



ULAZIA ETXABE, Mikel

Gipuzkoako Foru Aldundia
Gipuzkoa Plaza, 1
20004 Donostia
mulazia@gipuzkoa.net

BIBLID [1137-1951 (2008), 17; 35-57]

Sarrera eguna: 2008.02.13
Onarpen eguna: 2008.02.25

Microsoft vs. Europako Batzordea (merkatuko lehia babesten duen Zuzenbidea dela eta)

(Microsoft vs. European Commission
(under the Law that protects market competition))

Microsoftek merkatu batetan duen nagusitzaz baliatzea ondoko beste merkatuetako lehian gailentzeko, abusuzkoa kontsideratu dute Europako agintariek. Datozen orriak, bederatzirez urtez luzatu eta oihartzun handiko afera horren kronika dira. Merkatuko lehia babesten duen zuzenbide alorrean prozesu honek ekonomia eta zuzenbidearen eremuko gai interesgarriak azalera ditu. Lan honek, nagusitza-posizioaren abusuz diharduen xedapenaren (EEIko 82. artikulua) kontestuan, gai horietara hurbiltzea bilatzen du.

Giltza-Hitzak: Microsoft. Lehia babesten duen zuzenbidea. Nagusitza-posizioaren abusua. 82 artikulua.

Zas autoridades europeas han considerado como práctica abusiva la actitud de Microsoft de aprovecharse de su posición dominante en un mercado para conseguir igualmente el liderazgo en otros mercados próximos. En estas páginas se recoge la crónica de este litigio, que se ha prolongado durante nueve años y ha tenido una notable repercusión. En el ámbito del derecho que ampara la libre competencia de mercado, este proceso ha sacado a relucir diversas cuestiones de sumo interés relativas a la economía y el derecho. Este trabajo realiza una aproximación a este asunto, en el contexto de la disposición (artículo 82 del TCE) que recoge el abuso de la posición de dominio.

Palabras Clave: Microsoft. Derecho que ampara la competencia. Abuso de posición dominante. Artículo 82.

Zes autorités européennes ont considéré comme abusive la position dominante prise par Microsoft sur l'un des marchés pour obtenir également le leadership sur d'autres marchés voisins. On recueille dans ces pages la chronique de ce litige, qui s'est prolongé durant neuf ans et qui a eu une considérable répercussion. Dans le domaine du droit qui protège la libre concurrence de marché, ce procès a soulevé plusieurs questions intéressantes concernant l'économie et le droit. Ce travail réalise une approche de cette affaire, dans le contexte de la disposition (article 82 du TCE) qui recueille l'abus de la position de pouvoir.

Mots Clés: Microsoft. Droit qui protège la concurrence. Abus de position de pouvoir. Article 82.



1. Sarrera. 2. Merkatuko lehia babesten duen zuzenbide komunitarioa: gehiegikerien kontrola. 3. Teknologi berrien merkatuei egotzen zaizkien ezaugarri ekonomikoak. 4. Egitateak: Microsoften jokaera. 5. 'Dagozkion merkaturen' definizioa. 6. Microsoften nagusitza-posizioa definitu izan diren merkatuetan. 7. Microsoften gehiegikeriazko jokaera, 'nagusitza posizioa' duela aiprotzatuz: 7.1. Bateragarritasunari buruzko informazioa emateko ezetza. 7.2. WMPPlayer-en lotura Windows sistema eragilean. 8. Isuna eta soluziobideak. 9. Konklusioa: paradoxak.

1. Sarrera

Azken 25 urteetan ez bezala, gertu ditugun gertaera batzuk medio, Microsoft enpresaren¹ hazkuntza eta arrakasta eredia, kolokan dagoela esan daiteke. Orain, Microsoftek epe ertainera, egun duen botere hegemonikoa mantentzen jarraituko duen aldeko apustu, gutxi egingo lukete. Gehiago oraindik, dagoeneko badira, sekulako eragile ekonomiko honen norakoa aurreikustean, sistema eragileei dagokionez bederen, IBM² aurretik izandakoarekin parekatzera ausartu direnak.

Aurreikuspen horren arrazoiak, batez ere, bizi dugun garapen teknologikoan du oinarri. Hor dago,

sistema eragile ireki eta iturburu-kodea manipulatzeko ahalbideratzen duten aplikazioen inguruko hika-mika. Paretsu ordea, baliteke ez hain modu funtsezkoan baina, –zuzenbideaz aritzen garenoi– gertuago zaigun zergati batek ere, Microsoften urrezko garaia igaro dela diotenen ahotsak sineskortasunez entzuteran bultzatzen du. Alegia, Microsoften jokaera zuzenbidearekin bat ez zetorrela eta, aspaldidanik irekia zuen auzi garrantzikoenetakoak, 2007an bere azken fasea bizi izan du eta erabakia, ez da justu Microsoften aldekoa suertatu. Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak (EELAA), 2007ko irailak 17an, berretsi egin baitzuen³ Europar Batzordeak, aurrez hartutako *Erabakia*⁴ eta horrela, urte askotan luzatu den afera bati amaiera ipini zaio. Auzi hau, Europar lehia zuzenbidearen arau sisteman zimendutakoa, eztabaida iturri amaigabea bilakatu da. Gutxi dira, Europar Batzordeak merkatuko lehia diziplinan eskumena duenetik, horrenbesteko hotsa atera duten kasuak⁵.

Egia da, izandako oihartzunaren arrazoiak bat, justu auziaren protagonista izan den enpresak duen ospeari egotzi behar zaiola. Dena dela, Microsoft, lehenago ere antzeko auziek in topatu izan bada ere⁶, aztergai den prozesua, lehia zuzenbide komunitarioaren garapenerako, inflexio puntutzat joa izan da eta askoren esanetan, ondorio galantak ekarriko ditu⁷. Beraz, zentzugabekeria litzateke, 2007ko irailean, Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegiak emandako *Epaia*

1. Microsoft, AEBtan egoitza duen konpainia erraldoi honek, hainbat informatika gailuentzako software produktu anitz ekoiztu, lizentzian zabaldu eta euskarri zerbitzua eskaintzen du. Bere eskaintzak, ordenagailuentzako baliagarri diren software sorta zabala barneratzen du. Hala nola, software plataformak (ordenagailu pertsonalentzako eta zerbitzariarentzako Windows sistema eragilea), baliagarritasun pertsonalerako aplikazioak (office) edota, ikaskuntza eta aisialdirako softwarea (Windows Media Player, Xbox kontsola). Guzti horrez aparte, Microsoftek, beste sektoreetan ere baditu interesak, esaterako, telefono konpainietan (Nextel, AT&T) edo telebista kateetan (NBC).
2. XX. mende hasieran sortua, International Business Machines ('IBM') jada nagusi zen, ordenadoreen aitzindari ziren gailuen merkatuan, hau da mekanografiaren teknika oinarri zuten makinetan. Gerra ostean, IBMk ez zuen arazo gehiegi izan, mekanikatik (hodi, pistoi, zilindro, gurrpil,...), fisikara (uhin, atomo, partikula,...) egondako jauzian bere nagusitasuna mantentzeko. Garai horretan, inork ez zuen imajinatzen ordea, batetik, lehia agintariaren kontrolak (United States v. IBM, 1969) eta bestetik, teknikaren aurrerakuntzak (softwarearen nagusitasuna, hardwarearen estandarizazioa), IBMren gainbeheraldia markatuko zukeenik. Datorren esaldi honetan, ongi laburtzen da garapen teknologikotik ondorizatu zena: "*si le matériel d'IBM n'est pas protégé, en revanche, le logiciel de Microsoft l'est (...). Les machines se banalisent, les programmes se singularisent et deviennent la source principale de profit*". DE CLOSETS-LUSSATO, *L'imposture informatique – Vive l'ordinateur simple et bon marché!*, Fayard, Paris, 2000, 107 or.
3. EELAAK, 2007ko irailak 17an, Microsoft T-201/04 aferan emaniko Epaia (aurrerantzean *Epaia*).
4. Europako Batzordeak, Microsoften aurkako COMP/C-3/37.792 prozeduran, 2004ko martxoak 24an emandako Erabakia (aurrerantzean *Erabakia*).
5. Ikusi besterik ez dago prentsan ageritako tituluak. Esaterako, "*Aplastante derrota de Microsoft en Europa (...)* la batalla jurídica y económica más importante que se ha librado en Europa", "*el litigio más importante de la historia de la competencia europea*", pasa den irailak 18 eta urriak 28an, hurrenez hurren, *El País* egunkarian. Microsoftek, seguruenik ez bere borondatez, europar lehia zuzenbideko marka guztiak hautsi ditu. Mundu mailan merkatu kapitalizazio handienetakoa duen konpainia honen aurkako auziak, ia hamarkada bat iraun du (1998 abenduan hasi zen). Konpainia multinazional honek Europako Batzordearen Lehia Zuzendaritza Orokorrak inoiz jarri duen isun handiena jasan behar izan du. Gainera, lehia babesten duen politika komunitari-ak dirauen 50 urteren zehar, Batasuneko organoen agindua ez betetzeagatik zigortua izan den konpainia bakarra dugu.
6. Microsoftek, mundu zabalean, lehia arduradunen arreta, behin baino gehiagotan erakarri du eta horrelako tirabiretan, badu eskarmentua. Gogorazi behar da bereziki, AEBtan, aurreko mendearen bueltan, aurre egin behar izan dion prozesua. Ik. AEBko Justizia Sailaren web orrian, http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm. Azpimarratzekoa da, 2000ko ekainaren 7an emandako Sententziak, Microsoft enpresa zatitzeko agindua ematen zuela (*United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp.2d 59 (D.D.C. 2000), "*Final Judgment*"). Batetik, sistema eragileak eta bestetik, aplikazioak merkaturatuko zituzten baltzu ezberdinetan. Egiturei zuzenki eragiten dien horrelako banantze neurriak, AEBtan ez dira ezezagunak. Petrolio gordin (1911an Standard Oil), tabako (1946an Tobacco Trust) eta telefoniarren (1982an ATT) sektoreetan lehen ere hartu izan dituzte antzeko neurriak. Microsoften kasuan, zatitzeko erabakiak aurrera jarraitu izan balu, erregulatu gabeko sektore batetan hartutako aurrenekoa litzateke baina. 2001ko ekainaren 28ko Sententziak ordea, Microsoften helegitea onartu eta gero, zatitzeko erremedio hori bertan behera utzi zuen (*United States of America, Appellee, v. Microsoft Corporation, Appellant*, 253 F.3d 34). AEBetako aferan, aztertu ziren egitateen artean, ezagunena seguruenik nabigatzaileen ingurukoak izan zen. *Internet Explorer* nabigatzailea, Windows sistema eragilearekin lotzeko estrategia, lehian zeuden besteak, batik bat *Netscape*, kanporatzeko saiakeran.
7. Sententzia ezagutu eta berehala, Brad SMITH, Microsofteko lehendakariordearen hitzetan "*It is very clear that we all have the need to look to Europe and the European Commission under the terms of this decision, and it is equally clear to me that this decision will occupy, as it should, the thoughts and discussion of many people, not just in the weeks ahead, but in the months and years to follow. It is one of these decisions that has that kind of extraordinary impact*". 2007ko irailak 17an, Brusela.

gutxiestea. Batetik, erabakitako neurri beraiengatik: diru-zartada galanta eta hori baina garrantzizkoagoa, Microsoftek, Informazio eta Komunikazio Teknologien (IKT) arloan izango duen jokabidea bideratzeko asmoz, bere portaeren inguruan inposatzen diren neurriak. Bestetik, Europako Erkidegoaren Ituneko 82. artikulua interpretaziorako –nagusitza-posizioaren abusuaz diharduena–, Epaiak ematen dituen irizpide eta argitasun baliotsuengatik. Batez ere, teknologi berrien arloan, gehiegikeriaz ulertu litekeena argitzeko.

Datozen orrietan, Batzordeak, urteetan zehar luzatu duen ikerketa eta *Erabakiaz* arituko gara, oraintsu aginte judizialak berretsi duena. Gure asmoa, afera honi buruzko gerturatze bat egitea da, batik bat, aztertu den testuinguru juridiko eta ekonomikoari tartea eskainiz. Gerturatze hori jomuga izanda ere, aurreratzen dugu honezkero, aztergai izan diren merkaturen konplexutasunak eraginda –oro har teknologia berriak–, esplikazio ugari samurtzearen aldeko apustu egin dugula. Horrek, ezaguera sakon bat izateko nahitaezko diren ñabardurak ekiditera eraman bagaitu ere.

Sarrera hau amaitu aurretik ohartarazi nahi dugu halaber, Microsoften aurka, AEBetan eta Europar Batasunean jarraitutako bi auziak paralelotasun ugari izan badituzte ere, beste alderdi batzuetan, nabarmenki ezberdin direla. Prozedura eta araudi sistema ezberdinak aplikatzeaz gain, ulertu behar da ere, auzi bakoitzak egitate ezberdinen ezagutza izan duela. Ondorioz, egotzi zaizkion lege urrapenen oinarriak ere ezberdinak dira. Hemen, AEBetan jarraitu den auziari aipamenik egingo badiogu ere, ia osoki Europar Batasuneko aginteek jarraitu dutenari buruz mintzoko gara. Horretarako, (1) sarrera honen ostean, eremu komunitarioan garatu den lehia zuzenbideari buruzko aipamena egingo dugu (2). Aipamen hau, Microsofti aplikatu zaion xedapen nagusia, hots nagusitza-posizioaren abusuaz⁸ mintzo den 82. artikulura hurbiltzeko aitzakia baino ez du izan nahi. Ondoren, (3) ekonomiaren ikuspuntutik, Microsoft lehian aritu den sektoreari buruzko zenbait ñabardura egingo ditugu. Azalpen hau, lehiaren inguruan ohikoa den eran, auziak dituen konnotazio ekonomikoaz arduraz izateko ezinbesteko gertatzen da. Jarraian, (4) gertakarien deskribapen batera pasako gara. Auziaren azterketa juridikoaren nondik norakoa azaltzeko berriz, ondoz ondoko hiru pauso

emango ditugu. Aurrena, (5) Microsoft lehian diharduen merkaturen finkapena egitea dagokigu. Bigarrenik, (6) definitu diren merkatu jakin horietan, nagusitza-posizioa nabarmendu beharko da. Hau da, aipatu xedapena, Ituneko 82. artikulua alegia, aplikatzeko nahitaezko ukanbearra badagoela egiaztatu. Nagusitza-posizioa badagoela ikusiaz, azken pausoa, (7) gehiegikeriaz jokatu izana, bistakoa ote den ala ez ikertzea izango da. Aplikatutako isun eta soluziobideei aipamen eginda (8), konklusio gisa, azken atal batetan, (9) auzi honen inguruko zenbait hausnarketa eginez bukatuko dugu.

2. Merkatuko lehia babesten duen zuzenbide komunitarioa: gehiegikerien kontrola

Merkatuko lehia, merkatu-ekonomia mantentzeko beharrezko izateaz gain, kontsumitzaileek, prezio hobereanean kalitatezko produktuak eta zerbitzuak eskuratzea du helburu. Horretarako bide, merkaturan parte hartzen dutenen arteko norgehiagoka izango da. Eskaera erakartzeko saiakerak bultzatuko baitute, berrikuntza teknologikoa zein prezio hoberean erdiestea. Testuinguru horretan, lehia babesten duen zuzenbideak (antitrust law)⁹, joku horretan, gutxienezko ordena mantentzen dela ziurtatzea du helburu.

Europar, zuzenbideko alor honen aro modernoak, bai maila komunitarioen zein estatu-kideetan, nahiko berria dela esatea badago ere, Europa batzeko egitasmoan, estatu-kideek hasieratik distorsiorik gabeko lehia baten aldeko apustu egin zuten. Xede horrekin, beharrezko egiten zen, estatu-kideen ordenamenduen harmonizazioa, eta guzti horren fruitu, urteen poderioz, arlo honetan Europar sortzen joan den zuzenbidezko “corpus”-a dugu. Hala, emandako arauetaz gain, eta hain justu, hauen zehaztugabetasuna dela eta, batetik, Batzordeak gai honetan duen eskuartze esanguratsuak eta bestetik, Europako Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia aberatsaz osatu da alor hau.

Europar merkatu batua eta lehiakorra lortzearren, jarraitutako politika, lau zutabe nagusien inguruan garatu da: Enpresek, lehia murriztea xede duten elkarren arteko akordio nahiz bestelako konponketen gaineko debekua ezartzen da (EEIko

8. Batetik, *menperatzaile, hegemoniko* edo *nagusitza* eta bestetik, *abuso* edo *gehiiegikeria* terminoak elkar bereizi gabe, Europako Erkidegoa eratzekeo Itunaren (EEI) 82 artikuluan, “posición dominante” eta “explotación abusiva” esapideen baliokide modura erabiliak izango dira hurrenez hurren.

9. AEBko Auzitegi Gorenak hau zioen, *United States v. Topco Associates, Inc.*, (1972), auzian “*Antitrust laws... are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms*”.



81 art.). Merkatu-botere esanguratsua duten enpresen jokaera diziplinatzea helburu izanik, egoera menperatzaileen daudenen abusuak ere debekatzen dira (EEIko 82 art.). Kasu honetan, ez da egoera menperatzailea erdiestea debekatuko; egoera horretan izan daitezkeen jokaera kontrolatuko da baizik, egin ditzaketan abusuak, debekatuz. Hirugarrenik merkatuen egitura egokiak mantentzearen, enpresen arteko kontzentrazioen kontrola ezartzen da; esaterako, enpresen arteko fusioak kontrolpean egongo dira, izan ere, metaketa dela eta, eskaintza anitzaren aberastasuna galtzeko arriskua baitakar (139/2004 (EE) Erregelamendua, Kontseiluarena, 2004ko urtarrilaren 20koa). Azkenik, Botere Publikoek eskainitako laguntzen gaineko kontrol bat ere finkatzen da, merkatu bateratua aizuntzen edo faltsutzen ez dutela ziurtatuz. Esate baterako, debekatuko dira suspertzeko ikuspeirik gabe, soilik bizirik iraunarazteko, galerak dituen enpresa bati eskainitako laguntza publikoak, (EEIko 87-89 artikulua).

Aztergai dugun aferan aplikagarri izan den xedapena aztertzeke, hots EEIko 82 artikulua¹⁰, bere aurrekari izan diren arauen aipamen bat ekarri nahi dugu honantz. Merkatu-boterea duten enpresen jokaera kontrolpean izateko saiakeretan eredu ezberdinak baititugu. Esanguratsuenak bi izan dira: batetik, egun oraindik AEBtan indarrean dagoen, 1890ko *Sherman Antitrust Act*. Bestetik, oro har, XX. mende hasieratik Alemanian, alor honetan, jarraituko araugintza politika.

Aurrekari hauek, Europar Erkidegoko Itunaz (EEI) arduratu zena, bi aukeren artean mugitzera eramane zuten. Alde batetik, AEBetako debekuaren tradizioa zegoen. Hemen, monopolizazio saiakerak eta ondorioz, enpresa batek merkatuan izan zezakeen botere hegemonikoa, bere horretan, *Sherman Antitrust Act*-eko 2. artikularen aurkakotzat jotzen zen. Uste horretarako, arrazoi asko zeuden, esate baterako, ekonomilarien iritzia, lehiakortasun estruktura efizienteak mantentzearen aldekoa: horrek bai zekarren garapena eta azkenik,

kontsumitzaileen ongizatea. Honi, liberalismoaren aldeko sinesmena gehitu behar zaio: oro har, aginte publikoek merkatuan esku-hartzerik ez izatearen aldekoa. Bereziki arbuatuz, interbentzio hori, merkatuan boterea lortu ondorengo baten. Ondorioz, AEBetako legegilearen ikuspegia, botere ekonomikoaren erdiespenaz arduratuko da; estruktura efizienteak mantentzearen aldeko kezka, egoera hegemonikoak, dagoeneko jatorrian, *ex ante* eragotziz.

Bestalde, Alemanian garatutako tradizioa zegoen, gehiegikerien ingurukoa. Hemen, merkatuen errealitatea, lehiakortasun perfektukoa ez dela ikustetik abiatzen dira. Hortaz, monopolio egoerak, ez du nahitaz kaltegarria izan behar. Lehiaren abantailak ukatu gabe, garapenerako batzuetan bide egokiena hori izan daitekeela ulertzen da. Beraz, merkatuan boterea izatea, hegemonikoa bada ere, ez du, bere horretan, txarra izan behar. Botere horren erabilera aztertu beharko da eta, bere kasuan, abuzuzkoa bada, eragotzi. Eredu hau, Alemanian gerra arteko garaian indarrean egon zena, batez ere 1957ko *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) legearen bitartez garatu zen. Lege honek, gehiegikeriaren tradizio propioari, indar okupatzaileek gerra ostean inposatutako eredu debekatailea batu zion¹¹. Eraitza, lehiaren daudenen arteko jarrera murriztaileei –lehiakideen arteko konponketa edo kartelak–, debeku eredia eta merkatuan nagusitza-posizioa dutenei, gehiegikerien eredia aplikatzearena izango da.

Europak, Alemanian gertatu bezala, sistema ekletiko baten aldeko apustu egin zuen. Batetik, jokaera murriztaileak debekatuz (EEIko 81 artikulua) eta bestetik, egoera menperatzailea dutenen jardura kontrolatze bidean, soilik berauen abusuak debekatuz (EEIko 82. artikulua). European, Microsoften aurka jarraitutako afera, hain justu ere 82. artikuluen urrapenean zentratu da. Hau da, eragile ekonomiko honek, merkatu jakin batzuetan nagusitasun osoa duen

10. Europako Erkidegoa eratzeke Itunaren (EEI) 82 artikulua:

“Erkidegoko estatuen arteko merkataritzari eragin diezaiokeen heinean, merkatu bateratuarekin batera ezina izango da, eta gehiegikeriaz egindako edozein ustiapen debekatu egingo da, baldin eta enpresaren batek edo gehiagok merkatu bateratuan edo merkatu horretako funtsezko zati baten gainean nagusitasun egoeratik jardun badu.

Gehiegikeriazko jokaera horiek, bereziki, hauek izango dira:

a) zuzenean edo zeharka bidezkoak ez diren salerosketa-prezioak edo beste eragiketa-baldintza batzuk ezartzea;

b) ekoizpena, merkatua edo garapen teknikoak kontsumitzaileen kaltetan mugatzea;

c) beste kontratatzaile batzuei baldintza diferentek aplikatzea balio bereko prestazioetarako, kontratatzaile horiei lehiarako desabantailak sortaraziz horretara;

d) kontratuak itxi ahal izateko, berez eta merkataritzako ohituren arabera kontratu horiekin inolako loturarik ez daukaten beste prestazio osagarri batzuk onartu behar diren menpe jartzea beste kontratatzaileak”.

11. Aliatuek, Gerra ostean Alemanian, deskartelizazioa erdietsi nahian, legedi antitrust zorrotz bat inposatu zuten. Amerikar printzipio antitrustak ezarri, gerra garaian Alemanian industriak izandako portaera, ez errepikatzea bilatzen zen. Bestetik, ordoliberalen korrante akademikoak ere Alemanian gailendu zen abusu tradizioa akotatzearen aldeko ziren. Korrante honen kide esanguratsuenetakoa, LUDWIG ERHARD irakaslea, une haietan ekonomia ministroa, lege proiektuaren arduraduna izan zen eta debekuaren irizpidea jarraitzearen aldekoa. Aurrean ordea, industriaren interesen alde zenbiltzatenak, Estatuaren partehartzea mugatu nahian, abusuaren aldeko apustua egiten zuten. Azkenean, interes ezberdinak uztartuz, legedi misto baten aldeko konpromisora heldu ziran.

sinesmenetik abiatuz, bere jokaerak gehiegikeriazkoak izan direnaren usteaz, epaitua izan eta azkenik errudun bezala joa izan da.

3. Teknologi berrien merkatuei egotzen zaizkien ezaugarri ekonomikoak

Aztergai dugun auziaren nondik norakoak azaldu aurretik, Microsoft lehia diharduen merkatuetako inguruabar ekonomikei aipamen egitea garrantzizkoa deritzogu. Izan ere, afera honetako eztabaida eta posizio-hartzeak, behin eta berriz, zientzia ekonomikoan sorburu duten argumentuez baliatu baitira. Argumentu horietako bat, Microsoft aritzen den software industriak dituen ezaugarri ekonomiko berezituak, batzuen partetik, *antitrust* araudi beraren aplikazio konbentzionala ez bestelako bat aldarrikatzeko aitzaki ere izan da¹². Agintarien artean ordea, ez dago zalantzarik. Bereztasunak kontutan izanda ere, indarrean dugun arau-sistema, baliagarria da¹³. Aho-batez onartzen da baina, industria honek, ikuspuntu ekonomikotik, 'new economy' paradigmaren¹⁴ eredu den neurrian, kontutan hartzeko moduko trazu berezituak dituela. Beraz, aparteko ezaugarri horietako batzuei aipamen egingo diogu.

Eskaintzaren partetik adibidez, azpimarratzekoa da ekoizpen kostu ia guztiak, garapen kostu finakoak direla ohartzea. Softwarea dugu horren adibide. Behin garatzea lortu eta bere baliagarritasuna frogatuta, kopia gehigarriak

egiteak, ia hutsaren hurrengo kostua izango du. Esan liteke beraz, produkzio eskala handitu heinean, eraturako sarrerak, era esponentzalean haziko direla; hau da, ekoiztutako unitate bakoitzaren kostua, are eta txikiago dela (gorantzako etekinen eskala). Bestalde, software industriak, galkorra ez den produktua merkaturatzen du. Produktua, behin eta berriz berrerabili daiteke, erabilgarritasunean galerarik jasan gabe eta honek badu eraginik prezioaren inguruko estrategian¹⁵. Ondorioz, sektore hauetan, inbertsioa errentagarri gerta dadin, ezinbestekoa da lehia sartzen denak, merkatu-kota esanguratsuak lortu eta epe jakin batetan mantenduko duen arrazoizko itxaropena izatea.

Eskariaren partetik berriz, software industriaren gauzarik bereizgarriena seguruenik sare-efektuak dira¹⁶. Erabiltzailearentzat, bere softwarea baliotsuago bihurtzen da, software bera darabiltenen kopurua hazten den neurrian (kanpokotasun [externality] positiboa). *Sare-efektu zuzenak* daudela esan ohi da, baldin eta besteekin komunikatzeko eta datuak partekatzeko aukera, produktu beraren erabiltzaile kopurua handitzen den neurrian goratzen bada. Efektu hau, oro har, elkar harremanetarako produktu guztietara zabaltzen da. Muturrera eramanez, esan daiteke norbaitek telefono bat alferrikakoa duela baldin eta hots egin nahi dien pertsonak telefonorik ez badute. Software industrian, adibidez berriketa (chat) zerbitzu bat erabilgarriago bihurtuko da, bat-batean mezuak elkar trukatu nahi dituzten pertsonak ere zerbitzu berberera harpidetzen baldin badute¹⁷. Bestetik,

12. Ik. besteak beste, POSNER, Richard, A., *Antitrust in the New Economy*, In: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, 106 zkia., 2000; AHLBORN, C., EVANS, D. S. eta PADILLA, A.J., *Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?*, In: *E.C.L.R.*, 156 zkia., 2001; TEMPLE LANG, J., "European Community antitrust law, innovation markets and high technology industries", *Fordham Corporate Law Institute*, New York, October 17, 1996.
13. Europar Batzordearen arabera "*The specifics of the particular industry in question (be it "hi-tech" or "old economy") must be taken into account when conducting any antitrust analysis. Differing characteristics will have an influence on the specific assessments that are reached. This, however, does not mean that a soundly conducted anti-trust analysis cannot be applied to "new economy" markets. In fact, the specific characteristics of the market in question (e.g. network effects, applications barrier to entry) could mean that there is in fact an increased likelihood of positions of entrenched market power compared to certain "traditional industries"*", MEMO/04/70, 2004ko martxoak 24koa. Zentzu berdinean, PITOFISKY R., AEBetako antitrust arloko agintari nagusia zenak esana, "*Proper application in the antitrust laws to high-tech industries raises some of the most challenging questions that we have seen in a long time. As with any adjustment to new facts or proposed law, a cautious approach is called for. But abandoning antitrust principles in this growing and increasingly important sector of the economy seems like the wrong direction to go*", *Antitrust analysis in High-tech: 19th Century Discipline Addresses 21st Century problems*, In: *Prepared remarks for the American Bar Association Section of Antitrust Law's Antitrust issues High-Tech industries Workshop*, 1999 February, 25-26 orr.
14. XX. mendeko azken laurdenean zabaldu den espresio honen esanahia oraindino ere nahasia da. Ez dago batere argi, ekoizpen eta zerbitzu jarduera zehatzak izendatzeko erabiltzen den (Informazio eta komunikazio teknologien (IKT) ingurunea) edo, oro har, ezaugarri berezidun koiuntura ekonomiko bati aipamen egiteko (merkatu-ekonomiari betidanik atxiki zaizkion paradigma batzuk, esaterako aldizkako depresio ekonomikoak ekidinezinak direla, berrikustera eraman izan duten aro berria). Dena dela, asko, bat datoz azpimarratzerakoan "ekonomia berria", ezagutu izan dugun industria-jarduera tradizionalarekiko, modu nabarmenean ezberdintzen dela. Besteak beste, produktuak neurri handi batetan ez-materialak dira (software eta aplikazioak) eta zerbitzuak, giza presentzia gutxirekin eskaintzeko gaitasuna dago (zerbitzu digitalak). Materialtasun ezak eta gizakiaren partehartze gutxitzeak, propioki zerbitzu eta produktu diren eremuak nahastarazten ditu. Ik. PAULRE, BERNARD E., *Is the New Economy a Useful Concept?*, In: *CNRS ISYS Working Paper*, 2000-5 zkia., Paris, 2000.
15. Produktua iraunarazteak, ekonomia eragilea, bere aurreko salmentekin lehiatu beharrean jartzen du. Kontsumitzaileek, etorkizunean egon daitekeen prezioen beharakada aurreikusiz (produktua jada ia denen eskutara zabaldu denean), beren egungo kontsumoa atzeratzeko joera izan dezakete. Egoera honetan, kontsumoa erakartzeko, enpresari egungo prezioak jeistea besterik etzaio geratuko. Merkatuen joera hau, "*Coase conjecture*" bezala ezaguna da.
16. ECONOMIDES, Nicholas. "Competition Policy in Network Industries: An Introduction", In: *The New Economy and beyond: Past, Present and Future*, Denis Jansen (ed.), Texas A&M University, USA, Edward Elgar, 2006, 96 e.o.
17. Beste adibide adierazgarria, Adobe konpainiaren estrategia dugu. Kopia gehigarrien eta distribuzio kostu eskasek, bezeroen softwarea, "acrobar reader" delakoa, dohainik merkaturatzera darama. Bere diru sarrerak, "acrobar distiller" aplikaziotik lortzen dituen bitartean. Azken aplikazio honek, "acrobar reader" bitartez irakurtzen diren fitxategi formatuak sortzea errazten du. Erabiltzaileen bistan, 'acrobar reader' gehiago zabaldu ahala, baliotsuago bihurtuko da; beren idatziak, formatu horretan sortzeko, "acrobar distiller" darabiltenentzako ere, efektu berbera izango du.

merkatu hauetan, *zeharkako sare-efektuak* ere hitz egiten da. Esaterako, informatika alorrean, eusgarri moduan sistema eragile jakin bat darabiltenen ugalketak, Software egileentzako bihurtzen du berarekin bateragarri den software osagarria (aplikazioak) garatu eta merkaturatzea¹⁸.

Ekonomia hauetako merkatu estrukturan ere aparteko berezitasunak antzematen dira. Sare kanpokotasunek *winner takes all* moduko lehia sortarazten dute. Alegia, *de facto* estandarizatzea lortzen duen teknologiak, merkatu zati oso handiak bereganatuko ditu, beste lehiakideak baztertuz. Gauzak horrela, normala da merkatu hauek eragile bakar edo gutxi batzuen esku bukatzea. Nagusitzen ez diren gainontzeko lehiakideak berriz, egoera marjinalera bultzatuak izango dira. Gainera, nagusitzen den horrek irabazi esanguratsuak izango ditu, hurrengo erabateko berrikuntza iritsi eta aurrez hegemoniko zena, alboratua gertatu arte. Egoera hauek ordea, epe jakin batean mozkin itzelak lortzen dituzten eragileen aurrean egoteak, ez dute zertan lehia maila urriaren seinale izan behar. Ekonomilariak esan ohi duten bezala, kasu hauetan lehia ez da merkatu barruan, marjina gutxi batzuk bereganatzeko egiten; borroka, merkatu bera lortzearen egiten da baizik¹⁹.

Sare kanpokotasunek, barneratzeko hesiak sortaraztearekin batera, kanporatzeko hesiak ere eragiten dituzte. Hala, estandarizazioaren harira, erabiltzaileak hasiera batetan beraren erabilgarritasuna areagotua ikusi dezake. Baina momentu batetik aurrera, eragile batek hegemoniazko posizioa lortuz gero, kostu marjinalen gaineko prezioak inposatu ahal izango ditu. Beraz, hurrengo lider teknologikoa agertu bitartean posible da kontsumitzaileak kaltetuak suertatzea. Hauxe da baina, ekonomilari batzuen ustetan, berrikuntza eta hobekuntza bultzarazteko ordaindu beharreko prezioa²⁰.

Informatika industriaren historia laburrak erakutsi du, gainera, sakoneko berrikuntzak maiz gertatzen direla. Beraz, ez sare-efektuak, ez kontsumitzaileek jasan beharreko kanporatze edo ordezkatzeko hesiak (switching costs), edo beste lehiakideek aurre egin beharreko barneratze hesiak ez dira oztopo, produktu berri hobeago batek, ordurarte hegemonikoa zena baztertu ahal dezan. Beraz, merkatu hauetan, egoera menperatzaileak nahiz monopolistikoak aski erasogarriak direla esan izan da.

4. Egitateak: Microsoften jokaera

Europako Batzordeak, 2004ko martxoaren 24an, Microsoften aurka eta lehiaren defentsan burutu duen azterketan, konpainia honek, Itunaren 82. artikulua urratu izana ebazti zuen. *Erabaki* hori Microsoftek errekurritu eta gero, 2007ko irailak 17an, auzitegiek berretsi egin dute. Arau-haustearren arrazoiak, bi izan dira:

– Zenbait informazio tekniko lehiakideen eskura ez ipintzean, lehia eta berrikuntza murriztu ditu. Konkretuki, zerbitzari segmentu baterako sistema eragileen merkatuan, beste agente ekonomikoek, lehiari jardutea oztopatu du. Segmentu hori lan-taldeko zerbitzariena da, hots, zerbitzarien artean segmenturik apalena. Oztopoa berriz, bateragarritasun informazio ez emateagatik izan da; lehiakideek informazio hori beren produktuak ekoiztu eta merkaturatzeko behar beharrezko dutenean.

– Multimedia irakurgailua berriz, sistema eragilearen barnean uztartu du (bundling). Ondorioz, Windows sistema eragilearen erosketa baldintzatu egin du, aldi berean, Windows Media Player (WMP) ere eskuratzea behartuaz (tying).

Jarraian, araudi komunitarioaren urrapen modura ulertu diren egitateen nondik norakoak azalduko ditugu. Lehenik aztertuko dugu,

18. Windowsen kasua aztertu dezakegu. Bere sistema eragilea, *de facto* eusgarri estandarra bihurtu ahal izateko, erabiltzaile eta softwaregile kopuru gehien erakartzen saiatu da. Batetik, erabiltzaile kopurua handituz, sistema eragile hori erakargarriago bihurtzen du, softwaregileek eusgarri moduan ikusi dezaten eta bere 'gainean' lan egin dezaten. Bestetik, erabilgarritasuna areagotzen duen aplikazio kopuru gehiago erakarriz, sistema eragile bera, balioetsuago bihurtzen da, erabiltzaileen bistan. Elkarrenganako premia hau, "two-sided market" bezala ezagutaraztera eman da. Ikusi EVANS D.S. eta SCHMALENSEE R., Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, In: *Competition Policy International*, 3. vol, No. 1, Spring 2007. Eskuragarri, <http://ssrn.com/abstract=987341>.

19. Merkatuko lehiatze eredu hau, SCHUMPETER J.A., ekonomilariak deskribatuarekin bat datorrela esan izan da. Ik. autore honek zioena: "process of industrial mutation –if I may use that biological term– that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism (...) Every piece of business strategy acquires its true significance only against the background of that process and within the situation created by it. It must be seen in its role in the perennial gale of creative destruction (...) competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives". *Capitalism, Socialism and Democracy*. Harper, New York, 1975 [jatorrizko publikazioa 1942], 82-85 orr.

20. EVANS D.S. eta SCHMALENSEE R., Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries, In: *NBER Working Paper*, 8.268 zk., 2001. Ez dute uste autore hauek ordea, merkatuko ziklo hauek oro har kaltegarriak direnik kontsumitzaileentzako. Nolabait, berrikuntzak, oker horiek neutralizatuko lituzke. Estandar bat kontsolidatua dagoen bitartean, jasan beharreko errenta galera, izango da kontsumitzaileengana zuzendua doan berrikuntzagatik ordaina. Berrikuntza gerta dadin, berritzaileen merkatu-boterea behin behineko eskuratzea, nahitaezko baldintza genuke beraz.

bateragarritasuna ahalbideratzeko, Microsofti zenbait informazio tekniko eskatu eta honek, informazioa eskura ipintzera ukatu izana.

Teorikoak eta industria ez datoz bat, bateragarritasunaren (interoperability) esanahi zehatza eta norainokoa finkatzerakoan. Hala ere, denak ados leudeke, sistema baten eremuan, bi produktu elkar bateragarri direla ulertzean, partzialki bederen, elkar komunikatzeko gai badira, alegia, elkarrekiko informazioa trukatu eta berau, erabiltzeko ahalmena baldin badute²¹. Beraz, afera honetan, arauen urraperik dagoen jakiteko, Microsoftek, bere merkatu posizioa dela eta, izan dezakeen erantzukizunari aurre eginez, bere lehiakideei behar adina informazio eman ote dien neurtu beharko da. Ohartarazi behar da, informazioa, lehiakideen eskura jartzeko erantzukizunaz ari garenean, hori ez zaiola debalde egitea eskatzen, kontratu (lizentzia) baten bitartez, dagokion saria jasoaz baizik²².

Zein da, baina, bateragarritasun gabezia aitzakia izanda, Microsofti ematea eskatzen zaion informazioa? Konkretuki, sare txiki bat kudeatzeko erabili ohi den zerbitzarian darabilen sistema eragileak, era egoki batetan funtziona dezan, behar duen informazio teknikoaz mintzo gara. Era egoki horrek barneratuko du noski, Windows sistema eragilea darabilten beste zerbitzari nahiz bezeroekin komunikatzeko ahalmena.

Derrigorrez emateko eskatzen den informazioak, zuzenbidearen ikuspegitik galdera bat mahaigaineratzen digu. Zabaltzea eskatu eta Microsoftek, aldiz, sekretupean mantendu nahi duen dokumentazio tekniko hori, jabego intelektual edo industrialaz babestua al dago? Hau da, Microsoftek eskusiboki ustiatzeko eskubidea al du? Horrela bada, nola bateratu eskaintza anitzeko merkatu-egituraketak —eskariak aukera ezberdinen artean hauta dezan—, berrikuntza sustatzearen eskaini ohi diren pizgarriekin, adibidez, behin behineko legezko monopolioekin?²³ Aurrerago

ikusiko dugu auzi honetan itxuraz kontrajarriak diruditen bi interes horiek bateratu beharrean aurkitzen garen ala ez.

Informazio teknikoa besteen eskura jartzeko erreparoa, sortarazi duen eztabaidaren gakoa, datozen bi iritziren artean laburbiltzea dago. Bata, jokaera hori, informazioa eskusiboki gordaraztearena, onargarria dela pentsatzen dutenena da. Izan ere, eskusibitatea, kontsumitzaileen probetxurako, produktu erabilgarrienak merkaturatzea lortu duenaren saria litzeteke; alegia, produktu hori ekoizten esfortzu egin duenari zor zaion arrazoizko ordaina dela uste da. Beraz, konpainia horrek informazio tekniko hori, berak erabakitako eran ustiatzeko eskubidea izango luke. Beste iritzikoak berriz, jokaera horren atzean, bestelako asmo ezkutuko baten arrastoa sumatzen dute. Konkretuki, aipatu den jokamoldea, merkaturatze maniobra baten testuinguruan kokatu beharko litzatekeela esango dute. Hala, iritzi honetakoe, eztabaidatzen den jokaeran, bezero-ordenagailuetako sistema eragileetan dagoen nagusitza, sare txikietako zerbitzarien sistema eragileetara zabaltzeko saiakera ikusiko dute. Izan ere, bezero-ordenagailuen sistema eragileetan dagoen nagusitasunetik abiatuz, bateragarritasuna bermatu ezean, sare txikietako zerbitzarietan Windows ezten sistema eragileak ia ez baitu merkaturatzeko aukerarik izango. Kontu izan behar da zerbitzari horiei, ia segurutzat, Windows instalatua duten bezerodun sareetan lan egitea tokatuko zaiela. Beraz, Europako lehia agintariak, Microsoftek bateragarritasuna oztopatuz, kontsumitzaileen erosketa aukerak «artifizialki» murriztu ote dituen aztertzeari ekin diote.

Itunaren 82. artikulua hautsi izana leporatzeko bigarren arrazoia, **multimedia fitxategiak**²⁴ **kudeatzeko softwarearen inguruan Microsoftek mantendutako estrategian** aurkitzen da. Hala, Microsoftek, irudia edo soinua jasotzen

21. Modu zehatzago batetan, 91/250/EEE ZUZENTARAUUA, Kontseiluarena, 1991ko maiatzaren 14koa, ordenagailu programen babes juridikoari buruzkoa (Software Zuzentaraua) (1991-05-17ko, AO L 122, 42. e.o.).
22. Softwarea erosi eta instalazioarekin hasi bezain pronto, lizentzia bat azaldu ohi da, eta lizentzia hori baieztatu behar izango da, instalazioarekin jarraitu nahi bada. Normalean, lizentzia horiek zenbait murriztapen ezartzen dizkigute, programaren kopia, kode exekutagarria aztertzea edota programaren gainean edozein aldaketa egiteari buruzkoak. Programa hauek “jabedunak” eta “itxiak” direla esaten da, beren iturburu ezkutuan baitago. Erabiltzaileak, nekez jakin dezake bere ordenagailuan exekututzen den programak zer egiten duen. Software komertzial eta jabedunak ezartzen dituen murriztapenen kontra jende ugari azaldu da eta hauen bidez, lizentzia libreak delakoak sortu dira. Lizentzia libreak askatasun osoa bermatzen diete erabiltzaileei programak erabiltzeko, kopiatzeko, eta programen iturburuak aztertzeko edota aldatzeko.
23. C. PAZ-ARES-k esan bezala, “*el derecho antitrust se encuentra en relación de tensión con el derecho de la propiedad industrial, en cuanto que éste protege y define derechos absolutos de monopolio*”, Constitución económica y competencia desleal. In: *Anuario de Derecho Civil, XXXIV. zkia.*, 1981. Lehia zuzenbideko printzipio nagusiak, jabetza intelektual edo industrialeko eskubideetara zabaldu beharrak, ez du eskubide eskusibo hauen izatea zalantzan jartzen. Hauei buruzko araudia, estatu-kideen esku dago (EEIko 30 eta 295 artikulua). Eskubide hauen erabilera izango da europar lehiaren printzipioekin bateratu beharko dena. *Izatea* eta *erabilera*, Europar jurisprudentzia berak bereiztu izan ditu. Besteak beste, ik. Europako Justizia Auzitegiak, 1966ko uztailak 13ko Epaia, *Consten & Grundig v. Commission*, 58/64 eta 56/64 aferetan; Europako Justizia Auzitegiak, 1974ko urriak 31ko Epaia, *Centrafarm v. Sterling Drug*, 15/74 aferan.
24. Fitxategi hauek, irudi edo soinua jasotzen duen informazio digitalizatua dira. Multimedia irakurgailuei esker, informazio digitalizatu hori ‘irakurtzea’ posible izango da. Dagozkion datu bitarrak (zero edo bat) deskodetu eta behin ‘ituliak’, hardware-ari instrukzioak eman, horrela monitorean edo bozgorailuan jasoak izan daitezke. Informazio digitalizatu hori, konprimatzeko eta deskonprimatzeko, formatu berezitan jaso egoten da baina. Beraz, irakurgailu konkretu batek, soilik berak bateragarri dituen formatuak ‘ulertuko’ ditu.

ULAZIA ETXABE, Mikel. Microsoft vs. Europako Batzordea (merkatuko lehia babesten duen Zuzenbidea dela eta). *Eleria*. 17, 2008, 35-57

dituen fitxategiak konprimitu eta deskonprimitzeko teknologia propioa garatu du²⁵ eta horrekin batera, fitxategi horiek irakurtzea ahalbideratzen duen softwarea merkaturatzea ere lortu du, Windows Media Player (WMP) deritzana. Microsoften estrategia, sistema eragilearen bertsio berriak kaleratu ahala, bere irakurgailua estandar berri bihurtzera zuzenduko zen erabakiaz osatu izan da. Batetik, irakurgailua sistema eragilearekin bat eginik merkaturatzeko erabakia dago. Hau da, Windows sistema eragilea hegemonikoa dela profitatuz, irakurgailua sistemaren-software oinarriko horretan barneratuko du. Gehiago oraindik, azken belaunaldietako WMP irakurgailua, sistema eragilean bateratua, erabiltzaileek kendu ezingo duten osagai modura etorriko da. Beraz, sistema eragileari multimedia irakurgailua itsatsiz, funtzionaltasun osagarri hau itxuraz dohain eskainiko da. Bestetik, WMP irakurgailuaren bertsio berriek, bateragarritasuna sakondu beharrean, Microsoftenak ez diren beste formatuak irakurtzeko geroz eta zailtasun gehiagorekin merkaturatuko dira. Bereziki, lehiakide zuzenak direnenak, RealNetworks eta Apple-en formatuak alegia, ez dira gehiago irakurriko.

5. 'Dagozkion merkatuen' definizioa

Esan dugu dagoeneko, Europar Erkidegoko Itunaren 82. artikulua gehiegikeria-praktikak debekatzen dituela. Debeku hau ordea, ez doa edonori zuzendua, baizik eta egoera menperatzailean edo nagusitza-posizioa dutenen jardura diziplinatzea du helburu. Beraz, 82. artikulua urratu ote den ikertzeko, lehenik eta behin, nagusitza-posiziorik dagoen ala ez aztertu beharko da. Baina, nagusitza-posizioa non? hori da hain zuzen ere, orain erantzun beharko den galdera. Microsoftek egoera hegemonikoz gozatzen duen baieztapenak, ez gaitu merkatura abstraktuan igortzen. Nagusitza-posizio hori

merkatu jakin eta zehatz bati buruzkoa behar du izan baino. Alegia, 'dagozkion merkatua' definitu beharko da. Europar autoritateek aspaldidanik azpimarratu dute, lehia mailari buruzko ondorioaren bat atera aurretik, aipatu azterketa behar bezala egiteak duen garrantzia²⁶. Ondorioz, ez jomuga bezala, baizik eta esparrua finkatu nahian, 'relevant market'²⁷ zehaztea ezinbesteko aurrerapausoa da.

Merkatua, eskaintza eta eskaera topatzeko ingurunea da. Ekonomilarien iritziz, merkatu baten sorrera elkartruckerako xedea duten eskaintzaren indarra, eskariaren indarrarekin erlazionatzean gertatzen da. Merkatuaren helburua berriz, aipatu bi indarrak harremanetan jarri eta indar horien eragile direnen gogo eta nahiak asetzen laguntzea litzateke. Gogo eta nahi horiek ordea, oso heterogeneoak dira. Beraz, heterogeneitate hori dela eta, zientzia ekonomikoak, egungo ekonomi sistemetan, merkatu bakar batez baino, merkatu anitzez hitz egiten du; zehazki, merkatu anitz eta oro har aldagarri buruz. Ugaritasun eta aldakortasun honen aurrean, une jakin batetan, merkatu zehatz bat mugatzerakoan, aldagarri objektiboari begiratzea ezinbestekoa egiten da; hots, produktu mota aniztasuna kontutan izatea²⁸. Aldi berean ordea, garrantzia du, produktu arteko ezberdintasunak guztiz iragaitzak ez direla azpimarratzea. Hau da, produktuaren antzekotasuna dela eta, funtzionalki gertu dauden merkatuak, neurri batetan behintzat, gainezarrita aurki daitezke; produktu ezberdin batek, gogo bera asetzeko balio ahal baitezake. Beraz, produktuaren arteko edozer diferentziak merkatu ezberdinetara igorriko ez gaituenez, behar beharrezko egiten da, gainezartzen diren eremu grisetan, merkatu berekoak zer produktu diren edo ez diren mugatzea. Horretarako, Europako lehia agintariak darabilten tresna nagusia aldagarritasunaren irizpidea da —eskaintza nahiz eskariaren alderditik—, baita Microsoften aurkako auzian ere²⁹. Modu sinplean esanda, bi produktu merkatu berean lehiatzen daudela ulertuko da, baldin eta

25. Microsoftek, irudia eta soinuaren inguruko formatu propioak landu ditu, besteak beste, 'wma' eta 'wmv'. Lehiakideek ere antzeko estrategia erabili izan dute: Apple-ek, 'QuickTime' formatua landu du eta RealNetworks-ek berriz, 'RealAudio' eta 'RealVideo' formatuak. Bestalde, egia da ere industria, formatu estandarriagoen bila aritu dela. Esaterako, hor ditugu, 'mpeg' (Moving Picture Expert Group) edo, horren ezaguna bihurtu den, 'mp3' formatua.
26. Besteak beste, Batzordeak ECS/AKZO aferan zioen "...the object of market delineation is to define the area of commerce in which conditions of competition and the market power of the dominant firm is to be assessed". 1985ko abenduak 14ko Erabakia, ECS/AKZO Chemie, AO L 374/1 abenduak 31koa, 64 paragrafoa.
27. Esamolde hau, jurisprudentzia amerikarrak asmatua da. Zehazki, Auzitegi Gorenak, *US v. Du Pont de Nemours*, 1957ko auzian ("cellophane case" bezala ezagunagoa), alde zuzenetik 'relevant market' definitu beharra aitortu zuen. Kasu honetan eztabaidan zegoen, aztergai zen esparrua, zelo paperarena ote zen (*Du Pont* enpresaren merkatu-kuota, %75ra ailegatzen zen) ala zabalago beste hau, "biltzeko paper flexiblearena" (*Du Pont* enpresaren merkatu-kuota, ez zen %20ra iristen).
28. Aldagarri geografikoa ere kontutan hartu beharrekoa da. Aztergai dugun aferan, Europako lehia agintarien arabera, garraio-kostu, salmenta ondorengo zerbitzu, hizkuntzarekiko arrotzetasuna, inportazio edo bestelako eskakizun teknikoek, ez dute eragin esanguratsurik. Eragile gehienek, Microsoft barne, lehia baldintza paretsuetan dira mundu zabalean; izan ere, aipatu ditugun aldagarrietatik, ez dira eratorzen merkaturatzeko muga esanguratsurik. Ondorioz, 'dagozkien merkatuen' eremu geografikoa, mundu mailakoa da (Ik. *Erabakiaren 427* paragrafoa).
29. 'Dagozkion merkatua' zehazteko Batzordearen Komunikazioa, AO C 372, 1997ko abenduak 9koa, 13. paragrafoa. Europar Erkidegoetako Justizia Auzitegiak ere irizpide bera darabil bere azterketetan, hala nola, 1973ko otsailak 21ko Epaia, *Continental Can 6/72* aferan; 1978ko otsailak 14ko Epaia, *United Brands v. Commission 27/76* aferan edo 1979ko otsailak 13ko Epaia, *Hoffmann La Roche v. Commission 85/76* aferan. Orain aztergai dugun Epaian ere, ik. 484-488 paragrafoak.

baten prezio gorakadari erantzunez eskariak, bere beharra edo nahia asetzeko, ordezko produktutara jotzeko joera badu³⁰ (eskariaren aldagarritasuna), ala gertu dauden merkatuetatik, beste enpresek, arrisku eta kostu gehiegiri aurre egin gabe, erreferentziazkoa den produktua ekoiztera pasa ahal badute (eskariaren aldagarritasuna).

Aztergai dugun auzian, Europako Batzordeak produktuen araberako hiru merkatu ezberdinu ditu. Bata, bezero-ordenagailuek darabilten sistema eragileen merkatua; bigarrena, lan-talderako zerbitzariak darabilten sistema eragileen merkatua; eta hirugarrena, multimedia fitxategien irakurgailuena³¹.

Aurreneko bi merkatuak, sistema eragileei buruzkoak dira: bezero-ordenagailuentzako eta sare txikietako zerbitzariarentzako. Edonola ere, **bezero-ordenagailuentzako sistema eragileek**, dituzten funtzionalitate eta prezio baxuagoengatik, kontsumitzaileen bistan, ez dira besteekiko aldakorrak. Esaterako, inork ez du zerbitzariarentzako zuzenduriko sistema eragile ahaltsu bat, etxeko bere ordenagailuan instalatzen. *Eskariaren aldagarritasunarekin* jarraituz, komenigarritzat ikusten da 'Intel' etxearen mikroprozesadoreekin bateragarri ez diren sistema eragileak (adib. Apple Macintosh) ere bereiztea³².

Eskaintzaren aldeko aldagarritasuna aztertzean azpimarratzekoa da sistema eragile berri bat garatzeak dakarren kostua. Gogoratu, softwarearen merkatua ia osoki kostu finkoz bereizten dela, hasierako inbertsioa oso altua izanik. Horretaz gain, eta sortzen diren sare-efektuak direla eta, eragile berri bat merkaturatzeko hesiak gaintu beharrean aurkituko da. Horrela, lehenik eta behin, hardware ekoizleak konbentzitu beharko ditu, sistema eragile berrirako eskaria badela ziurtatuz. Soilik horrela lortuko du sistema eragile berri hori ordenagailuan aurre-instalaturik merkaturatzea³³.

Gaintu beharko da ere, produktu berriak, jada merkaturatuak dauden aplikazioekiko, bateragarritasun eskasa izan dezakeenaren mesfidantza. Beraz, ekonomia agenteek, dagoeneko informatika alorreko beste produktu batzuetan lehiatu arren, oso zaila dute lehiakorra den sistema eragile berri bat garatzea. Laburbilduz, eraginkorki lehia sartzeak eskatuko lukeen kostu, arrisku eta denbora inbertsio altuengatik, mugakide kontsidera daitezkeen produktuak, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileekin gainezartzen ez direla esatea legoke.

Ondorioz, eskariaren nahiz eskaintzaren aldagarritasuna aztertu ostean, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileek 'dagokion merkatu' berezitu bat osatuko dute eta Microsoftek izan dezakeen nagusitza-posizioa esparru horretan aztertu beharko da.

Europako Batzordeak identifikatu duen bigarren merkatua, **lan-talderako zerbitzariak zuzenduriko sistema eragileena** da. Goian aipatu bezala, produktu hau bezero-ordenagailuentzako sistema eragileekiko ezberdina da. Zerbitzariarentzako sistema eragileak oro har beraien artean ere ez dira ordea batere paretsuak. Batzordeak iraganen ere, prezioa, sareratzeko gai diren bezero-ordenagailu kopurua eta beste zenbait funtzionalitate adituz, zerbitzariarentzako sistema eragile beraien artean merkatu desberdinak bereiztu izan ditu³⁴. Batetik, lan-talderako zerbitzariak izango genituzke, bezero kopuru txiki bat sareratzeko eta beraz, negozio txiki edo erdi mailakoei zuzendutakoak. Zerbitzari sistema ahaltsuagoak berriz, bezero kopuru handiagoen euskarri izatera zuzenduak leudeke, merkataritza elektronikorako edo datu-base indartsuen kudeaketarako prestatuak (adib.: banketxeak edo hegazkin konpainietako erreserba datu-baseak).³⁵

Microsoft ez dator bat zerbitzariak zuzenduriko sistema eragileek, Agintarien

30. *Elastikotasun gurutzatua* aztertuz, alegia produktu baten prezioaren igoera txiki baina sostengatu baten ondorioz, bezero zirenak, ordezko produktuetara aldatzeko joera balute, ondorioz garestitzea ez errentagarri bihurtuz, merkatu berean lehia daudela ulertuko da. *'Dagokion merkatua' zehazteko Batzordearen Komunikazioan*, AO C 372, 1997ko abenduak 9koa, 15-17 paragrafoek, espreski "SSNIP testa" (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) aipatzen dute aldagarritasunetik dagoen jakiteko tresna bezala.
31. Zehatzago esanda, merkatu hau 'streaming' multimedia irakurgailuena da. Hau da, multimedia fitxategi bat erabilgarri izango da gure ordenagailuan jasoaz ('downloading') edo bestela, Internet edo beste sareetatik ailegatzen den datu-korronte etengabea 'irakurrituz' ('streaming'). Afera honetan aztergai den merkatua, ez da edonolako irakurgailuena; ordenagailuan gordeta dauden fitxategiak irakurtzeaz gain, 'streaming' eran datuak jasotzeko gai diren irakurgailuena baizik.
32. Intel-en mikroprozesadoreekin bateragarri ez den sistema eragilea dutenek, aldaketa kostu (switching cost) altuei aurre egin beharko die, honek balizko aldagarritasuna zailduz. Batzordeak, merkaturatzen diren gailu berriek –adibidez, PDA (personal digital assistants) edo azken belaunaldiko telefono mugikorrek– darabilten sistema eragilea, ordenagailuek darabiltenekiko, zer neurritan aldagarriak izan daitezkeen aztertzen du ere. Egia da, funtzio berdintsuak badituztela. Ala eta guztiz, azken gailu hauek, ordenagailu pertsonalen ondoan, oraindino aldagarriak ez direla ondorioztatzen da (*Erabakia*, 327 paragrafoa e.o.).
33. Sistema eragileak, Microsoften kasuan Windows ere, arruntena hardware ekoizleen bitartez azken erabiltzaileei iritsaraztea da. Hau da, azken erabiltzaileak, ez dio Microsofti zuzenean sistema eragilea erosten. Azken honek, hardware ekoizleekin (adib.: Hewlett Packard, Compaq, IBM, Dell) kontratatzen du baizik, ordenagailuek jada salmantan jartzeko, sistema eragilea instalatua eraman dezaten.
34. Batzordeak, kontzentrazioen kontrolari buruzko zenbait erabakitan, merkatu ezberdinak bereiztu izan ditu. Ik. COMP/M.1841-Celestica/IBM prozedura (2000.02.25); COMP/M.1643-IBM/Sequent prozedura (1999.09.23); IV/M.1120-Compaq/Digital prozedura (1998.03.23); IV/M.963-Compaq/Tandem prozedura (1997.08.11); IV/M.977-Fujitsu/Amdahl prozedura (1997.09.08).
35. Ik. *Erabakiaren* 53, 345 eta 346 paragrafoak eta *Epaiaren* 480 e.o. paragrafoak.

ustetan, osatuko luketen merkatu ezberdinen definizioarekin. Ulergarria da bere saiakera; bere posizioa, zerbitzari ahaltzuenentzako sistema eragileetan, menperatzailea izatetik urrun baitago. Beraz, merkatua zenbat eta zabalagoa dela kontsideratu, Microsoftek orduan eta posizio apalagoa izango du³⁶. Microsoften merkaturatze estrategia berak ordea, kontrakoa ondorioztatzera darama. Enpresa honek, kontsumitzaileek izango luketen eskari ezberdindua asetzeko, zerbitzariarentzako gutxienez hiru sistema eragile mota merkaturatzen baititu, prezio ezberdin eta guzti³⁷. Hori dela eta, Batzordearen arabera, *eskariaren aldagarritasun* gabezia arrazoi izanik, zerbitzari ahaltzuenentzako sistema eragileak ez leudeke lan-taldeko zerbitzariarentzako sistema eragileak lehian dauden merkatu berean.

Eskaintzaren aldagarritasuna aztertzean galdera zera litzateke: Microsoftek bere produktuaren prezioa modu esanguratsu eta iraunkorrean igoko balu, segmentu horretan ez dauden enpresek posible ote lukete, arrazoizko modu batean, beraien baliabideak bideratuz, sistema eragileen merkatu horretan sartu eta lehiatzea? Bezero-ordenagailuentzako sistema eragileen kasuan esan bezala, orain ere oztopo handiak leudeke, modu eraginkorrean, merkatu horretara sartzeko. Hortaz, beste segmentuetako zerbitzariarentzako sistema eragilea sortzeko gai izanik ere, sare efektuek eragindako sarrera hesien garrantzia dela eta, ez legoke merkatu horretan gainezarria dagoela ulertu litekeen beste produkturik.

Horrenbestez, Batzordearen ustea da, eta Justizi Auzitegiak berretsi du, lan-talderako zerbitzariarentzako sistema eragileek 'dagokion merkatu' aparte bat osatzen dutela, ezberdindua noski bezero-ordenagailuek darabilten sistema eragiletik, baina, baita zerbitzari ahaltzuenentzako behar dituzten sistema eragileetatik ere.

Azkenik, **multimedia fitxategien irakurgailuak osatzen duen merkatua** geratzen da. Internetetik edo beste sare batetatik jaitziz ala, 'streaming' eran, fitxategi multimedia digitalak deskodetu eta ikus-entzuteko

baliabidea eskaintzen duen aplikazioen merkatua izango genuke. Nagusiki, hiru enpresa izan dira merkatu honetako protagonista. Batetik, Microsoft, bere *Windows Media Player* (WMP) irakurgailuaz. Apple, *QuickTime Player* irakurgailuarekin eta RealNetwork berriz, *Real Player* deritzon aplikazioarekin. Hiruak, softwarea hau Windows sistema eragilearentzako baina, baita Macintosh sistema eragilearentzako ere eskuragarri jartzen dute.

Microsoften arabera ez da egokia, multimedia fitxategien irakurgailu hauek sistema eragileaz at dauden produktu banandu bezala ikustea. Bere ustez irakurgailuak, sistema eragilearekin batera, produktu bakarra osatuko luke. Izan ere, funtzionalitate ezberdinak dituen produktu konplexu hori, eskaera bakar bat asetzerantz zuzendua dago: ordenagailuan irudia edo soinua ikus-entzutea. Europako Batzordea, ostera, ez dator bat iritzirik horrekin. Bere ustez gakoa multimedia irakurgailuak eskaera banandu eta propiorik ote duten jakitean legoke. Izan ere, eskaera propiorik ez bada, orduan, sistema eragileengandik bereizi ezin daitekeen merkatua dela ondorioztatzea beharko litzateke. Baina, kasu honetan, produktu horren garapen eta komertzioaren soilik aritzen diren enpresak ditugu eta hori, eskaera propio bat dagoenaren seinaleztat besterik ezin da ikusi. Bestalde, Microsoftek bere irakurgailua beste sistema eragileetan (Macintosh) instalatzea bilatu izan du. Horrenbestez, Batzordeak ez du uste sistema eragilearekin batera datorren irakurgailuak euren artean produktu bakarra osotzen dutenik³⁸.

Produktu ezberdindua denaren aurrekaririk abiatuz bere eremua zehaztea geratzen da. Microsoft, *eskariaren ikuspuntutik*, ahalik eta irakurgailu gehien aldagarri direla frogatzen ahalegintzen da. Besteak beste, *Real Player*, *QuickTime player*, *iTunes*, *Winamp*, *MusicMatch*, *Ashampoo* eta *VLC Mediaplayer*. Batzordearen ustez ordea, aurreneko biak izan ezik, beste denak ezin kontsideratu litezke merkatu berekoak, azken hauek konprimatzeko eta deskonprimatzeko formatu propiorik ez baitute garatu. Hortaz, ezingo da ulertu irakurgailu horiek, Microsoftek WMPakiko

36. Saiakera horretan, Microsoften ustez, zerbitzariarentzako sistema eragileen merkatuan banaketarik bada, hori hardwarearen arabera da, ez ordea sistema eragileengatik (Ik. *Erabakiaren* 359 paragrafoa). Gainera, bere ustez eta eskariaren aldagarritasunari begira, merkaturatzeko unean, saltzaileak oso zail du jakitea zein den eroslearen egiazko interesa eta beraz, ezingo luke, erabileraren arabera prezio diskriminaziorik egin (Ik.: *Erabakiaren* 369 paragrafoa)

37. *Windows 2003 Server, Estandar Edition; Windows 2003 Server, Enterprise Edition; Windows 2003 Server, Datacenter Edition.*

38. Microsoften arabera, uztartutako produktu gehigarriak, bananduriko eskaera ba ote daukan jakiteak, ez du produktu bakarra edo biren aurrean gauden erantzuteko erabakigarria zertan izan behar; bere ustez, gakoa, produktu nagusiak, uztartu zaion produktu gehigarri gabe, eskaerarik ba ote duen jakitean dago baizik. Auzitegiak ez du onartuko argudio hau (*Epaian* 922-924 paragrafoak). Egia da, kontsumitzaileek, sistema eragilea, beste zenbait aplikazioekin batera lortu nahiko dutela. Baina horrek, ez ditu bere horretan, produktu bananduak, bakarrean bihurtzen. Hau da, testu prozesadorea, sistema eragilearekin batera eskuratu nahiak, ez ditu inolaz ere produktu horiek, bakarrean bihurtzen. Gainera, Microsoft berak, Windowsekin lehian dauden beste sistema eragileetan, bateragarri den irakurgailua merkaturatzeak eta dirudienez, irakurgailurik ez dakarren sistema eragileak eskuratzeko eskaera badela ikusteak (bulegoetan, langileek euren gauzetarako erabili ez dezaten), produktu bakar baten aurrean egon gintezkeela gezurtatuko luke. Ik. orokorki, *Erabakiaren* 803 e.o. paragrafoak eta *Epaian* 918 e.o. paragrafoak.

daraman jokaera baldintzatu edo hertsatu dezaketenik; izan ere, formatu propio gabe merkaturatutako irakurgailuen ekoizleak hirugarrenen teknologiaren eskuetan baitaude³⁹.

Eskaintzaren aldetik egon daitekeen balizko aldagarritasuna aztertzean berriz, batetik, formatu propioa lortzeko zailtasunarekin topatzen gara, oso garestia eta luzaro iraun dezakeen estrategia dela esaten baita. Bestetik, hemen ere, zuzeneko nahiz zeharkako sare-efektuak topatzen ditugu; sartzeko nahiz kanporatze hesi inportanteak eragiten dituztenak. Hala, irakurgailu baten eskaera baldintzatu legoke, irakurtzeko gai den formatuan merkaturatua dagoen edukiaren arabera; eta alderantziz, formatu jakin batetan edukia merkaturatzeko erabakia, formatu hori bateragarri den irakurgailuen hedapenak gidatuko du. Beraz, merkatu horretara sartzeko zailtasunek, eskaintzaren aldagarritasuna nabarmenki mugatuko luke.

Horrenbestez, aldagarritasuna, printzipioz irakurgailu gehiagotara luzatu badaiteke ere, merkatuan eraginkorki lehiatzeko ahalmena Batzordeak aditzera emandako hiru eragile nagusien produktueta hesitua legoke soilik.

6. Microsoften nagusitza-posizioa definitu izan diren merkatuetan

Enpresa bat edo batzuen jokaera soilik abusuzkoa kalifikatu ahal izango da merkatuan, 'nagusitza-posizio' batetatik egina bada. Nagusitza-posizioa beraz, behar beharrezko baldintza dugu gehiegikeria egon dadin. Baina, nagusitza-posizioa ez dago bere horretan debekatua eta hortaz, Itunaren 82. artikulua ez du gaitzesten. Hori bai, egoera horretan daudenei beren jardura erantzukizun areagotuago baten pean jartzen die, eta beraz, beren jokamoduan

kontu berezia izatera bultzatzen ditu. Lehia egitura osasuntsu egoeretan, axola ez duten jarrerak, nagusitza-posizio batetik egina bada, abusuzkoa ulertu liteke eta ondorioz debekatua. Hortaz, ez da gauza hutsala, nagusitza-posizioirik den ala ez jakitea, horrek irekiko baitu atea, une batean, portaera bat gehiegikeriazkotzat jotzeko eta beraz, zigortua izan dadin.

Nagusitza-posizioaren adiera hertsira hurbiltzerakoan arau xedapenetatik ez da azterna gehiegirik jasotzen. Baliagarria da haatik, ikustea Batzordeak zein Europar Justizi Auzitegiak zelan aplikatu duten eta zer ulertu duten egitatezko egoera honi buruz. Horretarako, *United Brands* eta *Hoffmann-La Roche* auziak⁴⁰ erabakigarritzat jotzen dira. Afera hauetan, batetik, 'dagokion merkatuan', lehia eraginkor bat mantentzea oztopatzen duen botere ekonomikodun egoeraz hitz egiten da. Bestetik, gainontzeko lehiakide, bezero nahiz kontsumitzaileekiko modu autonomoan nabarmen jokatzeko ahalmenari aipamen egingo zaio⁴¹. *Lehia eraginkorra mantentzea oztopatu eta autonomoki jokatzeko uzten duen merkatu-botereak* nolakoa izan behar du baina, nagusitza-posizioa dela esateko? Galdera honi erantzun orokor bat emateko orduan, zailtasun ugari planteatzen dira. Argi dago, haztapen ekonomiko sakona egitea ezinbesteko egiten dela. Ekonomikariek dioten eran, merkatuan ez dago modu guztiz autonomoan aritzen den eragilerik. Denak, baita egoera menperatzailean daudenak ere, baldintzatuak daude lehiakideen presentziak beraien eskaera-kurban izan dezakeen eraginagatik. Bestetik, prezioen jarraipena⁴², merkatu-boterearen norainokoaren arrasto izan badaiteke ere, ezin da ahaztu eragile denengan arrunta dela prezioak ahalik eta goren jartzeko joera, justu errentagarritasun kurbaren puntu garaienean. Hirugarrenik, ezin da saihestu ere, merkatu-botereak prezioen gain eragiteaz aparte, ekoizpen kopuru edo kalitatean ere eragina izan dezakeela⁴³. Beraz, erantzun orokor bat eman

39. 'Dagokion merkatua' zehazteko Batzordearen Komunikazioak, AO C 372, 1997ko abenduak 9koa, 2. paragrafoan dio, "La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva".
40. Ituneko 82. artikulua zentzuz buruz, Europako Justizi Auzitegiak dio "The dominant position referred to in this article relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers", 1978ko otsailak 14ko Epaia, *United Brands v. Commission* 27/76 afera, 65 paragrafoa eta, 1979ko otsailak 13ko Epaia, *Hoffmann La Roche v. Commission* 85/76 afera, 38. paragrafoa. Batzordea nahiz Justizi Auzitegia, definizio honetaz, behin eta berriz, baliatu izan dira.
41. Autore asko dira, jurisprudentziak esandakotik, nagusitza-posizioan bi osagai bereizten dituztenak. Hortik abiatuz, egoera horretan ote gauden erabakitzerakoan ere, bi alderdi ezberdinen azterketa aldarrikatuko dute. Horrela, *lehia eraginkor bat mantentzeko oztopoak*, merkatuko esturturen azterketa eraman beharko gintuzke; *independenteki jokatzeko gaitasunak* berriz, agente ekonomikoaren portaera aztertzea eskatuko luke. Ik. besteak beste, WHISH, R. Competition Law, 5. edizioa, LexisNexis-Butterworths, 2005, 179 or.
42. Prezioek izandako bilakaera, merkatu-botereak dagoen, eta bere kasuan, izan dezaketen neurriaren seinaleztat hartzen da. Horrela, merkatu-boterea definitu ohi da, lehia egoera bizi eta osasuntsu batetan egongo liratekeen prezioak, modu probetxugarrian igoarazteko ahalmena bezala, horregatik salmenta edo irabazietan galera nabarmenik nozitu gabe.
43. Europako Batzordeak, 81 artikuluko 3. paragrafoaren aplikaziorako Gidalerroetan, AO, C 101 zk., 2004ko apirilak 27koa, aintzat hartu du ideia hori. Horrela 25. paragrafoan dio, "Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener durante un periodo de tiempo significativo precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener durante un periodo de tiempo significativo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia".

baino, aipatu galderak kasuz kasuko behaketa eskatzen du.

Horretarako, baina, honezkero zehaztuak izan diren merkatuetako *egituren* azterketa hutsean ezin gintezke geratu. Ezinbestekoa izango da, azterketa eragile ekonomikoaren *jarduerara* luzatzea ere⁴⁴. Azken honi buruz, ikusi beharko da noraino dagoen enpresa baten jokamoldea baldintzatua beste eragileen jarrerengandik; edo alderantziz esanda, hirugarrenen eragin ahalmen apala dela eta, zer neurriraino era independentean aritzeko gai den. Edonola ere, egitatezko egoera hau monopoliotik ezberdindu behar da. Nagusitza-posizioak ez baitu esan nahi 'dagokion merkaturan' lehiarik ez dagoenik⁴⁵. Beraz, merkaturako diagnosi hobereza izatearren, *egiturazko* irizpidea, *jarreraren* irizpidez osatu beharko da. Bi irizpideak nahitaezkoak izango dira enpresa jakin batek 'dagokion merkaturan', bere estrategia zehazten duenean, beste eragileek kausatutako presioa kontutan hartzen duen ala ez ikusi ahal izateko, eta, lehia eraginkor bat mantentzea oztopatzen ote duen jakiteko⁴⁶. Azken finean, aipatutako bi irizpideak elkarrekiko lotura dute eta oro har, auzitegiek beraien azterketetan ez dituzte bereizten.

Aztergai dugun auzian, aipatzekoa da nola nagusitza-posiziorik ote deneko azterketa, bereiziaz izan diren hiru merkatuetatik, soilik aurreneko bitara mugatzen den: bezero-ordenagailu eta lan-taldeko zerbitzariari dagozkien sistema eragileen merkatuetara, alegia. Aurrerago ikusiko denez, irakurgailuen merkaturan, ariketa bera egitea ez da beharrezkotzat jotzen⁴⁷.

Horrenbestez, aurreneko merkatua, **bezero-ordenagailuentzako sistema eragileena** dugu. Ez da oso ohikoa banakoen esku horren adineko merkatu-kuotekin aurkitzea, batez ere, hainbesteko hedapena eta ekonomiarentzako garrantzia duten produktu merkatuetan. Microsoftek merkatu honetako salmentetan mende hasieratik, %90a gainditzen duen merkatu-kuota du, egitatezko monopolio batetik oso gertu⁴⁸. Microsoftek kuota hauekin gainontzeko lehiakideak kasik egoera marjinalera bultzatzen ditu. Esaterako, Macintosh eta Linux ez dira gai merkatu-kuoten %3a gainditzeko. Gauzak horrela, honezkero posible da egoera kasik menperatzaileaz hitz egitea; zenbateko horiek jada nagusitza-posizioa baduela esateko nahiko esanguratsuak baitira⁴⁹.

Beste inguruabar batzuk kontutan hartzeak, esaterako, merkatu hauean sare-efektuak duen eragina, konklusio hori berretsi baizik ez dute egiten. Horrela, ezaguna da, kontsumitzaileek Windows sistema eragilearen aldeko apustu egiten dutela, besteak beste, bateragarri dituen aplikazio multzoagatik. Softwaregileek bitartean, beren aplikazioak Windowsen 'gainean' funtzionatu ditzaten, prestatzen dituzte, hor baitute eskaera potentzial zabalena. Aplikazioek duten garrantziaren inguruan beste xehetasun bat gaineratu behar da. Aplikazio esanguratsu batzuk Microsoft berak garatzen ditu, eta ez softwaregile hirugarrenek. Hala, Microsoftek lidergoa du norberaren erabilerarako aplikazioetan (Office⁵⁰) eta nabigatzaileetan (Microsoft Internet Explorer). Hori dela eta, sistema eragilearen hedadura eta berarentzako garatutako aplikazio multzoa, elkar

44. Esate baterako, merkatu batetara sartu nahi duten enpresek, dagoeneko daudenekiko, desabantaila konpetitiboan jarriko dituzten hesiak, zer nolakoak diren aztertu beharko da. Egituren azterketa hutsarekin, nagusitza-posizioaz hitz egin beharko genuke, merkatu-kuotak ehuneko bat gainditu ezker. Portaerak aztertuz ordea, baldin eta kanpoan daudenek, modu erraz batetan merkatura sartu eta merkatu-kuota irabaz badezake, aurreneko konklusioa zalantzan jarri beharko genuke. Honen harira, Microsoft biziki saiatzan da gogorazten, teknologi berrien sektorean, merkatu-boterea oso erasogariago dela. Ik. *Erabakiaren* 467-468 paragrafoak.
45. Europako Justizia Auzitegiak zioen "such a position does not preclude some competition, which it does where there is a monopoly or a quasi-monopoly, but enables the undertaking which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment". 1979ko otsailak 13ko Epaia, *Hoffmann La Roche v. Commission* 85/76 aferan, 39 paragrafoa.
46. Besteak beste, aztertuko dira, enpresak eta lehiakideek merkaturan duten kuota; enpresaren barneko estruktura; finantza merkatuetara jotzeko zailtasunak; produktuen dibertsifikatzea; produktuen ekoizpenerako teknologiaren kontrola; integratze bertikalaren neurria, alegia produktuaren ziklo guztiaren edo batzuen kontrola; banantze sareak; merkaturan enpresa batek izan dezakeen marka-irudia; merkaturatze estrategiak; emaitza komertzial eta finantzarioak; e.a.
47. Microsofti egotzitako jarduerak ikusita, lan-taldeko zerbitzariak darabilten sistema eragileen merkaturan nagusitza-posizioa duela frogatzea ere, ez litzateke ezinbestekoa izango. Ik. ondoren 55. oin-oharra.
48. AEBetan, Microsoften aurka jarraitu zen prozesuan, Auzitegiak zioen: "Microsoft possesses a dominant, persistent, and increasing share of the world-wide market for Intel-compatible PC operating systems. Every year for the last decade, Microsoft's share of the market for Intel-compatible PC operating systems has stood above ninety percent. For the last couple of years the figure has been at least ninety-five percent, and analysts project that the share will climb even higher over the next few years. Even if Apple's Mac OS were included in the relevant market, Microsoft's share would still stand well above eighty percent". (Findings of Fact of 5.11.1999, *USA v Microsoft Corporation*, Civil Action No. 98-1232 and 1232, 35. paragrafoa).
49. Europako Justizia Auzitegiak esana du "...the view may legitimately be taken that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position". 1979ko otsailak 13ko Epaia, *Hoffmann La Roche v. Commission* 85/76 aferan, 41 paragrafoa. Esaterako, EELAak, 1994ko urriak 6an, *Tetra Pak II* T-83/91 auzian emaniko sententzian (119. paragrafoa) %55ko merkatu-kuota, bere horretan, nagusitza-posizioaren frogatzat hartzea ontzat ematen du; Justizia Auzitegiak 1991ko uztailak 3an, *Akzo C-62/86* aferan emaniko sententzian (60. paragrafoa) berriz %50 egoera menperatzaile baten presuntziarako nahiko joko da. Zentzu berean, EELAak, 1999ko urriak 7an, *Irish Sugar* T-228/97 auzian emaniko sententziaren 70. paragrafoa; EELAak, 1991ko abenduak 12an, *Hilti* T-30/89 auzian, emaniko sententziaren 92. paragrafoa.
50. LINUX-i buruz esan izan da *Office*, erabilera pertsonalerako Microsoften aplikazio multzoa, bateragarri ez izatea dela harentzako, merkaturan zabaldu ahal izateko traba nagusia.

elikatzen direla esan ohi da. Sare-efektuez gain, Batzordeak bere *Erabakian* jasoa uzten du ere, iturburu-kode irekia dakarren Linux-en eskaintzak, eduki duen eragin eskasa, Microsoften merkaturatze estrategia baldintzarako orduan. Horrek emango du beste argibide bat konpainia hori aski modu independentean aritzeko ahalmenduna dela ondorioztatzeko.

Guzti honekin Windowsa bezero-ordenagailuentzako sistema eragileen artean, nagusia bihurtzea ezezik, 'eduki beharrekoa' topatu dela esan izan da. Adituen arabera, ordenagailua erostera doan edonoren erabakia, neurri handi batetan, eskaerak oro har etorkizun hurbilean izango duen portaeraren baitan dago. Alegia, uste izango balitz Microsoft ezten enpresa bat izango dela garaile, orduan erabiltzailearen erabakia, horren arabera litzateke. Merkatu honetan ordea, egun egiten den galdera ez da horrenbeste nor izango den hegemonikoa, baizik eta, Windowsen bertsio bat ala bestearen artean, zein aukeratu eta bere kasuan, eguneraketa noiz egin erabakitzea. Gauzak horrela, Microsoften bezero zuzenek –alegia, hardware ekoizleek–, beren produktuak salmentan jartzerako, Windows sistema eragilea aurre-instalatu beharrean aurkitzen dira (must-carry product)⁵¹. Bistakoa da beraz, Microsoftek, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileen merkaturan egundainoko nagusitza-posizioa duela⁵². Areago oraindik, merkatu hau neurri handi batetan *de facto* ia osorik estandarizatua dagoela esan liteke, Microsoften produktua izanik horren erantzule⁵³.

Lan-taldeko zerbitzarientzako sistema eragileen merkaturari dagokionez, Microsoft duela ez urte asko, sartu zen merkatu honetara. Konkretuki, 1993an Windows NT delako sistema eragilearekin. Ordutik gaur arte, bere merkatu-kuota hazi besterik ez da egin. Sei urteren bitartean, bere merkatu-kuota hirukoiztea lortu zuen. Europar Batzordeak, bere *Erabakian* garbi

uzten duen eran, Microsoft gutxienez merkatuko kuotaren %50aren jabe litzateke. Iturri gehienek arabera, zenbateko hori %60-75 bitartean kokatuko da. Beraz, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileen kasuan gertatu moduan, datu hauen arabera jada nagusitza-posizioaren ustea legoke⁵⁴. Baieztapen hori gainera, lehiakideen (NetWare, Unix edo Linux) egoera nabarmenki ahulak berresten du⁵⁵. Horrez gain, Batzordea eta Justizi Auzitegia bat datoz, zerbitzarientzako sistema eragileen merkaturan ere, sare-efektuek duten eragina azpimarratzen. Besteak beste, sistema eragile hauetan aditu direnen kopuruak –teknikari edo informatikariak–, azken kontsumitzaileak, produktu horietara bultzatzeko efektua baitute eta adituek berriz, zabalduen dagoen sistema eragiletara urreratzeko joera⁵⁶.

Hori nahiko ez balitz, Batzordea bere azterketan harantzago doa. Bezero eta zerbitzarientzako sistema eragileen merkaturak elkarrekiko duten loturan sakontzen du. Izan ere, merkatu horien irudi fidela izatearren, elkarrekiko duten harreman estua dela eta, begirada zabaldu eta osoko azterketa premiazko egiten baita⁵⁷. Azterketa isolatu batek ez baitu Microsoften egiazko merkatu-boterea erakutsiko. Hortaz, Microsoftek bezeroentzako sistema eragileen merkaturan duen nagusitasuna ezin alboratu daiteke, merkatu horrekin loturan dagoen beste batetan, konpainia horren egiazko boterea neurtzerakoan⁵⁸. Abiaburu horrekin, sare-efektu zuzen nahiz zeharkako eragina larriagotu egiten da. Batetik, *merkaturatze osagai* bategatik. Hala, kontutan izan behar baita hardware ekoizle berberak direla zerbitzari nahiz bezero-ordenagailuak merkaturatzen dituztenak; eta esan dugu dagoeneko, hardware ekoizlea, Microsoften aurrean, oso posizio ahulean aurkitzen dela. Bestetik, sare-efektua, *osagai teknologiko* bategatik areagotzen da. Zerbitzari-bezero sareetan, gutxiengo bateragarritasun maila ezinbestekoa da. Harantzago ordea, bateragarritasuna hazi

51. Batzordeak (*Erabakiaren*, 462. paragrafoan), IBMren adibide bistakoa eskaintzen du. IBM berak, sistema eragile propioa garatu arren, Microsoften sistema eragilea, bere hardwarean aurre-instalatu eskaini beharrean aurkitu izan da.
52. Europako lehia agintariak egoera menperatzaile esanguratsu eta nabari hauei aipamen egiteko "overwhelmingly dominant position" edo "superdominance" espresioak darabilzkite. Ik. *Erabakiaren* 435 paragrafoa. Bestalde, Batzordeak ez du ontzat hartzen, industria honek "iraultza teknologikoak" izateko duen joera dela eta, ulean ematen den nagusitza-posizioa gutxietsi litekeenik (*Erabakiaren* 468-469 paragrafoak). Alderantziz, Batzordearen arabera, Microsoftek nagusitza horretaz egiten duen erabilera dela eta, berrikuntza uzkuertzen du (*Erabakiaren* 694 paragrafoa) eta beraz, "iraultza" horiek gertatzea eragozten duela esan daiteke.
53. Microsoft berak aintzatetsi du nagusitza-posizio duela. Ik. *Erabakiaren* 429 paragrafoa.
54. Ik. 49. oin-oharra.
55. Ik. *Erabakiaren* 473-514 paragrafoak eta *Epaia*ren 558 paragrafoak bereziki. Microsoft ez dator bat merkatu-kuotak kalkulatzeko jarraitutako irizpideekin. Auzitegiak ordea egokiro azpimarratzen duen bezala, ik. 559 paragrafoa, bigarren merkatu honetako kuotak zenbatzerakoan Batzordeak huts egin balu ere, bateragarritasunaren inguruko abusuaren jatorria zehaztu den aurreneko merkaturan legoke, bezeroentzako sistema eragileetan alegia eta hor, ez dago zalantzarik, Microsoft egoera menperatzailean aurkitzen dela.
56. Ik. *Erabakia*, 515-525 paragrafoak eta *Epaia*, 619 paragrafoa.
57. Horretarako aurrekari sendo batetan oinarritzen da, 1996ko azaroak 14an Justizi Auzitegiak *Tetra Pak II C-333/94P* aferan emandako sententzian. Enpresa batek, merkatu batean izan dezakeen nagusitza indartua ikusi dezake, baldin eta merkatu horrekin lotura komertzial eta tekniko estuak dituen bigarren merkatu batean, erabateko nagusitza-posizioaz gozatzeko badu.
58. Microsoft ez dator bat *Tetra Pak II* auzia aurrekarizat hartzeko eta azterketa bateratua arbuatuko du. Bere ustez sare txikiak zerbitzariak daramatzaten sistema eragileen merkaturan, merkaturatze hesi ahulak leudeke eta beraz ukatuko du (*Erabakia*, 515. paragrafoa) nagusitza-posizioa eduki dezakeenik.

ahala, abantaila teknologiko gehigarriak lortzea posible egiten da. Alegia, komunikazioa mailan sakontzeak, produktuak oro har eskaini ahal izango duen erabilgarritasuna ere hobetu ahal baitezake⁵⁹.

Beraz, aurreko kontsiderazioetatik ondorioztatzen da, Ituneko 82. artikulua arabera, lan-taldeko zerbitzariak darabilten sistema eragileen merkaturan, Microsoftek egoera menperatzailea duela.

7. Microsoften gehiegikeriazko jokaera, 'nagusitza posizioa' duela aprobeztatuz

Zuzenbide komunitarioak, egoera menperatzailearen erabilera jakin bat jotzen du lege-kontrakotzat, justu abusuzko erabilera deritzona. Legegile komunitarioak ordea, abusu horietaz ulertu behar denari buruz, ez du gehiago sakontzen. Hori bai, 82. artikulua, erabilgarritasun gutxi duten balizko batzuek osatzen du. Hutsune hori oharkabea izan denik ordea ezin pentsa liteke. Alderantziz, itxurazko hutsune hori, xedapenari malgutasun zabalena ematearren nahita hautatua izan da. Gauzak horrela, xedapenaren aplikazioak arduratu direnek, zeresan handia izan dute arau hau eduki zehatz batez janzteko. Hala ere, askoren ustez, praktikak, anglosaxoniarrak jarraiki, kasu konkretuei arazoizko soluzioak besterik ez dizkie eskaini. Urrun ordea, nagusitza-posizioaren gehiegikeriei buruzko azterketa sistematikoa eskaintzetik⁶⁰. Edozelan, egoera horrek ezin gaitu eragotzi, xedapen honen esanahiari gerturatzen saiatzeko.

82. artikulua azken xedea, ez da lehiaren dauden hirugarrenek jasan ditzaketan kalte guztiak saihestearena. Gerta daiteke lehiakide batek, bere boterea dela eta, berarekin lehiari

dauden hirugarrenei kalteak eragitea. Esate baterako, eskaintza erakargarriago batekin besteen bezero zirenak erakartzen baditu. Erromatar zuzenbidetik datorkigun esatera aplikatuz, *qui iure suo utitur, naeminem laedit*, esatea dago ordea, badaudela lehiatzen dutenek halabeharrez pairatu behar dituzten jarduerak, nahiz eta kaltetuak suertatu. Azken batean, 82. artikulua alboratu nahi duena, ez da edonolako kaltea, antijuridikoa baizik.

Baina, zein da kalte antijuridiko hau? Printzipioz interes berekoien defentsak, ez du zertan arazorik planteatu behar. Norberaren probetxurako borrokak, bidezko diren eskubideen jardunean, eramango baitu onura hori guztiona izatera. Hori da merkatu-ekonomiaren abiaburu nagusienetakoa. Erregela honi ordea, hasieratik ipini zaizkio mugak. Interes berekoien aldeko lehiak, sarritan interes orokorra bultzatu ordez, berau, aurrez aurre aurkitzen baitu. Beraz, interes ezberdinen dialektika honetan aurkitu ezker, erantzuna argia da; banakoen eskubideak –adibidez, posizio hegemonikotik, probetxua ateratzea–, makurtu beharko dira gizartearentzako askoz ere garrantzi handiagoa duten interesak kaltetzen baldin badira. Testuinguru honetan kokatu liteke eskubide-abusuaren sorrera⁶¹ eta baita ere, zergatik ez, 82. artikulua xede duen nagusitza-posizioaren abusuarena. Azken kasu honetan nagusitza-posizioa izanda ere, lehiatzeko edonork duen askatasun ekonomikoaren erabilpen okerra galarazi nahiko da. Okerra, ez da izango baina..., inoren eskubide konkretuak kaltetzen direlako, lehia, guztion onerako den instituzioa, tratatzen delako baizik⁶². Beraz, Itunaren 82. artikulua, bera parte den ordenamenduak dituen azken xedeen kontrako jarrerak ekiditea luke helburu eta horregatik, esatea dago antijuridikotasuna, eskubide-abusuan bezala, arazoi teleologikoetan bilatzea dagoela. Hau da, egoera menperatzailean dagoenak gozatzen duen askatasun ekonomiko aparta, Itunetik datorren

59. Zentzu honetan, Microsoftek esaterako 'streaming' teknologia, bai bezeroen sistema eragileetan (Media Player), nahiz zerbitzarietan (Media Services) garatu du. Berdin gertatzen da nabigatzaileen kasuan (Internet Explorer eta Internet Information Server) edota, posta elektronikoa kudeatzeko aplikazioetan (Microsoft Outlook eta Microsoft Exchange).
60. *Kontseiluaren 1/2003 Erregelamenduak, 2002ko abenduaren 16a, Itunaren 81. eta 82. artikuluetan ezarritako lehia-arauak aplikatzen dituen*, 82 artikulua aplikatzeaz arduratu litezkeen subjektuak biderkatu dituen neurrian –organo jurisdikzionalei eta estatuko-kideetan, merkaturako lehia babesteko arduradunei eskumenak emanez–, sistematizazio batetarako beharra inoiz baino premiazkoa bihurtu da. Hau dela eta, ulertzeko da Europako Batzordeak 82 artikulua berrikustera eraman duen ekimena. Ikusi, Lehia Zuzendaritza Orokorraren web orrian, berrikuntza honen bueltan emaniko pausoak, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/index.html>.
61. M. ALBALADEJO-k eskubide-abusua "*límite intrínseco de los derechos subjetivos*" bezala definitzen du. Horrela, bere aurrean ginateteke "*cuando, si bien se actúa dentro del círculo que la ley marca como frontera al derecho que sea, sin embargo de algún modo éste no es usado con arreglo al papel que está llamado a desempeñar o al interés que está destinado a servir*". Derecho civil I, Barcelona: Bosch, 2002, 460 or.
62. Antijuridikotasuna beraz, banakoek eduki ditzaketan eskubide subjektiboen aurkako abusu baina, instituzioen aurkako abusu eran aurkezten da. Ordena ekonomikoa apurtu edo tratatzen duten arau objektiboen hauste eran. Horrela, banakoen eskubide subjektiboek –esaterako, merkaturan lehiatzeko– ezingo dira, eskubide hauek barneratzen diren institutu juridikoarekin –lehia– kontraesanean aurkitu. Bereziki interesgarria, PAZ-ARES, C. "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)". In: *Revista de Derecho Mercantil* 159. zkia., 1981. Esanguratsua ere, Batzordeak zabalduko *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (2005ko abendua)*, 54 paragrafoan esana edota, C-95/04 P British Airways v Commission aferan, abokatu nagusiaren konklusioetan, 69-71 eta 125 paragrafoak.

ordena ekonomikoaren kontra erabil ez dezan bilatuko da⁶³. Aitzitik, norbanakoaren esfortzu eta kemena sustatu nahi delako nagusitza-posizioa lortzea ez da galaraziko, helburu hori, banakoek duten askatasun ekonomikoaren baitan dela kontsideratzen da eta⁶⁴.

Horrenbestez, urrats nabari bat emana genuke kalte antijuridikoa, alegia, gehiegikeria zer ote den jakiteko. Praktikan, egia da egoera menperatzailean dagoen eragile baten egite edo ez-egitea legezkoa den ala ez zehazteko orduan, kasuz kasuko azterketa ezinbestekoa egiten dela. Izan ere, aztergai dugun aferan auziperatutako enpresa, bere lehiakide eta lehian dauden merkatuetako inguruabarrek esango baitute jokamolde bat abusuzkoa den ala ez. Azken batean, kontu izan behar da abusuztat jo litezkeela nagusitza-posizioan ez balego legezko ziratekeen jokoak. Eta hain justu ere, egoera menperatzailea dela eta, jokaera horrek ekar ditzakeen emaitzek bihurtu dezakete portaera bat abusuzko. Beste era batera esanda, gehiegikeriazkotzat jo ahal izango dira, dagokion lehia egongo balitz erdietsiko ez ziren abantailak lortzearen egindako jarduerak. Beraz, gehiegikeriarik dagoen jakiteko aintzat hartu behar da, merkatuan eskuratzen diren abantailak edo eragindako kalteak, eragile bakoitzaren meritu eta esfortzuekin proportziorik gordetzen ote duten. Haatik, inguruabarren behaketa zorrotzera egiteko premiak, Batzordea nahiz Auzitegia aztergai zerranda itxietatik urruntzera eraman ditu⁶⁵.

Ikusi dugu abusua dagoen ala ez jakiteak dakartzan zailtasunak; baina, zer nolako harremana behar du egon, nagusitza-posizioa dagoela esateko jada definitu diren merkatuen eta gehiegikerien artean? Gehiegikeria egon dadin, nagusitza-posizioa nahitaezko aurre-baldintza da. Baina gehiegikeria hori non eman behar da?

Abusua, nagusitza-posizioaz gozatzen den merkatuan bertan egina izan behar den, ala beste merkatuen batetan egin edo eragina izatea posible ote deneko zalantza dago atzean. Itunaren 82. artikulua, ez du honi buruzko aipamenik egiten. Galdera horien erantzunari buruzko aztarnarik bada lehia agintarien praktikan ordea⁶⁶. Jurisprudentziak esana du nagusitza-posizioa duen eragileak kontu izan behar duela, ez soilik hegemonia duen merkatu horretan burutzen duen jarduerarekin, baita merkatu horrekin nolabaiteko harremana izan dezakeen beste merkatuetan duen jarduerarekin ere eta hauen eraginekin. Beraz, agente menperatzailearen aparteko erantzukizuna, beste merkatuetara ere luza daiteke.

Aztergai dugun auzian hain justu egoera honekin aurkitzen gara. Microsoftek bezero-ordenagailuentzako sistema eragileetan duen sekulako nagusitza-posizioa aprobetxatuz, palanka-efektuz beste bi merkatuetan era ez zilegian merkatu-boterea eskuratzen saiatzea leporatu zaio. Batetik, bateragarritasunari buruzko informazioa emateko ezetzagatik, eta bigarrenik, multimedia irakurgailua, sistema eragilean barneratzeagatik.

7.1. Bateragarritasunari buruzko informazioa emateko ezetza

Enpresek, oro har, bere negozio kideak zein izango diren erabakitzeke aske dira. Baina, merkatu jakin batetan eta inguruabar batzuekin, posizio hegemonikoa duena behartua egon liteke harreman eta lotura komertzial batzuk izatera. Adibide bat, jabetza intelektualaz babestua dagoena lizentzian errazteko kasu izan daiteke. Egoera hauetan, harreman edo lotura komertzial horiek izatearen ukoa abusuztat jo daiteke, ezezkorako justifikazio objektiborik ez bada

63. Batzordeak bere *Erabakian* dio (978 paragrafoa): "Article 82 must be read in the light of its underlying objective which is to ensure that competition in the internal market is not distorted (see Article 3 (g) of the Treaty). To maintain competitive markets so that innovations succeed fall on the merits is an important objective of Community competition policy".

64. Adib. Mario Monti, Lehia Zuzendaritza Orokorreko Batzordekide izanaren hitzak, "I think we can (...) agree that in competition the best should win on the merits, but only on the merits. Whenever dominant companies can use their market power to win in a market for reasons that are not related to the price or quality of their products, then we should consider intervening". 2004ko ekainak 7an, Brusela, 2004. Eskuragarri, http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_005_en.pdf.

65. Ik. besteak beste, EELAak, 2000ko martxoak 22an, T-125-127/97, *Coca-Cola Company & Coca-Cola Enterprises Inc. c. Comisión* aferan, emandako sententziaren 81 eta 82 paragrafoak. Batzordeak, bere *Erabakian* (ik. 555 eta 558 paragrafoak), aitorzen du aztertu behar dituela "the entirety of the circumstances surrounding a specific instance of a refusal to supply", eta beraz, baztertzen du "an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances". Irizpide honek Batzordeari balioko dio ere, jabetza intelektualeko eskubideaz babestua legokeena, derrigorrez jakineraztea agintzeko inoiz jurisprudenzia baliatu den "aparteko inguruabarren" azterketa malgutasunez egiteko.

66. Justizia Auzitegiak, jada, 1973ko otsailak 21ean, 6/72 *Continental Can* aferan, emaniko sententzian (27. paragrafoa), nagusitza-posizioa eta abusuaren arteko kausazko lotura, zokorarria zela argudiatzen zuen. EELAak, 1994ko urriak 6an emandako sententzia, T-83/91 *Tetra Pak c. Comisión*, aferan, 113 paragrafoan dio, "A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia recuerda, con carácter previo, que el artículo 86 (orain, 82) del Tratado prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Se limita así a precisar sus requisitos de aplicación en lo que se refiere a la extensión del mercado geográfico afectado. No incluye ninguna indicación explícita relativa a las exigencias correspondientes a la localización del abuso en el mercado de los productos". Goragoko auzialdian ere berretsia, Europako Justizia Auzitegia, 1996ko azaroak 14an emandako sententzia (ik. 27-32 paragrafoak). Ez da falta ere, inolako loturarik behar ez dela aldarrikatzen duenik. Hauen artean, WAELBROECK/FRIGNANI, Derecho Europeo de la Competencia, Barcelona: Bosch, 1997, 371 or.

bederen⁶⁷. Microsoften kasuan, *Sun Microsystems* konpainia izan zen, 1998an, bateragarritasuna xede izanda, dagokion lizentzia kontratua sinatzeko eskaera egin ziona eta ezetzaren ostean afera honi hasiera ipini ziona.

Microsoft urte askotan enpresa hegemonikoa izan da, ia monopolioduna, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileei dagokien merkatuan. Honek, bezero-zerbitzari arkitekturadun sare ia guztietako alderdi bat gutxienez bere eskuetan izatea dakarkio. Microsoftek, merkatu-botere horri esker, lehiakideekiko aski modu autonomoan aritzea posible izan du. Esaterako, zerbitzari-bezero harremanetan, elkar komunikatzea ahalbideratzen duten arau propioak (protokoloak) diseinatu eta erabiltzeko aukera eman dio. Aipatu estrategiak horrenbestez, Microsoft zerbitzarien kasuan beste inork ez duen bateragarritasun maila pribilegiatu bat lortzera eramana du.

Batzordearen ikerketen arabera, eztabaidagai den merkatu horren joan etorria eta Microsoften bateragarritasun gaian duen abantailaren artean, kausazko lotura dago. Izan ere, Microsoften merkatu-kuotak denbora gutxian modu nabarian gora egin du. Dagoeneko, lan-taldeko zerbitzari zuzentzen diren sistema eragileetan, nagusitasun egoera nabaria dauka. Egoera hori areagotzen ari da eta bateragarritasuna oztopatzen duten teknologiek merkatuan oro har nagusitzen ari dira. Beraz, Batzordearen ustez, merkatu horretan lehia ezabatzeko egiazko arriskua dago. Gauzak horrela, Auzitegia bat dator Batzordeak dioenarekin: Windowsekin lehiatzen dauden zerbitzariarentzako sistema eragileek, era bideragarrian merkaturatuak izateko, Microsoften produktuek Windowsen arkitekturan duten

adinako bateragarritasun maila izatea, behar-beharrezko dute⁶⁸.

Microsoftek argudiatuko du nahitaez beste enpresen esku ipintzea eskatzen zaion dokumentazio tekniko gehiegizkoa dela. Bere iritziz Batzordeak bilatzen duen bateragarritasun mailak, azkenean, lehiakideen produktuei Windowsen erara jokatzea ahalbideratuko die. Alegia, merkaturatzen dituen produktuak nolabait *klonatzeko* uztera behartzen ari zaiola kritikatu du. Auzitegiak ordea, ukatu egingo du inposaketa horrekin hirugarrenek Windows kopiatu dezaten onartzen ari denik. Protokoloei buruzko zenbait datu zuzen eta zehatzak errazteak ez du esan nahi beraien aplikazioa praktikan berdina izan behar duenik. Eztabaidan dauden protokoloak zabaltzen baldin badira, beraietatik sortutako iturburu-kodeak ez du zertan berdina izan behar eta ondorioz, sortutako produktuaren prestazioak ezta ere⁶⁹.

Microsoftek, *Erabakiaren* aurka jotzeko gehien azpimarratuko duen beste arrazoia, berari legezkiokoen jabetza intelektualetako eskubideetan oinarritzen du. Eskubide hauek nagusiki sorkuntza esfortzua sustatzen dute, ahalagin horretatik datorren berrikuntza, interes orokorraren mesederako dela ulertzen baita. Microsoften arabera ez da posible esatea nagusitza-posizioaren gehiegikeria egon denik, zabaltzeko eskatzen den informazio hori jabetza intelektualeko eskubideez babestua baitago eta beraz, sekretupean mantendu ahal izango luke⁷⁰. Gainera, Microsoften iritziz jurisprudentziak, nagusitza-posiziodun kasutan, 'aparteko inguruabarren' presentzia eskatu izan du inoiz lizentzia zabaltzera behartu izan duenean eta kasu honetan, ez geundeke inguruabar horien aurrean⁷¹.

67. Ik. *Epaia*ren 107 paragrafoa. Egun, ahobatez onartzen da, borondate autonomiaren aitzakia ezingo dela erabili kasu orotan ezezkoa *per se* legezkatzat kontsideratzeko. Esaterako, hor dugu zenbait bitartekora (telekomunikazio azpiegiturak; trenbide azpiegitura; energia edo elektrizitate sareak) lehiakideei derrigorrez sarrera errazteko neurriak edo ekonomiariek "funtsezko baliabideen" (essential facilities) teoria deitu izan dutena. Besteak beste, ik. PITOFSKY/ PATTERSON/HOOKS, "The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law". In: *Antitrust Law Journal*, 70. zkia., 2002, 451 or., non teoria hori bereizgarria litzateke justu "as an exceptional incursion into the general rule that firms normally may choose their business partners without antitrust restraint". Edota, GIPPINI FOURNIER, E., "Essential facilities" y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner". In: *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 205 zkia., 2000, 77-95 orr.; TEMPLE LANG, J., "The Application of the Essential Facility Doctrine to Intellectual Property Rights under European Competition Law". In: *Conference on Antitrust, Patent and Copyright*, Ecole des Mines, Paris, 15-16, January 2004. Eskuragarri: http://www.cerna.ensmp.fr/terna_regulation/Documents/ColloqueAntitrust2004/TempleLang.pdf

68. Ik. *Epaia*, 230, 390 eta 421 paragrafoak. Eztabaidan dagoena da, ea Microsoften lehiakideei, ahalbideratu behar ote zaien, beren produktuak, Windowsen sistema eragilea darabiltenekin komunikatu dezaten. Gehiago oraindik, komunikazio hori, *Windows zerbitzari -Windows bezero* arkitekturan ematen den adinekora behar ote duen izan.

69. Ik. *Epaia*, 137, 198-206, 234-242, 656-658, 700 paragrafoak. Auzitegiak, protokoloak metaforikoki, hizkuntza batekin parekatzen ditu. Hala, protokoloei buruzko informazio teknikoak, hizkuntza horren sintaxia edo hiztegia liriateke. Hori jakiteak ordea, ez du esan nahiko, hiztun guztien erabilera berdina izango denik.

70. Ik. *Epaia*, 312 paragrafoa eta *Erabakia*, 709 paragrafoa. Batzordea, ez da sartzen erabakitzaera zabaltzeko eskatzen den informazio teknikoak, protokoloei buruzko datu zuzen eta zehatzak alegia, jabetza intelektualeko eskubideez babestua dagoen ala ez. Bere azterketa, edonola ere, hipotesi hertsienean egiten du, Microsoftentzako aldekoena, hau da eskubide horiek badirela pentsatuaz. Ik. *Epaia*, 107, 299 eta 313 paragrafoak.

71. Microsoft, *Magill* (Justizia Auzitegiak, C241/91 P eta C242/91 P *RTE and ITP v Commission ('Magill')* aferan 1995ko apirilak 6ko sententzia) eta *IMS Health* (Justizia Auzitegiak, C418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. OHG aferan*, 2004ko apirilak 29ko sententzia) aferetan aplikatu ziren 'aparteko inguruabarren' interpretazio hertsia baten aldeko agertzen da.

Auzitegiaren ustez ezin da kontsideratu nagusitza-posizioa izanik, jabetza intelektualaz babestua dagoen produktu bat lizentzian eskaintzeko ezeta, besterik gabe, abusua denik. Baina gogoratzen du, jokaera hori, 'aparteko inguruabar' batzuekin batera gertatu ezker, bai gehiegikeriazkoa kontsideratu daitekeela⁷². Gauzak horrela, inguruabar horien presentzia ba ote den aztertzer pas beharko da. Lehenik eta behin, ukatu den zerbitzu edo produktua *ezinbestekoa* behar du izan mugakide den merkatuan. Kasu honetan, dagoeneko aipatu dugun eran, Microsoftek besteen eskura ipini nahi ez duen informazio hori, modu bideragarrian zerbitzariarentzako sistema eragilean merkatuan lehiatzeko ezinbestekoa da⁷³. Bigarrenik, ezezkoak ondoko merkatu horretan *lehia eraginkor* bat izatea eragotzi behar du. Hau gerta dadin ez da beharrezkoa merkatutik lehia erabat ezabatzea edo horren arriskua izatea. Lehiakide batzuen presentzia marjinalak, gure aferan gertatu den eran, ez du lehia eraginkorra dagoenik erakutsiko⁷⁴. Hirugarrenik, ezezkoak eskaera potentziala lukeen *produktu berri* bat merkaturatzea eragotzi beharko du. Inguruabar hau baina, Auzitegiak gogoratu bezala, Ituneko 82.b) paragrafoaren testuinguruan interpretatu behar da. Horrela, "produktu berri" bat merkaturatzeari buruzko eragozpena aitutzen denean ezin da literalki interpretatu. Izan ere, 82.b) xedapenak dion eran, kontsumitzaileei kalteak eragin diezazkieken eragozpenak, ez du zertan produktu edo merkatuekikoa izan behar. Posible da ere garapen teknologikoari buruzkoa izatea, batik bat garapen teknologikoa oztopatzeak, berrikuntza itozteko eta kontsumitzaileen aukerak urritzeko arriskua baldin badakar⁷⁵. Azkenik, Microsoften ezetza ontzat emateko *arrazoi objektiborik* ba ote den aztertzer pas behar da. Esana da jabetza intelektualeko eskubideen titular izatea, besterik gabe,

ezezkorako nahiko aitzakia ez dela. Informazioa zabaltzer derrigortzeak ordea, akaso berrikuntza uxatzeko eragina izan dezake. Horregatik, inposaketa horretatik ondorioztatu daitezkeen kalteak aztergai dira. Egia da, erabakiaren interpretazio oker batetik, Microsoft desmotibatua sentitu daitekeela eta horrek bere berrikuntza esfortzuan eragina izan dezakeela. Nolanahi ere, Europako lehia agintarien arabera, eragozpen hauek ez dira nahiko, eztabaidan dagoen informazio teknikoa zabaltzeak industrian oro har ekar dezakeen bultzada galaraztea justifikatzeko.

Beraz, Auzitegiaren ustetan, Microsoftek, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileetan duen nagusitza-posizioa, zerbitzariarentzako sistema eragileetara hedatzen saiatu da. Hori ez du egin ordea, eskaintzen dituen produktuen berezko ezaugarri edo erabilgarritasuna hobetuz, bateragarritasunari, behin eta berriz mugak ipiniak baizik. Horretarako, badiu nahiko motibo⁷⁶. Batetik, zerbitzariarentzako software merkatuaren hazkundera eta bigarrenik, merkatu honen azken bilakaera. Izan ere, bezero-ordenagailuentzako sistema eragileetan Microsoftek duen boterea mehatxupean egon daiteke⁷⁷. Testuinguru honetan, Microsoftek, interfazeei buruzkoa informazio teknikoa gordeaz, palanka-efektuaz baliatu nahi izan du. Alegia, eskaintzen duen produktuaren meritu propioekin zerikusirik izan ez eta, beste merkatu batetan duen nagusitasunaren abantaila erabili izan du zerbitzariak darabilten sisteman eragilean merkatuan lehian aritzeko. Gauzak horrela, Microsoftekin eraginkorki lehiatzea oso zail bilakatu da. Eskatutako protokoloari buruzko informazioa, bateragarritasunerako erabakigarria izanik, Microsoftek garapen teknologikoa oztopatu egin du eta horrek, kontsumitzaileei kalteak eragin dizkie. Ondorioz, instantzia judiziala bat dator Batzordeak erabakitakoarekin; alegia, Microsoften

72. Ik. *Epaia*, 331 e.o. paragrafoak. Batzordearen ustez abusurik den ikertzean, jurisprudenziak, bera, ahalik eta azterketa zabalena egitera deituko luke. Ez du uste hortaz, kontutan hartu beharreko inguruabarrak, nahitaez auzi zehatz batzuetan erabili izan direnera mugatu behar dutenik. Edonola ere, Batzordeak, Microsoften auzian, aurrekari bezala jotzen diren aferetan aztertu izan ziren inguruabar konkretuak, bai ematen direla usteko du eta aztertzer pasatzen da (*Epaia*, 316-318. paragrafoak).

73. Batzordeak dio: "*The present Decision does not purport to establish that competition is already eliminated in the market for work group server operating systems, or that it would be impossible to achieve even some partial interoperability with Windows client PC and work group server operating system (some partial interoperability is possible, not least due to previous disclosures made by Microsoft and due to the fact that Microsoft's products are backward-compatible). However, it will be demonstrated that the degree of interoperability that can be achieved on the basis of Microsoft's disclosures is insufficient to enable competitors to viably stay in the market*" (*Erabakiaren* 712. oin-oharra). Oro har, ikusi *Epaia*ren, 369-436 paragrafoak.

74. Ik. *Epaia*, 560-564 paragrafoak.

75. Ik. *Epaia*, 643 e.o. paragrafoak. Inguruabar honen azterketa, jabetza intelektualeko eskubideak jokoan egon zitezkeenaren ustetik egiten da.

76. Microsoften arabera, ezin frogatu daiteke bezeroen sistema eragilean merkatuan duen hegemonia, zerbitzarienganako sistema eragileetara luzatzen saiatu denik; horretarako ez baitu interes ekonomikorik izango. Argudio horrek, Chicagoko eskolaren jarraitzaileek garatutako "*one monopoly profit*" teoreman du oinarri. Honela, bi produktu, guztiz osagarriak izanik, sari monopolistiko osoa, merkatu bakar batetik aterata ahal dela esatera dator. Ondorioz, Microsoften interesa, justu egotzi zaionaren kontrako litzateke; hots, bigarren merkatuan, ahalik eta lehia biziena bultzatzearena. Izan ere, horrek prezioak beherantz bultzatu eta kontsumoa erakarriko baitu. Horri esker, bigarren merkatuko produktua eskuratu bada eta produktuak elkar osagarri badira, kontsumitzaileek aurreneko merkatuan orduan eta prezio altuagoak ordaintzeko prestutasuna izango dute. (*Erabakia*, 765 e.o. paragrafoak)

77. Zerbitzarien funtzioak, geroz eta gehiago zabaltzen ari dira. Beraienezko aplikazioak ere, ugaritzen ari dira. Epe ertainera, zerbitzariak, egun, banakako ordenadoreetan instalatua datorren plataforma-softwareak eskaintzen dituen funtzionalitateak eskaintzea espero da. Alegia, eusgarria bada, ez du zertan banakako ordenagailuan instalatua egon beharko. Baizik eta, sareratzean, zerbitzariak eskainiko litzuzke eusgarri baliabideak. Beraz, Microsoftentzako, ez soilik zerbitzarien merkatuan, baizik eta egun ia estandarizatua duen, bezero-ordenagailuentzako sistema eragilean merkaturako, mehatxu izan liteke.

jokaerak bateragarritasunerako informazioa ahalbidetzea ukatu duenean, Itunaren 82. artikulua urratu duela.

7.2. WMPlayer-en lotura Windows sistema eragilean

EEIren 82. artikulua gehiegikeriazko jokaeren eredu batzuk eskaintzen ditu. Horietako batek, d) letran datorrena abusuzkoa kalifikatzen du “kontratuak itxi ahal izateko, berez eta merkataritzako ohituren arabera kontratu horiekin inolako loturarik ez daukaten beste prestazio osagarri batzuk onartu beharraren menpe jartzea beste kontratatzaileak”. Xedapenaren azaleko azterketak kontratu loturetara (contractual tying) igortzen gaitu. Alegia, kontratu baten burutzea beste baten sinatzearekin baldintzatzea. Zalantza gehiago pizten dira ordea, xedapen horren aplikazioa, produktuen uztartze edo paketatze (bundling) saiakerai luzatu nahi denean. Hau da, ondasun bat eskuratzeko gogoia izanda, saltzaileak, berarekin bat eginik, bigarren bat erostera ere behartzen gaituenean. Kasu honetan, lotura ez da kontratuaren artekoa. Uztarteketa izaera teknikoa du eta jada jatorrian gertatzen da⁷⁸.

Zalantza hauen aurrean, Lehen Auzialdiko Auzitegiak nagusitza-posizioa dutenen uztartze saiakerak, nahiz eta 82.d) xedapeneko ereduarekin guztiz bat etorri ez, abusuzko gerta ditezkeela gogorarazten du. Nabardura horrekin, Auzitegiak edonola ere begi onez ikusten du, Batzordeak multimedia irakurgailuekiko Microsoften estrategia 82.d) xedapenean barneratzeko ahalegina⁷⁹. Horretarako, datozen lau baldintza hauek elkartzen diren ala ez aztertzen da: bi produktu ezberdin izatea, bata nagusia eta bestea erantsia; merkaturatze estrategia honetan darabilena, produktu nagusiaren merkaturatze, hegemoniazko posizioaz gozatzea; kontsumitzaileek ondasun nagusia

erantsi denaz aparte eskuratzeko aukerarik eza; lotura jardun honetatik lehia maila gutxiagotze bat ondorioztatzea.

Jarraitu behar den arrazoibidea argitu ondoren, Microsoften jokaerari aplikatzea dagokio. Hasteko, *bi produktu* ezberdinen aurrean geundeke. Kontsumitzaileen ikusmiratik produktu bakoitzeko eskari banandua dago, eta ez, Microsoftek aldarrikatzen duen eran, zerbitzu ezberdinak uztartzen dituen produktu bakar bat⁸⁰. Jarraian, honezkero aurreko ataletan azaldu bezala, agerikoa da bezero-ordenagailuentzako sistema eragilean merkaturatze Microsoftek erabateko *nagusitza-posizioa* duela. Hirugarrenik, bistakoa da ere, Microsoftek ez duela WMP gabeko sistema eragilerik merkaturatzen. Egia da Microsoften irakurgailua lortzearen ez dela prezio gehituri ordaindu behar, ez da ere irakurgailua erabiltzera derrigortzen eta lehian dauden beste irakurgailuak instalatzea posible da. Azken zirkunstantzia hauek baina, ez dute galarazten, ondorio nagusira iristea. Alegia, Ituneko 82.d) atalak dionaren zentzuan, *integratu gabeko eskaintza ez dagoen* neurrian, kontsumitzaileek ezarpen gehigarri bat onartu beharrean jarri izanaren efektua sortu du⁸¹. Dena den, aipatutako baldintzak bete diren egiaztatzeke, estrategia Microsoften estrategia horrek lehian duen eragina aztertzea falta da. Beraz, besterik gabe, ‘*per se*’ legez kontraktat eman beharrean, Microsoften estrategia eragindako kalteak merezituak direla ulertzeko adina abantaila ba ote diren aztertzea pasa beharko da⁸².

Microsoftek, WMP irakurgailua merkaturatzeko distribuzio bide abantailatsu bat du. Badakigu jatorrizko ekipo ekoizleek (HP, IBM, Dell,...) beraien ordenadoreak merkaturatzerako, Windows sistema eragilea aurre-instalatzea ia ezinbesteko dutela. Hori dela medio, irakurgailua Windows sistema eragilearekin batera zabaltzeak, ia bezero-ordenagailu guztietara hedatzeko efektua dakar. Alderantziz,

78. Egia da, 82(d) xedapena, batik bat, kontratu loturak eman diren egitateetara aplikatu dela. Hor ditugu, Batzordeak 1987ko abenduak 22an hartutako Erabakia, *Eurofix-Bauco v Hilti* aferan (AO L 65/19-1988); Batzordeak 1988ko uztailak 18an hartutako Erabakia, *Napier Brown - British Sugar* aferan (AO L 284/41-1988); Justizia Auzitegiak, 1988ko urriak 5ean, emandako Sententzia, 247/86 *Société Alsacienne et Lorraine de Télécommunications et d'Electronique (Alsatel) v SA Novasam* aferan; Batzordeak 1991ko uztailak 24ean hartutako Erabakia, *IV/31.043 - Tetra Pak II* aferan (AO L 72/01-1992). Honen harira, batzuk, uztarketa teknologikotik arazorik eratorri litekeela zalantzan jartzen dute, guztiz normala den fenomeno bat litzatekeelako. Ik. R. H. BORK-ek diona, “*Every person who sells anything imposes a tying arrangement. This is true because every product or source could be broken down into smaller components capable of being sold separately, and every seller refuses at some point to break the market down any further*”. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, the Free Press, 1978, 378-79 orr.

79. Ik. *Epaia*, 859-862 paragrafoak.

80. Ik. 38. oin-oharra.

81. Produktu nagusia, uztartutakoaz aparte eskuratzeko aukera faltak, sistema eragilea derrigor irakurgailuarekin erostea alegia, litzateke bigarren abusu honen gakoia. Arazoa ez dago uztartze estrategian, uztartu gabeko eskaintza faltan baizik. Ik. *Epaia*, 864, 968-975 eta 1149-1150 paragrafoak.

82. Batzordeak, abusu hau eman dela esateko jarraitu izandako metodologiari buruz zera zioen: “*The Commission has followed a ‘rule of reason’ approach in order to establish whether the anti-competitive effects of tying WMP outweigh any possible pro-competitive benefits*”. (MEMO/04/70, 2004ko martxoak 24koa). Edota, M. Monti Batzorkidearean hitz hauek, “*I would like to stress that the Commission has not ruled that tying is illegal per se, but rather developed a detailed analysis of the actual impact of Microsoft’s behavior, and of the efficiencies that Microsoft alleges. In other words we did what the US Court of Appeals suggested be done: we used the rule of reason although we don’t call it like that in Europe*”, Statement by Mario Monti of 24 March 2004, No. 47/04.

lehiakideek zaila dute abantaila honetaz baliatzea. Sistema eragilearekin 'de facto' lotua datorren WMP aurre-instalaturik izanik, ekipo ekoizleek nekez izango dute bigarren irakurgailu bat eransteko interesik.

Egia da, Microsoftekin lehiari daudenean, badituztela beren irakurgailuak zabaltzeko bide alternatiboak. Esaterako, Internet bidez 'jaitea' posible da. Arazoa ordea, Batzordearen ustetan, ez da horrenbeste, distribuzio hori egitea teknikoki posible ote den ala ez egiaztatzea, baizik eta aztertzea ea bide alternatibo horiek, Microsoftek gozatzen duenarekin parekatze modukoak ote diren⁸³. Kontsumitzaileen ikuspuntutik, beste bide horiek, ez dira inolaz ere hain erakargarriak: trebea ez denarentzako arazotsua gertatzen delako; Interneteko konexio azkarra ez duenarentzako oso motela delako, e.a. Ondorioz, WMP irakurgailua, sistema eragilearekin uztartua merkaturatzeak Microsofti abantaila itzela eskaintzen dio, kontsumitzaileek produktua gehien komeni zaiena den ala ez kontutan hartu gabe eskuratuko dutelako⁸⁴.

Microsoften jokaera hau, ez da zio tekniko hutsen ondorioa. Ez da baztertzekoa, uztartekak funtzionalitateak doitzera eragin dezakeela⁸⁵. Baina, atzean horren garbia ez den merkaturatze estrategia antzeman liteke. Irakurgailu hauek, neurri handi batetan, multimedia sektoreko eusgarri edo plataforma dira. Eusgarria deitzen da, beraien 'gainean' ibiliko den softwarea eta bestelako edukia garatzen delako. Zeharkako sare efektuen eraginez, WMP irakurgailuaren hedapena dela eta, garapen honetan aritzen direnak, berarekin bateragarri diren formatuetan lan egitera eramango ditu. Beste irakurgailuek berriz, garatu den eduki hori irakurtzeko, Microsoften teknologia lizentzia bidez lortzera bultzatuak izango dira. Horrez gain, WMP irakurgailuaren hedapen parekaezinak, eraginik izango du ere, esaterako, azken belaunaldiko gailu berriengan. Besteak beste, PDA edo azken belaunaldietako telefono mugikorrek, beren funtzionalitate ugariaren artean, WMP multimedia irakurgailua erantsia ekartzea ere eragin du. Guzti honekin, Auzitegiaren ustetan Batzordea zuzen dago, Microsoft, bere esfortzu eta merituetan (produktuaren berezko dohainetan)

oinarririk ez duen lehia-abantaila esanguratsuz baliatzen dela dioenean⁸⁶.

Gehiago oraindik, jokamolde horretatik lehiaren gaineko kalteak antzematen dira. Izan ere, irakurgailuen merkaturatze dauden beste lehiakideek, nahiz eta beraien sorkuntzak printzipioz guztiz lehiakorrak izan, Microsoften portaerak (merkaturatzearen efizientzia eta interes orokorrean oinarritik ez duenak) deserosotasunezko egoeran kokatzen ditu. Honek berrikuntzan eragin nabariak dakartza, eragile potentzialak, irakurgailuen merkaturatze sartzeko uzkuak ageriko baitira⁸⁷, ondorioz, berrikuntza arloan eman daitezkeen aurrera pausoak geldiaraziz. Nabaria da beraz, kontsumitzaileek pairatzen dituztela Microsoften jokaeratik eratorritako lehiarentzako kalteak. Aurrera begira, Microsoftek, sistema eragileetan duen nagusitasunari esker, palanka-efektuaz, azkenaldiko joera areagotu daiteke, Microsoften irakurgailu eta formatuak zabalduz, besteen erabilera murrizten den bitartean. Guzti hori kontutan hartuz, Auzitegiak ontzat eman du Batzordearen *Erabakia*, bigarren lege-hauste hau dela eta. Hau da, Microsoften portaera, kontsumitzaileak ezarpen gehigarri bat onartu beharrean jartzen dituen, abusuzkoa dela, Ituneko 82. d) xedapena urratzeagatik.

8. Isuna eta soluziobideak

Batzordeak, 2004ko martxoak 4an, hartutako *Erabakian*, Itunaren 82. artikulua bi urraperengatik, Microsofti 497.196,304 € zigorisuna jartzen dio. Microsoftek *Erabakia* errekurritu eta gero, Auzitegiak, 2007ko irailak 17ko *Epaiaren* arabera, idatzi honen zehar azaldu diren bi eratako abusuak, lege-hauste bakar batera berrerraman litezkeela dio. Hots, Microsoftek bezero-ordenagailuentzako sistema eragileetan duen nagusitza-posizioa, palanka-efektuaz luzatzeko estrategia da, oro har, abusuzkoa kontsideratu dena⁸⁸.

Isuna, bere horretan ordea, guztiz eskas geldituko zen, eragindako kalteak eten eta konpontzera zuzendutako erremedio osagarriekin bateratu ezean. Merkaturatze lehia babesten duen

83. Ik. *Erabakiaren*, 861 paragrafoa.

84. Lehiakideek, beraien irakurgailuak zabaltzeko ordezko bideetatik baliatzeko aukerak, ez du Microsoften jokaera garbituko. Jurisprudentziak agertu bezala, abusa egon dadin, ez baita beharrezkoa lehia jada guztiz ezabatu izana. Ik. esaterako, EELAAK, 2003ko irailak 30ean, T-203/01, *Michelin vs. Comisión aferan*, 239. paragrafoa.

85. Ik. *Erabakian*, 955-970 paragrafoak eta *Epaiaren*, 1091-1167 paragrafoak. Azken atal batetan, Microsoftek uztarketa defendatzeko azaltzen dituen arrazoiak aztertzen dira. Edonola ere, eman daitezkeen distribuzio efizientziak eta efizientzia teknikoak, uztartze estrategia defendatzeko nahiko ez direla ondorioztatzen da.

86. Ik. *Epaiaren*, 1069 paragrafoa.

87. Auzitegiak, Microsoften uztartze jardueratik datozen kalte posibleak, beste merkaturatze ere zabaltzen ditu. Konkreteki, Microsoftek interesa izan eta etorkizunean, Windowsekin batzea erabaki dezakeen teknologien merkaturatze, berrikuntza geldiarazia izateko arriskua legoke (*Epaiaren*, 1088 paragrafoa).

88. Ik. *Epaiaren*, 1327 paragrafoa.

zuzenbidea, halako soluziobideetan ohitura luzeduna da. Kaltegarri diren jokaerak ikertu ondoren, mahaigaineratzeaz gain, amaiera ipini eta aurrera begira, beraiekin zerikusia duten enpresen jokaera edo egiturak moldatzeko neurriak behar beharrezko bihurtzen dira. Bestela, gainontzekoa ezerezean gera daiteke⁸⁹. Soluziobide horiek mota askotakoak izan litezke. Tradizionalki ordea, bi taldetan sailkatu dira: batetik, jokabideko soluziobide puntualak eta, bestetik, erremedio estrukturalak⁹⁰. Aurrenekoek, lehia baldintza egokiak normaltzeko, eragilearen portaera moldatzea bilatuko dute. Arau haustearen egileari debekuak, bestelako murrizketak edo nahitaezko portaera positiboak ezarriz. Egiturazko neurriek berriz, agente ekonomikoen arteko lehian, gabeziak nozitu izan diren merkatuetako estrukturen aldatzea bilatuko dute, eta maiz, enpresen egitura aldatzeko bide izango dira, esaterako, enpresa zatiketarak inposatuz. Bigarren soluziobide hauek, noski aurrenekoak baino traumatikoagoak dira eta haatik, eraginkortasun baliokideko jokabideko beste erremediorik ez dagoenen baina, ez dira ezarriko⁹¹.

Batzordeak, eragindako kalteak eten nahian eta *Erabakian* ezagutarazitako bi gehiegikerien inguruan, Microsoft, jokabideko bi neurri hartzera behartu zuen:

Aurrena, bateragarritasuna ahalbideratzen duen informazioa besteen esku ipintzera zuzendua. Informazio hau Microsoftek bere lantaldeko zerbitzarientzako sistema eragileetan darabilzkin protokoloei buruzko xehetasunak liriateke; ez du behartuko ordea, iturburu-kodea zabaltzera. Beraz, aurrerantzean, Microsoft interesa dutenei informazio hori bereizkeriarik gabe eta arrazoizko modu batetan jakinaraztera derrigortua legoke⁹².

Bigarren abusua dela eta, Batzordeak, bezero-ordenagailuentzako Windows sistema

eragilea, WMP irakurgailu gabe ere merkaturatzea behartuko du Microsoft. Sistema eragilea irakurgailurik gabe eskaintzeko obligazioak, ez du orain arte merkaturatu duen produktu uzartua erretiratzea behartuko. Beraz, Microsoft aske izango da produktuak bi eratara eskaintzeko. Soluziobide hau kritikatu zezaketelakoan –izan ere, multimedia funtzionalitate gabeko sistema eragileek apenas duten eskaerarik–, Batzordeak *Erabakian* argi utziko du, bere asmoa ez dela kontsumitzaileak irakurgailurik gabeko ordenadoreak erostera bultzatzea; multimedia funtzionalitate horiek edukitzeko erabakiak baina, kontsumitzaileen aukera askearen islapen behar du izan, eta ez Microsoften aldebakarreko inposaketa⁹³.

Batzordeak 2004ko martxoan hartutako *Erabakia*, soluziobide horien betetze zuzena bermatuko duen beste neurri osagarri batetaz osatzen du, hots, begirale independente baten izendapenarekin⁹⁴. Edonola ere, neurri hauen betetzea, ez da batere baketsua gertatu. Microsoftek, *Erabakia* Europako Erkidegoetako Lehen Auzialdiko Auzitegian errekurritu⁹⁵ eta *Epaia* jakin den arte, tira-bira ugari bizi izan dira. Besteak beste, Batzordeak, inzidente-prozedura bitartez, Microsofti, bateragarritasunari buruzko informazioaren edukiarik nahiz informazioa emateko eran, bere *Erabakia* bete ez izana egotzi izan dio⁹⁶. Aurretik jarritako zigor-isunaz gain, soluziobideen ez-betetzea dela eta, Microsofti guztira beste 1179,5 milioi euroko behartze-isuna ezarri izan zaio⁹⁷.

2007ko irailean, Auzitegiak bere *Epaia* jakinarazi du eta horrela, hiru urte lehenago, Batzordeak hartutako *Erabakia* ia osoki berretsi du. Organo judizialak plazaratutako eragozpen bakarra, begiralearen ingurukoa da. Bere iritziz Batzordeak neurri horrekin, bereak zituen eskumenak era ez-legezkoan hirugarren baten

89. AEBko lehia aginte nagusiko ekonomilari burua izandakoak, M. SHERER-ek, zera zioen “*One of the things I learned when I was chief economist at the Federal Trade Commission is that one should never bring a major antitrust case without having thought very carefully through the end game. That is to say, what remedies one plans to implement*”. Transcribed Communication in the CPT Workshop «Which Remedies? Appraising Microsoft II», <http://www.appraising-microsoft.org/2nd-transcript.html>, Washington, April 30, 1999.
90. Ik. CREUS A. eta AGUSTINOY GUILAYN A., Apague y reinicie: soluciones para el caso Microsoft. In: *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, 206 zkia., 2000, 68-76 orr.; LÉVÉ QUE F., The controversial choice of remedies to cope with the anti-competitive behaviour of Microsoft. In: *Paper presented to the Law and Economics Workshop*, Boalt School of Law, University of California at Berkeley, November 6, 2000.
91. Ik. 1/2003 (EE) ERREGELAMENDUA, Kontseiluarena, 2002ko abenduaren 16koa, Itunaren 81. eta 82. artikuluetan ezarritako lehia-arauak aplikatzen dituen (AO L1, 2003ko urtarrilak 4), 7 artikulua. Merkatuko lehia babesten duen zuzenbide komunitarioan, kontzentrazioen debekuetan ezik, ez dago erremedio estrukturalen ohiturarik. AEBetan aldiz, 90eko hamarkadan, Microsoft zatitzeko aukera, mahai gainean egon zen.
92. Ik. *Erabakiaren* zati xedatzaileko 5 artikulua eta *Epaia*ren 246-266 paragrafoak. Arrazoizko moduak barneratuko du noski dagokion ordainsaria pagatzea.
93. Ik. *Erabakiaren* 1024-1025 paragrafoak eta zati xedatzaileko 6 artikulua. Ik. ere, *Epaia*ren 1216-1229 paragrafoak.
94. Ik. *Erabakiaren* 1043-1048 paragrafoak eta zati xedatzaileko 7 artikulua.
95. Microsoftek, 2004ko ekainak 7an, Batzordearen *Erabakia* errekurritzen du (ik. AO 2004.07.10 C 179/18).
96. Ik. IP/05/1695, 2005eko abenduak 22koa, Microsofti aukera bat emanez.
97. Batzordearen *Erabakia*, 2006ko uztailak 12koa, ordurarteko ez-betetzeagatik 280,5 milioiko isuna ezarri (Ik. IP/06/979, 2006ko uztailak 12koa). Erabaki horren ostean, eta azkenik *Epaia*ren eraginez Microsoftek, bere lizentzia politikan aldaketak egiteko konpromesua erakutsi duen bitarteko ez-betetzeagatik berriz, *Batzordeak*, 2008ko otsailak 27ko *Erabaki* bitartez, beste 899 milioiko behartze-isuna ipini dio (Ik. IP/08/318, 2008ko otsailak 27koa).

esku utziko lituzke⁹⁸. Epaia jakin eta hilabete beranduago, azkenik, Microsoftek bere lizentzia politikan zenbait aldaketa egiteko prestutasuna erakutsi du eta horrekin batera, aztergai izan dugun *Epaia* goragoko auzialdian ez errekurritzeko asmoa. Bere partetik, Europako Batzordeak lizentzia politikako azken aldaketa horiekin 2004ko bere *Erabakia*, horrenbestez, Microsoftek bete duela jakinarazi eta amaiera jarri zaio afera honi⁹⁹.

9. Konklusioa: paradoxak

Europar, Microsoften aurka bizi berri dugun prozedura luzeak teknologia, ekonomia, zuzenbidea eta politikari dagozkion galdera ugari agerian uzten ditu. Orri hauei amaiera jartzeko, afera honek azalarazten dituen paradoxa batzuetaz baliatuko gara. Izan ere, paradoxa hauek nabarmentzea, egin izandako kritika ulertzeko bide izan daiteke eta. Ulertzeko diogu, eta ez derrigorrez behintzat, bat etortzeko. Kritika honen harira, beste gogoeta bat ekarri nahi dugu. Egia da une jakin batetan prozedura eta erabaki zehatz batek jaso dezakeen kontrako iritzia ez dela batere harriztekoa. Gehiago zurtzen du baina, Microsoften aurkako erabakia aitzakia moduan erabilia kritika, Zuzenbideko alor baten izate berari luzatzen zaionean. Egia baita sorpresa kausatzen duela merkatuko lehia babesten duen zuzenbidearen zergati berari eta oinarri buruz gutxiengo adostasunik ez dela ikusteak. Zentzu honetan, esatea dago, orri hauetan aztergai izan dugun afera, batzuentzako aitzakia perfektua bilakatu dela, *zuzenbide antitrust* beraren baliotasuna zalantzan jartzeko¹⁰⁰. Bereziki, botere publikoen edonolako interferentzia begi txarrez ikusi eta merkatuen auto-erregulazioan sinesmen itsua dutenen partetik. Hauen arabera, merkatuko lehia babesten duen zuzenbideak sakonean kontradikzio bat luke. Horrela, beraien esanetan, Agintari Publikoek ekonomi agenteei merkatuan norgehiagokan aritzera deitzen diete. Xede horrekin, Botere Publikoari lagungarri zaio eskaera erakartzeko aukera, konpainiei eskaintzea. Horixe

baita eragile pribatuak besteen baino gehiago izaten saiatzera bultzatuko dituen; produktu hoberenak eta prezio baxuenak eskainiz. Arrakasta izan ezker baina –alegia, eskaera erakarri eta horrela, merkatu-boterea erdietsi–, saria ez da espero ahal litzatekeen bezalakoa; hau da, lasai egotearena. Aitzitik, orduantxe, lehia zuzenbidearen ‘mehatxupean’ topatuko dira; hots, ardura eta aparteko erantzukizun larriago batekin. Azken batean, iritzi honen arabera, egia litzateke, merkatuan elkarren arteko lehia bilatzen dela, baina beti ere, lehia hori ‘ondoegi’ egiten ezpada. Osterantzean, aginte publikoak interbenituko baitu, askatasun ekonomikoa mugatuz eta eragile ekonomiko arrakastatsueni oztopoak jarritz.

Oso laburki erakusten saiatu garen itxurazko kontraesan horrek gertutik jarraitu du betidanik merkatuko lehia babesten duen zuzenbidea eta Microsoft bezalako konpainia arrakastatsu baten aurkako erabakia, batzuentzako, adibide ezin hobea da, berriro, eztabaida horretan ekiteko. Edonola ere, afera honek, galdera berriago batzuk ere proposatzen ditu. Izan ere, berrikuntzan, gero eta gehiago, oinarri duen ekonomia batetan, Microsoften auziak ongi erakusten du akzio publikoaren antibalantzia. Batetik, merkatu ekonomia oinarri duten zuzenbide-ordenamenduak, lehia ahalbideratzeko, estruktura egokiak mantentzea ezinbesteko den printzipioaz gidatzen dira. Bestetik ordea, ordenamendu horiek aplikatzen diren lekuetan berrikuntza sustatzen da, berau denean sarritan, kontzentrazio handiko merkatuen kausa. Gauzak horrela, aldaketa teknologikoen abiadura oinarri izanda, egungo monopolioak, sektore batzuetan gutxienez, *de facto* behin behinekoak ez ote diren planteatu izan da. Beste modu batere esanda, nagusitza-posizioei tradizionalki egotzi zaiena; hots, berrikuntzarako oztopo direla, teknologian oinarri duten sektoreetan, zalantzan jarri eta berrikusi behar ez ote den aldarrikatu izan da. Izan ere, gaur menperatzaile denaren jardura, berritzen jarraitzea besterik ezingo du izan; osterantzean, eragile biziagoek aurre hartuko baitiote.

98. *Epaia*ren 1251-1279 paragrafoak. Kontu izan behar da, Batzordeak, Microsofti egozten dizkiola, besteak beste, begirale horren izendapenak sortarazi ditzakeen kostu guztiak, dagokion ordainsaria barne. Ik. *Erabakiaren* 1048.v paragrafoa. 2007ko urrian, Batzordea nahiz Microsoft, betetzeari buruzko akordio batetara heldu ziren. Horrela gertatu ez balitz ere, ez dirudi, begiraleari buruzko neurria atzera botatzeak, eragin gehiegi ekarri zezakeenik. Jabetu behar gara, Batzordearen *Erabakia*, 17 *Erregelamendua* (Kontseiluarena, 1962ko otsailaren 6koa, AO L204, 1962ko otsailak 21koa) indarrean zela hartua dagoela. *Erabakia* eman eta egun gutxi beranduago, 1/2003 *Erregelamendua*, indarrean sartu zen baina. Prozedurazko araudi berri honek, Batzordeari, erabakitako soluziobideen aplikaziorako tresna berriak ematen dizkio. Besteak beste, enpresa interesatuek, Batzordeari, beraien portaera dela eta, konpromiso batzuk hartzeko proposamena luza diezaiokie. Honek, ongi baderitzo, erabaki bitartez konpromiso horiek enpresarentzako nahitaezko bihurtzeko. Beraz, Auzitegiak, begiralearen inguruan *Erabakia* zuzendu izanak, edozein kasutan ere, ez luke atzetiko handirik ekartzen.

99. ik. IP/07/1567, 2007ko urriak 22koa.

100. Milton Friedman, ekonomilari ospetsuaren hitzak ditugu hauek, Microsoftek, AEBetan bizi izan zuen antitrust prozedura zela eta: “*I am not going to argue about the technical aspects of whether Microsoft is guilty or not under the antitrust laws. My own views about the antitrust laws have changed greatly over time. When I started in this business, as a believer in competition, I was a great supporter of antitrust laws (...). But as I watched what actually happened, I saw that, instead of promoting competition, antitrust laws tended to do exactly the opposite, (...). And so over time I have gradually come to the conclusion that antitrust laws do far more harm than good and that we would be better off if we didn't have them at all, if we could get rid of them*”. Cato Policy Report. Vol. 21, No. 2, 1999.

Schumpeter-ek esan bezala, hor legoke paradoxa, *“the businessman feels himself to be in a competitive situation even when he is alone in his field”*. Esanak esan, berrikuntza berak bultzatuko lukeen lehiakortasun ereduak, batzuen arabera, monopolioen efizientzia eza zalantzan ipintzeraino ailegatu da. Hain urrun iritsi gabe ere, egia da akzio publikoaren eraginkortasuna kolokan egon daitekeela aldaketa teknologikoak horren azkar gertatzen diren ingurumenetan. Izan ere, ezagutu berri dugun *Epaia*, 90eko hamarkadan hasiera izan zuen istorio baten azken kapitulua da. Beraz, egun integrazio teknologikoa oro har ikusten dugunean, konbergentzi digitaletaz hitz egiten denean, zer punturaino balio digu, duela 10 edo 15 urteko errealitateak epaitzea? Alegia, sistema eragilea eta WMP ezberdinak diren ala ez erabakitzen ari garen bitartean, irudikatu ere ezin dugun integraziorantz goaz; esaterako, informatika, telekomunikazio (telefonía, telebista,...) eta edukien (argitaletxe) sekulako bateratzerantz. Beraz, akzio publikoak zer nolako efikazia luke inguruabar hauek ageri diren errealitatean?

Microsoften aferan gutako bakoitzak duen posizioa, jatorrian jada merkatuko lehiaren inguruan dugun iritziaz, neurri handi batetan behintzat, baldintzatua dator. Batzuek, Shumpeter-en norgehiagoka ereduaren sinesmen dutenek, ez dute ukatuko Microsoften egungo nagusitza, ezta merkatu horietako sare-efektuak e.a. Hala ere, hauen arabera, Microsoften posizioa oso ezengonkorra bilakatzen da, lehian diharduen merkatuek bizi duten aldaketa teknologiko eta berrikuntza abiadurari esker; ondorioz, bere jokaerek merezitu ahal zezaketen gaitzespena, merkatuetako aparteko ezaugarri horiek direla eta, birpentsatu beharko dela usteko dute. Izan ere, sarrera hesiak, egiazki, berrikuntzaren agindupean badaude, orduan, Microsoften eskaintza baino beste hobeago bat itxoitea besterik ez luke geratu behar¹⁰¹. Besteen aburuz berriz, sare-efektuek eta kanpokotasunek, bere horretan, botere publikoaren eskuartzea justifikatuko dute. Izan ere, merkatu hauetan jaso ohi diren sarrera hesiak eta ekonomia-eskalen garrantziak, *winner takes all* moduko lehia sortaraziko dute eta hori, bere horretan,

merkatuko lehia babesten dutenentzako nahiko kezagarria litzateke. Era batera edo bestera, gure ustez ezin da pentsatu Europan jarraitu den auziak, Microsoften arrakastan sorburu eta oinarri izan duenik. Egia da, auziperatu den konpainiaren oihartzuna dela eta, sarritan ezagutzera eman dena egitateak baino beste aspektuak izan direla. Epaitu dena ordea, jokaera zehatzak dira. Microsoften aurkako neurriak kausatu dituen ez da izan ez bere negozio-bolumena, ezta bere merkatu-boterea¹⁰²; bere jardunbidea baizik. Azken batean, Zuzenbideak pertsonak epaitzetik egintzak epaitzerako pausoa aspaldi emana badu, oraingoan ere ez dugu zalantzarik eredu hauxe jarraitu dela.

Ulertzeko da baina batzuen harridura. Nola konprenitu bestela, sistema eragilea, nabigatzailearekin batzuek, AEBetako agintarien partetik eduki zuen erantzuna, Europan, nabigatzailearen ordean, multimedia irakurgailua batzuek ekarri duenarekin? Non dago integrazio konpetitibo eta kanporatze-integrazio baten arteko muga? Hementxe genuke beste paradoxa bat. Izan ere, Ituneko 82. artikuluaurrekariak azaltzerakoan esan dugu, AEBetako eredu, jatorrian bederen, botere ekonomikoaren erdiespenaz jada arduratzen zela; hau da, merkatuko esturturen egokitasuna zaindu nahiaz, aurrezaintza naturadun tresna eran, nagusitza eta monopolizazioa saiakerak jatorrian eragozte bilatzen zuen. Europako eredu berriz, gehiegikeriena, itxuraz malguago litzateke. Botere ekonomikoa eskuratzeak, bere horretan, ez luke zertan arazorik planteatu behar; soilik, nagusitza-posiziotik egindako abusuak debekatuko dira. Emaizak ordea, justu kontrakoak izan dira. Hau da, AEBetan, akordio batera heldu eta Microsoftek, nabigatzailearen inguruko estrategian jarraitu ahal izan du. Europan berriz, ikusi dugu, Batzordearen erantzuna, askozaz zorrotzagoa izan dela.

Europako Batzordearen *Erabakia* zorrotza bai, baina Justizi Auzitegiak ia erabat berretsi duena dugu. *Epaia*, bereziki pozgarria izan da Europako Batzordearentzat, izan ere, beste aferan batzuetan azkenaldian, instantzia judizialeatik jaso dituen kritikak eta gero¹⁰³, beldur baitzen,

101. F. A. HAYEK ekonomilariak, XX. mende erdirako esana zuen, *“lo que queremos no es competencia universal, sino posibilidad universal de competencia”*. In: *“Economía de mercado y política económica”*. Lecturas de Economía política, Madrid, Ed. Minerva, 1991, 169-179 orr. Funtsean beraz, une eta merkatu jakin batetan, lehia gabezia soilak, ez luke zertan kezka sortarazi behar; lehiatzeko aukera faltak –esaterako, produktu hobereana edo prezio lehiakorrenak eskaini arren– arduratu behar izutuzke aldiz.

102. Edonola ere, aipagarria deritzogu, Auzitegiak, 664 paragrafoan ateratzen duen ondorio. Izan ere, merkatu kuota esanguratsu bat lortzea, bere horretan, abuzuzkoa jokaera kontsidera liteke ala? Zalantzarik gabe, ez dugu uste paragrafo horren idazkera egokiena izan denik.

103. Enpresen arteko kontzentrazio operazioei debekua ipintzen dien zenbait erabaki atzera bota izan ditu Auzitegiak. Ik., EELAAs, 2002ko ekainak 6an, T-342/99 aferan emaniko *Epaia*, Airtours/First Choice arteko kontzentrazioari buruzkoa. EELAAs, 2002ko urriak 22an, T-310/01 aferan emaniko *Epaia*, Schneider/Legrand arteko kontzentrazioari buruzkoa. EELAAs, 2002ko urriak 25ean, T-05/02 aferan emaniko *Epaia*, Tetra Laval/Sidel arteko kontzentrazioari buruzkoa.

bere *Erabakia*, berriro, atzera botako ez ote zuten. Hori errepika ez zedin, Batzordeak inoiz ez bezalako azterketa aurrera eraman du. Zehaztasun handiko egitateen ikerketa ostean, geroz eta gehiago eskatzen den analisi ekonomikoa esanguratsuz osatu zuen bere *Erabakia* eta guzti horri esker, bere autoritatean indartua ateratu da.

Dena dela, Batzordearen *Erabakiaren* inguruan, azken ñabardura bat egin nahi genuke. Badirudi, Batzordeak, Ituneko 82. artikulua aplikatzean, behin merkaturatu eta nagusitza-pozizioak zehaztu izan ostean, abusurik den aztertzea, hurrenez hurrengo bi urratsen bitartez banatzeko tentazio izan dezakeela. Aurrena, merkaturatu lehiarentzako kalterik dagoen aztertzearena. Bigarrena berriz, arrazoi objektiborik ba ote dagoen aztertzearena; alegia, efizientziagatik justifikaziorik ote dagoen errebisatzea. Bide hori kezkarria deritzogu. Batez ere, 81. artikulua, 30 urtetan izan duen bilakaera ikusi eta gero; are gehiago, 82. artikulua hitzetatik, bi aldiko azterketara behartzen ez gaituenean. Denbora asko pasa behar izan du, 81 artikulua osotasunezko aplikazio batetara ailegatzeko, aurrez egon den joera kaskarra gaindituz. Izan ere, azken xedapen honek, bere aurreneko paragrafoan jasotzen duen debekupean, 'artifizialki' ia guztia barneratzea, ondoren, hirugarren paragrafoak dionari esker, salbuetsia izateko ez da izan

praktika gomendagarria. Beraz, 81. artikulua aplikazioa norabide egokian doanean, beste paradoxa litzateke, 82. artikulua aplikazioak kontrako joera hartu dezakeela sumatzea.

Europar instituzioetatik afera honetan emandako erantzuna egokia izan den ala ez jakiteko, merkaturatu bilakaera ikusi beharko da. Ez dago zalantzarik, konponbideak zailak direla. Batzuentzat erabakitako soluziobideak gehiegizkoak izango dira. Besteek berriz, motz geratu direla diote¹⁰⁴. Bitartean, Microsoft lehian dihardu. Bere boterea, merkaturatu askotara ailegatu da eta dirudienek, epe laburrera behintzat, ez dirudi soluziobide hauekin, gauzak modu nabarian aldatuko direnik. Microsoftek aditzera eman duenez¹⁰⁵, bere egitasmoa, zuzenbide komunitarioaren esparrupean mugitzeko omen da. Ikusiko dugu ea horrela den. Gogorarazi beharko litzaioke aurretik jada esan izan zaiona. Microsoftek AEBetan aurre egin behar izan zion prozeduran, epaileak bere erabakia esaldi honekin amaitzen zuten: "*Microsofti buruz ez dezatela esan ondorengo: 'emandako hitza ez betetzeko legezko haitzakirik ez zaio behin ere faltako printzeari'*"¹⁰⁶. Denborak esango du, Microsoftek, Europatik bidali zaion mezua jaso duen ala, aitzitik, orain gutxi amaitutako prozedura, gehiago luzatuko den borroka batetako kapitulu bat gehiago besterik izan ez ote den.

104. *Epaia* jakin bezain pronto, Batzordea bere erabakian indartua ateratu zela ikusiz, europar instituziek, gehiegikerien aurkako soluziobideak harantzago eraman zituzten aldeko ahotsak entzun dira. Esaterako, *Globalisation Institute*, europar industria presio-taldeak, "*Unbundling Microsoft Windows*", by A. SINGLETON (2007) txostena publiko egin du. Idatzi horretan, Batzordeari bere logika harantzago eramatea eskatzen zaio. Windows sistema eragilea, WMP irakurgailua uztartua duela besterik, eskuratzeko aukera, zilegizko ez dela erabaki bada, orduan, hardware ekoizleen jarrerak ere antzeko gaitzespena mereziko luke. Alegia, ordenadoreak, sistema eragile batua daramatela merkaturatzeari, amaiera ipini beharko zitzaioela uste dute.
105. European Microsoftek duen ordezkari nagusienetako baten hitzak ditugu hauek "*We believe it's important at this stage to focus all of our energies on complying with our legal obligations and strengthening our constructive relationship with the European Commission*". 2007ko urriak 24an.
106. Makiabeloren 'Printzea' aipatuz, Kollar-Kotelly epaileak, bere azken iritzia jasotzen zuten erabakia, *Memorandum opinion, United States of America v. Microsoft, 01.11.2002, Let it not be said of Microsoft that 'a prince never lacks legitimate reasons to break his promise'*. *Esaldia euskaratua, Iñaki Azkuenaren itzulpenetik, "printzea". Elkar, Donostia, 1986.*