



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Johan Henningsson

United States v Microsoft  
- En konkurrensrättslig analys av målet mot  
Microsoft med utgångspunkt från  
Romfördragets artikel 86

Examensarbete  
20 poäng

Handledare  
Katarina Olsson

Ämnesområde  
Konkurrensrätt

Termin  
HT 1998

# Innehåll

<b>1</b>	<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>INLEDNING</b>	<b>5</b>
3.1	Bakgrund	5
3.2	Syfte	6
3.3	Metod	7
3.4	Material	7
3.5	Avgränsningar	8
<b>4</b>	<b>MICROSOFT OCH DEN AMERIKANSKA KONKURRENSRÄTTEN</b>	<b>9</b>
4.1	Missbruk av dominerande ställning i amerikansk konkurrensrätt	9
4.2	Microsoft	12
4.3	United States v. Microsoft	15
4.3.1	Avtalet	15
4.3.2	Avtalsbrott	16
4.3.3	Stämning för konkurrensbegränsning	19
<b>5</b>	<b>MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING INOM EGRÄTTEN</b>	<b>24</b>
5.1	Allmänt om missbruk av dominerande ställning	24
5.2	Relevant marknad	26
5.2.1	Relevant produktmarknad	26
5.2.1.1	Utbytbarhet på efterfrågesidan	26
5.2.1.2	Utbytbarhet på utbudssidan	29
5.2.2	Relevant geografisk marknad	30
5.3	Dominerande ställning	31
5.4	Missbruk	33
<b>6</b>	<b>RELEVANT MARKNAD FÖR MJUKVARA</b>	<b>36</b>
6.1	Allmänt om marknadsdefinition för mjukvara	36

6.2	Utbytbarhet av mjukvara	37
6.3	Geografisk marknad för mjukvara	40
6.4	Relevant marknad för operativsystem och webbläsare.	41
<b>7</b>	<b>UNDERPRISSÄTTNING AV MJUKVARA</b>	<b>47</b>
7.1	Allmänt om underprissättning	47
7.2	Underprissättning av webbläsare	48
<b>8</b>	<b>KOPPLING AV MJUKVARA</b>	<b>51</b>
8.1	Allmänt om koppling	51
8.2	Koppling av operativsystem och webbläsare	52
<b>9</b>	<b>MICROSOFT- ETT INNOVATIVT FÖRETAG ELLER DATORVÄRLDENS PAC-MAN?</b>	<b>56</b>
<b>10</b>	<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>60</b>
<b>11</b>	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>62</b>

# 1 Sammanfattning

Microsoft är en av världens ledande mjukvaruproducenter. Företaget har främst uppnått sin starka ställning genom sina operativsystem. Microsofts olika operativsystem finns i ca 90% av alla datorer. Genom sin dominans på marknaden för operativsystem kan Microsoft även påverka andra marknader där företaget är utsatt för konkurrens.

I USA pågår en process mellan US Department of Justice och Microsoft där företaget anklagas för att agera på ett sätt som strider mot konkurrensrätten. I samband med försäljning av webbläsaren Internet Explorer påstås Microsoft på flera sätt ha agerat i strid mot gällande konkurrensregler. Marknaden för webbläsare är ett framväxande hot mot Microsofts operativsystemsmonopol. Microsoft anklagas för att försökt monopolisera denna marknad.

Flera av de frågor som uppmärksammas i fallet har tidigare inte varit föremål för domstolsprövning. Detta är första gången ett mål som rör konkurrensbegränsande beteende inom mjukvarubranschen prövas i denna omfattning. Domstolen ställs inför problemet att tillämpa gällande konkurrensrättsliga praxis på produktgruppen mjukvara. Inte heller inom EG:s konkurrensrätt är dessa typer av frågeställningar prövade.

Uppsatsen behandlar vissa av de anklagelser som riktas mot Microsoft utifrån EG-rätten. Arbetet utreder marknadsdefinition, underprissättning och koppling av mjukvara för att utröna hur EG-rätten skall tillämpas på de frågeställningar som väcks i fallet. Uppsatsen behandlar även frågan om integrering av mjukvara kan anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning.

Sammantaget kan konstateras att gällande praxis kan tillämpas på dessa frågor. Produktgruppens karaktär gör att vissa aspekter bör beaktas särskilt. Utbytbarheten av programvara på efterfrågesidan är främst beroende av produktens egenskaper. Utbytbarhet på utbudssidan existerar endast i begränsad omfattning. Underprissättning av mjukvara torde hanteras på samma sätt som vid underprissättning av andra produkter. Möjligheten att finna ett kopplingförbehåll beror mycket på hur produktmarknaden avgränsas. Integrering av olika program till en produkt kan under vissa förutsättningar utgöra ett missbruk.

Det är sannolikt att Microsoft kommer att fällas för att ha agerat på ett sätt som inte är förenligt med konkurrensrätten. Det finns ett klart mönster i Microsofts agerande som påvisar ett handlingsmönster som syftar till att minska konkurrerande företags marknadsandelar. Det är dock mindre troligt att ett dylikt utfall kommer att leda till en prövning av Microsofts agerande enligt EG-rätten.

## 2 Förkortningar

DOJ	US Departement of justice
IE	Microsoft Internet Explorer
RomF	Romfördraget
Win95	Microsoft Windows 95
Win98	Microsoft Windows 98
FTC	Federal Trade Commission
OEM	Original Equipment Manufacturers
OSP	Online service providers
ISP	Internet service providers
ICP	Internet contents providers
PC	Personal Computer

# 3 Inledning

## 3.1 Bakgrund

Datorindustrin är en dynamisk bransch under ständig utveckling. Nya och mer avancerade produkter sätts på marknaden nästan varje dag. Det finns få områden som har utvecklats lika mycket under de senaste 20 åren som informationsteknologin och datorindustrin. Branschens natur med snabb utveckling och teknologiska landvinningar har öppnat dörren för många nya företag. Ett företag som lyckats etablera sina produkter som standard på marknaden kan snabbt tjäna mycket pengar och tillskansa sig stora delar av marknaden. När ett företaget väl har nått så långt ligger det i företagandets natur att inte släppa ifrån sig denna marknadsledande ställning. Ett branschledande företag med höga marknadsandelar har möjligheten att påverka marknaden och kontrollera nya aktörer på marknaden.

Ett exempel på ett företag som vuxit fram på detta sätt är Microsoft. Microsoft har på relativt kort tid vuxit till det största och mäktigaste företaget inom mjukvarubranschen. Det är främst genom sina operativsystem<sup>1</sup> som Microsoft nått denna ledande position. Microsofts operativsystem finns i ungefär 90% av alla hemdatorer. Det faktum att Microsoft kontrollerar en produkt som ger företaget stort sett monopol på försäljning av operativsystem ger Microsoft en ypperlig möjlighet att kontrollera marknaden också för andra typer av mjukvara eftersom all annan mjukvara är beroende av kompatibilitet med operativsystemet. Microsoft producerar ett stort antal olika mjukvaruprodukter och det ligger givetvis i företagets intresse att lyckas ta så stora marknadsandelar som möjligt även för dessa produkter.

De flesta av Microsofts produkter är utsatta för konkurrens. På marknaden för operativsystem finns dock ringa konkurrens. Microsoft har använt sig av denna fördel för att lansera och sälja webbläsaren Internet Explorer. På marknaden för webbläsare finns ett flertal likvärdiga konkurrerande produkter bl.a. Netscapes webbläsare Communicator. Microsoft har genom att leverera Win95 tillsammans med IE kunnat få en fördel jämfört med övriga konkurrenter. Detta agerande uppmärksammades av de amerikanska konkurrensmyndigheterna och har lett till det sannolikt mest omskrivna och omdebatterade konkurrensrättsmålet någonsin. Målet väcker ett flertal viktiga konkurrensrättsliga frågor och dess utfall kommer med all sannolikhet få stor betydelse när det avgörs. EG-rättens konkurrensrättsliga praxis saknar avgöranden som behandlar de frågor som väcks i fallet Microsoft vs DOJ. Utgången av det amerikanska fallet kommer sannolikt bli vägledande både för amerikansk och europeisk konkurrensrätt.

---

<sup>1</sup> MS-DOS och Windowsfamiljen ( Windows 3.1, Windows 95/98 och Windows NT)

## 3.2 Syfte

Med detta arbete avser jag studera vissa problem som kan aktualiseras när konkurrensrätten skall tillämpas på marknaden för mjukvara och på mjukvarutillverkarnas agerande på denna marknad. Det övergripande målet med denna uppsats är att undersöka om EG-rättens nuvarande regler och praxis som reglerar missbruk av dominerande ställning kan tillämpas på dessa två industrityper eller om det krävs en utveckling av praxis. Min avsikt är att använda processen mot Microsoft som avstamp för att sedan undersöka ett antal av de frågeställningar som väcks i detta fall ur ett artikel 86 perspektiv. De problem som uppmärksammas i detta fall har inte avgjorts i något liknande fall av EG-domstolen. Det finns en omfattande praxis inom EG's konkurrensrätt men mycket lite av denna behandlar de för konkurrensrätten relativt nya områdena datorindustri och informationsteknologi.

Jag kommer inledningsvis att redogöra för det amerikanska fallet för att redovisa vilka aktuella problemställningar som där kan finnas. Vidare kommer jag att mycket övergripande redovisa de amerikanska federala reglerna om missbruk av dominerande ställning för att se vilka likheter och skillnader som finns i förhållande till EG-rätten. Jag avser sedan att göra en redogörelse för gällande praxis vid tillämpningen av artikel 86. Denna redogörelse kommer att ha tyngdpunkten på definitionen av den relevant marknaden.

En av de främsta problemställningarna i fallet Microsoft vs DOJ är om Win95/98 och IE skall anses vara en eller två produkter och därmed en eller flera produktmarknader. Denna definition kommer att vara avgörande för målets utfall. Min avsikt är därför att studera hur EG-rättens praxis beträffande relevant marknad kan tillämpas på mjukvara. Jag kommer att göra en marknadsdefinition för Win95/98 och IE baserad på gällande EG-rätt.

Min avsikt är vidare att studera några typer av missbruk som kan vara aktuella i samband med försäljning av mjukvara på marknader där det finns en dominerande mjukvarutillverkare. Det kan hävdas att Microsoft genom att inte ta betalt för IE har ägnat sig åt underprissättning då det finns andra konkurrenter som tar betalt för sina webläsare. Det kan också hävdas att samlanseringen av Win95 och IE utgör en otillåten koppling mellan två produkter. Jag avser därför att också undersöka kopplade försäljningsförfaranden av programvara med Microsofts agerande som utgångspunkt. I samband med studien av kopplingförbehåll avser jag också att utreda om integrerad programkonstruktion kan utgöra ett missbruk. Avslutningsvis är min avsikt att göra en samlad bedömning av de frågeställningar som uppmärksammats i uppsatsen.

### 3.3 Metod

Jag har inledningsvis valt att studera fallet Microsoft vs DOJ för att få ett avstamp för fortsättningen av arbetet. Redogörelsen för fallet och de amerikanska konkurrensrättsfrågor som väcks i fallet är i huvudsak beskrivande. Jag har studerat fallet för att urskilja de frågeställningar som kan vara av intresse att utreda i perspektiv till artikel 86 i Romfördraget. Jämförelse och analys av den amerikanska regleringen av missbruk av dominerande ställning förekommer endast i begränsad omfattning. Redogörelsen för den gällande EG-rättsliga praxis som finns angående tillämpningen av artikel 86 är i huvudsak beskrivande. Studien har gjorts med utgångspunkt av doktrin och praxis.

Analysen av relevant marknad för mjukvara, underprissättning av mjukvara, koppling av mjukvara samt konkurrensbegränsande mjukvarukonstruktion utgår från nuvarande EG-rättsliga praxis. Eftersom det inte finns någon praxis som i någon större omfattning reglerar just produkttypen mjukvara har jag valt att studera den praxis som finns angående andra produkttyper för att sedan försöka tillämpa den på ovan nämnda områden. Jag har valt att först studera de olika problemområdena för en mer allmän tillämpning av EG-rätten. Efter detta har jag studerat och behandlat de specifika problem och ågeranden som uppmärksammats i Microsoftfallet. Detta medför att den första delen av resonemanget om varje område blir mer hypotetisk till sin karaktär medan den senare delen blir en praktisk tillämpning av mina slutsatser.

### 3.4 Material

Det material som finns att tillgå om fallet Microsoft v DOJ är mycket omfattande. Alla domstolshandlingar som härrör från fallet finns att tillgå på Internet. Det finns även en stor mängd artiklar som behandlar fallet. Dock är huvuddelen av dessa artiklar inte av juridisk karaktär. De ger en bra bild av fallets utveckling men innehåller inte mycket om de juridiska aspekterna av fallet. Redogörelsen för fallet och dess utveckling och innehåll baserar sig i huvudsak på information hämtad från Internet. Jag har valt att endast basera mitt resonemang på Internetkällor som är av uppenbar auktoritet. Många av de personer som har publicerat material, som behandlar fallet, på Internet är för mig okända, såväl till person som till akademiskt ursprung, detta medför således svårigheter för en källkritisk granskning.

För den övriga framställningen har jag i främst använt mig av den EG-rättsliga litteratur som finns att tillgå samt av de rättsfall som fastslår EG-domstolens praxis. För uppsatsens senare del har jag i huvudsak använt mig av rättsfall för att dra paralleller till praxis på andra konkurrensrättsliga områden.



Den läsare som på egen hand önskar läsa mer om processen mot Microsoft rekommenderar jag att studera följande hemsidor:

[http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms\\_index.htm](http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm) (DOJ)

<http://www.microsoft.com/msft/> (Microsoft)

<http://cnn.com/SPECIALS/1997/microsoft/> (CNN)

<http://www.essential.org/antitrust/microsoft/microsoft.html>

### **3.5 Avgränsningar**

I detta arbete kommer jag att studera de frågeställningar som nämnts ovan enbart i perspektiv till RomF art86. Analysen av de problem som aktualiseras i det amerikanska fallet kommer endast göras utifrån EG-rätten. Redogörelsen för amerikansk konkurrensrätt är medvetet mycket begränsad. En mer omfattande beskrivning av regler och praxis skulle inte rymmas inom ramen för detta arbete. Jag kommer endast att beröra de federala amerikanska regler som rör monopolisering.

Det amerikanska fallet och materialet därom är mycket omfattande. Jag har därför valt att i viss mån begränsa framställningen i denna del till att omfatta de relevanta konkurrensrättsliga frågorna och till bakomliggande agerande. Jag kommer att bortse från de processer som väckts av olika delstater. När det gäller framställningen om art 86 kommer jag att begränsa redogörelsen för själva missbruket av dominerande ställning till de typer av missbruk som är relevanta utifrån det amerikanska fallet. Övriga typer av missbruk kommer endast i begränsad omfattning att redogöras för. Det amerikanska fallet aktualiserar frågan om Microsofts agerande gentemot Internetleverantörer. Denna del av fallet har jag valt att bortse ifrån i min analys. De immaterialrättsliga aspekter som aktualiseras kommer jag inte att ta upp. Det finns en omfattande hantering av mjukvara som bryter mot upphovsrätten. Vid analysen av relevant marknad för mjukvara kommer jag att bortse från marknaden för piratkopierade program. Jag kommer endast i begränsad omfattning att behandla shareware- och freewareprogram.

# 4 Microsoft och den amerikanska konkurrensrätten

## 4.1 Missbruk av dominerande ställning i amerikansk konkurrensrätt

Den amerikanska konkurrensrätten som den ser ut i dag har i huvudsak utvecklats från tre rättsakter. Den äldsta av dessa tre är The Sherman Act från 1890<sup>2</sup>. De övriga två är The Clayton Act och Federal Trade Commission Act från 1914. Dessa dokument är grunden för den konkurrensrättsliga regleringen och ger tillsammans med ett antal andra dokument<sup>3</sup> och domstolspraxis den amerikanska konkurrensrätten<sup>4</sup>. När amerikansk rätt studeras bör man ha i åtanke att landets lagar är uppbyggda av federala lagar och delstatliga lagar. Således har varje delstat sin egen konkurrenslagstiftning. Konkurrenslagstiftningens utformning kan därför variera beroende på delstat. I detta arbete kommer jag endast behandla den federala konkurrensrätten. Den amerikanska konkurrensrätten tillkom i slutet av 1800-talet och i början av 1900-talet då industrialiseringen av USA inte var så långt gången. Vid en jämförelse med EG-rätten tillkom denna under ett skede då industrialiseringen redan var långt gången i Europa. Detta har medfört tolkningen att de grundläggande dokumenten, som i sin utformning är generellt hållna, har utvecklats till stor del genom federal domstolspraxis genom åren för att anpassa reglerna till rådande samhällsutveckling. Supreme Court konstaterade i fallet Apex Hosiery CO . v. Leader<sup>5</sup> att utformningen av Sherman Act var oklar och att det sålunda måste vara upp till domstolen att ge innehåll och tolkning till dokumentet<sup>6</sup>. Tillämpningen av den federala konkurrensrätten övervakas av två myndigheter, DOJ och FTC.

Det är i första hand sektion 2<sup>7</sup> av Sherman Act som reglerar och förbjuder ensidiga försök att monopolisera marknader samt utnyttjande av en

---

<sup>2</sup> Som kuriosum kan nämnas att Sherman Act är den första riktiga konkurrensrättsliga lagstiftningen i världen.

<sup>3</sup> Bl.a. Robinson-Patman Act 1936, Wheeler-Lea Act 1938, Celler-Kefauver Antimerger Amendment 1950, The Antitrust Civil Process Act 1962 och Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act 1976.

<sup>4</sup> Hovenkamp, Economics and antitrust law, s. 50-54.

<sup>5</sup> APEX HOSEY CO. v. LEADER, 310 U.S. 469 (1940).

<sup>6</sup> Fejő, Monopoly Law and Market, s.23.

<sup>7</sup> Sherman Act artikel 2.

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one dollars if the corporation,

monopolliknande ställning. Av lagtexten framgår det att den omfattar tre typer av förbjudet agerande: utnyttjande av monopolliknande ställning, försök till skapande av monopol samt samverkan med syfte att monopolisera. Värt att notera är alltså att både försöket och den fullbordade handlingen är förbjudna. Detta beror förmodligen på att den amerikanska konkurrenslagstiftningen har en straffrättslig karaktär.

I *United States v. E.I du Pont de Nemours & CO*<sup>8</sup> definierade domstolen en monopolliknande ställning som ” the power to control market prices or exclude competition”. I fallet *United States v. Grinnell Corp*<sup>9</sup> definierade Supreme Court vilka kriterier som krävs för att ett företag skall anses ha en monopolliknande ställning som omfattas av Sherman Act<sup>10</sup>. Den monopolliknande ställning skall existera på en relevant marknad<sup>11</sup>. Vidare skall företagets ställningen ha uppnåtts eller förstärkts genom agerande som ligger utanför ett företags normala beteende för att öka sin tillväxt och omsättning. Att uppnå en stark marknadsställning på grund av bra produkter och effektiv affärsverksamhet är sålunda inte förbjudet.

Marknadsandelen som anses medföra en monopolliknande ställning är högre i amerikansk rätt än vad den är inom EG-rätten. Enligt amerikansk praxis anses normalt en marknads andel på 75-90% utgöra en tydlig indikation på en monopolliknande marknadsställning<sup>12</sup>. Man kan konstatera att de två begreppen inte faller riktigt samman då ca 40% anses vara en indikation på dominans inom EG-rätten. Detta har att göra med EG-rättens något annorlunda utformning. EG-rätten innehåller inte till skillnad från amerikansk rätt några regler om försök till missbrukande av dominerande ställning. Begreppet dominerande ställning kan sägas omfatta de marknadsandelar som inom amerikansk rätt utgör indikation på såväl försök som fullbordat brott. I praxis har domstolarna fastslagit att inte bara marknadsandelen kan beaktas utan hänsyn måste också tas till monopolställningens varaktighet samt möjligheter till marknadstillträde och andra strukturella konkurrensförhållanden på marknaden<sup>13</sup>. Beroende på marknadens struktur har marknadsandelar på ner till 50% ansetts utgöra en monopolliknande ställning<sup>14</sup>.

För att ett missbruk skall föreligga föreskrivs det att ett företag skall ha en monopolliknande ställning som ger ett betydande inflytande på marknaden samt att företaget skall ha utnyttjat denna ställning på ett sätt som syftar till

---

or, if any other person, one hundred thousand dollar, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.

<sup>8</sup> UNITED STATES v. du PONT & CO., 351 U.S. 377 (1956)

<sup>9</sup> UNITED STATES v. GRINNELL CORP., 384 U.S. 563 (1966)

<sup>10</sup> Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s.136.

<sup>11</sup> För närmare studie av hur relevant marknad avgränsas i amerikansk konkurrensrätt se: Sullivan, Antitrust, s 41ff.

<sup>12</sup> Sullivan, Antitrust, s.75.

<sup>13</sup> Sullivan, Antitrust, s.77-80.

<sup>14</sup> Ibid.

att utesluta konkurrenter från marknaden<sup>15</sup>. Det är sålunda tillåtet att uppnå eller förstärka en monopolliknande ställning så länge företaget inte använder sig av medel som inte syftar till att vara konkurrensbegränsande och utestänga konkurrenter. Den amerikanska konkurrensrätten är mer överseende med vissa typer av missbruk än vad EG-rätten är<sup>16</sup>. Amerikansk konkurrensrätt strävar mer efter att bevara än att reglera marknadsstrukturer och marknadsförhållanden<sup>17</sup>. På detta sätt anser man att de fria marknadskrafterna själva kommer att leda till att effektiva priser och konkurrensförhållanden bevaras. Den amerikanska konkurrensrätten har karaktär av att mer skydda konkurrensen än konkurrenterna. Ett flertal olika typer av ageranden har erkänts som missbruk om de utförs av ett företag med monopolliknande ställning<sup>18</sup>.

För att ett missbruk skall kunna konstateras måste det ha funnits ett konkurrensbegränsande syfte med agerandet. Företaget måste alltså medvetet ha företagit handlingen som har utgjort det konkurrensbegränsande agerandet. Det kan anses att det finns en presumtion för uppsåt i praxis<sup>19</sup>. Om det finns klara bevis för ett konkurrensbegränsande agerande så förutsätts företaget ha haft uppsåt med sin handling.

Som tidigare nämnts omfattar Sherman Act även försök till skapande och utnyttjande av en monopolliknande ställning. I fallet *Swift & Co. v. U.S.*<sup>20</sup> fastslog Supreme Court de tre rekvisiten som måste vara uppfyllda för att ett försök skall kunna fastställas. Det krävs ett särskilt uppsåt att kontrollera priser och att försämra konkurrensen på en marknad samt att detta uppsåt går utöver vad som kan anses vara normalt beteende för ett effektivt och konkurrerande företag. Vidare skall företaget agera på ett sätt som avser att uppnå syftet. Slutligen krävs det att sannolikheten för framgång är betydande. Det krävs sålunda att agerandet går utanför ett normalt konkurrensbeteende och att det kunnat leda fram till en dominerande ställning<sup>21</sup>.

Rule of reason är ett grundläggande begrepp inom den amerikanska konkurrensrätten. Regeln utformades ursprungligen av Supreme Court i fallet *Standard Oil CO. of N.J. v. U.S.*<sup>22</sup>. Kortfattat kan innebörden av rule of reason beskrivas som en metod att avgöra om ett beteende faller under konkurrenslagarna eller inte. Om bedömningen av ett agerande vid en

---

<sup>15</sup> Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s.137.

<sup>16</sup> Exempelvis faller de ageranden som tas upp i RomF art86 p. 1-2 undantagsvis under amerikansk konkurrensrätt. Fox, Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-A comparison with U.S. Law, s.374.

<sup>17</sup> Fox, Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome-A comparison with U.S. Law, s.374.

<sup>18</sup> Jag avser inte gå in i detalj på olika typer av missbruk. Önskas en utförligare redogörelse kan man med fördel studera Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s. 146-158.

<sup>19</sup> Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s.146.

<sup>20</sup> *SWIFT & CO. v. UNITED STATES*, 196 U.S. 375 (1905)

<sup>21</sup> Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s.170.

<sup>22</sup> *STANDARD OIL CO. OF NEW JERSEY v. U S*, 221 U.S. 1 (1910).

avvägning av för- och nackdelar medför fler fördelar än nackdelar skall som huvudregel inte konkurrenslagstiftningen tillämpas. Denna regel kompletteras av per se regeln. Enligt denna regel är vissa typer av agerande mer eller mindre direkt förbjudna eller tillåtna, då domstolarna tidigare i sin tillämpning av konkurrensreglerna konstaterat att just den typen av handlande har övervägande negativa alternativt positiva effekter. När det gäller fall som behandlar eventuell otillåten monopolisering finns det inte några uttalade riktlinjer för hur rule of reason skall tillämpas<sup>23</sup>. Bedömningen blir därför ofta politiskt betingad eftersom den amerikanska domarkåren är politiskt tillsatt.

## 4.2 Microsoft

Microsoft är en av världens ledande mjukvarutillverkare. Företaget har under de relativt få år det existerat skapat sig en mycket stark ställning. Det är framförallt företagets operativsystem<sup>24</sup> som gett Microsoft dess starka ställning. Microsoft är dominerande på marknaden för operativsystem och företaget stärker dessutom kontinuerligt sin ställning på marknaderna för olika applikationer. Operativsystemen som Microsoft tillverkar finns i ca 90 % av alla PC. Konkurrensen från andra operativsystemstillverkare är i praktiken obefintligt vilket ger Microsoft en stor fördel jämfört med andra mjukvaruproducenter.

Microsoft grundades 1975 av Bill Gates och Paul Allen<sup>25</sup>. Det egentliga uppsvinget för Microsoft kom när företaget började förse IBM med operativsystemet PC-DOS<sup>26</sup>. Microsoft gjorde ett mycket lyckat drag när företaget sålde DOS till IBM. Microsoft erbjöd IBM att köpa en version av DOS, PC-DOS, för en låg engångssumma. Samtidigt behöll Microsoft rätten att marknadsföra en egen version, MS-DOS. Denna version var avsedd för de IBM kompatibla datorer som Microsoft var övertygade om skulle dyka upp. IBM's PC var den första egentliga PC'n som lanserades. Lanseringen av denna dator fick en stor genomslagskraft. IBM's dator kom att utgöra en mall för hur en PC skulle se ut och fungera. Efterhand började andra företag att tillverka datorer som skulle motsvara IBM PC'n. Företagen strävade efter att deras produkt skulle vara IBM kompatibel dvs i praktiken fungera på samma sätt som en IBM dator. Operativsystemet blev en fundamental del av en IBM kompatibel dator. IBM PC'n levererades med PC-DOS som förinstallerat operativsystem, således kom stort sett alla de IBM kompatibla datorer som såldes att innehålla MS-DOS. Följden av detta blev att Microsofts operativsystem kom att utvecklas till standard. Eftersom att stort sett alla PC som såldes hade MS-DOS som operativsystem skrevs även merparten av programvaran för detta operativsystem. Detta kom att förstärka

---

<sup>23</sup> Hovenkamp, Economics and federal antitrust law, s.143.

<sup>24</sup> MS-DOS, Windows 3.x, Windows 95, Windows 98, Windows NT.

<sup>25</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.67.

<sup>26</sup> Mikrodatorm 1998 nr.2, s.36, Två studenter förändrade världen.

Microsofts ställning ytterligare eftersom det i praktiken inte fanns något alternativt operativsystem. Genom ett smart affärsdrag lyckades Microsoft skapa en marknad för sitt operativsystem samtidigt som man behöll rätten till produkten.

Efterhand som datorteknologin utvecklades ställdes också högre krav på operativsystemet. Microsoft utvecklade flera nya versioner av DOS men efterhand tvingades man ta fram ett nytt operativsystem som kunde hantera de nya datorer som utvecklades. 1985 lanserades den första versionen av Windows<sup>27</sup>. Windows gränssnitt kom att likna det framgångsrika Macintosh gränssnittet och blev en framgång med sin lättanvändbarhet. I maj 1990 släpptes version 3 av Windows. Denna version utgjorde mer eller mindre ”spiken i kistan” för konkurrerande operativsystemstillverkare. Den förra versionen av Windows, Win95, lanserades i augusti 1995 och såldes i 7 miljoner exemplar under de första tre månaderna<sup>28</sup>. I juni detta år släppte Microsoft den senaste versionen av Windows, Windows 98. Enligt uppgifter från Microsoft såldes en miljon exemplar av den nya produkten under den första månaden efter det att Win98 släppts.

Genom vidareutvecklingen av Windowsfamiljen och frånvaron av reell konkurrens har Microsoft lyckats bibehålla och stärka sin starka ställning. När DOJ inledde den första processen mot Microsoft 1994 fanns Microsofts operativsystem i 120 miljoner PC världen över<sup>29</sup>. Innan lanseringen av Win95 fanns det över 50 000 applikationer skrivna för MS-DOS och över 5000 skrivna för Windows 3. I dagsläget skrivs stort sett all programvara för Win95/98 och för Windows NT. Microsoft har således genom sin dominans på marknaden för operativsystem skapat sig en mycket stor möjlighet att styra hur mjukvaruindustrin skall utvecklas i framtiden.

Microsofts främsta distributionskanal för sina produkter är genom sk OEMs (Original equipment manufacturers). Endast ett fåtal av de miljontals datorer som tillverkas och levereras varje år säljs utan ett operativsystem. I praktiken levereras alla PC som säljs med något av Microsofts operativsystem förinstallerat eftersom få kunder vill ha en dator utan operativsystem. Denna leveransväg står för nästan 1/3 av Microsofts intäkter. Förfarandet ger Microsoft en möjlighet att även tvinga OEM's att installera andra Microsoft produkter.

Det är just detta agerande som är bakgrunden till den process som pågår i USA. Microsoft har i sina licensavtal med OEM föreskrivet att företagen är tvungna att även installera Microsofts webbläsare, Internet Explorer, för att få köpa och installera Windows. Företagen har inte haft något val eftersom det inte går att sälja en dator med framgång utan Microsofts operativsystem. Detta agerande har uppmärksammat av de amerikanska

---

<sup>27</sup> Mikrodatorn 1998 nr.2, s.37, Två studenter förändrade världen

<sup>28</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.67.

<sup>29</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.67.

konkurrensmyndigheterna eftersom Microsoft har konkurrenter på marknaden för webbläsare. Företaget Netscape tillverkar en webbläsare, Navigator, som är likvärdig med IE. Netscape har i dagsläget ungefär lika stor del av marknaden för webbläsare som Microsoft.

Microsoft har skapat sin starka ställning genom sina operativsystem. I dagens läge är nästan all programvara plattformsbaserad dvs programmen måste skrivas för ett visst operativsystem för att fungera. Så länge plattformsbaserad kvarstår kommer Microsofts dominerande ställning med all sannolikhet att kvarstå. Möjligheterna till marknadstillträde är synnerligen begränsade. Det skulle krävas betydande summor för att utveckla och marknadsföra ett nytt operativsystem. Detta är dock inte det stora problemet. I dagsläget finns det tre alternativ till Win95/98<sup>30</sup> när det gäller Intel-baserade<sup>31</sup> datorer, och dessa är till sin funktion bättre än Win95/98 om än kanske inte lika användarvänliga<sup>32</sup>.

Det stora problemet är mängden tillgänglig programvara. Ett operativsystem kan vara överlägset alla andra men om det inte finns någon programvara skriven för det kommer inte konsumenterna att köpa det. Det enda reella hotet mot Microsofts ställning är således plattformsbaserad programvara dvs mjukvara som kan köra på alla datorer oberoende av operativsystem. Det är här som Internet och webbläsare kommer in i bilden. I dagsläget finns programspråket Java. Program som är skrivna i Java kan köras över Internet oberoende av plattform och webbläsare. Om programvaruutvecklingen skulle fortsätta åt detta håll skulle det med stor sannolikhet kunna innebära slutet för Microsofts dominans på marknaden för operativsystem. Den viktiga produkten är inte längre operativsystemet utan webbläsaren som ger tillgång till Internet och ger möjlighet att köra de Internetbaserade programmen.

Webbläsaren innehåller en Javatolk som möjliggör körning av Javabaserade program. Javaprogram kan också köras lokalt på en dator antingen genom webbläsaren eller genom en separat Javatolk. Program kan också skrivas direkt för webbläsaren. Microsofts främste konkurrent Nescapes webbläsare kan användas oberoende av operativsystem och utgör således ett stort hot mot Microsoft. Microsoft har naturligtvis uppmärksammat detta hot och det är den främsta av anledningarna till det agerande som lett fram till den aktuella processen.

---

<sup>30</sup> OS/2, Linux och BE Os.

<sup>31</sup> Dvs datorer som bygger på Intels processorer och chipset. Det finns tillverkare som tillverkar Intel kompatibla processorer och chipset, främst AMD, Cyrix och VIA, och som därför omfattas av detta begrepp.

<sup>32</sup> Detta är min egen uppfattning. När olika datortidskrifter studeras finner man att det är en utbredd uppfattning även om det inte finns några vetenskapliga tester som styrker det.

## 4.3 United States v. Microsoft

### 4.3.1 Avtalet

Utredningen av Microsoft började ursprungligen hos FTC 1989 men togs över av DOJ 1993<sup>33</sup>. Den 15 juli 1994 inleddes den första processen mot Microsoft<sup>34</sup>. Microsoft anklagades för att ha brutit mot sektion 1 och 2 i Sherman Act. Genom att använda konkurrensbegränsande kontrakt för att marknadsföra sitt operativsystem för Intel-baserade plattformar hade Microsoft begränsat handel och utbud samt på ett otillåtet sätt bevarat sitt monopol.

DOJ anklagade särskilt Microsoft för att tvinga OEM's att inträda i långvariga licensavtal där licenstagaren var tvungen att betala royalty till Microsoft oavsett om de levererade en dator med Microsofts operativsystem eller inte, sk per-processor licensiering. Följden av detta avtal blev att det inte lönade sig för OEM att sälja datorer med andra operativsystem installerade. Den sk per processor licensen gav sålunda datortillverkarna inget annat alternativ än att installera Microsofts operativsystem. Det fanns andra typer av avtal tillgängliga för OEM men genom olika åtgärder tvingade Microsoft sina kunder att inträda i det ovan nämnda avtalet<sup>35</sup>.

Twisten löstes utan domstolsförhandlingar genom att Microsoft och DOJ 1994 ingick ett avtal med rättslig verkan<sup>36</sup>. Enligt avtalet var Microsoft tvungna att ändra sitt licenssystem<sup>37</sup>. Licensavtalen fick inte sträcka sig över mer än ett år. OEM's frihet att använda konkurrerande produkter fick inte inskränkas. Per-processor licenser förbjöds och ersattes med per-kopia licenser. Licensavtalen för operativsystem fick inte villkoras av köp av någon annan Microsoft produkt. Värt att notera är att det i detta sista förbud uttryckligen sägs förbudet inte får medföra att Microsoft hindras att utveckla och integrera sina produkter.

I februari 1995 tar fallet mot Microsoft en ny vändning. Domare Sporkin vid US District Court for Columbia underkänner avtalet med stöd av att det inte främjar det allmänna intresset eftersom det inte täckte in alla de

---

<sup>33</sup> Wendy Goldman, Oh No, Mr. Bill! The Inside Story of the US Governments' Antitrust Case Against Microsoft.

<sup>34</sup> United States v. Microsoft, Civil Action No. 94-1564, complaint.

<sup>35</sup> För en närmare redogörelse se: Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.68-69.

<sup>36</sup> United States v Microsoft Civil action No. 94-1564, judgement. Denna typ av avtal används ofta för att lösa antitrust tvister utan rättegång i Amerika. Det är svaranden som måste ansöka om avtalet men det är käranden som dikterar villkoren. Avtalet måste godkännas av en domstol för att få rättskraft. Enligt The Tunnel Act 15 USC 16 krävs att domstolen finner att avtalet är av nytta för allmänheten för att det skall kunna godkännas. Den engelska termen för denna typ av avtal är consent decree.

<sup>37</sup> United States v Microsoft Civil action No. 94-1564, judgement, sektion IV.



konkurrensbegränsande ageranden som Microsoft anklagats för<sup>38</sup>. Microsoft och DOJ fann sig plötsligt vara allierade och överklagade beslutet till US Court of Appeals for the District of Columbia. Avtalet mellan Microsoft och DOJ godkänns i ett slutligt avgörande 21 augusti 1995. Det sammantagna syftet med detta avtal får anses vara att hindra Microsoft från att agera på ett sätt som skulle bevara eller utöka företagets monopol på marknaden för operativsystem.

### 4.3.2 Avtalsbrott

Den 20 oktober 1997 stämmer DOJ Microsoft på grunden att Microsoft har brutit mot avtalet från 1995<sup>39</sup>. Genom att föreskriva PC-tillverkare att installera och distribuera Microsofts webbläsare IE som ett villkor för att få köpa och sälja Win95 hade Microsoft enligt DOJ brutit mot reglerna i avtalet<sup>40</sup>. DOJ yrkade att domstolen skulle föreskriva Microsoft att upphöra med detta beteende. För det fall att Microsoft ej hörsammade domstolens utslag yrkade DOJ på att Microsoft skulle förpliktigas att betala upp till \$ 100000 i böter per dag tills agerandet upphört. I sin stämningsansökan uppmärksammar DOJ det hot som webbläsaren utgör mot Microsofts operativsystemsmonopol och därmed också vikten av att stoppa Microsofts agerande.

DOJ konstaterar att Win95 och IE är två separata produkter och att Microsofts agerande inte omfattas av undantaget angående utveckling av integrerade produkter. Produkternas olika karaktär och användningsområde gör att det är fråga om två separata produkter. Man konstaterar att Win95 skulle fungera på samma sätt med eller utan IE. DOJ lägger stor tyngd vid skillnaderna vid marknadsföring av de två produkterna när man kommer fram till att det är fråga om två separata produkter.

Det ter sig uppenbart av resonemanget i DOJ's stämningsansökan att de vill behålla konkurrensen för en produkt som i framtiden kan komma att undanröja operativsystemets betydelse. Genom att webbläsaren är plattformsoberoende kommer det att sakna betydelse vilket operativsystem som är installerat på en dator. Genom sitt agerande försöker Microsoft att utnyttja sitt monopol på en marknad för att kunna styra utvecklingen på en ny framväxande marknad.

Microsoft inkom med ett svar den 10 november där företaget bestred anklagelserna<sup>41</sup>. Enligt Microsoft har DOJ gjort fundamentala fel vid tolkning av avtalet. Microsoft hävdade att deras agerande höll sig inom de

---

<sup>38</sup> United States v Microsoft Civil action No. 94-1565, Stanly Sporkin.

<sup>39</sup> United States v Microsoft supplemental to Civil action No. 94-1565, Petition by the United States for an order to show cause why respondent Microsoft Corporation should not be found in civil contempt.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.75.

ramar som satts upp i avtalet. Avtalet skulle inte hindra Microsoft att utveckla integrerade produkter. Enligt Microsoft är IE en integrerad del av Win95. I sitt resonemang gör man en analogi till ordbehandlingsprogram och rättstavningskontroll. Microsoft resonerar att kunden förväntar sig att kunna få tillgång till Internet när de köper ett operativsystem på samma sätt som en kund förväntar sig att det finns en rättstavningsfunktion i ett ordbehandlingsprogram. Således skall webläsaren anses vara en naturlig och integrerad del av Win95 och därför skall agerandet inte omfattas av förbudet mot koppling av produkter.

Detta mål handlar sålunda inte om huruvida Microsoft har agerat på ett konkurrensbegränsande sätt och brutit mot sektion 1 eller 2 i Sherman Act utan om huruvida man skall anse att Win95 och IE är en eller två produkter. Argumenten koncentreras kring villkor E i avtalet .

”E: Microsoft shall not enter into any Licence Agreement in which the terms of that agreement are expressly or impliedly conditioned upon:

- (i) the licensing of any other Covered Product, Operating System Software product or other product (provided, however, that this provision in and of itself shall not be constructed to prohibit Microsoft from developing integrated products)....”.

DOJ klara ståndpunkt är att det är fråga om två klart separabla produkter medan Microsoft hävdar att IE är en naturlig integrerad del av Win95. De frågor som behövde avgöras för att kunna ge ett utslag var av, för domstolen, svår teknisk karaktär. För att komma tillrätta med detta problem tillsatte domaren i målet en teknisk utredare, Harvard professorn Lawrence Lessig, som skulle utreda de tekniska frågorna<sup>42</sup>. Det slutliga avgörandet av målet sköts upp i väntan på denna utredning eftersom domstolen fann att det saknades klara och övertygande bevis för att kunna avge en dom i ärendet.

Den 11 november utfärdar domaren i målet ett interimistiskt förbud<sup>43</sup>. Detta förbud beordrade Microsoft att upphöra med kopplingen av IE vid köp av Win95. Värt att notera är att detta beslut fattades på domstolens eget initiativ och inte på begäran av DOJ<sup>44</sup>. Man kan inte undgå att se detta som en indikation på att domstolen ansåg att DOJ hade en betydande substans i sitt mål mot Microsoft. Domstolen gjorde en avvägning av den skada som skulle kunna tillfogas Microsoft genom beslutet mot den skada som skulle kunna tillfogas konkurrerande programtillverkare om Microsoft tilläts fortsätta med sitt agerande. Domstolen fann då att risken för att Microsoft skulle lida skada var obetydlig gentemot risken för den skada som skulle kunna tillfogas Microsofts konkurrenter om Microsoft tilläts fortsätta med sin koppling av de två produkterna.

---

<sup>42</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.75.

<sup>43</sup> Key dates in Microsoft ’s legal battles, CNN interactive, <http://cnn.com/SPECIALS/1997/microsoft/timeline/>.

<sup>44</sup> Mark Furse, United States v Microsoft: III-Considered Antitrust, s.76.

Microsoft deklarerade att de tänkte följa förbudet men i praktiken gick de bara runt det. För att följa förbudet gav Microsoft OEM tre alternativ<sup>45</sup>: (1) De kunde få den fulla versionen av Win95 inklusive IE, dock med reservationen att de inte var tvungna att acceptera denna variant, (2) Microsoft skulle leverera en version där all IE filer var borttagna, (3) En version av Win95 från augusti 1995 där IE ej ingick skulle levereras. Om OEM valde alternativ 2 varnade Microsoft för att Win95 ej skulle fungera ordentligt. Få OEM skulle kunna sälja en produkt med ett operativsystem som inte fungerade ordentligt. Alternativ 3 innebar att OEM köpte en version av Win95 som var två år gammal. Denna version innehöll inte de uppdateringar för såväl buggar som hårdvarustöd som tillfogats Win95 sedan 1995. Detta alternativ skulle i praktiken innebära att köparen stod med en osäljbar produkt eftersom ingen konsument vill ha en inaktuell version av ett operativsystem. Det enda reella alternativet för OEM blev således alternativ 1. Eftersom detta alternativ var den enda kvarvarande möjligheten för OEM kan man knappast påstå att det rädde något frivilligt val. Detta agerande väckte givetvis en reaktion hos DOJ. Den 17 december stämmer DOJ Microsoft för att ha brutit mot förbudet som utfärdades 11 december<sup>46</sup>.

Den omfattande argumentationen som följde koncentrerade sig kring frågan om det var möjligt att ta bort de senare versionerna av IE utan att skada funktionen hos operativsystemet. I Win95 finns en funktion som kan ta bort installerade program. Om en användare av Win95, som tidigare inte installerat IE, installerar programmet kan han med lätthet ta bort detsamma med avinstallationsfunktionen utan att operativsystemets funktion påverkas. DOJ menade att Microsoft borde kunna förfara på samma sätt<sup>47</sup>. Genom att leverera en version av Win95 med IE avinstallerad, skulle alla synliga spår av IE försvinna samt de filer som inte behövdes för Win95 funktion avlägsnas från systemet. Microsoft å sin sida hävdade att det skulle vara lämpligare att ta bort IE ikonerna samt startfilen och därmed tillgången till webläsaren istället för att ta bort alla filerna<sup>48</sup>. En uppgörelse nåddes mellan DOJ och Microsoft 22 januari 1998<sup>49</sup>. Enligt denna uppgörelse skulle OEM få välja att installera och licensiera en version av Win95 som skulle ha IE avinstallerad på samma sätt som om man skulle ha använt avinstallationsprogrammet. OEM kunde också välja att ta bort ikonerna för IE samt att göra startfilen för IE gömd. Microsoft fogade sig sålunda efter de krav som DOJ ställt upp. Efter detta skede i fallet återvände man till den centrala frågan om huruvida Microsoft hade brutit mot avtalet från 1995.

Under våren 1998 har fallet kommit att till stor del kretsa kring lanseringen av uppföljaren till Win95. Microsoft deklarerar att de tänker lansera Win98 med IE fullt integrerad och med desktopikonerna fullt synliga. Företaget säger

---

<sup>45</sup> *ibid.*

<sup>46</sup> *United States v Microsoft*, supplemental to civil action No. 94-1564, Motion by the United States for judgement of civil contempt and to enforce preliminary injunction.

<sup>47</sup> Mark Furse, *United States v Microsoft: III-Considered Antitrust*, s.77.

<sup>48</sup> Mark Furse, *United States v Microsoft: III-Considered Antitrust*, s.77.

<sup>49</sup> *United States v Microsoft*, Civil Action No. 94-1564 (TPJ), Stipulation and order

sig inte ha för avsikt att följa den överenskommelse som träffats för Win95. Microsoft menar att avtalet från 1995 inte omfattar Win98 och att de begränsningar som finns beträffande Win95 och IE inte kan tillämpas på Win98. Till följd av detta ansöker Microsoft hos domstol om att Win98 inte skall omfattas av förbudet i avtalet och att ärendet skall stoppas tills det är utrett. Flera av företrädarna för de stora datortillverkarna ställer upp på Bill Gates sida.

I federal överrätt fattas beslutet att Win98 inte omfattas av förbudet i sektion IV(E) av avtalet från 1995. Microsoft tillåts sålunda att lansera sin nya version av Windows med IE integrerad. Med tanke på utformningen av avtalet anser jag att domstolen fattat ett riktigt beslut. Avtalet innehåller förbehållet att Microsoft inte får stoppas i utvecklingen av nya och integrerade produkter. Win98 är en annan produkt än de som fanns på marknaden när avtalet träffades. IE 4, som åtföljer Win98, är mer integrerad i systemet än vad tidigare versioner av webbläsaren har varit. Det hade i mitt tycke varit olämpligt om Microsofts agerande hade avgjorts inom ramen för avtalet i stället för i en domstolsförhandling där Microsofts agerande bedöms enligt konkurrensrätten. Domare Sporkin som inte ville godkänna avtalet för att det var för snävt hade med stor sannolikhet rätt. Man hade kunnat sparat nästan tre års processande om man hade bedömt Microsofts agerande enligt konkurrensrätten från början. När överrätten avkunnat sin dom i maj befinner sig fallet på stort sätt samma ställe som om Domare Sporkins dom inte överklagats, nämligen att det behövs en domstolsprocess som bedömer om Microsoft har handlat på ett konkurrensbegränsande sätt utifrån konkurrensreglerna.

### 4.3.3 Stämning för konkurrensbegränsning

Den 18 maj 1998 stämmer DOJ samt 20 delstater Microsoft för konkurrensbegränsande beteende<sup>50</sup>. DOJ anklagar Microsoft för att ha agerat på ett konkurrensbegränsande och konkurrenseliminierande sätt för att bibehålla sitt monopol på marknaden för operativsystem och för att försöka utöka sitt monopol till att även omfatta webbläsare<sup>51</sup>. Genom detta agerande har Microsoft brutit mot sektion 1 och 2 i Sherman Act. Med denna aktion syftar DOJ till att bevara konkurrensen inom mjukvaruindustrin och till att främja framväxten av nya konkurrerande företag<sup>52</sup>. På detta sätt anser DOJ att mjukvaruindustrin kommer att utvecklas och konsumenternas valmöjligheter kommer att öka.

DOJ finner att det hot mot Microsofts operativsystemsmonopol som den plattformsoberoende webbläsaren utgör är anledningen till Microsofts

---

<sup>50</sup> DOJ press release 980418, Justice Department files antitrust suit against Microsoft for unlawfully monopolizing computer software markets.

<sup>51</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint.

<sup>52</sup> DOJ press release 980418, Justice Department files antitrust suit against Microsoft for unlawfully monopolizing computer software markets.

agerande<sup>53</sup>. Microsoft har på olika sätt försökt att öka IE's marknadsandel på bekostnad av konkurrerande tillverkare. IE har inte stärkt sin ställning på marknaden för webbläsare på ett sätt som faller inom konkurrensrättens ramar. Microsoft insåg tidigt det hot som webbläsaren utgjorde. Redan 1995, precis innan den första versionen av IE skulle lanseras, försökte Microsoft att dela upp marknaden mellan sig och huvudkonkurrenten Netscape<sup>54</sup>. Efter det att Netscape avböjt denna marknadsuppdelning inledde Microsoft sin offensiv för att krossa Netscape och övriga konkurrenter.

I stämmningsansökan kan man följa en påstått uttalad strategi från Microsoft sida som syftar till att utestänga konkurrenter. Ett flertal interna brev och uttalanden skildras, alla med detta mål. Sålunda anser DOJ att ett uppsåt kan styrkas dels genom dessa uttalanden och dels genom Microsofts agerande. En av de inledande åtgärder som Microsoft vidtog var att ge bort IE utan avgift. Således har Microsoft genom underprissättning av IE syftat till att utestänga och avlägsna konkurrenter från marknaden<sup>55</sup>.

Microsoft har i strid mot konkurrensrätten tvingat OEM att som villkor för att få licens för Win95 även samtycka till att licensiera, förinstallera och distribuera IE<sup>56</sup>. Företaget avser också att på ett konkurrensbegränsande sätt koppla IE till det nya systemet Win98<sup>57</sup>. Enligt DOJ är IE och operativsystemet två klart separabla produkter<sup>58</sup>. Genom att koppla produkterna har Microsoft påverkat och minskat konsumenternas valfrihet. Microsoft anklagas vidare för att ha missbrukat sitt monopol på marknaden för operativsystem genom att tvinga OEM, för att förvärva licens till operativsystemet, att acceptera andra villkor<sup>59</sup>. Enligt Microsoft får inte OEM ändra på boot-sekvensen<sup>60</sup> och den skärmbild (dvs hur skrivbordet ser ut) som kommer upp när datorn startas av kunden för första gången. Detta medför att OEM inte kan förinstallera någon programvara som Microsoft inte har godkänt. Vidare tillåts inte OEM att ändra eller ta bort några delar av IE och inte heller att ändra eller ta bort de ikoner som presenteras på skrivbordet. När det gäller licensieringen av Windows och IE kan man sålunda konstatera att det är underprissättning och främst otillåten koppling av produkter som Microsoft anklagas för. De påstås vidare ha påtvingat kunden oskäligen avtalsvillkor som syftar till att utestänga konkurrenter.

Microsoft anklagas också för att på ett otillåtet sätt använt avtal med olika internetleverantörer och internetaktörer för att främja avsättningen för sin

---

<sup>53</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.16.

<sup>56</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.18.

<sup>57</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.19.

<sup>58</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.21, 53-65.

<sup>59</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.24-25.

<sup>60</sup> Man kan kort beskriva boot-sekvensen som det som händer i datorn från det att man trycker på startknappen på datorn till det att Windows laddats och startat och man ser skrivbordet. På "datorspråk" kallas det att man bootar datorn när man startar den.

webläsare till nackdel för Netscape och andra konkurrenter<sup>61</sup>. Genom avtal med OSP's (Online service providers) och ISP's (Internet service providers) har Microsoft utnyttjat sitt monopol på marknaden för operativsystem för att stärka sin ställning på marknaden för webläsare<sup>62</sup>. OSP's och ISP's är de företag som levererar tillgång till Internet till konsumenterna. Windows innehåller mappar som länkar vidare ut på Internet till dessa företag och deras tjänster. För att företagen skall få vara med måste de teckna ett avtal som föreskriver att deras sidor endast får innehålla länkar till IE och att de endast får erbjuda IE genom sina övriga distributionskanaler. Företagen får inte erbjuda någon konkurrerande produkt. 30% av alla konsumenterna laddar ner sina webläsare från sin internetleverantör eller får programvara levererad på annat sätt från sin internetleverantör. Efter leveransvägen via OEM's är detta det dominerande sättet för Microsoft att distribuera IE. Detta medför således en nackdel för konkurrenterna då praktiskt taget alla stora Internetoperatörer vill vara med i de listor som finns i Windows.

Vidare anklagas Microsoft för att inträtt i konkurrensbegränsande avtal med ICP's (Internet Contents Providers)<sup>63</sup>. Version 4 av IE innehåller en sk aktiv skrivbordsyta med pushkanaler<sup>64</sup>. På det aktiva skrivbordet finns länkar till olika pushkanaler förinstallerade. För att få sin kanal med bland dessa länkar måste företaget samtycka till att inte främja distributionen av konkurrerande webläsare. Företaget måste konstruera sina hemsidor för att passa IE efter de specifikationer som Microsoft ger<sup>65</sup>. Vidare får företaget inte låta tillverkare av konkurrerande webläsare att inkludera företagets kanaler i den konkurrerande produkten<sup>66</sup>.

Genom sitt agerande gentemot OEM's, ISP's och ICP's anklagas Microsoft ha hindrat och försämrat konkurrensen på marknaden för webläsare<sup>67</sup>. IE har fått en större marknadsandel än vad produkten skulle fått om Microsoft inte hade utnyttjat dessa metoder. Agerandet hotar att få marknaden att permanent luta åt IE's fördel. Detta har inte skett på grund av att konsumenterna fritt valt IE på en marknad med fungerande konkurrens utan för att Microsoft otillbörligen har utnyttjat sitt monopol på marknaden för operativsystem. Agerandet innebär en inskränkning i konsumenternas valfrihet och ett hot mot framväxten av nya produkter och företag.

---

<sup>61</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.28-31.

<sup>62</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.28.

<sup>63</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.32.

<sup>64</sup> En pushkanal är en länk till Internet där datoranvändaren kontinuerligt får uppdaterad information från olika hemsidor utan att behöva söka upp informationen själv. Olika företag som tillhandahåller information på Internet erbjuder prenumeration kostnadsfritt på deras kanaler. Konsumenten kan välja kanaler efter intresseområde och då få uppdaterad information från de olika kanaler han har valt.

<sup>65</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.33.

<sup>66</sup> *ibid.*

<sup>67</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.35- 37.

DOJ yrkar att Microsoft skall förpliktigas att upphöra med ovan nämnda ageranden<sup>68</sup>. Datortillverkare skall själva ha friheten att välja vilka produkter de installerar i sina system. Vidare skall internetleverantörer kunna distribuera och förmedla konkurrerande produkter. Om Microsoft avser fortsätta inkludera IE i sina operativsystem måste konsumenten ges ett alternativ genom att Netscape också erbjuds. OEM skall ha rätten att modifiera bootsekvensen och skall vidare ha rätt att välja vilken webbläsare de vill inkludera i sina system. Olika typer av avtal med internetaktörer som främjat avsättningen av IE skall inte tillåtas.

Sammantaget är det en diger lista med anklagelser som riktas mot Microsoft. Företaget anklagas för att utnyttjat konkurrensbegränsande avtal i strid mot sektion 1 Sherman Act<sup>69</sup>. Vidare anklagas Microsoft för att ha gjort sig skyldiga till otillåten koppling i strid mot sektion 1 Sherman Act<sup>70</sup>. Genom att utnyttja sitt monopol på marknaden för operativsystem har Microsoft brutit mot sektion 2 Sherman Act<sup>71</sup>. Man har vidare brutit mot sektion 2 Sherman Act genom att försöka monopolisera marknaden för webbläsare<sup>72</sup>.

För att stoppa lanseringen av Win98 och den negativa effekt det kunde förväntas ha på konkurrensen yrkade DOJ på att domstolen skulle fatta ett interimistiskt beslut. Domstolen har valde dock att inte fatta detta beslut utan anser att hela ärendet skall avgöras i en domstolsförhandling. De federala domstolsförhandlingarna är utsatta att börja den 8:e september 1998<sup>73</sup>. Microsoft har kunnat lansera sin nya version av Windows som företaget utlovat. Med tanke på hur många licenser av Win95 som såldes de första tre månaderna torde Microsoft kunna sälja en stor mängd licenser av Win98 innan detta ärende avgjorts. Man kan utan tvekan konstatera att utslaget i detta fall kommer att få stor betydelse för datorbranschen.

Principen om en marknad med fri konkurrens står mot rätten att utveckla och marknadsföra nya produkter. En annan viktig fråga är vad som är bäst för konsumenterna. Ett dominerande företag har möjligheten att pressa priserna samtidigt som det kan hämma utvecklingen av nya konkurrerande produkter och konsumentens valfrihet.

Det vore önskvärt med ett snabbt avgörande av detta fall men med tanke på den omfattning fallet har och hur viktig utgången är för Microsoft tror inte jag att vi kommer att få se ett avgörande inom det närmaste året. Fallet har givetvis rönt stor uppmärksamhet även i Europa då Microsofts agerande har effekter även här. EU's konkurrensmyndigheter har uttalat att de inte tänker

---

<sup>68</sup> För närmare beskrivning av yrkanden se: United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, sektion VIII p.1-5.

<sup>69</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.130-133.

<sup>70</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.134-137.

<sup>71</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint, p.138-139.

<sup>72</sup> United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint., p.140-141.

<sup>73</sup> Judge Sets Sept. Trial for Microsoft, Company Wanted More Time to Prepare, Washington Post, 980423.

agera utifrån de frågor som är aktuella i det amerikanska fallet förrän ärendet har utretts i amerikansk domstol. 1994 tecknades ett avtal mellan Microsoft och kommissionen efter ett klagomål av mjukvarutillverkaren Novell<sup>74</sup>. Avtalet var till sin utformning mycket likt avtalet mellan DOJ och Microsoft. Detta avtal har dock inte lett till vidare handling från kommissionens sida.

Kommissionen följer säkerligen fallet och dess utgång med stort intresse för att vid en senare tidpunkt kunna handla mot Microsofts agerande för det fall att Microsoft finns vara skyldiga till de anklagelser som riktas mot dem. Man kan kanske ta ett uttalande av Karl van Miert som en indikation på Kommissionens ståndpunkt när det gäller betydelsen av fungerande konkurrens inom informationsteknologin<sup>75</sup>.

”Dominant players cannot claim technological progress as a justification for extending their dominance. That would stifle innovation and not encourage it. So we will not allow gatekeepers to block entry into markets. This is true in the case of joint control of cable networks and telecoms infrastructure, of digital set top boxes and of Internet Web browsers”

Min avsikt i de följande kapitlen är att gå händelserna i förväg genom att utreda några av de frågor som väcks i fallet med utgångspunkt från gällande EG-rätt.

---

<sup>74</sup> Herbert Ungerer, EU Competition Law in the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, p.92.

<sup>75</sup> Karl van Miert, The deadline of 1st January 1998: What does it mean for consumers of telecommunications services?



# 5 Missbruk av dominerande ställning inom EG-rätten

## 5.1 Allmänt om missbruk av dominerande ställning

Ageranden av ett eller flera företag som på ett otillbörligt sätt utnyttjar en dominerande ställning på en marknad regleras inom EG-rätten av Romfördragets artikel 86. Artikel 86 bygger på den mer generella artikel 3(f) i RomF där det föreskrivs att gemenskapen skall säkerställa att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids eller försämras. Det är inte förbjudet för ett företag att uppnå eller inneha en dominerade ställning på en marknad. Det är en naturlig del av företagandet att vissa företag är mer framgångsrika med sin verksamhet än andra och därmed uppnår större marknadsandelar än sina konkurrenter. Följden av att ett företag lyckats uppnå så stora marknadsandelar att det uppnår en dominerande ställning på en marknad blir att konkurrensen på den marknaden blir försvagad. Ett företag med en dominerande ställning kan då påverka och styra konkurrensen.

Det som artikel 86 syftar till att reglera är när det dominerande företaget utnyttjar sin ställning för att ytterligare försvaga eller snedvrیدا konkurrensen. Ett ensidigt agerande av ett eller flera företag som syftar till eller har effekten av att begränsa den kvarvarande konkurrensen är således förbjudet om företaget har en dominerande ställning på en marknad. En dominerande ställning kan anses utgöra förmågan att agera oberoende av konkurrenter på en marknad. Den omfattar också möjligheten att utestänga nuvarande och potentiella konkurrenter från marknaden.

Begreppet dominerande ställning har definierats av EG-domstolen i dess praxis. I fallet *Michelin v. Commission*<sup>76</sup> beskrev domstolen begreppet som:

” 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”

Domstolen har i praxis uttalat att ett företag som har en dominerande ställning, har ett särskilt ansvar för att säkerställa att dess agerande inte negativt påverkar konkurrensen<sup>77</sup>. Det avgörande kriteriet för om artikel 86 skall tillämpas kan sålunda sägas vara missbruket av den starka marknadsställningen. Lagrummet innehåller en uppräknning av ageranden

---

<sup>76</sup> 322/81 *Michelin v. Commission* [1883] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282.

<sup>77</sup> *ibid.*

som anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Uppräkningen är inte uttömmande varför andra typer av ageranden som har negativa effekter på konkurrensen också kan komma att omfattas. Ageranden på såväl det vertikala som det horisontella planet omfattas av förbudet.

Vid en jämförelse med sektion 2 av Sherman Act finner man att EG:s regler vid utnyttjande av dominerande och monopolliknande marknadsandelar skiljer sig från den amerikanska konkurrensrätten. Enligt EG-rätten är det tillåtet att uppnå en dominerande ställning. Ett företags agerande kan inte angripas med art 86 förrän företaget har uppnått en dominerande ställning. Enligt amerikansk rätt är monopolisering förbjuden redan på försöksstadiet om företaget använder sig av otillåtna affärsmetoder. Man bör dock ha klart för sig att det inte råder samstämmighet mellan begreppen dominerande ställning och monopol. De marknadsandelar som krävs för att uppnå en dominerande ställning är betydligt lägre än de marknadsandelar som enligt amerikansk rätt anses ge ett företag en monopolliknande ställning<sup>78</sup>. Om inte denna skillnad tas i åtanke när man studerar de två regelverken kan det synas som att EG-rätten inte ingriper mot företags försök att snedvrída konkurrensen i ett lika tidigt skede som den amerikanska konkurrensrätten. I praktiken är skillnaden marginell då en dominerande ställning inom EG-rätten kan sägas motsvaras av försök till monopolisering inom amerikansk konkurrensrätt.

För att kunna fastställa om ett agerande omfattas av artikel 86 måste följande tre kriterier vara uppfyllda. Det måste konstateras att ett eller flera företag gemensamt har en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Vidare måste det fastställas att agerandet utgör ett missbruk av dominerande ställning. Slutligen skall ageranden ha en effekt som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Om det sista kriteriet inte är uppfyllt faller agerandet inom medlemsstaternas nationella konkurrensrätt. När det skall utredas huruvida ett företag har en dominerande ställning eller inte måste ett ytterligare antal steg tas. Inledningsvis måste den marknad som företaget har en dominerande ställning på avgränsas. Om denna avgränsning inte görs korrekt kommer inte heller bedömningen av den dominerande ställningen bli riktig. Den relevanta marknaden utgörs av en produktmarknad och en geografisk marknad. Vidare skall det kunna påvisas att företaget har haft en varaktigt hög marknadsandel på den relevanta marknaden och att det inte finns någon sannolikhet att existerande eller potentiella konkurrenter kan påverka marknadsandelen. Slutligen skall det kunna visas att den dominerande ställningen existerar på den gemensamma marknaden eller på en del därav. Först när en dominerande ställning på en relevant marknad konstaterats kan man ta ställning till om företagens agerande utgör ett missbruk.

---

<sup>78</sup> Se kap 4.1 och 5.3.

## 5.2 Relevant marknad

### 5.2.1 Relevant produktmarknad

Definitionen av den relevanta marknaden är viktig eftersom en dominerande ställning inte kan existera i det abstrakta<sup>79</sup>. Den dominerande ställningen måste relateras till utbudet och efterfrågan på de produkter som på olika grunder kan vara likvärdiga och därför konkurrerar på liknande villkor. En för snäv avgränsning av den relativa produktmarknaden kommer att medföra högre marknadsandelar än i verkligheten och därmed en större sannolikhet för att finna en dominerande ställning fast den kanske inte existerar. En för vid avgränsning medför det omvända problemet, dvs att det blir svårt att konstatera en dominerande ställning. Enligt EG-rätten anses den relevanta produktmarknaden definieras enligt följande:

”a relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products characteristics, their price and their intended use.”<sup>80</sup>

När den relevanta produktmarknaden avgränsas görs det utifrån två test, utbytbarhet på efterfrågesidan och utbytbarhet på utbudssidan. Om man finner att ett antal olika produkter har olika utbuds- och efterfrågevillkor tillhör de olika produktmarknader. Produkter som endast är utbytbara i begränsad omfattning anses normalt tillhöra olika produktmarknader<sup>81</sup>. Domstolen har i praxis fastslagit att även marknadsstruktur och konkurrensförhållanden måste beaktas när produktmarknaden avgränsas<sup>82</sup>. Utbytbarhet på efterfrågessidan är den del av testet som domstolen i sin praxis vanligen låter väga tyngst vid en bedömning. Sedan domstolen i *Continental Can*<sup>83</sup> fastslog att kommissionen även måste beakta utbytbarhet på utbudssidan när den avgör ärenden har detta test som regel tillämpats vid avgöranden<sup>84</sup>. Dock har utbytbarhet på utbudssidan tillmätts olika betydelse i olika mål.

#### 5.2.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

När man bedömer produkters utbytbarhet på efterfrågesidan ser man främst till konsumenternas uppfattning om huruvida en produkt kan anses utbytbar

---

<sup>79</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.

<sup>80</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.

<sup>81</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, 22/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207.

<sup>82</sup> 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>83</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.

<sup>84</sup> Se även: Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.

mot en annan<sup>85</sup>. Om flera produkter kan fylla samma ändamål för konsumenten tillhör produkterna som regel samma produktmarknad. Utbytbarheten avgörs med hänsyn till produktens pris, utformning, användningsområde och kvalitet<sup>86</sup>. Det finns ingen exakt metod för att avgöra produkters utbytbarhet. För den genomsnittlige konsumenten är priset avgörande när en produkt väljs. En metod som ger en ungefärlig uppskattning på hur och när konsumenten väljer en annan produkt när priserna ändras används för att avgöra produkters utbytbarhet. Man talar om produkters korspriselasticitet<sup>87</sup>. Om en liten prisändring på ca 5-10% på produkten A gör att konsumenten väljer att köpa produkten B kan man anse att dessa två produkter är utbytbara och sålunda tillhör samma produktmarknad<sup>88</sup>.

Enbart produkters pris kan dock inte ge en rättvisande bild av utbytbarheten. De egenskaper som de olika produkterna besitter och den användning de är avsedda för måste beaktas. I detta hänseende måste produkterna vara mer än begränsat utbytbara. När hänsyn tas till användningsområde och tillgänglighet kan de aspekterna vara av större vikt för konsumenten än priset. Detta resonemang belystes av domstolen i *United Brands*<sup>89</sup>. I fallet ansåg domstolen att bananer kunde anses utgöra en egen produktmarknad med hänsyn till användningsområde, konsumentgrupp och tillgång. Produktens särdrag gjorde att den endast i begränsad omfattning kunde ersättas av andra frukter och därför kunde anses utgöra en separat marknad. Dessa faktorer var avgörande för konsumenten och priset var endast av underordnad betydelse. I fallen *Continental Can*<sup>90</sup> och *Michelin*<sup>91</sup> för domstolen ett liknade resonemang. Från dessa avgöranden kan man sluta sig till att det krävs en relativt stor likhet i de olika produkternas egenskaper och användningsområden för att de skall kunna anses vara utbytbara.

När samma produkt används för olika ändamål och det finns konkurrerande produkter för ett eller flera men inte alla användningsområdena, kan produkten tillhöra två olika produktmarknader<sup>92</sup>. Detta belyses i fallet *Hoffman –La Roche*<sup>93</sup> där domstolen fann att vitaminer som kunde användas som råvara i produktionen av olika slutprodukter kunde tillhöra olika produktmarknader om det fanns en konkurrerande produkt för ett visst användningsområde. För en viss produkt var vitaminer den enda råvaran som var tillgänglig medan för en annan slutprodukt fanns det flera likvärdiga produkter som kunde ersätta vitaminer som råvara. Sålunda rådde

---

<sup>85</sup> Bellamy & Child, *Common market law of competition*, s.594.

<sup>86</sup> Fejő, *EU-konkurrensret*, s. 93.

<sup>87</sup> Bellamy & Child, *Common market law of competition*, s.594.

<sup>88</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.

<sup>89</sup> 22/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207.

<sup>90</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.

<sup>91</sup> 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>92</sup> Bellamy & Child, *Common market law of competition*, s.595.

<sup>93</sup> 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461.

olika konkurrensförhållanden för produkten beroende på användningsområde.

I praxis finns det ingen fastställd norm för hur snävt en produktmarknad kan avgränsas på efterfrågesidan. I ett flertal avgöranden har domstolen valt att göra en avgränsning som är relativt snäv. När en marknad avgränsas finns dock en grundläggande frågeställning som måste besvaras. Det går inte att göra en avgränsning som inte har sin motsvarighet i verkligheten därför måste den snävt avgränsade marknaden vara tillräckligt distinkt i kommersiell verklighet så att den tillåter det företag som dominerar marknaden att utestänga konkurrenter och kontrollera priser.

I ett flertal fall har en produkt som ingår som en del i en annan produkt ansetts under vissa förutsättningar kunna utgöra en egen undermarknad. I exempelvis Hilti<sup>94</sup> ansåg domstolen att spikar kompatibla med Hiltis spikpistoler utgjorde en självständig undermarknad. Reservdelar till en produkt har ansetts kunna utgöra en egen produktmarknad. Marknadsstrukturen och konkurrenssituationen för en produkt när den ingår som del i annan produkt och när den säljs som reservdel är ofta olika. I Michelin<sup>95</sup> ansågs försäljningen av hjul som reservdel till vissa typer av fordon vara en egen marknad skild från den där hjul såldes som originaldel. Funktionen på dessa två typer av produkter är densamma eftersom det är samma produkt men däremot är konkurrensförhållanden olika. Domstolen fann att eftersom efterfrågestrukturen och konkurrensförhållandena skilde sig mellan de två olika försäljningsområdena kunde man anse att produkten kunde tillhöra två olika marknader. Sålunda var också producentens möjlighet att styra konkurrens och priser olika. Försäljning av samma produkt till olika typer av köpargrupper och med olika typer av försäljningsmetoder torde kunna medföra att produkten kan komma att anses tillhöra olika produktmarknader eftersom konkurrenssituationen kan komma att variera beroende på dessa faktorer.

När man ser till utbytbarheten på efterfrågesidan är syftet att finna de produkter som i realiteten kan ersätta den aktuella produkten dvs de produkter som konsumenten väljer om den ursprungliga inte är tillgänglig. Det som främst styr konsumentens val är priset. Det råder en mycket nära koppling mellan en produkts pris och dess användningsområde och egenskaper. Dock har vissa produkter ett användningsområde och en utformning som gör att konsumenten värderar dessa egenskaper mer än priset. Det finns även en koppling mellan produktens egenskaper och producentens pris. Generellt kan man anse att desto snävare en produkts användningsområde är desto sannolikare är det att produkten inte kan ersättas av en annan och därmed får producenten möjlighet att styra marknad och pris. Av praxis framgår det att en produkts pris och egenskaper inte enbart räcker för att göra en bedömning av utbytbarheten. Att se till hur

---

<sup>94</sup> T-30/89 Hilti AG v Commission [1991] ECR II-1439.

<sup>95</sup> 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

efterfrågan och konkurrens för den aktuella produkten och eventuella substitut är utformad är nödvändigt för att få en bild av hur producenten kan styra marknad och priser. Det räcker därför inte att bara ta hänsyn till objektiva faktorer som pris och funktion även om priselasticitet är den främsta måttstocken på konkurrenssituationen och därmed utbytbarhet på efterfrågesidan.

### 5.2.1.2 Utbytbarhet på utbudssidan

Syftet med denna aspekt av relevant produktmarknad är att finna om det finns några produkter som ursprungligen inte skulle omfattas av de utbytbara produkterna på efterfrågesidan men som efter en liten förändring i produktens egenskaper skulle kunna komma att omfattas av denna kategori. Den relevanta produktmarknaden skulle då bli vidare. Hänsyn tas sålunda till om det kan finnas en potentiell konkurrent till den aktuella produkten. När man bedömer missbruk av dominerande ställning kan hänsyn tas till den potentiella konkurrensen vid två olika tillfällen. Den potentiellt konkurrerande produkten kan antingen inbegripas när produktmarknaden avgränsas eller när man bedömer dominerande ställning och marknadsandelar. Om en producent på en relativt kort tid kan ändra sin produktion till den relevanta produkten och marknadsföra den utan större kostnader och risker skall även dessa produkter inräknas i produktmarknaden<sup>96</sup>. Om det däremot skulle krävas stora investeringar och lång tid skall inte produkterna anses vara en del av produktmarknaden<sup>97</sup>. För det fallet torde det potentiella marknadstillträdet istället beaktas när frågan om dominerande ställning avgörs.

I *Continental Can*<sup>98</sup> fastslog domstolen att det är nödvändigt att beakta eventuella möjligheter till marknadstillträde när produktmarknaden avgränsas. Domstolen fann att det inte var möjligt att göra en rättvisande bedömning av den relevanta produktmarknaden om det inte hade bevisats att konkurrerande producenter av lättmetallburkar inte kunde, med enkel anpassning, ändra sin produktion till att omfatta den relevanta produkten<sup>99</sup>. I praxis har denna ståndpunkt blivit bekräftad. Om en producent på en relativt kort tid kan ändra sin produktion skall även dessa produkter beaktas. I bla *Michelin*<sup>100</sup> och *Hugin*<sup>101</sup> kan man finna detta resonemang. I dessa två fall ansågs kostnader och tidsåtgång vara ett hinder för att anpassa produktionen av andra produkter till den efterfrågade produkten.

När utbytbarhet på utbudssidan avgörs beror utbytbarheten till stor del av vad det är för typ av produkt som beaktas. För tekniskt kvalificerade

---

<sup>96</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.

<sup>97</sup> 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, p.41.

<sup>98</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.

<sup>99</sup> 6/72 *Euroemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, p.33.

<sup>100</sup> 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>101</sup> 22/78 *Hugin v Commission* [1979] ECR 1869.

produkter kan en produktionsförändring vara tidsödande och kostsam. För vissa typer av produkter kan det krävas att företaget besitter vissa typer av kunskap. Om företaget saknar denna know how kan det vara omöjligt att vinna tillträde till marknaden. Möjligheten till utbytbarhet på utbudssidan kan sålunda variera beroende på vilken typ av produkt som är aktuell för bedömningen. Det är dock viktigt att denna bedömningsgrund inte förbises när den relevanta produktmarknaden avgränsas. Både utbytbarhet på såväl efterfrågesidan som utbudssidan är viktiga för att ge en rättvisande bild av marknads- och konkurrenssituationen.

## 5.2.2 Relevant geografisk marknad

När bedömning av dominerande ställning skall göras måste en geografisk marknad avgränsas. Detta område måste vara en betydande del av eller hela gemenskapen. Den geografiska marknaden är det område inom vilket det råder objektivt likartade konkurrensförhållanden för utbud och efterfrågan av den aktuella produkten<sup>102</sup>. Området definieras enligt följande:

” The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas”.<sup>103</sup>

Normalt är den geografiska marknaden det område där produkten saluförs eller efterfrågas. Om olika konkurrensförhållanden råder för samma produkt beroende på var den marknadsförs kan det sålunda finnas flera geografiska marknader för samma produkt. En geografisk marknad kan existera inom en medlemsstats gränser. Det faktum att marknaden finns enbart inom ett lands gränser innebär inte att gemenskapsrätten inte kan tillämpas. Artikel 86 förutsätter att samhandeln mellan medlemsstaterna påverkas. Detta kriterium kan vara uppfyllt även om en marknad finns inom ett lands gränser.

Det viktigaste kriteriet när den geografiska marknaden avgränsas torde vara att det skall råda likartade konkurrensförhållanden inom hela området. I *United Brands*<sup>104</sup> betonar domstolen vikten av homogena konkurrensförhållanden. I fallet bedömdes England, Frankrike och Italien inte tillhöra den geografiska marknaden därför att olikartade konkurrensförhållanden för bananer rådde i dessa länder. I ett flertal fall bl.a. *Michelin*<sup>105</sup> har domstolen ansett att ett lands territorium kunnat utgöra den relevanta geografiska marknaden på grund av speciella konkurrensförhållanden inom landet. Ett flertal omständigheter kan göra att

---

<sup>102</sup> 22/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207, p.44.

<sup>103</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.

<sup>104</sup> 22/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207.

<sup>105</sup> 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

området kan särskiljas från näraliggande områden. Transportkostnader är ofta en av de faktorer som gör att ett område bedöms snävare<sup>106</sup>. En produkts egenskaper kan medföra att de endast kan säljas under speciella omständigheter och därmed ge upphov till olika konkurrenssituationer i olika områden. I praxis bedöms ofta den geografiska marknaden till det område där missbruket har effekt och där den som drabbas av missbruket har sitt säte<sup>107</sup>.

Den geografiska marknaden kan sålunda vara mindre än hela gemenskapen men frågan är hur stort ett område måste vara för att kunna anses var en betydande del av gemenskapen. I Suiker Unie<sup>108</sup> fastslog domstolen att bedömningen av detta måste göras med hänsyn till mönstret och volymen av konsumtion och produktion av produkten samt med hänsyn till köparens och försäljarens vanor och ekonomiska möjligheter. I fallet bedömdes den Belgisk - Luxemburgska sockermarknaden utgöra en egen geografisk marknad. Produktion och konsumtion av socker i regionen jämfördes med den i hela gemenskapen. Belgisk produktion var ca 8 % av gemenskapsproduktionen och den belgiska konsumtionen utgjorde 5 % av gemenskapskonsumtionen. Detta ansågs vara en tillräcklig volym för att området skulle utgöra en betydande del av gemenskapen. I praxis har bl.a. marknader som södra Tyskland och London ansetts utgöra en betydande del av gemenskapen för vissa typer av produkter<sup>109</sup>.

### 5.3 Dominerande ställning

När en korrekt avgränsning av den relevanta marknaden genomförts kan en bedömning av om en dominerande ställning existerar göras. Med hänsyn till olika faktorer görs en bedömning av företagets marknadsstyrka på den aktuella marknaden. Syftet är att utröna om företaget har en ställning som möjliggör för det att styra marknaden och därmed påverka konkurrens och priser till egen fördel. Att ett företag har en dominerande ställning på en marknad innebär inte att det råder en total avsaknad av konkurrens på den marknaden<sup>110</sup>. Det kan mycket väl finnas konkurrenter men den dominerande ställningen innebär att företaget kan agera stort sett utan hänsyn till sin konkurrenter.

En dominerande ställning konstateras oftast utifrån ett flertal faktorer varav marknadsandelen är den faktor som oftast bedöms som viktigast i praxis. Ett företags marknadsandel anses kunna utgöra en indikation på och i vissa fall även ett bevis för en dominerande ställning<sup>111</sup>. När marknadsandelen bedöms tas hänsyn till den absoluta och den relativa storleken samt till

---

<sup>106</sup> Bellamy & Child, Common market law of competition, s.614.

<sup>107</sup> Bellamy & Child, Common market law of competition, s.615.

<sup>108</sup> 40-48, 50, 54 -56, 111, 113 och 114/73 Suiker Unie v. Commission [1975] ECR 1663.

<sup>109</sup> Bael & Bellis, Competition law of the EEC, s.66.

<sup>110</sup> 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission [1979] ECR 461, p.39.

<sup>111</sup> *ibid*, p.40.



förändringar och varaktighet. I praxis ges en god vägledning angående hur en dominerande ställning skall bedömas utifrån marknadsandelen. En sammanfattning av praxis ger följande riktlinjer<sup>112</sup>. En marknadsandel under 30% anses normalt inte utgöra ett bevis för en dominerande ställning. I undantagsfall beroende på andra faktorer kan dock en marknadsandel under 30% utgöra en indikation. Andelar mellan 30 och 40% kan utgöra bevis tillsammans med andra faktorer som t.ex. betydande hinder för marknadstillträde. Marknadsandelar över 40% utgör normalt en självständig indikation på en dominerande ställning.

Som tidigare nämnts beror marknadsandelens relevans på ett antal faktorer. Förändringar av marknadsandelens storlek i förhållande till tid är en viktig aspekt. En marknad där marknadsandelarna förändras kan vara ett tecken på att det finns en fungerande konkurrens. I praxis anses en period på mellan tre till fem år vara tillräckligt för att marknadsandelen skall kunna anses vara stabil och kunna ge indikation på dominerande ställning<sup>113</sup>. Perioder kortare än tre år anses normalt inte vara tillräckliga. Möjligen skulle kortare tidsperioder kunna beaktas på mycket dynamiska marknader.

När den dominerande ställningen bedöms är det viktigt att se till konkurrenternas marknadsandelar dvs den relativa marknadsandelen<sup>114</sup>. När det finns en betydande skillnad mellan det dominerande företaget och dess närmaste konkurrenter utgör det faktum en indikation på en dominerande ställning. Sannolikheten för att det skall finnas en dominerande ställning om ett företag har en marknadsandel på 50% och den närmaste konkurrenten har 5% är större än om det ledande företaget har 40 % och de närmaste två konkurrenterna har 30 % vardera.

Möjligheten till marknadstillträde ger en bild av konkurrensförhållandet på marknaden. Det är viktigt att ta hänsyn till även denna aspekt när en dominerande ställning bedöms. Egenskaper och tillgångar som det dominerande företaget besitter kan medföra att andra företag med svårighet kan vinna tillträde till marknaden. Bedömningen av företags möjlighet till marknadstillträde ger sålunda ett mått på hur starkt det dominerande företaget är på marknaden. Om möjligheterna till marknadstillträde är små är det mer sannolikt att ett företag har en dominerande ställning.

Ett företags ekonomiska styrka i förhållande till konkurrenterna kan ge en bild av företagets möjlighet att styra marknaden<sup>115</sup>. Även företagets storlek kan ha betydelse. Dessa aspekter måste dock ha en relevant betydelse för

---

<sup>112</sup> För en närmare studie se bl.a.: 85/76 Hoffman-La Roche [1979] ECR 461, 322/81 Michelin [1983] ECR 3461, 27/76 United Brands [1978] ECR 207, 333/94 Tetra Pak II [1996] ECR 5951 och 62/86 Akzo [1991] ECR 3359.

<sup>113</sup> Bellamy & Child, Common market law of competition, s.605.

<sup>114</sup> Bla: 85/76 Hoffman-La Roche [1979] ECR 461, 322/81 Michelin [1983] ECR 3461, 27/76 United Brands [1978] ECR 207.

<sup>115</sup> 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

bedömningen av dominerande ställning på den relevanta marknaden<sup>116</sup>. Beroende på vilken typ av produkt det är frågan om kan tekniska resurser ge företaget en fördel. Ett företag som besitter ekonomiska och tekniska resurser har möjligheten att leda marknaden och därmed få en fördel gentemot sina konkurrenter<sup>117</sup>. Om tekniken inte är tillgänglig för konkurrenter eller om den är kostsam att utveckla får företaget som besitter den en konkurrensfördel och kan därmed hindra andra företag att få tillträde till marknaden. Innehavet av en immaterialrätt kan vara en faktor som kan bidra till en dominerande ställning dock ger inte innehavet i sig själv upphov till en dominerande ställning<sup>118</sup>. Rätten till ett patent eller ett starkt varumärke kan vara faktorer som gör att ett företag har möjligheten att styra en marknad. En bedömning av effekten av immaterialrättens utnyttjande måste därför göras.

Ett flertal andra faktorer har i praxis ansetts kunna påverka möjligheten till marknadstillträde och därmed vara en indikation på en dominerande ställning. Bl.a. har ett mycket utvecklat och specialiserat försäljningsnätverk<sup>119</sup> och en stor bredd på tillverkade produkter<sup>120</sup> ansetts vara en sådan indikation. I United Brands konstaterade domstolen att ett företags agerande på den relevanta marknaden kan vara ett bevis på dominerande ställning<sup>121</sup>. Om företaget agerar utan hänsyn till konkurrenter kan det vara en indikation på att företaget har en ställning som är dominerande.

För att få en bild av ett företags ställning och vilka möjligheter det finns att vinna tillträde till den relevanta marknaden måste en samlad bedömning av situationen göras. Alla de faktorer som ger företaget en möjlighet att styra marknaden måste beaktas när den dominerande ställningen bedöms. Ett företags absoluta och relativa marknadsandelar ger ofta en god bild av företagets styrka men för att kunna göra en korrekt bedömning av en dominerande ställning är det viktigt att inte bortse från andra faktorer som kan påverka företagets ställning och därmed dess möjlighet att styra och kontrollera konkurrensen på den relevanta marknaden.

## 5.4 Missbruk

Det är inte förbjudet enligt art86 att inneha en dominerande ställning. Däremot är det inte tillåtet för ett företag att utnyttja sin dominerande ställning på ett sätt som påverkar och snedvrider konkurrensen. Det är inte enkelt att avgöra när ett agerande går utöver vad som kan anses vara normalt för ett effektivt och vinstdrivande företag och övergår till att utgöra ett

---

<sup>116</sup> Bellamy & Child, Common market law of competition, s.606

<sup>117</sup> 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission [1979] ECR 461.

<sup>118</sup> 238/87 Volvo v. Veng [1988] ECR 6211.

<sup>119</sup> 85/76 Hoffman-La Roche v. Commission [1979] ECR 461.

<sup>120</sup> 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

<sup>121</sup> 27/76 United Brands v. Commission [1978] ECR 207.

missbruk. Artikel 86 räknar upp ett antal ageranden som anses utgöra missbruk. De förbjudna agerandena indelas i artikeln i prismissbruk, marknadsbegränsningar, diskriminering och kopplingsförbehåll. Uppräknningen är dock inte uttömmande varför ett flertal andra typer av ageranden kan komma anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning.

Ett missbruk är ett agerande som utförs av ett företag med dominerande ställning på en klart definierad relevant marknad och som har en allvarlig och negativ effekt på konkurrensen. För att agerandet skall falla under art 86 måste handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Som huvudregel krävs det en samband mellan den dominerande ställningen och missbruket. I normalfallet utförs missbruket på den marknad där företaget har sin dominerande ställning. I Tetra Pak II<sup>122</sup> fann domstolen att det även under vissa förutsättningar utgör ett missbruk att utnyttja en dominerande ställning på en marknad på ett sätt som får effekt på en annan näraliggande marknad där företaget inte hade en dominerande ställning.

I Michelin<sup>123</sup> konstaterade domstolen att det dominerande företaget har ett särskilt ansvar att tillse att det inte påverkar konkurrensen i negativ riktning. Sålunda kan ageranden som är tillåtna för företag som inte har en dominerande ställning vara förbjudna för det dominerande företaget. Detta medför att företag som befinner sig i gränslandet mellan att vara ett icke dominerande och ett dominerande företag får iaktta försiktighet när de agerar på sätt som kan vara konkurrensbegränsande. Art 86 innehåller inte något krav på uppsåt. Det krävs sålunda inte att företaget medvetet utfört de konkurrensbegränsande handlingarna i syfte att påverka konkurrensen. Även underlåtenhet att agera kan resultera i missbruk<sup>124</sup>. Det som krävs för att art 86 skall tillämpas är att en negativ konkurrenspåverkande effekt inträffat. När konkurrensen på en marknad är försvagad av närvaron av ett dominerande företag är alla åtgärder av det företaget som ytterligare minskar konkurrensen förbjudna.

Artikel 86 omfattar två huvudtyper av missbruk med olika effekt på konkurrenssituationen. Vid den första typen av ageranden inskränks eller påverkas konkurrensen genom att företaget handlar på ett sätt som utestänger existerande och potentiella konkurrenter. I den andra situationen utnyttjar företaget sin ställning för att påtvinga personer eller företag oskäligen affärsvillkor och därigenom snedvrids konkurrensen till det dominerande företags fördel.

Olika typer av prissättning faller inom båda dessa kategorier. Priset på en produkt är det främsta hjälpmedlet för ett företag som vill ändra konkurrenssituationen till sin egen fördel och dra nytta av sin starka ställning på marknaden. Exempel på förbjudna åtgärder som direkt påverkar

---

<sup>122</sup> C-333/94 Tetra Pak International SA v. Commission [1996] ECR I 5951.

<sup>123</sup> 322/81 Michelin v. Commission [1983] ECR 3461.

<sup>124</sup> Bellamy & Child, Common market competition law, s.640.

priset är överprissättning, underprissättning, prisdiskriminering och olika typer av rabattsystem. Prissättningsåtgärder faller oftast i första hand inom den andra kategorin av missbruk, dvs sådana som syftar till att utnyttja den dominerande ställningen för ökad vinning. Underprissättningen är ett exempel på ett agerande som faller under den första kategorin och som därmed syftar till att utestänga konkurrenter från marknaden.

Ett flertal andra typer av ageranden omfattas av uppräknningen i art 86. Exempel på dessa är leveransvägran, missbruk av immaterialrätt, kopplingsförbehåll, oskäligen kontraktvillkor och diskriminering. Det är inte min avsikt att redogöra detaljerat för alla de typer av missbruk som omfattas av art 86. Jag kommer i kap 7 och 8 göra en studie av två av de typer av missbruk som jag ovan nämnt. Kapitel 7 kommer att behandla underprissättning och kapitel 8 behandlar kopplingsförbehåll.

# 6 Relevant marknad för mjukvara

## 6.1 Allmänt om marknadsdefinition för mjukvara

Av föregående kapitel framgår det att den relevanta marknaden består av en produktmarknad och en geografisk marknad. Produktmarknaden avgränsas med hänsyn till produkters utbytbarhet sett i användarens perspektiv. Bedömningen av produktmarknaden kräver som regel en noggrann studie av produktens egenskaper och pris för att det skall vara möjligt att avgöra utbytbarheten. Det finns en omfattande praxis som vägleder vid en marknadsdefinition. I praxis finns dock inte något avgörande som omfattar den förhållandevis nya produktgruppen mjukvara. Sålunda får den praxis som redan utvecklats användas när en marknadsbedömning för mjukvara görs. Frågan kan då ställas om det går att tillämpa denna praxis eller om det finns ett behov av utveckling för att kunna tillämpa konkurrensrätten på en produktkategori som utvecklas och förändras mycket snabbt.

När det gäller programvara till datorer kan det vara komplicerat att avgränsa en produktmarknad. En korrekt avgränsning torde förutsätta en god kunskap om datorer och programvara samt dess användningsområden.

Den relevanta produktmarknaden avgränsas, som tidigare nämnts, med hänsyn till produkternas inbördes utbytbarhet. Här tas hänsyn till egenskaper, pris, användningsområde utifrån konsumentens uppfattning. Beroende på hur egenskaper och användningsområde bedömes kan avgränsningen bli mycket snäv eller vid. Utbytbarheten på utbudssidan torde vara begränsad. Ett mjukvaruföretag borde inte ha några större problem att ställa om tillverkning och utveckling till en annan typ av programvara dock gör den aspekt att det tar relativt lång tid att utveckla ny programvara att utbytbarheten på utbudssidan är begränsad. Även aspekten att det fordras stora resurser för utveckling och marknadsföring begränsar utbytbarheten på utbudssidan.

Även avgränsningen av den geografiska marknaden blir komplicerad då en inte oansenlig mängd programvara inte bara säljs genom de vanliga försäljningskanalerna utan även via Internet. Vid försäljning via Internet kan man nästan påstå att det finns en global geografisk marknad eftersom tillgången inte är begränsad av tid och rum. Den enda begränsningen är tillgången till Internet. Begränsningar i form av transportmöjligheter och transportkostnader förekommer inte på samma sätt som vid traditionell försäljning. Kostnader vid försäljning så som lokalkostnader och lagerhållningskostnader kan minimeras vid denna typ av försäljning. Företag belägna utanför EU kan genom att sälja produkter, egentligen vad som helst,

på Internet missbruka en dominerande ställning på ett sätt som får effekt inom EU. Denna typ av problemställningar verkar inte ännu uppmärksammas av praxis och doktrin. Detta är dock ett tämligen nytt problem varför en viss eftersläpning är ganska naturlig.

Det finns i mitt tycke en aspekt som är viktig att beakta när den relevanta produktmarknaden för en programvara avgränsas. En mjukvaraproducent som har lyckats att göra sin produkt till standard på marknaden kan få stora fördelar gentemot sina konkurrenter. Om man exempelvis ser på Microsoft och dess dominans på marknaden för operativsystem finner man att den ställning som företaget lyckats uppnå ger företaget en möjlighet att agera relativt oberoende av konkurrenter. En för vid marknadsdefinition kan då ge företaget en möjlighet att i framtiden sätta konkurrensen ytterligare ur spel genom att företaget kan integrera nya produkter inom ramen för den allt för vida definitionen.

Om man skulle anse att Win95 var en relevant produktmarknad skulle Microsoft kunna lägga till och integrera flera nya produkter till operativsystemet och därmed inom ramen för marknaden och därigenom kunna ytterligare sätta konkurrensen ur spel. Sålunda skulle jag vilja påstå att marknadsdefinitionen har en stor betydelse för att begränsa integrering av programvara i ett syfte att utestänga konkurrenter. Det får givetvis inte medföra att företagen hindras i sin utveckling av nya produkter. Det finns i mitt tycke få produkter där en producent som har uppnått en position där hans produkt har utvecklats till standard kan vinna så mycket på att integrera nya produkter i den redan befintliga produkten som just programvara. Om en praxis med snäva och korrekta avgränsningar av produktmarknaden utvecklas torde det kunna begränsa programproducenternas integrering av mjukvara som ofta är betingad av konkurrensskäl.

## 6.2 Utbytbarhet av mjukvara

Vid avgränsning av den relevanta marknaden tas hänsyn till utbytbarhet på såväl utbudssidan som efterfrågesidan. Som jag tidigare nämnt i avsnitt 6.1 anser jag att möjligheterna till utbytbarhet på utbudssidan är tämligen begränsade när det gäller mjukvara. Jag kommer dock att behandla båda dessa kategorier i detta kapitel. I domstolens praxis har i det flesta fall den största vikten lagts vid utbytbarheten på efterfrågesidan. Vid tillämpning av praxis på mjukvara torde så även bli fallet. Avgränsningen av dessa produkter är till största delen avhängiga av användningsområde och egenskaper.

Produkters korspriselasticitet<sup>125</sup> används för att avgöra om två produkter tillhör samma marknad. För många produkter kan studier av förändringar i pris ge en god bild av produkters utbytbarhet. Det krävs dock att de olika

---

<sup>125</sup> Se ovan kap 5.2.1.1.

produkterna besitter de egenskaper som konsumenten söker i varan<sup>126</sup>. När det gäller programvara kan korspriselasticiteten användas, dock torde den få begränsad betydelse beroende på produktgruppens karaktär. Mjukvara är beroende av kompatibilitet dvs programmen måste kunna exekveras på det system som användaren utnyttjar. Det finns ett flertal olika typer av datorsystem<sup>127</sup> och för dessa system finns i sin tur ett antal operativsystem. I dagsläget finns det endast ett mycket begränsat antal program som fungerar oberoende av operativsystem. När man ser till en programvaras utbytbarhet är det första kriteriet för en avgränsning sålunda produktens egenskaper i fråga om kompatibilitet med olika system medan korspriselasticiteten kommer att bli av sekundär betydelse. Det torde främst vara inom en grupp av mjukvara t.ex. ordbehandlingsprogram där korspriselasticiteten kan användas som ett mått på konsumenternas syn på utbytbarheten. Givetvis går det inte att bortse från prisets betydelse när en konsument väljer produkter men prisläget är i stora drag lika för de olika produkter som konkurrerar med varandra medan de kan besitta olika egenskaper.

Förutom mjukvarans egenskaper beträffande kompatibilitet spelar produktens egenskaper angående funktion en framträdande roll. Jag kan inte se att bedömningen av detta inte skulle kunna göras enligt den praxis som utvecklats för andra typer av produkter. Eftersom det rör sig om tekniskt avancerade produkter krävs det kunskaper om mjukvarans utformning och användningsområde. Troligen har tillverkaren av produkten och den genomsnittlige användaren olika syn på produktens användningsområde. Av praxis kan man sluta sig till att det är konsumenten syn som avgör utbytbarheten. Det är konsumenten som väljer vilka produkter som kan ersätta varandra och sålunda ger upphov till den konkurrenssituation som existerar i verkligheten. Av praxis<sup>128</sup> framgår det att produkter måste vara utbytbara med hänseende till egenskaper i mer än ett begränsat avseende, detta torde vara tillämpligt även på mjukvara. Vid studier av utbytbarhet med avseende till egenskaper torde främst målgrupp och produktens egenskaper vara av betydelse. Priset blir en kompletterande faktor. Det är min uppfattning att konsumentens efterfrågan när det gäller mjukvara främst styrs av produktens egenskaper.

Det finns en stor mängd mjukvaruprodukter som består av integrerade program. Exempelvis operativsystem och officeprogram innehåller flera typer av olika program. Situationen kan vara sådan att det endast finns ett fåtal konkurrenter till den integrerade produkten medan det finns flera konkurrenter till de olika delprogram som ingår. Sålunda skulle en produkt som ingår i en integrerad mjukvara kunna utgöra en undermarknad till den första om konkurrenssituationen skiljer sig. Det resonemang som domstolen för i Hilti<sup>129</sup> och Michelin<sup>130</sup> torde kunna tillämpas även på integrerad

---

<sup>126</sup> 22/76 United Brands v. Commission [1978] ECR 207.

<sup>127</sup> För den genomsnittlige användaren är de två vanligaste PC och Mac.

<sup>128</sup> Bl.a. United Brands, Continental Can och Michelin.

<sup>129</sup> T-30/89 Hilti AG v Commission [1979] ECR 461.

<sup>130</sup> 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 1869.

mjukvara<sup>131</sup>. Med detta resonemang skulle exempelvis Win98 där IE4 är integrerad kunna utgöra en egen marknad medan IE4 ingår i en undermarknad som består av konkurrerande webbläsare när den distribueras separat.

När en relevant produktmarknad på efterfrågesidan för mjukvara avgränsas torde det krävas en bedömning av samtliga faktorer som ger producenten möjlighet att påverka konkurrenssituationen på samma sätt som för andra typer av produkter. Den främsta bedömningsgrunden torde vara de egenskaper som de olika produkterna besitter eftersom programvara har en relativt låg elasticitet beträffande produktens användningsområde. Efterfrågestrukturen varierar beroende på om produkten säljs som en del i ett programpaket eller separat. Konkurrenssituationen torde vara olika för program beroende på försäljningsmetod. Sharewareprogram och vanliga program kan inte anses konkurrera på samma villkor. Hänsyn måste tas till vilken användargrupp produkten riktar sig. Ett bildbehandlingsprogram för professionellt bruk torde exempelvis inte kunna tillhöra samma marknad som ett program för hemanvändare eftersom de olika användarna efterfrågar olika egenskaper. Det är främst i denna situation som korspriselasticiteten kan användas som bedömningsgrund. Den mer avancerade användaren anser inte att de två produkterna är utbytbara med avseende på egenskaper. Hemanvändaren å sin sida anser inte att de två produkterna är utbytbara eftersom den mer avancerade produkten är betydligt dyrare. En liten prisförändring på den enklare produkten skulle inte medföra att konsumenten valde den mer avancerade eftersom den som regel avviker betydligt i pris. Jag anser därför att priset har den största betydelsen för att avgränsa produkter som vid en ytligare studie av funktion kan anses besitta samma egenskaper.

Det finns inte några riktlinjer som avgör hur snävt en marknad kan avgränsas. Det avgörande är att avgränsningen görs korrekt så att den återspeglar den konkurrenssituation som råder i verkligheten. En samlad bedömning av alla påverkande faktorer måste göras. Vägledning från praxis kan hämtas men det återstår att vänta på ett avgörande som behandlar utbytbarhet på efterfrågesidan för mjukvara. Det som skiljer mjukvara från många andra produkter är att mjukvarubranschen utvecklas mycket fort. Detta medför att konkurrenssituationen kan förändras snabbt. Det blir då svårt att avgöra hur en marknad skall avgränsas. Det är troligt att marknaden ser annorlunda ut när ett ärende avgörs än när det inleddes eftersom ärendena behandlas långsamt i domstolen. Detta är en svårighet som domstolen kommer att ställas inför.

Praxis uttrycker att det är nödvändigt att även beakta utbytbarhet på utbudssidan när en marknad avgränsas<sup>132</sup>. För att en produkt skall kunna

---

<sup>131</sup> Se kap 5.2.1.1

<sup>132</sup> 6/72 Euroemballage and Continental Can v. Commission [1973] ECR 215, se även kap 5.2.1.2.



anses vara utbytbar på utbudssidan måste en producent kunna ändra sin produktion till att omfatta den aktuella produkten. Detta måste kunna göras under en kort tid och får inte kräva stora investeringar. Det torde vara enkelt för en mjukvarutillverkare att ändra sin produktion då det inte kräver någon större investering i tillverkningsmaskiner eller liknande. Dock tar det lång tid att utveckla ny programvara vilket medför att det blir svårt att ställa om produktionen på en kort tid. Vidare torde det krävas betydande kapital för att finansiera utvecklingen. Den främsta svårigheten finner jag dock i mjukvarumarknadens struktur. Ett fåtal produkter är ledande inom varje typ av mjukvaruprodukter. Dessa program har utvecklats till standard se t.ex. operativsystemet Win95 eller ordbehandlingsprogrammet Word. För en ny aktör på marknaden skulle det krävas stora resurser för marknadsföring och det skulle förmodligen ta lång tid innan den nya produkten skulle kunna konkurrera med den redan etablerade produkten. Detta medför att utbyttbarheten på utbudssidan är att anse som tämligen begränsad.

### **6.3 Geografisk marknad för mjukvara**

En geografisk marknad omfattar ett område där det råder relativt likartade förhållanden för utbud och efterfrågan av den aktuella produkten. Försäljning av programvara genom de traditionella kanalerna torde inte ge upphov till en annorlunda bedömning än vid försäljning av andra produkter. Dock har programvara några särdrag som kan vara värda att beakta. Många mjukvaruprodukter skrivs på flera språk beroende på avsett land. Sålunda torde det råda olika förhållanden angående efterfrågan beroende på språket i landet vilket skulle kunna leda till att den geografiska marknaden bestäms till de områden där de olika språkversionerna efterfrågas. Detta skulle sålunda resultera i att marknaden bedöms mindre än hela gemenskapen. För engelskspråkiga program torde dock hela EU kunna anses utgöra den geografiska marknaden.

Mjukvara distribueras och efterfrågas idag i huvudsak på två olika sätt. Den traditionella vägen är att konsumenten köper programmet på disketter eller cd-rom från en återförsäljare. Denna försäljningsmetod har under senare år kommit att kompletteras med försäljning via Internet. Internetförsäljningen bedrivs på ett antal olika sätt. Det finns ett flertal företag som använder Internet för postorderverksamhet. Hemsidan har ersatt den traditionella postorderkatalogen. Kunden beställer via Internet och får produkten hemskickad. Produkten kan också distribueras via Internet. Kunden gör sin beställning, betalar och kan sedan ladda ner produkten direkt till sin dator. Genom försäljning via Internet kan företagen hålla nere sina transport-, lagerhållnings- och lokalkostnader. Vidare torde det faktum att de olika Internetaktörerna befinner sig i olika länder och därmed verkar under olika förhållanden påverka bedömningen. Detta torde medföra att det inte kan anses råda samma konkurrensförhållanden vid traditionell försäljning som vid Internetförsäljning. Den geografiska marknaden vid Internetförsäljning torde vara på gränsen till global då det enda som egentligen kan påverka

försäljningen i tid och rum är tillgången till Internet. Generellt anser jag att man kan se hela EU som marknad för programvara vid traditionell försäljning. Det torde råda en homogen konkurrenssituation inom EU. De faktorer som kan påverka bedömningen är i huvudsak de samma inom hela gemenskapen. Avgränsning av geografisk marknad vid Internetförsäljning blir mer komplicerad då det är svårare att särskilja de förhållanden som påverkar bedömningen.

## **6.4 Relevant marknad för operativsystem och webbläsare**

Problemen med att tillämpa EG-rättens praxis på mjukvaruprodukter har som tidigare uppmärksammats inte blivit föremål för närmare behandling. Utgången av processen som pågår mot Microsoft är mycket beroende av hur den relevanta marknaden för Microsofts operativsystem och webbläsare avgränsas. Min avsikt i detta kapitel är att försöka ge ett svar på denna fråga genom att tillämpa domstolens praxis på dessa produkter.

Microsoft är anklagade för att ha utnyttjat sitt monopol på marknaden för operativsystem för att öka sina marknadsandelar på marknaden för webbläsare. Microsoft har sedan introduktionen av MS-Dos haft en monopolliknande ställning för operativsystem. Genom att integrera webbläsaren IE i operativsystemet Win95 påstås Microsoft ha utnyttjat denna monopolställning för att undanröja konkurrenter bland de företag som producerar webbläsare. Microsoft hävdar att IE är en integrerad del av operativsystemet och att hela produkten skall betraktas som en produktmarknad.

Den huvudsakliga konkurrenten till IE är Netscapes Navigator. Netscape hade innan IE släpptes 1995 mycket stora marknadsandelar då Navigator var den ledande av få tillgängliga webbläsare. Genom aggressiv marknadsföring och diverse andra metoder tog Microsoft snabbt marknadsandelar från Netscape. I dagsläget har de två företagen ungefär 40% vardera av marknaden för webbläsare. När IE först släpptes var programmet ett komplement som inte ingick i Win95. Kunden fick själv införskaffa programmet och installera det. Programmet fanns tillgängligt främst genom Internet, det sk Pluspaketet och genom Internetoperatörer. När Microsoft släppte en uppdaterad version av Win95 (OSR2) 1996 ingick IE3 som en del av operativsystemet. I den nyligen släppta uppföljaren till Win95, Win98, ingår IE4 som en fullt integrerad del av operativsystemet.

Samtidigt som IE har följt med som en del av operativsystemet har programmet också funnits tillgängligt separat. Konsumenter som har önskat införskaffa IE har kunnat göra det gratis för att sedan installera programmet på sina datorer. IE har sålunda marknadsförts dels som en del av Win95 och dels som ett eget program. Dessutom finns det versioner tillgängliga för icke PC system. Win95, Win98 och IE saluförs i huvudsak genom fyra olika

kanaler. Majoriteten av operativsystemen säljs till OEM´s som installerar produkten i nya datorer som sedan säljs till konsumenter. En mindre del av operativsystemen säljs direkt till slutanvändare. IE saluförs främst genom samdistributionen med operativsystemet. Vidare distribueras IE genom Internet och ISP´s.

När en relevant marknad skall avgränsas för dessa produkter ligger problemet i att avgöra om Win95/98 och IE utgör en eller flera produktmarknader. Som jag kan se det finns det tre olika sätt att se på problemet. Antingen kan IE ses som en integrerad del av operativsystemet och då utgör hela produkten Win95/98 en produktmarknad. Vidare kan man se operativsystemet och IE som två separata produkter och sålunda som två separata marknader. Slutligen skulle produkterna kunna indelas i en huvudmarknad där hela produkten Win95/98 med webläsaren integrerad ingår samt en undermarknad där alla webläsare för separat installation i Win95/98 ingår.

Win95/98 är ett operativsystem men innehåller funktioner som går utöver vad som normalt kan anses utgöra ett operativsystem. Systemet innehåller förutom de grundläggande funktioner som krävs av ett operativsystem funktioner för bl.a. diskunderhåll, ljud- och bilduppspelning samt webläsare och e-mailklient. När en produktmarknad avgränsas är det grundläggande att studera utbyttbarheten på efterfrågesidan, dvs finna de produkter som kan ersätta den aktuella produkten och som säljs under liknade konkurrensvillkor. Sålunda gäller det att bestämma vilka andra operativsystem och andra program kan ersätta Win95/98 och ge samma funktion för användaren. När denna avgränsning görs är det viktigt att ha i åtanke att avgränsningen skall spegla verkligheten och inte bara vara fiktiv.

Den första gränsdragningen som kan göras är att se till vilket system operativsystemet är avsett för. Det finns i dagsläget ett antal datorsystem där den Intelbaserade PC´n<sup>133</sup> är den vanligaste. Ett operativsystem skrivet för ett system fungerar inte på ett annat utan betydande modifiering och kan därför inte anses utgöra ett realistiskt alternativ för OEM´s och PC-användare.

Sålunda får operativsystem för den Intelbaserade PC´n anses utgöra en egen produktgrupp. Win95/98<sup>134</sup> är ett operativsystem i denna produktgrupp och utgör tillsammans med främst WinNT, OS/2, Unix, Linux och BeOS de tillgängliga alternativen för en PC-ägare. Operativsystemets uppgift är att sköta interaktionen mellan CPU´n och övrig hårdvara i datorn. Vidare kontrollerar och styr operativsystemet samverkan mellan hårdvara och applikationer. Operativsystemet är den enda tillgängliga programvara som kan lösa dessa uppgifter och det finns därför inte någon annan typ av programvara som kan ersätta det.

---

<sup>133</sup> Datorer som bygger på Intel x86, Pentium, Pentium Pro, Pentium II samt Intelkompatibla processorer.

<sup>134</sup> Det kan vara värt att nämna att Win98 inte kan anses vara ett nytt operativsystem. Det är snarare en uppgradering av Win95 och är fullt kompatibelt med Win95.

Programvara skriven för ett operativsystem kan endast i undantag köras på ett system som har ett annat operativsystem installerat. Detta medför att operativsystemen inte är utbytbara om konsumenten vill använda en viss typ av programvara. Ca 90% av all programvara skrivs idag för Windows. För en användare som vill kunna ha en stor valfrihet och använda de nyaste och populäraste applikationerna är något av Microsofts operativsystem det enda realistiska alternativet. Det finns en liten mängd program som är plattformsoberoende men denna grupp får anses vara för liten för att påverka bedömningen. Varje operativsystem som hanterar en viss typ av programvara kan därför anses utgöra en egen produktmarknad eftersom de inte är utbytbara sinsemellan.

Inom gruppen Windowsoperativsystem ryms tre produkter: Win95, Win98 och WinNT. Win95 och Win98 riktar sig till samma användargrupp som består av främst hemanvändare och företag. Med detta operativsystem kan användaren utnyttja en stor mängd program och spel. WinNT riktar sig mot mer professionella användare som prioriterar ett stabilt system. Systemet är inte lika lättanvändbart som WIN95/98 och kan inte användas för att köra den mängd program som skrivs för Win95/98. WinNT och Win95/98 utgör därför två separata produktmarknader eftersom de endast i begränsad mån är utbytbara med hänsyn till den programvara som kan köras på de olika systemen. Då de olika operativsystemen har olika egenskaper och kompatibilitet torde inte en liten prisökning på Win95/98 resultera i att konsumenten väljer WinNT. Korspriselasticiteten är av underordnad betydelse då det råder en liten egenskapselasticitet för dessa produkter.

Webläsaren är en programvara som ger PC-användaren möjlighet att lokalisera och använda innehåll och applikationer på Internet. Programmet är en nödvändighet för den som vill utnyttja Internet då det är effektivt, enkelt och snabbt. Det finns i dagsläget inget annat program som kan ersätta webläsarens funktioner. De två webläsarna med störst marknadsandelar är producerade av Netscape och Microsoft. Dessa två produkter innehåller förutom webläsaren bl.a. program för hantering av e-mail. Förutom dessa två produkter finns det ett fåtal andra webläsare avsedda för windowssystem. IE och Navigator har ungefär samma funktioner. Programmen löser samma uppgifter och båda fungerar lika bra i windowsmiljö. De båda produkterna distribueras på samma sätt och betingar samma pris, i dagsläget gratis. En liten prisökning på den ena produkten skulle med stor sannolikhet resultera i att konsumenten valde den andra webläsaren. Med tanke på egenskaper och korspriselasticitet anser jag att IE och Navigator kan hänföras till en separat produktmarknad, webläsare.

Win95/98 är egentligen inte ett operativsystem i traditionell mening. Programmet, egentligen är det flera integrerade program, innehåller betydligt fler funktioner än vad som krävs för att ett program skall kunna karaktäriseras som ett operativsystem. Det får anses vara klart att det finns en produktmarknad för Win95/98 och en produktmarknad för webläsare. Då

IE ingår som en del av Win95/98 har frågan uppkommit i det amerikanska målet om det går att se Win95/98 med IE integrerad som en produktmarknad. DOJ hävdar att de två produkterna tillhör separata marknader och att IE inte skall tillåtas utgöra en del av operativsystemet då det leder till konkurrensnackdelar för övriga producenter av webbläsare. Microsoft har genom hela processens gång hävdat att IE är en integrerad del av Win95/98 och att produkten skall utgöra en egen produktmarknad.

Win95/98 är förvisso ett operativsystem men när frågan beaktas får man inte glömma att det är fråga om en produkt som hela tiden utvecklas efter det behov som datoranvändaren kan anses ha. Förhoppningsvis är det så att konsumenternas behov styr utvecklingen och inte att Microsoft utvecklar konsumentens behov. Win95/98 ger konsumenten ett användarsystem som ger möjlighet att använda alla de grundläggande funktioner som en dator kan förväntas ha. Möjligheten att utnyttja Internet får anses vara en av dessa funktioner. Microsoft är inte de enda företag som levererar ett operativsystem där en webbläsare ingår. Operativsystemen OS/2, Linux och BeOS innehåller webbläsare. I mitt tycke har utvecklingen gjort att det inte går att begränsa sig till begreppet operativsystem. När en konsument köper en ny dator vill han ha ett system som ger honom alla de grundläggande möjligheter som en dator erbjuder. Begreppet operativsystem kan ersättas av begreppet användarsystem där alla de grundläggande funktioner för datoranvändning, som t.ex. internettillgång, bild- och ljudpresentation ingår. Sålunda anser jag att Win95/98 med IE integrerad kan ses som en egen produktmarknad med hänsyn till de egenskaper produkten besitter och det användarbehov som kan antas finnas.

När denna avgränsning görs måste en viktig aspekt tas i åtanke. En definition av denna typ ger Microsoft en möjlighet att i framtiden integrera fler separata produkter i användarsystemet och därmed ytterligare möjlighet att sätta konkurrensen ur spel. Dock anser jag att med tanke på vad den genomsnittlige konsumenten efterfrågar kan en avgränsning av denna typ vara korrekt. En exakt gränsdragning för vad som skall kunna ingå i ett användarsystem torde vara lämplig för att i framtiden begränsa Microsofts eventuella försök till ökad dominans.

I praxis<sup>135</sup> har domstolen funnit att en produkt som ingår som en del i en annan produkt under vissa förutsättningar kan utgöra eller ingå i en annan produktmarknad. En förutsättning för detta är att efterfrågestrukturen och konkurrenssituationen är olika beroende på hur produkten används. Det torde råda en annan efterfrågan på webbläsare för installation i Win95/98 än vad det gör för hela operativsystemet. Webbläsaren för efterinstallation distribueras inte på samma sätt som Win95/98. Det finns ingen reell konkurrent till Win95/98, på marknaden för webbläsare är däremot Microsoft utsatt för konkurrens. Det faktum att IE har distribuerats och sålts för separat

---

<sup>135</sup> Bl.a. T-30/89 Hilti AG v Commission [1991] ECR II-1439 och 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

installation, inte bara för windowssystem talar för att det finns en reell marknad för webbläsare. I Michelin<sup>136</sup> ansåg domstolen att hjul till vissa typer av fordon tillhörde olika relevanta produktmarknader beroende på om de såldes som en del av fordonet eller som reservdel. På liknade sätt anser jag att beroende på om IE ingår som en del av Win95/98 eller säljs som en separat produkt kan IE anses tillhöra olika produktmarknader. Efterfrågestrukturen och konkurrenssituationen är olika beroende på hur produkten säljs. Sammanfattningsvis anser jag att Win95/98 med IE integrerad utgör en egen produktmarknad skild från övriga operativsystem. Vidare finner jag att programgruppen webbläsare för separat installation i windowssystem utgör en separat produktmarknad. Den geografiska marknaden för dessa båda produktgrupper får anses vara hela gemenskapen. Möjligen skulle hänsyn kunna tas till vilket språk programmet är skrivet på och då kunna medföra en snävare geografisk marknad.

---

<sup>136</sup> 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.



# 7 Underprissättning av mjukvara

## 7.1 Allmänt om underprissättning

Underprissättningen är ett av de prismissbruk som omfattas av uppräkningsen i art 86. När en vara säljs till ett pris som understiger de kostnader företaget har för att sälja och tillverka produkten innebär det en svårighet för konkurrenter som inte kan hålla detta låga pris att konkurrera på marknaden. Effekten av underprissättning kan därför bli att svagare konkurrenter drivas från marknaden. När de konkurrerande företagen lämnat marknaden kan det dominerande företaget tjäna in förlusten genom att öka prisnivån oberoende av konkurrenter. För ett icke dominerande företag är detta förfarande tillåtet men för ett företag som har uppnått en dominerande ställning på en marknad är det som regel förbjudet enligt art 86 att underprissätta produkter i syfte att driva konkurrenter från marknaden. Det kan dock vara svårt att särskilja normal priskonkurrens från underprissättning. Sänkta priser kan vara en indikation på att det finns en fungerande konkurrens på marknaden. Priset är det vanligaste konkurrensmedlet och det är naturligt att företag försöker konkurrera genom att hålla låga priser. Domstolen fann i Tetra Pak II<sup>137</sup> att när ett företags priser är betydligt lägre än dess konkurrenters priser är det dominerande företags prissättning sannolikt inte ett svar på en prispress från dessa konkurrenter utan en underprissättning.

I Akzo<sup>138</sup> slog domstolen fast vissa riktlinjer angående när en vara kan anses vara underprissatt. Domstolen fann att priser, som understiger den rörliga kostnaden<sup>139</sup>, med vilka det dominerande företaget försöker undanröja konkurrenter utgör ett missbruk. Ett dylikt försäljnings sätt resulterar i förluster och på längre sikt kan det enda syftet med att sådant förfarande vara att minska konkurrensen och därmed stärka den dominerande ställningen och vinsten. När ett pris är högre än den rörliga kostnaden men lägre än den totala kostnaden kan ett missbruk föreligga om prissättningen är en del av en strategi att undanröja konkurrenter. Det torde dock som regel vara svårt att påvisa att ett företags agerande syftar till att eliminera konkurrenter. Domstolens ståndpunkt i Akzo har senare fastslagits i Tetra Pak II<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> C-333/94 P Tetra Pak SA v Commission [1996] ECR I-5951.

<sup>138</sup> C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359, p.71-71.

<sup>139</sup> De totala kostnaderna utgörs av rörliga och fasta kostnader. De fasta kostnaderna är utgifter som är oberoende av produktionens storlek medan rörliga kostnader är beroende av produktion exempelvis materialkostnader. Den genomsnittliga rörliga kostnaden är den rörliga kostnaden i förhållande till producerade enheter.

<sup>140</sup> C-333/94 P Tetra Pak SA v Commission [1996] ECR I-5951.



I amerikansk och brittisk konkurrensrätt krävs att det dominerande företaget skall ha en realistisk möjlighet att återhämta de förluster som prissättningen lett till för att det skall vara möjligt att klassificera ett agerande som underprissättning<sup>141</sup>. Om ett företag har möjlighet att tjäna in de förluster underprissättningen lett till kan prissättningen ses som en investering. Företaget försvagas på kort sikt men på längre sikt styrker företaget sin dominerande ställning och ökar sina vinster. Om däremot företaget inte kan anses ha möjlighet att profitera på agerandet är det sannolikt att det inte kommer leda till en försvagning av konkurrensen. Tetra Pak II<sup>142</sup> uttalade domstolen dock att det inte är nödvändigt att finna att företaget kan tjäna in sina förluster för att det skall vara fråga om underprissättning. Domstolen ansåg att det måste vara möjligt att bestraffa underprissättning redan när det finns en risk att konkurrenter kan bli utestängda från marknaden och att konkurrensen därmed försvagas.

## 7.2 Underprissättning av webbläsare

Att använda prissättning som verktyg för att öka omsättning och marknadsandelar torde vara vanligt inom varje bransch. Den praxis angående underprissättning som har vuxit fram genom domstolens tillämning av art 86 kan tillämpas på alla produkter. Kostnader för utveckling, produktion och försäljning har stor betydelse när det skall avgöras om ett dominerande företag underprissätter en produkt. Mjukvara är en produkt som kräver stora summor i utveckling. Kostnaden för produktion när väl programmet är utvecklat torde vara låg eftersom produktionen normalt består av att kopiera programkoden till en cd-rom skiva. Distributionskostnader för program är också förhållandevis låga. När en konsument köper en mjukvara är det främst utvecklingskostnaden som konsumenten får betala för. När kostnaden för en produkt beräknas bör utvecklingskostnaden för produkten slås ut på alla producerade enheter för att ge en rättvisande bild av den verkliga kostnaden. När en bedömning av om en programvara kan anses vara underprissatt måste det på liknande sätt som med andra produkter göras en noggrann analys av företagets kostnader.

När konkurrensen på en marknad står mellan två likvärdiga produkter torde priset vara det främsta medlet för att få vågen att väga över åt ett håll. På en marknad där det endast finns två stora aktörer bör frånfallet av den ena leda till stora konkurrensackdelar. När Microsoft lanserade IE valde företaget att ge bort produkten gratis. DOJ hävdar att detta var ett led i en uttalad strategi från Microsofts sida som syftade till att eliminera Netscape. Netscape har ursprungligen tagit betalt för sin produkt men när IE under förra året började uppnå samma marknadsandelar som Navigator beslöt företaget att också dela ut produkten gratis för att kunna konkurrera med Microsoft. Det är sannolikt att den rörliga kostnaden för IE överstiger noll

---

<sup>141</sup> Jones , Distinguishing Predatory Prices from Competitive Ones, [1995] 5 EIPR 252.

<sup>142</sup> C-333/94 P Tetra Pak SA v Commission [1996] ECR I-5951.

kronor. Microsofts agerande skulle då utgöra en enligt art 86 förbjuden underprissättning. Agerandet medför en risk att andra producenter av webbläsare skall drivas från marknaden.

För det fall kostnaden understiger den totala kostnaden men överstiger den rörliga kostnaden krävs det att domstolen skall kunna påvisa att agerandet är ett led i en strategi som syftar till att driva konkurrenter från marknaden. Innan Microsoft lanserade IE försökte företaget förmå Netscape att dela upp marknaden för webbläsare. När Netscape avböjde startade Microsoft en omfattande kampanj för att lansera sin produkt och för att ta marknadsandelar från Netscape. I sin stämningsansökan påvisar DOJ ett flertal dokument och referat från möten där Microsoft uttalar att företagets strategi är att driva Netscape från marknaden. Det är uppenbart att Microsofts ageranden syftar till att ta marknadsandelar från Netscape. Det kan dock vara svårare att påvisa en direkt avsikt att driva Netscape från marknaden. Microsoft har insett att webbläsaren utgör ett stort hot mot företagets operativsystemsmonopol. Det torde därför vara företagets avsikt att få kontroll över denna marknad för att i framtiden styra utvecklingen till egen fördel. Det är möjligt att Microsoft inte strävar efter att totalt eliminera Netscape från marknaden men det är mycket sannolikt att företagets mål är att försvaga Netscape och övriga konkurrenter till egen fördel. I Akzo<sup>143</sup> uttalar domstolen att det krävs att ett företags agerande är ett led i en strategi att driva konkurrenten från marknaden. Jag finner att Microsofts agerande kan anses vara av den karaktären. Agerandet syftar till att försvaga Netscape och därmed ge Microsoft kontroll över marknaden. Ett dylikt händelseförlopp innebär en avsevärd risk för att Netscape på längre sikt kan drivas från marknaden framförallt med tanke på Microsofts styrka på andra närliggande marknader.

Ur Microsofts resultatrapport<sup>144</sup> kan man finna att företaget finansierar integreringen och lanseringen av IE genom inkomster från övriga produkter främst då operativsystemen. Microsoft är dominerande på marknaden för operativsystem men det eventuella missbruket utförs och har sin effekt på marknaden för webbläsare. Normalt krävs det ett samband mellan den dominerande ställningen och missbruket. I Tetra Pak II<sup>145</sup> fann domstolen att det kan utgöra ett missbruk av dominerande ställning om missbruket utövas och har sin effekt på en särskild men närliggande marknad där företaget inte har en dominerande ställning. Om ett företag har en monopollikande ställning på en marknad och en ledande ställning på en närliggande marknad kan företaget anses ha en dominerande ställning också på denna närliggande marknad. I fallet hade det dominerande företaget ca 35% av marknaden på den närliggande marknaden medan den närmaste konkurrent hade 15%. Microsoft och Netscape har ungefär lika stora marknadsandelar på marknaden för webbläsare. Det två marknaderna har en nära koppling och

---

<sup>143</sup> C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

<sup>144</sup> Microsofts Announces Record Fiscal 1998 Revenue and Income, <http://www.microsoft.com/msft/earnings/earnq498.htm>.

<sup>145</sup> C-333/94 P Tetra Pak SA v Commission [1996] ECR I-5951.

Microsofts ställning på marknaden för operativsystem ger det en stor konkurrensfördel även på marknaden för webbläsare. För det fall att praxis i Tetra Pak II inte kan tillämpas torde Microsofts agerande ändå utgöra missbruk av dominerande ställning. Enligt EG-rätten är det inte förbjudet att försöka uppnå en dominerande ställning men det torde inte vara förenligt med art 86 att utnyttja en dominerande ställning på en marknad för att uppnå dominerande ställning på en annan. Microsofts agerande på marknaden för webbläsare som möjliggörs av företagets dominans på marknaden för operativsystem syftar till att skapa en dominerande ställning även på denna marknad. Att agera på detta sätt torde utgöra ett missbruk av dominerande ställning då handlandet allvarligt påverkar konkurrensen på marknaden för webbläsare.

# 8 Koppling av mjukvara

## 8.1 Allmänt om koppling

Kopplingsförbehållet är ett av de missbruk som räknas upp artikel 86<sup>146</sup>. Missbruket består i att ett företag som har en dominerande ställning på en marknad och som är aktivt men saknar dominerande ställning på en annan marknad utnyttjar sin ställning på den dominerande marknaden för att få konsumenter att välja företagets produkter på den andra marknaden. Om exempelvis företaget A tillverkar och har en dominerande ställning på marknaden för soptunnor utgör det ett kopplingsförbehåll att villkora köpet av soptunnor av att konsumenten även köper soppåsar från företaget. Företaget försöker alltså framtvunga att konsumenten väljer företagets produkter på den marknad där det inte har en dominerande ställning och där konkurrens sålunda råder. Såväl koppling av tjänster som produkter omfattas av förbudet. Att exempelvis kräva att konsumenten skall köpa all sin service på en bil från företaget för att få köpa bilen är ett exempel på koppling av produkter och tjänster. Exempel på koppling av produkter och service ges i Tetra Pak II<sup>147</sup> där Tetra Pak föreskrev att företagen var tvungna att köpa all service och alla reservdelar från Tetra Pak för att få köpa förpackningsmaskiner. Av Tetra Pak II<sup>148</sup> och Hilti<sup>149</sup> framgår också att företagen normalt inte kan använda hälso- och säkerhetsaspekter för att rättfärdiga kopplingen av två separata produkter eller tjänster.

Effekten av en koppling är att konkurrerande företag stängs ute från marknaden för den kopplade produkten. Företaget torde normalt inte göra ekonomiska vinster på att sälja de två produkterna tillsammans utan den verkliga vinsten består i att konkurrensen på marknaden för den kopplade produkten minskar. Kopplingsförbehållet blir en metod för att försöka utöka den dominerande ställningen till att även omfatta den andra marknaden. I Telemarketing<sup>150</sup> fastslog domstolen att det även utgör ett missbruk att koppla ett annat företags produkter till den produkt som det dominerande företaget tillhandahåller.

En förutsättning för att ett förfarande skall utgöra ett kopplingsförbehåll är att det är två separata produkter som kopplats. Lagtexten föreskriver att produkterna skall sakna samband såväl till sin natur som i handelsbruk. Två komponenter i ett större system utgör en produkt. Exempelvis är det inte en koppling att sälja en bil med motor. Däremot hade det utgjort en koppling om bilförsäljaren hade villkorat köpet av att konsumenten skulle köpa sin

---

<sup>146</sup> RomF art86 p4.

<sup>147</sup> C-333/94 Tetra Pak SA v Commission [1996] ECR I-5951.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR 1439.

<sup>150</sup> 311/84 CBEM(Telemarketing) v CLT & IPB [1985] ECR 3261.

motorolja från bilförsäljaren. För vissa typer av produkter kan det vara svårt att avgöra om det är fråga om en produkt som består av integrerade delar eller om två separata produkter som kopplats. Domstolen har i sin praxis satt en relativt hög tröskel för när ett samband mellan två produkter kan anses föreligga. Normalt är det fråga om två produkter om de båda produkterna efterfrågas separat på marknaden och om det är möjligt att effektivt försälja produkterna.

I Hilti<sup>151</sup> fann domstolen att företagets spikmagasin och spikar utgjorde två separata produkter. Att villkora köpet av spikmagasinet av att konsumenten även köpte företagets spikar utgjorde en otillåten koppling då produkterna kunde anses sakna samband. Det fanns en efterfrågan på de olika produkterna och det fanns flera företag som tillverkade de Hilti kompatibla spikarna. De olika produkterna fanns tillhöra olika produktmarknader med hänsyn till deras olika efterfrågestruktur och konkurrenssituation. Eftersom det krävs två separata produkter för att ett kopplingsförbehåll skall kunna anses vara för handen kan normalt ej två produkter tillhöra samma produktmarknad. Marknadsdefinitionen är därför viktig då det skall avgöras om ett företags agerande utgör en förbjuden koppling.

## 8.2 Koppling av operativsystem och webbläsare

Det torde ofta vara svårt att avgöra om en programvara utgör en eller flera produkter. Dagens mjukvaruprodukter blir mer och mer integrerade och tillgodoser flera behov hos användaren. Det är relativt vanligt att när en konsument köper datorkomponenter eller programvara får han andra program med utan kostnad. Detta förfarande brukar populärt kallas för ”bundling”. Normalt är detta ett sätt för företagen att marknadsföra nya produkter och att väcka konsumentens intresse för dem. Om ett dominerande företag utför denna bundling dvs skickar med en konkurrensutsatt produkt med den produkt som företaget har en dominerande ställning för kan det innebära nackdelar för konkurrenter till den bundlade produkten. Om köpet av den bundlade produkten är en förutsättning för att den huvudsakliga produkten skall få köpas kan agerandet klassificeras som ett kopplingsförbehåll. Så är exempelvis fallet när huvudprodukten endast finns tillgänglig tillsammans med den påstått kopplade produkten. Det krävs då att det går att fastställa att det är fråga om två separata produkter och inte två delar av ett större system.

DOJ påstår att Microsofts samförsäljning av Win95/98 och IE utgör en otillåten koppling. För det fall det går att fastställa att de två produkterna är separata bör agerandet utgöra en otillåten koppling enligt EG-rätten. Microsoft hävdar att IE är en del av operativsystemet och att integreringen är en del av utvecklingen av systemet. En mjukvaruproducent har givetvis en rätt att utveckla sina produkter men problemet är att avgöra hur långt denna

---

<sup>151</sup> T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR 1439.

utveckling kan drivas på konkurrerande företags bekostnad. Som framgått av ovan måste det vara två separata produkter som kopplats för att agerandet skall kunna anses utgöra ett missbruk. Om två produkter som tidigare har varit separata till sin funktion och försäljning integreras till att vara en produkt kan det påverka konkurrensen. Om en produkt från en konkurrensutsatt marknad integreras med en produkt från en marknad där företaget har en dominerande ställning innebär detta en avsevärd nackdel för konkurrerande producenter av den integrerade produkten.

I fallet Microsoft innebär integreringen av Win95/98 och IE ett avsevärt avbräck för Netscape. Eftersom i stort sett alla persondatorer utrustas med Microsofts operativsystem kommer de också att utrustas med IE. Genom att integrera produkter kan det dominerande företaget utnyttja sin dominerande ställning för att ta marknadsandelar på konkurrensutsatta marknader. Risken finns att utvecklingen av nya integrerade produkter blir ett verktyg vars främsta mål inte är att främja produktens funktion utan att påverka konkurrensen till det dominerade företags fördel. Att dra gränsen för vad som gör en konkurrensbegränsande integrering och vad som utgör en vidareutveckling av en produkt är mycket svårt.

En integrering av produkter som i huvudsak betingas av konkurrenshänsyn torde utgöra en enligt art 86 otillåten koppling. En förutsättning för detta är att produkterna tidigare utgjort separata produkter och att de effektivt kunnat saluföras separat. Om det finns efterfrågan för den integrerade produkten även om det finns efterfrågan för den integrerade delen separat torde den integrerade produkten utgöra en produkt. Förutom att det skall finnas en efterfrågan på den kopplade produkten bör det faktum att integreringen medför en förbättring av produkten medföra att integreringen kan anses vara betingad av vidareutveckling. Om integreringen tillfredsställer ett behov och förbättrar produktens egenskaper kan integreringen ses som en tillåten vidareutveckling och inte som en otillåten koppling. En förutsättning för detta är att programvaran verkligen är integrerad. Det får inte vara fråga om två separata program som distribueras på samma cd-rom skiva. De två programvarorna får inte kräva separat installation och det torde krävas att konsumenten uppfattar det som att han installerar en produkt på sin dator.

Jag har tidigare funnit att Win95/98 med IE integrerad och IE såld separat tillhör olika produktmarknader. En sådan marknadsdefinition gör att en integrering av Win95/98 och IE inte kan anses utgöra ett kopplingförbehåll. Jag anser att integreringen av IE och Win98 svårligen kan angripas eftersom det är fråga om en ny vidareutvecklad produkt. Microsoft har uppmärksammat konsumenternas behov av ett system som utnyttjar datorns resurser. Win98 är förvisso inte ett helt nytt system men det utgör ändå en ny vidareutvecklad form av Win95. Win98 har inte sålts separat utan webläsare. Jag finner därför att IE kan anses vara en del av en ny vidareutvecklad produkt. Win95 har tidigare sålts utan webläsare och syftet med integreringen av IE till denna produkt är därför mer tveksamt. Det är

därför mer sannolikt att integreringen av Win95 och IE utgör en förbjuden koppling.

Webläsaren är ur teknisk synvinkel utan tvekan en produkt separat från operativsystemet. Produkterna löser olika uppgifter och operativsystemet är inte beroende av webläsaren för sin funktion. Microsoft har tidigare sålt de två produkterna separat. Även efter att Microsoft började integrera IE i operativsystemet har webläsaren sålts separat. Något som talar för att IE inte är en del avsedd för Win95/98 är att produkten även tillverkas i versioner kompatibla med andra operativsystem. På rent objektiva grunder är det därför svårt att finna att IE är en del av operativsystemet. Om en parallell dras till bilar kan det anses att motor och däck är två separata produkter men de ingår i en annan produkt, bilen. Bilen säljs som en integrerad produkt men samtidigt säljs delarna separat. På liknade sätt kan Win95/98 anses bestå av flera delar som utgör ett användarsystem. En sammankoppling av flera tidigare separata produkter bildar en ny produkt fastän vissa av delarna även finns att tillgå separat.

För det fall att Win95/98 och IE är att anse som två separata produkter utgör agerandet en otillåten koppling. Microsoft har utnyttjat sin ställning på marknaden för operativsystem för att öka sin marknadsmakt på marknaden för webläsare. Det finns mycket som talar för att integreringen är betingad av främst ett syfte att minska Netscapes marknadsställning. Om frågan ses ur ren konkurrenshänsyn torde det vara lämpligt att stoppa integreringen av program till operativsystemet. Microsofts monopol på operativsystem ger företaget en stor möjlighet att sätta konkurrensen ur spel. Genom att definiera vad som utgör Win95/98 kan fortsatta försök till integrering stoppas. Om IE utgör en separat produkt skild från operativsystemet utgör all integrering av IE till Win95/98 en otillåten koppling. Ett resonemang på denna linje skulle stoppa framtida försök från Microsoft att utnyttja sitt monopol för att dominera nya produktmarknader.

Jag anser att det uppstår ett problem när konkurrensrätten skall tillämpas på förevarande frågeställning. Möjligheten att finna en otillåten koppling beror på marknadsdefinitionen. När den relevanta produktmarknaden avgränsas bestäms om produkter skall tillhöra en eller flera marknader. Denna definition avgör om det går att finna om produkter är kopplade. När produktmarknaden avgränsas tas hänsyn till efterfrågestruktur och produktens egenskaper. Utbytbarheten avgörs utifrån konsumentens uppfattning. Detta gör att det går att anse att Win95/98 med IE integrerad och IE såld separat utgör två marknader. Samtidigt skall en fråga om koppling av två produkter avgöras från produkternas objektiva egenskaper. Det är inte säkert att produktens objektiva egenskaper faller samman med vad konsumenten anser utgör en utbytbar produkt. Om enbart produktens objektiva egenskaper beaktas är det möjligt att man finner att den integrerade produkten egentligen är två kopplade produkter. Syftet med marknadsdefinitionen är att finna de produkter som konkurrerar med varandra. Utbytbarheten styrs av konsumentens uppfattning och skall ge en

bild av hur konkurrenssituationen ser ut i verkligheten. När det gäller integrerade produkter påverkar marknadsdefinitionen möjligheten till att finna en koppling av de två produkterna. Definitionen av den relevanta produktmarknaden är avgörande för om det går att finna ett missbruk i form av koppling. Två produkter kan vara kopplade och medföra betydande konkurrensnackdelar fast en marknadsdefinition ger att det endast är fråga om en produkt och sålunda blir det omöjligt att finna att det föreligger ett kopplingsförbehåll. Bedömningen av om två produkter är kopplade och om de tillhör samma marknad görs på olika grunder. När det gäller integrerade mjukvaruprodukter är det synnerligen viktigt att en korrekt marknadsdefinition görs.

Integrering av två eller fler programvaror som främst är betingad av strävan att påverka konkurrensen till egen fördel torde utgöra ett missbruk av dominerande ställning som är att likna med koppling av produkter. Ett företag som tillverkar ett program och som har en dominerande ställning på marknaden för det programmet har stora möjligheter att påverka konkurrensen på marknader för andra program genom integration. Om företaget integrerar de konkurrensutsatta programmen i den dominerande produkten kan en betydande del av konkurrensen sättas ur spel. Integreringen medför en större konkurrensrättslig risk än vad kopplingen gör. När det är fråga om koppling går det att särskilja två produkter som sammankopplats för att vinna konkurrensfördelar. Integreringen medför en svårighet att avgöra om produkten består av flera integrerade delar eller av flera kopplade produkter. En bedömning av om en integrering av programvara utgör missbruk av dominerande ställning kräver en väl avvägd bedömning av konkurrenshänsyn i förhållande till företagets rätt att utveckla sina produkter.

Integreringen av Win95/98 och IE utgör inte en koppling av två produkter. Win95/98 med IE integrerad utgör sammantaget en egen produkt och det finns grund för att finna att den produkten utgör en separat produktmarknad skild från marknaden för separata webbläsare. Det finns dock skäl för att anse att integreringen är betingad mer av konkurrenshänsyn än av strävan att utveckla nya bättre produkter. Utfallet av en domstolsbedömning har mycket stor betydelse för framtiden. Om domstolen finner att integreringen av IE i Win95/98 inte strider mot konkurrensrätten möjliggör det för företag att i framtiden förfara på liknade sätt för att driva ut konkurrenter från marknader där företagen är dominerande. Samtidigt skulle ett motsatt utslag begränsa mjukvarutillverkarnas frihet att utveckla sina produkter i framtiden.



## 9 Microsoft- Ett innovativt företag eller datorvärldens Pac-Man?

En amerikansk senator liknade i ett tal Microsoft vid den lilla gula figuren i datorspelet Pac-Man. Likt Pac-Man strävar företaget efter att äta upp allt som kommer i dess väg. Microsoft har anklagats för att bryta mot konkurrenslagstiftningen och för att föra en marknadsstrategi som syftar till att undanröja alla konkurrerande företag. Samtidigt är Microsoft ett av de företag som fört utvecklingen av datorer och mjukvara framåt med stora steg. Den pågående processen mot Microsoft i USA aktualiserar den konflikt som kan uppstå mellan ett företags rätt att utveckla nya produkter och de negativa effekter en sådan utveckling kan ha på konkurrensen. När ett ärende av denna typ avgörs ställs domstolen inför problemet att avgöra vad som bäst främjar utveckling, konsumenter och konkurrens.

Microsoft har växt från att vara ett litet företag i ett garage till att bli världens utan tvekan största mjukvaruproducent. Företaget är ledande inom många områden och har sedan den IBM kompatibla PC'n introducerades haft stort sett monopol på operativsystem för denna datortyp. Eftersom operativsystemet styr vilken annan programvara som kan användas på datorn medför monopolen en mycket stark ställning för företaget på övriga marknader. Under de senaste åren har utvecklingen och användandet av Internet ökat explosionsartat. Att utnyttja Internet har utvecklats till att bli ett av de grundläggande användningsområdena för en datoranvändare. Microsoft uppmärksammade tidigt den möjlighet och den risk Internet utgjorde för företaget.

Internet och webbläsaren ger datoranvändaren en möjlighet att köra program som är skrivna oberoende av plattform. Om användningen av denna typ av program skulle öka kan det innebära att Microsofts operativsystemsmonopol upphör. Microsoft anklagas för att försöka utöka sitt monopol till att även omfatta Internet och de program som användas för att utnyttja Internet. Förutom processen angående Win95/98 och IE pågår även en process mellan Microsoft och Sun<sup>152</sup>. Sun anklagar Microsoft för att försökt ändra standarden för det plattformsoberoende programspråket Java och att därigenom försökt styra utvecklingen av språket. Java är det programspråk som idag utgör det största hotet mot Microsoft.

Microsoft strävar efter att integrera Internet i alla sina produkter. Företagets mål är att göra utnyttjandet av Internet så enkelt och effektivt för användaren som möjligt. Det kan därför tyckas att det är ett naturligt steg att integrera en

---

<sup>152</sup> Sun Microsystems är en stor amerikansk dator och mjukvarutillverkare. Det var Sun som utvecklade programspråket Java.

webläsare i Win95/98. Redan innan IE integrerades i operativsystemet omfattade det mer än vad som är normalt för att operativsystem. Win95/98 ger konsumenten de grundläggande program och funktioner som en normal datoranvändare kan förväntas vilja ha installerat när han/hon köper en ny dator.

Jag har i detta arbete funnit att EG-rättens praxis angående relevant marknad och vissa typer av missbruk bör kunna tillämpas på även mjukvarubranschen. Produkternas natur gör att vissa aspekter måste tas under särskilt beaktande. Win95/98 med IE integrerad utgör en relevant marknad. Vidare utgör webläsare för separat installation i windowssystem en egen marknad. Det utgör inget större problem att fastställa att Microsoft är i dominerande ställning på marknaden för Win95/98. Domstolen har i sin praxis fastslaget att en dominerande ställning ger företaget en skyldighet att inte ytterligare skada konkurrensen på marknaden. Det torde därför inte heller vara tillåtet att utnyttja en dominerande ställning på en marknad för att få en dominerande ställning på en annan marknad.

Om Win95/98 med IE integrerad utgör en marknad skild från den med webläsare för separat installation utgör inte integreringen ett kopplingsförbehåll. En förutsättning för detta är att det verkligen är en integrering och inte en samförsäljning. Det hade varit enkelt för Microsoft att undvika denna del av anklagelserna genom att tillhandahålla olika webläsare för operativsystemet och för separat installation. Mycket av DOJ stöd för att IE inte är en del av Win95/98 består i det faktum att IE även tillhandahålls separat och för flera olika operativsystem. Denna argumentation hade försvagats betydligt om Microsoft hade haft en speciell webläsare som var tillgänglig endast genom integrering med Win95/98.

Det finns fog för att anse att Microsoft har underprissatt IE för separat installation. Eftersom programmet är gratis är det troligt att försäljningen och produktionen av IE inte bär sina kostnader. Syftet med detta agerande torde vara att öka marknadsandelarna på marknaden för webläsare på konkurrerande företags bekostnad. Jag tror att det slutliga målet för Microsoft är att skapa en dominerande ställning på denna marknad. Kontroll över marknaden för webläsare skulle ge Microsoft en möjlighet att undanröja det hot webläsaren och plattformsoberoende program utgör mot operativsystemet. Enligt EG-rätten bör agerandet bedömas som en förbjuden underprissättning.

De övriga anklagelser som riktas mot Microsoft är sannolikt de som kommer att leda till en fällande dom i USA. Företaget har genom olika avtalsvillkor tvingat internetaktörer och internetleverantörer att främja avsättningen av IE till nackdel för konkurrerande webläsare. Eftersom Microsoft har utnyttjat sitt monopol på operativsystem för att framtvunga dessa villkor torde agerandet utgöra ett otillåtet missbruk.

Det är svårt att inte anse att Microsoft uppvisar tydliga ambitioner att utöka sin dominans för olika mjukvaruprodukter. Många av de avtalskonstruktioner som företaget använt syftar enbart till att stärka företagets ställning. Microsoft utnyttjat sitt monopol för att påtvinga sina handelspartners dessa villkor. Företagets ställning är sådan att det kan anses vara en oundviklig handelspartner. Samtidigt som företagets ställning ger det en möjlighet att styra marknader och försämra konkurrensen ger den också Microsoft resurser att utveckla nya och bättre produkter. Det är därför svårt att avgöra hur mycket Microsofts agerande skadar mjukvarubranschen. Klart är dock att Microsoft minskar konsumentens valfrihet. Det är min förhoppning att den amerikanska domstolen minskar Microsofts framfart. Närvaron av flera oberoende företag leder sannolikt till en livligare och bättre utveckling av nya produkter. Det är inte troligt att konsumenterna på länge sikt vinner på att Microsoft undanröjer konkurrenter även om företaget utvecklar bra och nyskapande produkter.

Det finns en risk att Microsoft förlorar på sitt agerande i en annan aspekt. Många konkurrerande mjukvaruproducenter börjar producera program för andra operativsystem i stället för till Windows eftersom de har tröttnat på Microsofts dominans. På längre sikt kan detta medföra att Microsofts dominans bryts. Det är bristen på applikationer för andra operativsystem som gjort att Microsofts monopol har kunnat växa fram. Under senaste året har flera ledande programtillverkar tillkännagivet att de skall börja tillverka mjukvara för Linux. Linux är ett operativsystem som, förutom att det är gratis, till sin funktion vida överglänsar Windows. Om Linux gjordes lite mer lättanvändbart och det skrevs mer program för det, skulle detta system utgöra ett mycket starkt alternativ till Windows.

Jag finner att den amerikanska senatorns liknelse ger en ganska bra bild av Microsofts marknadsstrategi. Microsofts har resurser och kunskap att betydligt öka sitt inflytande. De ageranden som Microsoft ägnat sig åt hade varit accepterade för ett företag i icke dominerande ställning. Ett företag i Microsofts storlek har dock en mycket stor möjlighet att påverka konkurrensen på de marknader där det agerar. De konkurrensrättsliga regler som behandlar monopol och dominerande ställning skall tillse att företag med sådan marknadsmakt inte skadar konkurrensen och undanröjer konkurrenter. Konkurrens är som regel något positivt som främjar tillväxt och utveckling och bör därför bevaras även om det sker på bekostnad av ett företags möjligheter till expansion. Syftet med konkurrensrätten är inte att hindra företag att växa och utveckla nya produkter. Målet är att tillse att företag inte växer genom att tillämpa konkurrenshämmande metoder och därigenom minskar den konkurrens som finns.

Jag finner det troligt att processen mot Microsoft kommer att leda till en fällande dom på någon av de olika åtalspunkterna. Det är mindre troligt att ett dylikt utfall kommer att leda till en process i Europa. Inför risken av en ny process kommer sannolikt Microsoft att anpassa sitt agerande till att rymmas inom såväl den amerikanska konkurrensrätten som EG:s

konkurrensrätt. Det är inte troligt att kommissionen kommer att utreda de frågor som inte leder till en fällande dom i USA.

# 10 Litteraturförteckning

## Litteratur:

- Beal & Bellis Competition Law of the EEC, 2<sup>nd</sup> ed, Bicester, 1990.
- Bellamy & Child Common Market Law of Competition, 4<sup>th</sup> ed, London, 1993.
- Jens Fejö Monopoly Law and Market, Deventer, 1990.
- Jens Fejö EU-konkurrenseret, Köpenhamn, 1997.
- Elenor Fox Abuse of a dominant position under the treaty of Rome-A comparison with U.S. Law, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1993.
- D.G. Goyder EC Competition Law, 2<sup>nd</sup> ed, Oxford, 1993.
- Herbert Hovenkamp Economics and Federal Antitrust Law, ST. Paul, 1985.
- Valentine Korah An introductory guide to EC Competition Law and Practices, 6<sup>th</sup> ed, Oxford, 1997.
- Lawrence A. Sullivan Antitrust, ST. Paul, 1977.

## Artiklar:

- Mark Furse, United States v Microsoft: III- Considered Antitrust, International review of Law Computers, volume 12, No.1, 1998.
- Wendy Goldman, Oh No, Mr. Bill! The Inside Story of the US Governments' Antitrust Case Against Microsoft.  
<http://www.vanderbilt.edu/Owen/froeb/mgt352/MrBill.html>
- Alison Jones, Distinguishing Predatory Prices from Competitive Ones, [1995] 5 EIPR 252.
- Karl van Miert, The deadline of 1st January 1998: What does it mean for consumers of telecommunications services?  
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/seven/en/sp97063.htm>

Herbert Ungerer, EU Competition Law in the

Telecommunications, Media and Information  
Technology Sectors, p.92.  
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/five/en/sp95041.htm>  
DOJ press release 980418, Justice Department  
files antitrust suit against Microsoft for unlawfully  
monopolizing computer software markets.  
[http://www.usdoj.gov/atr/press\\_releases/1998pre  
ss/1764.htm](http://www.usdoj.gov/atr/press_releases/1998press/1764.htm)

Key dates in Microsoft 's legal battles, CNN  
interactive,  
[http://cnn.com/SPECIALS/1997/microsoft/timelin  
e/](http://cnn.com/SPECIALS/1997/microsoft/timeline/)

Judge Sets Sept. Trial for Microsoft, Company  
Wanted More Time to Prepare, Washington  
Post, 980423  
[http://www.washingtonpost.com/wp-  
srv/WPlate/1998-05/23/109l-052398-idx.html](http://www.washingtonpost.com/wp-srv/WPlate/1998-05/23/109l-052398-idx.html)

Mikrodatorn 1998 nr.2, s.36, Två studenter  
förändrade världen.

# 11 Rättsfallsförteckning

## U.S Supreme Court:

SWIFT & CO. v. UNITED STATES, 196 U.S. 375 (1905)  
<http://laws.findlaw.com/US/196/375.html>

APEX HOSIERY CO. v. LEADER, 310 U.S. 469 (1940)  
<http://laws.findlaw.com/US/310/469.html>

UNITED STATES v. du PONT & CO., 351 U.S. 377 (1956)  
<http://laws.findlaw.com/US/351/377.html>

UNITED STATES v. GRINNELL CORP., 384 U.S. 563 (1966)  
<http://laws.findlaw.com/US/384/563.html>

STANDARD OIL CO. OF NEW JERSEY v. U S, 221 U.S. 1 (1910)  
<http://laws.findlaw.com/US/221/1.html>

## Amerikanska domstolsdokument:

United States v. Microsoft Civil Action No. 94-1564, complaint.  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0046.htm>

United States v Microsoft Civil action No. 94-1564, judgement  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0047.htm>

United States v Microsoft Civil action No. 94-1565, Stanly Sporkin  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0100/0102.htm>

United States v Microsoft supplemental to Civil action No. 94-1565  
Petition by the United States for an order to show cause why  
respondant Microsoft Corporation should not be found in civil  
contempt.  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1200/1236.htm>

United States v Microsoft, supplemental to civil action No. 94-1564,  
Motion by the United States for judgement of civil contempt and to  
enforce preliminary injunction.  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1300/1306.htm>

United States v Microsoft, Civil Action No. 94-1564 (TPJ), Stipulation  
and order.  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1300/1333.htm>

United States v Microsoft, Civil Action No.98-1232, Complaint.  
<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1700/1763.htm>

**EG-domstolen:**

C-62/86 Akzo Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359.

6/72 Euroemballage Corporation and Continental Can v. Commission [1973] ECR 0215.

85/76 Hoffman- La Roche & Co. AG v. Commission [1979] ECR 0461.

T-30/89 Hilti AG v. Commission [1991] ECR II 1439.

22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v. Commission [1979] ECR 1869.

322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission [1983] ECR 3461.

40-48, 50, 54-56, 111, 113 och 114/73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v. Commission [1975] ECR 1663.

C-333/94 P Tetra Pak International SA v. Commission [1996] ECR 5951.

27/76 United Brands Comany and United Brands Continentaal BV v. Commission [1978] ECR 0207.

238/87 AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd [1988] ECR 6211.

311/84 CBEM ( Telemarketing) v CLT & IPB [1985] ECR 3261.

**EU-dokument:**

Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ C 372 9/12/1997.