



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Lönnquist

Kommissionen mot Microsoft - buntning och artikel 82

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Konkurrensrätt

Vårterminen 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Metod och material	5
1.5 Definitioner	5
1.6 Disposition	6
2 EU-KOMMISSIONEN MOT MICROSOFT	8
2.1 Artikel 82 (f.d. artikel 86)	8
2.2 Relevant produktmarknad	9
2.2.1 Operativsystem för klient-PC	9
2.2.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan	9
2.2.1.2 Utbytbarhet på utbudssidan	10
2.2.1.3 Kommissionens slutsats	11
2.2.2 Strömmande mediaspelare	11
2.2.2.1 Skilda produkter	11
2.2.2.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan	11
2.2.2.3 Utbytbarhet på utbudssidan	12
2.2.2.4 Kommissionens slutsats	13
2.3 Relevant geografisk marknad	13
2.4 Dominerande ställning	13
2.4.1 Marknadsandelar	14
2.4.2 Ihållande marknadsställning	14
2.4.3 Hinder för marknadstillträde	15
2.4.4 Konkurrensrätt och “den nya ekonomin”	16
2.4.5 Kommissionens slutsats	17
2.5 Missbruk	17
2.5.1 Buntning av WMP och Windows	18
2.5.1.1 (i) En strömmande mediaspelare och ett operativsystem är två separata produkter	18
2.5.1.2 (ii) Microsoft innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden	22
2.5.1.3 (iii) Microsoft ger ej konsumenten möjlighet att köpa Windows utan WMP	22

2.5.1.4	(iv) Microsofts buntning av WMP utestänger konkurrenter från marknaden för mediaspelare	23
2.5.2	Kommissionens bedömning av Microsofts försvar	31
2.5.2.1	Buntning av WMP och effektivitet vad gäller distribution	31
2.5.2.2	Buntning av WMP och effektivitet med WMP som en plattform för innehåll och applikationer	32
2.5.2.3	Kommissionens slutsats	33
2.5.2.4	Påståendet att incitament för utestängning saknas	33
2.6	Kommissionens slutsats	34
2.7	Påföljd	35
3	U.S.A. MOT MICROSOFT	37
3.1	Sherman Act section 1	37
3.2	Bakgrund	38
3.3	Relevant produktmarknad	38
3.3.1	Operativsystem för klient-PC	39
3.3.1.1	Utbytbarhet på efterfrågesidan	39
3.3.1.2	Utbytbarhet på utbudssidan	40
3.3.1.3	Slutsats	40
3.3.2	Webbläsare	41
3.4	Microsofts marknadsställning på den relevanta marknaden	41
3.5	Missbruk	42
3.6	Påföljd	43
4	ANALYS	44
4.1	Relevant produktmarknad	44
4.1.1	Operativsystem	44
4.1.1.1	Utbytbarhet på efterfrågesidan	44
4.1.1.2	Utbytbarhet på utbudssidan	47
4.1.2	Strömmande mediaspelare	47
4.1.2.1	Utbytbarhet på efterfrågesidan	48
4.1.2.2	Utbytbarhet på utbudssidan	49
4.2	Relevant geografisk marknad	49
4.3	Dominerande ställning	49
4.4	Missbruk	51
4.4.1	Buntningen av WMP	51
4.4.1.1	(i) En strömmande mediaspelare och ett operativsystem är två separata produkter	51
4.4.1.2	(ii) Microsoft innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden	52
4.4.1.3	(iii) Microsoft ger ej konsumenten möjlighet att köpa Windows utan WMP	52
4.4.1.4	(iv) Microsofts buntning av WMP utestänger konkurrens från marknaden för mediaspelare	53

4.4.2 Rule-of-reason	55
4.5 Påföljd	56
4.6 Slutsats	59
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	63
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Sammanfattning

Detta arbete kommer att behandla kommissionens beslut mot Microsoft. I detta beslut konstaterades att Microsoft hade missbrukat sin dominerande ställning.

Syftet med arbetet är att redogöra för och analysera den del av beslutet som behandlar Microsofts buntning av företagets egna Windows Media Player med företagets operativsystem Windows. Förfarandet ansågs utgöra ett förbjudet kopplingsförbehåll i strid med artikel 82 i Romfördraget.

De delar av beslutet som kommer att analyseras behandlar definitionen av den relevanta marknaden, huruvida Microsoft besitter en dominerande ställning, på vilket sätt agerandet ansågs utgöra ett missbruk av den dominerande ställningen samt påföljden.

För ökad förståelse kommer beslutet att analyseras i ljuset av den amerikanska dom som behandlat ett liknande förfarande från Microsofts sida på den amerikanska marknaden. Den gången handlade det dock om buntningen av Microsofts Internet Explorer med Windows.

Sammanfattningsvis rör det sig om ett mycket komplicerat område och en väldigt speciell situation. På det sätt kommissionens presenterat dem ter sig bedömningen av agerandet samt påföljden rimlig.

Förkortningar

API	Application Program Interface
DOJ	U.S: Department of Justice
DRM	Digital Rights Management
EGD	Europeiska gemenskapernas domstol
FoU	Forskning och Utveckling
IE	Internet Explorer
ISV	Independent Software Vendor
OEM	Original Equipment Manufacturer
OS	Operativsystem
PC	Personal Computer
SDK	Software Development Kit
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase of Price
WMP	Windows Media Player

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den teknologiska utvecklingen har under de senaste decennierna ökat kraftigt. Detta gäller ej minst inom vad som kallas IT-sektorn, även om denna fick sig en törn för ett par år sedan. En underliggande sektor till denna kan datorbranschen sägas utgöra. Även i denna bransch har utvecklingen skett närmast explosionsartat. I en bransch med sådan snabb utveckling finns det liksom i alla branscher vinnare och förlorare. En av de största vinnarna är förmodligen Microsoft som genom teknologiska uppfinningar och lysande marknadsstrategier och marknadsföring kommit att bli ett av de mest framgångsrika företagen inom sitt fält. Då företaget uppnått en i det närmaste monopolliknande ställning på marknaden har det givetvis fått allmänhetens och olika konkurrensmyndigheters ögon på sig.

I Europa påbörjade EG-kommissionen efter klagomål från Sun Microsystems i december 1998 en undersökning av Microsofts agerande. Sun hävdade att Microsoft missbrukade sin dominerande ställning på marknaden för operativsystem för klient-PC genom att ej dela med sig av information som behövdes för att serveroperativsystem skulle kunna fungera optimalt tillsammans i nätverk. Denna undersökning utökades år 2000 på kommissionens eget initiativ till att inkludera Microsofts buntning av Windows Media Player (WMP) med operativsystemet Windows 2000. Undersökningen avslutades den 21 mars 2004 med ett mycket uppmärksammat kommissionsbeslut i vilket Microsoft ålades att tillhandahålla viss information om gränssnitt till sina konkurrenter för att deras produkter bättre skall kunna fungera tillsammans med Microsofts operativsystem. Dessutom blev Microsoft tvunget att tillhandahålla en version av Windows utan WMP. Sist men icke minst bötfälldes Microsoft med det dittills högsta belopp kommissionen utdömt, 497 miljoner euro.

I detta arbete kommer den senare delen av beslutet att behandlas det vill säga frågan om huruvida en integrering eller buntning av två produkter kan strida mot den europeiska konkurrensrätten. Med buntning avses i detta arbete att en produkt levereras tillsammans med en annan. Framförallt då de två produkterna slås ihop så att det i det närmaste liknar en enda produkt. Vid integrering har de två tidigare separata produkterna tillsammans blivit att anse som en enda.

I U.S.A. har ett liknande agerande varit utsatt för granskning. I det fallet rörde det sig om Microsofts buntning av Internet Explorer med operativsystemet Windows. Det mest kända målet är det som kallas *Microsoft III*. Målet fick mycket uppmärksamhet icke minst på grund av att Microsoft riskerade att bli uppdelat i två nya företag. Så blev dock icke fallet utan saken gjordes upp i godo. Processen inleddes med att det

amerikanska justitiedepartementet tillsammans med ett flertal delstater stämde Microsoft för diverse brott mot den amerikanska konkurrensrätten som buntningen av Internet Explorer ansågs utgöra. Målet avgjordes först av en distriktsdomstol som fällde Microsoft på flera punkter. Denna dom godkändes dock ej av appellationsdomstolen som skickade tillbaka ärendet till distriktsdomstolen för ny bedömningen genom *Microsoft III*-domen. Ärendet blev, som tidigare nämnts, ej avgjort i distriktsdomstolen utan parterna gjorde upp i godo.

1.2 Syfte

Syftet med detta arbete är att redogöra för samt analysera kommissionsbeslutet mot Microsoft i detalj i den del det behandlar Microsofts buntning av Windows Media Player (WMP) med operativsystemet Windows. Frågan som kommissionen utrett är huruvida denna buntning utgör ett otillåtet kopplingsförebehåll enligt artikel 82 d.

Genom att jämföra kommissionens beslut med *Microsoft III* och den dom från distriktsdomstolen som låg till grund för *Microsoft III* hoppas jag att kunna analysera eventuella likheter i resonemang och slutsatser. Därigenom fås en bättre grund för att analysera och bedöma kommissionens beslut. Detta är givande då det finns stora likheter mellan dessa.

Genom detta hoppas jag kunna få svar på huruvida kommissionen gjort rimlig bedömning av Microsofts agerande samt huruvida påföljden verkar lämplig.

1.3 Avgränsningar

Arbetet kommer att enbart att behandla de aspekter av kommissionsbeslutet som är hänförliga till Microsofts buntning av WMP.

Redogörelsen för kommissionsbeslutet kommer att vara väldigt detaljerad. Detta är motiverat för att uppnå syftet med arbetet. En mindre detaljerad redogörelse kan missa viktiga resonemang samt ge en missvisande bild av beslutet.

Då merparten av faktainsamlingen utfördes före förstainstansrättens avgörande av interimistiska åtgärder kommer detta enbart att behandlas övergripande.

Den amerikanska dom som kommer att användas att jämföra resonemang och slutsatser är den som är känd som *Microsoft III*. Dessutom kommer distriktsdomstolens dom som tillbakavisades av *Microsoft III* behandlas.

Anledningen till detta är att det är dessa som har mest gemensamt med kommissionsbeslutet. Redogörelsen kommer att vara begränsad till de delar som är relevanta för bedömningen av buntningen av Internet Explorer och Windows. Övriga domar och uppgörelser kommer att i begränsad utsträckning användas men då mer övergripande. Jag har dock ej för avsikt att redogöra för den amerikanska konkurrensrätten utan enbart de resonemang som förs i de enstaka domar och det enbart i den utsträckning som den är intressant för analys och jämförelse av kommissionsbeslutet.

Tidigare europeisk praxis kommer enbart att beröras ytligt då den ej på samma sätt som den amerikanska domen tidigare behandlat samma frågor.

Även om det är en intressant aspekt har jag varit tvungen att lämna diskussionen angående immaterialrättigheter och konkurrensrätt och huruvida upphovsrätt är ett lämpligt skydd för mjukvara därhän då detta skulle medföra att arbetet blev alldeles för omfattande.

Termerna kopplingsförbehåll och koppling känns krystade då de ej är särskilt beskrivande vad gäller företeelsen som skall behandlas. Jag har därför valt att genomgående använda mig av termen buntning. Detta är motiverat då det rör sig om en väldigt speciell situation.

1.4 Metod och material

För att genomföra detta arbete har jag valt att använda mig av den rättsdogmatiska metoden.

Till mitt stöd kommer jag att använda mig i första hand av primärkällor i form av praxis men även sekundärkällor i form av doktrin.

Då tidigare praxis från EU är begränsad vad gäller de frågor som kommissionsbeslutet behandlar har jag valt att ta hjälp av viss relevant amerikansk praxis. Det samma gäller doktrinen som vid tidpunkten för den huvudsakliga faktainsamlingen under hösten 2004 var begränsad vad gäller just kommissionsbeslutet. Viss uppdatering mot senare doktrin har dock utförts.

1.5 Definitioner

Denna uppsats är avsedd för jurister som är bevandrade i teknikens värld. För att underlätta för dem som ej är det kommer jag här att förklara vissa begrepp som är centrala för förståelsen av uppsatsen. Vad gäller övriga

begrepp hänvisas till tekniska uppslagsverk.¹ Ett centralt begrepp är OEM vilket är en engelsk förkortning för Original Equipment Manufacturer med detta avses i denna uppsats framförallt PC-byggare det vill säga företag som bygger och konfigurerar datorsystem av delar från andra leverantörer. PC-byggare av detta slag finns i alla storlekar, från stora multinationella företag som Compaq och Dell till lokala datorhandlare. Ett annat centralt begrepp är klient-PC med detta åsyftas en persondator som kan men inte nödvändigtvis måste ingå i ett datornätverk. Klient-PCn utnyttjar resurser i nätverket som tillhandahålls exempelvis av en server som är en mer kraftfull dator. Vad gäller applikationer avser detta datorprogram som körs med hjälp av ett operativsystem. För att applikationer skall fungera med ett operativsystem krävs att utvecklaren känner till tillräckligt mycket av operativsystemets gränssnitt (API). Gränssnitt är med andra ord vad som behövs för att kunna styra och använda funktionerna i ett program. Mellan användare och operativsystem brukar gränssnittet kallas grafiskt användargränssnitt vilket utgörs av vad användaren ser på skärmen och hur denne styr det med hjälp av exempelvis musen. När en applikation vill använda sig av operativsystemets funktioner brukar detta kallas att applikationen anropar operativsystemets API. Vad gäller de begrepp som är mer specifika för denna uppsats bör strömmande media nämnas. Strömmande media är sådan som spelas upp direkt via Internet till skillnad från lokalt lagrad media, som finns på exempelvis hårddiskar eller CD och DVD. Mediafiler, både strömmande och lokalt lagrade, finns i olika format. Formaten kan vara öppna eller proprietära. Med proprietär menas att formatet är en skyddad immateriell rättighet och för att använda det krävs oftast licens från ägaren. För att skydda upphovsrättsligt skyddat material i digital form har olika teknologier utvecklats, dessa kallas för DRM (Digital Rights Management).

1.6 Disposition

Först och främst kommer kommissionsbeslutet att redogöras för i detalj i de delar som är relevanta för bedömningen av buntningen av WMP och Windows. Redogörelsen följer den sedvanliga uppdelningen i definitionen av relevanta marknader följt av bedömningen av dominerande ställning för att avslutas med analysen av missbruk och redogörelse för påföljden.

Efter detta följer en mer övergripande redogörelse för den amerikanska domen som behandlat buntningen av Internet Explorer och Windows. Denna kommer att vara mest djupgående i de delar som kan tänkas vara intressanta i jämförelse med kommissionsbeslutet. Jag har i den mån det var möjligt försökt att följa samma uppdelning här som vid redogörelsen för kommissionsbeslutet.

¹ Se t.ex. Paginas IT-ordbok: <http://pagina.se/itord/> och Dataordlista: <http://guider.idg.se/glossary/> per den 23 juni 2005.

Sist kommer en analys av kommissionsbeslutet som kommer att genomföras med stöd av den amerikanska domen och doktrin som behandlat något av de två förfarandena. Även i denna del har jag för bättre överskådlighet valt att följa samma uppdelning som i de två första delarna.

2 EU-kommissionen mot Microsoft

Den 21 mars 2004 efter att inofficiella förhandlingar mellan kommissionen Microsoft "strandat" avslutade kommissionen sin undersökning som pågått sedan den 10 december 1998 med ett beslut.² Denna undersökning påbörjades efter att Sun Microsystems lämnat in ett klagomål beträffande Microsofts agerande. Sun beskyllde Microsoft för att utnyttja sin dominerande ställning på marknaden för operativsystem för klient-PC genom att ej tillhandahålla information om gränssnitt för servermjukvara. Undersökningen utökades av kommissionen år 2000 till att även omfatta frågan huruvida Microsoft missbrukar sin dominerande ställning genom buntningen av WMP och Windows. Genom beslutet ålades Microsoft att tillhandahålla sina konkurrenter viss information om de gränssnitt som behövs för att konkurrenternas produkter skall fungera ihop med Windows. Microsoft ålades även att tillhandahålla en version utav Windows utan WMP.³ Detta beslut kommer här att presenteras i de delar som är hänförliga till Microsofts buntning av WMP.

2.1 Artikel 82 (f.d. artikel 86)

Av artikel 82 i romfördraget framgår att:

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Vidare kan ett sådant missbruk enligt Punkten d särskilt bestå i att företaget ställer som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Kommissionen måste med andra ord först visa att Microsoft innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden samt sedan visa att företaget har missbrukat denna ställning. Agerandet måste även ha en påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen har i sitt beslut valt att börja med att redogöra för den relevanta marknaden för att sedan bedöma den dominerande ställningen och slutligen redogöra för vad missbruket bestått av. Denna redogörelse kommer att följa kommissionsbeslutets gång.

² Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft.

³ Kommissionens pressmeddelande, IP/04/382, 24 mars 2004.

2.2 Relevant produktmarknad

Av de tre produktmarknader som definieras i beslutet är två av intresse för denna framställning. Dessa två är marknaden för operativsystem och marknaden för mediaspelare.⁴

2.2.1 Operativsystem för klient-PC

Operativsystemet för en klient-PC är huvudsakligen till för att styra hårdvaran i systemet och ge användaren ett gränssnitt genom vilket denne kan interagera med systemet.⁵ Operativsystem för andra typer av datorer exempelvis servrar används i regel ej på klient-PC då de ej är utvecklade för detta och ej kan utnyttja de resurser som systemet har. Annan mjukvara, så kallade applikationer, är ej heller substitut för ett operativsystem då de i själva verket behöver ett sådant för att kunna fungera över huvud taget.⁶

2.2.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Operativsystem för klient-PC kan sedan delas upp i två grupper, de som är konstruerade för Intels och Intel kompatibla processorer och de som ej är det. Till den senare gruppen hör till exempel Apples Macintosh. För att ett operativsystem som är konstruerat för att användas med en Intel processor skall kunna köras på ett Macintosh system krävs i regel att detta omprogrammeras och omkompileras. Det samma gäller för att köra ett Macintosh operativsystem på en Intel kompatibel PC. Huruvida dessa två grupper skall anses utgöra olika marknader lämnar dock kommissionen därhän med motiveringen att det ej gör någon större skillnad vid uppskattningen av Microsofts ställning på marknaden.⁷

Övriga operativsystem såsom sådana som används på exempelvis handdatorer och mobiltelefoner har visserligen liknande funktioner som de för PC. Dessa är dock mer begränsade. På grund av den begränsade funktionaliteten hos operativsystemen i fråga samt de fysiska begränsningarna hos apparaterna (exempelvis mindre skärm) anser kommissionen att de ej utgör ett reellt substitut till PC-operativsystemen.⁸

Ej heller serveroperativsystem anses utgöra något substitut då de visserligen kan vara baserade på samma grundkod⁹ som operativsystemen för klient-PC

⁴ Den tredje som definieras i beslutet är marknaden för arbetsgruppsserver som relaterar till den del av beslutet som ej skall behandlas här.

⁵ Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft § 324.

⁶ § 325.

⁷ § 326.

⁸ §§ 327-330.

⁹ § 331.

men då de är utvecklade för ett specifikt ändamål passar de ej till ett annat. De olika systemen marknadsförs dessutom olika, mot olika målgrupper och i olika prisklasser beroende på vad de skall användas till.¹⁰

Slutsatsen blir att det ej finns några rimliga substitut på efterfrågesidan vad gäller operativsystem för klient-PC.¹¹

2.2.1.2 Utbytbarhet på utbudssidan

Kommissionen väljer här att göra ett SSNIP-test¹². Det vill säga ett hypotetiskt test om någon producent utanför marknaden för operativsystem för klient-PC skulle kunna utveckla ett operativsystem som skulle kunna konkurrera på den marknaden om prisnivån steg.¹³ Först konstateras att utveckla ett system från grunden skulle vara mycket kostsamt då exempelvis Windows XP utgörs utav tiotals miljoner rader kod.¹⁴ Analysen av utbytbarheten koncentreras därför till andra operativsystem. För att ta sig in på marknaden skulle dock betydande hinder behöva överkommas. Stora resurser skulle behöva läggas på marknadsföring för att övertyga OEM och konsumenter och därigenom få OEM att förinstallera operativsystemet.¹⁵ Operativsystemet skulle dessutom behöva omfattande modifiering för att passa på en klient-PC. Detta skulle kräva resurser och tid bortom vad som brukar vara fallet vid utbytbarhetsanalyser på utbudssidan.¹⁶ Dessutom skulle producenten vara tvungen att kunna tillhandahålla en mängd applikationer för att någon efterfrågan på operativsystemet skulle kunna uppstå.¹⁷ Sammanfattningsvis kommer kommissionen fram till att mjukvaruproducenter som för tillfället ej utvecklar operativsystem för klient-PC ej kan skifta sin produktion till att göra det utan att detta skulle medföra betydande kostnader och risker. Tidsramen för detta skulle enligt kommissionen dessutom hamna utanför den som är normalt beaktas för utbytbarhet på utbudssidan.¹⁸

¹⁰ § 332.

¹¹ § 333.

¹² SSNIP står för Small but Significant Non transitory Increase in Price det vill säga en liten men betydelsefull, varaktig prisökning. Testet innebär att en bedömning huruvida en liten (5-10 procent) men varaktig hypotetisk prishöjning på produkten i fråga skulle ändra konsumenternas beteende. Skulle konsumenterna ersätta produkten med en annan i sådan omfattning att prishöjningen ej skulle löna sig skall ersättningsprodukten ingå i den relevanta marknaden. På motsvarande sätt används testet på utbudssidan men frågan blir då istället huruvida en annan producent skulle börja tillhandahålla produkten om priset steg. Se t.ex. Commission notice on the definition of market for the purposes of Community competition law, [1997] OJ C372/03.

¹³ § 334.

¹⁴ § 335.

¹⁵ § 338.

¹⁶ § 339.

¹⁷ § 340.

¹⁸ § 341.

2.2.1.3 Kommissionens slutsats

Marknadens specifika karaktär samt frånvaron av reella substitut gör att - marknaden för operativsystem för klient-PC är att anse som relevant produktmarknad vad gäller detta Kommissionsbeslut.¹⁹

2.2.2 Strömmande mediaspelare

Mediaspelare är applikationer som på klientsidan huvudsakligen används för att spela upp mediafiler, antingen lokalt lagrade eller strömmande över Internet. De lokalt lagrade filerna kan vara lagrade på hårddiskar eller lagrade på CD eller DVD.²⁰

2.2.2.1 Skilda produkter

Kommissionen är av uppfattningen att en strömmande mediaspelare är en produkt skild från operativsystemet. Microsoft hävdar att mediauppspelningsfunktionen är en del av ett operativsystem. Detta grundas på att Microsofts uppfattning att inget klient-PC-system skulle levereras utan mediauppspelningsfunktion med stöd för strömmande media på grund av efterfrågan saknas.²¹ Detta tillbakavisas av kommissionen och kommer att behandlas mer ingående senare i denna framställning. Som exempel på att applikationer och operativsystem är att se som separata produkter nämner kommissionen att den ej känner till något tillfälle då Microsoft hävdat att ordbehandlare och operativsystem tillhör separata relevanta marknader.²²

2.2.2.2 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Klassiska uppspelningsapparater konkurrerar ej med mediaspelare

Att uppspelningsmjukvara utgör en relevant marknad på grund av en speciell efterfrågestruktur har kommissionen konstaterat i ett tidigare beslut (AOL/Time Warner).²³ Den enda likheten mellan de två formerna av spelare, de klassiska och de mjukvarubaserade, är att bägge spelar upp CD och DVD.²⁴ Mediaspelare klarar dessutom att spela media direkt från Internet, skapa egenkomponerade samlingar som kan överföras till andra bärbara enheter såsom mp3-spelare.²⁵ Prismässigt skiljer sig även

¹⁹ § 342.

²⁰ § 402.

²¹ § 404.

²² § 405, 406.

²³ § 407.

²⁴ § 408.

²⁵ § 409.

produkterna åt. De klassiska spelarna kostar enligt kommissionen 100 euro och över medan mediaspelarna ligger under 30 euro.²⁶

Bara mediaspelare med likvärdig funktionalitet konkurrerar med WMP

Enligt kommissionen är WMP den enda mediaspelaren som till synes gratis tillhandahåller fler funktioner än basfunktioner. Microsoft hävdar å sin sida att det finns ett flertal producenter som levererar likvärdiga produkter. Vad gäller dessa poängterar kommissionen att det endast är två nämligen Real One Player och QuickTime som förlitar sig på egna filformat. De andra producenterna förlitar sig däremot på att licensiera proprietära format från tredje part. För flera av dem är denna tredje part Microsoft.²⁷ Företag som ej äger rättigheterna till egna filformat kan alltså ej påstås fullt ut konkurrera med Microsoft.²⁸

Vissa mediaspelare har ej stöd för strömmande media, andra saknar stöd för video.²⁹ Konsumenter vill ha mediaspelare som kan spela upp både lokalt lagrad och strömmande media. Visserligen kan slutanvändaren använda olika spelare för olika ändamål. För en bättre upplevelse är dock en enda spelare att föredra. För diverse leverantörer av media öppnas nya möjligheter med hjälp av strömmande media exempelvis videokonferens och musik och underhållning mot betalning över Internet. Av dessa anledningar drar kommissionen slutsatsen att en mediaspelare med stöd för strömmande media kan ersätta en utan. Däremot kan en utan stöd för strömmande media ej ersätta en med.³⁰

2.2.2.3 Utbytbarhet på utbudssidan

På utbudssidan blir frågan om huruvida en aktör som för tillfället ej är etablerad på marknaden för strömmande mediaspelare skulle kunna ta sig in på marknaden vid en prisuppgång. En sådan aktör skulle med andra ord kunna vara någon som i dagsläget enbart tillhandahåller mediaspelare utan stöd för strömmande media.³¹ Först och främst skulle utvecklingen av en mediaspelare som stöder strömmande media vara kostsamt framför allt om även nya filformat och DRM-teknologi skulle utvecklas.³² Det faktum att existerande teknologier för strömmande media oftast är proprietära och skyddade av immateriella rättigheter innebär att dessa måste licensieras.³³ En marknadsundersökning som utförts av kommissionen visar på att det finns betydande hinder för tillträde till marknaden³⁴ samt att för att en

²⁶ § 410.

²⁷ § 412.

²⁸ § 413.

²⁹ § 414.

³⁰ § 415.

³¹ § 416.

³² § 417.

³³ § 418.

³⁴ § 419.

mediaspelare skall efterfrågas krävs att media i det format för strömmande media som spelaren stödjer finns att tillgå i större omfattning.³⁵ För snabbt tillträde till marknaden krävs alltså att producenten licensierar existerande teknologi³⁶ från den som äger rättigheterna till den. På grund av detta måste denna konkurrens anses som begränsad då den kontrolleras av befintliga aktörer på marknaden. Dessa kan till och med ha intresse av att licensiera teknologin för att utöka sin marknadsandel och därigenom öka sina intäkter genom ökad försäljning på serversidan.³⁷ Enligt kommissionen skulle bedömningen bli likvärdig även utan denna begränsning av marknaden av två anledningar. Dels skulle marknadsandelen för WMP vara likvärdig och dels stänger buntningen ut både de mediaspelare som har och de som ej har stöd för strömmande media.³⁸

2.2.2.4 Kommissionens slutsats

Den specifika karaktären samt frånvaron av reella substitut gör att marknaden för strömmande mediaspelare är att anse som relevant produktmarknad vad gäller detta kommissionsbeslut.³⁹ Utan att föregå min analys kan konstateras att vi har att göra med en mycket unik marknad.

2.3 Relevant geografisk marknad

Den relevanta marknaden för operativsystem för klient-PC och mediaspelare är global enligt kommissionen. Konkurrenssituationen är likvärdig världen över och det finns ett flertal aktörer såsom Compaq och Dell som levererar PC-system över hela världen. Licensen för mjukvara som skall förinstalleras på dessa system är som regel en enda världstäckande sådan. Varken importrestriktioner, transportkostnader eller tekniska krav utgör några avsevärda begränsningar för global distribution. Ej heller utgör de krav på språk Anpassningar som kan finnas några betydande begränsningar utan hela världen kan anses utgöra den relevanta geografiska marknaden.⁴⁰

2.4 Dominerande ställning

För denna presentation är det bedömningen av operativsystem för klient-PC som är intressant då det är operativsystemet som utgör den buntande

³⁵ § 420.

³⁶ § 421.

³⁷ § 422.

³⁸ § 424.

³⁹ § 425.

⁴⁰ § 427.

produkten och därmed är det en eventuell dominerande ställning på denna marknad som är intressant.

2.4.1 Marknadsandelar

Vad gäller Microsofts marknadsandelar konsulterar kommissionen undersökningar utförda av tredje part samt presenterar en egen marknadsundersökning, dessa ger för handen att Microsoft har en väldigt hög marknadsandel. I de utomstående undersökningar som presenteras har Microsoft en marknadsandel av nya PC-system som stigit från över 75 procent 1996 till att sedan år 2000 överstiga 90 procent.⁴¹ Vad gäller installerad bas vilket även inkluderar äldre PC-system blir marknadsandelen något lägre men ligger även här över 90 procent sedan 2002. Kommissionens egen undersökning visar även den på en väldigt hög andel om än något lägre, över 87 procent 2003.⁴² Den närmaste konkurrenten är vidare Apples Macintosh med en andel under 3 procent. Det bör tilläggas att kommissionen som tidigare nämnts ej tagit ställning till huruvida Macintosh skall ingå i den relevanta marknaden.⁴³

Sammanfattningsvis konstaterar kommissionen angående Microsofts ställning på marknaden att:

” Microsoft, with its market shares of over 90 %, occupies almost the whole market - it therefore approaches a position of complete monopoly, and can be said to hold an overwhelmingly dominant position.”⁴⁴

2.4.2 Inhållande marknadsställning

Microsoft hävdar dock att kommissionens undersökning är begränsad till att enbart omfatta Windows 2000 Professional som endast omfattade 10 procent av de sålda PC-systemen år 2000 vilket är en för liten andel för att kunna utgöra en dominerande ställning.⁴⁵ Kommissionen konstaterar att industrin i fråga har starka nätverkseffekter som medför att det för Windows användare ej egentligen handlar om *om* de skall uppgradera till en senare version av Windows utan snarare *när*.⁴⁶ För att få konsumenterna att uppgradera till senare versioner ser Microsoft till att de senare versionerna klarar att köra applikationer utvecklade för de äldre versionerna samtidigt som mjukvaruutvecklare övertygas att dra nytta av nya funktioner i de senare Windows-versionerna. Detta medför att mjukvara utvecklad för

⁴¹ §§ 431-432.

⁴² § 433.

⁴³ § 434.

⁴⁴ § 435.

⁴⁵ § 436.

⁴⁶ § 438.

senare versioner ej är kompatibla med äldre versioner men att äldre mjukvara är kompatibel med senare.⁴⁷ Att marknaden fungerar på detta sätt anser kommissionen även att det finns stöd för i de undersökningar som refererats till tidigare.⁴⁸ Slutsatsen blir således att en fokusering enbart på Windows 2000 Professional skulle bortse från den ovan beskrivna dynamiska länk som finns mellan de olika Windows versionerna och därigenom ge en missvisande bild av marknaden.⁴⁹

2.4.3 Hinder för marknadstillträde

Hindren för tillträde till marknaden för operativsystem för klient-PC är sådana att de förstärker slutsatsen att Microsoft innehar en dominerande ställning på marknaden. Dessa hinder beror på nätverkseffekter på marknaden.⁵⁰ Användningen av en klient-PC utgörs till stor del av att applikationer körs på den. Konsumenterna vill således ha ett operativsystem som det finns många applikationer till. Utvecklarna av applikationerna ISV (Independent Software Vendors) utvecklar sådana till det operativsystem som är populärast bland användarna. Detta medför att ju populärare ett operativsystem är desto fler applikationer kommer att utvecklas för det och ju fler applikationer det finns till ett operativsystem desto populärare blir det.⁵¹ Denna form av nätverkseffekter uppkommer även mer generellt för plattformsmjukvara det vill säga sådan mjukvara som har APIs som andra applikationer kan använda sig av.⁵² Dessa nätverkseffekter har Microsoft varit fullt medvetet om även om det valt att kalla det för en ”positive feedback loop”.⁵³ Den utbreddhet som operativsystemet Windows fått har medfört att i princip alla kommersiella applikationer utvecklas för Windows.⁵⁴

Även om det teoretiskt sett skulle vara möjligt att utveckla ett operativsystem utan att ha några applikationer som går att köra på det från början är detta ej rimligt då det ej skulle finnas någon efterfrågan på ett sådant system. För att komma in på marknaden för klient-PC-system krävs således antingen att operativsystemet har stöd för flertalet av de applikationer som finns till Windows eller så måste liknande applikationer utvecklade för det nya operativsystemet finnas tillgängliga redan vid introduktionen.⁵⁵ Vad gäller stöd för Windows-applikationer så måste nästan hela Windows API implementeras då applikationerna är utvecklade för detta. Men då Microsoft ej delar med sig specifikationerna för Windows API skulle reverse engineering vara nödvändigt för att detta skulle vara

⁴⁷ § 439.

⁴⁸ §§ 440-446.

⁴⁹ § 447.

⁵⁰ § 448.

⁵¹ § 449.

⁵² § 450.

⁵³ § 451.

⁵⁴ § 452.

⁵⁵ § 453.

möjligt. Detta anser dock ej kommissionen vara en affärsmässigt hållbar lösning och stödjer sig på att både SUN (WABI projektet) och IBM (OS/2 Warp) tidigare försökt utveckla och marknadsföra operativsystem för klient-PC men misslyckats.⁵⁶ IBM försökte även att övertyga ISV att utveckla applikationer för operativsystemet men även detta misslyckades trots stora satsningar och IBM övergav till slut projektet.⁵⁷ Denna nätverkseffekt där utvecklingen av applikationer koncentreras till ett operativsystem som i sig blir starkare med hjälp av de nya applikationerna kallas även för ”application barrier to entry”.⁵⁸ Det har även hävdats att Microsoft ej rimligtvis kan inneha en monopolställning då företaget i så fall skulle kunna ta ut priser som skulle vara mycket högre. Detta påstående tillbakavisas av kommissionen som hävdar att ett antal fakta som talar för att det finns betydande hinder för marknadstillträde.⁵⁹ Exempelvis skulle operativsystemet Linux kunna installeras av OEM till en väldigt låg kostnad och har blivit mycket mer användarvänligt de senaste åren. Detta verkar dock ej påverka Microsoft som fortsätter att vara framgångsrikt utan att nämnvärt ha ändrat sin prisstrategi eller sin affärsmodell.⁶⁰ Till och med IBM var under den tid då företaget försökte etablera sitt operativsystem tvunget att leverera PC-system med sin konkurrents operativsystem Windows installerat.⁶¹ Vad gäller Microsofts förhållande till sina slutkunder citerar kommissionen ett internt PM från Microsoft där situationen beskrivs som att kunderna hellre hoppas på att Microsoft förbättrar Windows än att de byter då detta skulle vara omständligt.⁶² Avslutningsvis påpekas att Microsoft har en vinstmarginal på över 80 procent, vilket är väldigt mycket och tyder på en monopolliknande ställning.⁶³

2.4.4 Konkurrensrätt och “den nya ekonomin”

Microsoft har även hävdats att det ej går att göra en traditionell konkurrensrättslig analys på företag i industrier inom ”den nya ekonomin”.⁶⁴ Som grund till detta ligger att utvecklingen inom denna industri går så pass snabbt att ett företag som innehar en dominerande ställning hela tiden riskerar att en helt ny produkt tar över marknaden.⁶⁵ Som exempel nämns att marknaden har utvecklats från stora centrala datorer

⁵⁶ §§ 454, 456.

⁵⁷ § 457.

⁵⁸ § 459.

⁵⁹ § 460.

⁶⁰ § 461.

⁶¹ § 462.

⁶² § 463.

⁶³ § 464.

⁶⁴ “Den nya ekonomin” utgörs av marknader med höga nätverkseffekter vilket betyder att värdet på varan ökar för konsumenten ju fler enheter som säljs. Marknaderna utmärker sig även genom att marginalkostnaderna är mycket låga men FoU-kostnaderna är relativt höga. Företagen konkurrerar här genom nya produkter som tar över marknaden snarare än konkurrerar med befintliga produkter. se t.ex. Evans, David S. Antitrust and the New Economy, s. 49 ff. och § 465.

⁶⁵ § 466.

på 60 och 70-talen till klient-PC-system från 80-talet och framåt. På senare år har även Internet ändrat användningsområdet för datorerna. Microsoft ser att icke-PC-system kommer att få ökad användning i framtiden och att Microsofts ställning då kommer att försvagas på samma sätt som ställningen för de klassiska klient-PC-systemen.⁶⁶ I sin tidigare analys kom kommissionen fram till att sådana system som Microsoft refererar till ej utgör ett substitut för klient-PC-system. Kommissionen tolkar detta som att Microsoft anser att även potentiella framtida hot måste tas med i analysen.⁶⁷ Detta anser kommissionen är fel då detta ej har någon inverkan på den ställning företaget har idag.⁶⁸ Sammanfattningsvis anser kommissionen att de särskilda förutsättningarna på en marknad naturligtvis måste tas med i analysen av relevanta marknaden samt företagets ställning på marknaden. Detta betyder dock ej att den industri som Microsoft kallat den nya ekonomin ej skulle lämpa sig för sådana analyser. Snarare verkar slutsatserna som kommissionen kommit till att tala för att marknaden är sådan att det finns en ökad risk för låsta marknadsställningar.⁶⁹

2.4.5 Kommissionens slutsats

Kommissionen kommer fram till att Microsoft innehar en sådan dominerande ställning som beskrivs i art 82 på grund av de marknadsandelar företaget innehar samt de hinder till marknadstillträde som existerar på marknaden. Marknadsandelarna skulle vara ännu högre om marknaden skulle definieras till att ej innefatta icke-Intel-kompatibla operativsystem.⁷⁰ Microsoft har innehaft en hög och ständigt ökande marknadsandel före 1996 och har sedan dess en dominerande ställning på marknaden. Operativsystemet är ej enbart en dominerande produkt på marknaden utan är *de facto* standarden på marknaden för operativsystem för klient-PC-system.⁷¹

2.5 Missbruk

Framställningen i detta arbete redogör för kommissionsbeslut till den del som beskriver missbruk som utgörs av otillåten buntning.

Buntning som uppfyller följande rekvisit är enligt kommissionen otillåten enligt artikel 82:

(i) the tying and tied goods are two separate products;

⁶⁶ § 467.

⁶⁷ § 468.

⁶⁸ § 469.

⁶⁹ § 470.

⁷⁰ § 471.

⁷¹ § 472.

(En strömmande mediaspelare och ett operativsystem är två separata produkter)

(ii) the undertaking concerned is dominant in the tying product market;
(Microsoft innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden)

(iii) the undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the tying product without the tied product; and
(Microsoft ger ej konsumenten möjlighet att köpa Windows utan WMP)

(iv) tying forecloses competition.⁷²
(Microsofts buntning av WMP utestänger konkurrenter från marknaden för mediaspelare)

Redogörelsen är sedan uppdelad i två delar varav den första behandlar huruvida Microsofts agerande utgör en sådan buntning som är otillåten. I den andra delen tar sedan kommissionen ställning till huruvida detta beteende kan vara berättigat på grund av konkurrensfrämjande anledningar som Microsoft framhållit.⁷³

Vid denna genomgång kommer likheter med den amerikanska uppgörelsen att göras då Microsoft menar att denna samt Microsofts åtaganden enligt denna fört med sig att WMP ej längre är att anse som buntat till Windows.⁷⁴

Kommissionen konstaterar vidare att det ej är möjligt att ta bort WMP samt att Microsoft enbart levererar Windows med WMP. I detta sammanhang är Windows att anse som ”den buntande produkten” samt WMP som den ”buntade”. Microsofts dominerande ställning på marknaden för operativsystem har behandlats tidigare.

2.5.1 Buntning av WMP och Windows

2.5.1.1 (i) En strömmande mediaspelare och ett operativsystem är två separata produkter

Det första rekvisitetet för otillåten buntning är att det verkligen rör sig om två separata produkter. Microsoft hävdar här att WMP är integrerad i Windows och att Windows med WMP tillsammans således utgör en enda produkt. Därför är det enligt Microsoft omöjligt att tala om buntning i detta fall.⁷⁵ På detta svarar kommissionen att ett sådant synsätt ej stämmer överens med hur

⁷² § 794.

⁷³ § 795.

⁷⁴ § 796.

⁷⁵ § 800.

marknaden ser ut. Vidare påpekar här kommissionen att dominerande företag som gjort sig skyldiga till otillåten buntning ofta intar denna hållning som första led i sitt försvar. Här hänvisar kommissionen till tidigare praxis, närmare bestämt *Tetra Pak II* och *Hilti*.⁷⁶ I dessa fall hade domstolen enligt kommissionen fastslagit att om det finns företag som specialiserar sig på att producera den buntade produkten finns det följaktligen även en efterfråga på produkten i sig själv och således en distinkt marknad för den buntade produkten.⁷⁷ Det faktum att existensen av en distinkt produkt skall avgöras utifrån efterfrågan medför således att om det ej finns någon sådan oberoende efterfrågan på den buntade produkten i sig själv kan det ej heller utövas otillåten buntning enligt artikel 82.⁷⁸ Först tar kommissionen här fasta på att marknaden även tillhandahåller självständiga mediaspelare det vill säga sådana som levereras utan ett operativsystem. Detta skulle tyda på en separat efterfråga på mediaspelare i sig. Vidare framhålls att Microsoft själv vid tidigare tillfälle påpekat att det finns ett dussintal andra mediaspelare på marknaden.⁷⁹ Det faktum att Microsoft själv producerar mediaspelare för andra operativsystem som t.ex. Mac OS talar även för en separat marknad för mediaspelare. Att uppdateringar till WMP och Windows ges ut vid olika tillfällen anser kommissionen stödja uppfattningen att det rör sig om två separata produkter.⁸⁰ Den fortsatta efterfrågan på Real Networks mediaspelare även efter att Microsoft buntat WMP med Windows stödjer även denna uppfattning.

Det tilläggs även att det finns användare av operativsystem som ej behöver någon mediaspelare och även sådana som ej vill ha någon. Som exempel på det senare anges arbetsgivare som ej vill att deras personal använder mediaspelare på sina arbetsstationer då sådant användande kan vara icke arbetsrelaterat.⁸¹

På Microsofts påstående att det ej finns någon efterfrågan på operativsystem som ej har någon mediaspelare svarar kommissionen att ett sådant påstående bortser från OEM. Med detta menar kommissionen att slutkonsumenterna visserligen kanske ej efterfrågar ett operativsystem som ej kan spela CD-skivor och andra mediafiler men att det i så fall skulle falla på leverantörerna av de färdiga systemen att installera en mediaspelare som motsvarar konsumenternas efterfråga. Att detta sedan mycket möjligt skulle kunna vara WMP poängteras dock.⁸² Att Microsoft även marknadsför WMP som ett fristående program förstärker uppfattningen av att det rör sig om två separata produkter.⁸³

Efter detta återgår kommissionen till att kommentera att operativsystem och mediaspelare har vitt skilda funktioner och även om konsumenterna

⁷⁶ § 801.

⁷⁷ § 802.

⁷⁸ § 803.

⁷⁹ § 804.

⁸⁰ § 805.

⁸¹ § 807.

⁸² § 809.

⁸³ § 810.

efterfrågar en mediaspelare som kan spela upp strömmande och annan media och mediaspelare behöver ett operativsystem för att fungera så medför ej detta nödvändigtvis att det rör sig om en integrerad produkt. I kommissionens ord: "that does not make the two an integrated product any more than a nail gun and nails of the same brand are a single product"⁸⁴. uppenbart med Hilti-avgörandet som grund. Vidare konstateras även att det rör sig om två skilda industrier där Microsoft vad gäller marknaden för mediaspelare faktiskt fortfarande är utsatt för reell konkurrens till skillnad från marknaden för operativsystem där konkurrenter till Microsoft i det närmaste är obefintliga. Skillnaden i pris mellan mediaspelare (som ibland erbjuds gratis) och operativsystem poängteras även här.⁸⁵

Ett sista argument mot att det i detta fall skulle röra sig om en och samma produkt är enligt kommissionen att Microsoft erbjuder programutvecklare vitt skilda licenser för användning av deras olika SDK (software development kit) var av licensen för SDK för Windows Media är mer restriktiv än den för operativsystemet. Bara det faktum att företaget använder sig av olika licensavtal talar för att det rör sig om separata produkter.⁸⁶

Microsoft menar att mediauppspelning buntats med Windows före 1999

I följande del av beslutet behandlar kommissionen Microsofts argument att mediauppspelning faktiskt buntats med Windows sedan 1992 vilket enligt Microsoft medför att Windows med WMP skall ses som en enda produkt.

På detta svarar kommissionen att även om Microsoft har rätt i att mediauppspelande teknologi inkorporerats i Windows ända sedan 1992 så är detta ovidkommande för bedömningen huruvida den buntning som skall behandlas här är olovlig. Microsofts påstående att kommissionen är förhindrad behandla buntningen från 1999 och framåt på grund av att kommissionen ej gjort det från 1992 och framåt finner kommissionen inget stöd för inom EG-rätten. Skulle ett tidigare liknande förfarande medföra att ett företag ej skulle kunna hållas ansvarigt på för ett senare förfarande skulle detta medföra att ett dominant företag skulle tillåtas störa en närliggande marknad tack vare företaget undgått tidigare undersökning och kan visa på det tidigare förfarandet. Kommissionen avslutar med kommentaren att med den utgångspunkt kommissionen valt blir tiden under vilken det eventuella missbruket fortskridit kortare vilket i sin tur är bättre för Microsoft vid påföljdsbestämningen.⁸⁷

Vidare hade Microsoft tolkat tidigare kommunikation med kommissionen som att kommissionen ansåg att buntningen av mediaspelare var tillåten medan den av uppspelningen av strömmande media ej var det. Detta menar

⁸⁴ § 811.

⁸⁵ § 812.

⁸⁶ § 813.

⁸⁷ § 815.

kommissionen är en felaktig tolkning och att det enda som kan uttolkas ur av kommissionens tidigare kommunikation med Microsoft är att den valt att granska Microsofts agerande från 1999 och framåt. Anledningen till detta är visserligen att det var då WMP började inkludera teknologi för uppspelning av strömmande media men ej på grund av att den ena buntningen var tillåten och den andra ej utan för att kombinationen försvårade effekterna av buntningen.⁸⁸

De format som stöddes av mediauppspelningsteknologin som fanns i Windows från 1992 och fram till 1999 var ej Microsofts egna proprietära format. För strömmande media användes Real Networks teknologi mellan 1995 och 1999, före detta följde inget sådant stöd med Windows. Kommissionen menar att det därför föreligger en större fara för att konsumenterna låses till Microsofts egna format från och med 1999.⁸⁹ Kommissionen konstaterar åter att den rimligen ej kan vara förhindrad att undersöka ett eventuellt konkurrensrättsbrott enbart på grund av att den ej undersökt ett tidigare liknande förfarande. Vad gäller buntningen av tredje parts produkt konstateras att denna ej rimligtvis kan förhindra utvecklingen av bättre produkter då Microsoft buntat Real Player för att göra Windows mer attraktivt ej för tillgodose Real Networks strategiska intressen.⁹⁰

Det är mediaspelare som är kapabla att spela både lokalt lagrad och strömmande media som är den relevanta produkten i kommissionens beslut. Därför är det från och med när WMP 1999 började stödja strömmande media den olagliga buntningen började. Att buntningen efter 1999 anses olaglig beror på att Microsofts konkurrenter tidigare haft en konkurrensfördel genom att de levererade bättre mediaspelare med stöd för just strömmande media.⁹¹ Den negativa effekt som buntningen hade före 1999 kunde med andra ord uppvägas av att andra producenter kunde tillhandahålla en produkt som var överlägsen den som buntades. Detta genom att stödja både lokal media samt strömmande sådan.⁹²

Microsoft menar att det är normalt handelsbruk att bunta mediaspelare med stöd för strömmande media med operativsystem

Microsoft hävdar att andra producenter av operativsystem buntar mediaspelare med sina operativsystem vilket då skall ses som bevis för att det rör sig om en enda produkt.⁹³ Detta synsätt är fel av flera anledningar menar kommissionen. Den första anledningen som tas upp är att Microsoft enbart ser till producenterna av den buntande produkten och bortser från att den buntade produkten i de exempel som tagits upp kommer från tredje part. Tvärtom menar kommissionen att det faktum att operativsystemsproducenterna buntar tredje parts mediaspelare med sitt

⁸⁸ § 816.

⁸⁹ § 817.

⁹⁰ § 818.

⁹¹ § 819.

⁹² § 820.

⁹³ § 821.

operativsystem snarare förstärker uppfattningen att det rör sig om två separata produkter än tvärtom.⁹⁴ Vidare påpekas att övriga producenter ej buntar mediaspelarna på ett sådant sätt att de ej går att ta bort från operativsystemet utan konsumenterna kan lätt avinstallera spelaren. Så är ej fallet med WMP.⁹⁵ Kommissionen tolkar det faktum att producenterna av operativsystem levererar detta med en mediaspelare som ett tecken på att det finns en efterfrågan på operativsystem med mediaspelare. Däremot anses ej detta medföra att produkterna är att anse som en och samma produkt utan separata produkter. Konsumenternas efterfrågan kan likväl tillfredställas genom buntning av en tredje parts mediaspelare. Buntningen kan göras av antingen operativsystemstillverkaren eller OEM. Sådant buntning medför dock ej att en sådan spelare blir en integrerad del av operativsystemet i fråga.⁹⁶

Kommissionens slutsats

Med den tidigare redogörelsen hävdar kommissionen att den visat att operativsystem för PC och mediaspelare är separata produkter. Eftersom det rör sig om en produkt distinkt från operativsystemet kan alltså en mediaspelare buntas på ett sätt som strider mot art. 82.⁹⁷

2.5.1.2 (ii) Microsoft innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden

Det andra rekvisitet är att aktören innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden. Denna del har avklarats i det tidigare kapitlet som behandlade Microsofts ställning på den relevanta marknaden där det konstaterades att Microsoft innehar en dominerande ställning på marknaden för operativsystem för Intel-kompatibla PC-system som alltså är den buntande produktmarknaden.

2.5.1.3 (iii) Microsoft ger ej konsumenten möjlighet att köpa Windows utan WMP

Det tredje rekvisitet för otillåten buntning enligt art. 82 är enligt kommissionen att konsumenter fråntas möjligheten att införskaffa den buntande produkten utan den buntade. En förutsättning för att få den buntande produkten är alltså att även den buntade införskaffas.⁹⁸ Visserligen är det vanligtvis OEM som köper in Windows för att förinstallera detta före leverans av färdiga paket till slutkunderna men det är likväl slutkunderna som i slutändan drabbas av effekterna som buntningen kan medföra på konkurrensen. Genom det licensieringssystem som Microsoft tillämpar är

⁹⁴ § 822.

⁹⁵ § 823.

⁹⁶ § 824.

⁹⁷ § 825.

⁹⁸ § 826.

det omöjligt för OEM att leverera paket med Windows utan WMP då det ej finns någon sådan licens. Detta medför att även om OEM väljer att leverera ett paket med en annan mediaspelare kommer WMP likväl följa med paketet. Det samma gäller om slutkonsumenten själv köper Windows direkt från en återförsäljare.⁹⁹ Kommissionen kommenterar att den amerikanska uppgörelsen medfört att OEM får ta bort tillgängligheten av WMP t.ex. genom att ta bort ikoner men att detta ej är att likställa med att ta bort hela WMP.¹⁰⁰ Det finns dessutom inget lätt sätt att avinstallera WMP från Windows. Microsoft menar att detta beror på att det finns många andra delar av Windows som är beroende av WMP för att fungera. Likaså hävdar Microsoft att även många produkter från tredje part förlitar sig på WMP och att dessa ej skulle fungera på önskvärt sätt om WMP togs bort.¹⁰¹

Härutöver hävdar Microsoft att artikel 82 ej är applicerbar i detta fall på grund av att konsumenten ej behöver betala någonting extra för WMP. Microsoft påpekar dessutom att konsumenten ej måste använda WMP utan är fri att installera och använda programvara från någon annan producent för de funktioner som WMP kan användas till.¹⁰² Vad gäller detta konstaterar kommissionen att det ej i artikeln ifråga uttryckligen krävs att betalning skall erhållas för den buntade produkten eller den ytterligare förpliktelsen. Vidare anser kommissionen att om Microsofts tolkning av artikel 82, nämligen att betalning måste krävas för den buntade produkten, skulle stämman skulle detta betyda att det som ej betalas för per automatik ej kan snedvrída konkurrensen.¹⁰³

Ej heller anser kommissionen att artikel 82 skall tolkas som att slutanvändaren måste använda den buntade produkten för att regeln skall vara tillämplig. Även här dras paralleller till Hilti-avgörandet. Det konstateras att ej heller i det fallet var konsumenterna tvungna att köpa Hilti-spikar till Hilti-spikpistolen. Frågan skall i förevarande fall vara huruvida det är sannolikt att konsumenterna och återförsäljarna kommer att använda den buntade programvara på bekostnad av tredje parts produkter på grund av buntningen, ej huruvida de måste använda sig av den buntade varan.¹⁰⁴

2.5.1.4 (iv) Microsofts buntning av WMP utestänger konkurrenter från marknaden för mediaspelare

Det fjärde rekvisitetet för att buntning skall strida mot artikel 82 är att buntning har en skadlig effekt på konkurrensen. Kommissionen hänvisar här till *Hoffmann-La Roche*¹⁰⁵ avgörandet i vilket EGD fastslår att missbruk

⁹⁹ § 827.

¹⁰⁰ § 828.

¹⁰¹ § 829.

¹⁰² § 830.

¹⁰³ § 831.

¹⁰⁴ § 832.

¹⁰⁵ Mål C-85/76 Hoffman LaRoche mot Kommissionen [1976] ECR 461.

föreligger om konsumenten förnekas sin frihet att välja varifrån han vill handla och konkurrenter utestängs från marknaden på grund av att ett företag som innehar en dominerande ställning direkt eller indirekt binder sin kund.¹⁰⁶ Eftersom EG-rätten ej enbart skall tolkas efter bokstav utan även sammanhanget förkastar kommissionen Microsofts påstående att det måste röra sig om ett ”tvång” att använda den buntade produkten, detta på grund av att även beteende som indirekt binder konsumenten kan ge liknande utestängande effekter som direkt bindande åtgärder.¹⁰⁷ I *Hoffmann-La Roche* fallet rörde det sig om ett rabattsystem som visserligen ej tvingade kunderna att köpa ytterligare produkter från Roche men kunderna förlorade fördelar och eventuella rabatter om de ej gjorde det. EGD fann att företaget missbrukat sin dominerande ställning med hjälp av rabattsystemet som fanns vara utestängande.¹⁰⁸

Vidare tar kommissionen upp tre andra tidigare avgöranden som behandlat liknande beteende. I det första, *Van den Bergh Foods*,¹⁰⁹ fann förstainstansrätten att det i mål gällande exklusivavtal ej krävs total utestängning utan att det räcker med en icke obetydande utestängning för att det eventuellt skall kunna röra sig om missbruk av dominerande ställning. De andra två fallen (*Michelin II*¹¹⁰ och *British Airways*¹¹¹) behandlar så kallade trohetsrabatter. I dessa finner förstainstansrätten att det ej nödvändigtvis måste gå att påvisa en snedvridande effekt utan det räcker med att det visas att beteendet i fråga kan ha sådana effekter, det vill säga potentiell effekt.¹¹²

Efter denna genomgång av tidigare praxis går kommissionen över till att kommentera ytterligare argument som Microsoft lagt fram. Microsoft påstår att kommissionen ej visat att konkurrensen snedvridits och att det ej räcker att den visat att WMP levereras med Windows.¹¹³ Microsoft menar att det finns omständigheter som gör att buntningen ej i detta fall har någon negativ effekt på konkurrensen. Som exempel på sådana omständigheter påpekas bland annat att andra mediaspelare ges bort gratis, att det finns andra sätt att distribuera mediaspelare än genom OEM installation samt att buntningen har positiva effekter på konkurrensen genom exempelvis effektivitetsvinster.¹¹⁴ Till viss del ger kommissionen Microsoft rätt i dessa påståenden genom att erkänna att det i detta fall behövs en noggrannare genomgång av omständigheterna än i de klassiska fallen av kopplingsförbehåll. En omständighet som kommissionen pekar på är att konsumenten kan och vissa fall även faktiskt laddar ner andra mediaspelare från Internet och att dessa i vissa fall är gratis.¹¹⁵

¹⁰⁶ § 835.

¹⁰⁷ § 836.

¹⁰⁸ § 837.

¹⁰⁹ Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd mot Kommissionen*, ej publicerat ännu.

¹¹⁰ Mål T-203/01 *Michelin mot Kommissionen*, ej publicerat ännu.

¹¹¹ Mål T-219/99 *British Airways mot Kommissionen*, ej publicerat ännu.

¹¹² § 838.

¹¹³ § 839.

¹¹⁴ § 840.

¹¹⁵ § 841.

Kommissionen fortsätter med att förklara varför den anser att buntning i just detta fall kan komma att förstöra möjligheten till en fungerande konkurrens. Kort uttrycker kommissionen detta som att ”buntningen av WMP med det dominerande Windows medför att WMP blir förstahandsvalet för media och applikationer vilket i sin tur kan medföra att konkurrenter utestängs från marknaden för mediaspelare”. Detta kan i sin tur ge spill-over effekter på konkurrensen på marknaderna för relaterade produkter. Som exempel nämns mjukvara för kodning samt hantering av media men även operativsystem för PC eftersom mediaspelare som klarar av uppspelning av kvalitetsmedia är en viktig funktion. Microsofts buntning medför en stor risk för att konkurrens skall utestängas samt att innovationstakten hämmas.¹¹⁶

Buntningen av WMP ger Microsoft en oslagbar utbreddhet på klient-PC världen över

Med utbreddhet menas i vilken utsträckning WMP finns installerat på klient-PC världen över. År 2002 hade 93,8 procent av alla nya klient-PC Windows förinstallerat vid leverans. Detta medför att förekomsten av WMP är lika utbredd. Sådan global distribution kan enligt kommissionen ingen annan distributionskanal eller kombination av kanaler åstadkomma. Det poängteras att det är Microsoft som kontrollerar denna distributionskanal och medger ej konkurrerande mediaspelare tillgång till denna.¹¹⁷ Vidare konstateras att konsumenter som får WMP förinstallerat i allmänhet är mindre benägna att använda sig av en annan mediaspelare då de redan har en spelare som klarar uppspelningen av både strömmande och lokal media.¹¹⁸ I fotnoten i kommissionsbeslutet hänvisas till det amerikanska avgörandet där det konstaterades att vad gällde Netscape Navigator räckte det ej med nedladdningsmöjlighet från Internet för att stoppa tappet av marknadsandelarna sedan Microsoft börjat bunta Internet Explorer med Windows.¹¹⁹

På Microsofts påstående att konsumenter föredrar ett system som går att köra direkt när det levereras svarar kommissionen att detta visserligen stämmer men att det samma är sant för ett paket som innehåller *en* mediaspelare, ej nödvändigtvis WMP. Med detta menas att OEM skulle kunna installera en mediaspelare vilken ej nödvändigtvis måste vara WMP och därigenom skulle slutkonsumenten få den funktionalitet som efterfrågas.¹²⁰

Installationsavtal med OEM minskar ej WMP:s utbreddhet

Det finns flera olika anledningar till att kommissionen anser att distributionsavtal med OEM är en mindre effektiv distributionskanal än

¹¹⁶ § 842.

¹¹⁷ § 844.

¹¹⁸ § 845.

¹¹⁹ not 987.

¹²⁰ § 848.

Microsofts buntning. Den första som tas upp är att det visserligen är så att det finns ett fåtal stora OEM men det är trots det så att en stor del (mer än 30 procent) av datorpaketen som säljs säljs av mindre OEM. En annan producent av mediaspelare måste med andra ord sluta avtal med en stor mängd mindre OEM för att få sin spelare distribuerad av dem. Betydelsen av denna distributionskanal belyses av en uppgörelse mellan Microsoft och Time Warner. Genom denna skall Time Warner få tillgång till Microsofts auktoriserade replikatorer, som tillverkar Time Warners CD:s som skickas till mindre OEM, för att genom dessa kunna skicka en CD innehållande AOL Internet access software med Windows till dessa mindre OEM.¹²¹

En annan anledning som tas upp är att dessa installationsavtal oftast enbart omfattar hemanvändare vilket medför att en stor del av nya datorpaket som levereras till företag ej omfattas.¹²²

Enligt kommissionen kommer OEM i vilket fall som helst så länge Microsoft buntar WMP med Windows och det ej finns något enkelt sätt att ta bort WMP att sakna incitament att installera någon annan mediaspelare. En extra spelare skulle ej tillföra någon väsentlig funktion. Den skulle ta upp extra utrymme på datorns hårddisk och konsumenten skulle knappast vara intresserad av att betala extra för den. Dessutom skulle två mediaspelare eventuellt förvirra konsumenten och därigenom föra med sig extra kostnader för OEM på grund av ett ökat behov av support. Även om ikonerna för WMP tas bort kan programmet reaktiveras genom att Microsofts mediaformat spelas upp genom Internet Explorer. WMP kan dessutom ställa om inställningar i Windows vilket kan medföra att den blir standardspelare igen trots att OEM ställt in att en annan skall vara det.¹²³

Denna del avslutas sedan med en genomgång av skillnaden i andelar av nya datorer som levereras med olika mediaspelare.¹²⁴ Slutsatsen blir dock att buntningen av WMP minskar OEM:s incitament att installera en annan mediaspelare med sina datorpaket.¹²⁵

Nedladdning kan ej matcha WMP:s utbredhet

En alternativ distributionskanal till förinstallering är nedladdning från Internet. Denna påstår dock kommissionen att konsumenter anser mindre effektiv. Microsoft hävdar att utvecklingen på mediasidan på senare år varit sådan att konsumenter uppdaterar sina mediaspelare oftare än de uppgraderar sina datorsystem.¹²⁶ Kommissionen håller med om att distributionskanalen är viktig och förmodligen den viktigaste näst

¹²¹ § 849.

¹²² § 850.

¹²³ §§ 851, 852.

¹²⁴ §§ 853-856.

¹²⁵ § 857.

¹²⁶ § 858.

förinstallering. Dock anses nedladdning ej kunna jämföras med förinstallering.¹²⁷

Kommissionen tar efter detta upp en undersökning som visat att den genomsnittlige PC-användaren använder sig av 1,6 mediaspelare vilket betyder att vissa har WMP och en annan mediaspelare medan andra nöjer sig med WMP. Denna slutsats kan dras mot bakgrunden av att alla har WMP från början.¹²⁸

Det som enligt kommissionen är viktigt på en marknad med starka nätverkseffekter är ej huruvida nedladdning kan medföra en stor utbreddhet av andra mediaspelare utan om den medför en ungefär lika stor som WMP:s. Enligt kommissionen gör ej nedladdning det eftersom WMP finns på klient-PC redan från början.¹²⁹

Vad gäller klient-PC på företag är dessa ofta konfigurerade på ett sådant sätt att användaren ej kan ladda ner och installera en mediaspelare vilket ej är nödvändigt vad gäller WMP.¹³⁰

Microsoft kan till skillnad från andra leverantör av mediaspelare garantera utvecklare den utbredda distributionen av WMP. Distributionen av de övriga spelarna blir dock mer osäker. Detta kommer att utestänga konkurrens på grund av att applikationer och media kommer att utvecklas till WMP på grund av att den är vanligast.¹³¹

Microsoft argumenterar mot påståendet att en användare som redan har en mediaspelare är mindre benägna att ladda ner ytterligare en. Detta baserar Microsoft på den statistik som visar att 100 miljoner exemplar av WMP 9 laddats ner av användare som redan haft en tidigare version av WMP installerad under de tio månader den senare versionen var tillgänglig. Kommissionen poängterar två saker vad gäller detta argument nämligen att den spelare som användarna använde när de laddade ner WMP 9 redan var WMP om än en tidigare version. Dessutom fanns det en funktion i den tidigare mjukvaran som kontaktade Microsoft för att kontrollera om det fanns någon ny version tillgänglig. Om sådan fanns tillfrågades användaren om denne var intresserad av att ladda ner den nya versionen och om användaren ej var det dök frågan åter upp vid senare tillfällen tills den nya versionen blev nedladdad och installerad.¹³² Detta gäller således ej för andra producenter av mediaspelare som ej följer med Windows. Dessa måste på något sätt få sin mjukvara installerad en första gång för att sedan kunna förlita sig på en mekanism liknande Microsofts för att få användarna att uppdatera sin mjukvara till senare versioner.¹³³

¹²⁷ § 859.

¹²⁸ § 860.

¹²⁹ § 861.

¹³⁰ § 862.

¹³¹ § 863.

¹³² § 864.

¹³³ § 865.

En annan anledning till att kommissionen anser att nedladdning via Internet är en mindre effektiv distributionskanal än OEM installering är att det av många användare anses vara mer komplicerat att ladda ner mjukvaran än att få den installerad redan från början.¹³⁴

Enligt kommissionen kan användare dessutom antas tro att den mjukvara som levereras färdigtinstallerad med PC-paket fungerar bättre än något som de själva måste installera.¹³⁵

Från utbudssidans synvinkel är visserligen nedladdning av programvaran via Internet en förhållandevis billig distributionskanal men det kan tillkomma kostnader för att genom marknadsföring övertyga konsumenten att dels ladda ner och installera programvaran själv och dels att överhuvudtaget använda sig av en annan mediaspelare än WMP.¹³⁶

Sammanfattningsvis konstaterar kommissionen att nedladdning ej är något tillräckligt alternativ till förinstallering. Vidare påpekas att om Microsoft på allvar menar att distributionskanalen är lika effektiv så borde företaget ej så envist försöka få behålla sitt privilegium av förinstallering.¹³⁷

Andra distributionskanaler är bara det näst bästa alternativet

De två andra kanaler för distribution som tas upp i beslutet är buntning med annan mjukvara eller Internetabonnemang och försäljning genom detaljhandeln.¹³⁸ Vad gäller den första konstateras att denna för det första är kostsam för den som vill få med sin programvara i med någon annans produkt.¹³⁹ Dessutom är det ej säkert att de som väl får programvaran kommer att använda den.¹⁴⁰ Vad gäller detaljhandeln gäller som tidigare att konsumenten måste övertygas att skaffa den ytterligare mediaspelaren, dessutom uppkommer betydande transaktionskostnader för konsumenten till skillnad från då mediaspelaren är förinstallerad med operativsystemet.¹⁴¹

Med denna genomgång anser sig kommissionen ha visat att ingen av de övriga distributionskanalerna kommer i närheten av att kunna garantera den utbreddhet som buntningen med Windows ger.¹⁴²

Efter detta visar kommissionen hur den anser att denna utbreddhet ger Microsoft en konkurrensfördel som kan komma att skada konkurrensen på marknaden.

¹³⁴ § 866.

¹³⁵ § 869.

¹³⁶ § 870.

¹³⁷ § 871.

¹³⁸ §§ 872, 876.

¹³⁹ § 875.

¹⁴⁰ § 873.

¹⁴¹ § 876.

¹⁴² § 877.

Effekten på medialeverantörer och mjukvaruutvecklare

Om mjukvaruutvecklare och medialeverantörer har begränsade resurser ser de till installations och användningsfrekvensen för att besluta vilken mediaspelare de skall utveckla sina produkter till.¹⁴³ Detta medför att om de beslutar sig för att rikta in sig mot WMP når de direkt ut till 90 procent av alla PC-användare (motsvarande Windows marknadsandel).¹⁴⁴ Om media sedan kodas i Windows Mediaformat medför detta att om andra producenter av mediaspelare vill kunna tillhandahålla en mediaspelare med stöd för denna typ av media måste de licensiera teknologin från Microsoft förutsatt att Microsoft vill licensiera ut den.¹⁴⁵

I två separata stycken behandlas här diverse undersökningar och uttalanden som bekräftar att det för både mjukvaruutvecklare och medialeverantörer är dyrare och mer omständligt att utveckla och tillhandahålla produkter med stöd för flera olika format och mediaspelare. I och för sig stödjer de flesta stora medialeverantörer än så länge flera olika teknologier. Detta kan vara lönsamt så länge andra mediaspelare används tillräckligt hög utsträckning.¹⁴⁶ Vad gäller mjukvaruutvecklare konstateras bland annat att det är dyrare att stödja flera format¹⁴⁷ samt att de flesta valde format baserat på tillgängligheten av mediaspelare.¹⁴⁸

Spill-over effekter

Buntningen av WMP har ej enbart effekter på marknaden för mediaspelare utan en ökad användning av Windows Media teknologi samt även en ökad användning av Microsofts servermjukvara. Denna effekt kan även sprida sig till andra marknader t.ex. mobila apparater, DRM-lösningar och internetbaserad musikdistribution. Detta medför enligt kommissionen att "If WMP is not unbundled, Microsoft will be able to continue to harness the relevant network effects to its own exclusive advantage".¹⁴⁹ Framför allt vikten av DRM betonas. Microsofts teknologi för DRM är inbyggd i WMP medan andra producenter av mediaspelare måste förlita sig på att få licensiera den från Microsoft.¹⁵⁰

Utvecklingen på marknaden för strömmande mediaspelare

Medveten om att det ännu ej finns något etablerat sätt att mäta styrkan på de olika mediaspelare samt att spelarna har vissa skillnader väljer kommissionen att jämföra olika företags styrka genom att granska data sammanställd av olika marknadsanalysföretag ur tre olika synvinklar, mediaspelaranvändning och användning av olika mediaformat dels vid

¹⁴³ § 879.

¹⁴⁴ § 880.

¹⁴⁵ § 881.

¹⁴⁶ § 890.

¹⁴⁷ § 894.

¹⁴⁸ § 896.

¹⁴⁹ § 897.

¹⁵⁰ § 898.

uppspelning och dels vid kodning.¹⁵¹ Data för spelaranvändning presenteras i §§ 905-926, formatanvändning i §§ 927-933, innehåll på webbsidor i §§ 934-942 och installerad bas i § 943. Sammanfattningsvis visar dessa undersökningar på en ökande trend för WMP och Windows Media Format på övriga aktörers bekostnad.¹⁵²

Självständiga producenter av mediaspelares affärsmodell

Andra aktörer på marknaden, som t.ex. Real, förlitar sig på intäkter som licensieringen av mjukvaran genererar, direkt och indirekt, det vill säga genom licensiering av mjukvaran mot betalning samt abonnemang på diverse tjänster direkt till konsumenter. Den andra huvudsakliga inkomstkällan är försäljning av produkter såsom servrar och mjukvara för medialeverering. De har alltså till skillnad från Microsoft inte en annan huvudprodukt som företagen kan förlita sig på.¹⁵³

Att ett företag överlevt ett dominerande företags konkurrensbegränsande förfarande betyder ej nödvändigtvis att ej buntningen haft utestängande effekter. Om detta skulle vara nödvändigt skulle eventuella sanktioner vara verkningslösa då syftet med buntningen redan skulle vara uppnått.¹⁵⁴

”Competition on the merits”

Microsofts påstår även att kommissionen ej kan påvisa om Real Networks minskande marknadsandel beror på förfarande som kan snedvrída konkurrensen eller på affärsmässiga felsteg.¹⁵⁵ Kommissionen erkänner att en minskad marknadsandel kan bero på en sämre produkt men att delar av det material som Microsoft själv lämnat in pekar på motsatsen. Detta framgår av en sammanställning som kommissionen gjort av jämförande recensioner av mediaspelare från diverse datortidningar.¹⁵⁶ I femton av dessa recensioner kommer Realplayer på första plats i åtta av fallen, att jämföra med WMP som kommer på första plats i två.¹⁵⁷ Detta talar enligt kommissionen mot att WMP skulle ha någon komparativ fördel tack vare en bättre produkt.¹⁵⁸

¹⁵¹ §§ 900-904.

¹⁵² § 944.

¹⁵³ § 945.

¹⁵⁴ § 946.

¹⁵⁵ § 947.

¹⁵⁶ § 948.

¹⁵⁷ § 950.

¹⁵⁸ § 951.

2.5.2 Kommissionens bedömning av Microsofts försvar

Microsoft hävdar (förutom att det rör sig om en enda produkt nämligen Windows) att de fördelar som uppnås genom buntningen av WMP till Windows uppväger den eventuella snedvridningen av konkurrensen som buntningen kan förorsaka.¹⁵⁹

2.5.2.1 Buntning av WMP och effektivitet vad gäller distribution

Vad gäller argumentet att buntningen medför minskade transaktionskostnader för konsumenten genom att denne slipper förvirringen av att behöva ställa in och installera en mediaspelare påpekar kommissionen att det argumentet missar skillnaden mellan att få en mediaspelare förinstallerad och att Microsoft väljer en åt konsumenten. Vad kommissionen syftar på är att marknaden skulle tillhandahålla ett färdigt paket även om WMP ej var buntad med Windows. Detta skulle ske genom att OEM förinstallerade mjukvarupaket som motsvarar konsumenternas efterfrågan. Paketet skulle sedan mycket väl kunna innehålla WMP men detta skulle vara beroende på om konsumenterna önskade det då paketen skulle motsvara de önskemål som konsumenterna har.¹⁶⁰ Vad OEM kan erbjuda menar kommissionen är att de besitter sådan kompetens att de kan och även faktiskt utformar olika datorpaket för att differentiera dem från andra genom att på olika sätt anpassa dem för olika krav som olika konsumenter har. Detta skulle snarare leda till en större mångfald av produkter än att medföra högre transaktionskostnader för konsumenterna. Microsofts förinstallering eller oåterkalleliga buntning behövs således ej för att minska dessa potentiella transaktionskostnader för konsumenterna.¹⁶¹

Ett annat argument är att buntningen av två produkter medför minskade transaktionskostnader tack vare att kostnaderna minskar genom att det ej längre behövs två separata distributionssystem för de båda produkterna. Denna besparing skulle sedan komma konsumenterna till godo. I detta fall anser kommissionen att den besparing som eventuellt kan komma konsumenten till godo ej kan kompensera för den snedvridning av konkurrensen som buntningen medför. Utvecklingen och mångfalden av mediaspelare är mycket viktig och kostnaden för licensieringen, mångfaldigandet och distributionen av mjukvara är relativt låg.¹⁶²

Microsoft hävdar även att företaget kommer att få en konkurrensnackdel om det ej som andra operativsystemsleverantörer får lov att bunta sin

¹⁵⁹ § 955.

¹⁶⁰ § 956.

¹⁶¹ § 957.

¹⁶² § 958.

mediaspelare med Windows. På detta svarar kommissionen att beslutet ej hindrar Microsoft från att sluta avtal med OEM för att få WMP förinstallerat. Missbruket av den dominerande ställningen består i att Microsoft påtvingar både konsumenter och OEM sin WMP.¹⁶³ Dessutom måste en jämförelse av Microsoft och övriga aktörer ta hänsyn till att den effekt som buntningen har på marknaden är olika stor beroende på hur stor marknadsandel aktören har på marknaden för den buntande produkten. Kommissionen konstaterar att en icke-dominerande aktör som exempelvis Apple bara har en marknadsandel på 2,95 procent och att buntningen av Quick Time med Mac OS därför ej kan antas förorsaka några större hinder för marknadstillträde.¹⁶⁴

Sammanfattningsvis konstaterar kommissionen att ett dominant företag kan bli fråntaget rätten till att agera på ett sätt som andra aktörer får. Som exempel ges att om ett icke dominant företag väljer att bunta en funktion med sitt operativsystem så kan det visserligen bromsa utvecklingen av mjukvaran i fråga. Men då detta enbart gäller den plattformen hindrar ej buntningen utvecklingen av mjukvara för andra operativsystem. När det däremot gäller en dominant aktör blir scenariot ett annat. Om företaget, som i Microsofts fall besitter en monopolliknande ställning är det i princip den plattformen som är marknaden och därför bromsas utvecklingen på hela marknaden.¹⁶⁵

2.5.2.2 Buntning av WMP och effektivitet med WMP som en plattform för innehåll och applikationer

Det första kommissionen påpekar här är att Microsoft ej styrkt sitt påstående att integrationen av WMP i Windows medför bättre teknisk prestation. Microsoft hävdar att utvecklare av tjänster och applikationer vill rikta in dem mot WMP:s API och att om detta är integrerat med Windows behöver utvecklarna ej fundera på vilken mediaspelare de skall rikta in sig på utan kan koncentrera sig på sina produkters kvalitet. Detta medför att konsumenten får ett bättre paket från början. Microsoft menar att de positiva effekterna i form av effektivitetsvinster överväger de eventuella konkurrensbegränsande effekterna och att Windows och WMP tillsammans därför skall anses vara en och samma produkt.¹⁶⁶ Kommissionen lämnar därhän huruvida buntningen av WMP är nödvändig för att underlätta för utvecklarna av applikationer. Detta på grund av att Microsoft ej visat att buntningen är nödvändig för att uppnå de konkurrensfrämjande effekterna som påtalats.¹⁶⁷ Den sorts effekter torde uppnås genom förinstallering av *en* mediaspelare, ej nödvändigtvis WMP.¹⁶⁸ För Microsofts del borde samma effekter kunna uppnås genom att WMP förinstalleras av OEM. Alltså skulle

¹⁶³ § 959.

¹⁶⁴ § 960.

¹⁶⁵ § 961.

¹⁶⁶ § 962.

¹⁶⁷ § 963.

¹⁶⁸ § 964.

samma applikationer utvecklas trots att Windows och WMP distribueras separat.¹⁶⁹ Dessutom finns det inga belegg för att utvecklare enbart vill anropa WMP. För att visa på detta nämns att AOL anropar RealPlayer.¹⁷⁰ På grund av detta finns det ej något behov av att Microsoft buntar WMP med Windows. OEM kan i egenskap av inköpsagenter för konsumenterna installera de paket av operativsystem och mjukvara (exempelvis mediaspelare) som efterfrågas.¹⁷¹ Anledningen till att utvecklare i ökande utsträckning anropar WMP istället för andra mediaspelare beror snarast på den utbreddhet som WMP erhållit genom buntningen. Det faktum att det enbart är Microsoft som på grund av sin marknadsställning på marknaden för operativsystem har möjlighet att vända marknaden för mediaspelare till sin fördel medför ej att sådant beteende är lagligt. Ej heller medför buntningen av en applikation med Windows att denna blir en ickeseparerbar del av operativsystemet.¹⁷² För att detta skulle bedömas annorlunda krävs enligt kommissionen att det anses att Microsofts användande av sin dominerande ställning skonar industrin från ovissheten om vilken mediaspelare som till slut kommer att vinna och att det därigenom uppstår effektivitetsvinster. Kommissionen anser att om den skulle anta detta synsätt skulle den ej enbart tillåta att hindren för marknadstillträde höjs genom buntning utan även göra det till grundargumentet för Microsofts rättfärdigande. Vidare framhävs att en ostörd konkurrenssituation i sig utgör ett värde inom gemenskapsrätten då en sådan främjar effektivitet och innovation. Därför kan ej Microsoft tillåtas leva på sin tidigare framgång med Windows utan konkurrensen skall ske på basis av mediaspelarens meriter.¹⁷³

2.5.2.3 Kommissionens slutsats

Kommissionen kommer till slutsatsen att Microsoft ej kunnat styrka att buntningen av WMP objektivt kan rättfärdigas tack vare att de positiva effekterna på konkurrenssituationen överväger de negativa. Detta grundas på att de positiva effekter som uppkommer likväl skulle kunna åstadkommas utan buntningen av WMP samt att övriga positiva effekter som Microsoft åberopat i första hand är positiva för Microsoft och knappast överväger de negativa effekterna som buntningen orsakar.¹⁷⁴

2.5.2.4 Påståendet att incitament för utestängning saknas

Microsoft hävdar att företaget saknar incitament till buntning som skadar konkurrensen. Detta på grund av att mediaspelare ej utgör ett hot mot

¹⁶⁹ § 965.

¹⁷⁰ § 966.

¹⁷¹ § 967.

¹⁷² § 968.

¹⁷³ § 969.

¹⁷⁴ § 970.

Windowsplattformen samt att det är orealistiskt att någon skulle kunna använda sin position på marknaden för mediaspelare för att ta sig in på marknaden för operativsystem.¹⁷⁵ På detta svarar kommissionen att mediaspelare i och för sig ej idag utgör ett alternativ till operativsystem men att detta mycket väl skulle kunna bli fallet i framtiden. Dessutom kan mellanvara såsom Java tillsammans med en mediaspelare redan idag utgöra ett alternativ redan idag. Däri finns incitament för Microsoft att utestänga tredje parts mediaspelare.¹⁷⁶ Vad gäller att en position på marknaden för mediaspelare ej skulle kunna utnyttjas för att komma in på den för operativsystem påpekas att det idag skulle vara betydligt svårare att komma in på den senare marknaden om ej en mediaspelare som klarade de populäraste formaten och applikationerna finns med i paketet.¹⁷⁷ Detta medför i sin tur att om Microsoft skulle bli dominant på marknaden för mediaspelare skulle en eventuell konkurrent vara tvungen att ha stöd för Microsofts mediaformat för att kunna slå sig in på marknaden för operativsystem. Genom att bunta WMP får Microsoft som visats tidigare fler användare och utvecklare att använda sig av Microsofts mediaformat, vilket i sin tur för med sig att det blir svårare för en konkurrent att ta sig in på marknaden för operativsystem.¹⁷⁸

Ett annat incitament för Microsoft att bunta WMP är att denna mediaspelare då får en unik utbreddhet vilket i sin tur gör att Microsoft får betydligt lättare att sälja sina format och servermjukvara. Vidare är marknaden för mediaspelare enligt kommissionen en ”strategic gateway to a range of related markets”¹⁷⁹. I dessa närliggande marknader såsom licensiering av format, mjukvara för mediakodning samt DRM och mediadistribution via Internet finns potentiellt möjligheter till höga inkomster.¹⁸⁰ Som exempel på detta tas MSN Music Club upp via vilken Microsoft skall sälja musik via Internet till konsumenter som har WMP9.¹⁸¹ Vidare nämns att om Microsofts DRM-teknologi skulle bli dominerande kan alla som önskar att sälja upphovsrättsskyddat material i digital form bli tvungna att göra detta med hjälp av Microsofts teknologi mot en avgift per transaktion.¹⁸² Microsoft skulle på dessa två sätt kunna skapa nya inkomstkällor och ej längre behöva förlita sig på försäljningen av nya versioner av Windows.

2.6 Kommissionens slutsats

Kommissionen tar ej ställning till huruvida det är önskvärt eller ej att en allmänrådande standard för mediaspelare och format utvecklas. Däremot är

¹⁷⁵ § 971.

¹⁷⁶ § 972.

¹⁷⁷ § 973.

¹⁷⁸ § 974.

¹⁷⁹ § 975.

¹⁸⁰ § 975.

¹⁸¹ § 976.

¹⁸² § 977.

den konkurrenssituation på marknaden för mediaspelare som eventuellt kan leda till en sådan utveckling viktig. Ett viktigt mål för gemenskapens konkurrensrätt är att konkurrenssituationen på den inre marknaden ej störs utan att uppfinningar lyckas eller misslyckas på sina meriter.¹⁸³ Genom att använda Windows som distributionskanal för WMP ger sig Microsoft en konkurrensfördel på ett konkurrensbegränsande sätt. Konkurrenter hamnar på grund av buntningen direkt i ett underläge oavsett om deras mediaspelare är bättre eller ej.¹⁸⁴ Microsoft snedvrider på så sätt konkurrensen vilket medför att utvecklingen på området bromsas till konsumenternas nackdel. Buntningen medför dessutom att hindren för marknadsstillträde till marknaden för operativsystem höjs vilket skyddar Windows. Genom nätverkseffekter kommer detta även att ske på marknaden för mediaspelare.¹⁸⁵ Detta kommer sedan att skydda Microsofts position mot konkurrenter även om dessa tillhandahåller en mer attraktiv mediaspelare. I sin tur kommer detta att medföra att mindre human- och realkapital kommer att investeras i marknaden från både konkurrenters och Microsofts egen sida. "Microsoft's conduct affects a market which could be a hotbed for new and exciting products springing forth in a climate of undistorted competition." enligt kommissionen¹⁸⁶ Buntningen medför dessutom att Microsoft kan öka sin marknadsandel på den närliggande marknaden för mediaspelare på ett konkurrensbegränsande sätt vilket leder till en snedvriden konkurrens på marknaden och i slutändan är till konsumenternas nackdel.¹⁸⁷ Microsofts buntning sänder även signaler som avskräcker utveckling och innovation inom teknologier som Microsoft senare kan tänkas få intresse för och sedan binda till Windows. Detta medför att incitamenten att etablera sig på dessa marknader minskar för utvecklare av mjukvara samt att viljan att investera i dessa bolag minskar hos riskkapitalister.¹⁸⁸

På grund av detta finns det en avsevärd risk att konkurrensen minskar samt att detta leder till en snedvriden konkurrenssituation på sikt. Det är på grund av de här anförda anledningarna kommissionen anser att Microsoft missbrukat sin dominerande ställning och därmed bryter mot artikel 82 (d)¹⁸⁹

2.7 Påföljd

Microsoft åläggs att tillhandahålla ett Windows utan WMP för klient-PC men får även tillhandahålla en version med WMP buntad med Windows.¹⁹⁰

¹⁸³ § 978.

¹⁸⁴ § 979.

¹⁸⁵ § 980.

¹⁸⁶ § 981.

¹⁸⁷ § 982.

¹⁸⁸ § 983.

¹⁸⁹ § 984.

¹⁹⁰ § 1011.

Microsoft får ej på något annat sätt koppla WMP till Windows och bortsett från avsaknaden WMP:s funktioner så skall versionen utan ej fungera sämre än den med WMP.¹⁹¹ Dessutom bötfälls Microsoft 497 196 304 euro.¹⁹² Bötesbeloppet baseras dock på både på det konstaterade missbruket av dominerande ställning i buntningsdelen som behandlats här och det i den andra delen av beslutet (serverdelen, som ej behandlas i detta arbete).¹⁹³

¹⁹¹ § 1012.

¹⁹² § 1080.

¹⁹³ § 1063.

3 U.S.A. mot Microsoft

Det amerikanska förfarandet började 1994 med att det amerikanska justitiedepartementet (DOJ) stämde Microsoft för att företaget olagligt försökt att bibehålla en monopolställning på marknaden för operativsystem genom konkurrensbegränsande villkor i sina licens- och mjukvaruutvecklaravtal. Detta resulterade dock aldrig i någon dom utan parterna ingick en överenskommelse (consent decree) genom vilken Microsoft åtog sig bland annat att upphöra med vissa former av avtal gällande Internet Explorer. Denna överenskommelse kallas *Microsoft I*¹⁹⁴. Tre år senare stämde återigen DOJ Microsoft på grund av att DOJ ansåg att Microsoft brutit mot den tidigare överenskommelsen. I detta mål fann domstolen att Microsofts buntning av Internet Explorer (IE) och Windows ej bröt mot den tidigare överenskommelsen. Domstolen tog dock aldrig ställning till huruvida buntningen stred mot konkurrensrättsliga regler. Denna dom är även känd som *Microsoft II*¹⁹⁵. Strax före denna dom stämde Microsoft av DOJ och ett antal delstater för brott mot the Sherman Act. De fyra typerna av olagligt agerande som Microsoft stämde för var: (1) olagliga exklusivavtal i strid med § 1; (2) olaglig buntning av IE och Windows 95 och 98 i strid med § 1, (3) olagligt försök till bibehållande av en monopolställning på PC-marknaden för operativsystem i strid med § 2; och (4) olagligt försök att monopolisera webbläsarmarknaden i strid med § 2. Distriktsdomstolens dom blev dock underkänd i vissa delar av appellationsdomstolen och blev återvisad till distriktsdomstolen för ny bedömning. Appellationsdomstolens dom är känd som *Microsoft III*¹⁹⁶. Före fallet prövats på nytt gjorde DOJ och de flesta av delstaterna upp i godo med Microsoft vilket medfört att fallet ej kom till någon slutlig bedömning¹⁹⁷

I detta avsnitt kommer den amerikanska dom som kallas *Microsoft III* samt distriktsdomstolens dom som genom *Microsoft III* blev tillbakavisad behandlas. I presentationen kommer enbart de delar som är hänförliga till den olagliga buntningen av Internet Explorer redogöras för.

3.1 Sherman Act section 1

I Sherman Act sektion 1 förbjuds konkurrensbegränsande avtal.

“Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

¹⁹⁴ United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995) (Microsoft I).

¹⁹⁵ United States v. Microsoft Corp., 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998) (Microsoft II).

¹⁹⁶ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001) (Microsoft III).

¹⁹⁷ Julie Anne Hyland, *Demystifying the applicability & essential elements of United States v. Microsoft*, s. 131 f.

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

På motsvarande sätt som kopplingsförbehåll är förbjudna i artikel 82 d faller de under avtal som är förbjudna enligt Sherman act section 1.

3.2 Bakgrund

Först redogör domstolen för olika definitioner samt bakgrunden i målet. Till att börja med finner domstolen här att det finns en grundläggande skillnad mellan en ”personal computer” (PC) som är avsedd att användas av en person åt gången och en ”server” som är en mer kraftfull dator som används för att tillhandahålla flera datorer med data, tjänster och funktionalitet i ett digitalt nätverk.¹⁹⁸ Vidare konstateras att ett operativsystem är mjukvara som är till för att styra delarna av PC-systemet samt att möjliggöra för applikationer att använda systemet genom API.¹⁹⁹ Det konstateras även att ett operativsystem som är utvecklat för att användas på ett Intel-kompatibelt system ej går att använda på ett system som ej är Intel-kompatibelt och vice versa. På liknande sätt går applikationer som utvecklats för ett operativsystem för Intel-kompatibla system ej att använda på andra om de ej först porteras för detta.²⁰⁰ Efter detta beskrivs Microsofts utveckling av operativsystem från 1981 och framåt §§ 6-10 och grunderna för Internet och webbläsare. §§ 11-15.

3.3 Relevant produktmarknad

För att kunna göra en bedömning av Microsofts ställning på den relevanta marknaden krävs att den definieras.

¹⁹⁸ United States v. Microsoft Corp., 84F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999) (“Findings of Fact”) § 1.

¹⁹⁹ § 2.

²⁰⁰ § 4.

3.3.1 Operativsystem för klient-PC

Vad gäller den relevanta marknaden konstateras det att vid tidpunkten för domen och inom en överskådlig framtid ej finns eller kommer att finnas ett alternativ till operativsystem för Intel-baserade PC-system som skulle vara rimligt att konsumenter bytte till.²⁰¹

3.3.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Serveroperativsystem

En konsument skulle behöva köpa både ett avsevärt dyrare operativsystem samt en avsevärt dyrare och kraftfullare dator för att byta till ett serveroperativsystem. Priset för operativsystemet är en relativt liten del av hela systemets pris. Därav skulle ej en substantiell höjning av priset på operativsystemet medföra någon nämnvärd ökning av det totala priset. Få konsumenter skulle köpa ett dyrt server-system på grund av en mindre ökning av priset på PC-system. Dessutom skulle ej en server utgöra något substitut till en klient-PC på grund av begränsade användningsområden samt begränsat utbud på applikationer.²⁰²

Icke- Intel kompatibla system

Vad gäller andra PC-system konstaterar domstolen att användare som redan har ett Intel-kompatibelt PC-system skulle vara tvungna att köpa ett nytt PC-system då operativsystem som är utvecklade för andra PC-system ej fungerar på Intel-kompatibla. Dessutom skulle konsumenten vara tvungen att lära sig ett nytt system, ersätta gamla filer och dokument som ej skulle fungera på det nya systemet, det samma gäller för applikationerna. På grund av dessa kostnader skulle användare av Intel-kompatibla system ej byta till ett annat system även om priset för operativsystem för Intel-kompatibla system skulle gå upp.²⁰³ Vad gäller nya användare så är dessa kostnader ej lika höga men Apple licensierar ej Mac OS separat och de kompletta Macintosh-PC-systemen är avsevärt mycket dyrare en motsvarande Intel-kompatibelt med Windows. Konsumenters efterfrågan på Macintosh-system minskas dessutom av att den begränsade tillgången på applikationer som är framtagna för att köras på Macintosh-system. Därför är det ej sannolikt att producenten av operativsystem för Intel-kompatibla PC-system skulle förlora så pass många nya PC användare till Macintosh på grund av en SSNIP att höjningen ej skulle löna sig. På grund av detta anser domstolen ej att MacOS bör ingå i den relevanta produktmarknaden. Att enbart skulle göra marginell skillnad vid bedömningen av Microsofts marknadsställning tillägges dock.²⁰⁴

²⁰¹ § 18.

²⁰² § 19.

²⁰³ § 20.

²⁰⁴ § 21.

Övriga alternativ

Övriga alternativ som diskuteras är informationsredskap (såsom smart phones, tv-spel eller dylikt), nätverksklienter, serverbaserad databehandling (såsom webbportaler eller dylikt) och mellanvara (såsom webbläsare, java och mediaspelare). Inget av dessa anses, åtminstone ej i dagsläget, utgöra något substitut för ett PC-system.²⁰⁵

3.3.1.2 Utbytbarhet på utbudssidan

Vad gäller företag som ej för tillfället producerar något operativsystem för Intel-kompatibla system konstaterar domstolen att de skulle kunna göra det samt att när det väl var utvecklat skulle marginalkostnaden för varje exemplar vara väldigt låg. Problemet skulle dock vara att efterfrågan skulle saknas på grund av vad domstolen kallar för ett ”hönan och ägget-problem”. Detta problem, är som domstolen beskriver det, att konsumenter vill ha ett operativsystem med många applikationer till och att de som utvecklar applikationer i första hand gör det för det operativsystem som har flest användare. Konsumenter som redan har ett PC-system är dessutom ännu mindre villiga att byta då de i så fall skulle vara tvungna att lära sig ett nytt system då de redan behärskar ett och dessutom skulle applikationer, filer och tillbehör till det gamla systemet ej nödvändigtvis fungera tillsammans med det nya PC-systemet. Allt detta sammantaget betyder att en ny aktör skulle bli tvungen att portera applikationer till sitt nya operativsystem.²⁰⁶ Domstolen gör sedan tillägget att det kan gå att skapa ett nischat operativsystem för grupper av konsumenter med ett särskilt intresse. Som exempel nämns operativsystemet Be som var riktat mot användare som ville använda det till mycket multimedia. Även om det är möjligt att marknadsföra ett nischat operativsystem menar domstolen att ”hönan och ägget-problemet” (som framöver kallas applications barrier to entry) gör det orimligt dyrt att inom några år få fram ett alternativt generellt operativsystem.²⁰⁷ Vidare anser domstolen ej heller att det är rimligt att anta att det kommer att utvecklas tillräckligt många applikationer utvecklade för servrar eller mellanvara inom de närmaste åren för att dessa ska kunna eliminera hindren för marknadstillträdet som applikationerna utgör.²⁰⁸

3.3.1.3 Slutsats

Domstolen fann det högst osannolikt att någon som ej redan saluför ett operativsystem för Intel-kompatibla PC-system skulle kunna börja saluföra ett sådant och inom de närmaste åren prestera ett intressant alternativ för en

²⁰⁵ §§ 22-29.

²⁰⁶ § 30.

²⁰⁷ § 31.

²⁰⁸ § 32.

större andel av dem som nu använder det dominerande företags operativsystem.²⁰⁹

Appellationsdomstolen fann ingen anledning att sätta sig emot distriktsdomstolens marknadsdefinition.²¹⁰

3.3.2 Webbläsare

Vad gäller webbläsare gör ej domstolen någon ordentlig analys av den relevanta marknaden. Ingen sådan presenteras heller av DOJ vid appellationsdomstolen. På grund av detta underkänner appellationsdomstolen den del av distriktsdomstolens dom som handlar om försök till monopolisering av webbläsarmarknaden²¹¹.

3.4 Microsofts marknadsställning på den relevanta marknaden

Domstolen konstaterar att Microsoft innehar en marknadsandel på minst 95 procent (över 80 procent om Mac OS räknas in).²¹² Vidare bedöms att Microsofts dominerande ställning skyddas av applikationshinder för marknadstillträde.²¹³ Resonemanget som fördes vid analysen av den relevanta marknaden utvecklas vidare. Bland annat analyseras sambandet mellan oberoende mjukvaruutvecklare och Microsoft mer ingående.²¹⁴ Därefter går domstolen igenom ett antal andra operativsystem som ej kunnat hävda sig mot Windows. Domstolen kallar detta empiriska bevis på att dessa applikationshinder står i vägen för konkurrens med Windows. De operativsystem som nämns är IBM:s OS2/ Warp, Apples Mac OS, BeOS och Linux.²¹⁵ Som exempel på faktorer som skulle kunna tvinga Microsoft att hålla en lägre prisnivå nämns piratkopiering²¹⁶, att ett Windows som är installerat ej nödvändigtvis måste bytas ut mot ett nytt.²¹⁷ Inget av dessa alternativ kan enligt domstolen tvinga Microsoft till en lägre prissättning. Microsoft har hävdat att företaget investerar mer i utveckling än en monopolist gör och att prissättningen är lägre än en monopolists. Detta håller ej domstolen med om utan menar att Microsoft tjänar på att investera i

²⁰⁹ United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (“Conclusions of Law”) s. 32.

²¹⁰ United States v. Microsoft Corp. (Microsoft III), 253 F.3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001) s. 16-19.

²¹¹ Microsoft III s. 63-68.

²¹² “Findings of Fact” §35.

²¹³ “Conclusions of Law” s. 5.

²¹⁴ “Findings of Fact” §§ 38-42.

²¹⁵ §§ 45-50.

²¹⁶ § 58.

²¹⁷ § 57.

utveckling.²¹⁸ Vad gäller Microsofts prisättningsstrategi anser domstolen att kanske ej nödvändigtvis är vinstmaximerande på kort sikt²¹⁹ men att diverse strategier och avtal med OEM tyder på en monopolställning.²²⁰ Detta sammantaget gör att domstolen finner att Microsoft innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden.²²¹

Appellationsdomstolen finner inget större fel på domstolens analys av Microsofts ställning på marknaden.²²²

3.5 Missbruk

Av de olika former av eventuellt missbruk som analyserades kommer här domstolens bedömning angående buntning att presenteras.

Domstolen väljer här att göra vad som kallas för en per se-analys. Vid en per se-analys är utgångspunkten att agerandet i sig självt är olovligt. Utgångspunkten medför att agerandet ej analyseras utan enbart konstateras. Analysen består av fyra rekvisit som skall uppfyllas för att buntningen skall anses som otillåten:

- (1) the tying and tied goods are two separate products;
- (2) the defendant has market power in the tying product market;
- (3) the defendant affords consumers no choice but to purchase the tied product from it; and
- (4) the tying arrangement forecloses a substantial volume of commerce.²²³

En annorlunda utgångspunkt är en rule-of-reason-analys. Vid en sådan analyseras agerandet på det vis att eventuella fördelar med agerandet vägs mot de eventuella negativa effekter agerandet kan ha på konkurrensen. De fyra rekvisiten för per se-analysen skall även vara uppfyllda vid en rule-of-reason-analys.²²⁴

Enligt domstolen efterfrågas operativsystem och webbläsare separat från varandra. Detta gäller framförallt företag som gärna vill ha samma webbläsare på olika system av effektivitetshänsyn.²²⁵ Vissa vill dessutom ej ha någon webbläsare alls.²²⁶ Eftersom det finns en efterfrågan på produkterna var för sig finns det även företag som tillhandahåller produkterna som sådana. Konsumenten väljer operativsystem och webbläsare på liknande sätt nämligen efter de funktioner denne önskar att

²¹⁸ § 61.

²¹⁹ § 65.

²²⁰ §§ 64,66.

²²¹ ‘‘Conclusions of Law’’,s. 6-7

²²² Microsoft III, s. 19-25.

²²³ Microsoft III, s. 70 se även § 25 ‘‘Findings of Fact’’.

²²⁴ ‘‘Findings of Fact’’, § 25.

²²⁵ ‘‘Findings of Fact’’, § 151.

²²⁶ § 152.

produkten skall ha. Av företagen som tillhandahåller operativsystem är Microsoft det enda som ej tillhandahåller en version utan webbläsare.²²⁷ Det andra rekvisitet har domstolen redan behandlat och funnit att Microsoft innehar en sådan monopolställning som krävs.²²⁸ Varken slutkonsumenter eller OEM kan från och med Windows 98 köpa operativsystemet utan Internet Explorer. Ej heller finns det någon enkel möjlighet att avinstallera det. OEM tilläts ej heller att ta bort Internet Explorer ikonen från skrivbordet.²²⁹ Dessutom utestänger buntningen konkurrenter från en icke oväsentlig del av marknaden för webbläsare.²³⁰ Detta tycker dock ej appellationsdomstolen är tillräckligt utan håller med Microsoft att konsumentefterfrågetestet i per se-analysen bortser från nyintegrerade beståndsdelar då den ser till efterfrågan som funnits före buntningen.²³¹

Appellationsdomstolen drar slutsatsen att eftersom producenter av operativsystem utan monopolställning säljer de två produkterna tillsammans finns det en efterfrågan på de två tillsammans. Annars skulle producenterna sälja de två produkterna var för sig.²³²

3.6 Påföljd

I den slutgiltiga domen den 7 juni 2000 dömdes Microsoft att delas upp i två separata företag, ett operativsystems företag och ett applikationsföretag.²³³

Appellationsdomstolen godkände ej påföljden som distriktsdomstolen dömt ut av tre anledningar. Den första var att distriktsdomstolen ej hört Microsoft före den bestämde påföljd. Den andra var att distriktsdomstolen ej motiverat påföljden tillräckligt och sist på grund av att appellationsdomstolen ändrat omfattningen av distriktsdomstolens dom.²³⁴

²²⁷ "Conclusions of Law", s. 33.

²²⁸ "Conclusions of Law", s. 30.

²²⁹ "Conclusions of Law", s. 31-32.

²³⁰ "Conclusions of Law", s.30.

²³¹ Microsoft III, s. 77.

²³² Microsoft III, s. 89.

²³³ United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59, 64-65. (DDC 2000) ("Final Judgment")

²³⁴ Microsoft III, s 106.

4 Analys

I denna del kommer kommissionsbeslutet att analyseras, till viss del med hjälp av det tidigare förfarandet i U.S.A. Poängen är ej att enbart jämföra de två utan att med hjälp av de resonemangen som förts i U.S.A. bedöma kommissionens beslut. Då det under arbetets gång framkommit påtagliga likheter mellan den amerikanska appellationsdomstolens presenterade kriterier och kommissionens bedömning är uppställningen här uppdelad efter dessa.

4.1 Relevant produktmarknad

Definitionen av den relevanta marknaden är av yttersta vikt vid bedömningen av konkurrens mål. Om den relevanta marknaden är felaktigt analyserad blir följaktligen även analysen av marknadsställningen felaktig.

4.1.1 Operativsystem

Så när som på frågan om huruvida Macintosh skall ingå i den relevanta marknaden eller ej kommer kommissionen och den amerikanska domstolen till samma slutsatser och undersöker ungefär samma saker. Det huvudsakliga problemet som de båda stöter på är frågan huruvida Macintosh skall ingå i den relevanta marknaden eller ej.

4.1.1.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Skillnaden i bedömningen huruvida serveroperativsystem skall ingå i den relevanta marknaden eller ej är att kommissionen konstaterar att ett sådant system ej är ett rimligt alternativ till ett för en klient-PC. Den amerikanska domstolen kommer till samma slutsats men gör även en SSNIP-analys, vilken leder till samma resultat. Det ter sig dock tveksamt om en SSNIP-analys är nödvändig då det förhåller sig på det sättet som kommissionen beskriver det, nämligen att ett serveroperativsystem knappast tillfredställer de behov som konsumenten har. I princip ingen av de funktioner som en konsument av ett operativsystem till en klient-PC efterfrågar finns nämligen i ett serveroperativsystem. Exempelvis går serveroperativsystem ej att använda till ordbehandling eller mediauppspelning. De är åtminstone ej designade för dessa ändamål. Grundfunktionen hos operativsystem är visserligen den samma, nämligen att styra hårdvaran i datorsystemet. Skillnaden finns således redan i hårdvaran som är sammansatt för att utföra helt olika saker om det rör sig om ett serversystem än om det är en klient-

PC. Följaktligen är ej heller operativsystemen anpassade för att ta till vara resurserna som finns i den typ av system de ej är utvecklade för. Av detta följer att de olika typerna av operativsystem i princip utgör lika lite substitut till varandra som de kompletta systemen. Det har även hävdats att SSNIP-analyser ej är särskilt givande på efterfrågesidan på marknader som de som har ett väldigt dominerande företag så som den som behandlas här.²³⁵ Detta kan vara anledningen till att kommissionen ej gjort någon sådan. Det är i och för sig ej särskilt märkligt. Om det ej finns något realistiskt alternativ så kan ej gärna en SSNIP heller göra någon skillnad.

Definitionen av marknaden är något oklar med hänsyn till huruvida Apples Mac OS skall ingå eller ej. Kommissionen tar ej ställning till denna fråga medan den amerikanska domstolen kom fram till att Mac OS ej skulle ingå. Det den amerikanska domstolen kom fram till torde rimligtvis föra med sig att Mac utgör en egen produktmarknad och att Apple i så fall måste oroa sig för konkurrensrättsliga problem eftersom Apple i ännu större utsträckning än Microsoft i så fall ägnar sig åt buntning. Visserligen ter sig denna marknad försvinnande liten i förhållande till den för Intel-kompatibla system men Apple är på intet sätt något litet företag. På grund av att Apple till skillnad från Microsoft även utvecklar och tillverkar hårdvaran i sina system torde dominansen i detta fall vara total och de snedvridande effekterna vara ännu större än de som Microsoft orsakar. Ur denna synvinkel ter sig helt plötsligt en sådan uppdelning orimlig då detta skulle föra med sig att alla företag som utvecklade ett eget system av något slag skulle inneha en helt dominerande ställning vad gäller operativsystemet på sitt egna system. Att kommissionen valt att lämna detta öppet²³⁶ är olyckligt av minst två anledningar. Dels ger det ej mycket vägledning för framtida liknande fall och dels verkar kommissionen ej alltid komma ihåg att den lämnat frågan öppen. Ett exempel på att kommissionen ej kommer ihåg detta finns i kommissionsbeslutet § 960 där kommissionen hänvisar till att Apples buntning av Quick Time endast påverkar 2,9 procent av den relevanta marknaden utan att reflektera över att Apple eventuellt ej ingår i den relevanta marknaden. Förvirringen kring detta verkar finnas hos den amerikanska domstolen likaså då denna trots att den tidigare bestämt att Mac ej ingår i den relevanta marknaden senare redovisar statistik både med och utan Mac inkluderat i t.ex. § 21 och § 35 "Findings of Facts". Anledningen till förvirringen är förmodligen att Microsoft tillhandahåller enbart operativsystem och Apple tillhandahåller hela PC-systemet inklusive operativsystem. Hade det i dessa två fall handlat om hela PC-system hade med största sannolikhet bedömningen av huruvida Macintosh datorer skulle ingå i den relevanta marknaden eller ej varit lättare. På grund av vad den amerikanska domstolen tar upp, nämligen att Macintosh datorer som regel är betydligt dyrare än Intel-kompatibla system skulle de förmodligen bedömas ej ingå i den relevanta marknaden. Problemet som uppkommer här är ju att Apple med detta resonemang rimligtvis innehar totalt monopol på operativsystem till sina egna datorer. Frågan blir då om detta är rimligt. Det

²³⁵ Joshua A. Newberg, *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, s. 132 f., Mark Furse, *United States v Microsoft: High-tech Antitrust*, s. 239.

²³⁶ Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, § 326.

är i och för sig ej nödvändigtvis så att bedömningen blir motsvarande denna om operativsystemet ej säljs separat och andra operativsystem ej tillåts utvecklas för PC-systemet. Det är i så fall troligt att hela systemet blir att anse som en enda produkt.

Skulle Macintosh ingå i den relevanta marknaden utgör systemet ej något reellt hot beroende till viss del på nätverkseffekterna men förmodligen även på att de kompletta Mac PC systemen historiskt sett legat på en betydligt högre prisnivå. Att systemet enligt vissa varit bättre än de Intel-baserade märks genom att det är väldigt dominerande inom vissa branscher. Detta kan givetvis till viss del bero på liknande nätverkseffekter på den marknaden. De Intel-kompatibla systemens framgång kan säkert till viss del förklaras av att det ej varit ett enda företag som producerat hela systemen utan att konkurrensen drivit på en utveckling som kan ha varit snabbare än den för Macintosh-systemen. Att det finns ett flertal tillverkare av systemen har säkert hjälpt till att hålla nere kostnaderna för de Intel-kompatibla systemen, vilket i sin tur medfört en konkurrensfördel i förhållande till Macintosh.

Vad gäller mindre datorer i form av exempelvis handdatorer och smart phones gör både den amerikanska domstolen och kommissionen samma bedömning, nämligen att de ej har riktigt samma användningsområde som PC-system, åtminstone ej än. Här kan tilläggas att det trots allt gått ett antal år mellan dessa två analyser vilket tyder på att den första var rätt, åtminstone förutsatt att den senare var det. Den amerikanska domstolen bedömde att dessa mindre datorer ej skulle utgöra något substitut för klient-PC inom de närmaste åren och när kommissionen gör sin analys cirka fyra år senare kommer den till samma slutsats. Även här blir frågan om det är rimligt att producenter av dessa system skall anses inneha monopol på sitt eget operativsystem. Att dessa mindre system dock i framtiden kan komma att utgöra verkliga hot mot dagens PC-system är mycket möjligt med tanke på den tekniska utvecklingen. Detta kan dock dröja och i dagsläget är dessa produkter knappast något substitut för PC-systemen utan snarare ett komplement.

Sammanfattningsvis verkar ett rimligt konstaterande vara att Windows operativsystemet utgör en egen relevant marknad. Detta gäller åtminstone under de premisser som kommissionsbeslutet utgått ifrån och om en SSNIP-analys görs. Kommissionen uttrycker ej detta direkt men det faktum att Microsoft innehar de marknadsandelar företaget har tyder onekligen på att företaget kan agera utan hänsyn till sina konkurrenter. En så smal avgränsning verkar ej riktig då Apple trots allt varit Microsofts huvudkonkurrent under många år. Detta bortser dock från det faktum att Mac OS i dagsläget ej kan vara ett substitut till Windows då det ej fungerar på Intel-kompatibla system. Det är i så fall de kompletta systemen som skulle kunna vara substitut till varandra. Vad som kommer att hända på marknaden är svårt att förutse men om exempelvis Apple lyckas sänka sina priser skulle det dock bli intressant att se hur pass starka nätverkseffekterna egentligen är.

4.1.1.2 Utbytbarhet på utbudssidan

Analysen som kommissionen gjort måste anses som rimlig då den konstaterar att utveckla ett nytt operativsystem dels skulle vara oerhört kostsamt och dels ta väldigt lång tid. Windows är som påpekats en väldigt komplicerad produkt på över 40 miljoner rader av källkod som utvecklats under en lång tid och utveckling av en liknande skulle kanske ej nödvändigtvis ta lika lång tid men åtminstone flera år. Windows är ju i sin nuvarande form en vidareutveckling av tidigare versioner och ej helt separata produkter som Microsoft hävdar. De nya versionerna omfattar på sätt och vis de äldre då de har stöd för applikationer som är utvecklade för de äldre. Både den amerikanska domstolen och kommissionen gör i denna fråga en liknande bedömning och hänvisar bägge vidare till de nätverkseffekter som finns på marknaden. Oavsett om dessa kallas ”hönan och ägget-problemet”, applikationshinder för marknadstillträde eller rent ut nätverkseffekter verkar de som de presenterats rimligtvis ha sådana utestängande effekter som beskrivs. Dessa effekter gör det onekligen svårt och väldigt kostsamt att ta sig in på marknaden. Att det redan finns operativsystem tillgängliga som OEM skulle kunna installera till väldigt låg kostnad stärker onekligen resonemanget om nätverkseffekterna. Det bör dock ej glömmas bort att denna dominans åtminstone teoretiskt sett mycket väl skulle kunna bero på att Windows helt enkelt är en bättre produkt. Eller åtminstone ger konsumenten ett bättre alternativ i förhållandet mellan pris och funktion än övriga. Att det dock ej enbart beror på produkten i sig är ett rimligt antagande då exempelvis Linux som beskrivs blivit betydligt mer användarvänligt än det varit tidigare och skulle kunna installeras i princip utan kostnad.

Slutsatsen blir att det redan i viss utsträckning finns alternativ till Windows men då marknaden ser ut som den gör och strävar efter en standard så blir dessa alternativ inte nödvändigtvis substitut för Windows. Följaktligen blir även möjligheten att utveckla nya alternativ begränsad.

4.1.2 Strömmande mediaspelare

Att kommissionen gjort en skillnad mellan mediaspelare och strömmande mediaspelare kan uppfattas som lite märkligt. Anledningen till detta förklaras dock i kommissionens analys. Då den amerikanska domstolen ej gjort någon ordentlig analys för webbläsaremarknaden finns det ingen ledning att hämta där. Det hade det förmodligen ej funnits mycket i vilket fall som helst då det rör sig om helt skilda produkter, åtminstone icke vad gäller den buntade produkten.

4.1.2.1 Utbytbarhet på efterfrågesidan

Den första delen vad gäller utbytbarhet på efterfrågesidan behandlar klassiska uppspelningsapparater, med detta menas ”vanliga” cd och dvd-spelare. Att dessa ej utgör något substitut för en mjukvarumediaspelare ter sig ganska självklart. Kommissionens resonemang angående detta ter sig dock lite märkligt på åtminstone på en punkt, nämligen priset. Det finns billigare klassiska uppspelningsapparater än kommissionen verkar känna till. Dessutom krävs det för att en mjukvarumediaspelare skall fungera överhuvudtaget en PC med ett operativsystem vilket tillsammans är avsevärt mycket dyrare än en klassisk uppspelningsapparat. Slutsatsen blir dock densamma, nämligen att de två ej är utbytbara.

Genomgången av vilka mediaspelare som utgör någon egentlig konkurrens på grund av huruvida de förlitar sig på egna format eller om de använder sådana från tredje part verkar ha hamnat lite fel då det snarare torde härröra till utbudssidan. Det visar dock på att även om det finns flera alternativ är det ej säkert att dessa egentligen är oberoende av Microsoft.

Vad gäller olika sorters mediapelare har kommissionen kommit fram till att en strömmande mediaspelare kan substituera en som ej har stöd för strömmande media. Att buntningen på grund av en enda funktion blivit ett konkurrensbrott har ifrågasatts i doktrin.²³⁷ Såsom kommissionen presenterar det verkar det dock rimligt att anta att Microsofts egna mediaspelare före den haft stöd för strömmande media ej utgjort något riktigt substitut och därför snedvred ej buntningen konkurrensen tidigare. Resonemanget om att konsumenten föredrar att ha en spelare i stället för flera på grund av det är önskvärt att ha ett och samma gränssnitt skulle i och för sig lätt kunna användas till att rättfärdiga en integrering med operativsystemet. Skillnaden är dock att det ej finns någon som har en så dominerande ställning på mediaspelarsidan som Microsoft har vad gäller operativsystem.

En något underlig konsekvens av denna definition blir ju att Microsoft får bunta produkter med Windows förutsatt att de är sämre än sina konkurrenter. Detta låter onekligen ganska märkligt. Skillnaden blir att ett sådant agerande naturligtvis bör vara tillåtet då det ej inverkar nämnvärt på den närliggande marknaden och Microsoft bör vara fri att göra vad det vill med sin produkt Windows trots att företaget innehar en dominerande ställning på marknaden för operativsystem. Det är ju icke den dominerande ställningen i sig som strider mot konkurrensreglerna utan att den används på ett sätt som kan snedvrída konkurrensen.

²³⁷ Jean-Yves Art, Gregory v.S. McCurdy, The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: Compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure, s.695.

4.1.2.2 Utbytbarhet på utbudssidan

Kommissionen resonerar här på ett liknande sätt som när det gällde marknaden för operativsystem, det vill säga att nätverkseffekterna genom diverse proprietära format på marknaden medför hinder för marknadstillträde. Med tanke på detta är det ej särskilt underligt att det konstateras att marknaden kontrolleras av de befintliga aktörerna. Vad som är lite tveksamt är ju att effekten av beslutet enbart blir till de befintliga aktörernas fördel det vill säga Apple och Real. Eftersom Microsoft, Apple och Real är de aktörer som äger egna proprietära format och dessa utgör sådana hinder för marknadstillträde som kommissionen är tveksam till att någon konkurrent kan ta sig över, blir det följaktligen enbart de tre som egentligen kan konkurrera på marknaden.

4.2 Relevant geografisk marknad

Att marknaden för operativsystem respektive mediaspelare är global råder det ingen tvekan om. Något som skulle kunna tala för att det skulle kunna röra sig om mindre geografiska marknader är det faktum att mycket mjukvara finns i olika språkversioner. Detta har hur som helst ingen större inverkan på mjukvaran i sig utan det är enbart en kosmetisk effekt och de flesta stora producenter levererar produkter med olika språkversioner. Dessutom är de flesta aktörerna på inom mjukvarubranschen globala aktörer och konkurrenssituationen ser liknande ut över allt. Transportkostnaderna är även som kommissionen konstaterat låga då antingen mjukvaran följer med PC-systemet eller kan distribueras via Internet till väldigt låga kostnader.

4.3 Dominerande ställning

De procentsatser för marknadsandelar som kommissionen presenterar stämmer överens med dem som den amerikanska domstolen stött sig på. Den återkommande förvirringen över huruvida Macintosh skall ingå syns här hos både kommissionen och den amerikanska domstolen som bägge presenterar siffror både med och utan Macintosh. Att Windows ses som samma produkt oavsett om det kommit nya versioner ter sig rimlig med tanke på att de senare versionerna bygger på de tidigare och applikationer som fungerar på äldre i de flesta fall även fungerar på de senare till skillnad från helt andra operativsystem.

Uppfattningen om hindren för marknadstillträde som höga delas av kommissionen och den amerikanska domstolen. Det är framförallt de så kallade applikationshindren för marknadstillträde som framhålls vilka hjälper Microsoft att bibehålla sin dominerande ställning. Den amerikanska domstolens kommentar på detta som Microsoft kallat en ”positive feedback

loop” är “What for Microsoft is a positive feedback loop is for would-be competitors a vicious cycle”.²³⁸ De exempel som kommissionen ger på misslyckade försök att ta sig in på marknaden stärker denna bild. Här bör också tilläggas att det exempel som den amerikanska domstolen gav på att det eventuellt skulle vara möjligt att tillhandahålla ett nischat operativsystem nämligen BeOS ej längre finns som ett kommersiellt alternativ.²³⁹

På samma sätt som den amerikanska domstolen kommer kommissionen fram till att det visserligen är teoretiskt möjligt att utveckla ett nytt operativsystem för Intel-kompatibla PC-system men att det på grund av hindren för marknadstillträdet ej är realistiskt. Så som marknaden ser ut finns ingen anledning till att ej instämma med kommissionen.

Det har påståtts Microsoft skulle kunna ta ut vilka priser de ville enbart på grund av monopolet (10 till 20 ggr högre än det aktuella priset nämns). Detta menar Microsoft skulle tala för att företaget ej innehar någon dominerande ställning. Det beror helt på vilken utveckling som önskas på marknaden vilket pris som kan tas ut och om företaget vill riskera att någon annan träder in på den. Även piratkopieringen måste tas i beräkning då Microsoft även riskerar att den illegala markanden för företagets produkter ökar om priset blir för högt. En monopolställning innebär ej att varan nödvändigtvis är efterfrågad vid vilka prisnivåer som helst. Att bli monopolist på en marknad där efterfrågan saknas är säkert enkelt. Det är förmodligen lätt att bli ensam om att sälja något som ingen vill ha. Frågan är dock hur pass intressant det är. Vidare är produkten i detta fall av det slag att marginalkostnaderna är väldigt låga varför en så hög kvantitet sålda varor som möjligt är att önska och priset är således förmodligen noga avvägt efter dessa premisser. I detta sammanhang tål det att åter påpekas att ju fler sålda varor nu på grund av nätverkseffekterna på marknaden medför desto högre efterfrågan i framtiden. En snabb utveckling på marknaden i stort gynnar även Microsoft genom att efterfrågan på Windows ökar.

När det talas om den nya ekonomin brukar det handla om att det rör sig om ny industri där utvecklingen går snabbare och monopol kommer och går och nya teknologier gör att gamla är värdelösa.²⁴⁰ På grund av detta skall alltså konkurrensrätten ej vara tillämpbar. Ett sådant resonemang ter se dock märkligt. Även om utvecklingen går snabbt kan dominerande företag missbruka sin ställning. Vad som är viktigt är snarare snabba ingripanden eller klara regler så företagen vet vad det är som gäller på marknaden i fråga.

Att det rör sig om marknader med höga ”sunk costs”, det vill säga kostnader som ej med säkerhet återfås exempelvis FoU, och låga marginalkostnader

²³⁸ ‘Findings of Facts’, § 40.

²³⁹ The life of BeOS - Feature - Tech Talk - www.atomicmpc.com.au
<http://www.atomicmpc.com.au/article.asp?SCID=14&CIID=21022&p=6>, per den 13 juni 2005.

²⁴⁰ Evans, David S. Antitrust and the New Economy, s. 49 ff.

gäller dessutom för alla aktörer. Så det vore mer rimligt att den som fått en monopolställning får åtnjuta den men dock ej missbruka den för att få fördelar på andra marknader. På de andra marknaderna skulle det i annat fall bli skevt på grund av att den som investerat och dragit på höga ”sunk costs” och lyckats ändå ej kan vara säker på att åtnjuta den ställning som företaget nått tack vare innovation på grund av att en aktör på en närliggande marknad utnyttjar sin dominerande ställning på den aktuella marknaden.

4.4 Missbruk

Denna del blir det lite svårare att ta hjälp av det amerikanska rättsfallet då appellationsdomstolen ej godkände den bedömning som distriktsdomstolen gjort. Lite ledning finns dock att hämta i appellationsdomstolens bedömning, vilket kommissionen onekligen verkar ha gjort. De fyra första rekvisiten som krävdes för en per se-analys återfinnes i det närmaste ordagrant återgivna i kommissionsbeslutet. Denna analys räckte som bekant ej utan appellationsdomstolen ansåg att det behövdes en rule-of-reason-analys. Det går i princip att ställa upp kommissionsbeslutet i två delar som motsvarar dessa två typer av analyser.

4.4.1 Buntningen av WMP

Vad kommissionen börjar med är att likna vid en per se-analys då den följer precis samma rekvisit som de amerikanska domstolarna arbetat efter.

4.4.1.1 (i) En strömmande mediaspelare och ett operativsystem är två separata produkter

Frågan huruvida en strömmande mediaspelare och ett operativsystem är att anse som två separata produkter eller om mediaspelaren skall anses utgöra integrerad del av operativsystemet är en av de svårare frågorna. På motsvarande sätt var frågan huruvida Internet Explorer skulle anses utgöra en integrerad del utav Windows en av de svårare frågorna vad gällde det amerikanska förfarandet. Anledningen till detta är att det att ett dominerande företag på detta sätt hindras från innovation genom att det ej längre tillåts integrera nya funktioner i sin ursprungliga produkt. Anledningen till att appellationsdomstolen underkände distriktsdomstolens bedömning var att analysen ej tog hänsyn till att det rörde sig om en nyligen integrerad produkt. Frågan är även viktig för bedömningen av det eventuella missbruket av den dominerande ställningen. Om det enbart skulle röra sig om en produkt kan det följaktligen ej röra sig om otillåten buntning av två produkter.

Vissa har frågat sig huruvida en klockradiotillverkare ägnar sig åt otillåten buntning om denne ej säljer klockan separat.²⁴¹ Visserligen är ej Windows och WMP likt spikar och spikpistoler eller förpackningar och förpackningsmaskiner men det är heller ej likt en klockradio. För att det skulle vara det krävs att det i princip bara fanns en tillverkare av klockor samt att radiomottagare var beroende av klockan för att fungera. Dessutom skulle denne enda tillverkare av klockor bestämma sig för att enbart sälja klockradio. Slutligen skulle det även vara mer eller mindre nödvändigt att skaffa en ny klocka med jämna mellanrum. Med andra ord skulle alla enbart ha klockradior till slut. Här märks den stora skillnaden mellan materiella produkter och immateriella. Windows tillhör det senare slaget. Hade det verkligen rört sig om en klockradio skulle det vara billigare att tillverka enbart en klocka och fanns det efterfrågan på enbart klockfunktionen skulle det säljas klockor utan radio.

Det faktum som kommissionen pekat ut, nämligen att det finns en efterfrågan på separata mediaspelare även då det gått en tid efter Microsofts påstådda integration av denna funktion talar onekligen för att det rör sig om en separat marknad. Om efterfrågan på operativsystem med mediauppspelningsfunktion integrerat skulle avgöra om det rör sig om separata produkter blir lite märkligt med tanke på ställningen Windows har. Levereras Windows enbart med denna funktion ter sig följaktligen efterfrågan på denna produkt total då det ej finns något alternativ. Det ligger även något i Microsofts protest att andra producenter buntar mediaspelare med sina operativsystem och därför borde Microsoft även få göra det. Med tanke på att Apple eventuellt även skall ses som ett dominerande företag blir protesten extra relevant. Skillnaden är dock att Microsofts agerande kan snedvrída konkurrensen på marknaden för mediaspelare.

4.4.1.2 (ii) Microsoft innehar en dominerande ställning på den buntande produktmarknaden

Den del som behandlar dominerande ställning, vilken ingår i per se-analysen har jag liksom kommissionen valt att behandla separat, under kapitel 4.3.

4.4.1.3 (iii) Microsoft ger ej konsumenten möjlighet att köpa Windows utan WMP

Denna del är intressant då även den tydligt visar på att det rör sig om ett företag med dominerande ställning. Detta förutsatt att kommissionen har rätt i att det finns efterfrågan för både separata mediaspelare och operativsystem utan stöd för mediauppspelning. Skulle detta finnas och Microsoft ej varit dominerande så skulle det nog även ha funnits ett Windows utan stöd för

²⁴¹ Jean-Yves Art, Gregory v.S. McCurdy, The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: Compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure, s. 698 f.

mediauppspelning eller åtminstone möjlighet att avinstallera WMP från Windows. Att konsumenten ej betalar något för den buntade produkten bör, precis som kommissionen konstaterat, ej spela någon roll. Det är dock svårt att veta vad som kostar och vad som ej gör det i ett paket. Det har i det amerikanska fallet hävdats angående buntningen av Internet Explorer att då denna produkt i det fallet följde med gratis skadade det ej konsumenterna.²⁴² Med tanke på att många andra aktörer ger bort sina mediaspelare kan det antas att det går att få lönsamhet i verksamheten på något annat sätt då det är föga troligt att företagen är på marknaden för att bedriva välgörenhet. Att hävda att något ej kan vara konkurrensbegränsande bara för att det är gratis ter sig något tveksamt det skulle ju exempelvis kunna betyda att en dominant aktör på en reklamfinansierad marknad per definition ej skulle kunna missbruka sin dominerande ställning. Det finns väl egentligen inget som är gratis i sådana här fall utan snarare olika sätt att betala för produkterna och det torde vara konsumenten som betalar för dem i slutänden.

4.4.1.4 (iv) Microsofts buntning av WMP utestänger konkurrens från marknaden för mediaspelare

Här finns en viktig punkt i kommissionens beslut, nämligen att det ej rör sig om något typiskt fall av kopplingsförbehåll och det har den onekligen rätt i. De stora fallen på detta område inom gemenskapsrätten är ju de som kommissionen tagit upp nämligen *Hilti* och *Tetra Pak II*.

I *Hilti* argumenterar Hilti för att spikpistoler och spik skall anses som en och samma produkt. Detta anser ej förstainstansrätten som påpekar att andra tillverkare av skall vara fria att tillverka förbrukningsvaror för andras system förutsatt att de ej är skyddade av immaterialrättigheter vilket EGD håller med om.²⁴³

Tetra Pak II handlar bland annat om att Tetra Pak kopplat försäljningen av olika typer av kartongförpackningar till försäljningen av förpackningsmaskiner.²⁴⁴

Sammanfattningsvis kan det om dessa två fall konstateras att det väldigt tydligt rör sig om fysiskt separata produkter. Framför allt rör det sig om en huvudprodukt på vilkens marknad företagen innehar en dominerande ställning och ett kopplingsförbehåll gällande en förbrukningsvara. Detta är hur de typiska fallen av kopplingsförbehåll som kommissionen hänvisar till ser ut. I föreliggande fall är det ej så att Microsoft på samma sätt som i de klassiska fallen direkt kopplar en förbrukningsvara till operativsystemet. Dras kommissionens resonemang längre kan buntningen på sätt och vis likna de klassiska kopplingsförbehållen då konsumenten eventuellt kommer

²⁴² Nicholas Economides, The Microsoft antitrust case, s 28.

²⁴³ Mål C-53/92P Hilti AG mot Kommissionen, [1994] ECR I- 667, § 8.

²⁴⁴ Mål C-333/94 Tetra Pak mot Kommissionen [1996] ECR I-5951.

att använda sig av Microsofts format och betala för tjänster via WMP. Detta kanske är att dra det lite för långt. Konkurrensrätten måste få utvecklas och så som kommissionen presenterar situationen verkar det rimligt att den även ingriper. Likaså innebär olikheterna mellan fallet i fråga och de typiska fallen av kopplingsförbehåll att det är mer relevant att se till det amerikanska avgörandet för stöd då agerandet som undersöks är väldigt likt sånär som på den buntade produkten.

I denna del går sedan kommissionen över till att analysera något som närmast liknar essential facility nämligen att buntningen är en oslagbar distributionskanal som ej går att konkurrera med och som Microsoft har full kontroll över och ej tillåter sina konkurrenter att använda. Buntningen anses överlägsen andra distributionskanaler såsom Internet-nedladdning och installationsavtal med OEM. Det är dock ej riktigt det som kommissionen anser att det handlar om utan det kanske något bakvända sättet att se på det nämligen att Microsofts egen användning av distributionskanalen stänger ute konkurrenter från marknaden²⁴⁵ och därför skall Microsoft ej få använda den. Det normala i fallet av essential facility skulle snarare vara att Microsoft var tvunget att dela med sig av distributionskanalen, något som kommissionen öppnat upp för i tidigare pressmeddelande där ett alternativ var att Microsoft skulle bli ålagt ett så kallat "must-carry", det vill säga att Microsoft skulle bli tvunget att bunta mediaspelare från tredje part med Windows.²⁴⁶ Must-carry-alternativet har förespråkats i doktrin.²⁴⁷ Hur "must carry" skulle lösas i praktiken och vad som skulle bestämma vilka andra mediaspelare som skulle följa med blir frågan. Det kan ej bli fråga om alla olika mediaspelare då detta ej skulle vara rimligt av utrymmesskäl om ej annat. Detta medför att "must-carry" skulle vara en betydligt svårare väg att gå. Vad kommissionen visar på är att Microsoft kanske egentligen ej helt stänger ute konkurrenter från marknaden men att effekten blir det. Angående vad som kallas "competition on the merits" är frågan om sådan finns. Om det ej fanns några transaktionskostnader och konsumenten hade tillgång till all information som även det är ett av de grundkriterier som en nationalekonomisk analys grundar sig på måste frågan bli om konsumenten skulle välja WMP. Om ej är lösningen med WMP integrerat i Windows ej den optimala. De recensioner som kommissionen presenterar i beslutet visar på en ganska tydlig trend nämligen att WMP väldigt sällan kommer på första plats. Detta tyder på att, å ena sidan, om ej transaktionskostnaderna skulle finnas borde fördelningen av marknadsandelarna se något annorlunda ut. Å andra sidan finns det många andra faktorer som spelar in på marknaden icke minst Microsofts starka varumärke samt det faktum att det är just Microsoft som tillverkar Windows vilket onekligen kan ge intrycket av att deras egna produkter även fungerar bäst med operativsystemet.

²⁴⁵ Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft, § 979.

²⁴⁶ Kommissionens pressmeddelande, IP/03/1150, 6 augusti 2003.

²⁴⁷ Randal C. Picker, Unbundling scope-of-permission goods: when should we invest in reducing entry barriers?, s 196 ff.

4.4.2 Rule-of-reason

Det kommissionen sedan ger sig i kast med är vad den amerikanska appellationsdomstolen ansåg behövdes vid den typ av buntning som förelåg i det fallet, nämligen en rule-of-reason-analys där Microsofts konkurrensfrämjande rättfärdigande av företagets förfarande skall granskas och vägas mot eventuell snedvridning av konkurrensen. Huruvida detta verkligen är en rule-of-reason-analys har ifrågasatts, Det har hävdats att det snarare är en modifierad per se-analys.²⁴⁸ På vilket sätt författarna menar att analysen ej lever upp till en rule-of-reason framgår ej klart. Den sista delen av beslutet som jag anser vara en rule-of-reason-analys verkar leva upp till hur den typen av analys beskrivs av författarna²⁴⁹ snarare än den modifierade per se som beskrivs²⁵⁰. Andra är dock av uppfattningen att det uppfyller kraven för en rule-of-reason-analys.²⁵¹ Även Mario Monti har hävdats analysen är jämföra med en sådan.²⁵²

Att buntningen minskar vissa transaktionskostnader är rimligt men hur höga dessa kostnader egentligen är ter sig något oklart. Argument som Microsoft framfört som att det är förvirrande för konsumenten att installera och konfigurera mediaspelaren ligger det visserligen något i. Det gör det även i kommissionens argument att OEM lika gärna kan installera och konfigurera mediaspelaren. För det är ju trots allt så att konsumenten oftast köper ett färdigt och förkonfigurerat paket. Så på samma sätt som konsumenten ej behöver bli förvirrad för att det ej finns någon hårddisk i datorn borde även mediaspelardelen kunna lösas. Dessutom bör det tilläggas att Windows faktiskt ej innehåller allt utan exempelvis viruskydd måste även installeras och konfigureras separat. Frågan huruvida ej konsumenter lika gärna skulle vara intresserade av att få Office-paketet med Windows eller åtminstone Word vilket är en ordentlig ordbehandlare undrar även kommissionen.²⁵³ Skillnaden är nog att denna produkt är lättare att lönsamt distribuera på annat sätt. Då klient-PC använts för ordbehandling under längre tid men som multimediamaskiner en kortare kan det te sig märkligt att det ej funnits några effektivitetsvinster att hämta här.

Det faktum att Microsoft får en konkurrensnackdel om företaget ej får agera som sina konkurrenter som buntar mediaspelare med sina operativsystem vägs mot att konkurrenterna på marknaden för mediaspelare får en konkurrensnackdel om Microsoft får göra det. Detta resonemang verkar ganska rimligt då det är betydligt större risk att Microsoft snedvrider konkurrensen på marknaden för mediaspelare än att de övriga

²⁴⁸ David S. Evans, Michael Salinger, Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law, s 45.

²⁴⁹ Ibid. s. 86.

²⁵⁰ Ibid s. 84.

²⁵¹ Marcus Glader, Innovation markets and competition analysis : EU competition law and US antitrust law, s. 196.

²⁵² MICROSOFT: STATEMENT BY EUROPEAN UNION COMMISSIONER MARIO MONTI, <http://www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm>, per den 13 juni 2005.

²⁵³ Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft, § 405.

operativsystemstillverkarna får en konkurrensfördel som i sin tur snedvrider konkurrensen på marknaden för operativsystem. Något som för övrigt ansetts talat emot Microsoft är att kommissionen vill främja små och medelstora företag.²⁵⁴ Huruvida små och medelstora företag verkligen främjas av detta beslut ter sig kanske något tveksamt då kommissionen redan konstaterats att marknaden kontrolleras av de aktörer som redan finns på den samt att hindren för marknadstillträde är höga. Däremot kan det i förlängningen medföra att Microsoft kanske överväger lite noggrannare innan företaget oåterkalleligt buntar en ny applikation med Windows. Nackdelen blir självfallet att Microsoft kanske ej vågar utveckla sitt oerhört populära operativsystem då integreringen nya funktioner alltså kan strida mot konkurrensrätten.

Nätverkseffekterna inom dessa högteknologiska industrier påstås fungera ungefär på det sätt som Microsoft beskriver. Det är således mycket möjligt att marknaden skulle komma till en standard vad gäller mediaspelare. Frågan blir då just den som kommissionen ställer, huruvida det är marknaden som skall avgöra vilken denna standard i så fall blir eller om det är Microsoft. Webbläsarmarknaden fungerade på liknande sätt. Där hävdades det från visst håll att Microsoft räddade konsumenterna från Netscapes monopol och att det var märkligt att Microsoft då anklagades för att skada konkurrensen.²⁵⁵ Då detta skrevs var det dock ej tydligt att Microsoft enbart ersatte Netscapes monopol med sitt eget. Frågan är då huruvida det skall vara marknaden eller Microsoft som bestämmer standarden.

4.5 Påföljd

Vad gäller påföljderna kan konstateras att de vållat stor debatt. Den amerikanska distriktsdomstolens dom att Microsoft skulle delas upp i flera företag kanske var den som skapat mest debatt. Om kommissionens påföljd kan konstateras att den är mer långtgående än vad som ålagts Microsoft vid uppgörelserna i U.S.A. men mindre ingripande än distriktsdomstolens dom.

Att det råder delade meningar om vad som är bäst för konkurrensen och vad kommissionsbeslutet kan medföra är tydligt. Detta kan lättast demonstreras med hjälp av två citat där den ena uppfattningen är:

²⁵⁴ Justin O'Dell, Trouble abroad: Microsoft's antitrust problems under the law of the European Union, s. 117 ff.

²⁵⁵ Nicholas Economides, United States v. Microsoft: A failure of antitrust in the new economy, s. 31 f.

“Permitting this type of remedy with respect to innovative new products will undermine all types of intellectual property rights and, correspondingly, the incentives to innovate, in Europe and worldwide.”²⁵⁶

Och den andra är:

“Microsoft's ongoing leveraging of its Windows monopoly into adjacent software markets via discretionary integration is thus likely to harm consumers in two ways: the short-term frustration of crippled third-party software and the long-term reduction in innovative product development.”²⁵⁷

Följaktligen kan alltså tillåtelsen att fortsätta bunningsstrategierna få samma skadliga effekt på marknaden som att ej tillåtas att göra det. Författarna av det första citatet fortsätter med att det ej enbart skulle gälla för företag som innehar en dominerande ställning, utan även för företag som försöker få en ökad marknadsandel med hjälp av sina innovativa produkter.²⁵⁸ Detta kan visserligen stämma till viss del men som kommissionen påpekat verkar det som att på den mer generella mjukvarumarknaden hämmas investeringarna och minskar incitamenten på liknande sätt av hotet att Microsoft ska välja att inkludera en konkurrerande produkt i Windows. Den linjen förespråkas av författarna av det senare citatet. Vidare anses att det behövs en regel som stoppar den integration som Microsoft har som strategi. Det behövs på grund av att integrationen enligt författarna ej kommit till på grund av teknologiskt behov eller effektivitet utan att Microsoft rent strategiskt tar över eller stoppar utvecklingen på uppkommande marknader genom att integrera sin egen variant av den nya produkten i Windows.²⁵⁹

Tilläggas här bör att den ena sidan som presenteras här är konkurrensrättsansvariga på Microsoft och den andra representerar parter som varit med och drivit processen mot Microsoft tillsammans med kommissionen.

Många har hävdat domstolar och konkurrensmyndigheter ej skall ägna sig åt mjukvarudesign.²⁶⁰ Med detta menas att domstolarna ej rimligtvis skall bedöma huruvida en produkt är integrerad i en annan eller ej. Detta anser

²⁵⁶ Jean-Yves Art, Gregory v.S. McCurdy, The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: Compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure, 695 f.

²⁵⁷ Bruce D. Abramson, Dmitri L. Mehlhorn, The fettered liberty to integrate: Legal implications of software engineering, s. 223.

²⁵⁸ Jean-Yves Art, Gregory v.S. McCurdy, The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: Compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure, s. 696 ff.

²⁵⁹ Bruce D. Abramson, Dmitri L. Mehlhorn, The fettered liberty to integrate: Legal implications of software engineering, s. 219 ff.

²⁶⁰ Se t.ex. Mark Furse, United States v Microsoft: High-tech Antitrust, s.240 och David A. Heiner, Assessing tying claims in the context of software integration: A suggested framework for applying the rule-of-reason-analysis, s. 142.

även det amerikanska justitiedepartementet som i ett pressmeddelande även uttrycker oro för att kommissionsbeslutet kommer att skydda konkurrenter och ej konkurrensen i sig.²⁶¹ Att detta strider mot tidigare uppfattning ter sig ganska självklart då DOJ tidigare yrkade på att Microsoft skulle delas upp i två separata företag varav det ena skulle producera applikationer och det andra operativsystem. Denna ändrade uppfattning skulle kunna bero på skiftet från Clinton till Bush administrationen.²⁶² Det ligger onekligen något i detta då kommissionen beskrivit marknaden för strömmande mediaspelare som sådan att det finns nätverkseffekter som medför att de befintliga aktörerna på marknaden kontrollerar den. Detta medför att beslutet i sig förmodligen direkt enbart skyddar konkurrenterna men de mer långtgående effekterna på andra marknader närliggande till marknaden för operativsystem (även sådana som ej finns än) kommer att främja konkurrensen. Beslutet ökar incitamenten för utveckling av produkter för Windows då investerarna behöver vara mindre oroad för att Microsoft skall konkurrera ut dem på liknande sätt som beskrivits i beslutet.

Problemet som framkommer om konkurrensmyndigheter och domstolar ej skall bedöma hurvida en produkt skall anses som integrerad eller ej är att vad ett dominerande företag kommer att göra är just att integrera andra funktioner i den produkt på vilkens marknad företaget innehar en dominerande ställning. Det ligger i företagandets natur att eftersträva monopol och skulle ett slags beteende undantas från granskning kunde detta leda till att detta beteende ökade. Kommissionsbeslutet medför ingen konkurrensnackdel för Microsoft på marknaden för strömmande mediaspelare utan Microsoft har ju snarare kvar fördelen med att OEM och konsumenterna kan installera Windows med WMP direkt i en och samma installation. På så sätt kan beslutet anses ha jämnat ut konkurrenssituationen på den marknaden och tvingar Microsoft att konkurrera på mer lika villkor med de andra aktörerna. Det finns inget som säger att ej Microsoft kommer att vinna den striden och WMP ändå kommer att bli standard på marknaden. Det blir dock marknaden som kommer att avgöra detta. Frågan blir här om det verkligen skall ligga på kommissionen att tvinga konsumenten att välja då denne ej verkar intresserad av att göra detta. Även om detta kan ske genom en agent såsom OEM. Situationen på marknaden för operativsystem blir som Microsoft hävdar en annan. På denna marknad har Microsoft en sådan ställning så det ter sig mycket tveksamt att denna skulle ändras även om företaget blev tvunget att tillhandahålla en version av Windows utan WMP.

Det har även hävdats att buntningen av applikationer och operativsystem ej har några konkurrensfrämjande effekter överhuvudtaget.²⁶³

²⁶¹ DOJ/Antitrust Press release,

http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm, per den 13 juni 2005.

²⁶² Marcus Glader, Innovation markets and competition analysis : EU competition law and US antitrust law, s. 207

²⁶³ Norman W. Hawker, Consistently wrong: The single product issue and the tying claims against Microsoft, s.19.

Bötesbeloppet som ålades Microsoft som är hänförligt till bägge delarna av kommissionsbeslutet må vara det högsta som kommissionen hittills utdömt, men det bleknar dock i jämförelse vad Microsoft hittills betalat i olika uppgörelser med sina konkurrenter. Bland annat har Microsoft gjort upp i godo med exempelvis Novell som bidrog till kommissionens undersökning av Microsoft. Av uppgörelsen framgår bland annat att Novell ej längre skall bistå kommissionen samt att Microsoft ska betala Novell 536 miljoner dollar.²⁶⁴ Av de viktiga konkurrenterna finns bara Real Networks kvar att bistå kommissionen och Microsoft uppskattas ha betalat totalt tre miljarder dollar i olika uppgörelser relaterade till olika stämningar.²⁶⁵

Vad gäller det faktum att förstainstansrätten ej beviljade Microsoft inhibition i december 2004²⁶⁶ kan kanske tolkas som att beslutet som kommissionen tagit kommer att stå sig. Detta skulle i så fall bero på att förstainstansrätten ser en utgång till kommissionens fördel som trolig. Det faktum att det skulle kunna bli dyrt för kommissionen om den ej fick rätt talar också för att förstainstansrätten skulle ha avslagit inhibitionsansökan av tidigare nämnd anledning. Å andra sidan skulle detta beslut kunna bero på att så mycket står på spel vad gäller konkurrensen att detta skulle kunna ligga till grund för avslaget. Som kommissionen nämnt i sitt beslut gäller det att åtgärder vidtas innan det är för sent. Om sådana åtgärder sedan skulle bli uppskjutna på grund av att Microsoft beviljades inhibition finns det som kommissionen ser det risk för att Microsoft hinner "välta" marknaden till sin fördel innan målet är avgjort. Om detta sker är det mycket möjligt att beslutet i slutänden blir verkningsslöst på grund av att nätverkseffekterna på marknaden då redan blivit alltför starka till Microsofts fördel.

4.6 Slutsats

Sammanfattningsvis verkar kommissionens beslut rimligt. Visst är det mycket långtgående och det är mycket omdiskuterat och tveksamt huruvida konkurrensmyndigheter och domstolar skall lägga sig i hur företag designar sina produkter. Just i detta fall gör ändå kommissionen en övertygande bedömning och visar upp en marknad med en väldigt säregen konkurrenssituation. Om ett företag missbrukar sin dominerande ställning genom att bunta en annan produkt med den där företaget innehar den dominerande ställningen måste konkurrensmyndigheter och domstolar kunna ingripa. Det gäller dock att buntningen verkligen medför en snedvridning av konkurrensen på marknaden för den buntade produkten. Dessutom bör eventuella effektivitets- och teknologiska vinster noggrant vägas mot de negativa effekterna. Detta anser jag att kommissionen gjort på

²⁶⁴ Novell and Microsoft Reach Settlement on Antitrust Claims:<http://www.microsoft.com/presspass/press/2004/nov04/11-08NovellIPR.asp>, per den 13 juni 2005.

²⁶⁵ Microsoft picks its battles - ZDNet UK Comment:
<http://comment.zdnet.co.uk/other/0,39020682,39173006,00.htm>, per den 13 juni 2005.

²⁶⁶ Mål T-201/04R Microsoft mot kommissionen, 22 december, 2004.

ett övertygande sätt, framför allt angående det som varit de viktigaste delarna i kommissionsbeslutet. Först och främst frågan huruvida Windows med WMP utgör en produkt eller två. Den andra viktiga analysen är den av huruvida de konkurrensfrämjande effekterna som buntningen gett upphov till övervägde den negativa effekten på konkurrensen. Så vitt jag kan bedöma har kommissionen i princip följt den amerikanska appellationsdomstolens instruktioner till distriktsdomstolen till punkt och pricka. Huruvida detta är avsiktligt eller ej framgår ej av kommissionsbeslutet. Frågan om det är lämpligt eller ej att kommissionen sett mer till ett amerikanskt förfarande än europeisk praxis är svårt att bedöma men det ger dock en viss styrka och stöd åt beslutet då tidigare europeisk praxis på området är svårfunnen.

Om de olika ståndpunkterna beror på att det verkligen rör sig om att domstolar, justitiedepartement och kommissionen på båda sidorna Atlanten har olika syn på saken är dock ej säkert. Vad gäller den amerikanska processen så blev den ju aldrig avslutad utan gjordes upp i godo. Dessutom konstaterades aldrig huruvida buntningen var olaglig eller ej utan enbart att det behövdes en djupare rule-of-reason-analys för att avgöra det.²⁶⁷ Kommissionens beslut är ju som bekant överklagat så utgången av detta ärende är ju även det osäkert.

Om Microsoft fortsätter på det sätt som vissa påstår och det för med sig att incitamenten för att utveckla produkter till minskar Windows-operativsystemet kan det mycket möjligt bli så att Microsoft skadar sig själv eftersom utvecklingen av nya intressanta applikationer kommer att koncentreras till någon annan plattform. Detta kommer ju i så fall få den alternativa plattformen att bli mycket mer intressant för användare och då riskerar Microsoft att förlora sin ställning. Det är med andra ord en väldigt försiktig balansgång som Microsoft måste gå. Denna är dock avsevärt lättare på en marknad som den ifråga då nätverkseffekterna hjälper till med balansen. Att öppna marknader som den för själva Intel-kompatibla PC-systemet till skillnad från Macintosh leder till en snabbare utveckling och lägre priser är tydligt. Frågan blir dock hur långt myndigheterna skall gå för att styra upp Microsoft agerande. De nätverkseffekter som Microsoft har fått till sin fördel beror mycket på att företaget låtit utomstående företag få tillgång till API och därigenom kunnat utveckla applikationer som går att köra på Windows system. Att det sedan är så att Microsofts strategi att antingen utveckla egna motsvarigheter eller att köpa upp konkurrenterna kan mycket väl tänkas avskräcka företag från att investera i utvecklingen av produkter för Windows. Det skulle nog i vanliga fall anses som Microsofts egna problem men då Windows-plattformen utgör standarden blir det i princip hela branschens problem.

I anslutning till detta kan nämnas en teori som kallades ”adverse possession” som går ut på att om den ursprungliga ägaren av IP-rätten låter någon annan använda den får denna efter en tid rätt att fortsätta använda den

²⁶⁷ James Calder, et al, A review of similarities and contrasts between American antitrust and European Union Competition Law, s. 394.

förutsatt att inget annat avtalats.²⁶⁸ I fallet med Windows och WMP skulle denna teori eventuellt betyda att Real även efter 1999 skulle ha haft rätt att få sin mediaspelare levererad med Windows.

Visserligen kan det vara så att det på en marknad med snabb utveckling kommer att finnas förlorare som kommer att söka sig till konkurrensrätten för stöd eller hjälp.²⁶⁹ Detta torde dock ej vara något unikt för en marknad med snabb utveckling. Även i dessa fall måste konkurrensmyndigheter och domstolar noga utreda om det verkligen finns någon grund för anklagelserna och ej förutsätta att ett företag som innehar en dominerande ställning enbart på grund av detta beter sig på ett konkurrensbegränsande sätt utan att beteendet kan vara motiverat av andra anledningar.

“We know that a firm with unconstrained monopoly power is likely to be too lazy to innovate, and that a firm with no prospect of attaining a degree of market power cannot expect to generate the funds to finance worthwhile investments in innovation”.²⁷⁰

Microsoft verkar bete sig på ett sätt som kan förväntas av en monopolist, nämligen långsamt och ej särskilt innovativt. När väl någon annan kommit på något som intresserar marknaden vill Microsoft även in på den marknaden. Det har dock varit för sent i bägge fall som behandlats här och då har Microsoft valt att utnyttja sin monopolställning för att ta sig in på och till slut även dominera den närliggande marknaden. Detta har åtminstone skett på marknaden för webbläsare. Det finns även farhågor för att detta skall ske på kommande potentiellt lukrativa marknader. Detta kan naturligtvis få konsekvensen att investeringarna minskar då andra företag ej kan räkna med att uppnå några större marknadsandelar eller åtminstone ej få behålla dem så att investeringen kommer att löna sig. Då det finns produkter som utför samma saker som de buntade även efter integrationen ter det sig åtminstone lite tveksamt huruvida integrationen verkligen gav några större fördelar. Om det ej är så är detta onekligen ett annat exempel på ineffektivitet då monopolisten lägger resurser på att integrera produkter trots att det ej nödvändigtvis finns efterfrågan på en integrering.

En stor anledning till att det Intel-kompatibla klient-PC-systemet har utvecklats så snabbt och blivit så utbrett som det har beror förmodligen till stor del på att det är öppet för konkurrens. Att det finns många olika leverantörer av de olika beståndsdelarna har hjälpt till att skynda på utvecklingen samt att hålla nere priset på systemet. Detta gäller för hårdvaran. Det finns ingen anledning till att ej samma miljö skall försöka bibehållas vad gäller mjukvara.

²⁶⁸ Constance E. Bagley, Gavin Clarkson, Adverse possession for intellectual property: Adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age, 366 ff.

²⁶⁹ Mark Furse, United States v Microsoft: Ill-Considered Antitrust, s.116.

²⁷⁰ Derek Ridyard, Compulsory access under EC competition law – A doctrine of “convenient facilities” and the case for price regulation, s. 671.

När det gäller immateriella rättigheter är onekligen den konkurrensrättsliga bedömningen av relevanta marknader, missbruk och påföljder komplicerad. Av den doktrin som finns relaterad till Microsofts agerande verkar det i princip finnas två läger. Det ena anser att konkurrensmyndigheter och domstolar ej är lämpade att bedöma huruvida innovation är teknologiskt motiverad eller huvudsakligen konkurrensbegränsande. Därför anses att de ej skall lägga sig i och styra utvecklingen. Det andra är av den motsatta åsikten, nämligen att konkurrensmyndigheter och domstolar måste agera för att en sund konkurrenssituation skall kunna bibehållas dessa marknader. Jag delar den senare uppfattningen. Då dessa marknader är väldigt viktiga i dagens samhälle ter det sig orimligt att vissa beteenden ej skall kunna stoppas av konkurrensrätten på grund av att konkurrensmyndigheter och domstolar påstås ej vara kompetenta att bedöma dessa beteenden.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Abramson, Bruce D. Dmitri L. Mehlhorn, *The fettered liberty to integrate: Legal implications of software engineering*, Boston University Journal of Science and Technology Law, Summer 2004.

Art, Jean-Yves. Gregory v.S. McCurdy, *The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: Compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure*, European Competition Law Review, 2004, Commission decision.

Bagley, Constance E., Gavin Clarkson, *Adverse possession for intellectual property: Adapting an ancient concept to resolve conflicts between antitrust and intellectual property laws in the information age*, Harvard Journal of Law and Technology, Spring, 2003.

Calder, James., Abid Qureshi, Fiona Schaeffer, Shola Ajewole, Christina DeVries, Eric Hochstadt, and Richard Julie, *Supplement to the 2003 Milton Handler annual antitrust review proceedings, Part one, A review of similarities and contrasts between American antitrust and European Union Competition Law*, 2003 Milton Handler Antitrust Review.

Commission notice on the definition of market for the purposes of Community competition law, [1997] OJ C372/03.

Economides, Nicholas. *The Microsoft antitrust case*, Journal of Industry, Competition and Trade, 1:1, 2001.

Economides, Nicholas. *United States v. Microsoft: A failure of antitrust in the new economy*, UWLA Law Review, Symposium 2001.

Evans, David S. *Antitrust and the New Economy*, ALI-ABA Course of Study, Antitrust Law in the 21st Century, September 14, 2000.

Evans, David S. Michael Salinger, *Why do firms bundle and tie? Evidence from competitive markets and implications for tying law*, Yale Journal on Regulation, Winter 2005.

Furse, Mark. *United States v Microsoft: High-tech Antitrust*, International review of Law Computers, volume 13, No.2, 1999.

Furse, Mark. *United States v Microsoft: Ill-Considered Antitrust*, International review of Law Computers, volume 12, No.1, 1998.

Glader, Marcus. *Innovation markets and competition analysis: EU competition law and US antitrust law*, Faculty of Law, Lund University, Lund 2004.

Hawker, Norman W. *Consistently wrong: The single product issue and the tying claims against Microsoft*, California Western Law Review, Fall 1998.

Heiner, David A. *Assessing tying claims in the context of software integration: A suggested framework for applying the rule-of-reason-analysis*, University of Chicago Law Review, Winter 2005.

Hyland, Julie Anne. *Demystifying the applicability & essential elements of United States v. Microsoft*. Texas Journal of Business Law, Spring 2003.

Newberg, Joshua A.. *Antitrust for the economy of ideas: the logic of technology markets*, Harvard Journal of Law and Technology Fall, 2000.

O'Dell, Justin. *Trouble abroad: Microsoft's antitrust problems under the law of the European Union*, Georgia Journal of International and Comparative Law, 2001.

Picker, Randal C. *Unbundling scope-of-permission goods: when should we invest in reducing entry barriers?*, University of Chicago Law Review, Winter 2005.

Ridyard, Derek. *Compulsory access under EC competition law – A doctrine of “convenient facilities” and the case for price regulation*, European Competition Law Review, 2004.

Elektroniska källor

Dataordlista, <http://guider.idg.se/glossary/>.

DOJ/Antitrust Press release,
http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm.

Kommissionens pressmeddelande, IP/03/1150, 6 augusti 2003.
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1150&format=HTML&aged=1&language=SW&guiLanguage=en>.

Kommissionens pressmeddelande, IP/04/382, 24 mars 2004,
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/382&format=HTML&aged=1&language=SW&guiLanguage=en>.

Microsoft picks its battles - ZDNet UK Comment,
<http://comment.zdnet.co.uk/other/0,39020682,39173006,00.htm>.

Microsoft: Statement by European Union Commissioner Mario Monti,
<http://www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm>.

Paginas IT-ordbok, <http://pagina.se/itord/>.

The life of BeOS - Feature - Tech Talk,
<http://www.atomicmpc.com.au/article.asp?SCID=14&CIID=21022&p=6>.

Rättsfallsförteckning

Mål C-85/76 Hoffmann-LaRoche mot Kommissionen, [1976] ECR 461.

Mål C-53/92P Hilti AG mot Kommissionen, [1994] ECR I- 667.

Mål C-333/94 Tetra Pak mot Kommissionen, [1996] ECR I-5951.

Mål T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd mot Kommissionen, [2003] ej publicerat ännu.

Mål T-203/01 Michelin mot Kommissionen, [2003] ej publicerat ännu.

Mål T-219/99 British Airways mot Kommissionen, (2003), ej publicerat ännu.

Mål T-201/04R Microsoft mot kommissionen, (2004), ej publicerat ännu.

Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792, Microsoft (2004), ej publicerat ännu.

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

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

United States v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999) (“Findings of Fact”).

United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (“Conclusions of Law”).

United States v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59, 64–65 (D.D.C. 2000) (“Final Judgment”).

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001) (Microsoft III).