

# EU Boosts Microsoft's Monopoly

<http://swpat.ffii.org/lisri/04/cecms0326/index.en.html>

Workgroup

[swpatag@ffii.org](mailto:swpatag@ffii.org)

2005-01-06

The European Commission's competition proceedings against Microsoft have led to a verdict which gives a big boost to Microsoft's monopoly position in the OS market and helps Microsoft expand this position to other markets. While the Commission may have earned substantial revenues for itself by imposing a one-time fine of 1% of Microsoft's liquid cash reserves, the smallprint of the verdict gives Microsoft green light to kill its main competitors in the operating systems market. This smallprint was simultaneously reinforced through backroom deals in the Council's Patent Policy working party, of which copies have been leaked to FFII. Immediately after the announcements the stock value of MSFT rose by 3%.

## Contents

<b>1</b>	<b>Details</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Annotated Links</b>	<b>4</b>

## 1 Details

Am Tag nach der Ankündigung der Entscheidung der Europäischen Kommission über die wettbewerbsbehindernden Methoden von Microsoft stieg deren Aktienkurs um drei Prozent.

Während die Kommission eine einmalige Geldstrafe von 1% der Microsoft'schen Bargeldreserve verhängte, beinhaltete diese Entscheidung eine extreme Auslegung des

TRIPS-Vertrages, die es Microsoft erlaubt, einen a "fairen Ausgleich" für die Benutzung jedweder proprietärer Protokolle, für die sie in Europa Patente erhalten haben, zu verlangen.

Dies bedeutet, sofern die Ergänzungen des Europäischen Parlaments zu der geplanten Software-Patent-Direktive vollständig akzeptiert werden, daß Microsoft offiziell grünes Licht für die Beseitigung ihrer Haupt-Wettbewerber von der Europäischen Kommission erhalten hat.

Wie The Register reports<sup>1</sup> berichtet:

*Anstatt Microsoft zu bestrafen, hat die am Mittwoch bekanntgewordene Entscheidung der Europäischen Kommission dieser Firma eine strahlende Zukunft als eine Patent-Lizensierungs-Gesellschaft gesichert. XXX Der folgende Satz ist ziemlich unklar: Nach einem Vertreter wurden nur zwei Open-Source-Fürsprecher vor der Untersuchung als Zeugen geladen. Weil es Microsoft erlaubt sein wird, Lizenzgebühren für veröffentlichte APIs zu verlangen, sagte Jeremy Allison, das Projekte wie Samba, an deren Leitung er beteiligt ist, einer prohibitive Hürde entgegensehen würden. Die Wettbewerber von Microsoft benutzen Samba, um von Windows-Maschinen auf Datei- und Druckdienste zuzugreifen. Die Untersuchung der Europäischen Kommission (XXX Gemeinschaft?) wurde von Sun Microsystems, die durch Unterfangen wie "Projekt "Cascade" versucht haben, in proprietärer Form das zu tun, was Samba und ähnliche Projekte wie der "Evolution Exchange"-Client von Novell in Form freier Software tun, angezettelt: Bereitstellung einer kompatiblen und interoperablen Infrastruktur, um mit der Unternehmenssoftware von Microsoft zu konkurrieren. Die Wettbewerber Microsofts haben sich zunehmend auf diese freien Softwareprojekte verlassen. Aber die Entscheidung vom Mittwoch hat das Anti-Microsoft-Lager unerwarteterweise gespalten, sagt Allison. "Die EU hatte eine wunderbare Gelegenheit, wurde aber zu gierig," sagte er uns gestern. "Dies spaltet den Wettbewerb."*

Håkon Wium Lie, der CTO (Technik-Vorstand) von <http://www.opera.com/>, einer von Microsofts wenigen verbleibenden Wettbewerbern im Browser-Markt, fügt hinzu:

*Es ist nie fair für irgendeine Firma, unabhängig von der Größe, von den Wettbewerbern für die bloße Benutzung von Protokollen, die für die Interoperabilität zwingend erforderlich sind, Geld zu verlangen. Die einzige faire Entschädigung für eine solche Nutzung ist gar keine Entschädigung. Deswegen haben wir beim World Wide Web Consortium (W3C) entschieden, daß Web-Standards lizenzgebührenfrei zu sein haben.*

Diese Position wurde auch von dem Europäischen Parlament in dem erweiterten Artikel 6a über die Begrenzungen des Patentschutzes im Hinblick auf die Interoperabilität ausgedrückt.

---

<sup>1</sup><http://www.theregister.co.uk/content/4/36520.html>

Trotzdem kämpft die Europäische Kommission auf Basis der gleichen fragwürdigen Interpretation des TRIPS-Vertrages gegen diesen Artikel 6a des Europäischen Parlaments, die zugunsten der Monopolinteressen von Microsoft in diesem Wettbewerbsfall herangezogen wird.

Ein Professor für Wettbewerbsrecht erklärte kürzlich bei einem Treffen in der Nähe von Brüssel, was an der Interpretation von TRIPS durch die Kommission nicht stimmt:

*Artikel 30 des TRIPS-Vertrages sagt klar aus, daß die Ausschlußrechte, die ein Patent gewährt, aufgrund von wettbewerbsrechtlichen Überlegungen beschränkt werden können, wenn dies nicht die normale Verwertung dieses Patents verhindert. Die normale Verwertung des Patents ist, Leute dazu zu zwingen, durch verbesserte Lösungen statt durch Imitation zu konkurrieren. Aber bei Kommunikations-Standards gibt es keinen Grund, verbesserte Verfahren zu finden, Selbst, wenn Ihre Sorte Esperanto performanter als Englisch ist, sind Sie gut beraten, eine automatische Übersetzung von und nach Englisch anzubieten, Ansonsten wird niemand Ihre Sprache nutzen, und Sie werden nicht in der Lage sein, alle Ihre wundervollen Werke, die Sie in dieser Sprache geschrieben haben, zu verkaufen. Wenn die Englische Sprache patentiert wäre, könnten Leute nicht mehr auf der Basis der Qualität ihrer Werke konkurrieren. Ähnliche wettbewerbsfeindliche Situationen treten bei Softwarepatenten regelmäßig auf, und sie verlangen nach einer generellen Lösung im Patentrecht und nicht nach einer Fortschreibung des Wettbewerbsrechts von Fall zu Fall. Eine generelle Ausnahme zugunsten der Interoperabilität würde das betroffene Patent kein bisschen weniger wertvoll als andere Patente machen. Man könnte hierin genau die Art von Ausnahme erkennen, die der Dreistufengesetz gemäß Artikel 30 TRIPs erlaubt. Glauben Sie nie jemandem, der etwas über TRIPS sagt, ohne den Text zu prüfen!*

These comments do not yet take into account the fact that the software patents on which Microsoft's interface ownership attempts are based have been granted against the letter and spirit of the European Patent Convention and in fact of the TRIPs treaty itself, as is easy to see and many law scholars have pointed out.

see also LAccord sur les ADPIC et les brevets logiciels<sup>2</sup> and Interoperability and the Software Patents Directive: What Degree of Exemption is Needed<sup>3</sup>

Die Kommission scheint fragwürdige Interpretationen von TRIPS unter dem Druck von Frits Bolkestein, dem Kommissar für Binnenmarkt, anzunehmen, der behauptete, daß die ursprünglichen Anforderungen zu für Microsoft zu hart gewesen wären und zu Sanktionen seitens der WTO geführt hätten, weil sie nicht durch den Artikel 30 von TRIPS gerechtfertigt seien.

Bolkesteins Direktorium hat (XXX Anm. des Übersetzers: schon seit einiger Zeit, kommt auch der Semantik im Englischen am Nächsten) dem Parlament gedroht und die Kommission falsch informiert, um extremen Interpretationen von TRIPS zu

---

<sup>2</sup><http://localhost/swpat/stidi/trips/index.en.html>

<sup>3</sup>

fördern und der unbegrenzten Patentierbarkeit von Software, einschließlich “computer-implementierten Geschäftsmethoden”, in der EU den Weg zu bereiten.

Die von Bolkesteins Direktorium in diesem Prozeß verwendeten Texte kamen vom Europäischen Patentamt (EPO) und von der Business Software Alliance (BSA). Der Entwurf zur Softwarepatent-Direktive trug die Handschrift derselben, der BSA und Microsoft nahestehenden Kreise, die (XXX Anm. des Uebersetzers: auch) in einem Dokument der US-Regierung<sup>4</sup> auftauchte, die gegen den Artikel 6a des Europäischen Parlaments (XXX Anm. des Übersetzers: gerichtet war), das Anfang September 2003 von der US-Vertretung in Brüssel unter MdEPs in Umlauf gebracht wurde.

Während Bolkestein von einem Schwarm von Lobbyisten der Großindustrie und der Patent-Gemeinde jederzeit umschwärmt zu sein scheint, hat er bislang noch. Die Generaldirektion Binnenmarkt hat immer ienseitig die Interessen der “wirtschaftlichen Mehrheit” gefördert, also die firmeneigenen Patentanwälte, die die relevanten Komitees bei der EICTA und der UNICE beherrschen, ohne je zu erklären, warum die Interessen der anderen Seite keines Schutzes wert sind. Es gibt seit Jahren eine Kommunikationssperre.

Dies scheint sich nun langsam zu ändern. David Ellard, Nachfolger von Anthony Howard<sup>5</sup> und bei der Generaldirektion Binnenmarkt für das Dossier “Software-Patent“ verantwortlich, hat einer Teilnahme an der Konferenz über Softwarepatente<sup>6</sup>, die der FFII innerhalb des Europäischen Parlaments für den 14.ten April organisiert hat, zugestimmt.

Der Rat der Europäischen Union hat bei seiner Sitzung am 2004-03-02 wieder einmal seine Fehlinterpretation von Artikel 30 TRIPS bestätigt. Eine Eingabe Luxemburgs zugunsten einer Variation des Art 6a wurde abgelehnt. Stattdessen stimmte die Patent-Arbeitsgruppe des Rates für eine Änderung, die besagt, daß Wettbewerbsprobleme nicht innerhalb des Patentrechts, sondern nur fallweise aufgrund von Kartellverfahren wie das gerade anhängige gegen Microsoft, gelöst werden dürfen. Durch diese Erweiterung seines vorherigen Arbeitsdokuments<sup>7</sup> hat der Rat seine Position als der kompromißlose Fürsprecher extremer Patentierbarkeit und extremen Patentschutzes und seiner Durchsetzbarkeit noch weiter gestärkt. Diese Entwicklung geschieht ebenfalls auf Betreiben von Bolkesteins Direktorium<sup>8</sup>.

## 2 Annotated Links

- **Kartellverfahren EU gegen MS: Ausschluss von Freier Software bei patentierten Standards scheint als Vernnftig eingestuft<sup>9</sup>**

In its anti-trust proceedings against Microsoft, the European Commission

---

<sup>4</sup>

<sup>5</sup><http://localhost/swpat/gasnu/ahoward/index.en.html>

<sup>6</sup><http://plone.ffii.org/events/2004/bx104/prep/>

<sup>7</sup>

<sup>8</sup>

<sup>9</sup><http://localhost/swpat/lisri/04/cecms0202/index.en.html>

has found that Microsoft is trying to extend its desktop monopoly into the market for workgroup servers (file, print, mail and web servers) by keeping secret the communications protocols that enable its desktop and server products to talk to each other. “Without such information, alternative server software would be denied a level playing field, as it would be artificially deprived of the opportunity to compete with Microsoft’s products on technical merits alone,” the Commission warned in 2001. Yet, the Commission has stopped short of demanding that Microsoft make its protocols freely available. According to an article in the Economist, Microsoft will only be required to license its server-communications protocols to rivals on a “reasonable and non-discriminatory” basis, which means e.g. that free/opensource software projects such as Samba can be excluded, and a look at Microsoft’s recently published aggressive licensing program shows that indeed they are. Another arm of the Commission is fighting for the right of Microsoft and other companies to forbid interoperation with any patented standard which they chose to impose by their market power. Bolkestein’s Industrial Property Unit has been urging the Council members to remove Art 6a of the European Parliament’s Software Patent Directive Proposal. Art 6a demands that the use of a patented technique for mere interoperation purposes should always be royalty-free.

- **L’Accord sur les ADPIC et les brevets logiciels**<sup>10</sup>

European patent authorities often cite the TRIPs treaty as a reason for making computer programs and business methods patentable and for making such patents enforceable in the most indecent ways. This reasoning is fallacious and easy to refute. It appears moreover that the European patent establishment itself is systematically violating the TRIPs treaty.

---

<sup>10</sup><http://localhost/swpat/stidi/trips/index.en.html>

- **Interoperability and the Software Patents Directive: What Degree of Exemption is Needed<sup>11</sup>**

Art 6 of the proposed software patent directive pretends to impose a limit on patent enforcement to safeguard interoperability. Art 6a, which was inserted by the European Parliament and approved by all three concerned committees, actually does impose a gentle but real limit. It says that filters for conversion from one format to another may always be used, regardless of patents. Unfortunately even this limit has provoked a furious backlash from corporate patent lawyers, seconded by large IT associations and governments (whose patent policy is usually formulated by corporate patent lawyers). After the summer pause of 2003, Arlene McCarthy MEP proposed an amendment to Art 6a which would render Art 6a meaningless. The movement against Art 6a was joined by Wuermeling (EPP), Manders (ELDR) as well as the governments of UK and US. Yet explanations as to what is wrong with the Interoperability Privilege remain very vague. We explain the meaning of Art 6a and the different amendments under discussion.

- **Exceptions to Intellectual Property Rights: Lessons from WTO-Trips Panels<sup>12</sup>**

Three law scholars explain how the European Commission has been pressing for extreme interpretations of Art 30 TRIPs at the WTO panels, partially with success. E.g. the EU succeeded in using TRIPs to disallow internal stockpiling of pharmaceuticals by Canadian generic manufacturers before the expiry of the patent term and to disallow royalty-free use of musical works in the context of smallscale events in the USA. The authors conclude: “WTO-TRIPS panels are restrictively interpreting the restriction to IPR’s. They thereby confirm the monopolist strength of the IPR holder, whose powers remains absolute in most respects. Given the stance of WTO-TRIPS panels reinforcing the IPR holder/owner’s position, WTO contributes to stifling innovation in the digital economy by limiting the exception for the public good ever further.”

---

<sup>11</sup>

<sup>12</sup>[http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n4/meyer104\\_text.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n4/meyer104_text.html)

- **WTO complaint by EU 2000 against Canadian regulatory review exemption**<sup>13</sup>

Canada's Patent Act allowed competitors to start product safety testing and permission procedures and associated test production and stockpiling during the last 1/2 year of the patent term. The EU filed a TRIPs complaint against this, saying that this made its pharma industry lose 100 mn CAD per year, because it allowed generics producers to enter the market as soon as the patent expired rather than 2 years later. The EU maintained that the Canadian provision discriminated against a field of technology, thereby violating Art 27 TRIPs, and was not a limited and reasonable limitation in the sense of Art 30. The Canadian representative pointed out in detail why the EU's interpretations of TRIPs were inconsistent with the letter and spirit of TRIPs and extremely biased toward rightholders. Yet the WTO panel decided largely in favor of the EU.

The Canadian representative found clear words about the EU's methods of interpretation of TRIPs:

*According to the EC, Canada's arguments were based on misconceptions about patent rights. It seemed apparent though that the EC's argumentation flowed from the misconception that Article 30 was an "inutility". In other words, the EC did not accept that patent rights could be limited in any way, as was evident from its assertion that Canada's measures unreasonably prejudiced the legitimate interests of the patent owner because the legitimate interests of a patent owner could only be the full enjoyment of all his patent rights during the entire patent term. This left no room for any prejudice at all to a patent holder's interests, and equated "normal exploitation" with "unfettered exploitation", notwithstanding Article 30's unequivocal acceptance of reasonable prejudice. Again, the failure to accord any meaning to plain words was a fundamental error of treaty interpretation.*

---

<sup>13</sup>[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/7428d.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf)

- **Frits Bolkestein and Software Patents**<sup>14</sup>

Internal Market Commissioner of the European Commission since 2000, leader of dutch right-wing liberal party VVD, known mainly by interventions in favor of the world's second largest pharmaceutical company, of whose supervisory board he is a member, and by various policies in favor of big business. Ever since he took office, Bolkestein firmly committed himself to the agenda for legalisation of software patents in Europe and pushed this agenda through an unwilling European Commission. Bolkestein saw himself forced to pay lipservice to the goals of his opponents and sell his directive as a means to achieve those goals. When it became apparent that this strategy did not work, Bolkestein threatened the Parliament with removal of its competence of decision. The Parliament was neither deceived nor intimidated. A month later, Bolkestein's directorate lobbied the national ministers to ignore the Parliament's will and drive the directive project against the wall. When asked for justification, officials of the directorate often point to "the Commissioner" who allegedly is insisting on this.

It may be worth noting that Bolkestein, as a pharma man, may be somewhat more interested than others in reinforcing the EU's extreme stance on Art 27 and 30 TRIPs taken in the WTO patent case against Canada.

- **Microsoft and Patents**<sup>15</sup>

== News and Chronology

---

<sup>14</sup><http://localhost/swpat/gasnu/bolkestein/index.en.html>

<sup>15</sup><http://localhost/swpat/gasnu/microsoft/index.en.html>