

Thommessen Krefting Greve Lund AS
Eivind J. Vesterkjær
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/706 - 105
MAB RASO 473.4

Dato: 14.06.2007

■ Microsoft - konkurranseloven § 11 - avslutning av saksbehandling

1. Innledning

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse vedrørende samarbeidsavtalen mellom Microsoft og en rekke fylkeskommuner i Norge (Fylkesavtalen). Videre vises det til møte mellom Konkurransetilsynet og Microsoft 26. januar 2007, samt telefonkonferanse den 14. mai 2007 mellom advokat Eivind Vesterkjær og tilsynets representanter.

2. Sakens bakgrunn

Konkurransetilsynet mottok klage fra LinPro AS (LinPro) datert 2. mars 2006. Det anføres i klagen at Microsoft har en dominerende stilling innenfor en rekke markeder og at Microsoft misbruker denne stillingen på flere måter. Klager anfører i hovedsak at Microsoft misbruker en dominerende stilling gjennom Fylkesavtalen og School Agreement som Fylkesavtalen bygger på. Det anføres at avtaleverkene inneholder mekanismer som har som formål eller effekt å stenge ute konkurrenter fra de relevante markedene.

I klagen pekes det særlig på at rabattsystemet i Fylkesavtalen er konkurransebegrensende som følge av at fylkeskommunene må lisensiere en såkalt Desktop-pakke bestående av flere ulike programvareprodukter for å oppnå rabattene i avtalen. Klager peker også særlig på at lisensieringsmodellen i Fylkesavtalen er en såkalt site-lisens som medfører en fast lisensieringsavgift basert på antall pc-er på skolen. Ifølge klager må denne lisensieringsavgiften betales uavhengig av om programvaren faktisk er installert på pc-ene.

I klagen fremsettes det anmodning om inngrep med hjemmel i konkurranseloven § 12 ved at det gjøres visse endringer i Fylkesavtalen. Det fremgår av klagen at et inngrep i hovedsak bør gå ut på å pålegge endring av rabattsystemet som kobler atskilt programvare og å fjerne kravet til site-lisensiering slik at lisenser i stedet betales etter hvor mange datamaskiner som faktisk benytter Microsoft programvare. Klager har utdypet og presisert sine synspunkt og anmodninger i brev av 19. desember 2006.

På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet undersøkt Fylkesavtalen. Det har vært omfattende kontakt mellom Konkurransetilsynet og sakens parter per telefon og e-post. Konkurransetilsynet har også sendt en rekke spørsmålsbrev til Microsoft og tilsynet har mottatt omfattende svarbrev fra Microsoft av 21. november 2005, 6. april 2006 og 5. mai 2006. Videre har Konkurransetilsynet mottatt utfyllende brev fra Microsoft av 18. mars 2007. Konkurransetilsynet mottok brev fra

Microsoft om at det er gjort endringer i Fylkesavtalen den 7. mai 2007 og 16. mai 2007, og den 8. juni 2007 mottok Konkurransetilsynet brev fra LinPro hvor klager redegjorde for sitt syn på endringene. Det vises også til telefonkonferanse mellom advokat Kristian Foss og tilsynets representanter den 12. juni 2007. Det er avholdt en rekke møter i saken, herunder møte med klager den 25. januar 2006 og 29. november 2006, samt møte med Microsoft den 26. januar 2007. Konkurransetilsynet har også sendt ut informasjonsinnhentingsbrev til en rekke grunnskoler og videregående skoler, kommuner og fylkeskommuner, samt flere forhandlere av Microsoft-produkter.

3. Nærmere om produktkoblinger og site-lisensiering

Fylkesavtalen er en ramme- og samarbeidsavtale mellom Microsoft og en rekke norske fylkeskommuner som blant annet omfatter lisensiering av flere typer programvare og levering av ulike tjenester. Fylkesavtalen forutsetter at kundene inngår en skoleavtale (School Agreement) med en av Microsofts forhandlere. Samarbeidsavtalen gir blant annet kundene ytterligere rabatter i forhold til prislisten i School Agreement, og Konkurransetilsynet har i samsvar med klagen hovedsaklig begrenset sin vurdering til Fylkesavtalen. I samsvar med klagen har tilsynet i sin saksbehandling særlig fokusert på kravet til site-lisensiering og kravet om å lisensiere flere typer programvare.

Kravet til site-lisensiering innebærer at all programvare, bortsett fra serverprogramvare, må lisensieres for samtlige av skolenes såkalte kvalifiserte pc-er. Kravet til lisensiering av flere typer programvare innebærer at skolene som et minimum må lisensiere en såkalt Desktop-pakke bestående av produktene Office, Windows Upgrade og Core CAL for å få rett til få rett til rabattene i Fylkesavtalen.

Etter en nærmere vurdering av de rettslige og faktiske forhold er Konkurransetilsynet av den oppfatning at både kravet til site-lisensiering og kravet om å lisensiere flere typer programvare i Fylkesavtalen kan være konkurranseskadelige, og tilsynet har vurdert å gripe inn mot Fylkesavtalen.

I møte med Microsoft har Konkurransetilsynet redegjort for hvorfor kravene til site-lisensiering og lisensiering av flere typer programvare i Fylkesavtalen etter tilsynets vurdering kan være konkurranseskadelige. Etter tilsynets vurderinger har markedet for programvare i skolesektoren kjennetegnet som gjør at nevnte avtalevilkår kan være konkurranseskadelige. I denne sammenheng er det av stor betydning at markedet er konsentrert og preget av nettverkseffekter. I slike markeder kan rabatter og vilkår som øker kundens insitamant til å øke sine innkjøp fra én leverandør bidra til å dempe konkurransen.

Konkurransetilsynet har pekt på sider ved site-lisensieringen som samlet kan ha en konkurranseskadelig virkning. Site-lisensiering medfører at skolene må betale for lisenser på alle skolens kvalifiserte pc-er, uavhengig av om programvaren benyttes eller ikke. Kravet til site-lisensiering kan dermed svekke kundens insitamant til å benytte konkurrerende programvarer. En konkurransebegrensende virkning vil blant annet avhenge av størrelsen på rabatten som site-lisensieringen utløser og kostnadene ved å benytte konkurrerende programvarer.

I forhold til kravet om å lisensiere Desktop-pakken for å oppnå rabattene i Fylkesavtalen har Konkurransetilsynet blant annet pekt på Microsofts posisjon i markedet og betydningen av størrelsen på rabatten som oppnås ved å lisensiere flere ulike programvareprodukter. Avtalevilkår som krever lisensiering av flere typer programvare kan medføre at kundene utelukkende eller i hovedsak lisensierer programvarer fra én leverandør. Kundens insitamant til å benytte konkurrerende programvarer vil blant annet avhenge av rabattens størrelse og kostnadene ved å lisensiere konkurrerende programvarer.

4. Endringer i Fylkesavtalen

I brev av 7. mai 2007 har Microsoft orientert tilsynet om at det er avtalt med fylkeskommunene å gjøre visse endringer i Fylkesavtalen. I det følgende beskrives kort de viktigste endringene som er presentert for Konkurransetilsynet.

Endringene medfører for det første bortfall av kravet om lisensiering av Desktop-pakken. Slik Konkurransetilsynet forstår det medfører endringen at skolene ikke lenger er forpliktet til å lisensiere Desktop-pakken for å oppnå rabattene i Fylkesavtalen, det vil si at rabatter innvilges enkeltvis for Windows Upgrade, Office og/eller Core CAL.

For det annet innebærer endringene at den enkelte skole kan ta ut et bestemt antall kvalifiserte pc-er for å bruke alternativ programvare på pc-ene. Konkurransetilsynet forstår endringen slik at skolene står fritt til å unnta det antall kvalifiserte pc-er de ønsker for å bruke konkurrerende programvare og unntak reduserer ikke rabattene etter Fylkesavtalen. Videre forstår Konkurransetilsynet endringen slik at unntak av pc-er medfører at skolene ikke er forpliktet til å betale lisensavgift til Microsoft for disse pc-ene, og at skolene som unntar pc-er krediteres i forhold til antall unntatte pc-er og/eller programmer. Endringen medfører således at skolene ved å benytte unntaksretten betaler lisenser for det antall pc-er som faktisk benytter Microsoft programvare og skolene slipper å betale "dobbelt opp" ved bruk av konkurrerende programvarer. Konkurransetilsynet nevner i denne forbindelse at Fylkesavtalen hele tiden har åpnet opp for å unnta en hel skole eller flere hele skoler fra lisensiering.

Endringene innebærer at Fylkesavtalen endres vesentlig på de to hovedområdene tilsynet har påpekt som særlig bekymringsfulle. Rabattene i Fylkesavtalen gis uavhengig av om kunden lisensierer én eller flere av programvaretypene i Desktop-pakken og den enkelte skole står fritt til å ta ut det antall pc-er de ønsker for å bruke konkurrerende programvare på disse pc-ene. Unntak av pc-er for å bruke konkurrerende programvare medfører at skolen ikke må betale lisens til Microsoft for disse pc-ene og unntak reduserer ikke rabattene som gis i Fylkesavtalen. Fylkesavtalen vil som følge av dette være mindre egnet til å skade konkurransen.

5. Konkurransetilsynet avslutter saksbehandlingen

Som et resultat av de endringene Microsoft har avtalt med fylkeskommunene, har Konkurransetilsynet nå avsluttet sin saksbehandling med hensyn til kravet om site-lisensiering og kravet om å lisensiere flere typer programvarer under Fylkesavtalen. Det forutsettes at de avtalte endringene overholdes, og det gjøres oppmerksom på at brudd på disse forutsetningene vil kunne innebære et brudd på konkurranseloven § 11, noe som vil kunne sanksjoneres med overtredelsesgebyr i henhold til konkurranseloven § 29.

Det understrekes samtidig at det påhviler det enkelte foretak selv å vurdere lovligheten av egen praksis. Det at tilsynet avslutter sin behandling av saken på dette stadiet innebærer ingen formell godkjenning av Microsofts praksis eller Fylkesavtalen som sådan, herunder kravet til site-lisensiering og koblinger av ulike programvarer. For ordens skyld påpekes også at tilsynet heller ikke har foretatt noen vurdering av lovligheten av andre lisensavtaler Microsoft tilbyr i skolesektoren.

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f.)
avdelingsdirektør

Raymond Solberg
seniorrådgiver

