



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Kristin Stolt

# Interoperabilitet på en digital marknad

- En utredning ur ett konkurrens- och upphovsrättsligt perspektiv

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Kacper Szkalej

Termin: HT 2021

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Tidigare forskning	8
1.6 Disposition	8
1.7 Terminologi	9
<b>2 KONKURRENSRÄTT</b>	<b>10</b>
2.1 Intressen och regler	10
2.2 Nätverkseffekter som inträdeshinder	12
<b>3 UPPHOVSRÄTT</b>	<b>15</b>
3.1 Intressen och regler	15
3.1.1 Datorprogramsdirektivet	16
3.2 Skyddsomfånget i praxis	19
<b>4 INTEROPERABILITET I KONKURRENS- OCH UPPHOVSRÄTTEN</b>	<b>21</b>
4.1 Microsoft	24
<b>5 ANALYS</b>	<b>28</b>

<b>5.1</b>	<b>Skyddsomfånget</b>	<b>28</b>
<b>5.2</b>	<b>Interoperabilitet på en digital marknad</b>	<b>29</b>
<b>5.3</b>	<b>Missbruk av dominerande ställning</b>	<b>30</b>
<b>5.4</b>	<b>Utvecklingen inom EU-rätten</b>	<b>31</b>
<b>6</b>	<b>SLUTSATS</b>	<b>33</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>35</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>38</b>

# Summary

Considering the technical evolution positive effects on economic growth there is reason to discuss the interests of copyright owners as well as competitors on the digital market. This essay studies the intersection of competition and copyright law on a digital market with focus on interoperability.

In the Microsoft Corp case of 2007 competition and copyright law are considered where the latter gives way for competition law. This raises the question which interests the areas of law originate from and when one of them takes precedence in a proportionality assessment. Competition law contains few regulated objectives which allows it a certain flexibility. This is in favour of a fast-changing market with new technology. Some of the interests are specified and include the protection of consumers, economic growth and innovation. In the digital market the network effects are considered as well as the risk to develop so called lock-in effects in the digital ecosystems. Due to the lack of interoperability, consumers may find it difficult to switch product as well as ecosystem.

Copyright protection originates from the incentive for innovation. The copyright protection has a high level of protection. Computer programmes are protected but with few exceptions, unlike the InfoSoc directive, for the benefit of interoperability. These exceptions are applied restrictively in practice.

As a result, one can see a distinct interest in interoperability. At the same time there is a balance between the effects in competition and copyright law. Since these are conformed to some parts there are reasons to see them as complementary rules. An application of art. 102 TFEU should be carefully applied and only in certain circumstances.

# Sammanfattning

Till följd av den tekniska utvecklingen som ger positiva effekter på den ekonomiska tillväxten finns det skäl att diskutera såväl upphovsrättsinnehavares som konkurrenters intressen på den digitala marknaden. I uppsatsen utreds skärningspunkten mellan konkurrens- och upphovsrätt på en digital marknad med fokus på interoperabilitet.

I 2007 års dom mot Microsoft Corp. sker en avvägning mellan konkurrensrätten och upphovsrätten där den senare fick ge vika. Det aktualiserar frågan om vilka intressen som rättsområdena utgår från och när det ena väger tyngre vid en proportionalitetsbedömning. Konkurrensrätten innehåller få reglerade mål vilket ger viss flexibilitet. Det är till förmån för en marknad som ändras snabbt genom ny teknik. Några av intressena kan dock konstateras utgöra konsumentskyddet, ekonomisk tillväxt och innovation. På den digitala marknaden beaktas dessutom nätverkseffekterna som riskerar att resultera i så kallade inlåsnings effekter i digitala ekosystem. Till följd av bristande interoperabilitet får konsumenter svårt att byta produkter och således ekosystem.

Det upphovsrättsliga skyddet grundas i incitamentet till innovation. Upphovsrätten erhåller en hög skyddsnivå. Datorprogram får dock vissa inskränkningar, jämfört med InfoSoc-direktivet, till förmån för interoperabilitet. Dessa undantag tillämpas emellertid restriktivt.

Som slutsats kan man se att det föreligger ett starkt intresse för interoperabilitet. Samtidigt sker en intresseavvägning mellan effekterna på de aktuella rättsområdena. Eftersom dessa till viss del är konforma finns det skäl att se dem som kompletterande regelverk. Ett angripande gentemot ett utnyttjande av upphovsrätten med hjälp av art. 102 FEUF bör tillämpas med försiktighet och endast då särskilda omständigheter föreligger.

# Förkortningar

Art.	Artikel
Datorprogramsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget för Europeiska unionens funktionssätt
InfoSoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
p.	Punkt
WIPO	World Intellectual Property Organisation

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den tekniska utvecklingen har de senaste årtionden gått snabbt framåt. Detta leder till nya upphovsrättsskyddade datorprogram. Samtidigt uppstår nya frågor inom konkurrensrätten. Köp av en produkt idag kan medföra ett behov eller förväntan av interoperabilitet mellan olika produkter. Däremot är utgångspunkten inte att olika företags produkter stöder interoperabilitet i samma omfattning som de från samma tillverkare. Således utvecklas en konkurrens mellan ekosystem som består av ett företag med produkter som kräver interoperabilitet för full funktionalitet.<sup>1</sup>

99,8 % av företagen i EU är små och medelstora företag. Dessa möter större utmaningar på marknaden än stora företag.<sup>2</sup> För att mindre företag ska kunna konkurrera med ett ekosystem krävs det att konsumenterna kan få tillgång till samma applikationer som i ekosystemet. Det är emellertid svårt och kostsamt. Mjukvarutillverkare kan istället vara mer benägna att utveckla exempelvis applikationer eller operativsystem som stödjer interoperabilitet med mjukvaran i ekosystemet. Således är upphovsrättens omfång av intresse.

För att utreda konkurrerande företags möjligheter att utveckla datorprogram som stödjer interoperabilitet ska skärningspunkten mellan konkurrens- respektive upphovsrätten undersökas.

---

<sup>1</sup> Crémer, J., de Montjoye, Y.A. & Schweitzer, H (2019) s. 38

<sup>2</sup> Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2021/690 av den 28 april 2021 om inrättande av ett program för den inre marknaden, konkurrenskraft för företag, inklusive små och medelstora företag, området för växter, djur, livsmedel och foder och europeisk statistik (programmet för den inre marknaden) samt om upphävande av förordningarna (EU) nr 99/2013, (EU) nr 1287/2013, (EU) nr 254/2014 och (EU) nr 652/2014, p. 23-24

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att undersöka skärningspunkten mellan upphovsrätt och förbudet mot missbruk av dominans avseende datorprogram med fokus på interoperabilitet.

- Hur påverkar interoperabilitet mellan datorprogram skärningspunkten mellan konkurrens- och upphovsrätten inom EU?
- I vilken riktning går rättsutvecklingen gällande interoperabilitet på den digitala marknaden?

## 1.3 Metod och material

I uppsatsen används såväl rättsdogmatisk som EU-rättslig metod. Den rättsdogmatiska metoden innebär att man utgår från rättskällor och tolkar dem utifrån en noga formulerad frågeställning. Som utgångspunkt ska immaterialrättsliga och konkurrensrättsliga regler inom EU tolkas. EU:s rättskällor är inte nödvändigtvis alltid överensstämmande. Det är således värt att ta i beaktande för tillämpningen av rättsakter med olika ställning.<sup>3</sup>

Inom den EU-rättsliga metoden är det av betydelse att diskutera rättens normhierarki och den rättstillämpning som gäller inom medlemsstaterna.<sup>4</sup> EU-rätten består av flera typer av rättsakter. Främst talas det om primär- och sekundärrätt. Primärrätten bestående av fördragen har företräde framför sekundärrätten som består av förordningar och direktiv.<sup>5</sup>

EU-domstolen har en betydande roll för tolkningen av EU:s bestämmelser. Trots att ett flertal förordningar och direktiv drivs igenom varje år anses EU-domstolen vara den framåt drivande rollen inom EU-rätten.<sup>6</sup> EU-domstolen

---

<sup>3</sup> Kleineman, J. (2019) s. 29 ff.

<sup>4</sup> Reichel, J. (2019) s. 109

<sup>5</sup> Senden, L. (2012) s. 227

<sup>6</sup> Reichel, J. (2019) s. 115



tillämpar flera tolkningsmetoder, men särskilt används teleologisk tolkning (ändamålsenlig tolkning). Eftersom EU-fördragen uppställer mål, men sällan beskriver i närmare bemärkelse hur dessa ska uppnås preciserar EU-domstolen rättsutvecklingens riktning<sup>7</sup> enligt dess exklusiva kompetens i tolkningen av EU:s rättsakter.<sup>8</sup> Relevant för konkurrens- och upphovsrätten är de intressen de är avsedda att skydda. Därför kommer hänsyn tas till de intressen som uppställs i de olika rättsakterna för att göra en meningsfull teleologisk tolkning av rätten samt för diskussionen om rättsutvecklingen. Samtidigt erinras det om att tillämpningen av art. 102 FEUF inte ska påverkas av tidsandan utan de intressen och principer som regleringen utgår från.<sup>9</sup>

De rättsfall som valts ut är ledande rättsfall inom konkurrens- och immaterialrätt. De ligger till grund för diskussionen för tillämpningen av gällande rätt.

I uppsatsen kommer beslut från EU-kommissionen redovisas och medföra underlag för diskussionen. Besluten är ett komplement till EU-domstolens domar. Sedan Lissabonfördraget har dessutom besluten en bindande effekt enligt art. 288 FEUF (f.d. art. 249).<sup>10</sup>

Materialet som uppsatsen grundar sig på kommer innefatta primärrätt, sekundärrätt samt icke bindande EU-rättsliga dokument. Enligt rättspraxis är även EU:s icke bindande material såsom rekommendationer av betydelse vid tillämpningen av EU-rätten som vägledning trots att de inte har någon bindande effekt enligt art. 288 FEUF.<sup>11</sup> Det innefattar EU:s grönböcker och andra dokument som sammanställs inför lagstiftningsförfaranden.<sup>12</sup> Samtliga källor kommer jämföras med hänsyn till vilken ställning de har inom EU-rätten.

---

<sup>7</sup> Reichel, J. (2019) s. 122 f.

<sup>8</sup> Fördraget om Europeiska unionen art. 19

<sup>9</sup> GA Juliane Kokott C-23/14 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2015:343, p. 4

<sup>10</sup> Senden, L. (2012) s. 228

<sup>11</sup> 322/88 *Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*, ECLI:EU:C:1989:646, p. 18

<sup>12</sup> Senden, L. (2012) s. 230

Utöver rättskällorna används en del doktrin. Doktrinen är av värde för diskussionen för att få fler perspektiv. Det material som valts ut är skriven av forskare inom det relevanta området. Materialet som valts har varit såväl objektivt som mer kritiskt och analyserande till rätten för att få ett bredare perspektiv.

## 1.4 Avgränsningar

Såväl konkurrensrätten som upphovsrätten är omfattande samlingar av regler och intressen. Således är det av betydelse att uppsatsen tydligt avgränsas för att utmynna i en meningsfull slutsats. Uppsatsen kommer fokusera på missbruk av dominans utifrån art. 102 FEUF med ett fokus på EU-rätten. En diskussion kring nationell tillämpning av EU-rätten hade varit intressant, men för att få en fokuserad diskussion har endast EU-rätten enligt framförallt lagstiftningsakter och rättspraxis analyserats. Övrig internationell rätt kommer diskuteras i den mån som den implementerats i EU-rätten, men inte som ett självständigt rättsinstrument.

Därtill kommer uppsatsens fokus avse i första hand interoperabilitetens utveckling på den digitala marknaden. Diskussionen kommer beröra dominanta företags ställning på marknaden. En definition av dominerande ställning begränsas till att tillhandahålla nödvändig förståelse .

Av intresse vore att diskutera InfoSoc-direktivets tillämpning gentemot datorprogramsdirektivet i större omfattning. Det begränsade utrymmet tillåter emellertid inte en vidare diskussion utan den utgår framförallt endast av datorprogramsdirektivet.

## 1.5 Tidigare forskning

Ulf Eklöfs bok *Upphovsrätt i konkurrens – Särskilt om artikel 82 och tvångslicensiering har diskuterat skärningspunkten mellan konkurrens- och upphovsrätt*. Boken är emellertid från 2005 vilket medför att jag har använt den för att få en grundläggande förståelse för områdenas intressen, men jag har valt att se även till senare doktrin för utredningen om rättsutvecklingen. Således kompletterar jag den med nyare doktrin samt rättspraxis.

T-201/04 Microsoft Corp. är ett välkänt rättsfall inom området. Det påvisar dominansens betydelse för en intresseavvägning. Eftersom rättsfallet avgjordes för ett antal år sedan på en marknad där utvecklingen sker snabbt har jag dessutom beaktat doktrin för en inblick i vilken riktning rättsutvecklingen torde ske i.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en redovisning av den gällande konkurrens- respektive upphovsrätten. För att få en uppfattning om deras tillämpning i relation till varandra kommer intressena för vardera området diskuteras i det därefter följande kapitlet.

Därefter kommer uppsatsen uppmärksamma konflikterna som uppstår i den digitala miljön med fokus på interoperabilitet mellan datorprogram. Detta diskuteras utifrån såväl konkurrens- och upphovsrätten som EU:s mål. Upplägget syftar till att klargöra EU-rättens tillämpning på dominantas företags utveckling av så kallade ekosystem som utgår från produkter som stöder interoperabilitet.

Det redovisade materialet ligger till grund för en diskussion om reglerna för konkurrens- och upphovsrätten. Diskussionen kommer utgå från de intressen som vardera området utgår från.

## 1.7 Terminologi

Uppsatsen uppmärksammar vissa tekniska begrepp av väsentlig betydelse för förståelsen av betydelsen av interoperabilitet. För att förtydliga vilken betydelse de har förklaras begreppen i detta avsnitt.

*Interoperabilitet* är två eller flera datorprograms förmåga att utbyta samt använda information mellan dem. Utbytet möjliggör effektiv användning av systemen.<sup>13</sup>

*Dekompilering* är en metod för att komma åt en kvasikällkoden i ett datorprogram. *Kvasikällkoden* är en tolkning av objektkoden. Kvasikällkoden kan användas för att undersöka bakomliggande idéer och principer. Exempelvis för att uppnå interoperabilitet mellan datorprogrammet och ett annat självständigt datorprogram. *Objekt-koden* är binärkod som inte går att läsas av användaren.<sup>14</sup>

För att datorprogram ska kunna samverka finns *gränssnitt* med regler och specifikationer som möjliggör det. Genom interoperabilitet kan programmen ta del av tjänster och resurser som det andra programmet tillhandahåller. För att de ska kunna uppnå interoperabilitet krävs det dock att båda programmen implementerar samma gränssnitt.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> The Open Group (2009) s. 32

<sup>14</sup> Janssens, M. C. (2021) s. 107

<sup>15</sup> AT.40099 *Google/Android* p. 89

## 2 Konkurrensrätt

### 2.1 Intressen och regler

Konkurrensrätten används inom EU som ett instrument för att uppnå målen, men är inte ett mål i sig. Ett definierat mål i EU:s politik som helhet är det som framförs i art. 3(3) fördraget om Europeiska unionen (FEU). Nämligen en integrerad inre marknad med ekonomisk tillväxt samt hög konkurrenskraft med full sysselsättning. Eftersom EU:s mål är breda och abstrakta medför det att analysen av huruvida konkurrensrätten uppfyller dessa kräver en diskussion kring ett flertal rättsakter för en utredning av syften och intressen.<sup>16</sup> Konkurrensreglerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) är förhållandevis teoretiska och minimalistiska. EU-domstolen tillämpar en teleologisk tolkning vilket medför såväl en expansion av intressen som nya förbjudna förfaranden enligt de för konkurrensrätten centrala artiklarna 101 och 102 FEUF.<sup>17</sup> EU-domstolen har förutom konsumentskyddet och konkurrenters näringsfrihet diskuterat intresset för marknadens struktur i sin helhet.<sup>18</sup>

Art. 102 FEUF föreskriver ett förbud mot missbruk av dominans. Begreppet missbruk har definierats i målet 85/76 *Hoffmann-La Roche* som ett objektiva begrepp där beteendet påverkar en marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av företags ställning. Beteendet medför konkurrensbegränsningar på marknaden. Enligt domskälen ska ett företags godkända beteende vara i enlighet med den normala konkurrensen vilket är ett uttryck för prestationsbaserad konkurrens ("competition on the merits").<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Van den Bergh, R. (2017) s. 105 f.

<sup>17</sup> Van de Gronden, J. W. och Rusu, C. S. (2021) s. 53

<sup>18</sup> C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen och Europeiska kommissionen mot GlaxoSmithKline Services Unlimited och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPIC) mot Europeiska kommissionen och Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:2009:610, p. 63

<sup>19</sup> 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1979:36, p. 91

Bedömningen av huruvida beteendet inte innebär missbruk och det istället är konkurrens baserat på prestationer har förtydligats i ett flertal av EU-domstolens mål. För ett dominerande företag är det av särskild vikt att det finns ett ansvar att beteendet är i enlighet med den normala konkurrensen.<sup>20</sup> Art. 102 FEUF föreskriver ett förbud mot missbruk som kan ge negativa effekter på handeln mellan medlemsstater och oförenligt med den inre marknaden. Förbjudna förfaranden är bland annat de som begränsar produktionen och den tekniska utvecklingen till nackdel för konsumenterna.<sup>21</sup>

I målet 322/81 *Michelin I* anförde domstolen att ett företag inte ska bestraffas till följd av dess produkters och tjänsters kvalitet. Den dominerande ställningen är således inte i sig angripbar. Dominansen medför emellertid ett särskilt ansvar för företag att inte genom sitt beteende snedvrیدا eller skada den effektiva konkurrensen.<sup>22</sup> Syftet med förbudet i art. 102 FEUF är därför inte att förbjuda ett företag att förvärva marknadsandelar. Det är följaktligen inte en bestämmelse vars syfte är att garantera mindre effektiva konkurrenters plats på marknaden.<sup>23</sup>

Samtidigt har EU i 2021 års förordning 2021/690/EU som berör konkurrenskraften på den inre marknaden uttryckt ett intresse i små och medelstora företags plats på den inre marknaden. Inställningen överensstämmer med det ekonomiska målet inom konkurrensrätten. Eftersom de utgör 99,8 % av unionens företag samt en tredjedel av arbetstillfällena har de stor betydelse i den inre marknaden. Samtidigt har de utmaningar som större företag inte påverkas av. Med förordningen uttrycker EU därför ett intresse av att underlätta för de små och medelstora företagen på marknaden.

---

<sup>20</sup> T-228/97 *Irish Sugar plc mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:T:1999:246, p. 111-112

<sup>21</sup> Art. 102 FEUF

<sup>22</sup> 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission* (Michelin I), ECLI:EU:C:1983:313, p. 57

<sup>23</sup> C-413/14 P *Intel Corporation Inc. mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:2017:632 p. 133

Sådana åtgärder ska dock vara proportionella och inte snedvrیدا konkurrensen på ett oskäligt sätt.<sup>24</sup>

Slutligen har EU-domstolen ett flexibelt förhållningssätt gällande de intressen som beaktas i konkurrensrättsliga mål. Det förhållningssättet kan möjligtvis vara till fördel på en marknad i utveckling såsom den digitala där nya intressen kan vara relevanta att ta i beaktande.<sup>25</sup> Det har exempelvis diskuterats om marknadsandelar rent faktiskt kan utgöra grund för dominans inom industrier som drivs av innovation som snabbt kan ersättas av nya utvecklingar inom industrin. Endast för att det är fråga om en sådan industri kan det emellertid inte utesluta tillämpning av art. 102 FEUF.<sup>26</sup>

## 2.2 Nätverkseffekter som inträdeshinder

Nätverkseffekter är av betydelse för produktens värde som stiger i relation till hur många som använder den. Exempelvis en användares värdering av en applikation för meddelanden förutsätter att flera personer använder den. Nätverkseffekter kan dessutom vara när en användare ser till en viss funktion i produkten som utvecklas om produkten har ett stort nätverk. Ett vanligt exempel är mjukvaruutvecklarens benägenhet att tillverka mjukvara för produkter med ett stort antal användare.<sup>27</sup>

Suzanne Scotchmer, professor inom rättsekonomi, framför i boken *Innovation and Incentives* att nätverkseffekter för en mjukvara innebär att antalet användare kan öka baserat på antalet kompatibla applikationer som utvecklas. Genom att en upphovsrättsinnehavare till en mjukvara tillverkar exklusiva applikationer kan det leda till en ”tipping market”. Företaget som

---

<sup>24</sup> Europarlamentet och rådets förordning (EU) 2021/690 av den 28 april 2021 om inrättande av ett program för den inre marknaden, konkurrenskraft för företag, inklusive små och medelstora företag, området för växter, djur, livsmedel och foder och europeisk statistik (programmet för den inre marknaden) samt om upphävande av förordningarna (EU) nr 99/2013, (EU) nr 1287/2013, (EU) nr 254/2014 och (EU) nr 652/2014 (Europarlamentet och rådets förordning (EU) 2021/690, p. 23-24)

<sup>25</sup> Van de Gronden, J. W. och Rusu, C. S. (2021) s. 12

<sup>26</sup> AT.40099 *Google Android* p. 435

<sup>27</sup> Scotchmer, S. (2004) s. 290

äger upphovsrätten erhåller ett ökat antal marknadsandelar som kan leda till monopol på marknaden till följd av nätverkseffekterna. För att en annan mjukvarutillverkare ska kunna konkurrera krävs det att denna tillverkar motsvarande applikationer.<sup>28</sup>

I målet T-201/04 bedömde tribunalen att Microsoft innehade en dominerande ställning på marknaden för operativsystem till klientdatorer. De uppmärksammade att populariteten av operativsystems för klientdatorer hos användare grundades i populariteten hos återförsäljarna av datorprogram. Genom att de valde att inrikta utvecklingen på de populäraste operativsystemen förstärktes dominansen. Nätverkseffekterna säkerställde Microsofts ställning på marknaden då det utmynnade i att operativsystemet blev en de facto-standard för klientdatorer.<sup>29</sup>

Lojaliteten för en viss produkt tillhörande ett nätverk lades dessutom till grund för bedömningen av dominans på en marknad i beslutet AT.40099 *Google Android*. För att bestämma om ett operativsystem för smartphones var dominerande på en marknad såg kommissionen till hur hög andel av användarna som inte bytte smartphone. Det följde till stor del av att ett byte av smartphone skulle medföra höga omställningskostnader.<sup>30</sup> I beslutet berördes även hårdvaruutvecklarens lojalitet till ett visst operativsystem och de kostnader som ett byte av operativsystem skulle medföra.<sup>31</sup> I relation till nätverkseffekterna hade dessutom Google i det nämnda målet en fördel på marknaden som ”first mover” på marknaden. Kombinationen ledde till ett inträdeshinder på marknaden för ”Android app stores”.<sup>32</sup>

Nätverkseffekterna kan sammanfattningsvis utgöra inträdeshinder på en digital marknad där det krävs såväl erfarenhet som lojalitet från kundkretsen. Särskilt marknaden för mjukvara kan vara känslig för inträdeshinder eftersom

---

<sup>28</sup> Ibid. s. 298 f.

<sup>29</sup> COMP/C-3/37.792 – *Microsoft* p. 16

<sup>30</sup> AT.40099 *Google Android* p. 493

<sup>31</sup> Ibid. p. 471

<sup>32</sup> Ibid. p. 637



marknaden inte endast ser till dess kvalitet utan även antalet användare. Till följd av en större marknad kan användarna utbyta exempelvis filer som annars inte vore möjligt.<sup>33</sup> Interoperabilitet mellan mjukvaror kan dessutom påverka nätverkseffekterna och således även marknadsandelarna. Om produkter och tillbehör från olika företag inte stöder interoperabilitet är konsumenter mer benägna att välja den produkt som flest använder och på så vis uppnå interoperabilitet. Eftersom risken föreligger att det leder till en ”tipping market” konkurrerar företag om marknaden snarare än för marknaden.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, s. 14 f.

<sup>34</sup> Van Rooijen, A. (2010) s. 33

# 3 Upphovsrätt

## 3.1 Intressen och regler

Upphovsrätten är ett pluralistiskt system som består av flera intressen. Dessa omnämns bland annat i skälen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (InfoSoc-direktivet). De parter intressen som uppmärksammas är konsumenter, producenter och konstnärer. Därutöver tas intressena för näringsliv, allmänhet och spridning av kultur i beaktande.<sup>35</sup> Intressena ska försäkras genom att upphovsmännen och konstnärerna får skälig ersättning och på så vis skapa incitament till innovation som ett resultat av investeringar.<sup>36</sup>

Det upphovsrättsliga skyddet regleras *ex ante*<sup>37</sup> vilket medför ett viktigt incitament för investering där den långsiktiga inkomsten ger vinst. Upphovsrätt ger skaparen en ensamrätt verket. Till följd av att utvecklingen av immateriella tillgångar är mer riskfylld talar det för att skyddet ska utgöra en högre nivå än för traditionella tillgångar.<sup>38</sup> Eftersom immaterialrättens omfång är information medför inte verket i sig avkastning. Skyddet medför således en möjlighet till avkastning genom licenser.<sup>39</sup>

Enligt målet C-418/01 *IMS Health* ställs upphovsrättsinnehavarens intresse av att utveckla sin näringsverksamhet mot intresset av fri konkurrens. Intresset för den fria konkurrensen väger tyngre först då ett beteende skadar konsumenterna. Domstolen ger därför det upphovsrättsliga skyddet stor vikt

---

<sup>35</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, p. 9 i skälen

<sup>36</sup> Ibid, p. 10 i skälen.

<sup>37</sup> Regelverk som motverkar intrång *innan* sådant skett.

<sup>38</sup> Van den Bergh, R., Camesasca, P. och Giannaccari, A. (2017) s. 167 f.

<sup>39</sup> Lévêque, F. och Ménière, Y. (2007) s. 28

vid en sådan intresseavvägning. Det är först när konsumenterna tar skada av konkurrensbegränsningen de konkurrensrättsliga reglerna får företräde.<sup>40</sup>

I relation till skyddet för de immateriella rättigheterna ställs intresset för interoperabilitet. I InfoSoc-direktivet framför EU-kommissionen hur tekniken har utvecklats i en digital form. Utvecklingen medför risk för inkompatibla system. EU anser att kompatibilitet och interoperabilitet bör främjas för utvecklingen av globala system.<sup>41</sup>

Inom det immaterialrättsliga området är det av vikt att ta den fragmenterade karaktären av EU-rätten i beaktande. Enligt art. 118 FEUF ska EU verka för att upprätta ett enhetligt skydd för immateriella rättigheter.<sup>42</sup> Någon fullständig harmonisering har emellertid inte utformats utan det är huvudsakligen upp till medlemsstaterna att meddela skydd och villkor.<sup>43</sup>

Till följd av den teknologiska utvecklingen har dock EU sett ett behov av harmonisering av immaterialrättsliga skydd för att värna om den fria rörligheten för varor och tjänster.<sup>44</sup> I skälen till InfoSoc-direktivet framförs det att skyddet ska upprätthålla en hög skyddsnivå för att värna om incitamentet till innovation.<sup>45</sup>

### 3.1.1 Datorprogramsdirektivet

Datorprogram regleras enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram

---

<sup>40</sup> C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:2004:257, p. 48

<sup>41</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, p. 54

<sup>42</sup> Art. 118 FEUF

<sup>43</sup> Mål C-238/87 *Volvo AB mot Erik Veng (UK) Ltd.* ECLI:EU:C:1988:477, p. 7

<sup>44</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället, p. 6

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 9

(datorprogramsdirektivet). Enligt direktivet skyddas datorprogram som litterära verk.<sup>46</sup>

För EU betraktas upphovsrätten som ett medel för att främja unionens konkurrenskraft i enlighet med det ekonomiska intresset. Konkurrenskraften resulterar dessutom i arbetstillfällen. Skyddet underlättar nämligen verksamheternas utveckling vilket bidrar till såväl unionens ekonomiska som sociala dimension.<sup>47</sup>

Datorprogram skyddas enligt särskilda regler på grund av dess speciella karaktär<sup>48</sup> och betydelse för unionens ekonomi.<sup>49</sup> Ett skydd som utgör samma omfång som för andra litterära verk anses riskera att resultera i monopol. Det finns därför skäl att inte ge datorprogram samma begränsning av användningen för tredje part. Det följer dessutom av att EU inte ska ta endast upphovsrättsinnehavarens intressen i beaktande utan även andra företag och allmänheten i stort.<sup>50</sup>

I kommissionens *Green Paper: On Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action*, grönboken till direktivet, uttalas en oro för effekterna på konkurrensen. Resultat blev att gränssnitt inte omfattas av skyddet. Eftersom hårdvara respektive mjukvara kräver ett specifikt gränssnitt för att uppnå stödja interoperabilitet med en redan existerande produkt på marknaden skulle ett sådant skydd i praktiken innebära ett legalt monopol. Monopolet skulle omfatta såväl gränssnittet som hela marknaden för systemet. Interoperabilitet är eftersträvansvärt inom konkurrensrätten och ska därför inte begränsas oproportionerligt genom upphovsrätten.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Art. 1 datorprogramsdirektivet

<sup>47</sup> Grönbok: Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (1995) p. 16-18

<sup>48</sup> Green Paper: On Copyright and the Challenge of Technology – Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM (88) 172 final, s. 5

<sup>49</sup> Ibid., s. 171

<sup>50</sup> Ibid., s. 5

<sup>51</sup> Ibid., s. 184

Resultatet blev ett skyddsobjekt som enligt direktivet är datorprogrammets alla uttrycksformer samt dess förberedande designmaterial i den omfattning som det är upphovspersonens egen intellektuella skapelse. Skyddet enligt direktivet innefattar inte de idéer och principer som ligger bakom programmet och dess gränssnitt.<sup>52</sup>

Enligt datorprogramsdirektivet har upphovsrättsinnehavaren bland annat ensamrätt att återgiva och anpassa programmet.<sup>53</sup> I det befintliga skyddet finns dessutom inskränkningar i skyddet i art. 5 och 6. Art. 5 ger den som lagligen förvärvat rätten till datorprogrammet rätt att använda programmet i enlighet med dess avsedda ändamål. Det innefattar korrigerande av fel samt undersökning av programmets funktion i syftet att utreda de bakomliggande idéerna och principerna.<sup>54</sup> En inskränkning till förmån för interoperabiliteten föreskrivs i art. 6. I avsikt att erhålla information nödvändig för interoperabilitet till ett självständigt skapat program får den som har rätt att använda programmet dekompilera detta. Det framhävs dock att det begränsas till att uppnå interoperabilitet. Bestämmelsen är dessutom ytterst begränsad till vilka omständigheter som ska föreligga för att dekompilering får göras. Huvudregeln är nämligen att sådan inte är tillåten. Artikelns får inte tolkas till nackdel för upphovsrättsinnehavarens legitima intressen.<sup>55</sup>

Undantagen från ensamrätten till immateriella rättigheter generellt ska enligt EU-domstolens dom i målet *C-5/08 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening* tolkas restriktivt.<sup>56</sup>

Art. 8 i datorprogramsdirektivet påtalas andra lagstiftningsaktens företräde. Däribland omfattas de angående otillbörlig konkurrens.<sup>57</sup> Ett sådant undantag

---

<sup>52</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram, art. 1

<sup>53</sup> Art. 4(1)(a) och 4(1)(b) datorprogramsdirektivet

<sup>54</sup> Art. 5 datorprogramsdirektivet

<sup>55</sup> Art. 6 datorprogramsdirektivet

<sup>56</sup> Mål C-5/08 *Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening*, p. 56

<sup>57</sup> Art. 8 datorprogramsdirektivet

kan aktualiseras i konkurrensrättsliga mål där ett företag med dominant ställning inte lämnar ut nödvändig information för interoperabilitet.<sup>58</sup>

## 3.2 Skyddsomfånget i praxis

Det upphovsrättsliga skyddets omfattning har belysts i ett flertal rättsfall. Rättsfallen C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* och C-406/10 *SAS Institute Inc.* berör datorprogramms skyddsomfång.

I rättsfallet C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* definieras skyddsobjektet som det material som kan leda till mångfaldigande, exempelvis förberedande designarbete och datorprogrammets uttrycksform. Det innefattar i sin tur *inter alia* källkod och objektkod.<sup>59</sup>

Eftersom det grafiska användargränssnittet inte möjliggör mångfaldigande av datorprogrammet utan endast tillåter användarna att utnyttja dess funktioner omfattas det inte av skyddet.<sup>60</sup> Domstolen uteslöt emellertid inte att det grafiska användargränssnittet kan skyddas av InfoSoc-direktivet om det är originellt och är upphovspersonens egen intellektuella skapelse.<sup>61</sup>

Frågan kring skyddsomfånget berördes återigen i C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming*. För att en del av datorprogrammet ska skyddas krävs det att detta är en del av programmets uttryck.<sup>62</sup> Programmets funktioner är de tjänster som programmet erbjuder.<sup>63</sup> Generaladvokaten Bot framhävde att det finns flera medel för att uppnå dessa funktioner. Han hävdade att det är dess medel som bör åtnjuta skydd och inte funktionerna i sig.<sup>64</sup> Bot ansåg att möjligheten att upphovsrättsligt skydda funktioner skulle

---

<sup>58</sup> Janssens. M. C. (2021) s. 115

<sup>59</sup> C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, ECLI:EU:C:2010:816, p. 35

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 41

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 45-46

<sup>62</sup> GA Yves Bot i C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.*, ECLI:EU:C:2011:787, p. 51

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 53

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 55

kunna likställas med att monopolisera idéer. Ett sådant skydd skulle riskera att hindra den tekniska och industriella utvecklingen.<sup>65</sup> Även i det här fallet öppnades möjligheten för att språket och filformatet som inte skyddas av datorprogramsdirektivet kan skyddas av InfoSoc-direktivet om det bedöms vara upphovspersonens egen intellektuella skapelse.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Ibid., p. 57

<sup>66</sup> Ibid., p. 45

## 4 Interoperabilitet i konkurrens- och upphovsrätten

Trots att rättsområdena för konkurrens och det immateriella skyddet vid vissa omständigheter kan stå i konflikt så kompletterar de även varandra. Alison Firth skriver i boken *EU Copyright Law A Commentary* att det upphovsrättsliga skyddet ger ett incitament till innovation för att ersätta snarare än innovation för att imitera. Det är vid särskilda omständigheter som art. 102 FEUF emellertid behöver reglera den skärningspunkten.<sup>67</sup>

En central del av upphovsrätten är dess exklusivitet. Genom ensamrätten finns det incitament till innovation. Det kan dock diskuteras när konkurrensrätten har möjlighet att inskränka upphovsrätten. Ett företag som innehar immateriella rättigheter kan bli dominant på den relevanta marknaden och således stå i konflikt med de konkurrensrättsliga regleringarna.<sup>68</sup> En immateriell rättighet är emellertid inte tillräckligt för att visa dominans på en marknad. Det finns dock risk för att ett företag som innehar många nödvändiga rättigheter för marknaden har ett de facto monopol över den relevanta marknaden.<sup>69</sup> Enligt rättspraxis har immateriella rättigheter dessutom varit grund för bedömningen för om ett företag intog dominans på den relevanta marknaden.<sup>70</sup>

Upphovsrätten har stor betydelse inom de tekniska systemen. I ett konkurrensrättsligt avseende kan de emellertid anses utgöra en inträdesbarriär. Genom att ett företag innehar en upphovsrätt har det dessutom

---

<sup>67</sup> Firth, A. (2021) s. 52

<sup>68</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses p. 40

<sup>69</sup> Se t.ex. de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P *Magill* och C-418/01 *IMS Health*. I *Magill* p. 46 anförs det samtidigt att man inte endast kan se till immaterialrättsinnehaven. Det ger sken av att det inte ska föreligga en presumtion om dominans, men har relevans vid en helhetsbedömning. Se vidare Eklöf, D. (2005) s. 310 f.

<sup>70</sup> Se t.ex. de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, *Kommissionen mot Magill TV Guide Ltd.* och C-418/01 *IMS Health*.



möjlighet att styra över angränsande marknader. Särskilt operativsystemet är av betydelse för interoperabiliteten mellan olika produkter och tjänster. Operativsystemet möjliggör samverkan mellan olika applikationer och hårdvara. Upphovsrätt till operativsystem innebär således ett inflytande i såväl marknaden för applikationer som hårdvara.<sup>71</sup>

Enligt praxis har dominerande företag ett större ansvar att verka för normal konkurrens. Art. 102 FEUF ska nämligen inte hindra att ett företag blir dominant i de fall då marknadsmakten utgår från högre kvalitet och nyskapande samt bättre pris och urval. EU-domstolen fastställer dessutom i rättspraxis att art. 102 FEUF syfte inte är att skydda konkurrenter som riskerar att försvinna från marknaden på grund av bristande kvalitet. Art. 102 FEUF syftar till att skydda konsumenterna genom att förbjuda företag från att snedvrída konkurrensen. Bestämmelsen förbjuder så kallade utestängningseffekter där lika effektiva konkurrenter stängs ute från marknaden. För ett dominerande företag innebär det större restriktioner avseende priskonkurrens.<sup>72</sup>

Avseende upphovsrätten kan förfaranden gällande detta innefattas av förbudet enligt art. 102 FEUF. Det gäller när utnyttjandet förhindrar en ny produkt som det finns en potentiell efterfrågan för bland konsumenterna och vägran att tillhandahålla en licens grundas i ett konkurrensbegränsande syfte. Det kan då föreligga skäl för tvångslicens.<sup>73</sup> EU-domstolen tar dock enligt C-7/97 *Bronner* beaktande av ett företags avtalsfrihet och friheten att förfoga över sin egendom. En tvångslicens kan dessutom resultera i högre konkurrenskraft på kort tid medan den hämmas långsiktigt till följd av minskat incitament till innovation.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Eklöf, D. (2005) s. 87 f.

<sup>72</sup> C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2011:342, p. 21-25

<sup>73</sup> De förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, C-241/91 P och C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen* (Magill), ECLI:EU:C:1995:98, p. 30

<sup>74</sup> GA Francis G. Jacobs, C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:1998:264, p. 56-57

Därutöver förklarar World Intellectual Property Organisation (WIPO) i texten *Refusals to License IP Rights – A Comparative Note On Possible Approaches* att det immaterialrättsliga skyddets centrala syfte är rätten att vägra licens. Om upphovsrättsinnehavare inte får vägra licens riskerar det att undergräva skyddet. Det medges emellertid att det finns omständigheter som kräver inskränkningar i skyddet. Dessa får ske i undantagsfall. Sådana inskränkningar riskerar nämligen att bli ineffektiva för innovationen. Ett effektivt skydd ger incitament till att investera i alternativa och konkurrerande upphovsskyddade verk. WIPO hävdar således att en inskränkning inte får ske godtyckligt utan ska vara en följd av exceptionella omständigheter.<sup>75</sup>

Samma uppfattning om det immaterialrättsliga skyddets betydelse har EU-domstolen gjort gällande i målet 238/87 *Volvo AB mot Erik Veng (UK) Ltd.* Med det immaterialrättsliga skyddet innebär andras bearbetning och utnyttjande av verket ett intrång utan upphovsrättsinnehavarens samtycke. Exklusiviteten medför enligt EU-domstolen även att det som regel inte ska föreligga ett krav att licensiera en sådan rätt. Immaterialrättsinnehavarens intresse gavs således företräde.<sup>76</sup> Art. 102 FEUF gavs en snäv tillämpning. Art. 102 FEUF har i senare mål fått en mer extensiv tillämpning berörande mål där immateriella rättigheter kan utgöra ett inträdeshinder och angrips med hjälp av bestämmelsen. Enligt senare praxis har EU-domstolen framfört att det ska ske en intresseavvägning mellan immaterialrättsinnehavarens näringsfrihet gentemot skyddet av konkurrensen. För att det senare intresset ska väga starkare krävs det att licensvägran utgör ett hinder för verksamheten på en härledd marknad och är till skada för konsumenterna.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> WIPO (2013) s. 16

<sup>76</sup> 238/87 *Volvo AB mot Erik Veng (UK) Ltd.* ECLI:EU:C:1988:477, p. 8

<sup>77</sup> C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:2004:257, p. 48-49

## 4.1 Microsoft

Informationen om interoperabilitet på den digitala marknaden aktualiserades under 2000-talet när kommissionen antog ett beslut angående missbruk av dominans gällande Microsoft. Kommissionen beslut från 2004 riktade sig gentemot Microsoft då företaget vägrade lämna ut information om interoperabilitet samt att tillåta användningen av informationen för att tillverkare ska kunna utveckla och distribuera produkter som stöder interoperabilitet till operativsystem för arbetsgruppservrar.<sup>78</sup> Varken kommissionen eller EU-domstolen prövade huruvida den information som Microsoft innehade var immaterialrättsligt skyddad. De utgick istället från ett fördelaktigt läge för Microsoft genom att förutsätta att informationen innehade immaterialrättsligt skydd.<sup>79</sup> Informationen om interoperabilitet skyddades i målet enligt datorprogramsdirektivet.<sup>80</sup>

EU-domstolen bedömde att Microsoft riskerade att skada konkurrensen. Det följde av minskad konkurrens på den relevanta marknaden eftersom det inte fanns någon faktiskt eller potentiellt alternativ till informationen som krävdes för interoperabilitet med operativsystemet.<sup>81</sup> Vägran att utge informationen kunde medföra indirekta skador för konsumenterna genom den minskade konkurrensen och således innebära ett missbruk av dominerande ställning. För att vara oförenligt med art. 102 FEUF gjordes en vidare prövning av huruvida beteendet var objektivt godtagbart.<sup>82</sup> EU-domstolen framförde att ett företags intresse att utöva sina immateriella äganderättigheter enligt rättspraxis inte är tillräckligt för att uppnå kravet på en objektiv motivering när företaget har en sådan omfattande dominans på marknaden som riskerar att utestänga konkurrenter.<sup>83</sup> EU-domstolen uppmärksammade dessutom den

---

<sup>78</sup> COMP/C-3/37.792 *Microsoft* p. 3

<sup>79</sup> T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen* ECLI:EU:T:2007:289, p. 283-284

<sup>80</sup> *Ibid.* p. 104

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 328

<sup>82</sup> *Ibid.* p. 664

<sup>83</sup> COMP/C-3/37.792 *Microsoft* p. 20

skada som tillfördes konsumenterna som en följd av hindrandet av den tekniska utvecklingen.<sup>84</sup>

Kommissionen hänvisade till datorprogramsdirektivet 91/205/EEG för en tolkning av intresset för interoperabilitet.<sup>85</sup> Direktivet innefattar en inskränkning av det upphovsrättsliga skyddet till förmån för samverkansförmågan. Inskränkningen gäller oavsett ett företags dominerande ställning. Bestämmelsen inverkar dock inte på tillämpningen av art. 102 FEUF, men kommissionen anförde att den kan ge viss vägledning.<sup>86</sup>

EU-domstolen refererade till rättspraxis för att avgöra om det kunde finnas ett krav på Microsoft att lämna ut den begärda informationen. Metoden för att avgöra det krävde att det fanns en andra angränsande marknad. För att det ska röra sig om en angränsande marknad krävs det till att börja med att man kan identifiera två marknader. Den första marknaden avser den som består av produkter eller tjänster där den immaterialrättsinnehavande innehar en dominerande ställning. Den andra marknaden använder de nämnda produkterna eller tjänsterna för framställningen av en ny produkt eller tjänst.<sup>87</sup> Det krävs inte att det finns en faktisk angränsande marknad utan endast att det finns en potentiell eller hypotetiskt samt att en efterfrågan faktiskt föreligger. För framställningen av produkten ska den ifrågavarande informationen som omfattas av upphovsrätten vara nödvändig. I målet prövades således frågan om informationen om interoperabilitet var nödvändig för att uppfylla detta villkor.<sup>88</sup> EU-domstolen uppmärksammade även att kravet på en ny produkt endast aktualiseras i praxis berörande immateriella rättigheter.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen* ECLI:EU:T:2007:289, p. 665

<sup>85</sup> Nu direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram. Den aktuella bestämmelsen i direktivet har samma lydelse i det nya direktivet.

<sup>86</sup> COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, EUT L 32, 6.2.2007, s. 23–28, p. 22

<sup>87</sup> T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen* ECLI:EU:T:2007:289 p. 332

<sup>88</sup> *Ibid.* p. 335

<sup>89</sup> T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen* ECLI:EU:T:2007:289 p. 334

I det beslut som målet berörde anförde kommissionen att den nödvändiga graden av interoperabilitet med konkurrenters operativsystem skulle vara tillräcklig för att konkurrera med Windows operativsystem. De ska på ett funktionsdugligt sätt ha samma förutsättningar att fungera tillsammans med Windows domänarkitektur.<sup>90</sup> EU-domstolen fortsatte med att hänvisa till datorprogrammets natur. Dess syfte är att samverka med andra datorprogram och kringutrustning.<sup>91</sup> Interoperabilitetens betydelse stärktes dessutom av att Windows kommer förinstallerat på datorerna och är en de facto standard på marknaden för operativsystem för klientdatorer.<sup>92</sup> Det är således av synnerlig vikt att systemen är interoperabla för att ska vara ekonomiskt försvarbart för konkurrenter att fortsätta med sina verksamheter.<sup>93</sup>

Fortsättningsvis har kommissionen i det angripna beslutet beaktat interoperabiliteten och nätverkseffekterna som befintliga inträdeshinder på marknaden för operativsystem för arbetsgruppsservrar.<sup>94</sup> Genom en hävstångseffekt har Microsoft utnyttjat den dominanta ställningen på en marknad för att få inflytande på en annan. EU-domstolen anförde att en dominerande ställning på den första marknaden är tillräcklig för att visa på missbruk av dominerande ställning.<sup>95</sup>

I målet gjordes dessutom en intresseavvägning mellan effekterna på innovationsincitamenten för Microsoft respektive de konkurrerande företagen. För att licensvägran skulle utgöra missbruk av dominans krävdes det att den positiva effekten på innovationsincitamenten uppvägs de negativa effekterna.<sup>96</sup>

---

<sup>90</sup> Ibid. p. 374

<sup>91</sup> Ibid. p. 383

<sup>92</sup> Ibid. p. 387

<sup>93</sup> Ibid. p. 388

<sup>94</sup> Ibid. p. 558

<sup>95</sup> Ibid. p. 559

<sup>96</sup> Ibid. p. 669

EU-domstolen sanktionerade slutligen Microsoft att utge informationen som var nödvändig för att uppnå interoperabilitet till de företag som var intresserade.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Ibid. p. 809

## 5 Analys

I föregående avsnitt har ett flertal av EU:s intressen framförts. Dessa kommer nedan analyseras för att klargöra vilka intressen som aktualiseras i mål där konkurrens- och upphovsrätt till synes står i konflikt med anledning av interoperabilitet.

### 5.1 Skyddsomfånget

Till att börja med finns det ett tydligt intresse av interoperabilitet inom EU-rätten avseende bestämmelserna om datorprogramms skyddsomfång. Det visas redan genom inskränkningarna i upphovsrätten. Det upphovsrättsliga skyddet reglerar brukandet av upphovsrättsliga verk *ex ante*. Det tillför således en möjlighet att påverka konkurrensen innan eventuella intressen i konflikt möts.

Enligt datorprogramsdirektivet har gränssnitt bedömts inte innefattas av skyddet till förmån för interoperabilitet. Det som innefattas av skyddet är källkod och objektкод vilka utgör datorprogrammets uttrycksform. EU-domstolen uteslöt i målen C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* och C-406/10 *SAS Institute Inc.* emellertid inte ett skydd för gränssnitt enligt InfoSoc-direktivet. Eftersom såväl skälen som bestämmelserna till datorprogramsdirektivet uttrycker en tydlig begränsning av skyddet till att inte omfatta information nödvändig för interoperabilitet talar det dock mot att ett gränssnitt skulle omfattas av ett vidare skydd enligt InfoSoc-direktivet. Ett sådant skydd skulle dessutom kunna stå i konflikt med konkurrensrätten. Enligt art. 8 i datorprogramsdirektivet ska lagstiftningsakter angående otillbörlig konkurrens ha företräde. Inskränkningen i direktivet aktualiserades exempelvis i målet mot Microsoft som ett dominant företag ansågs ha en skyldighet att lämna ut information om interoperabilitet om den efterfrågades.

## 5.2 Interoperabilitet på en digital marknad

Inskränkningen i datorprogramms skydd till förmån för interoperabilitet regleras i datorprogramsdirektivet. Motiveringen till inskränkningen är främjandet av unionens ekonomi. Det har betydelse på en digital marknad där dominerande företag tenderar att skapa ekosystem genom att tillhandahålla produkter och tjänster som bygger på interoperabilitet.

Datorprogrammets karaktär utgår från interoperabilitet mellan datorprogram. Ett skyddsomfång som omfattar gränssnitt riskerar att resultera i ett monopol på den relevanta marknaden. Eftersom art. 102 FEUF inte avser att angripa dominansen finns det ett intresse av att reglera ett sådant undantag *ex ante*.

Förutom det ekonomiska intresset som helhet har nätverkseffekterna bedömts påverka flera intressen på den inre marknaden. Eftersom nätverkseffekterna kan resultera i en inlåsnings effekt för konsumenterna påverkar det konsumentskyddet i EU-rätten. Dessutom försvårar nätverkseffekterna för konkurrenter att etablera sig på marknaden och verkar således som en inträdesbarriär. Såsom diskuterats i tidigare avsnitt kan det av ett annat företag krävas utveckling av jämförbara applikationer för att konkurrera med ett ekosystem förstärkt av nätverkseffekter. Sådana investeringar är sällan ekonomiskt försvarbara. Interoperabilitet bör främjas för att verka för små och medelstora företag. Det går i linje med EU:s ekonomiska intresse eftersom 99,8 % av EU:s företag består av små och medelstora företag. Av EU-praxis framgår samtidigt att konkurrensrättens syfte inte är att främja mindre effektiva företag. Proportionalitetsprincipen som allmän rättsprincip bör tas i åtanke för att främja små och medelstora företag med potential för utveckling utan att ge större företag nackdelar. Upphovsrätten bör således fortsatt inneha en hög skyddsnivå, men med inskränkningar till förmån för interoperabilitet.



## 5.3 Missbruk av dominerande ställning

Trots att ett verk kan inneha upphovsrättsligt skydd kan inskränkningar ske med hjälp av art. 102 FEUF. Med utgångspunkt i målet 238/87 *Volvo AB mot Erik Veng (UK) Ltd.* gav EU-domstolen intresset för immaterialrättsskyddet företräde. Detta har med åren förändrats till att ge konkurrensrätten ett större utrymme. Konkurrensrätten är emellertid inte ett intresse i sig utan bestämmelserna motiveras bland annat av skyddet för konsumenterna. Det skyddet kan som framgått i rättspraxis innefatta flera intressen.

I T-201/04 *Microsoft Corp.* framfördes intresset för innovation. Innovation är nödvändigt för den tekniska utvecklingen som dessutom är ett mål i upphovsrätten. Skyddet ska utgöra ett incitament till innovation för upphovsrättsinnehavaren eftersom stora investeringar kan krävas för att utveckla datorprogram. Det upphovsrättsliga skyddet ses som en säkerhet för att kunna få avkastning från den investeringen. En avvägning ska således göras mellan konkurrenters och upphovsrättsinnehavarens incitament till innovation. Skärningspunkten definierades i *Microsoft Corp.* Upphovsrättens skydd får ge vika för konkurrensrätten då de positiva effekterna på innovationsincitamenten för andra företag på marknaden är större än de negativa effekterna på innovationsincitamenten för upphovsrättsinnehavaren. Det kan jämföras med den avvägningen som gjordes i det tidigare målet C-418/01 *IMS Health* där det upphovsrättsliga intresset fick ge vika först när konsumenterna tog skada.

Som ett dominerande företag på marknaden erhöll Microsoft ett större ansvar. Till följd av nätverkseffekter som gjorde att operativsystemet Windows resulterade i en de facto standard på den relevanta marknaden fanns det ett betydande intresse av interoperabilitet. Informationen för interoperabilitet ansågs nödvändig för att möjliggöra etablering på den relevanta marknaden.

## 5.4 Utvecklingen inom EU-rätten

Den utveckling som man kan se inom EU-rätten är ett större fokus på interoperabilitet. Fortfarande står kravet relativt högt. För att det ska vara fråga om tvångslicens av den immateriella rättigheten till förmån för interoperabilitet krävs det att vissa omständigheter föreligger som redovisats i T-201/04 *Microsoft Corp.*

I T-201/04 *Microsoft Corp.* hänvisar EU-domstolen till intresset för interoperabilitet i datorprogramsdirektivet. Direktivet har inte en direkt inverkan på tillämpningen av art. 102 FEUF och dess ställning som primärrätt. Likväl går det att finna viss vägledning i direktivet såsom EU-domstolen anförde. Intresset för interoperabilitet finner dessutom stöd i unionens ekonomiska intresse och intresset för fri konkurrens. Ett framträdande intresse i såväl konkurrensrätten som upphovsrätten är dessutom den tekniska utvecklingen. Det finns anledning att hävda att de olika medlen kan samverka för att främja den tekniska utvecklingen. Konkurrensrätten främjar den tekniska utvecklingen genom att begränsa dominantas företags hämmande verkan på inre marknaden. Upphovsrätten ger ett incitament till innovation samtidigt det ger skäl till att utveckla nya produkter istället för kopior. Vid särskilda omständigheter kan art. 102 FEUF tillämpas där dominantas företag missbrukar upphovsrätten och de inträdeshinder som den kan medföra.

I såväl datorprogramsdirektivet som EU-domstolens praxis har skyddet dessutom framhävts som högt. Enligt C-7/97 *Bronner* ska en fråga om tvångslicens dessutom aktualiseras endast i särskilda fall eftersom huvudregeln är avtalsfriheten och friheten att förfoga över sin egendom.

Man kan således se ett starkt intresse för interoperabilitet som aktualiseras gällande skärningspunkten mellan konkurrens- och upphovsrätten. Huvudregeln är emellertid att avtalsfrihet och skyddsnivån är synnerligen hög. En inskränkning i det upphovsrättsliga skyddet torde således även i

fortsättningen framgå i den upphovsrättsliga regleringen som reglerar *ex ante*. Samtidigt kan det argumenteras för att de två områdenas intressen överensstämmer. Det är först vid missbruk av dominans som utnyttjandet av upphovsrätten riskerar att innebära ett inträdeshinder.

## 6 Slutsats

Interoperabilitet är av stor betydelse vid utformningen av skyddsomfånget för datorprogram samt vid åsidosättandet av detsamma vid aktualiseringen av konkurrensrätten. Interoperabilitet mellan olika datorprogram kan främja innovationen för små och medelstora företag som har mindre möjligheter att investera i större ekosystem. Inskränkningarna i det upphovsrättsliga skyddet regleras redan i datorprogramsdirektivet. En tillämpning av art. 102 FEUF har större begränsningar eftersom skyddsnivån är hög och avtalsfrihet och friheten att förfoga över sin egendom är grundläggande principer. Undantag från immaterialrätten ska dessutom tillämpas med restriktivitet.

Upphovsrättens respektive konkurrensrättens intressen och mål är delvis överensstämmande. Båda områdena syftar till att främja innovation till fördel för ekonomin på den inre marknaden som uttrycks som några av EU:s mål i art. 3 FEU. De intressen som kan stå i konflikt är främst upphovsrättsinnehavarens intresse att få avkastning från sina investeringar gentemot konkurrenters möjlighet att etablera sig och konsumenters möjlighet att välja mellan olika produkter.

Med vägledning i C-201/04 *Microsoft Corp.* kan upphovsrättsligt skyddad information endast åsidosättas gentemot ett företag i dominerande ställning där licensvägran riskerar att hämma den tekniska utvecklingen. För bedömningen av skärningspunkten beaktas de negativa och positiva effekterna på innovationsincitamenten för upphovsrättsinnehavaren respektive konkurrenterna.

Med anledning av det flexibla utrymmet och den teleologiska tolkningsmetoden i EU-domstolen går det att följa hur den tekniska utvecklingen ställer nya krav på tillämpningen. Tolkningen får samtidigt inte utgå från temporära intressen i enlighet med tidsandan. Ett bestående intresse har emellertid visats för interoperabilitet som ett effektivt medel för att främja

konkurrenskraften på den inre marknaden. En inskränkning i skyddet är i enlighet med EU:s mål enligt art. 3 FEU om ekonomisk tillväxt. Det är som visats emellertid endast vid exceptionella omständigheter som det går att vinna framgång genom att angripa upphovsrätten med art. 102 FEUF. Om en större inskränkning till förmån för interoperabilitet ska föreligga krävs det att sådan regleras redan avseende skyddsomfånget då ett undantag tillämpas med restriktivitet. Eventuella ändringar ska dock ske med försiktighet eftersom det föreligger viss konformitet mellan de olika intressena. Båda områdenas intresse är att främja innovation. En inskränkning i upphovsrätten behöver inte nödvändigtvis resultera i fler nya produkter eftersom det kan öppna upp möjligheten för mer likartade produkter.

# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### *Tryckta källor*

#### **Offentligt tryck**

#### *Europeiska unionen*

#### Europeiska kommissionen

Green Paper: On Copyright and the Challenge of Technology, COM(88) 172  
final

Grönbok: Upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället,  
KOM(95) 382 slutlig

Kommissionens beslut av den 24 maj 2004 om ett förfarande enligt artikel 82  
i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet mot Microsoft Corporation, EUT  
L 32, 6.2.2007, s. 23–28

Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to  
exclusionary abuses, December 2005

Europeiska kommissionen: Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre  
& Schweitzer, Heike. *Competition Policy for the digital era*. 2019, s. 38 &  
44. Tillgänglig på

<<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>

(hämtad 2021-12-29)

## LITTERATUR

Eklöf, Dan. *Upphovsrätt i konkurrens – Särskilt om artikel 82 och  
tvångslicensiering*. Västerås: Edita, 2005, s. 87-88 & 310-311.

Firth, Alison. The Essential Facilities Principle and Other Issues of  
Competition. I Stamatoudi, Irina & Torremans, Paul (red.) *EU Copyright*

*Law: A Commentary*. Andra upplagan. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, s 52.

Janssens, Marie-Christine, The Software Directive. I Stamatoudi, Irina & Torremans, Paul (red.) *EU Copyright Law: A Commentary*. Andra upplagan. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, s. 107 & 115.

Kleineman, Jan. Rättsdogmatisk metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) *Juridisk metodlära*. Andra upplagan. Lund: Studentlitteratur AB, 2019, s. 29-30.

Leveque, Francois and Ménière, Yann, Copyright Versus Patents: The Open Source Software Legal Battle. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, Vol. 4, Nr. 1, 2007, s. 28. Tillgänglig på SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=997191>> (hämtad 2021-12-19)

The Open Group. *TOGAF Version 9*. Nionde upplagan. Zaltbommel: Van Haren Publishing, 2009, s. 32.

Reichel, Jane. EU-rättslig metod. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.) *Juridisk metodlära*. Andra upplagan. Lund: Studentlitteratur AB, 2019, s. 109, 115 & 122-123.

Scotchmer, Suzanne. *Innovation and Incentives*. Cambridge: MIT Press, 2004, s. 290, 292 & 298-299.

Senden, Linda. Changes in the Relative Importance of Sources of Law – The Case of EU Soft Law. I Neergaard, Ulla & Nielsen, Ruth (red.) *European Legal Method – in a Multi-Level EU Legal Order*. Köpenhamn: Djøf Publishing, 2012, s. 227-228 & 230.

Van de Gronden, Johan W. & Rusu, Catalin S. *Competition Law in the EU: Principles, Substance, Enforcement*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2021, s. 12 & 53.

Van den Bergh, Roger. *Comparative Competition Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, s. 105-106.

Van den Bergh, Roger, Camesasca, Peter. & Giannaccari, Andrea. Market Power, Market Definition and Entry Barriers. I Van den Bergh, Roger (red.) *Comparative Competition Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017, s. 167-168

Van Rooijen, Ashwin. *The Software Interface Between Copyright and Competition Law: A Legal Analysis of Interoperability in Computer Programs*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 33.

World Intellectual Property Organization. *Refusals to License IP Rights – A Comparative Note On Possible Approaches*. 2013, s. 16. Tillgänglig på [https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/refusals\\_license\\_IPRs.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/refusals_license_IPRs.pdf) (hämtad 2021-12-29)



# Rättsfallsförteckning

## **Kommissionen**

Europeiska kommissionen, *Commission decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty* (COMP/C-3/37.792 Microsoft)

Europeiska kommissionen, *Kommissionens beslut av den 24 maj 2004 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet mot Microsoft Corporation* (COMP/C-3/37.792 Microsoft)

Europeiska kommissionen, *Commission decision of 18.07.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement*, (AT.40099 – Google Android).

## **EU-domstolen**

85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1979:36

322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1983:313

238/87 *Volvo AB mot Erik Veng (UK) Ltd.*, ECLI:EU:C:1988:477

322/88 *Salvatore Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*, ECLI:EU:C:1989:646

C-241/91 P och C-242/91 P, n C-241/91 och C-242/91, *Telefís Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska gemenskapernas kommission*, ECLI:EU:C:1995:98

C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, förslag till avgörande av generaladvokat Francis G. Jacobs, ECLI:EU:C:1998:264

C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:2004:257

C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska kommissionen och Europeiska kommissionen mot GlaxoSmithKline Services Unlimited och European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEPC) mot Europeiska kommissionen och Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) mot Europeiska kommissionen.*, ECLI:EU:C:2009:610

C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany mot Ministerstvo kultury*, ECLI:EU:C:2010:816

C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2011:342

C-413/14 P *Intel Corp. mot European Commission.*, ECLI:EU:C:2017:632

### **Förslag till avgöranden**

GA Francis G. Jacobs, C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, ECLI:EU:C:1998:264

GA Yves Bot i C-406/10 *SAS Institute Inc. mot World Programming Ltd.*, ECLI:EU:C:2011:787

GA Juliane Kokott C-23/14 *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*,  
ECLI:EU:C:2015:343

**Tribunalen**

T-228/97 *Irish Sugar plc mot Europeiska gemenskapernas kommission*,  
ECLI:EU:T:1999:246

T-201/04 *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen*,  
ECLI:EU:T:2007:289