

Microsoft en mededinging

DOJ VS. MICROSOFT

IN EEN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

Door Walter H. van Holst

De kartelautoriteiten in de Verenigde Staten hebben in het afgelopen jaar diverse zaken tegen softwaregigant Microsoft geopend. Gemeenschappelijk kenmerk van al deze zaken is de vraag of Microsoft niet op ongeoorloofde wijze gebruik maakt van haar dominantie in bepaalde markten om zich een vergelijkbare positie in andere markten te verwerven. Vanuit Europees perspectief een excursie naar het Amerikaanse mededingingsrecht.

De rechtszaken tegen Microsoft zijn publicitair volledig overschaduwd zijn door het steekspel rond het libidoo van Bill Clinton. Desondanks is de kans aanwezig dat het economisch landschap hier meer door beïnvloed zal worden dan door de vraag of exhibitionisme op de werkvloer een ongewenste intimiteit oplevert, zelfs als alle politieke consequenties meegenomen worden. Er zijn namelijk zowel op federaal niveau als in elf staten door de mededingingsautoriteiten zaken tegen Microsoft geopend. De beschuldigingen variëren van uiterst beperkende licenties van haar internet-software aan Internet Service Providers (ISPs) tot oneigenlijk gebruik van haar monopolie om Netscape uit de markt voor WWW-bladerprogramma's te drukken. Nu is het zo dat hoge bomen altijd veel wind vangen. De omzet van Microsoft is ongeveer de helft van het totaalbedrag van wat er wereldwijd door softwarehuizen wordt omgezet. Het lijkt er echter op dat er toch meer aan de hand is. Niet alleen de Amerikaanse mededingingsautoriteiten onderzoeken of er sprake is van ongeoorloofde mededinging, ook hun Japanse en Europese collega's bekijken de praktijken van Microsoft met argusogen. Aangezien de ideeën over hoe het mededingingsrecht toegepast moet worden op het snel veranderende gebied van de informatietechnologie nog lang niet uitgekristalliseerd zijn is dit een interessante casus om vanuit zowel een Europees als een Amerikaans perspectief te benaderen. Vooral ook omdat eerdere jurisprudentie in de Verenigde Staten van belang is gebleken in Europese zaken (van Duijvenvoorde). Er heeft tijdens diverse anti-trust zaken op het gebied van informatietechnologie een intensieve informatie-uitwisseling plaatsgevonden tussen de Europese Commissie en het Amerikaanse Department of Justice (DoJ). Zelfs heeft er in 1995 een gezamenlijk onderzoek tegen Microsoft gelopen, wat uiteindelijk tot een schikking heeft geleid, maar daarover later meer.

In dit artikel zal ik proberen de zaak Microsoft zoals die er nu voorstaat weer te geven en met een Europese bril te bekijken. Vanuit het Europees perspectief zijn bepaalde, met name procesrechtelijke, details minder relevant en daarom zal ik mij meer tot de mededingingsrechtelijke hoofdlijnen beperken. Omdat het onvermijdelijk is dat in een artikel dat over informatietechnologie gaat termen gehanteerd worden die onbekend zijn voor wie zich niet elke dag met dit van snelle termen doordrenkte vakgebied bezighoudt is er een kader met beknopte uiteenzettingen onder de titel 'jargon'.

IT EN MEDEDINGINGSRECHT

Grootschalige anti-trust zaken op het gebied van informatietechnologie zijn zeker niet nieuw. IBM is in zijn hoogtijdagen herhaaldelijk geconfronteerd met mededingingszaken. Wat deze zaak interessant maakt is niet zozeer de omvang, maar meer dat het een beslissende invloed kan hebben op de komende tien jaar in de IT-industrie. De uitspraak zal namelijk invloed hebben op wat Microsoft voor functionaliteit in zijn Operating System (OS) software mag aanbieden. Voorgaande zaken zijn vrijwel altijd met een schikking afgedaan, met name omdat de technologische veranderingen de te bestrijden monopolieposities al zo aangetast hadden dat een veroordeling weinig zin had. Er is echter over de afgelopen jaren zoveel geïnvesteerd in programmering die alleen op de besturingssystemen van Microsoft kan draaien dat het vooralsnog onwaarschijnlijk is dat Microsoft door marktontwikkelingen zijn monopoliepositie kwijt zal raken. Daarnaast lijkt het bedrijf in dit geval op een confrontatie aan te sturen.

VOORGESCHIEDENIS

In 1989 begint de Federal Trade Commission (FTC) een onderzoek tegen mogelijk anti-competitieve praktijken van Microsoft. De FTC is een overheidsorgaan dat als taak bevordering van de handel en toezicht op de mededinging heeft. Nadat de FTC het intern niet eens kon worden over deze zaak nam het DoJ het over in 1993. Microsoft had namelijk overeenkomsten gesloten met de belangrijkste computerfabrikanten die licenties voor MS-DOS en MS-Windows verleenden op basis van het aantal computers dat deze verkochten en niet op basis van het aantal computers waarop deze software werd geïnstalleerd. Het werd op deze manier voor computerproducenten onaanvaardbaar om andere software te installeren omdat er hoe dan ook een bedrag aan Microsoft betaald moest worden. Een andere klacht was dat Microsoft andere software-ontwikkelaars die applicaties wilden ontwikkelen voor nog uit te brengen versies van Microsoft besturingssystemen te restrictieve *non-disclosure agreements* (NDA's) zou opleggen. Technisch gezien is een besturingssysteem de schil tussen toepassingen (bijvoorbeeld een tekstverwerker) en zowel de hardware als de gebruiker. Het is van groot belang voor softwareproducenten dat hun producten optimaal samenwerken met een onderliggend besturingssysteem vanaf het moment dat dit besturingssysteem op de markt komt. Ze zijn min of meer veroordeeld tot een intensieve samenwerking met de maker van het besturingssysteem, wat op de markt voor personal computers doorgaans Microsoft is. Microsoft werd verweten door middel van deze NDA's andere softwarebedrijven te ontmoedigen om hun applicaties geschikt te maken voor andere besturingssystemen dan die van Microsoft. Ook zouden deze NDA's juridische barrières opwerpen voor het op de markt brengen van eigen besturingssystemen. Dezelfde klachten werden onderzocht door de Europese Commissie. Zoals eerder vermeld is hierbij intensief samengewerkt tussen de Europese Commissie en het DoJ. Deze zaak is uiteindelijk uitgemond in een schikking.

Deze schikking, wat in de VS een *consent decree* wordt genoemd, behelste onder meer dat Microsoft de 'per processor' licenties aan computerfabrikanten staakte. Ook de

restricties in de door Microsoft gehanteerde NDA's werden ingeperkt. De *consent decree* besloeg de versies van MS-DOS, MS-Windows en Windows 95, wat toen nog onder de codenaam Chicago door het leven ging, die voor Intel x86 processoren bedoeld zijn, voor een periode van 87 maanden. Andere producten van Microsoft zoals Windows NT en applicatiesoftware vielen hier buiten. Tegen deze schikking zijn een aantal concurrenten van Microsoft in beroep gegaan, omdat deze schikking niet 'in the public interest' zou zijn. Met name de beperking tot het Intel x86 platform en het feit dat de Windows NT productlijn buiten de *consent decree* viel. Dit beroep werd in eerste instantie toegekend in de zogenaamde *Sporkin decision*. Zowel Microsoft als het DoJ zijn tegen de *Sporkin Decision* in beroep gegaan. Met succes, want in juni 1994 vernietigde het U.S. Court of Appeals de *Sporkin decision*. Drie jaar later, in juni 1997, begint justitie opnieuw een zaak tegen Microsoft. Microsoft weigert namelijk het besturingssysteem Windows 95 aan computerfabrikanten te leveren zonder het internet bladerprogramma Internet Explorer. Volgens het DoJ is dit in strijd met de *consent decree* van 1994. Microsoft verweert zich met het argument dat Internet Explorer niet als een afzonderlijke applicatie beschouwd kan worden, maar een geïntegreerd onderdeel van het besturingssysteem is. Op 11 december velt U.S. District Judge Thomas Penfield Jackson een voorlopig vonnis waarin Microsoft onder andere wordt opgedragen om ook versies van Windows 95 aan te bieden zonder Internet Explorer. De juridische veldslag over het eindvonnis is nog in volle gang, maar Microsoft is alvast in beroep gegaan tegen het voorlopig vonnis en het ziet er naar uit dat er nog een lange strijd zal volgen.

Het is vooralsnog onduidelijk of de Europese Commissie stappen tegen Microsoft onderneemt, maar inmiddels heeft Microsoft onder druk van de EC alle licentie-overeenkomsten met Europese ISPs herzien. Deze contracten bevatten een clausule die de ISP's verbodt om hun eindgebruikers informatie te verstrekken over andere bladerprogramma's dan Internet Explorer.

WETGEVING IN EUROPA EN DE VS

Strikt genomen wordt Microsoft beschuldigd van het overtreden van artikel twee van de zogenaamde Sherman Act. Dit artikel luidt:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Als we dit vergelijken met de Europese situatie zien we dat de formulering wezenlijk anders is. Art. 86 EG verdrag luidt als volgt:

Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen mis-

bruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een deel daarvan.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

- het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden,*
- het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers,*
- het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkend bij de mededinging,*
- het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

De praktijk is echter dat er in de jurisprudentie veel parallellen te trekken zijn tussen EG mededingingsrecht en dat in de Verenigde Staten (Reynolds). Dit geldt ook voor het meest in het oog springende verschil, dat het pogen om een monopolie te verwerven in de VS strafbaar is en in de EU niet. De jurisprudentie hierover geeft aan dat de Europese Commissie art. 86 extensief interpreteert (Korah). Formeel zijn er, bijna vanzelfsprekend gezien de totaal andere rechtsgeschiedenis, grote verschillen. Materieel gezien verschillen beide stelsel vooral op het punt van verticale afspraken, die in Europa veel makkelijker tot situaties kunnen leiden die in strijd zijn met art. 85 en het onderliggende gedachtegoed. In de VS wordt veel meer gesteund op het relatief recente gedachtegoed van de zogenaamde Chicago-school economie, terwijl in de Europese situatie meer vanuit oudere economische concepten wordt geredeneerd (Reynolds), wat soms tot strengere opvattingen kan leiden. In beide jurisdicties worden monopolies niet als een kwaad in zichzelf beschouwd. Kaufmann vat het puntig samen:

'The law of unfair competition, though also based upon the order of competition, has as its goal not to protect this order itself, but exclusively to ensure that the competitors fight the competitive fight in a fair, ethical way. That these ethical values are neutral in an economic sense is the proposition of the general doctrine in Western Europe.'

Hoewel er grote overeenkomsten tussen beide stelsels zijn en er veel wederzijdse beïnvloeding plaatsvindt, is de stelling dat er sprake is van convergentie niet zonder meer gerechtvaardigd. Informatietechnologie heeft echter een dusdanig internationaal karakter dat op dit gebied beide mededingingsregimes elkaar wel heel sterk beïnvloeden. Van Duijvenvoorde haalt in dit verband een Europese zaak aan waarin IBM gedwongen werd technische informatie openbaar te maken voor concurrenten. Dit had eveneens gevolgen voor de Amerikaanse concurrenten van IBM. In de zaak Microsoft is dat nog sterker aanwezig, omdat er tot en met de totstandkoming van de *consent decree* sprake was van een gezamenlijk optreden van de EC en het DoJ.

DOMINANTE POSITIE

In de oorspronkelijke aanklacht, die uiteindelijk tot de consent decree heeft geleid, wordt gesteld dat de overtreding van art. 2 van de Sherman Act plaatsvond door misbruik van een dominante marktpositie (om onder meer koppelverkoop mogelijk te maken):

'Virtually all major PC manufacturers find it necessary to offer Microsoft operating systems on most of their PCs. Microsoft's monopoly power allows it to induce these manufacturers to enter into anti-competitive, long-term licenses' [...]

Hoewel er in het alledaags taalgebruik met een monopolie doorgaans een situatie bedoeld wordt waarin er voor een bepaald product slechts één aanbieder bestaat, wordt in zowel de economie als in het mededingingsrecht een ruimer begrip van monopolie ofwel marktdominantie gehanteerd. Met monopolie wordt dan een situatie bedoeld waarin een aanbieder een zekere beslissingsvrijheid heeft om een prijs voor de geboden producten vast te stellen. Korah citeert in dit verband de beslissing van de Commissie over de *Continental Can* zaak:

'Undertakings are in a dominant position when they have the power to behave independently, which puts them in a position to act without taking into account their competitors, purchasers or suppliers. That is the position when... they have the power to determine prices or to control production or distribution for a significant part of the products in question.' en

'... it is enough that they be strong enough as a whole to ensure to those undertakings an overall independence of behavior, even if there are differences in intensity in their influence on the different partial markets.'

Dit is een ruimere definitie dan het concept van 'power to manipulate price' wat in het Amerikaanse mededingingsrecht gehanteerd wordt om vast te stellen of er sprake is van een dominante marktpositie.

Microsoft heeft tot op heden betoogd geen dominante rol op de markt voor personal computers te vervullen. Ondanks een marktaandeel van meer dan 80% is men in Redmond van mening dat het innovatietempo in de automatiseringsindustrie zo hoog ligt dat er vrijwel nooit van marktdominantie gesproken kan worden. Justitie is daarentegen van mening dat dit argument niet opgaat omdat standaardisatie van groot belang is in deze industrie. Marktpartijen die een standaard van belang, en de systeemsoftware van Microsoft is zo'n standaard, beheersen zijn vanuit dat perspectief gevrijwaard van de competitieve werking van innovaties die nog geen kritieke marktmasa bereikt hebben. Een de facto standaardisatie waarbij de standaard in kwestie beheerst wordt door één speler creëert toetredingsbarrières, in plaats van het 'level playing field' waar standaarden doorgaans mee geassocieerd worden. Het debat hierover woedt nog steeds tussen industriële economen en mededingingsjuristen in de Verenigde Staten. Het denken van de Chicago-economen waarin het onwenselijk wordt geacht om in te grijpen bij monopolisten op sterk innovatieve markten speelt hierbij een grote

rol. Mocht het in Europa tot vervolging van Microsoft komen, dan is het niet onaannemelijk dat een dominante positie eerder aangenomen wordt dan in de Verenigde Staten. Het marktaandeel van Microsoft alleen zou al voldoende zijn.

Het is overigens in beide rechtssystemen mogelijk om intellectuele eigendomsrechten die resulteren in toetredingsbarrières open te breken. In Europa is dat gebeurd in de zogenaamde Magill-zaak, waarbij het ging over het auteursrecht op omroepgegevens. De Amerikaanse evenknie hiervan is een recente uitspraak van het U.S. District Court for the Northern District of Alabama in de zaak *Intergraph vs. Intel*. Hierin werd op grond van de Sherman Act processorfabrikant Intel gedwongen om zonder enig onderscheid te maken toegang te bieden tot technische informatie over de producten van Intel. In het geval van Microsoft zou daarvoor echter een volledig nieuwe procedure gestart moeten worden, dit omdat een dergelijk openbreken van de Windows-standaard in de oorspronkelijke zaak niet aan de orde geweest is.

KOPPELVERKOOP

Het misbruik van de dominante marktpositie van Microsoft zou bestaan uit het toepassen van koppelverkoop. Artikel 14 van de Sherman Act verbiedt dat expliciet:

'It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.'

Als we dit vergelijken met de tekst van art. 86 EG onder d, dan zien we dat in de Europese situatie koppelverkoop bijna per definitie uit den boze is. In tegenstelling tot de Amerikaanse opvatting waarin alleen koppelverkoop die schadelijk is voor de mededinging verboden wordt.

In de huidige Amerikaanse mededingingsdoctrines wordt er niet zonder meer vanuit gegaan dat het toepassen van koppelverkoop schadelijk is. Het wordt zelfs mogelijk geacht dat de efficiëntie van markten in sommige gevallen vervoerd kan worden (Korah). Desondanks werd er in de schikking van de Microsoft zaak van 1994 toch opgenomen dat Microsoft zich van dit soort zogenaamde 'tying arrangements' zou onthouden. Deze schikking bevatte echter ook een clause waarin een uitzondering gemaakt wordt voor toekomstige geïntegreerde producten van Microsoft. Microsoft beroept zich nu op deze clause en stelt dat Internet Explorer een geïntegreerd onderdeel van Windows 95 is. In de voorlopige uitspraak van 11

december 1997 is hier nog geen uitspraak over gedaan. Gezien het feit dat Internet Explorer ook los op de markt gebracht wordt voor zowel de eigen besturingssystemen van Microsoft als voor die van concurrenten als Apple en Sun valt er technisch gezien nog wat af te dingen op dit argument, maar het valt anderzijds niet uit te sluiten dat in ieder geval bepaalde onderdelen van dit pakket technisch gezien inderdaad als geïntegreerde onderdelen van het besturingssysteem beschouwd kunnen worden. Omdat de feiten op dit punt nog niet vastliggen valt het buiten het kader van dit artikel om hier juridische uitspraken over te doen.

SLOTOPMERKINGEN

Uitspraken over nog lopende rechtszaken hebben vaak dezelfde voorspellende waarde als een consult bij een horoscopist. Desondanks ben ik van mening dat er een reële kans bestaat dat Microsoft deze zaak verliest. Om mij op nog gladder ijs te begeven: ik denk dat, gezien de striktere wetgeving en jurisprudentie in de EU op de punten waar Microsoft van beschuldigd wordt, er bij een mogelijk verlies van de Amerikaanse zaak het nog heel wel mogelijk zou kunnen zijn dat er alsnog een Europese veroordeling zou komen. Daarnaast verschijnen in de Amerikaanse media steeds vaker geruchten dat er een aparte procedure tegen Microsoft gestart gaat worden. Er wordt druk gespeculeerd over een mogelijke zaak waarin opsplitsing van Microsoft geëist zou worden. Alleen in de spectaculaire AT&T zaak van 1981 waarin telecommunicatiegigant AT&T opgesplitst werd in 21 regionale telefoonmaatschappijen is dit gelukt. Hier zou nog deze zomer duidelijkheid over moeten komen. Maar ook hier geldt: *don't hold your breath.*

JARGON

Browser, bladerprogramma dat internetpagina's weergeeft en het mogelijk maakt langs alle zogenaamde links te navigeren, in zekere zin het venster van de gebruiker op het WWW. Bekendste voorbeelden zijn Netscape Communicator en Microsoft Internet Explorer.

ISP - Internet Service Provider, bedrijf dat het mogelijk maakt om het internet over het reguliere telefoonnet te benaderen.

NDA - Non-Disclosure Agreement, een overeenkomst waarbij de partij toegang krijgt tot technische informatie van de andere partij waarbij een voorwaarde is dat deze vertrouwelijk blijft.

OS - Operating System, het besturingssysteem van een computer dat het als een intermediair tussen de enerzijds gewone applicaties en anderzijds de gebruiker en de hardware fungeert.

WWW - World Wide Web, een van de meest gebruikte toepassingen van het internet die het mogelijk maakt om documenten onafhankelijk van de gebruikte computersystemen te publiceren en naar elkaar te laten verwijzen.

Literatuur

Anquit, K.J. (1998), *Cracking down on Microsoft*, Intellectual Property Magazine, January 1998, <http://www.ipm.com>
Duijvenvoorde, G.P. van, *Informatietechnologie en Europees mededingingsrecht*, diss., Kluwer, Deventer 1996, 589 p.
Kaufmann, P.J., *Passing off and misappropriation, an economic and legal analysis of the law of unfair competition in the United States and continental Europe*, diss., Max Planck Inst. for Foreign and Internat. Patent, Copyright and Competition Law, München 1986, 178 p.
Korah, V., *An introductory guide to EEC Competition Law*, ESC Publishing, Oxford 1990, 269 p.
Reynolds, S.P. (1996), *Comparison of U.S. antitrust law and EC competition law*, <http://www.anti-trust.org>

Mededeling

Opzeggen van het lidmaatschap
van de Juridische Faculteitsvereniging Rotterdam
voor het collegejaar '98/'99, dient schriftelijk te
gebeuren vóór 31 augustus 1998.

Adres JFR:
(kamer L4-33, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam)
t.a.v. de secretaris