

Dominerende stilling

Interoperabilitet

Immaterielle rettigheder

Artikel 82 EF



Misbrug

Windows Server® 2008

Kandidatafhandling 2009

Immaterielrettigheders uforenelighed med artikel 82 EF - misbrug af dominerende stilling

Titelblad

Kandidatafhandling – 10. semester

Titel:

Immterialrettigheders uforenelighed med artikel 82 EF misbrug af dominerende stilling

Afleveringsdato:

28. maj 2009

Camilla Kallesøe Kirk
kallesoe@business.aau.dk

Studienr.: 2004- 2815

Agnethe Sahl Vinther
agnethev@business.aau.dk

Studienr.: 2004-2822

Vejleder: Charlotte Bagger Tranberg

Synopsis

Denne afhandling omhandler immaterialrettighedens uforenlighed med artikel 82 EF misbrug af dominerende stilling. De målsætninger immaterialretten opstiller står, som udgangspunkt i kontrast til konkurrenceretten og dens målsætninger. Hvor immaterialretten i vidt omfang stræber mod at give ophavsmanden en fordelagtig juridisk stilling, der grænser til monopol, så er det konkurrencerettens opgave at afværge monopollignende tilstande og misbrug. Denne problematik ses i Microsoft sagen, hvor Microsoft nægtede at meddele licens til konkurrenterne og derefter blev dømt af Retten til at have misbrugt deres dominerende stilling og derved blev tvunget til at meddele licens. Problematikken er netop, hvorvidt de interoperabilitetsoplysninger som Microsoft nægtede at give licens til er omfattet af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder. Dette bliver holdt op mod konkurrenceretten, hvor der klargøres for indholdet i artikel 82 EF og hvor vidtrækkende denne er, samt i hvor stor omfang misbrugsadfærden skal være før den rammes af forbuddet i artikel 82 EF.

Afhandlingen vil munde ud i en konklusion på hvordan uforeneligheden mellem immaterialretten og konkurrenceretten afspejles i Microsoft sagen og afsluttes med en vurdering af om afgørelsen i Microsoft sagen indtil videre har resulteret i en ændring af praksis.

Abstract

The following dissertation deals with the incompatibility between Intellectual Property Rights (IPR's) and Article 82 EC abuse of a dominant position.

The objects put forward by IPR's are in contrast to competition law and its objects. Where IPR widely strives to award the creator with a advantageous legal position, which borders to monopoly, the purpose of competition law is to prevent monopolisation and abuse.

This issue is apparent in the Microsoft Case, where Microsoft refused to supply its competitors with interoperability informations and was found guilty of abusing its dominant position and forced to give licens by The Court of First Instance. The dispute concerned whether the interoperability informations in question were covered by Microsofts IPR's. This dissertation compares the problematic of IPR's and competition law. It accounts for the contents of Article 82 EC, how far it extends and to what extent the abusive behavior can evolve before it falls under the injunction in Article 82 EC.

The dissertation will draw a conclusion on how the incompatibility between IPR's and competition law is reflected in the Microsoft Case and an assessment of how and if the verdict of the Microsoft Case has had an effect on later case law ends this dissertation.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	7
2. Opgavens opbygning	9
3. Problemformulering.....	10
3.1 Problemfelt.....	10
3.2 Afgrænsning	11
4. IT-ophavsret	15
4.1 Originalitetskravet.....	17
4.2 Litterært eller kunstnerisk værk	18
4.2.1 Edb- Programmer	18
5. Interoperabilitet.....	21
5.1 Informationsteori.....	21
5.1.1 Information og Data	21
5.1.2 Information og Kommunikation.....	22
5.1.3 Kommunikation og sprog.....	22
5.2 Den matematiske kommunikationsteorimodel.....	23
5.2.1 Kompatibilitet.....	24
5.2.2 Praktiske aspekter.....	25
5.2.3 Juridiske aspekter	25
5.3 Systemteorien.....	26
5.3.1 Anvendelsen	27
5.3.2 Juridiske aspekter	28
5.4 Servere.....	28
5.5 Styresystemer	30
5.6 Interoperabilitetsbegrebet.....	32
5.6.1 Grad af interoperabilitet	33
6. Artikel 82 EF generelt.....	38
7. Dominerende stilling.....	42
7.1 Det relevante marked	42
7.2 Virksomhedens styrke	45
7.2.1 Markedsandelen udvikling over tid	46
7.2.2 Markedsandelens størrelse som indikator	49
7.3 Superdominans	51
8. Misbrug.....	53
8.1 Misbrugsformer.....	53
8.2 Misbrugsadfærd	54
8.2.1 Udnyttende misbrugsadfærd.....	55
8.2.2 Ekskluderende misbrugsadfærd	55

8.2.3 Tvangslicens	81
9. Immaterialrettighederne og artikel 82 EF	82
10. Immaterialretten vs. konkurrenceretten	84
11. Konklusion	88
12. Perspektivering	92
13. Litteraturliste	93
13.1 Bøger	93
13.2 Artikler	94
13.3 Internetlitteratur	94
14. Domsliste	96

1. Indledning

EU-dom mod Microsoft hæmmer IT-udviklingen – sådan skrev Børsen d. 17. september 2009, hvor der faldt dom i den meget omdiskuterede sag mod Microsoft, som stod anklaget for at have misbrugt sin dominerende stilling på bl.a. markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere.

Dommen var ikke i overensstemmelse med hidtidig praksis ved EF-Domstolen, hvilket vil afspejle sig gennem vores behandling af Microsoft sagen, og går efter eksperterens mening mod den teknologiske udvikling.¹ Som udgangspunkt skal der meget til, før man giver sine konkurrenter licens til ens produkter, idet der sker en begrænsning i op-havsmandens eneret til at råde over værket. Dog kan det, hvis virksomheden kan se, at det er økonomisk rentabelt og samtidig fremmer den teknologiske udvikling, være et incitament til at meddele licens på sine produkter. På den anden side, så kan det, at man pålægger virksomheder at meddele licens give konkurrencen et kortvarigt boost. Dog kan det på længere sigt risikeres, at konkurrencen skades og at det ødelægger virksomhedens motivation og muligvis også dens evne til at udvikle og være innovativ.

Microsoft sagen er opdelt i misbrug af dominerende stilling i to henseender. Først og fremmest, at Microsoft har nægtet at give de oplysninger til sine konkurrenter, som kræves, for at kunne lave konkurrerende produkter, der er kompatible med Windows styresystemet. Det andet henseende angår problemet med tying og bundling af Windows Media Player til Microsoft styresystemet Windows. Dog findes den første del af sagen, angående fremlæggelse af Microsofts grænsefladeoplysninger til at fremme interopera-

¹ jf. Børsens kilde Charlotte Friis Bach Ryhl, advokat med speciale i konkurrenceret, samt fortolkning af EU-regler og domme. <http://www.friisbachryhl.dk>

biliteten mellem Microsofts produkter og konkurrenternes, at være mere interessant i konkurrencemæssig henseende.

Dette kan siges, dels fordi der formodentlig er tale om de pågældende oplysninger kan være beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, er dette tilfældet, så har Microsoft krav på et vederlag for brugen af disse og dermed vil der være tale om tvangslicens og dels fordi denne del af sagen vil kunne danne præcedens, da det vil sende et signal til dominerende udbydere af diverse systemer, at de, som dominerende udbydere, er forpligtede til at sikre lige så stor interoperabilitet mellem deres egne systemer og de som konkurrenter eller andre leverandører har på markedet, som der er mellem udbyderens egne systemer. Dette er også ensbetydende med, at den dominerende udbyder ikke må gøre det mere fordelagtigt for forbrugeren at vælge dennes systemer, fordi der er bedre interoperabilitet mellem disse end der er i forhold til konkurrenternes.²

Efter sagens afslutning har Microsoft skiftet strategi og lagt ud med, at de fremover vil gøre det nemmere at få adgang til applikations programmerende grænseflader (API'er application programming interfaces) og de protokoller som ligger bag nogle af Microsofts største produkter, så som Windows og Office. Dette betyder, at det bliver nemmere og billigere for udviklere at få adgang til den information, der er nødvendig for at skrive programmer, som kan arbejde sammen med Microsofts hovedprodukter.

Det har hidtil krævet både godkendelse af Microsoft, indlemmelse i selskabets partnerprogrammer og betaling af dyre licenser til selskabet.

Det nye skift indikere, at Microsoft for alvor tager den indflydelse, som open source og

² Konkurrencestyrelsen, <http://www.ks.dk/service-menu/publikationer/konkurrenecnyt/arkiv/1/konkurrenecnyt-nr-2-maj/microsoft-sagen/>

åbne standarder har på markedet, alvorligt. Selskabet meddeler, at open source-udviklere fremover kvit og frit kan anvende den offentliggjorte dokumentation til at udvikle nye produkter. Dog skal der, hvis de pågældende produkter ønskes anvendt i kommercielt øjemed, købes en licens hos Microsoft.³

Det kan siges, at det har været nødvendigt for Microsoft at anlægge denne kurs, idet de har fået en kraftig konkurrence fra Linux, nu hvor Ubuntu er kommet i en version til ARM-arkitekturen, der på nuværende tidspunkt anvendes i stort omfang i smartphones, routere og andre håndholdte enheder, men som også påtænkes anvendt i de nye netbooks og hvis producenterne beslutter sig for at anvende denne processor, så er Linux-baserede produkter på nuværende tidspunkt den eneste mulighed for at få et fuldt kompatibelt styresystem.⁴

Med denne afhandling forsøges nogle af de ovenstående problemstillinger belyst og den tager sit udgangspunkt i Traktatens artikel 82 EF om dominerende stilling og tager problemstillingen i Microsoft-sagen vedrørende afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger under behandling og holder det op mod artikel 82 EF litra b) *om begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugeren*

2. Opgavens opbygning

Opgaven er opbygget på den måde, at først beskrives ophavsretten og hvad den indebærer. Dernæst redegøres der for, hvad begrebet interoperabilitet dækker over, disse er en vigtig forudsætning for forståelsen for problematikken i Microsoft sagen, angående meddelelse af licens på interoperabilitetsoplysninger.

³ Microsoft I stor-frieri til open source-miljøet <http://www.computerworld.dk/art/44428>

⁴ Microsoft I stor-frieri til open source-miljøet <http://www.computerworld.dk/art/44428>

Herefter gennemgås artikel 82 EF generelt og hvad der skal til for at denne overtrædes. Dette indebærer en skitsering af begreberne dominerende stilling samt misbrug af dominerende stilling. Disse begreber sammenholdes med problemstillingen i Microsoft sagen, som fordrer en vurdering af det relevante marked, virksomhedens styrke samt suverænitetsdominans under dominerende stilling, og misbrugsformer med vægten lagt på den ekskluderende misbrugsadfærd og specifikt på leveringsnægtelse og herunder licens. Slutteligt opstilles en komparativ behandling af immaterialretten og konkurrenceretten, som leder frem til konklusionen, der udledes af problemformuleringen som lyder:

3. Problemformulering

” Hvordan afspejles uforenligheden mellem immaterialretten og konkurrenceretten i Microsoft sagen? ”

3.1 Problemfelt

For at besvare problemformuleringen fyldestgørende, er det først og fremmest nødvendigt, at redegøre for immaterialretten i forhold til edb-programmer og hvordan disse kan beskyttes. Microsoft sagen tager sit udgangspunkt i leveringsnægtelse af interoperabilitetsoplysninger, derfor er det vigtigt at behandle interoperabilitet og klarlægge de tekniske begreber bag dette.

IT-ophavsretten bliver behandlet som en del af immaterialretten i forhold til Microsoft sagen, hvor problematikken netop består i, hvorvidt de interoperabilitetsoplysninger, som Microsoft nægter at meddele licens til, er omfattet af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder. For at kunne komme med en vurdering på dette, så er det nødvendigt, at skitsere hvilke regler, der er gældende, for at sådanne oplysninger kan blive omfattet af beskyttelsen, der er jf. immaterialretten.

Dette bliver holdt op mod konkurrenceretten, som er grundlag for en klargørelse af ind-

holdet af artikel 82 EF og hvor vidtrækkende denne er, samt hvor stort omfanget af misbrugsadfærden skal være, før den rammes af forbuddet i artikel 82 EF.

Til brug i besvarelsen af overstående problemformulering er følgende underspørgsmål udarbejdet:

- Hvad forstås ved begrebet dominerende stilling?
- Kan de, i Microsoft sagen, omtalte informationer, der er nægtet meddelt licens på, anses for at være omfattet af immaterialretten?
- Hvad forstås ved begrebet misbrug?
- Hvilken form for leveringsnægtelse fastsættes i Microsoft sagen og hvilke konsekvenser medfører denne leveringsnægtelse?
- Hvordan forholder immaterialretten og konkurrenceretten sig til hinanden i Microsoftsagen?

3.2 Afgrænsning

I denne afhandling er valgt at behandle den største af problemstillingerne i Microsoft sagen, nemlig spørgsmålet om hvorvidt Microsofts interoperabilitetsoplysninger og protokoller er omfattet af deres immaterialrettigheder, og om de ved at nægte at meddele licens har overtrådt forbuddet i artikel 82 EF, litra b og derved har misbrugt deres dominerende stilling. Hele problematikken angående tying og bundling af Windows Media Player til Windows styresystemet behandles ikke, da denne ikke er relevant i forhold til spørgsmålet om leveringsnægtelse.

Artikel 82 EF opstiller en række eksempler på forskellige former for misbrug, hvoraf denne afhandling kun beskæftiger sig med litra b angående den form for misbrug der består i at begrænse produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugeren. Med udgangspunkt i dette fravælges en behandling af de øvrige misbrugsformer.

Endvidere vil artikel 81 EF, som er møntet på *eksklusiv aftaler og sammenordnet praksis mellem virksomheder, der kan påvirke handlen mellem medlemsstater og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen indenfor fællesmarkedet*,⁵ ikke blive behandlet, da dette ikke er en del af problemstillingen i Microsoft sagen.

Da leveringsnægtelsen i Microsoft sagen angår informationer og meddelelse af licens, vil andre mulige kategorier indenfor leveringsnægtelse, så som vare og tjenesteydelser, sektorspecifikke regler, kundebindinger og prisadfærd som er direkte til skade for konkurrenter ikke blive behandlet, da de ikke anses for relevante i forhold til at belyse problemstillingen i Microsoft sagen.

Derudover er det fravalgt at behandle den forudgående beslutning, som Kommissionen traf i 2004. Grunden hertil er, at Retten i langt de fleste tilfælde har været enig i Kommissionens beslutning og kun har annulleret ganske få punkter i en af beslutningens artikler.⁶ Desuden er det kun en relevant baggrundsviden for os, eftersom vi lægger vægten på Rettens besvarelse.

Der er herudover ikke taget stilling til eller lavet en behandling af det økonomiske aspekt af problemstillingen. Her bliver der stillet spørgsmålstejn ved, om det fjerde kriterium i den grundlæggende test om *objektiv begrundelse* af licensnægtelsen egentlig er

5 Artikel 81 EF, stk. 1.

6 1) Artikel 7 i Kommissionens beslutning 2007/53/EF af 24. marts 2004 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 indledt mod Microsoft Corp. (sag COMP/C-3/37.792 – Microsoft) annulleres, for så vidt som det bestemmes i artiklen:
–at Microsoft skal fremsætte forslag til en ordning, der omfatter udpegelse af en uafhængig befuldmægtiget med beføjelse til, uafhængigt af Kommissionen, at få adgang til bistand og oplysninger fra Microsoft samt til Microsofts dokumenter, lokaler, ansatte og de relevante Microsoft-produkters kildekode
–at forslaget til denne ordning skal indeholde en bestemmelse om, at samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder dennes vederlag, skal bæres af Microsoft
–at Kommissionen kan fastsætte en ordning som den, hvortil der henvises i første og andet led ovenfor, ved en beslutning. Sag T- 201/04 Microsoft mod Kommissionen, konklusionen 1. punkt.

så forskellig fra det faktum at et produkt skal opfylde visse specifikationer⁷, for at kunne beskyttes efter immaterialretten. Set fra et økonomisk synspunkt, ville det betyde at det fjerde kriterium i den grundlæggende test er tilsvarende det spørgsmål om, hvorvidt en dominerende virksomheds immaterialrettigheder defineres mest optimalt fra et økonomisk perspektiv. Hvis denne fortolkning er korrekt kan det resultere i, at der i bund og grund ikke er nogen egentlig konflikt mellem anvendelsen af artikel 82 EF og immaterialretten, i hvert fald fra en økonomisk synsvinkel.⁸ Da problemstillingen ikke er tages i betragtning af hverken Kommissionen eller Retten, mener vi ikke at denne har relevans for vores videre behandling af problematikken i Microsoft sagen.

I forhold til immaterialrettighedernes behandling er der taget udgangspunkt i de rettigheder Programdirektivet 250/91 opstiller for edb-programmer. Da Microsoft sagen har betydning for alle medlemstater i EU, vil vi ikke tage de nationale bestemmelser angående immaterialrettigheders beskyttelse i betragtning, da det er op til de enkelte medlemstater at lovgive på dette område. Det skal selvfølgelig ske i overensstemmelse med de direktiver der er opstillet på området.

I forbindelse med gennemgangen af begrebet dominerende stilling og hvad dette indebærer behandles kollektiv dominans ikke, idet der ikke er tale om at Microsoft ikke er gået sammen med andre om at skabe en dominerende stilling på markedet.

Derudover nævnes begrebet udnyttende misbrugsadfærd kun i begrænset omfang, som et eksempel på en adfærd som karakteriserer misbrug, men da denne slags misbrugsadfærd ikke gør sig gældende i sagen om Microsoft, har vi valgt ikke at behandle dette yderligere.

7 Se afsnit 4.1 og 4.2

8 Schmidt, Claudia, mfl., Microsoft, refusal to license intellectual property rights, and the incentives balance test of the EU Commission, 2008, s. 18, <http://ssrn.com/abstract=1297939>

Misbrugsadfærden i Microsoft sagen retter sig på den anden side imod ekskluderende adfærd, dette kommer til udtryk i leveringsnægtelsen af information og licens. Derfor findes det ikke relevant at behandle anden ekskluderende misbrugsadfærd, såsom kundebindinger, underbudspriser m.m.

Licensaftaler er ikke bearbejdet dybdegående, i den henseende hvordan de udarbejdes og hvad de skal indeholde. De er kun medtaget for at belyse hvordan hensynet til fri konkurrence og incitament til innovation, forskning og udvikling skal vurderes.

4. IT-ophavsret

Det er meget nemt at genskabe digital information, hvad enten der er tale om programmer eller data på en cd eller chip. Det er billigt og kan gøres for meget mindre end det koster at udvikle dem. Hvis sådan en kopiering var åben for alle, ville det spare konkurrenterne på markedet udviklingsomkostninger, til gengæld ville det være meget få, der ville være interesseret i at investere i teknologisk udvikling. Derfor er der enighed om at teknologisk innovation bør nyde beskyttelse.⁹

Det er ikke kun rettighedshaveren, som de immaterialretlige regler tilgodeser, også samfundet får glæde af det, idet det er et incitament for rettighedshaveren til at udvikle og udnytte ny teknologi når dennes ret beskyttes. Dog kan immaterialrettighederne skabe begrænset monopol ved at afskære konkurrence og derved skabe højere priser, færre udbydere og ringere kvalitet.¹⁰

Den ophavsretlige beskyttelse gælder jf. Programdirektivet indtil 50 år fra d. 1. januar i det år, der følger efter året for ophavsmandens død. Hvis der er flere om at lave værket gælder beskyttelsen indtil 50 år efter den længstlevendes død. Hvis et værk er offentliggjort uden noget navn, pseudonym eller mærke på ophavsmanden, da vil beskyttelsen gælde fra det år værket blev offentliggjort og 50 år frem fra d. 1. januar i det år der kommer efter året værket er blevet offentliggjort, jf. Programdirektivet. Idet de fleste programværker ikke bliver markedsført med navnene på ophavsmændene vil det være fra offentliggørelsestidspunktet, deres beskyttelse beregnes fra.

Et EDB-program beskyttes efter ophavsretten som et litterært og kunstnerisk værk, jf. Programdirektivets artikel 1, stk. 1. Programdirektivets artikel 4 fastslår, at hvis der foreligger et værk har ophavsmanden eneret til at råde over dette. Hermed må ophavs-

9 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 275

10 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 282

manden fremstille eksemplarer af værket og gøre det tilgængeligt for almenheden i den oprindelige eller ændret skikkelse.

Der er en række undtagelser, som indtræder, hvis ophavsmanden gør værket tilgængeligt for offentligheden.¹¹ Disse undtagelser kan findes i Programdirektivets artikel 5. Bestemmelsens stk. 1 fastsætter, at hvis ikke andet er fastlagt ved aftale så kræver ”*varig eller midlertidig, hel eller delvis reproduktion af et edb-program på en hvilken som helst måde og i hvilken som helst form, hvis indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel eller lagring af edb-programmet nødvendiggør reproduktion af edb-programmet, jf. artikel 4, litra a*” ikke rettighedshavers tilladelse, hvis de er nødvendige, for at den retmæssige erhverver af edb-programmet kan benytte det efter dets formål.

Det kræver heller ikke rettighedshaverens tilladelse at lave ”*oversættelse, bearbejdelse, arrangement og enhver anden omformet gengivelse af et edb-program samt reproduktion af resultaterne heraf, uden at dette berører de rettigheder, som tilkommer den person som omformer programmet, jf. artikel 4, litra b,*” hvis dette er nødvendigt for at benytte edb-programmet efter dets formål, jf. artikel 5, stk. 1. Desuden kan ophavsmanden til et edb-program ikke forhindre at den retmæssige erhverver af programmet foretager en sikkerhedskopi, hvis dette er nødvendig for benyttelsen, jf. Programdirektivets artikel 5, stk. 2.

Programdirektivets artikel 5, stk. 3 siger endvidere at ”*den, der har ret til at benytte en kopi af et edb-program, kan uden rettighedshaverens tilladelse besigtige, undersøge eller afprøve edb-programmet for at fastslå, hvilke idéer og principper der ligger til grund for de enkelte elementer af edb-programmet, hvis dette sker i forbindelse med sådanne handlinger som indlæsning, visning på skærm, kørsel, overførsel eller lagning af edb-programmet, som han er berettiget til at udføre.*”

Når der tales om de ideelle rettigheder¹² for programmer, har det stor betydning hvilke

11 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 287

12 De ideelle rettigheder: *droit moral* har to forgreninger, nemlig ophavsmandens krav på at få sit navn angivet ved brug af værket, samt at værket ikke må ændres på en sådan måde, at det er krænkende

dele af programmet der er tale om. Hvis det er programmets uddata det omhandler, f.eks. skærbilled og lyd, kan den kreative proces fører til, at der bliver mange litterære og kunstneriske værker, som ikke i sig selv udgør et programværk, selvom de er i et program.¹³

Det er ikke den abstrakte idé, der kan beskyttes, men det konkrete udtryk af værket. Det vil altså sige at programmøren kan få ophavsretlig beskyttelse på et program, som kan kategorisere filer på en bestemt måde, men ikke selve måden at kategorisere disse filer på.¹⁴

For at et produkt skal kunne beskyttes som et værk efter Programdirektivet, er der to betingelser, der skal være opfyldt. Produktet skal have originalitet og så skal det efter sin art kunne karakteriseres som litterært eller kunstnerisk.¹⁵

4.1 Originalitetskravet

Et edb-program nyder ophavsretligt beskyttelse jf. Programdirektivets artikel 1, stk. 3 *”hvis det er originalt i den forstand, at det er ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse.”* Der er jf. Programdirektivets artikel 1, stk. 3 ikke andre krav for at et edb-program kan få beskyttelse.

Originalitetskravet indeholder også et krav om, at den aktivitet fra ophavsmandens side, der skabte værket, skal være et udtryk for en kreativ handling. Dette betyder, at hvis et værk er lavet af et rent håndværksmæssig eller rutinemæssig aktivitet, kan værket blive nægtet beskyttelse.¹⁶

Kravet om at værket skal have originalitet betyder også, at det skal være menneske-

for ophavsmandens omdømme eller egenart som kunstner. jf.

<http://www.ophavsret.dk/baggrundsviden.php?rapport=8>

13 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 329

14 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 289

15 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 61

16 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 62

skabt, dvs. der skal kunne udpeges en ophavsmand bag værket, også selvom denne har brugt tekniske mekanismer under den skabende proces. Det skal altså være den skabende person, værket kan føres tilbage til og ikke et udslag fra den udefrakommende omstændighed. Dette betyder for eksempel at et program ikke kan være skabt af en procesor.¹⁷

Det varierer for hvilken type værk der er tale om, hvor stort originalitetskravet er. Programmets dokumentation skal vurderes ud fra de regler, der gælder for andre tekniske tekster, ligesom grafik og animation skal følge de regler der er for de pågældende litterære og kunstneriske værker.¹⁸

Der er ikke noget krav om at et program skal have en vis størrelse for at nyde beskyttelse, men i praksis gør kravet om originalitet, at der kræves en vis størrelse. Det vil sige, at det for eksempel inden for rammerne af programmeringssprog kan være svært at få den nødvendige originalitet, hvis der ikke laves en vis mængde koder.¹⁹

4.2 Litterært eller kunstnerisk værk

Ud over at et værk skal være originalt, kan det kun opnå beskyttelse hvis det efter sin art kan karakteriseres som værende et litterært eller kunstnerisk værk.²⁰ Programdirektivets artikel 1, stk. 1 fastsætter at edb-programmer skal nyde ophavsretlig beskyttelse som litterære værker efter Berner-konventionen til værn for litterære og kunstneriske værker.

4.2.1 Edb- Programmer

Programdirektivet har defineret et edb-program som værende ”programmer i enhver form,

17 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 293

18 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 293

19 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 293- 294

20 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 65

herunder programmer inkorporeret i datamater; betegnelsen omfatter også forberedende designarbejde, der fører til udviklingen af et edb-program, under forudsætning af at det forberedende arbejde er af en sådan karakter, at et edb-program på et senere stadium kan være et resultat heraf.”²¹

Et edb-program kan blive beskyttet, hvis det er et udtryk for ophavsmandens egen originale intellektuelle frembringelse, jf. edb- Programdirektivet artikel 1, stk. 3.²²

Der kan ikke erhverves ophavsret til metoder, da disse i sig selv ikke er noget værk. Dette betyder, at der ikke kan opnås beskyttelse på programmeringsmetoder eller almindelige principper for opbygning af databaser og hjemmesider.²³

Når der skabes et program, foregår det normalt ved at en række programmører udvikler nogle idéer, som dernæst bliver skrevet ned i forskellige former for designmateriale. Designmaterialet indeholder for eksempel diagrammer, planer, tekst osv. Det forberedende designmateriale vil typisk være de sammenhængende trinvis fremgangsmåder, der skal til for at løse de forskellige problemer, der er med programmet, altså algoritmer. Programmet har en kildekode, som består af et programmeringssprog, der forstås af programmører. Denne kode omsættes til en objektkode som er en række et-taller og nul-ler. Dette gøres fordi computerens CPU på denne måde kan læse koden og omsætte denne til de ønskede regneoperationer.²⁴

Der er forskellige ting ved edb-programmer, der yder beskyttelse fra Programdirektivet. Programkoder har fuld beskyttelse, ligegyldig om de foreligger som kildekoder eller objektkoder. Derudover beskyttes designmateriale af en vis konkret karakter, jf. Programdirektivets artikel 1, stk. 1, sidste pkt., jf. betragtning 7, heraf fremgår det at forberedende designmateriale også er omfattet, hvis det er af en sådan art, at programmet senere på

21 Programdirektivets præambel, pkt. 8

22 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 74

23 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 291

24 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 73

grundlag af dette kan frembringes.²⁵

Det, der udover designmateriale, kan beskyttes er processorinstruktioner. Processorinstruktionerne er de digitale koder, der skal få CPU'en til at lave bestemte regneoperationer, dvs. lægger tal sammen og trækker dem fra hinanden. Disse tal er ikke en del af processorinstruktionerne, men er derimod data, som eventuelt kan beskyttes, hvis betingelserne er opfyldt som litteratur eller kunst.²⁶

Ideer og principper som ligger til grund for edb- programmets grænseflade beskyttes jf. Programdirektivets artikel 1, stk. 2 ikke. Disse beskyttes ikke fordi der sigtes mod at skabe interoperabilitet mellem de forskellige producenter på markedet. Dette kan i nogen grad begrænse de store virksomheders markedsdominans.²⁷

25 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 73

26 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 74

27 Schovsbo, Jens, mfl., Immaterialret, 2008, s. 74

5. Interoperabilitet

For at kunne forstå, hvad interoperabilitet går ud på, er det nødvendigt at behandle nogle grundlæggende elementer, som er med til at belyse den problemstilling. De fremsatte teorier har stor betydning for både anvendelsen af IT og for kommunikationsforløbene. Derudover har analysen også stor betydning for forståelsen af, hvordan retssystemets bestemmelser skal bruges på informationsrelaterede produkter samt hvordan det er nødvendigt at forstå det grundlæggende for ét retsområde, for at kunne se hvilke konsekvenser og muligheder det åbner op for i et andet retsområde.

5.1 Informationsteori

5.1.1 Information og Data

Først er det vigtigt at sondre mellem begrebet *data* og begrebet *information*, som dog hænger nøje sammen.²⁸ *Data* angiver noget givet, men som ikke nødvendigvis giver mening for den, som betragter det. Det vil sige, at hvis læseren ikke kan se sammenhængen i den mængde data han får stillet til rådighed, da forbliver det data og først når læseren kan se og forstå sammenhængen, da bliver det til *information*.²⁹

Når dette er fastlagt, kan det konstateres, at denne information består af en kombination af noget materielt og noget immaterielt og netop fordi det kan behandles og repræsenteres digitalt, så er IT en evigt grænseoverskridende teknologi. Information er ikke som sådan til at tage og føle på og bliver først fysisk vha. et medium. Det vil sige, at informationen bliver gjort håndgribeligt, ved at ord bliver skrevet på et stykke papir – fysisk eller digitalt eller udtrykkes i fysisk tale.³⁰

28 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 108

29 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 108

30 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 108

5.1.2 Information og Kommunikation

Information optræder altid som en del af en proces. Processen består oftest i, at to aktører eller enheder *kommunikerer*, hvilket så resultere i, at informationen har bevæget sig fra et medium til et andet og nu befinder sig på et nyt.³¹ Det at information ”bruges” ved at blive ”kopieret” åbner for mange problemstillinger angående rettighederne til disse informationer. Det betyder også, at den samme information kan overdrages et utal af gange og ikke er udsat for de samme risici, som fysiske ting er, for i bund og grund er det jo egentlig ligegyldigt, hvis det papir, hvor oplysningerne står på bliver væk, så længe informationen kan reproduceres f.eks. vha. hukommelse.³² Derfor er der heller ingen fysiske begrænsninger for, hvad der kan anvendes som medie for information. Der kan i flæng nævnes så gammeldags kommunikationsformer, som røgsignaler og runeskrift, som virkede efter hensigten i deres tidsalder og sådan har samfundet udviklet mediet op gennem tiden og til i dag. Det kan endda siges, at et hvilket som helst materielt fænomen kan ses som medium for mængder af information.³³ Dette er centralt for vurderingen af hvornår et informationsrelateret produkt hører ind under konkrete lovbestemmelser, som er gældende for fysiske produkter og kan beskyttes herefter.³⁴

5.1.3 Kommunikation og sprog

Som det næste, der er karakteristisk ved en kommunikationsproces er, at denne kun kan gennemføres, hvis parterne benytter de samme principper for, hvordan data bindes til et medium henholdsvis omdannes til information – altså et sprog.³⁵ Anvendes et såkaldt formalsprog³⁶ vil kopieringen af informationen være perfekt – herind under høre f.eks.

31 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 109

32 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 109

33 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 115 – *Fred I. Dretske – analyse af kommunikationsteori (1981)*

34 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s.115

35 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s.109

36 Formalsprog er en betegnelse for sprog, hvis syntaks og semantiske opbygning kan fastlægges af

programmeringssprog. Her skal sprogreglerne overholdes nøje, hvis processen skal overføre informationen korrekt.³⁷

5.2 Den matematiske kommunikationsteorimodel

Grundlaget for al IT-anvendelse i dag er tal, lagret i form af ettaller og nuller. Det, at billeder, lyd, tekst, m.v. kan omdannes til tal bygger på en teori, der opstiller informationsbegrebet som værende kvantitativt dvs. i tal.³⁸ Som ovenfor nævnt, så er det instruktionsset der anvendes computerne i dag, bygget op efter et binært system. Den mindste enhed, der så kan arbejdes med i computersammenhænge, som kun har 2 mulige tilstande kaldes for en bit (*binary digit*).³⁹

Samtidig med ovenstående anvendes der i forbindelse med IT-kommunikation også en række andre sprog, ligesom der gøres i den virkelige verden. Når der føres en samtale, så kommunikeres der ikke kun med det talte sprog, men også med en række underliggende sprog, så som kropssprog.⁴⁰

Indenfor IT-kommunikation bestemmes der en kode, som fastlægger informationsindholdet for hvert enkelt tegn og med udgangspunkt i mængden af tilladte tegn, det er muligt at definere ord og sætninger, m.v. Det er så denne informationsmængde styresystemer, programoversættere m.v. fortolker indenfor lige netop deres programmeringsmæssige ramme og derudfra definere en flerhed af ”sprogregler”, som under tiden betegnes med begreber som kompatibilitet og interoperabilitet.⁴¹

matematisk vej og med matematisk præcision, Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 38

37 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 114

38 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 111

39 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 111

40 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 111

41 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 112

5.2.1 Kompatibilitet

Hvis udvikleren af et IT-system selv frit vælger, hvad de forskellige binære tegn skal betyde og hvor meget information, det skal indeholde, kan denne komme til at stå over for et problem med inkompatibilitet, når systemet er færdigudviklet. Grunden hertil er, at hvis alle bruger forskellige definitioner på tegnene, så ville det ikke være muligt, at gennemføre kommunikationsprocessen og dermed genskabe information. Derfor er der allerede fra et tidligt tidspunkt, udviklet visse standarder for, hvad betydningen er af de binære tegn.⁴²

Det kan udledes af kommunikationsteorien, at kommunikation anses for værende en proces, hvor én aktør prøver at påvirke en anden ved hjælp af information. Teorien er universel, det vil sige, at det er ligegyldigt om processen og dermed påvirkningen sker mellem underviser og hans elever eller om det sker mellem styresystemer og processorer i en computer.⁴³

Sprogets funktion i denne sammenhæng er af afgørende betydning, for som før nævnt, så er det en forudsætning, for at informationen kan overføres, at afsender og modtager anvender det samme sprog.⁴⁴ Dette betyder at der er en betingelse om dobbelt regeloverholdelse, hvilket vil sige, at hvis en aktør, der snakker italiensk, vil kommunikere med en anden, så forudsætter det, at han/hun kan tale og forstå italiensk. Når afsender og modtager kan kommunikere på det samme sprog og udveksle det medium, hvor tegnene er lagret på, en sådan måde, at det bliver muligt at udlede information af den givne data, da tales der om kompatibilitet.⁴⁵

42 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 112

43 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 113

44 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 113

45 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 115

Der kan fremkomme kompatibilitet på meget forskelligartede niveauer. Idet der er så mange forskellige kommunikationsprocesser, der foregår samtidig, så kan der bestå kompatibilitet et henseende, men måske ikke i forhold til et andet. Som udgangspunkt ”er to kommunikerende enheder kompatible, hvis det er dem muligt at afgive og modtage informationer fra hinanden.” Tales der om kompatibilitet indenfor de tekniske rammer et IT-system opstiller, da betyder kompatibiliteten, at ”de to enheder kan arbejde sammen og/eller optræde som erstatning for hinanden.”⁴⁶

I dag består en stor del af udviklingsarbejdet indenfor både software og hardwarebranchen i at tilvejebringe den fornødne kompatibilitet, såvel internt som eksternt. Uden denne kan hverken det ene eller det andet kommunikere med hinanden.⁴⁷

5.2.2 Praktiske aspekter

Ses der på de praktiske aspekter inden for teoridannelsen, så skal der, i de tilfælde, hvor retsregler anvender begreber, som inddrager kommunikationsprocesser eller information, tages stilling til om disse regler på denne måde har fokus rettet mod *informationsindholdet*, et *medium*, eller mod den *påvirkning*, som indtræder i forbindelse med kommunikationsprocessen. Det at der kan laves en sådan inddeling er med til at belyse bestemmelsens generelle funktion – f.eks. når Ophl. § 1 omtaler ”værk”, så vil refereres der til informationsindholdet – altså at det er resultatet af ophavsmandens kunstneriske og litterære selvstændigt skabende indsats, hvorimod der ved lovens brug af begrebet ”originalværk” og ”eksemplar” refereres til det medium, hvor værket er manifesteret, både ved frembringelsen og ved en evt. senere eksemplarfremstilling.⁴⁸

5.2.3 Juridiske aspekter

I kølvandet på udviklingen indenfor den digitale teknologi er der fulgt en helt ny form

46 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 115

47 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 115

48 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 115-116

for informationsbehandling. Dette afspejler sig tydeligt ved, at der i den analoge informationsbehandling normalvis er tilknyttet en situation i den ydre verden, som kan være mere eller mindre afgrænset, så hænger indholdet af digital data altid sammen med en værdi, der kan opgøres med numerisk nøjagtighed. Sammenhængen mellem de enkelte digitale datamængder er således mere kompleks.⁴⁹

På baggrund af denne udvikling, er der også sket ændringer i tidsdimensionen på mange af de gængse kommunikationsprocesser – informationssøgning, -fremstilling og -sammenstilling tager kun en brøkdelen af den tid, det gjorde før i tiden. Den rumlige dimension er så småt gået i opløsning og geografi er således ikke længere nogen hindring. Det har også været nødvendigt at lovgive sig ud af de problemstillinger, som er opstået på baggrund af de forskelle, der er mellem den klassiske informationsteknologi og den moderne digitale informationsteknologi. Det er ikke længere muligt at holde fast i, at det, som er lovligt i papirets verden også skal være det i den digitale – derfor er der f.eks. i Programdirektivets artikel 4, litra a et forbud mod enhver kopiering af edb-programmer, databaser og andre værker i digital form uden tilladelse fra ophavsmanden.⁵⁰

5.3 Systemteorien

Skal informationsbegrebet agere som en fællesnævner for alle de forskellige forhold som inddrager IT, kan det blive kompliceret at bevare overblikket. Derfor lægges der op til en synsvinkel, som kan bibeholdes på tværs af fænomenerne uanset fremtræden. En sådan tværfaglig metode forefindes i systemteorien.⁵¹

Det er dog ikke kun begreb, der bruges i forhold til edb-systemer. Det er noget bredere

49 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 119

50 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 120

51 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 123

og tager udgangspunkt i det, at noget benævnes som et system, hvis det er uhåndterligt eller svært at beskrive. Begrebet anvendes i mangel af bedre betegnelser og hvis det er vanskeligt at give mekanismen et andet navn, f.eks. politisk system, retssystem, osv. Der er dog tale om en eller anden form for mekanisme, der handler/agere på en bestemt måde.⁵²

Ethvert system kan defineres ud fra følgende kriterier:

- *Afgrænselighed* – systemerne kan afgrænses i forhold til noget andet, f.eks. kan domstolssystemet afgrænses i forhold til retssystemet, selvom det er en del af det.
- *Opdelelighed* – systemet opdeles i flere bestanddele, f.eks. så kan det politiske system opdeles i partier eller i lokal, regional og national politik osv.
- *Lovmæssighed* – systemkomponenterne forudsættes at følge et mønster – f.eks. i retssystemet fremgår disse af retsreglerne.
- *Funktion* – systemet udfører en funktion, som oftest er givet af systemets navn.⁵³

5.3.1 Anvendelsen

Systemterminologien er anvendelig som en form for ”metaterminologi” til at styrke en tværfaglig dialog mellem fagfolk, som ud fra forskellige bevæggrunde beskæftiger sig med disse aspekter. Hermed skabes muligheden for, at personer uden teknisk ekspertise kan stille de spørgsmål, som giver ham den fornødne indsigt.⁵⁴ For eksempel så er styresystemets opgave at styre andre dele af IT-systemet, f.eks. sådan noget som tekstbehandlingsprogrammer o.lign. Styresystemet defineres dels i forhold til en mængde af hardware og dels i forhold til de brugersystemer, der kræves gennemført under det pågældende styresystem. Komponenterne som styresystemet indeholder forefindes dels i

52 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 123

53 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 124-125

54 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 125

maskinens hardware (BIOS⁵⁵) og dels i den del at systemet, der indlæses fra disk.⁵⁶

5.3.2 Juridiske aspekter

Systemteorien udgør grundlæggende et terminologisk fundament og bruges til at frembringe et overblik for en juridisk analyse. Systemteorien kan også vise konkrete juridiske problemstillinger. F.eks. er det i ophavsretten muligt, at finde en kombination af kommunikations- og systemteoriernes primære tankegang i læren om ophavsretten til programudvikling. Begrænsningerne, som ligger i de systematiske rammer, der udgøres af det sprog og medium, som ophavsmanden har valgt og agere inden for, kan lægge bånd på hans udtryksmuligheder, for overholdes programmeringssprogets syntaksregler, m.v. således at der er en risiko for at det resultere i, at der ikke kan opnås nogen ophavsret for den endelige manifestation.⁵⁷

Derudover kan systemteoretiske analyser anvendes til at understøtte den rettskabende proces, hvorunder de IT-retlige regelsæt formuleres. Dette har betydning, når der skal planlægges systemer til f.eks. aftale- eller bevishåndtering. I mange tilfælde må et bevis føres som et systembevis⁵⁸, som betyder, at fokus rettes på de sandsynlige kausalfølger inden for rammerne af det pågældende system.⁵⁹

5.4 Servere

En server er enten et softwareprogram eller en computer, der stiller specifikke services til rådighed for andre klientcomputere eller softwareklienter, som enten køre det på

55 BIOS (Basic Input Output System) er den del af computerens styresystem, der varetager den basale kommunikation med computerens forskellige enheder. BIOS-systemet sætter en grundlæggende grænseflade for computerens programkompatibilitet. Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2005, s. 27

56 Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2005, s. 126

57 Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2005, s. 126

58 Systembevis er et bevis for systemets funktioner samt de arbejdsgange det involveres i jf. Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2005, s. 215

59 Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2005, s. 126-127

samme computer – sådan at computeren både er server og klient på én gang eller som fungerer som en del af et netværk.⁶⁰

Betegnelsen på serveren forbindes med den funktion serveren udføre for klienten.⁶¹ For eksempel så er client/server typen en form for systemdesign, der har til opgave at fordele databehandlingen mellem flere computere, der henholdsvis agere som bruger af programmer og data (klienten) og som leverandør af programmer og data indenfor det samme netværk (serveren).⁶²

Klienten levere brugergrænsefladen, så som GUI (Graphical User Interface)⁶³ som udføre noget af eller hele bearbejdelsen af de forespørgsler, den laver til serveren, som vedligeholder data og behandler forespørgsler.⁶⁴

Som eksempel på servere kan nævnes *webservere*, som lagre filer med forbindelse til websites og sender dem – på forespørgsel - til klienter via Internettet, *filservere*, som er software eller hardware plus software, der er beregnet til lagring af filer og sørger for at disse er tilgængelige til læsning, m.v. for klienterne på tværs af et netværk og netværks-servere, som styre trafikken på netværket.⁶⁵

Twisten i Microsoft sagen angår det, at Microsoft ved bevist at have begrænset interoperabiliteten mellem Windows PC'er og arbejdsgruppeservere, som ikke har Microsoft

60 <http://www.linfo.org/server.html>

61 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 60

62 <http://www.linfo.org/server.html>

63 GUI – grafisk brugergrænseflade er en betegnelse for det sprog som kommunikationen mellem bruger og IT-systemet foregår på. Det kendetegnes ved at anvende visuelle udtryk, så som ikoner, symboler, m.v., som brugeren kan genkende uden særlige forudsætninger for IT-kendskab. jf. Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 41

64 <http://www.linfo.org/server.html>

65 <http://www.linfo.org/server.html>

Windows-styresystemet installeret, har misbrugt sin dominerende stilling på markedet⁶⁶. En arbejdsgruppeserver er servere, som administrere en række opgaver for en gruppe af PC'er som f.eks. lagring og udprintning.⁶⁷ Kommissionen fastslog, at *"et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværks måde at fungere på bygger på en arkitektur af forbindelser og interaktioner mellem dels klienter og servere, dels servere og servere, som sikre transparent adgang til de primære arbejdsgruppeservertjenester"* samt at *"den fælles evne til at være en del af denne arkitektur udgør et element af kompatibilitet mellem Windowsbaserede klient-pc'er og Windowsbaserede arbejdsgruppeservere"*⁶⁸

5.5 Styresystemer

Systemprogrammel er det, der varetager systemfunktioner, der knytter sig til computerens "indmad". En grundlæggende del af styresystemprogrammellen er styresystemet, der sørger for at distribuere og kontrollere computerens ressourcer.⁶⁹ I bund og grund er styresystemet bare et almindeligt program. Det der gør, at det adskiller sig fra både applikationsprogrammel (også kaldet brugerprogrammel) og opgaveprogrammel (programmel som er beregnet til at løse administrative eller tekniske problemer) er at det er i brug hele tiden uanset, hvad der ellers sker på computeren⁷⁰

Kommissionen definere i Microsoft-sagen operativsystemer til arbejdsgruppeservere som: *"styresystemer, der er udformet og markedsføres med henblik på kollektivt at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper til et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er sammenkoblet i et mindre eller mellemstort netværk"*⁷¹

66 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 103

67 <http://www.ks.dk/service-menu/publikationer/konkurrencenyt/arkiv/konkurrencenyt-2007/konkurrencenyt-nr-4-oktober-2007/4/> - siden hentet d. 14/4-2009

68 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 105

69 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 153

70 <http://www.version2.dk/leksikon/Styresystem>

71 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 162

Udvælgelse af styresystemet er vigtigt, fordi det fremover vil trække grænserne for, hvilke brugerprogrammer computeren kan anvende. Tilbage da den første PC blev introduceret af IBM blev Microsofts Disc Operating System (DOS) lanceret sammen med. Windows blev oprindeligt udviklet som en grafisk brugergrænseflade til DOS-systemet, men som udviklingen er skredet frem, har Windows udviklet sig til at være et selvstændigt styresystemer og Microsoft har sat standarden og med den kraftige udbredelse, der har været af styresystemet, er Windows-grænsefladerne blevet til en af de vigtigste tekniske *de facto* standarder⁷² på pc-området og det har bidraget til den dominans som Microsoft har på markedet i dag.⁷³

UNIX er et andet styresystem udviklet til lidt større maskiner og hvis standarder betegnes som ”åbne”, hvilket betyder, at UNIX kildetekst har været frit tilgængelig. Dette har medført stor udbredelse af UNIX og hermed er fulgt en lang række versioner af UNIX, hvilket har gjort, at der opstod mangle på standardisering og det har været med til at tage kraften fra UNIX de senere år.⁷⁴

Derimod har et nyere styresystem vundet indpas, nemlig Linux, som blev udviklet i 1991. Det henvender sig primært til pc-miljøet og er baseret på principper hentet fra UNIX-styresystemet.⁷⁵

Udvikleren opfordrede hele verden til at hjælpe med videreudviklingen af Linux og i dag er det blevet til et fuldt brugbart styresystem på linje med Microsoft. Linux' brugergrænseflade er gennem årene blevet mere brugervenlig. Hvor Linux bare for nogle år

72 Tilstand som er fremkommet uden eller på trods af regulering. Det betegner hvad der er gældende i praksis, modsat hvad der er gældende efter retlige forhold, jf. Eyben, Bo Von, Juridisk ordbog, 2004, s. 88

73 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 154

74 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 154

75 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 155

siden blev kaldt for "nørderne" og programørernes styresystem, så er grænsefladen nu blevet udviklet sådan at en helt almindelig bruger også kan anvende systemet lige så nemt, som hvis de har været vant til at bruge Windows styresystemet. PC-producenterne er også begyndt at få øjnene op for Linux' potentiale og har som et alternativ til Microsoft Windows OEM tilgængeliggjort Linux som OEM på deres PC'er til en billigere pris end hvad det ville koste at have Windows præinstalleret som styresystem ved købet af en ny PC.

5.6 Interoperabilitetsbegrebet

Direktivet 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (91/250) gør først klart, at Edb-programmets⁷⁶ funktion er: *"at kommunikere og arbejde sammen med andre komponenter i et edb-system og med brugere, og med henblik herpå er en logisk og i givet fald en fysisk sammenkobling og interaktion nødvendig, for at alle programmel- og maskindele kan arbejde sammen med andet programmel og maskinel samt med brugerne, på den måde det er hensigten, det skal fungere"*

Som grundlag for klarlæggelse af at de informationer, Microsoft afslog at give adgang til udgjorde interoperabilitetsoplysninger, gjorde Kommissionen gældende, at dette begreb var som omhandlet i Rådets direktiv om retlig beskyttelse af edb-programmer og defineret som: *"evne til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data, således at begge softwareprodukter kan fungere efter hensigten på alle påtænkte måder"*⁷⁷

På baggrund af denne definition er det klart, at hvis Microsofts konkurrenter skal have mulighed for at kunne udvikle styresystemer til arbejdsgruppeservere, sådan at de også

76 Betegnelsen omfatter programmer i enhver form, herunder programmer inkorporeret i datamater; betegnelsen omfatter også forberedende designarbejde, der fører til udviklingen af et edb-program, under forudsætning af at det forberedende arbejde er af en sådan karakter, at et edb-program på et senere stadium kan være resultatet heraf jf. Rådets direktiv af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (91/250)

77 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 104

kan interopererer, når de installerede servere, der føjes til en Windowsbaseret arbejdsgruppe, så er det af afgørende betydning, at de har adgang til oplysninger om, hvordan der interopereres med Windows-domænearkitekturen.⁷⁸

Microsoft var dog af den opfattelse, at det interoperabilitetsbegreb, som Kommissionen lagde til grund, vil medføre, at de styresystemer, der leveres af konkurrerende selskaber, i alle henseender ville fungere som et Windows-serverstyresystem og at dette kun ville kunne opnås, hvis det, fra Microsofts side, blev tilladt konkurrenterne at klon⁷⁹ deres produkter, disses egenskaber eller hvis konkurrenterne fik oplysninger om de indre mekanismer i produkterne.⁸⁰

Desuden fremførte Microsoft, at der er findes fem metoder til at opnå interoperabilitet mellem på den ene side Windows-styresystemer til klient-pc'er og servere og på den anden side konkurrerende serverstyresystemer. Microsoft fremhævede, at interoperabilitet fremkommer indenfor rammerne af et kontinuum og ikke udgør en absolut norm⁸¹ Microsofts involverede eksperter i sagen fremlægger en lang række faktorer, som kan belyse, hvordan der på mange måder kan opnås det mindste-niveau af interoperabilitet, der er nødvendig for at sikre effektiv konkurrence på markedet. Men på trods af dette tillægger Microsoft ifølge Kommissionen en meget snæver definition af interoperabilitetsbegrebet, hvilket ikke er forenelig med direktivet.⁸²

5.6.1 Grad af interoperabilitet

Kommissionen pålagde, i sin beslutning, Microsoft at fremlægge dens interoperabilitet-

78 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 106

79 Klon blev tidligere anvendt som betegnelse for en computer, der i henseende til kompatibilitet eller brugergrænseflade tilstræber at ligne et allerede eksisterende fabrikat jf. IT-retten, 2005, s. 47

80 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 110

81 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 119

82 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 138

soplysninger, som den i beslutningens artikel 1, stk. 1 definerede som: *”de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige protokoller der er implementeret i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere og som Windowsbaserede arbejdsgruppeservere anvender til fil- og udskriftstjenester samt bruger- og gruppeadministrationstjenester, herunder Windows-domænecontrollertjenester, Active Directory tjenester og Group Policy tjenester til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk”*.

Microsoft gjorde indsigelser mod den grad af interoperabilitet, som Kommissionen forudsatte i den pågældende situation - Microsoft hævdede i bund og grund, at Kommissionen havde til hensigt at tillade Microsofts konkurrenter at klonе dets produkter eller deres egenskaber.⁸³ Kommissionens svar herpå var, at der aldrig havde været et ønske om at konkurrenter skulle kunne klonе Microsofts produkters egenskaber. Den sigter derimod med sin beslutning mod at gøre det muligt for konkurrenterne at udvikle produkter, som fungerer anderledes, men som kan forstå og fortolke de meddelelser, der sendes af de pågældende Microsoft produkter.⁸⁴

Kommissionen afviste Microsofts påstande og fremførte, at Microsoft ifølge beslutningen skulle: *”fremlægge en teknisk dokumentation, som benævnes specifikationer og som er en detaljeret beskrivelse af de pågældende protokoller.”*⁸⁵ *Specifikationerne viser hvordan meddelelserne skal formateres, hvornår de skal afsendes, hvordan de skal fortolkes, hvad der skal foretages med ukorrekte meddelelser, m.v.”*⁸⁶ Dermed pointerede Kommissionen også, at udtrykket *specifikationer* gør det klart, at Microsoft på ingen måde er forpligtet til at meddele adgang til sin egen implementering af specifikationerne- altså kildekoden.⁸⁷

83 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 114

84 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 141

85 Protokoller er af Kommissionen defineret som værende: regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskelligt software indenfor det netværk. Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 196

86 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 137

87 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 204

Kommissionen fastholder, at der skal skelnes mellem denne tekniske dokumentation og kildekoden⁸⁸ til Microsofts produkter. Hvis en konkurrent ønsker at udvikle et styresystem, der forstå og kan fortolke Microsofts protokoller, så har denne brug for disse oplysninger, så konkurrenten har mulighed for at se, hvordan kildekoden skal udformes, sådan at denne kan implementere protokolspecifikationerne.⁸⁹

Man kan sammenligne protokollerne med et sprog, som før nævnt under afsnit 5.1 om *Informationsteorien*. Selvom specifikationerne vil udgøre syntaksen og ordforrådet for sproget, så er sandsynligheden for at to individer anvende et sprog på samme måde, bare fordi de begge har lært dets syntaks og ordforråd, er meget lille.⁹⁰ Hermed ville de interoperabilitetsoplysninger, som Microsoft skulle fremlægge for sine konkurrenter, ikke gøre det muligt at frembringe nøjagtig de samme produkter som Microsofts.⁹¹ Dette pointeres yderligere, da Kommissionen fremførte, at beslutningen ikke havde til formål at pålægge Microsoft at give adgang til kildekoden, eftersom denne kildekode ikke er nødvendig for at udarbejde kompatible produkter.⁹²

Som uddybende forklaring fremførte Kommissionen, at der skal skelnes mellem begreberne *funktional klon* og *funktional ækvivalent*. Som tidligere beskrevet i fodnote 50, så er en klon, noget der tilstræber at ligne et allerede eksisterende produkt. En funktional ækvivalent er derimod ikke et system, som fungerer nøjagtigt, som det Windows-styresystem til arbejdsgruppeservere, det substituerer. ”Det er et system, som er i stand til at give det rigtige svar på en bestemt forespørgsel under de samme betingelser, som det omhandlede Windows-styresystem og som kan få en Windowsbaseret klient-pc eller server til at

88 Kildekoden eller programkoden er resultatet af den proces som starter med at de enkelte programinstruktioner som er skrevet i et givet programmeringssprog kompileres (oversættes). Denne ”omdannelse” sætter en computer i stand til at udføre de specifikke instruktioner. Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 46

89 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 137

90 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 137

91 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 141

92 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 204

reagere på sine meddelelser på samme måde, som hvis de kom fra Windows-styresystemet."⁹³

Kommissionen erkendte, at der findes et antal mulige grader af interoperabilitet mellem Windowsbaserede pc'er og styresystemer til arbejdsgruppeservere og at det allerede er muligt at opnå en vis interoperabilitet med Windows domænearkitekturen.⁹⁴

Kommissionen fremførte også at den ikke på forhånd fastlagde et bestemt niveau for interoperabilitet, som ville være nødvendig for at kunne opretholde effektiv konkurrence på markedet. Dog konstaterede Kommissionen efter sine undersøgelser, at den grad af interoperabilitet, konkurrenterne havde mulighed for at opnå ved hjælp af de metoder som var stillet til rådighed, var alt for lav til at konkurrenterne ville kunne forblive på markedet og at de nævnte metoder ikke, på en økonomisk bæredygtig måde, muliggør opnåelse af det interoperabilitetsniveau kunderne krævede.⁹⁵

Retten gav Kommissionen ret i, at drage konklusionen, at *"den fælles evne til at være en del af Windows-domænearkitekturen udgør et element af kompatibilitet mellem Windowsbaserede klient-pc'er og Windowsbaserede arbejdsgruppeservere."*⁹⁶

Angående problematikken om definition af begrebet interoperabilitet nævner Retten, at det interoperabilitetsbegreb, der anvendes i beslutningen er i overensstemmelse med det der anvendes i direktiv 91/250 og der kan ikke støttes op om den "envejsfortolkning", som Microsoft går ind for, da der i direktiv 91/250 lægges op til en tovejsrelation i definitionen: *"evnen til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data."*⁹⁷

Derudover skal det også tages med i overvejelserne, at Microsoft sagen omhandler en

93 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 142

94 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 139

95 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 139

96 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 189

97 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 226

beslutning i henhold til artikel 82 EF, altså en bestemmelse der er højere rangeret end direktiv 91/250. Derfor er det i denne situation ikke så meget et spørgsmål om det interoperabilitetsbegreb, der danner grundlag for beslutningen er i overensstemmelse med det, der forudsættes i direktivet, men mere et spørgsmål om Kommissionen har fastlagt den grad af interoperabilitet, der være mulighed for at opnå, korrekt under hensyn til formålene⁹⁸ opstillet i artikel 82 EF.⁹⁹

For så vidt angår graden af interoperabilitet fremføre Retten at, det at Kommissionen vurderede graden af interoperabilitet på baggrund af, hvad der efter dennes idé er nødvendigt for at give konkurrerende udviklere af styresystemer til arbejdsgruppeservere mulighed for bæredygtigt at forblive på markedet, kan det ikke afvises, at denne fremgangsmåde er korrekt. Dette begrundes i, at artikel 82 EF jo netop omfatter en virksomheds adfærd, i det tilfælde, hvor denne går ud på at misbruge en økonomisk magtposition, der gør at virksomheden kan hindre opretholdelse af en effektiv konkurrence på det relevante marked, således at denne kan agere uafhængigt i forhold til sine konkurrenter, kunder og i sidste ende overfor forbrugerene.¹⁰⁰

Selvom det ikke i sig selv er forbudt at besidde en dominerende stilling, da er det, som en særlig forpligtelse, pålagt dominerende virksomheder ved ikke med sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet. Derfor kan det, hvis det fastslås, at den eksisterende grad af interoperabilitet gør det umuligt for udviklere af styresystemer til arbejdsgruppeservere, der er i konkurrence med Microsoft, bæredygtigt at blive på markedet for sådanne styresystemer, som følge heraf, konkluderes at forholdet skader opretholdelsen af en effektiv konkurrence på dette marked.¹⁰¹

98 “Det drejer sig om at undgå, at virksomheder i en dominerende (monopolagtig) stilling udnytter denne situation til at forvride konkurrencen og dermed påvirke samhandlen mellem fællesskabets medlemsstater.” Jf. http://www.europarl.europa.eu.factsheets/3_3_2_da.htm

99 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 227-229

100 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 229

101 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 229

6. Artikel 82 EF generelt

Art. 82 EF er en del af Romtraktaten som blev lavet i 1957.¹⁰² Art. 82 EF er lavet for at sikre, at konkurrencen på markedet ikke bliver forstyrret¹⁰³ og derved for at beskytte forbrugerne. For at overtræde artikel 82 EF er det ingen forudsætning, at der foreligger en direkte og umiddelbar skade på forbrugeren. Der kan f.eks. godt være forretningsmetoder der på kort sigt skader forbrugeren ved at udelukke konkurrence, men som på længere sigt kommer forbrugerne til gode ved at skabe innovation.¹⁰⁴

Som følge af artikel 82 EF forbydes alt form for misbrug af dominerende stilling, som en eller flere virksomheder måtte have på et marked. Art. 82 EF er et udtryk for det mål, der er fastsat i traktatens artikel 3, litra g, nemlig at sikre, at konkurrencen på fællesmarkedet ikke fordrejes.¹⁰⁵

Dominerende virksomheder har muligheden for, via deres magt på markedet, at få meget høje profitter, idet de kan begrænse udbuddet og hæve priserne over det niveau der vil være på et marked, der er styret af effektiv konkurrence. Denne adfærd kan bevirke, at forbrugeren ikke får de produkter, de er villige til at betale markedspris for og i stedet køber andre produkter, de ikke har samme lyst til at købe. Dette betyder at samfundets ressourcer fordeles på en ineffektiv måde. Den dominerende virksomhed har heller ikke samme incitament for at mindske sine produktionsomkostninger, som virksomheder på et konkurrencepræget marked har, ligesom incitamentet til at investerer i forskning og udvikling muligvis heller ikke er så stort, som hvis der skulle konkurreres om kunderne.¹⁰⁶

En overtrædelse af artikel 82 EF forudsætter at tre betingelser er opfyldt.

102 O'Donoghue, Robert, mfl., The law and economics of article 82 EC, 2006, s. 7

103 Bloch, Robert E, mfl., Business law international, 2006, s. 140

104 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 485

105 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 483

106 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 483

1. Virksomheden skal have en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf,
2. Den dominerende stilling skal være misbrugt, og
3. Misbruget skal kunne påvirke samhandlen mellem medlemsstaterne.¹⁰⁷

Det at erhverve, besidde og styrke sin dominerende stilling er ikke i sig selv forbudt.

Det er først når virksomheden misbruger den dominerende stilling, at artikel 82 EF finder anvendelse. Som eksempel på misbrug kan nævnes situationer, hvor virksomheden udnytter den dominerende stilling til skade for kunder eller leverandører, eller hvis virksomheden gennem aftaler ekskludere konkurrenter fra markedet på en måde der ikke er normal konkurrence på ydelser. Det skal dog siges, at den dominerende virksomhed har en særlig forpligtelse til ikke gennem dens adfærd at fordreje eller skade den effektive konkurrence.¹⁰⁸

Det at den dominerende virksomhed er på et marked, hvor den effektive konkurrence er svækket, bevirker at den skal leve op til en høj standard for markedsadfærd. Adfærd der normalt er lovligt efter f.eks. artikel 81 EF fordi det ikke påvirker konkurrencen, vil være forbudt efter artikel 82 EF, hvis det udøves af en dominerende virksomhed på et marked, hvor konkurrencen er begrænset. Almindelig forretningsadfærd kan også rammes af artikel 82 EF, hvis den udføres af en dominerende virksomhed.¹⁰⁹

Misbrugsbegrebet er et objektive begreb, som ikke tager stilling til skyld eller hensigt.

Det, der bliver lagt vægt på og som er afgørende, er de faktiske forhold. Virksomhedens hensigt kan dog være afgørende til at vurdere, om der er tale om ekskluderende misbrugsadfærd eller lovligt konkurrenceadfærd. Hvis det i vurderingen viser sig at virksomheden har handlet forsætligt, vil det i reglen betyde, at virksomheden vil få en høje-

107 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 484

108 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 484- 485

109 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 485

re bøde.¹¹⁰

Misbrugsbegrebet behandles nærmere under afsnit 8. Misbrug

Der behøver ikke være årsagsforbindelse mellem den dominerende stilling og misbruget. Dette betyder, at misbrugsbegrebet ikke kun indeholder adfærd, som udøves i kraft af den dominerende stilling, men også adfærd som ikke kræver markedsmagt. Et eksempel på misbrug af dominerende stilling er fastsættelse af urimeligt høje priser for at udkonkurrere konkurrenter.¹¹¹

Et tilfælde af misbrug, hvor adfærden ikke kræver markedsmagt kunne være eksklusive købsaftaler, hvor en virksomhed tvinges til at sælge til bestemte forhandlere eller virksomheder. Loyalitetsrabatter vil altid udgøre misbrug, også selvom det er kunden selv, der ønsker at de skal indgå i kontrakten med virksomheden.¹¹²

Art. 82 EF finder ikke kun anvendelse på misbrug, der er sker på det dominerende marked. Forbuddet kan også have virkning, når misbruget foregår på et marked, der er forskelligt fra det dominerende, hvis disse har en forbindelse. Der kan være tale om en horisontal forbindelse mellem markederne, hvis produkterne er nært beslægtede, eller en vertikal forbindelse mellem markederne, hvis det ene marked er for råmateriel og det andet er for følgeprodukter. Det er fra Domstolen besluttet, at artikel 82 EF også har virkning, hvis misbrug anvendes på det dominerede marked, men har virkning på et beslægtet marked. Det betyder, at en dominerende virksomhed ikke må bruge sin dominerende stilling på et marked til at styrke sin stilling på et andet beslægtet marked.¹¹³

Denne situation kan ses ud fra dommen de forenede sager 6 og 7/73 Commercial Solvents mod Kommissionen, hvor Domstolen fandt at Commercial Solvents, ved at nægte at levere til en kunde, som fremstillede følgeprodukter, havde misbrugt sin dominerende

110 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 531-532

111 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 532

112 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 533

113 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 533

stilling på markedet for råmateriel. Commercial Solvents ønskede selv at påbegynde produktion af følgeprodukter og ville derfor styrke sin stilling på dette marked. Herved var der tale om misbrug på et dominerende marked, men som havde virkning på et vertikalt forbundet marked, hvor Commercial Solvents endnu ikke var til stede.¹¹⁴

Hvis en virksomhed udøver misbrug på et ikke domineret marked, med det formål at styrke sin dominerende stilling på et andet lignende marked, finder artikel 82 EF også anvendelse. Under særlige omstændigheder kan artikel 82 EF finde anvendelse på misbrug, der udøves på et ikke domineret marked og hvor misbruget kun har virkning på dette, hvis der er meget nær forbindelse mellem det dominerede og det ikke dominerede marked.¹¹⁵

En virksomhed kan ikke blive fritaget fra forbuddet om dominerende stilling. Dog er det muligt, hvis virksomheden kan begrunde sin adfærd objektivt, at adfærden ikke vil blive anset for at udgøre et misbrug.¹¹⁶

114 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 533

115 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 534

116 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 535

7. Dominerende stilling

Hvis en virksomhed har så meget magt på et marked, at den kan begrænse udbuddet og hæve prisen over det niveau, der ville være på et marked med normal konkurrence, uden at den mister kunder til konkurrenterne, indtager den en dominerende stilling. Det vil sige at den dominerende virksomhed er i stand til at forhindre den effektive konkurrence.¹¹⁷

Det er ikke nødvendigt, at den dominerende virksomhed har udelukket alt konkurrence på markedet, før den kan anses for værende dominerende. Det er nok at virksomheden har en sådan styrke på markedet, at den mærkbart kan udøve sin indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig, og at den kan fastlægge sin markedsstrategi uden at skulle tage hensyn til konkurrencen og at dette ikke er til skade for virksomheden selv.¹¹⁸

Hvis det ikke kan afgøres, at en virksomhed er dominerende, kan det ikke bevises, at der er misbrug efter artikel 82 EF.¹¹⁹ For at finde ud af om en virksomhed har en dominerende stilling på et marked, skal det først klarlægges, hvad det relevante marked er og derefter fastsætte virksomhedens styrke på dette marked.¹²⁰

7.1 Det relevante marked

For at kunne bedømme om en virksomhed har en dominerende stilling på et marked er det en forudsætning, at fastlægge det relevante marked.¹²¹ Når det relevante marked skal fastsættes, skal der tages stilling til både hvilke produkter og hvilke geografiske områ-

117 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 490

118 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 491

119 O'Donoghue, Robert, mfl., The law and economics of article 82 EC, 2006, s.107

120 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 492

121 Konkurrencestyrelsen, Vejledning i forbud mod misbrug af dominerende stilling, 1998, 3.1

<http://www.ks.dk/konkurrenceomraadet/regler/vejledninger/vejledning-om-forbud-mod-misbrug-af-dominerende-stilling-fra1998/>

der, der har mulighed for at være en del af ét og samme marked. Det er ikke kun meget store virksomheder, der kan være dominerende. Hvis det relevante marked er meget snævert, kan selv meget små virksomheder anses for at besidde en dominerende stilling på markedet.¹²²

Det produktmarked, der er relevant for virksomheden vil først og fremmest bestå af de vare og/eller tjenesteydelser, som virksomhedens adfærd omhandler i den konkrete situation. Udover dette består produktmarkedet af andre produkter, som efter forbrugernes opfattelse kan fungere som substitut for de pågældende produkter. Dette er altså produkter, som brugerne umiddelbart finder ligeså anvendelige ud fra deres egenskaber, pris og funktion.¹²³

Når der tales om en geografisk afgrænsning af markedet, kan det siges at omfatte det område hvor virksomheden afsætter sine varer og/eller tjenesteydelser. Det er ydermere en betingelse, at der skal være ens konkurrencevilkår på markedet og at det kan skelnes fra andre tilstødende områder, hvor konkurrencevilkårene er anderledes.¹²⁴

Kommissionens fastlagde i sin afgrænsning af Microsofts relevante produktmarkeder og geografiske markeder, at Microsoft har tre særskilte produktmarkeder. Markedet for operativsystemer til klient-pc'er, markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere og markedet for multimedieafspillere.¹²⁵

Ved markedet for operativsystemer til klient-pc'er definerer Kommissionen begrebet operativsystem som ”*værende systemsoftware der kontrollerer en computers grundlæggende*

122 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 492

123 Konkurrencestyrelsen, Vejledning i forbud mod misbrug af dominerende stilling, 1998, 3.1 <http://www.ks.dk/konkurrenceomraadet/regler/vejledninger/vejledning-om-forbud-mod-misbrug-af-dominerende-stilling-fra1998/>

124 Konkurrencestyrelsen, Vejledning i forbud mod misbrug af dominerende stilling, 1998, 3.1 <http://www.ks.dk/konkurrenceomraadet/regler/vejledninger/vejledning-om-forbud-mod-misbrug-af-dominerende-stilling-fra1998/>

125 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 23

*funktioner og gør det muligt at anvende den og at afvikle applikationer på den.*¹²⁶ Derudover definere Kommissionen klient-pc'er som *"computere med mange funktioner, der er beregnet til at blive anvendt af én person ad gangen, og som kan tilsluttes et netværk.*"¹²⁷

Ved det andet marked definere Kommissionen operativsystemer til arbejdsgruppeservere som *"operativsystemer, der er udviklet, og som markedsføres, med henblik på kollektivt at levere "grundlæggende infrastrukturtjenester" til et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er koblet til et mindre eller mellemstort netværk.*"¹²⁸ Det er tre former for tjenester, der ligger til grund for Kommissionens beslutning, nemlig deling af filer lagret på server, deling af printere og administration af brugere og grupper af brugere (administration af reglerne for adgangen til netværkets tjenester).¹²⁹

Administration af brugere og grupper af brugere skal først og fremmest bevirke, at der er sikker adgang og sikker benyttelse af de ressourcer, der er på netværket ved, at sikre sig, at brugerne er dem, de udgiver sig for at være og at kontrollere, at de har tilladelse til de handlinger de forsøger at lave.¹³⁰ De tre tjenester er tæt forbundet med hinanden inden for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, da de kan anses som én samlet tjeneste set fra to forskellige synsvinkler, nemlig fra brugernes, som værende fil- og udskriftstjenester og fra administrations, som værende bruger- og gruppeadministrations-tjenester. De tre tjenester kan samlet beskrives som arbejdsgruppetjenester.¹³¹

Kommissionen fastslår at Microsofts geografiske marked for alle tre produktmarkeder er hele verden.¹³² Retten tilsluttede sig Kommissionens konklusion.¹³³

Undersøgelsen af konkurrencen på markedet retter sig mod at finde ud af virksomhe-

126 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 24

127 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 24

128 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 25

129 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 26

130 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 26

131 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 27

132 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 29

133 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 488

dens styrke på markedet og fastsætte om virksomheden indtager en dominerende stilling på markedet. I undersøgelsen skal der ses på den indflydelse, som både styrker og svækker virksomhedens position på markedet. Også virksomhedens fortrin, mangler og begrænsninger i forhold til dens konkurrenceadfærd på det relevante marked skal tages i betragtning.¹³⁴

Desuden er det relevante marked i stor stil styret af både udbud og efterspørgsel, for jo flere produkter, der er at vælge mellem på et givet marked, jo større risiko er der for substitution. Derfor spiller virksomhedens styrke også ind, når der skal foretages en analyse, for denne kan være retningsgivende i forhold til, hvor god virksomheden har været til at gøre sig bemærket på markedet og oparbejde markedsandele.

7.2 Virksomhedens styrke

Der er flere faktorer, der spiller ind, når virksomhedens styrke skal fastlægges. Virksomhedens markedsandele er den faktor, der i praksis er mest afgørende. Alt efter hvor stor denne er, kan det være vigtigt at undersøge, om der er særlige adgangsbarrierer på markedet eller om der er andre indikatorer for dominans. Ifølge artikel 82 EF skal den dominerende stilling udøves på en væsentlig del af fællesmarkedet.¹³⁵

Det er først når det relevante marked er fundet, at virksomhedens markedsandele kan findes. Markedsandele bliver udregnet på grundlag af salget af det relevante produkt på det geografiske marked. Det er derfor vigtigt, at det relevante marked er fundet korrekt.¹³⁶ For at bevise at en virksomhed er dominerende, skal denne have en betydelig markedsandel.¹³⁷

134 O'Donoghue, Robert, mfl., *The law and economics of article 82 EC*, 2006, s. 109

135 Christensen, Andreas, mfl., *Konkurrenceretten i EU*, 2005, s. 492

136 O'Donoghue, Robert, mfl., *The law and economics of article 82 EC*, 2006, s. 109

137 Dethmers, F, *The abuse of Hoffmann- La Roche: the meaning of dominance under EC Competition Law*, 2006, s. 538

Hvis Kommissionen finder, at en virksomhed i en sag har en dominerende stilling, er dette ikke bindende for virksomheden i fremtidige sager. Det vil altid bestå af en konkret vurdering fra sag til sag, hvorvidt der foreligger dominans. Det vil sige, at der, for hver sag, skal foretages en ny vurdering og afgrænsning af det relevante marked og virksomhedens styrke på dette marked.¹³⁸

Det er ikke kun vigtigt at se på virksomhedens absolutte markedsandele, også de relative markedsandele kan have stor betydning. De relative markedsandele er virksomhedens markedsandele sat i forhold til konkurrenternes markedsandele. Hvis markedet er kendetegnet ved at have én stor virksomhed og mange små eller hvis der er stor forskel mellem markedsandelen for den efterforskede virksomhed og dennes konkurrenters markedsandele, er dette et tegn på, at den pågældende virksomhed er dominerende på markedet.¹³⁹

Markedsandele bør ikke være den eneste og afgørende faktor for at fastslå om der foreligger dominans. Markedsandele viser nemlig ikke i sig selv, om virksomheden ligger i konkurrencemæssig pres fra potentielle konkurrenter, som endnu ikke er aktører på markedet, men som har evnen til at blive det.¹⁴⁰

7.2.1 Markedsandeles udvikling over tid

Det har stor betydning at se på markedsandelens udvikling over tid, fordi det, som udgangspunkt, først er når en virksomheds markedsandele har været stabile eller stigende over en længere periode, at den vil blive anset som værende dominerende. Der er dog ikke gennem praksis fastlagt nogen minimumsperiode. Det, der er afgørende, er om virksomheden har været i stand til at fastholde sin markedsmagt i en periode, der er tilstrækkelig lang til, at virksomheden har haft en økonomisk gevinst, som følge af dens

138 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 492

139 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 493

140 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 493

evne til at agere uafhængigt at konkurrenter og kunder.¹⁴¹

Microsoft begyndte i starten af 1990'erne at udvikle operativsystemer til servere. Windows NT 3.5 server var Microsofts første serveroperativsystem, som blev lanceret juli 1992. Det var dog ikke før 1994, hvor Microsoft lancerede Windows NT 4.0, at de opnåede en afsætningsmæssig succes.¹⁴² Kigges der på Microsofts markedsandel målt ud fra antal solgte enheder, så er de fra 1996 og til 2002 gået fra 25,4% til 64,9%, derved har Microsoft på seks år haft en fremgang på næsten 40% på markedet for operativsystemer til servere.¹⁴³

Microsofts konkurrent på markedet for operativsystemer til servere Nowell har, i takt med Microsofts fremgang på markedet, haft konstant tilbagegang. Da Microsoft kom ind på markedet, var Nowell's system NetWare, det førende produkt indenfor levering af arbejdsgruppetjenester og selve systemet havde været på markedet siden 1980'erne.¹⁴⁴ Fra 2000 til 2002 faldt Nowell's markedsandel fra 33% til 23,6%.¹⁴⁵ En markedsundersøgelse fra 2003 og en række kundeudtalelser viser endvidere, at der er en tendens til at organisationer skifter NetWare ud med Windows 2000 server, mens der er meget få eksempler på udskiftning af Windows 2000 server til NetWare.¹⁴⁶

Microsofts øvrige konkurrenter på markedet for operativsystemer til servere har kun kunnet opretholde en marginal stilling på markedet.¹⁴⁷ Leverandørerne til UNIX-produkter havde i 2002 på grundlag af underkategorien ”fil/printdeling” og servere en markedsandel på 4,6% og på området for netværksadministration havde de en markeds-

141 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 494

142 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 569

143 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 570

144 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 575

145 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 576

146 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 579

147 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 580

andel på 6,4%.¹⁴⁸

Linux-leverandørerne har i underkategorien ”fil/printdeling” og servere haft et fald i deres markedsandele fra 5,1% i 2000 til 4,8% i 2002.¹⁴⁹ Linux har dog i underkategorien ”netværksadministration” og servere haft en lille fremgang i deres markedsandele fra 10,1% i 2000 til 13,4 i 2002. Dog skal stigningen ses på baggrund af, at denne kategori ikke udgør arbejdsgruppetjenester. Kategorien udgør tjenester som bibliotek, sikkerhed/autentificering, overførsel af data og filer via netværk, kommunikation og overførsel af systemdata og filer.¹⁵⁰ Markedsundersøgelsen fra 2003 viser, at Linux har en meget lille del af markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere idet kun 19 ud af de 102 adspurgte organisationer brugte Linux og de fleste af disse kun i meget begrænset omfang. I undersøgelsen blev 200.000 brugere af klient-pc'er spurgt, om de anvendte Linux og færre end 70.000 havde Linux-baserede servere. Det vil sige, at under 5,8% brugte en Linux baseret server med henblik på løsning af fil- og printerdelingsopgaver.¹⁵¹

Markedsundersøgelsen fra 2003 viser endvidere, at Linux-produkter og UNIX-systemer bruges til andre opgaver end arbejdsgruppeopgaver. Disse produkter og systemer bruges også til levering af web- og firewalltjenester.¹⁵²

Desuden er den stilling Linux har opnået på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, ikke opnået på bekostning af Microsofts markedsandel, men i stedet på bekostning af Nowell og leverandørerne af UNIX-produkter. 67% af de virksomheder, der inden for fem år havde øget deres brug af Linux til løsning af arbejdsgruppeopgaver, havde i stedet mindsket deres brug af NetWare- og UNIX-systemer. Kun 14% havde mindsket deres brug af Windows-systemer og bare to brugere var gået fra Windows-

148 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 581

149 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 584

150 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 585

151 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 587

152 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 589

systemer til Linux-systemer.¹⁵³

7.2.2 Markedsandelens størrelse som indikator

Når markedsandelen er over 50%, vil dette, under normale omstændigheder, være nok til at formode, at der foreligger en dominerende stilling. Det er en stærk formodningsregel, idet virksomheden har mulighed for at godtgøre, at den, på trods af den høje markedsandel, ikke kan agere uafhængigt af kunder og konkurrenter på markedet.¹⁵⁴

Virksomheder med en markedsandel på mellem 40 og 50% vil kunne anses som værende dominerende, hvis der foreligger supplerende faktorer, som er med til at indikere dette.¹⁵⁵

Hvis en virksomheds markedsandele er under 40%, vil dette ikke skabe formodning om dominans på et marked. Dog kan det ikke udelukkes, at virksomheder med markedsandele på mellem 25 og 40%, vil kunne blive anset som værende dominerende, hvis deres konkurrenters markedsandele er betydeligt mindre. Dette kræver, at der er supplerende faktorer, der indikere dette og at virksomheden kan agere uafhængigt på markedet.¹⁵⁶

Meget små markedsandele vil blive anset som sikre tegn på, at der ikke foreligger en dominerende stilling på markedet¹⁵⁷

Hvad angår Microsofts stilling på sine produktmarkeder, har Kommissionen fastslået at de siden 1996 har haft en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient- pc'er og har haft en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere siden 2002.¹⁵⁸

153 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 591

154 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 495

155 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 497

156 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 498

157 O'Donoghue, Robert, mfl., The law and economics of article 82 EC, 2006, s. 115

158 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 30

Kommissionen baserede denne konklusion på, at Microsoft på markedet for operativsystemer til klient- pc'er havde en markedsandel som overstiger 90% og at deres styrke på markedet havde haft uafbrudt stabilitet og kontinuitet. Desuden var der på markedet *betydelige adgangsbarrierer som følge af indirekte netværkseffekter*. De indirekte netværkseffekter kommer af, at forbrugeren værdsætter platforme, hvorpå de kan bruge et stort antal applikationer, samt at softwareproducenterne laver applikationer til de operativsystemer til klient- pc'er, som er mest populære hos forbrugerne.¹⁵⁹ Retten var enig i dette og fastslog, at den dominerende stilling, som Microsoft indtog på markedet for operativsystemer til klient- pc'er havde et ganske særlig træk, idet deres markedsandele udgjorde over 90% og at Windows udgjorde en de facto standard for sådanne operativsystemer.¹⁶⁰

For så vidt angår markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere lagde Kommissionen i sin beslutning vægt på, at Microsofts markedsandel forsigtigt skønnes til at være på 60%. De tre vigtigste konkurrenter på dette marked for Microsoft er; Novell, som har en markedsandel på 10- 25%, leverandørerne til Linux- produkterne, der har en markedsandel på 5- 15% og leverandørerne til UNIX- produkter, som har en markedsandel på 5- 15%. På dette marked er der adgangsbarriere, der blandt andet skyldes, at Microsoft ikke vil fremlægge interoperabilitetsoplysninger. Desuden er der mellem dette marked og markedet for operativsystemer til klient- pc'er et meget tætte forretningsmæssige og teknologiske bånd.¹⁶¹ Derfor er det også logisk, at Kommissionen har taget udgangspunkt i Microsofts stilling på markedet for styresystemer til klient-pc'er, da dette er Microsofts primære marked og de herigennem har bevæget sig ind på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som er et afledt marked heraf.

159 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 31

160 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 387

161 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 33

7.3 Superdominans

Hvis en virksomhed på et marked har en position, hvor deres styrke nærmer sig monopollignende tilstande, vil denne være superdominant.¹⁶²

Hvor den dominerende virksomhed, ved at bruge almindelige konkurrenceadfærd, ikke bliver anset for at misbruge sin dominerende stilling, vil den superdominerende virksomhed skulle passe på med at konkurrere ivrigt, da den samme adfærd kan blive anset som værende et brud på artikel 82 EF.¹⁶³

Misbrug af dominerende stilling fra en superdominerende virksomhed har en større effekt på konkurrencen, end den samme adfærd fra en almindelig dominerende virksomhed ville have. Derfor bør superdominerende virksomheder passe på med at udøve en vis konkurrencemæssig adfærd, også selvom dette ville være lovligt for almindelige dominerende virksomheder, fordi en sådan adfærd, for dem, kan være forbudt jf. artikel 82 EF.¹⁶⁴ Derved kan det konkluderes, at jo større en dominerende virksomhed vokser sig, jo mindre rum har den til at konkurrere i. Det vil sige, at superdominerende virksomheder, som f.eks. Microsoft vil finde sig i en position, hvor de nærmest ikke kan konkurrere, hvis ikke de vil risikere at overtræde artikel 82 EF.¹⁶⁵

I sagen C-333/94 P Tetra Pak International mod Kommissionen, kaldet Tetra Pak II lagde Domstolen mærke til, at Tetra Pak havde en tilsyneladende monopollignende stilling på det pågældende marked og dette var en af de specielle omstændigheder, som Domstolen lagde vægt på, da den afgjorde, at Tetra Pak havde misbrugt sin domineren-

162 O'Donoghue, Robert, mfl., *The law and economics of article 82 EC*, 2006, s. 166

163 Appeldoorn, Jochen, *He who spareth his son? Microsoft, Superdominance and article 82 EC*, 2005, s. 653

164 Appeldoorn, Jochen, *He who spareth his son? Microsoft, Superdominance and article 82 EC*, 2005, s. 655

165 Appeldoorn, Jochen, *He who spareth his son? Microsoft, Superdominance and article 82 EC*, 2005, s. 656

de stilling i henholdt til artikel 82 EF.¹⁶⁶

Artikel 82 EF kommer ikke med nogen regler om, at der er en sammenhæng mellem forskellige grader af dominans og tilsvarende ansvar for virksomhederne til at konkurrere på ordentlige markedsvilkår. Artikel 82 EF fastsætter, at alle dominerende virksomheder må konkurrere på ordentlige markedsvilkår. Det er først, når de misbruger deres dominerende stilling på markedet at de overtræder artikel 82 EF.¹⁶⁷

166 O'Donoghue, Robert, mfl., The law and economics of article 82 EC, 2006, s. 167

167 O'Donoghue, Robert, mfl., The law and economics of article 82 EC, 2006, s. 167- 168

8. Misbrug

Dommen 85/79 Hoffman – La Roche, dannede grundlaget for Domstolens definition af misbrugsbegrebet, som værende det, at ”en virksomhed er markedsdominerende og udøver en adfærd, som kan påvirke strukturen på markedet i en sådan grad, at den effektiv konkurrence svækkes betydeligt som følge af dette.”¹⁶⁸ Hermed sagt er det en forudsætningen for, at der foreligger misbrug, at konkurrencen skal være negativt påvirket og forretningsadfærd skal ligge udover det, der er normalt i forhold konkurrencen på det pågældende marked.¹⁶⁹

8.1 Misbrugsformer

Egentlig definere Traktatens artikel 82 EF ikke begrebet *misbrug af dominerende stilling*. Derimod nøjes den med at opstille eksempler på forskellige former for misbrug:

- a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser
- b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne
- c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi overfor handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

168 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 484

169 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 484

Listen er ikke udtømmende¹⁷⁰ og bl.a. i dom af 13 februar 1973 (85/79 – ”Hoffman – La Roche-sagen) udtaler Domstolen, at misbrug af dominerende stilling er et objektivt begreb¹⁷¹ hvilket indebærer, at det ikke tager stilling til skyld eller hensigt. Derfor er det ikke afgørende, om Microsofts udviste adfærd overfor sine konkurrenter har resulteret i de tilsigtede konkurrenceforstyrrelser eller om Microsoft har haft til hensigt at udvise en sådan adfærd, hvormed deres dominerende stilling på markedet er blevet misbrugt. Det er de faktiske forhold, der spiller den største rolle i denne sammenhæng. Virksomhedens hensigt kan dog være afgørende til at vurdere, om der er tale om ekskluderende misbrugsadfærd eller lovligt konkurrenceadfærd.¹⁷² Derfor vil det ofte bero på en konkret vurdering fra sag til sag, om der foreligger misbrug.¹⁷³

Kommissionen gjorde gældende, at Microsoft misbrugte sin dominerende stilling ved, at ”afslå at forsyne andre konkurrerende virksomheder med specifikationer for de protokoller, som er implementeret i Windows-styresystemerne til arbejdsgruppeservere og som de servere, som har systemte installeret og som anvendes til at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedr. administration af brugere og brugergrupper til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk samt afslag på at tillade de pågældende virksomheder at anvende specifikationer til at udvikle og markedsføre operativsystemer til arbejdsgruppeservere”¹⁷⁴

8.2 Misbrugsadfærd

Misbrugsadfærden kan deles op i to former; enten adfærd der går ud på at udnytte markedsmagt til direkte skade for kunder og leverandører, kaldet *udnyttende misbrugsadfærd*, eller adfærd, der tager sigte på at udstøde både aktuelle og potentielle konkurrenter fra markedet ved brug af metoder, der adskiller sig fra normal handelspraksis, kaldet

170 Jf. dom af 21 februar 1973 i sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen – præmis 26

171 http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_2_da.htm

172 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 531-532

173 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 484

174 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 103

*ekskluderende misbrugsadfærd.*¹⁷⁵

Sondringen mellem de to former for adfærd er ikke skarp. Det betyder også, at visse former for misbrug godt kan være både udnyttende og ekskluderende. Som eksempel kan nævnes, at en leveringsnægtelse kan være udnyttende, hvis den f.eks. har til formål at opnå en højere pris på markedet, men også ekskluderende, hvis den er rettet mod en konkurrent og dermed har til formål at presse denne ud af markedet.¹⁷⁶

Derfor er sondringen en hjælp, til at beskrive, hvilke typer af adfærd, der falder ind under forbuddet i artikel 82 EF.

8.2.1 Udnyttende misbrugsadfærd

Den udnyttende misbrugsadfærd kendetegnes ved, at en dominerende virksomhed, der på baggrund af sin stærke markedsposition, udviser en adfærd, resulterende i en afhængighed fra andre handelspartnere og dermed opnår virksomheden en fordel, som den ellers ikke ville have opnået, hvis den effektive konkurrence eksisterede på markedet.¹⁷⁷

Eksempler på udnyttende misbrugsadfærd kan være urimeligt priser og forretningsvilkår, at udbuddet bliver begrænset eller at der bliver diskrimineret mellem handelspartnere.

Denne form for misbrugsadfærd vil ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling, da den ikke er af afgørende betydning for den opstillede problemstilling.

8.2.2 Ekskluderende misbrugsadfærd

Den ekskluderende misbrugsadfærd kendetegnes ved, at den misbrugende adfærd, den

175 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 530

176 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 531

177 Bloch, Robert E, mfl., Business Law International – A Comparative Analysis af Article 82 and Section 2 of the Sherman Act, 2006, s. 154

dominerende virksomhed udviser, påvirker markedets struktur, ved at denne er rettet direkte mod virksomhedens aktuelle eller potentielle konkurrenter på det marked, hvor den dominerende virksomhed agere og søger at eliminere eller svække disse. Eksempler på ekskluderende misbrugsadfærd kan være, at der laves eksklusivaftaler eller at der benyttes loyalitetsrabatter og underpriser. Også leveringsnægtelse jf. artikel 82 EF litra b er betragtet som misbrugsadfærd jf. Microsoft dommen T-201/04.¹⁷⁸

8.2.2.1 Den grundlæggende test

Ud fra dommen Hoffman – La Roche kan der udledes, at der er to væsentlige elementer, som skal tages i betragtning, når det skal afgøres om en given adfærd kan udgøre et misbrug. For det første skal adfærden *påvirke konkurrencen negativt* og for det andet skal adfærden *adskille sig fra normal forretningsadfærd*, hvilket betyder, at adfærden ikke er i overensstemmelse med det, der udgør *Competition on the merits*, som uddybes i afsnit 8.2.2.2.1.¹⁷⁹

8.2.2.1.1 Negativ påvirkning af konkurrencen

Det vigtige i denne sammenhæng er, at det ikke i sig selv er i strid med artikel 82 EF at opnå eller styrke en dominerende stilling og derfor består udfordringen i anvendelse af artikel 82 EF i, at skelne mellem de midler, som kan betragtes som lovlige til at udkonkurrere andre konkurrenter på markedet og de, som må anses for værende ulovlig misbrugsadfærd.¹⁸⁰ Den negative påvirkning af konkurrencen kan finde sted gennem ændring af den konkurrencemæssige struktur, der er på markedet eller ved at der sker en direkte skade på forbrugerne, hvilket artikel 82 EF i begge tilfælde skal søge at forhindre.

178 Bloch, Robert E, mfl., Business Law International – A Comparative Analysis af Article 82 and Section 2 of the Sherman Act, 2006, s. 154

179 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 484

180 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 536

dre finder sted.¹⁸¹

I foreliggende sag angående Microsofts misbrug af sin dominerende stilling, sker der både en ændring i den konkurrencemæssige struktur på markedet for pc-styresystemer til arbejdsgruppeservere, ved at opnå en væsentlig markedsandel og en begrænsning i den tekniske udvikling, hvilket i sidste ende også vil gå ud over forbrugerne, da der hverken kan skabes konkurrence innovationsmæssigt eller prismæssigt.¹⁸² Fordi der ikke kan udvikles værdige konkurrerende produkter til det Microsoft tilbyder, gives der ikke det behøvede spillerum til at bremse Microsofts voksende markedsandel, ved at der kommer flere aktører på markedet, som kan matche deres styrke og innovationskraft.

8.2.2.2 Normal forretningsadfærd

Når der tales om, hvad normal forretningsadfærd er jf. artikel 82 EF, så kommer det ikke an på en vurdering af, hvordan virksomheder normalt optræder på markedet. Forbuddet i artikel 82 EF er således et udtryk for, at dominerende virksomheder har en *særlig forpligtelse* til ikke, med deres ageren på markedet, at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence.¹⁸³

Denne særlige forpligtelse lægger op til, at dominerende virksomheder skal stræbe mod en højere standard for markedsadfærd, da de agere på et marked, hvor konkurrencen i forvejen er svækket. Derfor er der risiko for, at en virksomheds normale handelsskik på et konkurrencepræget marked rammes af forbuddet i artikel 82 EF, hvis denne udøves af en dominerende virksomhed.¹⁸⁴ Dog er meningen med artikel 82 EF ikke, at en dominerende virksomhed skal forholde sig fuldkommen passivt i forhold til sine konkurrenters

181 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 485

182 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 664-665

183 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, s. 485

184 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, s. 485

agressive markedsføring.

Ved dommen i sag 27/76 – United Brands, anerkendte Domstolen, at en dominerende virksomhed har ret til at værne om sine kommercielle interesser vha. foranstaltninger, der er proportionale efter omstændighederne.¹⁸⁵ Det ligger dog ikke klart, i hvor stort et omfang retten til at beskytte sine kommercielle interesser strækker sig. Retten har dog fortolket ovenstående sådan, at den udviste adfærd skal kunne begrundes i hensynet til den økonomiske effektivitet og derudover være forenelig med forbrugernes interesser for at være lovligt.¹⁸⁶

Kommissionen anførte i betragtning 730-734 til den anfægtede beslutning, at det er almen praksis blandt aktører inden for den pågældende branche, at fremlægge oplysninger for tredjeparter, der skal lette sikringen af interoperabilitet med deres produkter og at Microsoft selv fulgte denne praksis, indtil de fandt, at selskabet var blevet tilstrækkeligt etableret på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere.¹⁸⁷

Grundet ovenstående skal vurderingen af, om der forligger misbrug, tage sit udgangspunkt i det faktum, at en dominerende virksomhed har lov til at fastholde eller styrke sin position på markedet, ved at være mere effektiv end sine konkurrenter. Det er jo tilladt at skubbe sine konkurrenter ud af markedet, hvis bare det er ydelsen, der konkurreres på, altså pris, kvalitet, markedsføring – med andre ord, hvis der føres competition on the merits.¹⁸⁸

185 Iversen, Bent, mfl., Regulering af konkurrence i EU, 2008, s. 264

186 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, s. 538

187 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 702

188 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, s. 537

8.2.2.2.1 *Competition on the merits*

Besidder en virksomhed en dominerende stilling på et marked, må denne ikke bruge andre forretningsmetoder end de, der omfattes af begrebet *competition on the merits*. Det, at udkonkurrere en konkurrent, er ikke i direkte strid med artikel 82 EF, så længe sker på basis af normal og fair konkurrence.

Artikel 82 EF er ikke lavet for at sikre effektiv og fair konkurrence fra de dominerende selskaber, heller ikke for at sikre, at ineffektive selskaber fortsat kan agere på markederne. Det vil sige, at når blot den dominerende virksomhed forsøger at overvinde sine konkurrenter på baggrund af ændringer i markedsstrukturen gennem konkurrence on the merits, er dette ikke en overtrædelse af artikel 82 EF.¹⁸⁹

Selvom det er vanskeligt generelt at sige, hvilke elementer og hvilken adfærd, der falder ind under *competition on the merits*, så kan der, som udgangspunkt udpeges nogle former for konkurrencemæssig adfærd, som må anses for værende indbefattet i begrebet, som f.eks. konkurrence baseret på kvalitet og design eller innovation.¹⁹⁰

Konkurrence ført på ovennævnte elementer formodes at være positive for konkurrencen og dermed ikke omfattet af misbrugsbegrebet, også selvom det kan lede til ændring af markedsstrukturen. Her er det dog også et spørgsmål om ændringerne er så markante, at de alligevel kan anses for at have en så negativ effekt på markeds konkurrencen, at adfærden alligevel rammes af forbuddet i artikel 82 EF.¹⁹¹

Overordnet set har dominerende virksomheder det særlige ansvar for, at denne, med sin

189 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, *Dominerende virksomheder og misbrug*: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 486- 487

190 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, *Dominerende virksomheder og misbrug*: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 487

191 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, *Dominerende virksomheder og misbrug*: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 487

adfærd, ikke skader den effektive konkurrence på fællesmarkedet, men det kan tænkes, at der er tilfælde, hvor udfaldet af en dominerende virksomheds normale markedsadfærd må antages at være uforenelig med artikel 82 EF.¹⁹²

8.2.2.3 Leveringsnægtelse

Det er almen kendt i medlemsstaternes retssystemer, at virksomheder frit kan vælge sine forretningsforbindelser og har ret til at disponere frit over sin ejendom. Principperne er anvendelige til at fremme konkurrencen på længere sigt, hvilket som udgangspunkt gælder for dominerende virksomheder.¹⁹³

Det kan under særlige omstændigheder været påkrævet, at pålægge dominerende virksomheder en pligt til at gøre forretning med konkurrenter for at fremme konkurrencen på kortere sigt.¹⁹⁴ Da dette resultere i et alvorligt indgreb i den dominerende virksomheds aftale- og handlefrihed, forudsættes det nøje begrundet, fordi det indebærer en grundig afvejning af de modstridende hensyn til at beskytte konkurrencen både på kort og lang sigt.¹⁹⁵

Når en virksomhed frygter, at der er mulighed for, at den kan blive tvunget til at dele ud af sine goder til konkurrenterne, så forsvinder motivationen hurtigt til at investere i f.eks. nye produktionsfaciliteter eller til udvikling af nye produktionsmetoder.¹⁹⁶ Står en virksomhed i en situation, hvor den forholdsvis ubesværet kan opnå adgang til andre virksomheders produktionsfaciliteter eller intellektuelle ejendom, da vil dennes incita-

192 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 488

193 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

194 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

195 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

196 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

ment til at udvikle konkurrerende produkter eller faciliteter forringes kraftigt.¹⁹⁷

Grundlæggende for leveringsnægtelser er der forskellige former at sondre mellem, alt efter om virksomheden nægter at:

- 1) levere varer eller tjenesteydelser
- 2) udlevere bestemte informationer
- 3) udstede en licens eller
- 4) give adgang til væsentlige infrastrukturer eller faciliteter (essential facilities)

Fordi der er forskellige former for leveringsnægtelse, så vil kravene, der stilles til konkurrencevirkningen samt begrundelser for adfærden, som i andre henseender anses for holdbare, være meget forskellige alt efter hvilken type leveringsnægtelse, det handler om.¹⁹⁸

Da leveringsnægtelsen i Microsoft-sagen omhandlede udlevering af bestemte informationer og udstedelse af licens, vil fokus blive holdt på disse to typer. På denne baggrund vil de to resterende typer af leveringsnægtelse ikke blive behandlet i denne afhandling.

8.2.2.3.1 Leveringsnægtelse i forhold til udlevering af informationer

Kommissionen har tidligere i flere tilfælde pålagt dominerende virksomheder at overgive informationer til sine konkurrenter for at disse kunne udvikle produkter, som ville være kompatible med den dominerende virksomheds produkter.¹⁹⁹

I Microsoft-sagen fastslog Kommissionen, at Microsoft ved nægtelse af at udlevere de grænsefladeinformationer, som var nødvendige for konkurrenternes mulighed for at

197 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

198 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 541

199 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 550

skabe et fuldt ud kompatibelt produkt, overtrådte artikel 82 EF og udviste en ekskluderende adfærd på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere. Dette kan illustreres med, at det først var, da Microsoft selv trådte ind på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere, at de begyndte at nægte meddelelse af grænsefladeinformationerne.²⁰⁰ Nægtelsen resulterede i, at brugere, som brugte Windows på pc'en også var tvunget til at anvende Microsofts serverstyresystem for at sikre en fuld interoperabilitet.²⁰¹

Fordi Microsoft på tidspunktet, hvor sagen verserede, besad en markedsandel på mere end 90% på markedet for pc-styresystemer, betød det i praksis – og det gør det stadig den dag i dag, at interoperabilitet med Windows var uundgåelig, for at have en chance for at konkurrere på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere.²⁰²

Dette har betydet, at der ved nægtelsen har været risiko for udryddelse af enhver konkurrence på markedet samt en begrænsning i den tekniske udvikling til skade for forbrugerne.²⁰³

Fordi konkurrencen på et marked, hvor en dominerende virksomhed agere i forvejen er svækket, så er der risiko for at enhver ændring i markedsstrukturen vil styrke den dominerende virksomhed yderligere.²⁰⁴

Blandt andet på denne baggrund kunne Kommissionen heller ikke anse nægtelsen for værende objektivt begrundet i hensynet til Microsofts immaterialrettigheder.²⁰⁵

200 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslicenser, 2006, s. 442

201 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 550

202 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 551

203 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 563

204 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 540

205 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 690-691

8.2.2.4 Licenser

Som før nævnt er immaterialrettigheden en lovbeskyttet enerettighed til f.eks. at udnytte et litterært eller kunstnerisk værk, som høre ind under ophavsretten, i en bestemt periode, hvilket det drejer sig om i Microsoft-sagen.²⁰⁶ Immaterialrettighederne kan være objekt for en række aftaletyper, og fordi det er op til den nationale lovgivningsmagt at fastlægge, hvilke rettigheder der beskyttes, så er det også her det reguleres, hvilke typer af aftaler immaterialrettigheder kan være en del af, jf. Programdirektivets artikel 10.

Når der meddeles licens overdrages dele af eller hele rettighedshaverens eneret til erhvervsmæssigt udnyttelse efter nærmere fastsatte regler.²⁰⁷ Fordi aftalelicensreglerne i bund og grund udgør et indgreb i rettighedshaverens ret til at disponerer over egne værker, kræver fastsættelse af regler herom udtrykkelig lovhjemmel. Dette er også grundlaget for at de regler, der hjemler en aftalelicens normalvis fortolkes snævert.²⁰⁸

Formålet med denne slags beskyttelse er at tilskynde individer eller virksomheder til at investere i forskning, innovation og udvikling ved at give dem en eneret, hvorigennem de kan beskytte deres forventede indtjening.²⁰⁹

Eneretten er også med til at begrænse konkurrence og hæmme tredjemands udnyttelse. Derfor er der i de forskellige eneretslovgivninger, så som ophavsretsloven, foretaget en vurdering mellem hensynet til fri konkurrence og nødvendigheden af at tilskynde innovation, udvikling og forskning. Afvejningen udtrykkes ved at lovene, under hensyntagen til konkurrencen, fastsætter betingelser for og begrænsninger i beskyttelsen og reg-

206 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 552

207 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 488

208 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 387

209 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 552

ler om fri udnyttelse og tvangslicenser.²¹⁰

En af de aftaler, der kan indgås kan omhandle en platformslicens, som er en form for flerbrugerlicens, hvortil der gives tilladelse til at anvende programmet på en CPU på en bestemt maskinkonfiguration, som er nærmere præciseret. Disse licensvilkår indgås ofte i forbindelse med operativsystemer til f.eks. computere.²¹¹

I nutidens videnssamfund er licensaftaler ganske udbredte, de kan dog have en omfattende virkning på omgivelserne, idet licenstagere bevilges særlig tilladelse til at udnytte en industriel rettighed.²¹²

Dette kan give udfordringer f.eks. i det henseende, at en dominerende virksomhed bliver pålagt at udstede licens til andre konkurrerende virksomheder i medfør af artikel 82 EF. Det betyder nemlig, at vha. ét regelsæt – altså konkurrencelovgivningen - gøres et indgreb i de rettigheder, som virksomheden har jf. et andet regelsæt, nemlig eneretslovgivningen.²¹³

Det kræver derfor forsigtighed at omgås disse regler og derfor har EF-Domstolen fastslået, at *en licensnægtelse i sig selv ikke kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling* jf. Volvo mod Veng.²¹⁴

Udgangspunkt i Volvo mod Veng blev dog senere modificeret ved Domstolens dom i sagen Magill.²¹⁵

210 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 552

211 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s.390

212 Fejø, Jens, EU-Konkurrenceret, 2003, s. 381

213 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 552

214 Dom af 5. oktober 1988 i sag 238/87, Volvo mod Veng

215 Dom af 6 april 1995 i de forenede sager C-241/91P og C-242/91P, RTE og ITP mod Kommissionen (Magill)

8.2.2.5 Udvidelse af misbrugsbegrebet jf. Magill-dommen

Magill-dommen var den første af 3 domme, der var med til at forme europæisk konkurrencepolitik på området for leveringsnægtelse. Sagen gik ud på, at 3 dominerende tv-selskaber, som gjorde deres egen tv-oversigt tilgængelig, separat i deres eget TV-blad og i dagbladene, som også trykte disse programlister, nægtede at give licens til at Magill kunne udgive et generelt ugentligt tv-program. Listerne var beskyttet af copyright i både Storbritannien og Irland og derfor var det ikke muligt for andre at anvende disse oversigter til at skabe en overordnet ugentlig TV-guide. Domstolen fandt, at tv-selskaberne havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet ved at nægte licens til Magill. Denne afgørelse var baseret på en række af ”*særlige omstændigheder*.”²¹⁶

For det første var programlisteinformationerne *uundværlige* for Magill og uden dem var Magill ikke i stand til at udgive en TV-guide, som ville dække alle kanaler. På denne måde forhindrede den udviste adfærd fremkomsten af et *nyt produkt*, som konkurrenten ikke udbød og som der var en potentiel efterspørgsel på fra kundernes side.

For det andet forbeholdt selskaberne sig, ved denne opførsel, det sekundære marked for ugentlige tv-guider ved at *ekskudere enhver konkurrence på det marked*.²¹⁷

Det skal dog, set i lyset af senere retspraksis, pointeres, at Magill skal vurderes som en usædvanlig sag og tillægges en snæver fortolkning. Grunden til dette er, at resultatet i Magill i en videre udstrækning var påvirket af de beskyttede værkers beskaffenhed. Da programoversigterne ikke var hemmelige, nyskabende eller et resultat eller en del af forskning, men bestod i en sammenstilling af oplysninger, som i forvejen skulle fremskaffes for at drive tv-spredningsvirksomhed, hvilket i de fleste medlemsstater ikke ville nyde ophavsretlig beskyttelse, så ville det virke unfair, at ophavsmanden skulle være i

216 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 553-555

217 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 554-555

stand til at forhindre fremkomsten af generelle ugentlige tv-programmer.²¹⁸

Grundlaget for denne opfattelse har dog ændret sig i takt med den teknologiske udvikling, der i dag gør det teknisk muligt digitalt at opbygge store databaser, som også er blevet inkorporeret og beskyttet i ophavsretten vha. direktiv 96/9/EF om retlig beskyttelse af databaser.²¹⁹

Det særlige ved situationen i Magill var, at tv-selskaberne var de eneste kilder til et produkt, som var absolut nødvendigt for at udføre en specifik aktivitet. Dog vil ophavsretligheder under normale omstændigheder ikke forhindre konkurrence mellem konkurrerende ophavsretsindehavere, men fordi adgangen til programoplysningerne var uundværlige for at drive virksomhed på markedet for generelle tv-programblade, så var licensnægtelsen egnet til at udelukke enhver konkurrence på dette marked.²²⁰

Ifølge senere retspraksis, understreges det, at afslag på meddelelse af licens skal bedømmes ligesom et afslag på at give adgang til *essential facilities*, i det henseende at det kræves, at adgangen til udnyttelse af den foreliggende ejendomsret skal være *absolut nødvendig for at levere varer eller præstere tjenesteydelser på et andet marked*.²²¹

8.2.2.6 Bronner-dommens Essential Facilities

Selvom Bronner-dommen ikke omhandler licensiering af immaterialrettigheder, så er sagen en vigtig hjørnesteen i redegørelsen af misbrugsbegrebet, ikke mindst pga. Generaladvokat Jacobs grundlæggende forslag til afgørelsen, som tilvejebringer et overordnet skelet for forhandlingsnægtelses-sager og specifikt henvender sig til problematikken

218 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 554-555

219 Schovsbo, Jens, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, 2003, s. 557

220 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 555

221 Christensen, Andreas, mfl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 555

angående immaterialrettigheder.²²²

Domstolen fandt i denne sag, at en fælles tilgængelighed til andre konkurrenters produkter kun ville kunne opstå i de tilfælde, hvor det pågældende produkt ville være *uundværlig* for evnen til at konkurrere på et marked – forstået på den måde, at der ikke er nogen faktisk eller potentiel erstatning for det produkt. Domstolen lagde derudover vægt på, at afslaget er udtryk for misbrug, fordi, når en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et bestemt marked indikere, at den nægter at levere produkter til en konkurrerende virksomhed (da den konkurrere med på et beslægtet marked), som er absolut nødvendige for dennes udøvelse af aktiviteter, kan dette være med til at udelukke al konkurrence fra denne virksomheds side.²²³

8.2.2.7 Præcisering af misbrugsbegrebet jf. IMS Health dommen

Spørgsmålet i sagen C-418/01 om IMS Health, som var verdens førende udbyder af information til medicinal- og sundhedsindustrien, var om IMS Health ved at nægte meddelelse af licens til anvendelse af sit 1.860-blokstruktur database til sine konkurrenter, havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet.²²⁴

Kommissionen havde foreløbigt pålagt IMS at give licens til alle virksomheder på markedet for tyske regionale salgsdatatjenester. Derudover mente Kommissionen, at der ikke var grundlag for at behandle licensnægtelser forskelligt fra nægtelse af adgang til essential facilities.²²⁵ Grunden til dette var, at Kommissionen var af den opfattelse, at da-

222 Ahlborn, Christian, mfl., The Microsoft Judgement and it's Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, s. 8

223 Sag C-7/97 – Oscar Bronner-sagen, præmis 38

224 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslisenser, 2006, s. 427

225 En essential facility kan i princippet være produkter, tjenesteydelser eller andet, idet begrebet kun udtrykker at det pågældende produkt, der ønskes adgang til, skal være uundværlig/nødvendig for at levere varer eller præstere tjenesteydelser på et andet marked jf. Festskrift til Claus Gulmann, 2006, s. 434

tabasens opbygning i denne situation havde opnået karakter af at være en de facto standard på området, og den pågældende struktur udgjorde en essential facility, som der skulle skaffes adgang til.²²⁶ Derfor blev det ikke undersøgt om licensnægtelsen hindrede, at der opstod nye produkter.²²⁷

Retten har endnu ikke haft mulighed for endeligt at tage stilling til, hvorvidt betingelserne i Magill skal fortolkes, da Kommissionen trak sin beslutning tilbage i IMS Health sagen. Det skete på baggrund af, at Kommissionen fandt, at omstændighederne havde ændret sig afgørende, da Domstolen, i en parallel præjudiciel sag mellem IMS Health og NDC, indbragt af Frankfurts distriktsdomstol, overlod vurderingen af om den beskyttede struktur var nødvendig for at afsætte salgsdatatjenester til Domstolen, hvor sagen var blevet anlagt. Dette resulterede i, at NDC kunne forbedre sin stilling på markedet ved at indgå en lang række nye kontrakter baseret på en struktur bestående af 4.000 blokke. Kommissionen mente herefter ikke, at der var en så nærliggende risiko for at NDC måtte forlade markedet, at der kunne kræves meddelt licens til NDC.²²⁸

I dommen IMS Health fra 2004 formulerede Domstolen 4-grenet test, som sigter mod, både at beskytte indehaveren af immaterialrettigheder mod mindre effektive konkurrenters ”snyltning” og forbrugernes interesse i, at der bliver tilgængeliggjort nye produkter på markedet. Domstolen fandt i denne sag, at det i ganske særlige tilfælde kan udgøre et misbrug jf. artikel 82 EF, at nægte at meddele licens.²²⁹ Dette er jo ifølge immaterialretten ganske lovlig adfærd, det er jo meningen, at rettighedshaver har eneretten til at be-

226 Schovsbo, Jens, Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Grænsefladespørgsmål mellem Immaterialretten og konkurrenceretten, 2003, s. 562

227 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslicenser, 2006, s. 427-428

228 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslicenser, 2006, s. 439

229 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 489

nytte rettigheden, som han/hun lyster.

Microsoft fremførte i deres argumentation, at sagen mod dem burde bedømmes på denne baggrund, ”*eftersom det afslag, der foreholdes selskabet, må betragtes som et afslag på af at give licens til udnyttelse af dets intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorfor den anfægtede beslutning indebærer udstedelse af tvangslicenser.*”²³⁰

Dog er der særlige tilfælde, hvor leveringsnægtelse kan udgøre misbrug og alle tre domme (Magill, Bronner og IMS) gør det ganske klart, at det er en nødvendig betingelse, for at det kan kræves at en virksomhed deler ud af det de, som udgangspunkt, har ejendomsretten til, så skal disse ejendele i sig selv være *uundværlige* for at den anden virksomheds forretninger kan udføres, for så vidt der ikke eksistere aktuelle eller potentielle erstatninger herfor. Det er essentielt for Microsofts konkurrenter at få adgang til de oplysninger, som er nødvendige for, at opnå tilstrækkelig interoperabilitet, således at konkurrenternes produkter kan fungere ligeså godt med Microsofts produkter, som Microsofts egne produkter gør med hinanden. Selvom der er oplysninger tilgængelig gennem Microsoft Developer Network Universal, så er disse oplysninger ikke tilstrækkelig til at opnå den interoperabilitet, som forklaret ovenfor i afsnit 5.6. Det betyder, at Microsoft, ved at nægte at meddele licens på disse oplysninger, hindre den teknologiske udvikling til skade for forbrugerene, idet Microsoft sætter en stopper for at konkurrenternes produkter kan interoperere optimalt med Microsofts produkter. Det kan resultere i, at forbrugerene fravælger andre produkter end Microsofts, fordi de ikke har et ligeså godt sammenspil.

De kriterier Domstolen opstillede viser, at det er tilstrækkeligt, at tre betingelser er opfyldt, for at der forekommer misbrug i tilfælde, hvor ejeren af en ophavsret nægter at

230 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 112

meddele licens til en rettighed, der i kraft af sin funktion er *uundværlig* for at praktisere en vis erhvervsaktivitet, nemlig:

- *nægtelsen forhindrer, at der opstår nye produkter, som der er en potentiel efterspørgsel på.*
- *nægtelsen er objektivt ubegrundet, og*
- *den medføre udelukkelse af enhver konkurrence på et sekundært marked.*²³¹

Domstolen præcisere imidlertid, i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse af et spørgsmål om fortolkning af traktatens artikel 82 EF,²³² som kørte parallelt med IMS Health sagen, at betingelsen om at nægtelsen skal forhindre, at der opstår et nyt produkt, er påkrævet for at sikre nødvendig respekt for immaterialrettighederne, samt at en licensnægtelse kun kan regnes for at være misbrug, hvis denne betingelse er opfyldt. Herudfra kan det formodes, at de ovenfor stående betingelser ikke bare er tilstrækkelige, men også fornødne, for at et misbrug kan fastslås.²³³

8.2.2.8 Uundværlighed og udelukkelse af enhver konkurrence

Først er det vigtigt i denne sammenhæng at lægge mærke til den første betingelse for, at der kan meddeles licens er, at denne er *uundværlig* og derved udelukker enhver konkurrence på et andet marked, hvis den nægtes meddelt.²³⁴ Der skal kunne påvises en meget konkret negativ påvirkning af konkurrencen på markedet, for at der kan stilles noget op mod licensnægtelse.

231 Sag C-418/01- IMS Health GmbH & Co. OHG mod NDC Health GmbH & Co. KG, præmis 52

232 Frankfurts distriktsdomstol skulle afgøre en tvist mellem IMS og NDC om overtrædelse af ophavsrettigheder og forelagde derfor fortolkningsspørgsmålet præjudicielt for Domstolen.

233 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslicenser, 2006, s. 428

234 Ryhl, Charlotte Friis Bach, Festskrift til Claus Gulmann, Konkurrenceretlige tvangslicenser, 2006, s. 434

Derfor skal det undersøges, om der foreligger tekniske, lovmæssige eller økonomiske forhold, som gør det umuligt eller urimeligt vanskeligt for virksomheden at gøre sig gældende på et marked ved at tilbyde alternative produkter. Herudfra skal det være muligt at påvises, at der ligger store hindringer for, at komme ind på markedet og at disse ikke kun skyldes potentielle konkurrenters manglende evner til at konkurrere on the merits.²³⁵

Microsoft fremførte i sagen, at ingen af disse kriterier forelå i deres tilfælde og derfor kunne de ikke dømmes herudfra.²³⁶ Kommissionen fandt dog, at ”den adfærd, Microsoft lægges til last, udviser tre aspekter, som gør det muligt at kvalificere den som misbrug.”²³⁷

Retten fandt, at *udelukkelse af konkurrence*-grenen var opfyldt på baggrund af to betragtninger. Den første var retningsbestemt – dvs. at på trods af at konkurrencen ikke var blevet elimineret, så fandt Retten, at Kommissionen var berettiget i at reagere, da den fandt, at en praksis ville eliminere konkurrence i fremtiden.²³⁸ Den anden betragtning var definerende, hvilket betyder, at Kommissionen skulle påvise udelukkelsen af den effektive konkurrence. Retten bemærkede at ”det at den dominerende virksomheds konkurrenter bibeholdte en marginal tilstedeværelse i bestemte nicher på markedet ikke var tilstrækkeligt til at dokumentere eksistensen af en sådan konkurrence.”²³⁹

På daværende tidspunkt var Retten altså enig med Kommissionen i, at bestemte former for konkurrence ikke var effektive og derfor blev Linux udelukket på baggrund af dens

235 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 490

236 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 116

237 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 317

238 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 561

239 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 563

lave markedsandel på tidspunktet for beslutningen og da det var et open source²⁴⁰ software, var det også tilvejebragt af mange forskellige distributører.²⁴¹

Undersøgelser har vist, at Linux har erobret en væsentlig stor markedsandel, når det kommer til servere, som administrere emailservices og supercomputere. Fra og med November 2008 viste en undersøgelse af de top 500 systemer i verden, at ca. 87% af disse anvender Linux-programmel.²⁴² Når det kommer til konkurrencen på det overordnede servermarkedet, har Linux en markedsandel på ca. 13% jf. International Data Corporations (IDC) rapport fra 2007, men kigges der på markedet, hvor serverne ikke er ejet af selskaber – altså private webservere, m.v., så holder Linux en langt større procentdel af markedet end Microsoft.²⁴³

Ses der på markedet for styresystemer, kan det ses, at Microsoft stadig føre suverænt med en markedsandel på godt 89% – der er altså flere som fortrækker anvendelse af Microsofts udbudte styresystemer.²⁴⁴ Det er dog værd at bemærke, at Linux har haft en stødt stigende markedsandel siden April 2008,²⁴⁵ hvilket kunne indikere, at mange virksomheder, offentlige institutioner og ikke mindst mange privatbrugere har fået øjnene op for, at det er muligt at komme uden om licensproblemer ved at anvende Open Source programmel.

Det skal dog siges, at det er meget svært at beregne det nøjagtige tal for, hvor mange

240 *Open Source er en software som distribueres inkl. kildekode under en licens som garanterer enhver retten til frit at bruge, modificere og redistribuere de programmer man tilpasser/udvikler eller benytter. Det er i sig selv nøglen til succes for Open Source* - <http://www.verinet.dk/opensource.htm>

241 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 583-594

242 <http://www.top500.org/stats/list/32/osfam>

243 Worldwide Server Market Experiences Modest Growth in Fourth Quarter as Market Revenues Reach Seven-Year High in 2007, According to IDC
– <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS21114208>

244 <http://marketshare.hitslink.com/operating-system-market-share.aspx?qprid=8>

245 <http://marketshare.hitslink.com/os-market-share.aspx?qprid=9>

brugere der er af Linux og hvordan disse skal holdes op mod statistikker fra Microsoft. Microsoft har jo mulighed for at gå ind og kigge på salgstal og de ved, hvor mange OEM-udgaver, de har aftaler på. Her er det altså reelt muligt at måle og forholde sig til aktuelle tal, hvorimod det med Open Source programer er svært nøjagtigt at sige, hvor mange bruger der reelt set er.

Det er endnu kun muligt i begrænset omfang at få pc'er med Linux præinstalleret, men når research-organisationer kun vælger at fokusere på det faktiske salg og ikke hvad der rent faktisk bliver anvendt af systemer på servere rundt om i de forskellige IT-afdelinger, så kan der kun fås meget grove cirkatal ud af sådanne undersøgelser.²⁴⁶

8.2.2.9 Nyt produkt

Betingelsen om, at nægtelsen forhindrer, at der opstår nye produkter, som der er en potentiel efterspørgsel på, er udtryk for, at hensynet til den frie konkurrence kun vejer tungere end hensynet til beskyttelsen af immaterialrettigheder og rettighedshavers ret til at drive næring på disse i tilfælde, hvor nægtelsen er til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne.²⁴⁷

Begrebet *et nyt produkt* defineres ikke klart i IMS Health-dommen, men Domstolen gav en vis vejledning til fortolkning: ”*et nyt produkt*« er et produkt, der ikke i det væsentlige kun er en reproduktion af produkter, som indehaveren af ophavsretten allerede tilbyder på markedet. Det er derfor tilstrækkeligt, at det pågældende produkt indeholder nogle bestanddele af betydning, der er et resultat af licenshaverens egen indsats.”²⁴⁸

På baggrund af dette var det kun nødvendigt for Microsoft at fremlægge deres specifika-

246 <http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/6671/1/>

247 Sag C-418/01 - IMS Health GmbH & Co. OHG mod NDC Health GmbH & Co. KG, præmis 48

248 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 317, jf. IMS Health-dommen præmis 49

tioner for grænseflader og ikke implementeringen af dem, og derfor mente Kommissionen heller ikke, at Microsoft havde grund til at frygte, at konkurrenterne kun havde til hensigt at reproducere deres produkter, hvilket i øvrigt ikke ville være muligt ud fra de givne oplysninger.²⁴⁹

Kommissionen nøjedes dog, i sin tid, ikke kun med at undersøge og vurdere begrebet nyt produkt i forhold til de kriterier, som findes i dommen IMS Health sagen. Kommissionen tog også forbuddet i artikel 82 EF stk. 2, litra b mod at begrænse den tekniske udvikling til skade for forbrugeren med i sine undersøgelser for dermed at kunne fastlægge om Microsofts afslag på at meddele licens var en hindring for at skabe nye produkter og ikke kun et afslag på tilladelse til reproduktion.²⁵⁰

En rundspørge, som Kommissionen foranstaltede, viste også, at forbrugerne af serveroperativ-styresystemer, grundet hindringer for at vælge alternative løsninger, som den manglende interoperabilitet udgør, stillede sig tilfreds med Microsofts produkter, selv om Microsoft er bagefter sine konkurrenter for så vidt angår flere væsentlige egenskaber, som forbrugerne lægger vægt på. Microsoft opnår kun en højere placering end konkurrenterne, hvis interoperabilitet med Windows er en faktor, der tages i betragtning, og hvis sekundære faktorer tillægges samme vægt som væsentlige faktorer.²⁵¹

Dette var også et af de elementer Retten lagde vægt på i sin afgørelse. Kommissionen fik dermed medhold i sin påstand angående spørgsmålet om, hvorvidt Microsoft begrænsede den tekniske udvikling til skade for forbrugerne. Der var altså ikke forkert af Kommissionen at holde ”nyt produkt” kriteriet op med forbuddet i artikel 82 EF, stk. 2, litra b, men Retten lagde også vægt på, at ”nyt produkt” grenen ikke i sig selv var nok til at karakterisere en leveringsnægtelse som misbrug, hvilket var et skridt væk fra, hvad

249 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 631

250 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 632

251 Sag T-201/04 - Microsoft mod Kommissionen, præmis 635

den havde lagt op til i de tidligere sager Magill mod Kommissionen og IMS Health dommen. Det betyder, at den skade, der forårsages på forbrugeren, ikke kun kan fremkomme, når der tales om begrænsning af produktion eller afsætning, men også i forbindelse med begrænsning af den tekniske udvikling.²⁵²

Ydermere var Retten af den opfattelse, at når først konkurrenterne havde fået adgang til interoperabilitetsinformationerne fra Microsoft, så ville de have et incitament til at udvikle arbejdsgruppeserverstyresystemer, som er forskellige fra og tilføre en øget værdi i forhold til Windows arbejdsgruppeserverestyresystem.²⁵³

8.2.2.10 Manglende objektiv begrundelse

Det er velkendt at en virksomhed, der udviser adfærd, som ellers ville betragtes som værende misbrug, kan friholdes for ansvar, hvis adfærden kan objektivt begrundes.²⁵⁴

Med denne betingelse giver det umiddelbart sig selv, at det ikke er tilstrækkeligt at begrundede nægtelsen med, at en person besidder rettighederne til det pågældende produkt og bare ikke har lyst til at dele det med andre. Specielt ikke hvis de to foregående betingelser allerede er opfyldt. Der skal noget mere til at godtgøre nægtelsen.²⁵⁵

Objektiv begrundelse afspejles i forskellige aspekter under artikel 82 EF nemlig; 1) situationer, hvor den dominerende virksomheds adfærd er objektivt nødvendig pga. udefra kommende faktorer i forhold til denne adfærd; 2) situationer hvor den dominerende virksomhed tager beskyttende forholdsregler, for at værne om dennes kommercielle interesser og 3) situationer, hvor den dominerende virksomheds adfærd er berettiget pga.

252 Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 647-648, samt præmis 665

253 The European Microsoft case at the crossroads of competition policy and innovation, 2008, s. 11

254 O'Donoghue, Robert, mfl., The Law and Economics of Article 82 EC, 2006, s. 227

255 Vesterdorf, Bo, Festskrift til Claus Gulmann, Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis, 2006, s. 490

markedseksponation eller andre effektivitetsforbedrende tiltag.²⁵⁶

- 1) *Forsvar af objektiv nødvendighed* – f.eks. kan et forhandlingsafslag være retfærdiggjort af forskellige faktorer, så som begrænset kapacitet, bekymringer ang. kvalitet eller sikkerhed. Dog vil et sådan forsvar stadig blive omhyggeligt gransket.²⁵⁷
- 2) *Rimelige tiltag en dominerende virksomhed kan foretage for at beskytte sin kommercielle interesse* – dette forsvar opstår oftest i forbindelse med det såkaldte ”*meeting competition*” forsvar og Retten accepterer også, at dominerende virksomheder foretager visse foranstaltninger, for at forsvare deres forretningsinteresser og bibeholde deres kundekreds, hvis de bliver angrebet, men at ethvert modtræk skal være proportionalt i forhold til trusselen og tage højde for de økonomiske styrker, som virksomhederne konfronterer hinanden med.²⁵⁸
- 3) *Effektivitetsforsvaret* – her påstår den dominerende virksomhed, at dens adfærd kan retfærdiggøres fordi denne forøger virksomhedens effektivitet. Det er under dette forsvar at adfærd som predatory pricing²⁵⁹ prøves retfærdiggjort.²⁶⁰

For at dette forsvar kan påberåbes, må den dominerende virksomhed bevise, at følgende betingelser er opfyldt:

A) *At effektiviteten er blevet realiseret eller der er sandsynlighed for at den realiseres som resultat af den udviste adfærd.* Den dominerende virksomhed være i stand til at vi-

256 O'Donoghue, Robert, mfl., The Law and Economics of Art. 83 EC, 2006, s. 228

257 O'Donoghue, Robert, mfl., The Law and Economics of Art. 83 EC, 2006, s. 228

258 O'Donoghue, Robert, mfl., The Law and Economics of Art. 83 EC, 2006, s. 229

259 Predatory pricing betyder at en dominerende virksomhed har misbrugt sin styrke på et marked ved at sælge produkter eller services til en meget lav pris, med den hensigt at drive konkurrenterne ud af markedet eller kreere barriere for at andre potentielle konkurrenter. Hvis konkurrenterne eller de potentielle konkurrenter ikke kan opretholde en lige eller lavere pris uden at miste penge, bukker de under eller vælger ikke at gå ind på markedet. Dermed opnår virksomheden, der udøver misbruget, at der er færre konkurrenter og kan derpå igen hæve priserne over det niveau markedet ellers normalvis ville kunne holde til – jf. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 28

260 O'Donoghue, Robert, mfl., The Law and Economics of Art. 83 EC, 2006, s. 229

se, at den udviste adfærd er påtaget for at bidrage til forbedring af produktion eller distribution af produkter eller for at fremme teknisk eller økonomisk fremgang f.eks. ved at forbedre kvaliteten af dens produkter eller ved at opnå en specifik omkostningsbesparelse.²⁶¹

B) *At adfærden er uundgåelig for at realisere effektiviteten.* Den dominerende virksomhed skal vise, at den udviste adfærd er uundgåelig for at kunne opnå den påståede effektivitet. Det hviler på den dominerende virksomhed at påvise, at der ikke er andre økonomisk anvendelige eller mindre konkurrencebegrænsende alternativer for at opnå den påståede effektivitet, samtidig med at de forhold der er på markedet for en dominerende virksomhed også tages i betragtning.²⁶²

C) *At effektiviteten kommer forbrugerne til gode.* For at opfylde denne betingelse, skal den dominerende virksomhed påvise, at den effektivitet som er resultatet af den udviste adfærd opvejer den mulige negative effekt det kan have på konkurrencen og forbrugerne.²⁶³

D) *At konkurrencen, med respekt for en betydelig del af de pågældende produkter, ikke elimineres*²⁶⁴ Det skal dog pointeres, at rivalisering mellem foretagender er en essentiel drivkraft bag økonomisk effektivitet og herunder også dynamisk effektivitet, som afspejles i form af innovation. I sidste ende er beskyttelse af denne rivalisering og den proces, virksomheden gennemgår, når den er i konkurrence med andre det, der gives prioritet over en mulig konkurrencebeskyttende effektivitetsforøgelse, hvilket også er

261 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 26

262 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 27

263 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 27

264 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 26

nødvendig, for en konsekvent anvendelse af artikel 82 EF.²⁶⁵

I de situationer, hvor alle fire betingelser er opfyldt, da vil effekten af en sådan adfærd være at fremme essensen af det, konkurrence egentlig går ud på, nemlig at hverve kunder ved at tilbyde bedre produkter og/eller bedre priser end det de rivaliserende konkurrenter tilbyder på markedet.²⁶⁶ Effektivitetsargumentet bliver fremført i forbindelse med koblingssalget af Windows Media Player, hvilket ikke bliver behandlet i denne afhandling og derfor drøftes dette emne ikke videre.

Microsoft gjorde gældende, at afslaget på at meddele licens var objektivt begrundet i de intellektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft besidder til den omtalte teknologi.

Derudover har Microsoft gjort gældende, at de har foretaget betydelige investeringer i udviklingen af deres protokoller. Ydermere fremførte Microsoft argumentet om, at det var alment anerkendt, at en afvisning af at tilgængeliggøre en specifik teknologi til sine konkurrenter kan retfærdiggøres af, at virksomheden ikke ønsker at konkurrenterne anvender teknologien til at give virksomheden konkurrence. Desuden fremstår disse som hemmeligheder, de har stor værdi for licenshaver og indeholder betydningsfuld innovation og derfor vil en fremlæggelse af de angivne informationer mindske Microsofts motiv til at innovere.²⁶⁷ Disse begrundelser blev i øvrigt ikke påberåbt i stævningen og Kommissionen har fremført, at Microsoft begrundelse, om at de har intellektuelle ejendomsrettigheder til den »teknologi«, det drejer sig om ikke kan accepteres, på baggrund af de betragtninger, Domstolen fandt i den sag, der førte til Magill-dommen²⁶⁸

Kommissionen påmindes også om, at det var Microsoft der bar bevisbyrden for at det

265 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 28

266 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 26

267 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmisser 666-667

268 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 678

misbrug, som gjordes gældende overfor dem, var objektivt begrundet og at Microsoft mere konkret skulle have påvist, dels at påbuddet om at fremlægge interoperabilitetsoplysninger ville have en negativ effekt på dens incitament til at innovere, og dels at der var risiko for at denne negative indvirkning ville mere end opveje *”de af Kommissionen angivne faktorer, som betød, at den påtalte adfærd udgjorde misbrug.”*²⁶⁹

Retten bemærkede til ovenstående, at det påhviler Kommissionen at bevise, at de foreliggende omstændigheder udgør gerningsindholdet i en tilsidesættelse af artikel 82 EF og at den dominerende virksomhed skal fremlægge og underbygge, at en evt. objektiv begrundelse kan gøres gældende.²⁷⁰

Desuden anføre Retten, at de pågældende protokoller, som angiveligt skulle være omfattet af den intellektuelle ejendomsret, ikke i sig selv, kan udgøre en objektiv begrundelse som omhandlet i Magill- og IMS Health-dommene. Det fastslås, at et afslag på meddelelse af licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder aldrig vil kunne anses for værende en tilsidesættelse af artikel 82 EF,²⁷¹ medmindre der i forbindelse med afslaget foreligger særlige omstændigheder, sådan at afslaget kan karakteriseres som misbrug og der pga. dette, samt almenhedens interesse i, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, kan gribes ind i eneretten, som tilkommer indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, ved at pålægge denne at meddele licens til tredjeparter, som har ønske om at indtræde i eller fastholde en stilling på markedet.²⁷²

Retten kan heller ikke tiltræde Microsofts argument om, at teknologien er hemmelig, af stor værdi og indeholder betydelig innovation. Det, at den pågældende teknologi er

269 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 680

270 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 688

271 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 690

272 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 691

hemmelig, er en ensidig forretningsmæssig beslutning fra Microsofts side. Derudover kan Microsoft ikke både påberåbe sig interoperabilitetsoplysningernes angiveligt hemmelige karakter som begrundelse for, at de ikke er forpligtet til at dele dem – medmindre de særlige omstændigheder er til stede – og samtidig begrunde sit afslag med at oplysningerne er hemmelige.²⁷³

Retten ser heller ikke nogen grund til, at hemmelig teknologi skulle nyde en højere grad af beskyttelse end f.eks. en teknologi, som er offentliggjort i forbindelse med en patentansøgningsprocedure.²⁷⁴

Retten fandt det desuden ikke påvist til fulde, at Microsofts tilskyndelse til at innovere i væsentlig grad vil blive mindsket eller tilintetgjort og derfor heller ikke kunne udgøre en objektiv begrundelse for nægtelsen.²⁷⁵

Slutteligt fandt Retten, at eftersom de særlige omstændigheder, som gjorde sig gældende i Magill-dommen og IMS Health-dommen, som Domstolen henviste til, også foreligger i Microsoft sagen i overensstemmelse med de fastlagte principper fra retspraksis, *så vil det udgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF, at indehaveren af en intellektuel ejendomsret, som indtager en dominerende stilling, nægter at meddele licens, med mindre det er begrundet i objektive forhold.*²⁷⁶ Der er ikke noget, der taler for at Microsofts incitament til at innovere skulle være mere tungtvejende end disse særlige omstændigheder, som ville gøre at afslaget begrænsede den tekniske udvikling til skade for forbrugerne, som fremført i artikel 82 EF, stk. 2, litra b. Herefter må påstandens 1. led – hvor Microsoft har gjort gældende, at de kriterier, som Fællesskabets retsinstanser har fastlagt for, hvornår det kan pålægges en virksomhed med en dominerende stilling at meddele licens, ikke er op-

273 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 692-693

274 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 693

275 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 702-708

276 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 331-333

fyldt i det foreliggende tilfælde²⁷⁷ - afvises i det hele.²⁷⁸

8.2.3 Tvangslicens

Der kan under hensyntagen til forskellige aspekter gives tvangslicens til anvendelse af en immaterialrettighed. Det betyder helt præcist, at der gives tilladelse til udnyttelse af immaterialrettigheden i et vist omfang mod et tilsvarende vederlag, men tilladelsen er ikke baseret på rettighedshaverens viljeserklæring.²⁷⁹

I sagen Microsoft mod Kommissionen konkluderes det på baggrund af de fire foran nævnte grundlæggende kriterier fremlagt i afsnit 8.2.2.7, fastlagt i tidligere retspraksis, at Microsoft havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere. Derfor kunne de pålægges at meddele licens på deres interoperabilitetsoplysninger samt protokoller til deres konkurrenter, selvom Microsoft insisterede på, at disse informationer var beskyttet jf. immaterialrettighederne.

277 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 101

278 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 709-712

279 Andersen, Mads Bryde, IT-retten, 2005, s. 489

9. Immaterialrettighederne og artikel 82 EF

Det, at en virksomhed besidder en immaterialrettighed, er ikke ensbetydende med, at denne også har en dominerende stilling. Dog kan ophavsmandens udøvelse af eneretten under særlige omstændigheder føre til, at der forligger et misbrug.²⁸⁰ I Microsoft sagen udgjorde det misbrug af dominerende stilling, da Microsoft nægtede at meddele licens til en af sine mindre konkurrenter og Microsofts dominerende stilling havde gjort, at der kun var ganske få aktører tilbage på markedet, som kunne udfordre og konkurrerer med Microsoft.²⁸¹

En konsekvens af at der på markedet for software kun er få eller ingen konkurrenter er, at de virksomheder, der er på markedet ikke har et stort incitament for løbende at rette fejl på deres eksisterende produkter eller for den sags skyld at udvikle nye og bedre produkter. Når der ikke er andre, der kan tilbyde programmer, der er bedre eller billigere end de der er tilgængelige på markedet, så har dominerende virksomheder heller ikke bevæggrund for at forbedre softwaren.²⁸²

Microsoft mente på den anden side, at hvis de blev tvunget til at meddele licens til deres konkurrenter, ville det nedsætte deres incitament til at være innovative og der ville være stor risiko for, at konkurrenterne ville klonе deres produkter.²⁸³

Kommissionen konkluderede efter undersøgelse af Microsofts fremsatte problemstilling, at på kort sigt ville udstedelsen af en tvangslicens have negativ effekt på Microsofts incitament til at være innovative. Dog menes disse negative effekter at blive opvejet af den positive indflydelse på konkurrenternes innovative adfærd. Derudover ville

280 Dom af 6 april 1995 i de forenede sager C-241/91P og C-242/91P, RTE og ITP mod Kommissionen (Magill)

281 Sag T-201/04 Microsoft mod Kommissionen, præmis 31

282 Patentering af software, <http://ip-center.dkpto.dk/om-os/ip-udvikling/rapporter-og-redegoerelser/patentering-af-software.aspx>

283 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 111 og 217

det på længere sigt styrke Microsofts incitament til at være innovativ for at forsvare sin førende position på markedet.²⁸⁴ Retten anså ikke Microsoft for at have løftet bevisbyrden i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt deres incitament til innovation, ville have en negativ indvirkning på selskabet, hvis det blev dem pålagt at fremlægge interoperabilitetsoplysningerne. Derfor tog Retten ikke stilling til den, i afsnit 9., omtalte ”Incentives Balance Test”.²⁸⁵

På baggrund af ovenstående argumenter, pålagde Retten Microsoft at meddele licens til sine konkurrenter og betale en bøde på 3,5 mia. for at misbruge sin dominerende stilling på markedet.

284 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 692- 700

285 Sag – T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen, præmis 696

10. Immaterialretten vs. konkurrenceretten

De målsætninger immaterialretten opstiller står, som udgangspunkt, i kontrast til konkurrenceretten og dens målsætninger. Hvor immaterialretten i vidt omfang stræber mod at give ophavsmanden en fordelagtig juridisk stilling, der grænser til monopol, så er det konkurrencerettens opgave at afværge monopollignende tilstande og misbrug. Det skal dog siges, at der stiles mod opretholdelse af effektiv konkurrence, hvilket gør, at der i dette begreb også er indeholdt elementer af monopollignende tilstande for begrænsede områder og i forskellige tidsaspekter. På denne baggrund retfærdiggøres det, at immaterialrettigheder i nærmere begrænset omfang ydes en særlig beskyttelse mod indgriben på grundlag af konkurrenceretlige aspekter.²⁸⁶

Indenfor EU opereres der med principper om varernes frie bevægelighed, hvilket gør, at varer frit kan krydse grænser uden, at blive hindret heri af told og diskriminerende interne afgifter.²⁸⁷ Der kan dog stilles spørgsmålstegn ved om, det egentlig ikke udgør en handelsbarriere i forhold til international handel, at Microsoft og nu også Intel har fået gigantiske bøder og at konkurrenceretten begrænser større internationale virksomheders muligheder for at konkurrere på det europæiske marked. Virksomheder udenfor EU, som prøver på at komme ind på det europæiske marked, kan muligvis i større grad risikere, at blive ramt af forbuddet i artikel 82 EF.²⁸⁸ På den ene side, kan dette godt forekomme afskrækkende for virksomheder og afholde dem fra at konkurrere på det europæiske marked, men dette ville ikke være fordelagtigt, fordi virksomhederne ville gå glip af en stor indtægtskilde,²⁸⁹ som kunne være med til at finansiere ny udvikling. På

286 Fejø, Jens, EU-Konkurrenceret, 2003, s. 353

287 Artikel 90- 91 EF jf. artikel 23 EF

288 Spulber, Daniel F, Competition policy and the incentive to innovate: the dynamic effects of Microsoft v. Commission, 2008, s.104

289 EU repræsenterer næsten en tredjedel af verdens totale brutto national produkt (BNP), Spulber, Daniel F, Competition policy and the incentive to innovate: the dynamic effects of Microsoft v. Commission, 2008, s.104

den anden side så er de europæiske konkurrenceregler med til at sikre en effektiv og ufordrejet konkurrence, så der på fair vis er plads til alle konkurrencedygtige virksomheder. Derfor skal der foretages en hensynsafvejning af, hvad der er vigtigst af de to modstående hensyn, hvor hensynet til konkurrencen oftest er vinderen.

Dog kan hindringer være begrundet i beskyttelsesværdige hensyn, fx hensyn til miljøet eller den offentlige orden. Disse undtagelser reguleres i national lovgivningsregi.²⁹⁰

Dermed er det op til den enkelte medlemstat, at formulere hvad der, i overensstemmelse med EU-lovgivning, anses som beskyttelsesværdigt og hvordan retstillingen herefter skal reguleres.

Det er også her, der skal tages hensyn til, at der i forbindelse med digitale information kan ske en perfekt genskabelse af denne til en fragment af de omkostninger det har givet at udvikle disse. Så hvis disse informationer stod til fri afbenyttelse ville det næppe skabe incitament til at investere i ny teknisk udvikling og derfor bør teknologisk innovation nyde en eller anden form for beskyttelse mod f.eks. kopiering.

Kigges der på markedet for f.eks. software, består konkurrencen oftest i, at selskaber ser sig nødsaget til at dele deres viden og opbygge alliancer med konkurrenter. Det har givet de, der har dannet alliancer, adgang til hinandens kildekoder, som gør det muligt at sikre, at pågældende programmer kan arbejde sammen. Før sagen mod Microsoft blev anlagt, delte Microsoft i vid udstrækning ud af sine kildekoder og hermed sikrede de sig, at andre softwareproducenter tilpassede deres produkter til Microsofts produkter. På denne måde har Microsoft kreeret et antal af de facto standarder, som har opnået en markant plads på markedet. De opbyggede alliancer gør, at der let skabes monopoler på softwaremarkedet og mangel på konkurrence på markedet har frembragt en række afledte konsekvenser. Der er blandt andet risiko for at en virksomhed med dominerende stil-

290 [Http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_2_1_da.htm](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_2_1_da.htm) jf. artikel 30 EF

ling på markedet misbruger denne.²⁹¹

Microsoft sagen førte umiddelbart ikke til nogen afklaring for brugen af artikel 82 EF i forbindelse med leveringsnægtelse. Retten baserede størstedelen af sin argumentation på tidligere retspraksis, selvom dens fortolkning af kriterierne for misbrugsadfærd er mindre streng. Retten tillagde svagere kriterier i henholdt til uundværlighed og udelukkelse af konkurrence, samt brugte en bredere fortolkning af kriteriet angående fremkomsten af et nyt produkt, således det også omfattede ny innovation.²⁹²

Kommissionen fremførte i sin beslutning en såkaldt ”Incentives Balance Test”, som gik ud på at behandle problemet, der er i forhold til, at balancere de fordele og ulemper, der er ved at pålægge tvangslicens til interoperabilitetsoplysninger. Ideen bag denne test var at sammenligne effekten af en tvangslicens med incitamentet til innovation indenfor nyt software, set både fra Microsofts og dens konkurrenters synspunkt. Hvis den positive effekt tvangslicensen medfører i forhold til incitamentet for innovation hos konkurrenterne, udligner de eventuelle negative effekter, der er på Microsofts incitament til at være innovative, sammenlignet med leveringsnægtelse af informationerne, så vil en sådan begrænsning af immaterialrettighederne være berettiget indenfor rammerne af artikel 82 EF.²⁹³

I forhold til afgørelser i sager som Microsoft sagen, vil det altid bero på en konkret vurdering, hvorvidt vægten lægges på det immaterialretlige aspekt eller det konkurrenceretlige. Det er ikke sådan, at der foreligger konkrete bestemmelser, hvorefter den ene rettighed udspilles i forhold til den anden og sagens udfald vil altid afhænge af de fremførte påstande samt faktum. I Microsoft sagen kan der kun gisnes om, hvorvidt det økono-

291 Patentering af software, <http://ip-center.dkpto.dk/om-os/ip-udvikling/rapporter-og-redegoerelser/patentering-af-software.aspx>

292 Schmidt, Claudia, mfl., Microsoft, Refusal to license intellektual property rights, and the incentives balance test of the EU Commission, 2008, s. 14

293 Schmidt, Claudia, mfl., Microsoft, Refusal to license intellektual property rights, and the incentives balance test of the EU Commission, 2008, s. 2

miske perspektiv, som Retten undlod at tage stilling til, ikke ville have haft en stor betydning i forhold til fastlæggelsen af om interoperabilitetsoplysningerne var beskyttet af Microsofts immaterialrettigheder.

11. Konklusion

I Microsoft sagen er problemstillingen, at Microsoft har nægtet at udlevere interoperabilitetsoplysninger til sine konkurrenter, med den begrundelse at disse var omfattet af Microsofts immaterialrettigheder. Det fandtes dog, at Microsoft havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, samt at de pågældende oplysninger ikke var beskyttet af Microsofts immaterialrettigheder.

Ved begrebet dominerende stilling forstås det, at en virksomhed besidder så meget magt på et givent marked, at den kan begrænse udbuddet og hæve prisen over det niveau, der ville være på et marked med effektiv konkurrence uden at den mister kunder til konkurrenterne. Det er tilstrækkeligt at virksomheden har en sådan styrke på markedet, at den mærkbart kan udøve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig, samt at det er den muligt at fastlægge sin markedsstrategi uden hensyntagen til konkurrencen.

Med en markedsandel på ca. 60% og taget i betragtning af at de tre vigtigste konkurrenter på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere besidder markedsandele på mellem 5 og 25%, så er der stor indikation for, at Microsoft besidder en dominerende stilling på markedet. I denne sammenhæng er det også en indikator for dominans, at Microsoft har haft en støt stigende markedsandel over en længere periode og at markedsundersøgelser har vist, at der har været tendens til at konkurrerende produkter er blevet skiftet ud med Microsofts operativsystem, mens der er meget få eksempler på udskiftning fra Microsoft produktet til konkurrerende produkter.

De, i Microsoft sagen, omtalte interoperabilitetsoplysninger udgøres af to elementer, nemlig de protokoller, som er et regelsæt for sammenkoblingen og interaktionen mel-

lem forskellige kopier af Windows operativsystemet til både arbejdsgruppeservere og klient-pc'er, der er installeret på forskellige computere i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk samt kildekoden, som er den implementering, der afvikles på computeren.

Kildekoden er uden tvivl beskyttet af Microsofts immaterialrettigheder, jf. Programdirektivet. Men fordi de oplysninger, som Microsoft skulle fremlægge for sine konkurrenter ikke var kildekoderelateret, og der på baggrund af disse oplysninger ikke ville være mulighed for at frembringe nøjagtigt de samme produkter som Microsofts, så stred udleveringen af sådanne oplysninger ikke mod Microsofts immaterialrettigheder.

Begrebet misbrug af dominerende stilling defineres egentligt ikke i Traktatens artikel 82 EF. Den nøjes med at opstille en række eksempler på forskellige former for misbrug, herunder begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugeren i bestemmelsens litra b., som er den form for misbrug, der er bestrides i Microsoft sagen.

Microsoft misbrugte sin dominerende stilling ved, at ”afslå at forsyne andre konkurrerende virksomheder med specifikationer for de protokoller, som er implementeret i Windows-styresystemerne til arbejdsgruppeservere og som de servere, som har systemte installeret og som anvendes til at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedr. administration af brugere og brugergrupper til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk samt afslag på at tillade de pågældende virksomheder at anvende specifikationer til at udvikle og markedsføre operativsystemer til arbejdsgruppeservere” Microsoft havde fraveget sin normale forretningsadfærd, påvirket konkurrencen negativt på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, hindret fremkomsten af nye produkter og ny innovation og intet af dette kunne objektivt begrundes.

Leveringsnægtelsen i Microsoft sagen omhandlede udleveringen af bestemte informationer og udstedelsen af licens. Kommissionen fastslog, at Microsoft ved at nægte at udlevere de grænsefladeinformationer, som var nødvendige for konkurrenternes mulighed for at skabe et produkt, der var fuldt ud kompatibel med Microsofts produkter, overtrådte artikel 82 EF og udviste en ekskluderende adfærd på markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere.

Konsekvensen af nægtelsen var, at brugere, som anvendte Windows styresystemet på pc'en også var tvunget til, at bruge Microsofts serverstyresystem, for at sikre en fuld interoperabilitet. Fordi Microsoft besad en så stor markedsandel på markedet for styresystemer, hvad enten det var til klient-pc'er eller til arbejdsgruppeservere, så var interoperabilitet med Windows styresystemet uundgåeligt, for at have en chance for at konkurrere på markedet for styresystemer. Konsekvensen af dette har været, at der ved nægtelsen har været en risiko for udryddelse af enhver konkurrence på markedet, samt en begrænsning i den tekniske udvikling til skade for forbrugeren.

Konkurrenceretten og immaterialretten står som udgangspunkt i kontrast til hinanden. Hvor immaterialretten stræber mod at tildele ophavsmanden en fordelagtig stilling, der grænser til monopol, så sigtes der indenfor konkurrenceretten mod at afværge monopol-lignende tilstande og misbrug. Dog retfærdiggøres beskyttelsen af immaterialrettigheder mod indgriben på grundlag af konkurrenceretlige aspekter under målet om opretholdelse af effektiv konkurrence. Kommissionen fremlagde en "Incentives Balance Test", som evt. kunne have dannet et grundlag for klargøring af retsforholdet af immaterialretten og konkurrenceretten, men fordi Retten undlod at tage stilling til denne "Incentives Balance Test" i Microsoft sagen, og fordi der ikke findes nogen fremgangsmåde eller specifikke kriterier til, hvordan konflikten mellem immaterialretten og konkurrenceretten kan løses bedst muligt, så er det på nuværende tidspunkt kun klart, at immaterialrettigheder

kan bestrides gennem artikel 82 EF, men ikke hvorvidt en specifik konflikt mellem immaterialretten og konkurrenceretten skal kunne løses. Derfor er det stadig en konkret vurdering, der skal finde sted fra sag til sag.

Med støtte i Rettens dom af 17. september 2007 konkluderes det hermed, at ovenstående er med til, at afspejle uforeneligheden mellem immaterialretten og konkurrenceretten i Microsoft sagen.

12. Perspektivering

Microsoft valgte ikke at anke dommen og i hælene på afgørelsen er fulgt en lang række andre sager, hvoraf den nyeste omhandler Intel, som er blevet dømt for at misbruge sin dominerende stilling på markedet for processorer og idømt en bøde på 8. mia. kr.

Derudover har EU stoppet den overvågning, som Kommissionen opretholdt overfor Microsoft, da de ikke længere kan se nogen grund til at holde selskabet overvåget længere. Begrundelsen grunder i at Microsoft har gjort de oprindelige oplysninger tilgængelige og at konkurrenterne siden sagens afslutning har fået flere oplysninger gennem retssager i de enkelte lande.

Microsoft har gjort et betydeligt indtog på open source området og slået dørene op for udviklere, som nu har mulighed for at bruge de protokoller, der gør det muligt at skabe interoperabilitet med både Windows og Microsoft Office. Dette må siges at være et radikalt kursskifte siden sagen mod Microsoft verserede, taget i betragtning at de er gået fra ikke at ville dele, til at åbne protokollerne til deres mest succesfulde produkter. Dog skal der stadig rekvireres og betales licens, hvis produkterne ønskes anvendt i kommercielt øjemed.

Microsoft ser ud til at gå en lysere fremtid i møde, hvad angår konkurrence på fair vis.

13. Litteraturliste

13.1 Bøger

Forfatter	Titel	Artikel	Forlag	Udgave	År
Bloch, Robert E, Kamann, Hans-Georg, Brown, Jay S og Schmidt, Jens Peter	Business law international	A comparative analysis of article 82 and section 2 of the Sherman act.	Legal practice division of the International Bar Association	Vol 7, no 2	2006
Eyben, Bo Von	Juridisk ordbog		Forlaget Thomson A/S	12. udgave	2004
Fejøl, Jens	EU- Konkurrenceret – Almindelig del		Jurist- og økonomiforbundets forlag	3. udgave	2003
Iversen, Bent, Wegener, Pernille Jesen, Mortensen, Bent Ole Gram, Steinicke, Michael og Sørensen, Karsten Engsig	Regulering af konkurrence i EU		Jurist- og økonomiforbundets forlag	2. udgave, 1. oplag	2008
O'Donoghue, Robert og Padilla, A Jorge	The law and economics of article 82 EC		Hart Publishing	1. udgave	2006
Ryhl, Charlotte Friis Bach	Festskrift til Claus Gulmann	Konkurrenceretlige tvangslicenser	Forlaget Thomson	1. udgave, 1. oplag	2006
Vesterdorf, Bo	Festskrift til Claus Gulmann	Dominerende virksomheder og misbrug: EF-Domstolens retspraksis	Forlaget Thomson	1. udgave, 1. oplag	2006

13.2 Artikler

- Appeldoorn, Jochen, *He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, super-dominance and article 82 EC*, European competition law review, vol. 26 no.12, 2005
- Spulber, Daniel F, *Competition policy and the incentive to innovate: the dynamic effects of Microsoft v. Commission*, Yale journal on regulation, vol. 25 no. 2, 2008
- *Microsoft I stor-frieri til open source-miljøet* <http://www.computerworld.dk/art/44428>
- Schmidt, Claudia og Kerber, Wolfgang, *Microsoft, refusal to license intellectual property rights, and the incentives balance test of the EU Commission*, 2008, <http://ssrn.com/abstract=1297939>
- Schønning, Peter, *EF-direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer*, NIR 1992 56
- Dethmers, F og Dodoo, N, *The abuse of Hoffmann- La Roche: the meaning of dominance under EC Competition Law*, European competition law review, vol. 27 issu 10, 2006
- Ahlborn, Christian og Evans, David S., *The Microsoft Judgement and it's Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*
- DG, Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005

13.3 Internetlitteratur

- <http://www.vertion2.dk/leksikon/styresystem>, sidst besøgt d. 12.05.09
- http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_2_da.htm, sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.linfo.org/server.html> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.ks.dk/service-menu/publikationer/konkurrencenyt/arkiv/konkurrencenyt-2007/konkurrencenyt-nr-4-oktober-2007/4/> , sidst besøgt d. 12.05.09

- <http://www.ks.dk/service-menu/publikationer/konkurrenceny/arkiv/1/konkurrenceny-nr-2-maj/microsoft-sagen/> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://borsen.dk/it/nyhed/116470/> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.ophavsret.dk/baggrundsviden.php?rapport=8> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.ks.dk/konkurrenceomraadet/regler/vejledninger/vejledning-om-forbud-mod-misbrug-af-dominerende-stilling-fra1998/> , sidst besøgt d. 12.05.09
- http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_2_da.htm , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.verinet.dk/opensource.htm> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.top500.org/stats/list/32/osfam> , sidst besøgt d. 12.05.09
- Worldwide Server Market Experiences Modest Growth in Fourth Quarter as Market Revenues Reach Seven-Year High in 2007, According to IDC - <http://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS21114208> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://marketshare.hitslink.com/operating-system-market-share.aspx?qprid=8> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://marketshare.hitslink.com/os-market-share.aspx?qprid=9> , sidst besøgt d. 12.05.09
- <http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/6671/1/> , sidst besøgt d. 12.05.09
- Patentering af software, <http://ip-center.dkpto.dk/om-os/ip-udvikling/rapporter-og-redegoerelser/patentering-af-software.aspx> , sidst besøgt d. 12.05.09

14. Domsliste

De forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen

Sag 27/76 – United Brands

Sag 85/79 – Hoffman – La Roche

Sag 238/87, Volvo mod Veng

De forenede sager C-241/91P og C-242/91P, RTE og ITP mod Kommissionen (Magill)

Sag C-333/94 P Tetra Park International mod Kommissionen (Tetra Park II)

Sag C-7/97 – Oscar Bronner-sagen

Sag C-418/01, IMS Health

Sag T-201/04 – Microsoft mod Kommissionen