel 3.1.1 där patentet gällde PAF-system för materialfästande, och inte därigenom gav Hilti någon ensamrätt på marknaden för spikar.

¹¹³ Ordovery och Willig anser att detta är möjligt, se kapitel 2.4 ovan.

¹¹⁴ Decca Navigator Systems (89/113), OJ L 043/27.

räckvidd och täckning som krävdes för mycket av yrkestrafiken i vattnen kring engelska kanalen och EG:s norra farvatten. Utsändandet av DNS-s signaler ansågs därför utgöra en separat servicemarknad. Kommissionen fann vidare att DNS-mottagare utgjorde en separat produktmarknad, skild från marknaden för signaler, eftersom det fanns en efterfrågan för bara själva mottagarutrustningen och DNS-signalerna i flera andra länder tillhandahölls av staten medan Decca tillhandahöll mottagarna.

Även om Decca inte tog betalt för utsändandet av signaler, utan av praktiska skäl tog ut hela monopolvinsten på mottagarutrustningen, är det här alltså fråga om en form av teknologiskt kopplingsförbehåll med signalerna som kopplande och mottagarna som kopplad produkt. När Decca börjar ändra sina signaler uppstår frågan om detta är predatory innovation.

Decca befanns vara dominerande på både marknaden för signaler och på marknaden för mottagarutrustning. På den relevanta geografiska marknaden var Decca det enda företag som skickade ut DNS-s signaler, och administrativa och finansiella inträdesbarriärer hindrade potentiell konkurrens. Deccas patent som hindrade andra företag att utan licens tillverka mottagarutrustning hade gått ut i mitten av 1960-talet, och sedan hade man haft ett nästan de facto monopol till 1982, då konkurrenterna började tillverka egna mottagare. Även efter 1982 räckte enligt kommissionen Deccas marknadsandelar för att etablera en dominerande ställning på marknaden för mottagarutrustning, förstärkt av det faktum att Decca hade monopol på utsändandet av DNS-s signaler.

När myndigheterna i de berörda länderna krävt att Decca skulle ändra tillbaka signalerna till de normala hade Decca försvarat sig med att ändringarna utgjorde förbättringar.¹¹⁵ Emellertid framgick det av flera omständigheter, bl.a. interna mötesanteckningar, brev till konkurrenterna samt i ett erkännande att det egentliga motivet var att störa konkurrenternas mottagare. Kommissionen fann därför att:

”...the changes in DNS signals were abusive in that they were deliberately made in such a way as to cause the malfunctioning of the devices sold by unlicensed competitors.”¹¹⁶

Kommissionen insåg att Decca måste kunna täcka sina kostnader för, och göra en viss vinst på, upprätthållandet av radiostationerna. Detta hade kunnat åstadkommas på ett sätt som inte inneburit missbruk, t.ex. genom att koda signalerna och integrera en dekoder med en begränsad livslängd i mottagarutrustningen. För övrigt underhölls stationerna i flera länder av myndigheterna utan kostnad för Decca.

¹¹⁵ Decca Navigator Systems, paragraf 27.

¹¹⁶ Decca Navigator Systems, paragraf 108.

Effekterna av Deccas agerande var avsevärda, vilket avspeglade sig bl.a. i drastiskt sjunkande marknadsandelar för konkurrenterna. Den teknologiska och ekonomiska utvecklingen begränsades enligt kommissionen allvarligt. Vid tiden för kommissionens bedömning hade Decca redan upphört med sitt agerande men kommissionen valde att ändå avsluta fallet med ett formellt beslut, eftersom det låg i allmänhetens intresse att klargöra den rättsliga bedömningen av detta och liknande fall. Med hänsyn till avsaknaden av tidigare prejudikat och det oklara rättsläget ansåg kommissionen att Decca inte hade överträtt artikel 82 med avsikt, eller ens genom oaktsamhet. Decca slapp därför böta för överträdelsen.

4.2 IBM

Kommissionen hade redan före Decca haft anledning att uppmärksamma predatory innovation-frågor i ett annat sammanhang. 1980 påbörjades en omfattande undersökning av datortillverkaren IBM:s agerande inom EG vad gällde dess kraftfullaste uppsättning datorer, System 370. Undersökningen lades emellertid ner i mitten av 1984, efter att IBM gjort ett ensidigt åtagande att ändra sina affärsmetoder, och resulterade därmed aldrig i något formellt beslut.¹¹⁷

Kommissionen ansåg att IBM hade en dominerande ställning inom EG för de två huvudkomponenterna för System 370, processorn och operativsystemet, vilket gjorde att IBM kunde kontrollera marknaderna för alla produkter som var kompatibla med detta system.¹¹⁸ Kommissionen hävdade att IBM hade missbrukat sin dominerande ställning på fyra olika sätt. IBM inkluderade i priset på sin processor dels ett hårdminne, dels grundläggande mjukvara, d.v.s. använde sig av två kopplingsförbehåll. Vidare vägrade man leverera viss mjukvara, s.k. "IPO", till användare av andra processorer. Slutligen erbjöd inte IBM i tid sina konkurrenter den teknologiska information, s.k. gränssnittsinformation, som behövdes för att dessa skulle kunna göra sina produkter kompatibla med IBM:s.

Eftersom IBM vid tiden för undersökningens inledning redan hade slutat med sin leveransvägran, och börjat avveckla kopplingsförbehållen först mellan processorn och mjukvaran, och därefter mellan processorn och hårdminnet, var det avslöjandet av teknologisk information ("interface disclosure") som blev den viktiga frågan. Som visats i teoridelen ovan maximerar ett dominerande företag i vissa fall sin vinst genom att göra sina produkter inkompatibla med mindre tillverkares, medan dessa tillverkare själva är beroende av kompatibiliteten.¹¹⁹ Genom att med jämna mellanrum uppgradera sina produkter för System 370 så att de blev inkompatibla med konkurrenternas kunde IBM enligt kommissionen utestänga konkurrenterna från marknaden för kompatibla tillbehör. Först när dessa hunnit analysera

¹¹⁷ Se IBM System 370, Bull EC 7-8/84, kapitel 1, för kommissionens redogörelse av fallet.

¹¹⁸ Se ovan kapitel 2.2 om nätverksexternaliteter.

¹¹⁹ Kapitel 2.2.

den nya produkten och därefter utveckla en kompatibel produkt kunde de återigen konkurrera, till dess att IBM ändrade sin produkt på nytt. Inte minst riskerade enligt ledande europeiska datortillverkare IBM:s hemlighållande av teknologisk information att negativt påverka utvecklingen av standarder för kommunikation mellan olika datorsystem och nätverk, s.k. "Systems Network Architecture" (SNA).

Frågan om ett dominerande företag ska tvingas lämna ut teknologisk information före lanseringen av en ny produkt återkommer i flera av de amerikanska rättsfallen,¹²⁰ och är helt enkelt den andra sidan av frågan om en innovation är konkurrensbegränsande. Ett dominerande företags strategi att ändra utformningen på sina produkter för att göra konkurrenternas versioner inkompatibla tappar mycket av sin poäng om konkurrenterna kan ha sina produkter färdiga samtidigt.¹²¹ Betydelsen av några månaders försprång kan vara särskilt stor på marknader där långvariga leasingkontrakt är vanliga.

I det ensidiga åtagande¹²² IBM gjorde för att blidka kommissionen ingick att i god tid göra tillgänglig den information¹²³ som konkurrenterna behövde för att kunna göra sin mjuk- och hårdvara kompatibel till IBM:s nya produkter. Likaså skulle IBM så fort det var möjligt göra den information som andra tillverkare behövde för att låta sina system eller nätverk kommunicera med IBM:s SNA-nätverk tillgänglig. Däremot behövde IBM inte lämna ut sådana unika maskingränssnitt som med stor sannolikhet skulle riskera att avslöja produktens design, då detta skulle inkräkta på IBM:s immaterialrättigheter.

Kommissionen räknade med att konkurrensen genom IBM:s åtagande skulle bli mer effektiv, och att användarna på ett tidigare stadium skulle kunna välja mellan olika tillverkare. Utbudet skulle också öka, eftersom utvecklingen av nya produkter skulle gynnas av vetskapen om att nödvändig gränssnittsinformation kommer att finnas tillgänglig.

4.3 Slutsatser från Decca och IBM

Predatory innovation och teknologiska kopplingsförbehåll har hittills inte uppmärksamrats särskilt mycket i EG-rätten. Några fall från domstolarna finns ännu inte, och det enda formella beslutet från kommissionen är Decca. Kommissionen nämner här uttryckligen att praxis saknas från liknande fall,¹²⁴ och de slutsatser man kan dra av detta fall är vaga. Deccas ursäkt att

¹²⁰ Se Kodak och IBM nedan i kapitel 5.

¹²¹ Strategins funktion att höja konkurrenternas kostnader, genom att tvinga dem till att ändra sina produkter, kvarstår dock, om än i mindre omfattning.

¹²² IBM System 370, Bull EC 10/84, kapitel 3.4.1.

¹²³ Främst programkod, men när det gäller hårdvara även fysiska eller elektriska karaktäristika som behövs för att låta produkter arbeta tillsammans.

¹²⁴ Decca Navigator Systems, paragraf 133.

man experimenterade med frekvenserna för att förbättra systemet var så uppenbart ett svepskäl att kommissionen aldrig behövde ta ställning till om frekvensändringarna hade varit objektivt rättfärdigade om de inneburit en genuin förbättring av systemet. Från det faktum att kommissionen uttryckligen tar fasta på motivet till ändringen av frekvensen som grund för missbruket kan man sluta sig till att om bara detta motiv finns kommer agerandet att anses konkurrensbegränsande, så länge konkurrensen påverkas negativt. Det lämnas öppet hur bedömningen hade utfallit om motivet inte så klart gått att fastställa, eller hur en genuin uppgradering av systemet skulle vägas in.

Frågan om IBM:s leveransvägran är ett traditionellt exempel på missbruk av dominerande ställning, liksom kopplingsförbehållet mellan processorn och hårdvaran. Kopplingsförbehållet mellan processorn och hårdminnet var av teknologisk natur, men denna fråga visade sig mindre viktig eftersom hårdminnet vid tiden för uppgörelsen inte längre utgjorde någon större del av processorn.¹²⁵ IBM:s ändringar av System 370-produkterna är mer intressanta. Det framgår inte av fallet huruvida dessa ändringar endast syftade till att begränsa konkurrensen, eller om de kunde motiveras av IBM såsom genuina produktförbättringar. Det är dock troligt att de åtminstone delvis, i likhet med de modifieringar som var uppe för bedömning i USA, förbättrade produkternas prestanda.¹²⁶ Troligtvis kan de ändringar det är frågan om åtminstone i vissa fall utgöra genuina innovationer, och således kanske vara motiverade även om de gör konkurrenternas produkter inkompatibla. Problemet löses i ett fall som detta genom att den nödvändiga gränssnittsinformationen, som konkurrenterna annars skulle kunna skaffa sig först efter att produkten lanserats, görs tillgänglig redan tidigare. Denna lösning påminner om tvångslicensiering, men kan användas i fall som de här förekommande där det inte finns någon egentlig rättighet att licensiera, eftersom det är själva produkten i sig som skapar problemet. Nackdelen är naturligtvis dels risken att det dominerande företaget tvingas lämna ut alltför känslig information, dels att incitamentet för nya innovationer minskar.¹²⁷

Det är oklart exakt vilket lagrum kommissionen baserar sina invändningar på. Såväl artikel 82 (d) och (c) som (b)¹²⁸ är möjliga. Om ändringar i utformningen av en produkt således kan anses vara missbruk, verkar det som om företag i en dominerande ställning som innehar något som närmast kan liknas vid en ”essential facility” kan ha ett ansvar för att upprätthålla en

¹²⁵ Goyder, s. 352.

¹²⁶ Se kapitel 5.3. I paragraf 14 (a) i IBM:s ensidiga åtagande nämns också ordet ”enhancement” i samband med SNA till System 370.

¹²⁷ Gränssnittsinformationen kan kanske ses som en ”essential facility”. Frågan är om ett påtvingat avslöjande av denna inkräktar på företagets immaterialrättighet. Om informationen bara hjälper konkurrenterna att tävla på en angränsande marknad, borde så inte vara fallet, eftersom det bara är immaterialrättighetens ”subject matter” som är skyddat.

¹²⁸ Artikel 82 (b) förbjuder företag att ”begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna”, och kan troligtvis användas för att motivera exempelvis ingrepp när ett dominerande företag vägrar lämna ut gränssnittsinformation till andra mjukvarutillverkare.

konkurrensfrämjande marknadsstruktur, även om företagets agerande kan rättfärdigas på annat sätt.¹²⁹ I fall som IBM kan detta lösas genom att företaget tvingas lämna ut nödvändig programkod.

Som framkommit är praxis på området väldigt mager, och slutsatserna som går att dra blir härigenom inte särskilt långtgående. Dessutom kan prejudikatvärdet av det mer givande av de båda redovisade fallen ifrågasättas, eftersom det slutade i en uppgörelse och inte i ett formellt beslut. För att få en mer täckande bild av hur innovationer kan användas i konkurrensbegränsande syfte, och för att se vilka argument som kan användas samt vilka slutsatser som kan dras, får man söka sig till praxis på annat håll. I nästa kapitel ska jag därför undersöka hur predatory innovation har behandlats i amerikansk rätt.

¹²⁹ Goyder, *EC Competition Law*, 3:e upplagan, Oxford, 1998, s. 353. Samma slutsats drar Anderman, *Microsoft in Europe*, tal vid FTC/DOJ Joint Hearings: Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy, 22/5/2002.

5 Predatory innovation i amerikansk rätt

Den amerikanska federala konkurrensrätten grundar sig på tre rättsakter, närmare bestämt Sherman Act från 1890 samt Clayton Act och Federal Trade Commission Act, båda från 1914. Precis som i EU har de mer precisa principerna utvecklats genom rättspraxis och genom kompletterande dokument. Lagstiftningen har straffrättslig karaktär, och kan leda till fängelsestraff på maximalt tre år för de ansvariga. Tillämpningen av den federala konkurrensrätten övervakas av två myndigheter, Department of Justice (DOJ) och Federal Trade Commission (FTC). Till skillnad från i EU spelar privata aktörer också en viktig roll i denna övervakning, då ett företag som har lidit skada av ett annat företags konkurrensbegränsande beteende har goda möjligheter att få skadestånd i en tvist.¹³⁰

5.1 "Missbruk av dominerande ställning" i amerikansk rätt

Det som närmast motsvarar artikel 81 och 82 i Romfördraget är Sherman Act paragraf 1 och 2. Paragraf 1 förbjuder "contracts, combinations /.../ or conspiracies in restraint of trade", medan paragraf 2 anger att det är ett konkurrensbrott att "monopolize, attempt to monopolize, or combine or conspire /.../ to monopolize" en marknad. Precis som i EG-rätten regleras alltså gemensamma försök att begränsa konkurrensen av ett lagrum, och ensidiga försök av ett annat. Det är således främst paragraf 2 som är intressant här, men kopplingsförbehåll i sig regleras av paragraf 1 samt paragraf 3 i Clayton Act. Detta innebär att ett kopplingsförbehåll som används för att försöka bibehålla eller erövra en monopolställning kan komma att bedömas under både paragraf 1 och 2 i Sherman Act. Rekviriten är emellertid olika.

För att ett företag ska anses skyldigt till monopolisering måste två förutsättningar vara uppfyllda. För det första ska det inneha en monopolställning på den relevanta marknaden. Liksom i EG-rätten innebär detta inte ett krav på absolut monopol, utan det räcker att företaget kan höja priset över konkurrensnivån.¹³¹ En monopolställning är dock inte i sig ett konkurrensbrott; det krävs också att företaget ska ha nått eller bibehållit denna ställning som ett resultat av ett konkurrensbegränsande beteende, till skillnad från som en konsekvens av t.ex. en överlägsen produkt.¹³² Vad som är ett konkurrensbegränsande beteende är naturligtvis inte alltid lätt att

¹³⁰ Jones, s. 6-16.

¹³¹ Se Court of Appeals i Microsoft, II. Jag använder nedan termen monopolist i denna bemärkelse, och som utbytbar mot företag i dominerande ställning.

¹³² Se Court of Appeals i Microsoftfallet, II.B.

avgöra, men vissa principer för avgörandet går att urskilja. Beteendet måste skada själva konkurrensen och därmed konsumenterna, inte bara en eller flera konkurrenter. Bevisbördan ligger på käranden. Trots en konkurrensbegränsande effekt är agerandet inte ett konkurrensbrott om monopolisten kan erbjuda en tillförlitlig rättfärdigande förklaring ("justification"). I så fall måste käranden visa att de negativa effekterna ändå överväger. Slutligen är det själva effekten av beteendet och inte avsikten som är i fokus. Avsikten är relevant bara i den mån den underlättar förståelsen av den troliga följden av monopolistens agerande.¹³³

Kopplingsförbehåll är normalt sett olagliga *per se* i amerikansk konkurrensrätt, vilket innebär att någon närmare undersökning av effekterna är överfödiga. Fyra rekvisit måste dock vara uppfyllda: det ska vara fråga om två olika produkter, svaranden måste inneha en monopolställning på den kopplande produktmarknaden, svaranden ger inte kunderna något annat val än att köpa den kopplade produkten från denne, och kopplingsförbehållet hindrar en avsevärd mängd handel.¹³⁴ I amerikansk rätt ges alltså som huvudregel inte någon möjlighet att rättfärdiga ett kopplingsförbehåll.

5.2 Kodak

Domstolarna fick anledning att överväga om introduktionen av nya produkter kunde vara missbruk av dominerande ställning i ett antal fall där Eastman Kodak Company var svarande. Kodak hade en dominerande ställning på marknaden för amatorkameror och näst intill ett monopol på filmmarknaden i USA. 1972 introducerade Kodak ett nytt fotografiskt system, bestående av den nya 110 Pocket Instamatic kameran och den nya Kodacolor II-filmen, samt därtill hörande ny framkallningsteknik. Kameror och film produceras i olika format. För att kunna använda en viss film till en viss kamera måste formatet vara detsamma. Det nya 110-formatet var mycket mindre än sina föregångare vilket innebar att negativet måste förstöras upp mer. För att inte kopian skulle bli grymig hade Kodak därför, istället för att skära ned sin gamla film Kodacolor X till det nya 110-formatet, valt att utveckla Kodacolor II. Den nya kameran och den nya filmen lanserades samtidigt och utan förvarning, och blev en dramatisk succé. Kodaks konkurrenter kopierade tekniken och kom så småningom ut med sina egna kameror i 110-format, men under ett flertal månader var den som ville ha antingen den nya filmen eller den nya kameran hänvisade till Kodak. Kodacolor II tillverkades och såldes i 18 månader enbart i 110-formatet.

Ett av de företag som stämde Kodak var Berkey Photo Inc.¹³⁵ Berkey ansåg att Kodak genom sin dominerande ställning på både film- och kameramarknaderna omöjliggjorde för konkurrerande företag att utveckla

¹³³ Se Court of Appeals i Microsoftfallet, II.B.

¹³⁴ Se Court of Appeals i Microsoftfallet, IV.

¹³⁵ Berkey Photo Inc. v Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2nd Circuit, 1979).

egna nya format, eftersom Kodak nästan bara gjorde film i sina egna kameraformat och en kamera är oanvändbar utan film. Berkey ansåg att Kodak hade en skyldighet att lämna ut tillräcklig information om innovationer i förväg så att konkurrerande kameratillverkare skulle ha en möjlighet att utveckla kameror i det nya formatet samtidigt. Man menade att Kodak genom den samtidiga lanseringen använde den nya filmen för att ta marknadsandelar från konkurrenterna på kameramarknaden; den som ville använda den nya filmen var också tvungen att köpa en Kodak 110-kamera. Kodaks monopol på filmmarknaden och den nya filmen användes alltså för att stärka Kodaks ställning på kameramarknaden. Berkey menade att Kodacolor X gav tillräckligt bra bildkvalitet även i 110-formatet, vilket innebar att Kodacolor II egentligen inte var en genuin förbättring.

Domstolen ansåg att hemlighållandet av nya innovationer utgjorde normalt konkurrensbeteende och att påtvingat förtida avslöjande ("enforced predisclosure") skulle ha en avkylande effekt på dominerande företags vilja att satsa på forskning och utveckling. En sådan åtgärd kunde därför bara komma ifråga i undantagsfall. Bara det faktum att Kodak lanserade den nya 110-kameran och Kodacolor II samtidigt var inte tillräckligt. Som en grundläggande regel har även en monopolist rätt att lansera en ny produkt när man själv vill. Att Kodak försökte göra en ny film som skulle ge bättre kopior i det nya formatet var fullt förståeligt. Huruvida man hade lyckats med detta, d.v.s. huruvida Kodacolor II verkligen var en genuin förbättring, var en fråga om preferenser och avgjordes bättre av konsumenterna på marknaden än av domstolen.

Domstolen fäste alltså stor vikt vid att inte förstöra incitamenten för forskning och utveckling. Man uteslöt emellertid inte att introduktionen av nya produkter kunde vara konkurrensbegränsande, men betonade att det då inte är introduktionen i sig utan det tillhörande beteendet som strider mot Sherman Act. Situationen hade varit helt annorlunda om Kodak t.ex. i samband med introduktionen av det nya 110-systemet hade upphört att producera film i det gamla 126-formatet, och därigenom tvingat konsumenterna att skaffa en 110-kamera.¹³⁶ Det krävs alltså någon form av tvång ("coercion"). I ett annat av fallen som involverade Kodak angav domstolen att enbart introduktionen av teknologiskt sammanhängande produkter, även om de är inkompatibla med konkurrenternas, inte är konkurrensbegränsande.¹³⁷ I ett fall rörande effekterna av den nya framkallningstekniken för 110-systemet uttalades att en monopolists ändring av utformningen av en produkt kan granskas av domstol i fall där marknadskrafterna är försatta ur spel.¹³⁸ Detta kan vara fallet om företaget har ett absolut monopol, eller om det använder sig av någon form av tvång för att påverka konsumenternas val av produkt.

¹³⁶ Berkey v Kodak, fotnot 30 och 39.

¹³⁷ Foremost Pro Color v Eastman Kodak Co. 703 F.2d 534 (9th Circuit, 1983), s. 544.

¹³⁸ GAF Corp. v Eastman Kodak Co., 519 F. Supp. 1203 (SDNY, 1981), s. 1228.

Domstolarna hade i Kodakfallen en tillåtande och positiv syn på innovationer. Inkompatibilitet i sig ansågs inte konkurrensbegränsande. Tvärtom ansågs detta öka konkurrensen genom att ge konsumenterna en större valmöjlighet mellan olika teknologier.¹³⁹ Kodak försökte kombinera bra bildkvalitet med en liten kamera. Även om utgången av målen mycket väl kan ha varit riktig, ignorerar domstolarna frågan om nätverkseffekter och vad som gör en typ av standard till vinnare. Bakom konsumenternas efterfrågan kan ligga ett företags förmåga att sätta en standard för branschen.¹⁴⁰ Domstolarna kräver någon form av tvång för att inkompatibiliteten ska vara olaglig, men accepterar inte att detta tvång kan vara ett resultat av nätverkseffekter. Domstolarna i Kodakfallen medger visserligen möjligheten att utformningen av en produkt kan granskas i domstol, men ställer höga krav för att så ska få ske. Likaså är det bara i undantagsfall man kan tänka sig att tvinga en monopolist att avslöja teknologiska data om sina produkter i förväg.

5.3 IBM

I en rad rättegångar rörande IBM:s ändringar av utformningen av sina datorer fick de amerikanska domstolarna tillfälle att begrunda frågan om predatory innovation i lite klarare ljus och på ett mer direkt sätt än i Kodakfallen. I de amerikanska IBM-fallen fokuserade anklagelserna också på ett tydligare sätt på själva designändringen än vad man gjorde beträffande IBM i Europa.

Företagen som stämde IBM för konkurrensbrott var på olika sätt involverade i den industri som tillverkade ”plug-compatible” tillbehör till IBM:s processorer. Att tillbehören är ”plug-compatible” innebär, utan att gå in på teknologiska detaljer, att en annan tillverkares produkt, t.ex. en diskettenhet, kan ersätta den motsvarande IBM-produkten i ett system som använder en processor från IBM. I flera fall var konkurrenternas tillbehör överlägsna de som IBM erbjöd.¹⁴¹ IBM hade integrerat tidigare självständiga funktioner, såsom kontrollenheten till diskettläsaren, i processorn och därmed eliminerat behovet av en separat kontrollenhet, vilket ändrade gränssnittet mellan processorn och diskettläsaren. Ett exempel på detta var den s.k. New Attachment Strategy, som innebar att sådan elektronik som var oberoende av tillbehör placerades i processorn, och den produktspecifika elektroniken placerades i tillbehöret. På så sätt behövde man bara ändra i t.ex. diskettenheten när nya versioner skulle utvecklas. Käranden Memorex¹⁴² ansåg dock att IBM valt denna design därför att den, av alla möjliga

¹³⁹ Se kapitel 2.2. Denna uppfattning kräver att de gamla teknologierna blir kvar på marknaden även efter introduktionen av den nya standarden. Se Acuna-Quiroga, s.18.

¹⁴⁰ Acuna-Quiroga, s. 17.

¹⁴¹ Telex Corp. v IBM Corp. 367 F. Supp. 258 (N.D. Oklahoma 1973), s. 291.

¹⁴² Memorex Corporation/ ILC Leasing Corporation v. IBM Corporation 458 F. Supp. 423 (N.D. California 1978).

alternativ, skadade andra tillverkare av tillbehör mest genom att dessas produkter blev inkompatibla med processorn.

I Memorex fokuserade domstolen på om designändringarna var rättfärdigade. Man fann att de olika ändringarna var signifikanta innovationer därför att de bl.a. sparade utrymme, blev billigare och hade teknologiska fördelar. Domstolen uttalade bl.a. att:

”Where the approach chosen was at least as justifiable as the alternative/.../ courts should not get involved in second guessing engineers.”¹⁴³

Memorex menade också att IBM hade missbrukat sin dominerande ställning genom att inte lämna ut nödvändig gränssnittsinformation förrän vid den första leveransen av nya produkter.¹⁴⁴ Domstolen menade att Memorex och andra tillverkare klarade sig väl i konkurrensen med IBM då de, inom relativt kort tid, kopierade IBM:s produkter och därigenom inte behövde täcka några utvecklingskostnader. Att IBM som svar på detta och genom utnyttjande av ny teknologi utvecklade mer avancerade tillbehör som kunde erbjudas kunderna till lägre priser var precis den typ av beteende som konkurrenslagarna skulle uppmuntra. Att medelst avslöjande av gränssnitt ta ifrån IBM det försprång man uppnådde genom att de nya produkterna var inkompatibla med de gamla skulle förstöra IBM:s incitament att utveckla nya produkter. Memorex hade försökt att:

”...use the antitrust laws to make time stand still and preserve its very profitable position.”¹⁴⁵

Avgörandet speglar en tillåtande syn på innovatören och dennes rätt att skydda sina innovationer.

Domstolen i *California Computer Products v. IBM*¹⁴⁶ gjorde en liknande bedömning. Även om IBM kunde bevisas vara en monopolist hade företaget rätt att ändra sina produkter för att göra dem mer attraktiva för kunderna, oavsett om detta skedde genom bättre prestanda eller lägre produktionskostnader och pris. IBM hade ingen plikt att hjälpa sina konkurrenter att överleva eller expandera genom att förse dem med gränssnittsinformation. Generellt angav domstolen:

”...the test is whether the defendants acts, otherwise lawful, were *unreasonably* restrictive of competition.”¹⁴⁷

Ett år efter Memorex uttalade samma domstol i *Transamerica* att bedömningen i Memorex var överbeskyddande, och ignorerade möjligheten

¹⁴³ Memorex v. IBM, s. 440-441.

¹⁴⁴ Jmfr IBM i Europa ovan, kapitel 4.2.

¹⁴⁵ Memorex v. IBM, s. 444.

¹⁴⁶ *California Computer Products Inc v IBM Corp* 613 F. 2d 727 (9th Circuit 1979).

¹⁴⁷ *California Computer Products Inc v IBM*, s. 735-736.

av bl.a. teknologiska kopplingsförbehåll.¹⁴⁸ Istället förespråkade man den avvägningsbedömning som angivits i California Computer Products. I denna skulle vägas in designens effekt på konkurrenter och konsumenter, till vilken grad utformningen var en produkt av önskvärd teknologisk kreativitet, och monopolistens avsikt. Däremot var man inte beredd att fälla en monopolist enbart för en konkurrensbegränsande avsikt, eftersom:

”...usually many results are intended, and if only one, even the predominating, intent is illegal, and thus punished, legitimate incentives will be imperiled.”¹⁴⁹

Och:

”...was a design adopted primarily to preclude /.../ competition, but it was a superior design, and its effect on competition was negligible. A finding adverse to IBM on this aspect of its conduct would amount to punishment of intent alone.”¹⁵⁰

Värdet av sidoeffekten, den teknologiska förbättringen, tillmättes alltså större tyngd än huvudändamålet med ändringen, nämligen att skada konkurrenterna. Det är dock möjligt att utslaget hade blivit ett annat om effekten på konkurrensen varit större.

Där IBM i själva verket hade försämrat en produkt med den enda avsikten att skada konkurrenterna ansåg domstolen dock att beteendet var ”unreasonably restrictive of competition.”¹⁵¹

Till skillnad mot i Kodak försökte domstolarna i IBM avgöra om designen av den nya produkten var teknologiskt rättfärdigad. Kanske insåg man att nätverkseffekterna skulle kunna sätta konkurrensen ur spel och i praktiken lämna kunderna utan val, och förespråkade därför en avvägningsbedömning. Emellertid var kraven på rättfärdigande lågt ställda och även där huvudavsikten uppenbarligen varit att skada konkurrenterna tilläts en marginell förbättring väga upp detta.¹⁵² Om utformningen av produkten är laglig, uppstår frågan om dess konkurrenshämmande effekter ska minskas genom att monopolisten tvingas att lämna ut nödvändig gränssnittsinformation. Domstolarna valde härvid att slå vakt om incitamentet till forskning och utveckling. Även en monopolist har rätt till det försprång en ny produkt kan ge, och har ingen plikt att hjälpa sina konkurrenter så länge dess beteende inte inverkar alltför begränsande på konkurrensen.

¹⁴⁸ Transamerica Computer Company Inc v IBM Corp 481 F. Supp. 965, (ND California, 1979) s. 1003.

¹⁴⁹ Transamerica v IBM, s. 1003.

¹⁵⁰ Transamerica v IBM, s. 1005.

¹⁵¹ Något skadestånd utgick dock inte eftersom Transamerica varken lyckats bevisa skada eller IBM:s ställning som monopolist.

¹⁵² Se Bard nedan för en motsatt bedömning.

De amerikanska domstolarna gjorde sålunda helt andra överväganden än vad man gjorde i Europa. I Europa var frågan om designändringarna inte explicit på tal, utan man valde att lösa problemet genom att tvinga IBM att avslöja nödvändig gränssnittsinformation i förtid. Precis detta vägrade den amerikanska domstolen göra i Memorex. Om detta berodde på att man i Europa beaktade möjligheten av att forskning och utveckling kan användas som en konkurrensbegränsande strategi, eller på att man helt enkelt ville skydda de mindre tillverkarna från det mäktiga IBM, är svårt att avgöra.¹⁵³

5.4 Bard

Det kom att dröja över tio år innan det amerikanska rättssystemet kom att ställas inför frågor om predatory innovation igen, och nu blev utgången annorlunda.¹⁵⁴ Bard tillverkade pistoler och nålar för medicinska biopsier, och hade patent på pistolerna.¹⁵⁵ Det konkurrerande företaget M3 tillverkade nålar till Bards pistoler. När Bard modifierade dessa genom att förenkla spänningsmekanismen till fjädrarna som sköt ut nålen blev M3:s nålar omöjliga att använda. Bard patenterade också den nya nålkonstruktionen. Genom utvecklandet av en adapter kunde emellertid M3 återigen göra sina nålar kompatibla med pistolerna, varpå Bard stämde M3 för patentintrång. M3 svarade bl.a. med att genstämma Bard för brott mot konkurrenslagarna genom monopolisering av marknaden för nålar.

En majoritet av domarna i Court of Appeals ansåg att:

”Although Bard contended at trial that it modified its Biopsy gun to make it easier to load and unload, there was substantial evidence that Bard’s real reasons for modifying the gun were to raise the cost of entry to potential makers of replacement needles, to make doctors apprehensive using non-Bard needles, and to preclude the use of ‘copycat’ needles.”¹⁵⁶

Majoriteten hänvisade till Bards interna handlingar som visade bl.a. att förändringarna inte hade någon effekt på pistolens eller nålens prestanda. Dissidenten grundade sin åsikt på att modifieringarna var genuina förbättringar och således i enlighet med IBM-fallen inte stred mot konkurrensrätten.

I Bard accepterade majoriteten det man inte velat göra i Transamerica, nämligen att monopolistens avsikt faktiskt kan användas för att bevisa att ett beteende är konkurrensbegränsande, även när denne framför en till synes

¹⁵³ Acuna-Quiroga, s. 19.

¹⁵⁴ C.R. Bard, Inc v. M3 Systems Inc. 157 F. 3d 1340 (Fed. Cir. 1998).

¹⁵⁵ Parallellen till Hilti är uppenbar. Hilti använde sig av ett kontraktuellt kopplingsförbehåll och Bard av ett teknologiskt, men syftet med agerandet var detsamma i båda fallen: att utsträcka det av patentet skyddade monopolet på marknaden för pistoler till marknaden för spikar respektive nålar.

¹⁵⁶ Bard v .M3, s. 1382.

rättfärdigande teknologisk förklaring.¹⁵⁷ Medan i IBM en aldrig så liten teknologisk förbättring, eller till och med det faktum att förbättringen var omtvistad, vägde tungt i avvägningsbedömningen, verkar det i och med Bard som om kraven nu ställs högre.

5.5 Microsoft

Predatory innovation har hamnat i rampljuset på senare tid genom den långa och uppmärksammade raden av utredningar och stämningar mot Microsoft. Troligtvis kommer Microsoftfallet att vara vägledande för kommande fall på området i USA och i viss mån Europa. Vilken betydelse som ska läggas vid den mer återhållsamma linje som Kodak och IBM representerade får framtiden utvisa.

Jag ska här i korthet redogöra för de ibland något förvirrande turerna i målen mot Microsoft, innan jag går in närmare på den i sammanhanget mest intressanta domen.

Microsofts mellanhavanden med konkurrensmyndigheterna började i juli 1994, då det amerikanska Department of Justice (DOJ) å USA:s vägnar stämde Microsoft för bl.a. det olagliga upprätthållandet av ett monopol på operativsystemsmarknaden ("Microsoft I").¹⁵⁸ Parterna enades så småningom, efter samarbete med EG-kommissionen som vid tillfället utredde Microsofts beteende i Europa, i en uppgörelse ("consent decree"), och någon dom blev aldrig aktuell. Tre år senare drog DOJ Microsoft inför rätta på nytt för att ha brutit mot uppgörelsen genom att medelst ett teknologiskt kopplingsförbehåll koppla försäljningen av webbläsaren Internet Explorer till försäljningen av operativsystemet Windows 95 ("Microsoft II").¹⁵⁹ Domstolen avgjorde fallet på kontraktuella grunder och fann att Microsoft inte hade brutit avtalet. Emellertid reserverade man sig för frågan huruvida kopplingsförbehållet kunde strida mot konkurrensreglerna.

För att få till stånd en fullständig prövning av frågan¹⁶⁰ stämde 1998 DOJ och ett antal delstater Microsoft för konkurrensbegränsande beteende ("Microsoft III"). Efter en uppmärksammat rättegång fann domstolen att Microsoft gjort sig skyldig till tre fall av överträdelser av Sherman Act; Microsoft hade brutit mot paragraf 1 genom att koppla Internet Explorer till Windows 95 och 98, samt mot paragraf 2 genom att olagligt upprätthålla ett monopol på marknaden för PC-operativsystem och genom att olagligt ha försökt monopolisera webbläsarmarknaden. I sin slutliga dom beordrade domstolen att Microsoft skulle splittras upp i två olika företag.¹⁶¹

¹⁵⁷ Acuna-Quiroga, s. 20.

¹⁵⁸ United States v. Microsoft Corp. 56 F.3d 1448 (D.C. Cir 1995).

¹⁵⁹ United States v. Microsoft Corp. 147 F.3d 935 (D.C. Cir 1998).

¹⁶⁰ Acuna-Quiroga, s. 21.

¹⁶¹ United States v. Microsoft Corp. 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) ("Final Judgment").

Microsoft överklagade både avseende överträdelserna av Sherman Act och avhjälpandet som innebar att företaget som en följd härav skulle delas upp. Överinstansen fann Microsoft skyldig till konkurrensöverträdelser på vissa punkter men inte på alla (se mer härom nedan), och underkände underdomstolens beslut att splittra upp företaget.¹⁶² Målet återsändes till underdomstolen för att låta en annan domare ta ställning till lämpligt avhjälpande ("remedies") i enlighet med överinstansens dom.

Några månader senare lyckades DOJ och Microsoft få till stånd en förlikning som innebar ett flertal begränsningar av Microsofts handlingsfrihet för att hindra att företaget överträdde konkurrenslagarna.¹⁶³ Förlikningsavtalet godkändes ett år senare av domstolen, som samtidigt avvisade de krav på hårdare åtgärder mot Microsoft som rests av de delstater som vägrat acceptera överenskommelsen.¹⁶⁴

Medan den lägre domstolen sålunda slutgiltigt har avgjort Microsoftfallet (III) genom valet av avhjälpande, är det i domen från Court of Appeals, som man får leta om man vill dra tillförlitliga slutsatser om synen på predatory innovation i amerikansk rätt idag. Avgörandet var *per curiam*, vilket betyder "för domstolen". *Per curiam*avgöranden används i för rättsutvecklingen viktiga mål, och har högt prejudikatsvärde.

Bakgrunden till stämningarna mot Microsoft var den monopolställning företaget genom Windows har på marknaden för operativsystem. Eftersom fler och fler applikationer skrivs för webbläsare och annan s.k. "middleware" finns möjligheten att dessa i framtiden kommer att kunna ersätta operativsystemens funktioner. Således innebär framgångsrika konkurrerande webbläsare såsom Netscape Navigator inte bara att Microsoft går miste om intäkter på marknaden för webbläsare,¹⁶⁵ utan även att företagets monopol på operativsystemmarknaden hotas på sikt. För att bemöta detta hot använde Microsoft sig av en kombination av kontraktuella arrangemang (licenser, avtal, m.m.) med underleverantörer, nätoperatörer m.fl., hot och påtryckningar, samt teknologiska modifieringar. Genom att integrera operativsystemet Windows med sin webbläsare Internet Explorer, och genom att förbjuda dess särskiljande, kunde Microsoft skada konkurrenterna på webbläsarmarknaden. Genom att minska användandet av konkurrerande webbläsare hoppades Microsoft även minska viljan att skriva

¹⁶² United States v. Microsoft Corporation, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 00-5212, 28 juni 2001.

¹⁶³ Department of Justice Press Release (2/11/2001).

¹⁶⁴ Se US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1233, (1/11/2002): Order Regarding Proposed Final Settlement samt State of New York et al v. Microsoft Corporation, (Final Judgment); för en sammanfattning av domstolens Memorandum se "Executive Summary".

¹⁶⁵ Enligt vissa ekonomer är detta vanligen inte någon förlust eftersom monopolisten ofta lika gärna kan ta ut vinsten på den primära marknaden, här operativsystemen. Se kapitel 2.3.

applikationer för dessa program. Därigenom bevarade man samtidigt sin ställning på marknaden för operativsystem.

Dessa strategier hade troligtvis samma mål och förstärkte varandra, men då fokus i detta arbete är på predatory innovation behandlar jag bara de aspekter som är relevanta för detta ämne, nämligen de teknologiska kopplingsförbehållen.¹⁶⁶ Dessa bestod av att Microsoft hade exkluderat IE från "Add/Remove Programs" menyn, utformat Windows så att systemet i vissa fall körde över användarens val av en annan förinställd webbläsare än IE, och sammanfört programkod för webbläsare och operativsystem i samma filer så att varje försök att slänga filerna till IE skulle skada operativsystemet. Härigenom hindrades återförsäljarna av datorer och kunderna avskräcktes från att ersätta IE med t.ex. Navigator. Att installera en annan webbläsare vid sidan av IE skulle ta upp värdefullt utrymme på hårddisken för konsumenten, och dessutom skulle återförsäljaren behöva utbilda personal för supportfrågor rörande fler än en webbläsare.

Microsoft försvarade i generella ordalag integrationen av operativsystemet och webbläsaren såsom effektiv och till nytta för kunderna. Emellertid kunde, eller ens försökte, företaget inte specificera på vilket sätt borttagandet av "Add/Remove Programs"-menyn och sammanförandet av programkod kunde vara till nytta. Däremot kunde Microsoft visa att det fanns giltiga teknologiska skäl för att i vissa fall köra över användarens val av webbläsare, och hölls därför inte ansvarig för denna aspekt av utformningen av Windows.

En annan aspekt av fallet rörde Java, vilket är en uppsättning teknologier utvecklade av Sun Microsystems. Javateknologin består, förutom av ett programspråk, av ett antal program och en "Java Virtual Machine" (JVM) som möjliggör användandet av Javaprogram och applikationer skrivna för dessa. Microsoft anklagades för att ha utvecklat en egen JVM som var inkompatibel med Suns, på så sätt att Javaapplikationer som var utformade för Microsofts JVM inte fungerade på Suns JVM och vice versa. Härigenom försökte Microsoft avvärja hotet att alltfler applikationer skrevs för Suns JVM, och att Javateknologin, i likhet med webbläsare som Navigator, på sikt skulle kunna ersätta Windows uppgifter som operativsystem. Microsoft hade också falskeligen förespeglat att de Javaapplikationer som skrevs för dess egen JVM även skulle fungera med Suns version och därigenom fått utvecklare att skriva produktspecifika applikationer utan att de visste om det.

Domstolen konstaterade att Microsofts JVM gjorde att Javaapplikationer kunde köras snabbare i Windows än vad Suns JVM kunde. Även om Microsoft hade brutit mot konkurrensreglerna genom att lura utvecklarna av applikationer, så var själva JVM:en en genuin innovation och inte olaglig.

¹⁶⁶ Fallet har ett flertal intressanta aspekter, bl.a. den uppmärksammade frågan om domaren i första instans hade uppfört sig i enlighet med sin yrkesroll.

Microsoft befanns skyldig på bl.a. ovan angivna grunder för monopolisering av marknaden för operativsystem i brott mot Sherman Act paragraf 2. Däremot föll anklagelsen om försök till monopolisering av webbläsarmarknaden på att kåranden inte lyckats visa ett av de relevanta rekvisiten, nämligen att det fanns en allvarlig risk att strategin hade förutsättningar att lyckas. I stort sett samma fakta som i dessa båda anklagelser fördes också fram gällande kopplingsförbehåll i strid mot Sherman Act paragraf 1. Underdomstolen hade förklarat de kontraktuella och teknologiska kopplingsförbehållen olagliga *per se*, men den högre instansen återförvisade frågan och menade att den skulle bedömas under ”rule of reason”. Domstolen passade på att lägga ut texten i frågan om webbläsare och operativsystem är två olika produktmarknader. Härvid ansågs de klassiska testerna för att avgöra detta, nämligen om det finns en efterfrågan för produkterna separat från varandra och handelsbruk i branschen, som otillräckliga. De är till sin natur tillbakablickande, och riskerar att ha en hämmande effekt på innovativ integration. Istället förordar man en avvägning, liknande den i EG-rätten.¹⁶⁷

Domstolen tar i ett inledande resonemang också upp att målet avgörs mot bakgrunden av en debatt huruvida nuvarande konkurrensregler är relevanta på dynamiska marknader karaktäriserade av schumpeteriansk konkurrens.¹⁶⁸ Man noterar att det inte råder någon enighet hos expertisen, och att det kan vara så att effekterna av nätverksexternaliteter och dynamisk effektivitet motverkar varandra och är svåra att urskilja i det enskilda fallet. Då det bara är produkter som är utbytbara i en relativt nära framtid som har en begränsande inverkan på en monopolists prissättning, anser domstolen att klassisk strukturell analys av marknadsandelar, inträdesbarriärer m.m. är användbar även på dynamiska marknader. Man väljer därför att inte acceptera Microsofts förslag att skapa en ny regel med innebörden att monopolmakt på mjukvarumarknader måste bevisas direkt genom företagets agerande. Domstolen uppmärksammar alltså frågan om dynamisk konkurrens, men vill inte gå så långt att man låter det få konsekvenser för bedömningen av monopolställningen. Detta hade krävt ett, i vart fall delvis, erkännande av inom konkurrensrätten ganska omvälvande slutsatser som att tillfälliga höga monopolvinster är naturliga, och att priskonkurrens är mindre väsentlig för företag som verkar på marknader som kännetecknas av ”creative destruction”.¹⁶⁹ Domstolen tar däremot hänsyn till dynamiska aspekter när man accepterar Microsofts rättfärdigande av designändringarna, efter att ha vägt dessa mot den negativa effekten på konkurrenterna.

I det av domstolen godkända avtalet mellan DOJ och Microsoft tvingas Microsoft att avslöja de nödvändiga gränssnitten till webbläsare, Javateknologin och annan ”middleware”, så att konkurrerande

¹⁶⁷ Se ovan kapitel 3.1.

¹⁶⁸ Se ovan kapitel 2.1.

¹⁶⁹ Se ovan kapitel 2.1.

mjukvaruutvecklare lättare kan göra Windowskompatibla applikationer. Microsoft behöver dock inte lämna ut källkod, vilken skulle möjliggöra storskalig kopiering i strid mot Microsofts immaterialrättigheter. Vidare ska datortillverkare och återförsäljare få större möjligheter att installera mjukvara från Microsofts rivaler i sina produkter. Microsoft är dock inte tvunget att göra det möjligt att helt ta bort IE från Windows, utan behöver bara förbättra möjligheterna att gömma denna och andra funktioner.¹⁷⁰ Uppgårelsen gäller i fem år, och har beskrivits som en seger för Microsoft.¹⁷¹

I Microsoft bekräftar domstolen att en monopolists designändringar kan vara konkurrensbegränsande och kan granskas av en domstol. Vid denna granskning görs en avvägningsbedömning enligt kapitel 5.1 ovan. Domstolen inser att de indirekta nätverkseffekterna möjliggör för en monopolist att styra konsumenternas val utan att företaget för den skull behöver utöva något egentligt tvång. Sålunda kan ett teknologiskt kopplingsförbehåll verka konkurrensbegränsande och vara olagligt om det inte kan rättfärdigas teknologiskt. Där ett sådant rättfärdigande finns vägs fördelarna av det mot nackdelarna av konkurrensbegränsningen. I de fall Microsoft kunde rättfärdiga innovationen väjde fördelarna tyngre än de negativa effekterna.

I Microsoft visar domstolen en föredömlig tydlighet i avvägningsprocessen, och utför den steg för steg. Man gör också en välkommen dikotomi mellan själva innovationen, och det beteende (inskränkande avtal, diskriminerande licenser och dylikt) som åtföljde den. Förutom att den skänker klarhet åt bedömningen är denna distinktion viktig för valet av avhjälpande. Om det bara är det omgärdande beteendet som är konkurrensbegränsande, kan problemet lösas genom att företaget åläggs att upphöra med detta, eller genom tvångslicensiering.¹⁷² Microsoftfallet visar dock tydligt att även själva produkten i sig kan vara konkurrensbegränsande och då hjälper inte denna typ av avhjälpande.¹⁷³ Domstolen vill inte tvinga Microsoft att separera sina integrerade produkter, utan avtalet fokuserar på att återförsäljarna ska kunna gömma Microsofts applikationer snarare än att helt ta bort dem. Man väljer också att tvinga Microsoft att avslöja gränssnittsinformation för att underlätta för konkurrenterna att göra sina produkter kompatibla med Microsofts.¹⁷⁴ Just detta hade domstolarna vägrat att göra i *Memorex* och *California Computer Company*.

¹⁷⁰ Se US District Court for the District of Columbia, Executive Summary, 1/11/2002.

¹⁷¹ Se Washington Post 2/11/2001: *Accord Called Win for Software Giant*, Washington Post 2/11/2002: *Few Big Changes Loom at Microsoft*, *Sydsvenskan* 4/11/2002: *Krav på åtgärder mot Microsoft i EU*.

¹⁷² Acuna-Quiroga, s. 24.

¹⁷³ eftersom, "...a flawed product would be licensed." Acuna-Quiroga, s. 24.

¹⁷⁴ Detta innebär att mjukvaruutvecklare kan fortsätta att skriva applikationer för konkurrerande "middleware" i förvisning om att de ändå kan användas med Windows operativsystem. Härigenom kvarstår det potentiella hot som middleware utgör mot Windows på marknaden för operativsystem.

5.6 Slutsatser om predatory innovation i amerikansk rätt

Generellt kan man se att synen på predatory innovation i amerikansk rätt har gått från att en positiv attityd till monopolistens rätt att utveckla nya inkompatibla produkter, till att monopolisten idag kan hållas konkurrensrättsligt ansvarig för sådana innovationer. Inställningen i Kodak att marknaden bäst kan avgöra vad som är en genuin förbättring har övergivits och domstolarna tar sig nu rätten att bedöma detta. Detta är en följd av insikten om att monopolisten genom utnyttjandet av nätverkseffekter kan styra konsumenternas efterfrågan. Det är nu accepterat att det tvång som domstolen saknade för att kunna utdöma ansvar i Kodak kan utövas genom nätverksexternaliteternas inlåsningseffekter.

Om innovationen således har en konkurrensbegränsande effekt måste monopolisten kunna rättfärdiga utformningen teknologiskt. Av Microsoft framgår att varje utformning måste kunna rättfärdigas specifikt och inte bara i svepande termer. Man kan konstatera att domstolarna var ovilliga att utdöma ansvar för designändringar i de tidiga fallen, medan Microsoft fälldes på flera punkter. Om detta beror på att kraven nu ställs högre på monopolistens rättfärdigande eller på att IBM hade bättre argument är svårt att avgöra. Fördelarna av utformningen ska sedan vägas mot de konkurrensbegränsade effekterna av den.¹⁷⁵ Även om avvägningen i de fall Microsoft lyckades rättfärdiga sin designändring utföll till företagets fördel, tyder Bard på att så inte alltid måste vara fallet. Vilken liten förbättring som helst räcker inte, särskilt inte om det framgår att företaget också haft för avsikt att hämma konkurrensen. Enligt Bard och Microsoft kan avsikten vara användbar vid bedömningen av om innovationen är en genuin förbättring eller om den är konkurrensbegränsande. En konkurrensbegränsande avsikt, utan avsedd effekt, är dock troligtvis inte tillräckligt för att ansvar ska utdömas.

Microsoftfallet visar även att teknologiska kopplingsförbehåll inte är *per se* förbjudna och visar vägen mot en mer nyanserad avvägning. Liksom i EG-rätten fokuserar man, när det gäller nya produkter, istället på om integrationen går att rättfärdiga vid bedömningen vad som utgör separata produktmarknader.

Från att ha vägrat att tvinga monopolisten att lämna ut nödvändig information i Kodak och IBM verkar det som om domstolarna nu har accepterat denna möjlighet. Även i de tidiga fallen uttalades dock att utlämnande av information kunde bli aktuellt i undantagsfall. Uppenbarligen är risken att den teknologiska utvecklingen hämmas genom att konkurrenterna inte kan utveckla sina program utan gränssnittsinformation

¹⁷⁵ Se ovan kapitel 5.1.

från Microsoft tillräcklig för att motivera ett sådant påtvingat avslöjande. Den information som lämnas ut ska dock inte vara mer omfattande än vad som är absolut nödvändigt, och källkoden till Windows behöver inte avslöjas.

Däremot kan knappast det schumpeterianska konceptet om ”creative destruction” sägas ha slagit igenom när det gäller bedömningen av monopolställning i den amerikanska konkurrensrätten. Det är uppenbart att domstolen anser att underlaget för att låta dynamisk analys väga tyngre än statisk allokativ analys än så länge är för osäkert och otillräckligt. Som nämnts skulle en ändring av fokus till dynamisk effektivitet på högteknologiska marknader innebära ett accepterande av tillfälliga monopolställningar och monopolvinster.¹⁷⁶ Samtidigt skulle tidigare godkända rättfärdigande grunder som t.ex. produktivitetsvinster kunna få stå tillbaka om man fann att de hindrade ny forskning och utveckling.

Denna negativa inställning till den dynamiska konkurrensens roll vid bedömningen av monopolställningen innebär emellertid inte att det inte finns utrymme till att ta hänsyn till dynamiska aspekter i den traditionella analysen. Det är med hänvisning till incitamentet att satsa på utveckling som domstolarna i IBM och Kodak skyddar innovatörens rätt att utforma sina produkter som denne vill. Samtidigt saknas i dessa fall ofta den avvägning som förs in genom California Computer Products och som tar hänsyn till huvudfrågan vid dynamisk konkurrens, nämligen konkurrenternas möjlighet till marknadstillträde. I Bard och Microsoft har analysen förfinats genom medvetenheten om nätverkseffekternas möjligheter att försvåra tillträdet för konkurrenterna. Här väger domstolarna mer medvetet de dynamiska effekterna mot varandra; vinsten av den teknologiskt rättfärdigade innovationen ställs mot att denna samtidigt utgör ett hinder för eller försenar ”creative destruction”-processen.

¹⁷⁶ Se kapitel 2.1.

6 Microsofts agerande i EU

Microsofts ageranden har på senare tid även väckt EU-kommissionens uppmärksamhet. I EU har anklagelserna mot Microsoft fokuserat på om företaget har använt sin dominerande ställning på operativsystemmarknaden för att försöka vinna marknadsandelar på den angränsande marknaden för servermjukvara. Merparten av dagens persondatorer ingår i nätverk kontrollerade av s.k. servers. Sådana nätverk är beroende av att servern kan kommunicera med datorerna i nätverket, vilket kräver att servermjukvaran är kompatibel med operativsystemet och övrig mjukvara i datorerna. För att Microsofts konkurrenter ska kunna utveckla servermjukvara som fungerar i den nästan överallt rådande Windowsmiljön måste de, i likhet med tillverkarna av datortillbehör i IBM-fallet, ha tillgång till viss teknologisk gränssnittsinformation. Utan denna information kommer de inte att kunna konkurrera på lika villkor med Microsofts servermjukvara, eftersom kunderna naturligtvis kräver ett fungerande nätverk.

6.1 Kommissionens utredning

I augusti 2000 startade kommissionen en formell undersökning av Microsoft genom att skicka ett ”statement of objections” till företaget. Detta baserade sig på ett klagomål från Sun Microsystems Inc. i december 1998. Sun menade att Microsoft genom sin nästintill totala monopolställning på operativsystemmarknaden hade en plikt att avslöja nödvändig gränssnittsinformation för servermjukvara till Windows. Sun ansåg att lanseringen av det nya Windows 2000 var, genom att förstärka effekterna av hemlighållandet av gränssnittsinformation, ännu ett led i Microsofts strategi att utestänga konkurrenter från marknaden för servermjukvara. Sun hävdade också att när Microsoft lämnade ut gränssnittsinformation skedde detta på en diskriminerande basis, beroende på vem företaget ansåg vara allierad respektive rival.¹⁷⁷ Även andra konkurrenter och företag i IT-branschen hade anklagat Microsoft för att utforma det nya Windows 2000 på ett konkurrensbegränsande sätt genom att integrera servermjukvara och middleware i själva operativsystemet, så att bara Microsoftprodukter skulle vara helt kompatibla.¹⁷⁸ Denna senare utredning har ännu inte resulterat i något ”statement of objections”.

Ett år senare, i augusti 2001, utfärdade kommissionen ytterligare ett ”statement of objections”, vilket inkluderades i den pågående utredningen av Microsoft. Kommissionen menade nu att Microsoft kunde ha brutit mot konkurrensreglerna även genom att integrera sin nya Media Player i operativsystemet. Media Players är mjukvaruprodukter som underlättar nedladdandet av audio- och videofiler, och tillverkas av flera företag

¹⁷⁷ Commission Press Release 3/8/2001 IP/00/906.

¹⁷⁸ Commission Press Release 10/2/2000 IP/00/141.

förutom Microsoft. I likhet med det agerande som ledde till Microsoftmålet i USA fanns inget enkelt teknologiskt sätt att ta bort Microsofts Media Player från operativsystemet för att lämna plats för en konkurrerande dito. Liksom vad gäller servermjukvara är grunden för kommissionens oro att Microsoft olagligt ska utsträcka sin dominans på operativsystemmarknaden till angränsande marknader, med hjälp av ett teknologiskt kopplingsförbehåll.¹⁷⁹

Ett ”statement of objections” markerar öppnandet av en formell undersökning, men är formellt sett inte ett beslut och går inte att överklaga till domstolen.¹⁸⁰ Företaget har däremot rätt att gå i svaromål och ge sin syn på saken. Det har hänt att kommissionen har lagt ned undersökningen eller ändrat anklagelserna till följd av företagets svar.¹⁸¹ Annars kan kommissionen ta ett slutgiltigt formellt beslut, vilket är möjligt att överklaga. Många fall avslutas dock inte genom formella beslut, utan genom informella förlikningar.¹⁸² Kommissionen har i skrivande stund ännu inte tagit något slutgiltigt beslut beträffande eventuella åtgärder mot Microsoft, men preliminärt besked förväntas komma innan årsskiftet.¹⁸³

6.2 Hur kommer det att gå för Microsoft i EU?

I dagsläget kan man naturligtvis bara spekulera om vilken ställning kommissionen kommer att ta. Det verkar finnas en förväntan om att kommissionen kommer att vidta någon form av åtgärder.¹⁸⁴ Kommissionären med ansvar för konkurrens, Mario Monti, har gjort sig känd för att inte undvika att ge sig på stora företag.¹⁸⁵ Samtidigt är det troligt att man kommer att beakta de amerikanska erfarenheterna. Monti har betonat vikten av transatlantiskt samarbete, och menar att europeisk och amerikansk konkurrensrätt redan intar samma position i förhållande till de viktigaste aspekterna av konkurrensrätten, samt att gapet tenderar att minska i övriga frågor. Denna konvergens är enligt Monti ett resultat av det faktum att det är samma mikroanalytiska redskap man använder sig av i båda rättsystemen. Man möter samma ekonomiska verklighet och fokuserar på samma typ av missbruk av dominans.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Commission Press Release 30/8/2001 IP/01/1232.

¹⁸⁰ Kerse, C.S., *EC Antitrust Procedure*, London, 1994, s.84. IBM råkade ut för just detta, se XI:th Report on Competition Policy, punkt 62.

¹⁸¹ Kerse, s. 142.

¹⁸² Kerse, s.191; så var som bekant fallet med undersökningen av IBM, se kapitel 4.3.

¹⁸³ Sydsvenskan (TT), *Krav på åtgärder mot Microsoft i EU*, 4/11/2002.

¹⁸⁴ Se t.ex. Sydsvenskan (TT) 4/11/2002.

¹⁸⁵ *Microsoft's Euro-Foe: EU's Antitrust Chief Hints He Will Continue Case*, Washington Post, 15/11/2001.

¹⁸⁶ Mario Monti, SPEECH/01/540, *Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence*, tal vid American Bar Association 15/11/2001.

Hur kommer man i EU att ta hänsyn till dynamisk effektivitet vid bedömningen av Microsofts dominerande ställning eller av eventuellt missbruk av denna? Monti har uttalat sig i denna fråga:

”...even if the fast pace of high technology sectors means that market failures last only for a short time - and I have serious doubts about this - this does not mean that we should be less concerned.”¹⁸⁷

Och:

”...competition rules are all the more necessary in the era of the Internet.”¹⁸⁸

Monti menar att en dominerande ställning visserligen kanske normalt sett bara är temporär på högteknologiska marknader, men just genom konkurrensbegränsande beteende kan en sådan ställning bli permanent.¹⁸⁹ Som anmärkts tidigare är det nog ofta en fråga om vilket tidsperspektiv man anlägger.¹⁹⁰ Även om ”creative destruction”-processen kanske fungerar på sikt kan ett dominerande företag genom att missbruka sin ställning sätta den dynamiska konkurrensen ur spel under lång tid. Monti verkar mena att det finns ingen anledning att bara se på och låta detta hända, utan att konkurrensreglerna har en viktig roll att spela även när det gäller att skydda dynamisk konkurrens.

Det finns även andra tecken på att det finns utrymme att ta hänsyn till dynamisk konkurrens i europeisk konkurrensrätt. Fusionen mellan Hoffman-La Roche och Boehringer Mannheim godkändes av kommissionen, efter inledande invändningar, eftersom konkurrensen på marknaden för diagnostisk apparatur var intensivt dynamisk. Detta illustrerades bl.a. av att Bayer, som på 80-talet hade en ställning som Europas ledande tillverkare inom ett visst segment av maskiner, på mindre än fem år totalt förlorat denna ställning när nya generationer maskiner introducerades.¹⁹¹ Här ansågs alltså den dynamiska konkurrensen tillfredsställande och så stark att den kunde tåla att ett företag med mycket hög marknadsandel bildades genom fusionen. Det återstår dock att se om detta avgörande var en enstaka företeelse, eller om denna typ av hänsyn kommer att spela en större roll i framtiden.

Om man ska våga sig på att förutspå vad kommissionen kommer att komma fram till, kan man till att börja med utifrån tidigare fall beträffande kopplingsförbehåll, både i EU och i USA, sluta sig till att marknaderna för servermjukvara, applikationer som Media Player, samt operativsystem

¹⁸⁷ Mario Monti, SPEECH/00/315, *Barriers to Cyberspace*, tal vid Kangaroo Group Brussels, 18/9/2000.

¹⁸⁸ Mario Monti, Kangaroo Group Brussels 18/9/2000.

¹⁸⁹ Mario Monti, SPEECH/01/232, tal vid New Economy 10th International Conference on Competition, Bundeskartellamt Berlin, 21/5/2001.

¹⁹⁰ Se ovan kapitel 2.2.

¹⁹¹ Se Bishop, Bill och Caffara, Cristina, *Dynamic Competition and Aftermarkets*, ECLRev 1998, s. 265-266.

kommer att bedömas utgöra tre separata marknader.¹⁹² Med största sannolikhet kommer man att använda en traditionell statisk konkurrensanalys, och kan då inte gärna undvika att finna att Microsoft är dominerande på operativsystemmarknaden.

Att döma av IBM-fallet och kommissionens "statement of objections" verkar det som om det kan finnas en plikt, troligtvis grundad på artikel 82 (b) eller (c), för Microsoft att avslöja viss gränssnittsinformation. Detta blev den slutliga utgången även i det amerikanska målet, där man annars tidigare varit skeptisk till denna lösning. Troligtvis kommer Microsoft att, precis som i USA, gå med på att lämna ut precis så mycket information som behövs för att tillfredsställa kommissionen.¹⁹³ Bedömningen i EU kommer, att döma av en jämförelse hur bedömningen utföll på de båda sidorna av Atlanten i IBM-fallen, knappast att bli mildare än i USA.

När det gäller Media Player kan Microsoft få problem, främst med artikel 82 (d), om man inte lyckas presentera en bra anledning till kopplingen. Generella påståenden att integrationen är av godo för konsumenterna lär knappast räcka. Även om man kan presentera mer specifika argument är det heller inte säkert att dessa är tillräckliga. Liksom i Bard och Microsoft i USA, och IBM-fallet i Europa, finns möjligheten att nackdelarna av kopplingsförbehållet väger tyngre. I så fall skulle Microsoft eventuellt tvingas separera Media Player från operativsystemet, vilket skulle vara ett avbräck i företagets strategi och få konsekvenser för dess framtida produktutveckling.¹⁹⁴ Microsoft vill förbehålla sig möjligheten att knyta ihop nya funktioner och tjänster med kommande produkter för att därigenom försöka kontrollera och tjäna pengar på trafiken på internet.¹⁹⁵

Liksom sin amerikanska föregångare aktualiserar Microsoftutredningen i EU flera andra konkurrensrättsliga spörsmål, däribland diskriminerande licenser, som inte direkt handlar om predatory innovation. Som nämndes i inledningen kan dessa dock utgöra en del av samma övergripande strategi.

¹⁹² Denna slutsats drar även Anderman.

¹⁹³ *Why Europe makes Microsoft Nervous*, Fortune Magazine, 12/11/2001.

¹⁹⁴ *Why Europe makes Microsoft Nervous*, Fortune Magazine, 12/11/2001.

¹⁹⁵ *Bill Gates spelar taktiskt*, Affärsvärlden nr. 33, 15/8/2001. Den s.k. dotnetstrategin som lanserades 2000 innebär att all programvara i handdatorer, PC och annat ska kunna integrera med varandra via internet, vilket kan leda till nya konkurrens mål.

7 Sammanfattande slutsatser och avslutande kommentarer

Predatory innovation kan yttra sig på flera sätt, men det som har fått mest uppmärksamhet i rättspraxis är olika varianter av teknologiska kopplingsförbehåll. När denna typ av kopplingsförbehåll utnyttjas i samband med utveckling av nya produkter kan ett dominerande företag kringgå den legala svårigheten att använda sig av kontraktuella kopplingsförbehåll. Teknologiska i likhet med andra kopplingsförbehåll kan rättfärdigas enligt europeisk konkurrensrätt på objektiva grunder, och är då inte att anse som olagliga. Emellertid kan kraven på rättfärdigande grunder ställas högt. Prisdiskriminering räknas inte som en sådan grund.

För att ett kopplingsförbehåll ska strida mot artikel 82 krävs förutom en dominerande ställning någon form av tvång. I amerikansk konkurrensrätt har man nu accepterat att tvånget kan utgöras av inlåsning av kunderna till följd av ett dominerande företags utnyttjande av nätverkseffekter. I Europa saknas klar praxis, men i de få fall som finns agerade kommissionen mot försök att göra konkurrenternas produkter inkompatibla. Detta tillsammans med uttalanden från kommissionen i Microsoftfallet tyder på en medvetenhet om nätverkseffekternas möjlighet att fungera som tvång. Även när designen eller ändringen gått att rättfärdiga på objektiva grunder som i IBM har kommissionen agerat för att minska de konkurrenshämmande effekterna. Ett företag i dominerande ställning som innehar något liknande en "essential facility" verkar i dessa fall kunna ha ett ansvar att upprätthålla en konkurrensfrämjande marknadsstruktur även om dess agerande kan rättfärdigas på objektiva grunder. I och med Microsoft verkar detta numera även vara trenden i amerikansk konkurrensrätt. Vinsten av det rättfärdigade agerandet vägdes i detta fall mot den konkurrensbegränsande effekten. Om den senare är alltför stor kan problemet t.ex. avhjälpas genom påtvingat förtida avslöjande.

När det gäller teknologiska kopplingsförbehåll i predatory innovation-sammanhang får frågan om produktmarknaden ofta en extra dimension. Det handlar ofta om helt nya produkter där något handelsbruk av naturliga skäl inte finns. Risker att välståndsskapande utveckling hämmas genom att innovationer riskerar att bedömas som olagliga kopplingsförbehåll har uppmärksammats av både doktrin och den amerikanska domstolen i Microsoft. Trots denna medvetenhet verkar det vara svårt för ett dominerande företag att få till stånd en gemensam produktmarknad för nyligen integrerade produkter.

Slutligen har man i både EU och USA insett värdet av konkurrensrättsligt samarbete och konvergerande regler där så är möjligt. Även om fakta i fallet Microsoft i EU delvis skiljer sig från sin amerikanska motsvarighet och

kommissionen kommer att göra en självständig bedömning, är det högst troligt att man tar hänsyn till den amerikanska domstolens dom vid avgörandet.

Avslutningsvis vill jag göra några allmänna kommentarer om predatory innovation och om förhållandet mellan teori och praktik i konkurrensrätten.

Uppsatsen har fokuserat på olika varianter av teknologiska kopplingsförbehåll som metod för predatory innovation, men som nämndes i inledningen omfattar begreppet även andra konkurrensbegränsande metoder, som emellertid sällan eller aldrig uppmärksammats i praxis. Det är tänkbart att detta beror på att de analyserats i andra termer av domstolarna, t.ex. som fall av underprissättning, eller att företagen än så länge lyckats med sin taktik att dölja eller göra det svårt att bevisa de konkurrensbegränsande effekterna. Som framkommit ackompanjeras själva innovationen också ofta av andra typer av ageranden vilka utgör en del av samma strategi. Dessa ageranden kan naturligtvis också vara missbruk av en dominerande ställning, antingen i sig själva eller i kombination med varandra, och förstås bäst i ljuset av predatory innovation.

Även om ekonomisk analys är grundläggande för konkurrensrättens tillämpning kan man konstatera att skillnaden mellan teori och praktik ofta är stor. Ordovers och Willigs test om en innovation är välståndshöjande är alltför teoretiskt för att tillämpa i verkligheten, och istället har domstolarna försökt approximera välståndsmaximering genom en allmän avvägning mellan fördelarna av den nya produkten och dess nackdelar såsom inlåsnings effekter. På samma sätt anser många ekonomer att prisdiskriminering vanligtvis är av godo, men varken europeisk eller amerikansk konkurrensrätt verkar acceptera denna funktion av kopplingsförbehållet som ett försvar. Kanske ses fördelningseffekterna som suspekta, kanske anser man inte att vinsten överväger förlusten av att man stänger ute konkurrenterna, även om detta bara en effekt och inte själva avsikten. Men tagen med en nypa salt hjälper den ekonomiska teorin till att förstå motiven till och effekterna av företagets agerande på marknaden och ger härigenom ett mer fullständigt underlag för en riktig dom.

Ett annat exempel på de ekonomiska teoriernas genomslag i konkurrensrätten är hur myndigheter och domstolar har fått fördjupade insikter i dynamisk konkurrens och resonerar mer utförligt i dynamiska termer. Medan man i de tidiga fallen främst slog vakt om innovatörens incitament att utveckla nya produkter måste detta nu vägas mot risken att marknadstillträdet försvåras för potentiella konkurrenter. Även om "creative destruction"-processen kanske fungerar i det långa loppet är frågan hur länge vi är beredda att stå bredvid och se på när ett dominerande företag genom konkurrensbegränsande åtgärder försenar denna process. Genom bedömningen av om en innovation är teknologiskt rättfärdigad och den i så fall följande avvägningen mellan dess positiva och negativa effekter försöker domstolar och myndigheter upprätthålla den dynamiska

konkurrensen. Denna kvalitativa *in casu*-bedömning ger en möjlighet att i stor utsträckning tillåta dominerande företags innovationer som gynnar utvecklingen, utan att domstolarna för den skull är förhindrade att ingripa om "creative destruction"-processen hotar att sättas ur spel. Risken att genom ett ingripande i fel situation göra mer skada än nytta kvarstår dock naturligtvis alltid.

Med tanke på svårigheterna att avgöra vad som egentligen är en välståndshöjande innovation kan man diskutera om konkurrensrätten bör syssla med fall av predatory innovation, istället för att lägga sina resurser på de fall där ett ingrepp med säkerhet är av godo, t.ex. kartellbekämpning. Enligt min mening verkar domstolar och myndigheter emellertid röra sig mot en balanserad syn på och en användbar metod för att hantera denna typ av frågor. Man har insett nätverkseffekternas potential att användas som tvångsmekanism, men där det finns en godtagbar förklaring till en viss design friar man hellre än fäller, eller försöker välja ett avhjälpande som inte innebär onödigt långtgående ingrepp hos det dominerande företaget. Troligtvis kommer denna metod att finslipas i framtiden, och kompletteras med ytterligare insikter i mekanismerna bakom företags agerande och i dynamiska marknadens cykliska tendenser.

Litteraturförteckning

- Acuna-Quiroga, Carlos, Predatory Innovation: A Step Beyond? (Understanding Competition in High-technology Markets), *International Review of Law, Computers & Technology* volym 15 no. 1, 2001.
- Bill Gates spelar taktiskt*, Affärsvärlden nr. 33, 15/8/2001.
- Bishop, Bill och Caffara, Cristina, *Dynamic Competition and Aftermarkets*, ECLRev 1998.
- Bishop, Simon och Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 1999.
- Dahlman, Christian, *Konkurrerande culpakriterier*, Lund 2000.
- Evans, David S. och Schmalensee, Richard, *Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series: Working Paper 8268, 2001. www.nber.org/papers/w8268 (senast besökt (27/11/2002))
- Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999.
- Flynn, John J., *Antitrust Policy, Innovation Efficiencies, and the Suppression of Technology*, 66 *Antitrust Law Journal* 487, 1998. www.econ.utah.edu/les/version_2.0/papers/FlynnAntitrust.htm (senast besökt 27/11/2002)
- Goyder, D.G., *EC Competition Law*, 3:e upplagan, Oxford, 1998.
- Gutterman, Alan, *Innovation and Competition Policy*, London 1997.
- Hovenkamp, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, Minnesota, 1985.
- Jones, Clifford A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999.
- Kerse, C.S., *EC Antitrust Procedure*, London, 1994.
- Pepall, Lynne, Richards, Daniel J. och Norman, George, *Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice*, Cincinnati, Ohio, 1999.
- Swanson, Carol B., *Antitrust Excitement in the New Millenium: Microsoft, Mergers and More*, *Oklahoma Law Review*, sommaren 2001.

Ordoover, Janusz A. och Willig, Robert D., *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, Yale Law Journal vol 91 s. 8-53, 1981.

Petty, Ross D., *Antitrust and Innovation: Are Product Modifications Ever Predatory?*, Suffolk University Law Review, vinter 1988.

Sidak, Joseph Gregory, *Debunking Predatory Innovation*, Columbia Law Review, juni 1983.

Why Europe makes Microsoft Nervous, Fortune Magazine, 12/11/2001
www.fortune.com/indexw.jhtml?channel=artcol.jhtml&doc_id=204825
(senast besökt 27/11/2002)

Övrigt material: tal, pressmeddelanden, tidningsartiklar, hemsidor

Accord Called Win for Software Giant, Washington Post, 2/11/2001.
www.washingtonpost.com/ac2/wp-dyn/A27196-2001Nov1?language=printer
(senast besökt 27/11/2002)

Anderman, Steve, *Microsoft in Europe*, tal vid "FTC/DOJ Joint Hearings: Competition and Intellectual Property Law and Policy in the Knowledge-Based Economy", 22/5/2002.
www.ftc.gov/opp/intellect/020522anderman.pdf (senast besökt 27/11/2002)

Azcuenaga, Mary L., *Technological Innovation, International Trade and Competition Policy (Panel Discussion)*, Japan Fair Trade Commission, 50th Anniversary Symposium, 1/12/1997.
www.ftc.gov/speeches/azcuenaga/japan97.htm (senast besökt 27/11/2002)

Commission Press Release 10/2/2000 IP/00/141.

Commission Press Release 3/8/2001 IP/00/906.

Commission Press Release 30/8/2001 IP/01/1232.

Department of Justice Press Release (2/11/2001).
www.usdoj.gov/opa/pr/2001/November/01_at_569.htm (senast besökt 27/11/2002)

Few Big Changes Loom at Microsoft, Washington Post, 2/11/2002.
www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A54337-2002Nov1.html (senast besökt 27/11/2002)

Krav på åtgärder mot Microsoft i EU, Sydsvenskan (TT), 4/11/2002.

Monti, Mario, SPEECH/00/315, *Barrier to Cyberspace*, tal vid Kangaroo Group Brussels, 18/9/2000.

Monti, Mario, SPEECH/01/232, tal vid New Economy 10th International Conference on Competition, Bundeskartellamt Berlin, 21/5/2001.

Monti, Mario, SPEECH/01/540, *Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence*, tal vid American Bar Association 15/11/2001.

Minneswebbsida till 50-årsjubiléet av Joseph A. Schumpeters död:
www.geocities.com/bcschipper/schumpeter.html (senast besökt 27/11/2002)

Rättsfallsförteckning

EG-kommissionen och EG:s domstolar

BPB Industries plc. & Anor v Commission, mål C-310/93P, (1995) ECR I-865

Commercial Solvents v Commission, mål 6 och 7/73, (1974) ECR 223.

Decca Navigator System (89/113), (1989) OJ L43/27.

Hoffman-La Roche v Commission, mål 85/76, (1979) ECR 461.

Hilti AG v Commission, mål C-53/92P, (1994) ECR I- 667.

Hugin v Commission, mål 22/78, (1979) ECR 1869.

IBM System 370, Bull EC 7-8/84, kapitel 1.

IBM System 370, Bull EC 10/84, kapitel 3.4.1

Infolab/Ricoh, XXVIIIth Annual Report on Competition, s. 169.

Novo Nordisk, XXVIth Annual Report on Competition, s. 35.

NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission, mål 322/81, (1983) ECR 3461

Pelikan/Kyocera, XXVth Annual Report on Competition, s. 42.

Tetra Pak International SA v Commission, mål C-333/94P, (1996) ECR I-5951.

United Brands v Commission, mål 27/76, (1978) ECR 207.

Volvo AB v Erik Veng, mål 238/87, (1988) ECR 6211.

Amerikanska rättsfall

Berkey Photo Inc. V Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 (2nd Circuit, 1979).

California Computer Products Inc v IBM Corp 613 F. 2d 727 (9th Circuit 1979).

C.R. Bard, Inc v. M3 Systems Inc. 157 F. 3d 1340 (Fed. Cir. 1998).

Foremost Pro Color v Eastman Kodak Co. 703 F.2d 534 (9th Circuit, 1983).

GAF Corp. v Eastman Kodak Co., 519 F. Supp. 1203 (SDNY, 1981).

Memorex Corporation/ ILC Leasing Corporation v. IBM Corporation 458 F. Supp. 423 (N.D. California 1978).

Telex Corp. v IBM Corp. 367 F. Supp. 258 (N.D. Oklahoma 1973).

Transamerica Computer Company Inc v IBM Corp 481 F. Supp. 965, (ND, 1979).

United States v. Microsoft Corp. 56 F.3d 1448 (D.C. Cir 1995), ("Microsoft I").

United States v. Microsoft Corp. 147 F.3d 935 (D.C. Cir 1998), ("Microsoft II").

United States v. Microsoft Corp. 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) ("Final Judgment"), ("Microsoft III").

United States v. Microsoft Corporation, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 00-5212, 28 juni 2001, ("Microsoft III").

www.washingtonpost.com/wp-srv/business/microsoftorder.pdf
(senast besökt 27/11/2002)

US District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 98-1233, (1/11/2002), ("Microsoft III"):

-ExecutiveSummary

www.microsoft.com/presspass/trial/nov02/11-0198-1233summary.asp

-Final Judgment

www.microsoft.com/presspass/trial/nov02/11-01opinion.asp

-Order Regarding Proposed Final Judgment

www.microsoft.com/presspass/trial/nov02/11-01Statesord.asp

(allas senast besökta 27/11/2002)