



MARKNADSDOMSTOLEN

BESLUT  
2014-12-22

2014:16  
Mål nr C 16/13

### KÄRANDE

nWise AB, 556755-0354,  
Greta Garbos Väg 11, 169 40 Solna  
Ombud: advokat H. N.,  
N. Advokatbyrå,  
Strandvägen 7A, 114 56 Stockholm

### SVARANDE

Europea i Malmö AB, 556464-0323,  
Amiralsgatan 20, 211 55 Malmö  
Ombud: advokaterna S. W. och  
M. Y., Moll Wendén Advokatbyrå,  
Stortorget 8, 211 34 Malmö

### SAKEN

Marknadsföring av produkter och kommunikationslösningar för personer med hörselskada eller hörselnedsättning

---

### MARKNADSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

1. Marknadsdomstolen avvisar nWise AB:s talan.
2. nWise AB ska ersätta Europea i Malmö AB dess rättegångskostnader med 462 736 kr, varav 450 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen för Marknadsdomstolens beslut till dess betalning sker.

## BAKGRUND

### *Om Post- och Telestyrelsens (PTS) tjänster för personer med hörselskada och hörselnedsättning*

- 1 Den statliga myndigheten Post- och Telestyrelsen (PTS) ansvarar för tillgången till tekniska kommunikationshjälpmedel för användare med funktionshinder/funktionsnedsättning. PTS är upphandlande myndighet och har regeringens uppdrag att se till att tjänster och produkter inom elektronisk kommunikation finns tillgängliga för personer med hörselnedsättning eller hörselskada.
- 2 PTS ansvarar bland annat för bildförmedlingstjänsten Bildtelefoni.net som tolkar samtal mellan teckenspråkiga och hörande via bildtelefon. En ytterligare tjänst som upphandlas av PTS för att förmedla samtal mellan personer som använder texttelefon och personer som använder vanlig telefon är Texttelefoni.se. PTS uppdrar åt en aktör att ansvara för driften av den lösning som har upphandlats. Örebro läns landsting har genom upphandling av PTS tilldelats uppdraget att ansvara för drift och utveckling av bland annat Bildtelefoni.net.
- 3 Örebro läns landsting köper in tekniken som tjänsten baseras på från företaget nWise AB (nWise). Tekniken har särskilda egenskaper för att hantera ljud, bild och text samtidigt i ett och samma system.

### *Om den i målet påtalade marknadsföringen*

- 4 Den 3 juni 2013 skickade Europea i Malmö AB (Europea) ett e-postmeddelande till PTS med ämnesraden ”Viktig information för upphandlande myndigheter och PTS”. Till e-postmeddelandet var bifogat en skrivelse rubricerad ”Viktig upphandlingsinformation angående nWise AB”, se [domsbilaga](#). Europeas skrivelse översändes till Örebro läns landsting av PTS.

**YRKANDEN M.M.**

- 5 nWise har yrkat att Marknadsdomstolen, vid kraftigt verkande vite om 1 000 000 kr, ska förbjuda Europea att vid marknadsföring av produkter och kommunikationslösningar för personer med hörselskada eller hörselnedsättning, påstå
- a) att nWise inte ”följer / ... / bestämmelserna som gäller för GPL-licensen”, [www.gnu.org/licenses.gpl.html](http://www.gnu.org/licenses.gpl.html),
  - b) att ”nWise saluför sina MMX-produkter som om de själva vore upphovsmännen till programkoden” som licensieras enligt GNU GPL,
  - c) att ”nWise bifogar inte heller någon kopia av GPL:s licensvillkor tillsammans med programvaran till alla som använder MMX-produkterna. Detta får till följd att slutanvändarna av produkterna inte är informerade om att även de tvingas följa villkoren för licensen. Även detta torde strida mot GPL-licensen”,
  - d) att ”Core Codec Inc. har även uppgett att de överväger att vidta rättsliga åtgärder mot nWise”,
  - e) att ”För det fall nWise skulle anses ha offererat sina MMX-produkter i strid mot GPL-licensen innebär det att bolaget i så fall har förbrukat rätten till att få använda sig av de aktuella källkoderna till sina produkter. MMX-produkterna skulle således kunna komma att bli obrukbara och då står slutanvändarna helt utan kommunikationshjälpmedel”,
  - f) att ”nWise inte har drabbats av några produktutvecklingskostnader eller har tvingats betala dyra licensavgifter för att få tillgång till källkoden till sina produkter. På grund av detta kan nWise i så fall ha offererat lägre priser än övriga leverantörer och kunnat konkurrera på helt andra villkor, vilket strider mot principen om likabehandling så som den kommer till uttryck i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (LOU). Europea och övriga leverantörer skulle således kunna anses ha lidit skada av nWise agerande”,

- g) att ”Det får också anses vara en självklar förutsättning för all upphandling att det som upphandlas är varor och tjänster som är lagliga i så måtto att leverantören av produkterna faktiskt har en laglig rätt att distribuera desamma. Något annat vore helt otänkbart. Skulle det visa sig att nWise har agerat i strid med GPL-licensen skulle varje avrop av MMX-produkterna kunna anses utgöra en otillåten direkt-upphandling vilket också strider mot LOU”, eller
- h) sprida framställningar som ger intryck av att nWise är ett företag som genom att använda GNU GPL-licensierad källkod i sin programvara men inte följa gällande licensvillkor gör sig skyldigt till ”brott mot upphovsrätten”,
- i) eller andra påståenden eller framställningar om nWise eller dess produkter eller tjänster med väsentligen samma innebörd, om inte Europea kan visa att påståendena eller framställningarna är korrekta.

6 Europea har bestritt nWises yrkanden.

7 Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

## **GRUNDER**

8 Parterna har till grund för sin talan åberopat följande.

### nWise

#### *Marknadsföringslagens tillämplighet*

9 Skrivelsen som Europea skickat till PTS (domsbilagan) utgör en marknadsföringsåtgärd enligt marknadsföringslagen (2008:486), MFL. Skrivelsen utgör eller kan jämföras med ett kundbrev och till delar även en form av varningsbrev och innehåller bland annat påståenden om överträdelse av tredje parts licensvillkor för öppen källkod och brott mot upphovsrätten (intrång).

- 10 Brevet rör kommersiella förhållanden och har ett klart kommersiellt och avsättningsfrämjande syfte. Innehållet i Europeas skrivelse är ägnat att främja avsättningen av Europeas konkurrerande produkter och tjänster och omfattas därför av och kan prövas enligt MFL.

*Vilseledande påståenden om annans produkter, risker, rättigheter m.m.*

- 11 Europea har i marknadsföring fört fram påståenden av innebörd att nWise skulle sakna de rättigheter som krävs för att sälja sina produkter genom att nWise bl.a. skulle ha "förbrukat rätten" att kunna använda sig av aktuella programkoder och att nWise skulle ha brutit mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller annan lagstiftning. Europea har vidare gjort gällande att nWise produkter, som en följd av nWise påstådda avsaknad av rättigheter, skulle kunna bli "obrukbara" och slutanvändarna därigenom stå "helt utan kommunikationsmedel".

- 12 Europeas skrivelse innehåller ovederhäftiga och vilseledande påståenden och framställningar i övrigt som ger intrycket av att det innebär en risk att köpa och använda nWises MMX-produkter eller i övrigt upprätthålla en affärsrelation med nWise. Europeas påståenden om brott mot licensvillkoren, "upphovsrätten" och LOU är ogrundade och felaktiga. Detta strider mot 10 § andra stycket, punkterna 2, 4 och 5 MFL.

- 13 Europeas vilseledande och dessutom misskrediterande och nedsättande påståenden och framställningar är av sådant slag att de påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen är därför otillbörlig enligt 8 § MFL och ska förbjudas.

*Långtgående och onyanserade påståenden om avsaknad av rättigheter och intrång*

- 14 Påtalat innehåll i Europeas skrivelse kvalificerar som ovederhäftigt och vilseledande och i vart fall som alltför långtgående och onyanserat och är dessutom misskrediterande för nWise. Det strider därför mot god marknadsföringssed enligt 5 § MFL.

- 15 Europeas marknadsföringsåtgärd är av sådant slag att den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Marknadsföringen är därför otillbörlig enligt 6 § MFL och ska förbjudas.

*Otillåten jämförande reklam*

- 16 Genom det påtalade innehållet i Europeas skrivelse pekar Europa ut konkurrenten nWise och dess produkter på ett sätt som är ovederhäftigt, vilseledande, misskrediterande och nedsättande. Marknadsföringen utgör härigenom otillåten jämförande reklam enligt 18 § MFL och ska därför förbjudas.

*Förbud vid vite*

- 17 Av 23 § MFL följer att en näringsidkare vars marknadsföring är otillbörlig får förbjudas att fortsätta med denna eller med någon annan liknande åtgärd. Av 26 § MFL framgår att ett förbud enligt 23 § MFL får förenas med vite. Europeas marknadsföring står i strid med MFL. Förutsättningar föreligger därför att meddela ett vites-sanktionerat förbud. Vitet ska bestämmas till ett belopp som kan antas förmå svaranden att följa det föreläggande som är förenat med vitet. Vitesbeloppet bör enligt Marknadsdomstolens praxis bestämmas till 1 000 000 kronor.

Europea

- 18 Europeas brev som skickades till PTS utgör inte marknadsföring. Europea har haft rätt att fritt kommunicera med PTS i dess egenskap av ansvarig myndighet och innehållet i brevet är även yttrandefrihetsrättsligt skyddat. MFL är därför inte tillämplig på det aktuella brevet och innehållet i brevet kan inte prövas av Marknadsdomstolen.
- 19 För det fall brevet ändå skulle anses som marknadsföring kan påståendena i brevet inte anses strida mot bestämmelserna i 5, 10 eller 18 §§ MFL. Påståendena är inte vilseledande eller misskrediterande och inte heller onyanserade, nedsättande eller alltför långgående.

- 20 PTS är vid en kontakt som den som togs av Europea förhindrat, genom regleringen i LOU, att "fatta affärsbeslut" i den mening som avses i 6 och 8 §§ MFL. PTS har inte på grund av brevet från Europea i något avseende påverkats i den affärsmässiga relationen till någon av parterna, och PTS har därmed än mindre påverkats i något affärsbeslut relaterat till Europea eller nWise. Det föreligger inte heller någon risk för att så sker i framtiden.
- 21 Licensproblemet rörde den mjukvara som tolkarna i Bildtelefoni.nets callcenter använder. Europea är inte en konkurrent till nWise om att leverera teknik till Bildtelefoni.net. Europea och nWise är konkurrenter kring en helt annan typ av produkter, som inte används för driften av Bildtelefoni.net och som inte berördes av det påtalade licensproblemet. Dessa produkter och konkurrensen på den marknaden har därför ingen koppling till det brev som skickades till PTS.
- 22 Europeas kontakt med PTS kan inte betraktas som "reklam" då PTS varken är kund till nWise eller Europea, och då Europea inte kunde erbjuda någon egen produkt eller lösning till PTS. Brevet kan därmed inte betraktas som misskreditering i jämförande reklam enligt 18 § MFL.
- 23 Den information Europea skickade till PTS per brev den 3 juni 2013 har inte skickats någon annanstans än till PTS. PTS har förmedlat brevet vidare till nWises kund Örebro läns landsting. För det fall nWise skulle anses ha blivit misskrediterat i förhållande till Örebro läns landsting är det inte Europea som gjort sig skyldigt till detta utan PTS.

#### **UTVECKLING AV TALAN**

- 24 Till utveckling av sin talan har parterna anfört i huvudsak följande.

##### nWise

##### *Om nWise*

- 25 nWise är ett teknikföretag verksamt på marknaden för tillhandahållande av tjänster och produkter/hjälpmiddel till döva och personer med hörselnedsättning. nWise ut-

vecklar, marknadsför och säljer mjukbaserade video- och texttelefoner. nWise är även leverantör av tjänsteplattformar (kommunikationsplattformar/-centraler/-växlar) för video- och textkommunikation och andra hårdvaruprodukter som användarna kopplar upp sina hjälpmedel mot.

*Om Multi Media Exchange (MMX)-teknik*

- 26 nWises produkter och kommunikationsplattformar/-centraler/-växlar är baserade på nWises teknik kallad MMX (Multi Media Exchange). MMX-tekniken har särskilda egenskaper för att hantera ljud, bild och text samtidigt i ett och samma system. I nWise produktserie ingår bl.a. myMMX videotalk för användning i olika typer av hårdvara såsom PC, smarta telefoner och surfplattor.
- 27 Programvaran i produkter baserat på nWises MMX-teknik innefattar flera komponenter. Vissa komponenter bygger på så kallad öppen källkod (fri programvara). Sådan öppen källkod får användas, undersökas, modifieras, utvecklas och licensieras vidare enligt vad som anges i de för koden gällande licensvillkoren.
- 28 Komponenten MMX Media bygger delvis på s.k. öppen källkod och är licensierad under en licens för fri programvara benämnd GNU General Public License. Detta är en av de absolut vanligaste licenserna för öppen källkod, som bl.a. används för operativsystemet Linux och finns därmed som en del i nästan alla större datorsystem som används av myndigheter och företag världen över.
- 29 Tjänsten Bildtelefoni.net är baserat på nWises teknik kallad MMX.

*Om förhållandet mellan nWise, Europea och PTS*

- 30 nWise och Europea är konkurrenter på samma marknad för det aktuella kommunikationssystemet, innefattande tekniska hjälpmedel (produkter) avsedda för personer med funktionsnedsättning samt kommunikationsplattformar/-centraler/-växlar, dvs. tjänster, mot vilka användarna kopplar upp sina hjälpmedel.
- 31 Marknaden/marknaderna respektive kundbasen/kundbaserna för nämnda produkter och tjänster är densamma/desamma för båda parter. Vad gäller hjälpmedlen (produk-



- terna) utgörs marknaden/kundbasen i huvudsak av förskrivare av hjälpmedel inom landsting/regioner i Sverige och utomlands. Rollen som förskrivare av hjälpmedel inom olika landsting/regioner har avseende just på hjälpmedlen och landstingens/regionernas upphandling/inköp av hjälpmedlen.
- 32 När det gäller kommunikationsplattformarna/-centralen/-växlarna är det i Sverige PTS som är upphandlande myndighet och har rollen av kund/potentiell kund för bägge parter (normalt indirekt via samarbeten som parterna ingår med landsting eller andra aktörer, vilka ingår avtalet med PTS). PTS samarbetar med och uppdrar åt ett eller flera landsting att ansvara för driften av den lösning som upphandlats. PTS är även finansiär och uppdragsgivare till nWise, Europea och andra konkurrerande företag när det gäller bland annat genomförande av olika innovations- och produktutvecklingsprojekt avseende hjälpmedlen till användare. Europea erhöll 2012 ett finansieringsstöd på 1,9 miljoner kronor från PTS för utveckling av en av sina produkter, en pekskärmstелефон för videokommunikation för personer med funktionsnedsättning.
- 33 Europeas kunder inom respektive produkt- och tjänsteområde utgörs av samma kunder som nWise kunder, dvs. landsting och andra vårdgivare och i viss utsträckning även av Arbetsförmedlingen och Försäkringskassan såvitt gäller hjälpmedlen (produkterna) och landsting och andra aktörer som deltar i upphandlingarna avseende kommunikationsplattformarna när det gäller tjänsterna.
- 34 En i Sverige stor och viktig kund för nWise är Örebro läns landsting. Landstinget har av PTS fått i uppdrag att ansvara för drift och utveckling av bland annat Bildtelefoni.net. Örebro läns landsting har i sin tur under lång tid använt sig av nWise kommunikationsplattform och utvecklingskapacitet för att kunna tillhandahålla de tjänster och den specifika funktionalitet som krävts av PTS. När det gäller tekniska hjälpmedel (produkter) för användarna är Örebro läns landsting även kund hos Europea.
- 35 Av marknadsföringsmaterial publicerat på internet för Europeas produktserie T-Meeting framgår att en videoförmedlingsväxel ”med stöd även för funktionshinderade och en VRS bildförmedlingstjänst” tillhandahålls på marknaden. Det fram-

går vidare att produktserien innefattar ”IP-baserade videokommunikationslösningar för hjälpmedelssektorn”. Europeas videoväxel och VRS bildförmedlingstjänst T-Meeting är direkt konkurrerande produkter till nWises huvudprodukt MMX kommunikationslösning/växel som bl.a. används av Örebro läns landsting för driften av Bildtelefoni.net.

- 36 PTS är en viktig aktör för både nWise och Europea med en central roll på den aktuella marknaden för kommunikationssystem och kommunikationshjälpmedel. PTS samarbetar med och har en nära dialog med de landsting som gör upphandlingarna. PTS kravställer, finansierar, koordinerar, svarar för teknikutvecklingen på området och fattar i denna roll beslut som påverkar marknads- och konkurrens-situationen för både nWise och Europea. PTS har vidare delfinansierat utveckling och anpassning av Europeas huvudprodukt, T-Meeting, inom ramen för en innovationstävling.
- 37 På den närliggande geografiska marknadsden Norge, där både nWise och Europea också är verksamma, innehas uppdraget att upphandla plattform/central/växel på området av den norska myndigheten NAV (Arbets- og velferdsetaten). Under 2014 genomförde NAV en upphandling av kommunikationsplattform/-central/-växel för en bildförmedlingstjänst motsvarande den svenska tjänsten Bildtelefoni.net. Denna tjänst har tidigare varit baserad på nWises MMX-plattform. Efter upphandlingen blev nWise utkonkurrerat av företaget Viju som samarbetar med och i upphandlingen baserade sitt anbud på den av Europea levererade kommunikationsplattformen/-centralen/-växeln T-Meeting, vilket också Europea informerade om på sin webbplats [www.tmeeting.com](http://www.tmeeting.com).
- 38 Det saknar betydelse att Europeas utvecklingsprojekt avseende produkten T-Meeting som finansierades av PTS pågick under en begränsad tid och är avslutat.

#### *Om Europeas brev till PTS*

- 39 Europea har till den upphandlande och med Örebro läns landsting samarbetande myndigheten PTS den 3 juni 2013 skickat ett e-postmeddelande, med en skrivelse

bifogad, med ovederhäftiga, vilseledande och misskrediterande påståenden om nWise och dess produkter och verksamhet (domsbilagan).

- 40 Som framgår av e-postmeddelandet skickades e-postmeddelandet och den bifogade skrivelsen till den inom PTS ansvariga C. B. samt även till två ytterligare personer i ansvarsställning inom PTS, A. B. och R. H. Förutom att skicka e-postmeddelandet med skrivelsen har Europea genom dess företrädare F. T. i slutet av maj 2013 även tagit kontakt med C. B. på PTS via telefon och framfört påståenden om nWise produkter enligt vad som uttrycks i skrivelsen.
- 41 Efter mottagandet av skrivelsen reagerade PTS naturligen på att en konkurrent till nWise vänder sig till myndigheten och för fram påståenden av det slag som görs i skrivelsen. PTS kontaktade därför Örebro läns landsting i saken och översände Europeas skrivelse för landstingets kännedom och kommentarer.
- 42 Ett anonymt utskick med mycket likartad innebörd och liknande formuleringar som i skrivelsen har även spridits via e-post till i praktiken samtliga nWise kunder och viktiga samarbetspartners, inklusive Örebro läns landsting, i mars tidigare år. Även detta utskick innehåller ovederhäftiga och misskrediterande påståenden och anklagelser om att nWise gjort sig skyldigt till brott mot GNU GPL-licensen och upphovsrättslagstiftningen. Utskicket är avsänt från en anonym e-postadress/server med domänen @hush.ai. Även om adressen, från vilken utskicket gjorts, är utländsk, står det klart att avsändaren har mycket god lokal branschinsikt och ingående kunskap om nWises kunder. nWise har inte lyckats spåra vem som ligger bakom utskicket. Det finns dock i praktiken inte något annat företag som skulle ha intresse av att göra ett sådant utskick än konkurrenten Europea.
- 43 Europea har genom spridningen av skrivelsen och sitt övriga agerande riktat ovederhäftiga, vilseledande, felaktiga och misskrediterande påståenden om nWise och dess produkter till den upphandlande myndigheten PTS och, indirekt via PTS, till den på marknaden viktigaste kunden Örebro läns landsting. Europeas utskick karaktäriseras av generella, onyanserade, oklara, oprecisa och nedsättande och i vissa delar direkt felaktiga påståenden om licensavtalsbrott och lagstridighet samt konsekvenserna av

detta, bl.a. för slutanvändarna, dvs. döva och personer med hörselnedsättning, vilka felaktigt påstås kunna bli utan kommunikationshjälpmedel om upphandling och inköp sker av nWise produkter.

*Påståendena i Europeas brev till PTS strider mot MFL*

- 44 nWise har inte brutit mot GNU GPL:s licensvillkor eller andra licensvillkor och har inte heller brutit mot upphovsrättslagen eller LOU. Europea saknar fog för och har inte presenterat någon som helst bevisning till stöd för sina påståenden. Istället är det fråga om Europeas obekräftade antaganden om beskaffenheten av nWise produkter, nWise agerande och hur innehållet i de på amerikanska förhållanden och amerikansk rätt grundade GNU GPL-licensvillkoren ska tillämpas och tolkas.
- 45 Syftet med Europeas åtgärder har varit att misskreditera och störa nWise och dess affärs- och kundrelationer och förleda kunder och andra affärspartner till nWise att tro att det innebär en risk att göra affärer med nWise och att det därför vore tryggare och bättre för PTS och berörda landsting att i stället köpa Europeas produkter och anlita Europea som teknikleverantör.
- 46 Det uppenbara syftet med Europeas åtgärd att skicka skrivelsen är och har tydligt varit att misskreditera och störa nWise och dess affärs- och kundrelationer och förleda kunder och andra affärspartners till nWise samt upphandlare av bildförmedlingstjänster och andra tjänsteplattformar för video- och textkommunikation att tro att det innebär en risk att göra affärer med nWise på grund av påstådda brott mot licensvillkor, ”upphovsrätten” och LOU och att detta bl.a. kan utmynna i att slutanvändarna kan komma att stå utan kommunikationshjälpmedel. Skrivelsen förmedlar även intrycket av att PTS som upphandlande myndighet och berörda landsting själva riskerar att bryta mot GPL-licensen och mot LOU vid ett fortsatt affärsförhållande med nWise. Europea vill härigenom försöka påverka nämnda aktörer att inte köpa nWise produkter och att minska nWise möjligheter att vinna framtida upphandlingar och uppdrag som teknikleverantör på området och, i motsvarande mån, öka sina egna möjligheter att sälja sina produkter och få dessa uppdrag.

- 47 Europea har inte fog för sin åtgärd att i ett brev till PTS hävda att det övervägs rättsliga åtgärder mot nWise, när det inte finns något reellt och seriöst förestående hot om saken.

*Europeas brev till PTS utgör marknadsföring*

- 48 Skrivelsen som Europea skickat till PTS rör kommersiella förhållanden och har ett klart kommersiellt syfte. Även de i skrivelsen framförda påståendena om olaglighet i form av otillåten direktupphandling och brott mot likabehandlingsprincipen enligt LOU är klart ägnade att vara avsättningsfrämjande av Europeas produkter och tjänster då syftet är och har varit att förmå PTS, och indirekt berörda landsting, att upphöra med att upphandla och använda kommunikationslösningar och plattformar som innehåller nWises produkter. Att Europea i skrivelsen anger att man endast velat upplysa PTS om ”resultatet av bolagets efterforskningar” saknar relevans för den bedömningen.
- 49 Genom brevet har Europea försökt avskräcka PTS och berörda landsting att inte köpa eller upphandla nWises produkter och att inte låta nWise komma i fråga för uppdrag som teknikleverantör för att, i motsvarande mån, öka sina egna möjligheter att sälja produkter och få den aktuella typen av uppdrag.
- 50 Europeas skrivelse utgör inte något varningsbrev i egentlig mening då påtalade rättighetsfrågor rör tredje parts rättigheter, men kan jämföras med ett sådant. Beträffande varningsbrev har Marknadsdomstolen uttalat att de är ett fullt naturligt och accepterat inslag civilrättsliga tvister och att man, med beaktande av att det ligger i sakens natur att det i en civilrättslig tvist – framför allt innan talan väcks och parterna har intagit sina respektive ståndpunkter – ofta torde finnas ett betydande inslag av osäkerhet, inte kan anlägga samma bedömningsgrunder vid den marknadsrättsliga bedömningen som för annat marknadsföringsmaterial. Eftersom innehållet i skrivelsen (domsbilagan) gäller licens- och rättighetsfrågor avseende programkod tillhörande tredje part, finns alltså inget inslag av osäkerhet parterna emellan inför väckande av en talan eller dylikt och därför ingen anledning till någon annan bedömningsgrund när det gäller t.ex. kravet på vederhäftighet.

- 51 Marknadsdomstolen har i ett stort antal avgöranden slagit fast att en näringsidkares påståenden i utskick, kundbrev, varnings- eller intrångsbrev och liknande skrifter till marknads aktörer om en annan näringsidkares avsaknad av rättigheter eller påståenden om intrång eller andra lagbrott ska anses ägnade att främja avsättningen av näringsidkarens produkter och därför utgöra en marknadsföringsåtgärd i MFL:s mening.
- 52 Även om innehållet i brevet endast delvis skulle anses vara en säljfrämjande åtgärd med syfte att gynna försäljningen av Europeas produkter och tjänster, kan den vidtagna åtgärden att sprida brevet prövas enligt MFL.
- 53 Europeas påståenden om och åtgärd att beteckna brevet som enbart ”upplysning till en myndighet” är inte korrekt eller trovärdigt och bör lämnas utan avseende. Det avgörande är inte heller vad Europea avsett med eller anser om brevet, utan hur dess innehåll är ägnat att uppfattas av mottagaren och marknaden. Brevet är rubricerat ”Viktig upphandlingsinformation angående nWise AB” trots att det inte funnits någon sådan information att lämna. Varken PTS eller Örebro läns landsting har uppfattat innehållet i brevet som ”viktig upphandlingsinformation”, utan istället som en av Europea misskrediterande illojal konkurrensåtgärd riktad mot nWise.
- 54 Det aktuella brevet rör inte ett påstått intrång i Europeas upphovsrätt utan i rättigheter som sägs tillkomma en helt annan, amerikansk, tredje part. Europea har ingen som helst anledning att engagera sig i denna fråga som uteslutande rör förhållandet mellan nWise och företagen Core Codec Inc., x264, x264 LCC och andra potentiella parter och påstådda rättighetsinnehavare. Det framstår därför som uppenbart och finns ingen annan förklaring än att Europeas syfte med brevet varit att påverka mottagarna på ett sätt som kan gynna den egna försäljningen av aktuella produkter och tjänster, i närtid eller på lång sikt.

### Europea

#### *Om Europea*

- 55 Europea säljer mjukvara som används för kommunikation, exempelvis i telefoner av typen smartphones. Europea säljer inte telefoner som fysisk produkt. Europeas

produkter – de tekniska hjälpmedlen – säljs och marknadsförs bara till landstingen. Produkterna delas i sin tur ut till slutanvändare.

- 56 Marknaden/kundbasen för Bildtelefoni.net och för de produkter som kopplas upp mot Bildtelefoni.net är inte en och samma. Bildtelefoni.net är en nationell tjänst som bara kan tillhandahållas av en aktör. Bildtelefoni.net drivs av Örebro läns landsting. Övriga landsting har s.k. ordinatorer/förskrivare som delar ut hjälpmedel till funktionsnedsatta. Dessa övriga landsting är Europeas och nWise gemensamma kunder.
- 57 Europea tillverkar och marknadsför kommunikationshjälpmedel för funktionsnedsatta som används i hem och på arbetsplatser. Det är främst ordinatorer av hjälpmedel inom landsting/regioner som utgör Europeas kundbas.
- 58 Bildtelefoni.net ska hållas isär från de hjälpmedel som används i hemmet då Europeas brev till PTS inte hade någon koppling till landstingsordinatorerna eller de produkter som dessa delar ut. Brevet hade endast betydelse för Bildtelefoni.net.
- 59 Även om PTS är samordnande myndighet för kommunikationssektorn har PTS inget inflytande över de upphandlingar av hjälpmedel som görs ute i landstingen. Varje landsting gör sina upphandlingar individuellt utifrån egna kriterier. Hur man organiserar förskrivningen av hjälpmedel varierar mellan landstingen.

*Om förhållandet mellan nWise, Europea och PTS*

- 60 Europeas och nWises verksamhetsområden överlappar varandra endast till viss del. Europea arbetar inte med centrala kommunikationsplattformar som upphandlas av PTS. Europea tar fram hjälpmedel som används i hemmen och på arbetsplatser för att koppla upp sig mot kommunikationscentralerna. Att nWise precis som Europea tillverkar hjälpmedel för slutanvändare gör inte att Europea är jämställt eller ens potentiellt jämställt med nWise i fråga om kapacitet att leverera det PTS behöver när tekniken till de centrala kommunikationscentralerna upphandlas.
- 61 PTS är den myndighet som bevakar områdena elektronisk kommunikation (telekommunikationer, IT och radio) i Sverige. PTS är inte avtalspart med nWise. Tjänsten Bildtelefoni.net drivs av Örebro läns landsting som tilldelats detta uppdrag

genom upphandling av PTS. Örebro läns landsting köper in tekniken som tjänsten baseras på från nWise. Tekniken har särskilda egenskaper för att hantera ljud, bild och text samtidigt i ett och samma system.

- 62 PTS har genom upphandling tilldelat en aktör uppdraget att driva Bildtelefoni.net, Aktören var i det här fallet ett landsting men upphandlingen vanns ursprungligen av ett privat tolkföretag utan anknytning till ett landsting. PTS har en övervakande funktion för att säkerställa att det finns en tjänst som Bildtelefoni.net.
- 63 PTS har upphandlat uppdraget att driva tjänsten Bildtelefoni.net av Örebro läns landsting. Örebro läns landsting har ett callcenter där ett antal teckentolkar förmedlar kommunikation genom teckenspråk och talat språk. Tjänsten är en teknisk lösning för videokommunikation där personer med nedsatt hörsel eller talproblem kan kommunicera genom att talat språk översätts till teckenspråk och vice versa. Örebro läns landsting har anlitat nWise för att leverera tekniken till callcentret.
- 64 PTS är inte kund till Europea. Europea har ingen callcenterverksamhet och ingen tolkverksamhet utan arbetar endast med mjukvara. Europea har aldrig deltagit i en upphandling för tjänsten Bildtelefoni.net eftersom man har saknat erforderlig kapacitet.
- 65 PTS är inte heller kund till nWise. PTS är kund till Örebro läns landsting, som i sin tur är kund till nWise. Företaget nWise har inte heller några egna teckentolkar. Däremot har nWise en affärsförbindelse med Örebro läns landsting som innebär att nWise levererar den teknik som används för driften av callcentret Bildtelefoni.net. För att bli leverantör till Bildtelefoni.net har nWise alltså först behövt sluta ett avtal om att sälja sin teknik till en tolkverksamhet/callcenterorganisation (i det här fallet Örebro läns landsting), som sedan i sin tur har deltagit i en upphandling hos PTS.
- 66 Beträffande Bildtelefoni.net är det Örebro läns landsting som ansvarar för helheten och är arbetsgivare till tolkarna och det är även Örebro läns landsting som innehar uppdraget gentemot PTS och är PTS avtalspart. I fråga om Bildtelefoni.net är det alltså inte PTS utan Örebro läns landsting som är nWises kund. PTS har inte gjort en separat upphandling av den teknik som används av callcentret. PTS har upphandlat



callcentret som helhet, utan att därvid välja vem som ska vara Örebro läns landstings teknikleverantör.

- 67 Det Europea säljer är molntjänster. I förhållande till Bildtelefoni.net säljer Europea endast de hjälpmedel som slutanvändare behöver för att koppla upp sig mot Bildtelefoni.net hemifrån eller från sin arbetsplats. Europea arbetar inte med någon aspekt av det som i detta mål refererats till som ”plattformen” för Bildtelefoni.net, dvs. själva callcentret. Europea har alltså aldrig haft PTS som kund eller avtalspart, varken direkt eller indirekt.
- 68 PTS har inget inflytande över de upphandlingar av hjälpmedel som landstingen gör. Det finns 21 landsting i Sverige. Alla dessa landsting upphandlar sina hjälpmedelsleverantörer separat och utan samordning sinsemellan. Europeas brev till PTS påtalade ett problem som var relevant för driften av Bildtelefoni.net. Brevet hade ingen koppling till förskrivningen av hjälpmedel ute i landstingen. Den kunde inte heller få några effekter på någon sådan upphandling, eftersom PTS inte styr över dem.
- 69 Att Europea kan tillhandahålla en videoväxel såsom T-meeting innebär inte att företaget hade kunnat tillhandahålla hela kommunikationstjänsten Bildtelefoni.net.

#### *Om Europeas brev till PTS*

- 70 Europea har skickat ett brev till PTS där Europea framförde att nWise bryter mot en licens på ett sätt som riskerar att få långtgående konsekvenser för användarna av kommunikationssystemet för personer med hörselnedsättning. Brevet skickades till PTS i dess egenskap av övervakande myndighet. Det skickades bara till PTS och bara vid ett enda tillfälle. Brevet är en icke-kommersiell skriftlig upplysning till en ansvarig myndighet om något som rör ett område som myndigheten har tillsyn över. Det finns ingen annan lämplig myndighet eller samhällsinstans att vända sig till med ett dylikt problem.
- 71 Syftet med brevet till PTS var att uppmärksamma myndigheten på att nWise distribuerar produkter på ett sätt som strider mot en s.k. GPL-licens, vilket innebär att nWise automatiskt förlorat rättat att distribuera viss källkod i produkterna. För det fall

rättighetsinnehavarna väljer att agera mot nWise på grund av detta, kan det få långtgående konsekvenser för användarna av de kommunikationstjänster som PTS är ansvarigt för.

- 72 Orsaken till kontakten var att Europea är genuint oroat för de konsekvenser nWises brott mot GPL 2 kan föra med sig. Konsekvenserna av ett missbruk mot licensen kan drabba såväl slutanvändare av tekniska hjälpmedel – den grupp som är Europeas målgrupp – som Europea, då de slutanvändare som får sina hjälpmedel från Europea kopplar upp dem mot de centrala kommunikationstjänster som nWise har levererat programvaran till. Europea har medvetet låtit bli att gå ut med en liknande varning till de kunder som Europea och nWise konkurrerar om, dvs. ordinatorerna i landstingen/regionerna. Detta just för att undvika att nWise skulle uppfatta förfarandet som misskreditering.
- 73 Om de aktörer som anser att nWise gör sig skyldigt till intrång i deras upphovsrätt väljer att vidta rättsliga åtgärder skulle detta kunna leda till att tjänsten Bildtelefoni.net inte kan fortsätta att fungera. Detta kan få stora konsekvenser för tjänstens användare. Om tjänsten måste förändras eller tas ur drift på grund av upphovsrättsintrånget påverkas även Europea och andra leverantörer på så vis att de hjälpmedel som används i hemmen för kontakt med tjänsten Bildtelefoni.net riskerar att bli oanvändbara.
- 74 nWise hävdar att Europea måste stå bakom även ett anonymt utskick som spritts via e-mail till nWise kunder och samarbetspartners. Även Europea mottog detta utskick och det är inte Europea som står bakom det. Tvärtom är det just detta utskick som fått Europea att närmare undersöka hur nWise använt öppen källkod i sina produkter. Det var dessa undersökningar som i sin tur ledde fram till att Europea tog kontakt med PTS per brev i början av juni 2013. Det finns inte någon logik i att Europea skulle skicka ett anonymt mail på engelska till nWise kunder från en utländsk server för att drygt två månader senare skicka ett helt normalt brev till PTS.
- 75 Europea har med stigande förvåning bevittnat hur nWise vidhåller anklagelsen om att Europea står bakom detta utskick (punkt 42 ovan). Det faller på sin egen orimlighet att Europea skulle ha tid och resurser till att självt upptäcka det pågående licensbrottet

och att dessutom ta reda på namn och kontaktuppgifter till alla nWises kunder och samarbetspartners. nWise tycks basera denna anklagelse endast på någon form av uteslutningsmetod. Europea har ingenting med detta utskick att göra och utskicket hör under inga omständigheter hemma i den nu aktuella processen.

*Om Europeas upphandling i Norge*

- 76 PTS har inget eget callcenter och inga egna tolkar. Detta köps istället in av Örebro läns landsting. Örebro läns landsting köper i sin tur in sin teknik från nWise.
- 77 I Norge däremot är det staten själv som har callcentret och anställer tolkarna. Den norska myndigheten Arbeids- og velferdsetaten (NAV) har efter en stor upphandling med många olika beståndsdelar bestämt att man ska köpa in teknik till sitt callcenter från ett bolag som heter Viju. Viju har i sin tur anlitat Europea som underleverantör. Norska staten är alltså ägare av callcentret och arbetsgivare till tolkarna, och callcentret/staten är sedan kund till Viju, som i sin tur är kund till Europea. Den beskrivning nWise lämnar av resultatet av upphandlingen i Norge (punkt 37 ovan) är missvisande.
- 78 NAV upphandlade inte bara en bildförmedlingstjänst. Upphandlingen var extremt stor och omfattade mycket mer än bildförmedlingstjänsten för döva, där tjänsten för bildtolkning ekonomiskt sett bara är en mycket liten del av det totala. Detta kan jämföras med att nWise levererar i princip all teknik till Bildtelefoni.net i Sverige. Att Europea via Vijus vinnande anbud kommit att leverera viss teknik till en avgränsad avdelning i denna stora upphandling – bildtolkningstjänst och videokontaktcenter – ändrar inte heller faktumet att PTS i Sverige varken är eller har varit en kund till Europea.
- 79 Vid den period då det aktuella brevet skickades till PTS deltog nWise i flera upphandlingar för liknande bildtelefonitjänster runt om i Europa. Europea deltog inte i någon av dessa, vilket tydligt visar att Europea saknade den erforderliga kapaciteten. I dagsläget börjar dock Europea närma sig en position där man kan spela en allt större roll även vid upphandlingar av teknik till kommunikationsplattformar.

*Europeas brev till PTS utgör inte marknadsföring*

- 80 Bildtelefoni.net drivs av Örebro läns landsting, inte av PTS. Licensproblemet rörde den mjukvara som tolkarna i Bildtelefoni.nets callcenter använder. Europea är inte en konkurrent till nWise om att leverera teknik till Bildtelefoni.net.
- 81 Det var inte Europea utan PTS som förmedlade brevet till den som är nWises verkliga kund, nämligen Örebro läns landsting.
- 82 Europea och nWise är konkurrenter kring en helt annan typ av produkter, som inte används för driften av Bildtelefoni.net och som inte berördes av det påtalade licensproblemet. Dessa produkter och konkurrensen om att sälja in dessa produkter till landstingens förskrivare/ordinatörer har därför ingen koppling till det brev som skickades till PTS. PTS har inget inflytande över upphandlingen av dessa hjälpmedel eftersom det sker i landstingens regi utifrån varje landstings egna kriterier.
- 83 När PTS befinner sig i det som nWise kallar för en kommersiell roll, är allt myndigheten gör styrt av LOU. Även om PTS vore kund till antingen nWise eller Europea, vilket inte är fallet i dagsläget, hade PTS aldrig kunnat vara en "kund" i vanlig mening. PTS är förhindrat att "fatta affärsbeslut" i den mening som avses i MFL, åtminstone så länge man inte är i en anbudssituation, vilket detta inte var. Om PTS någon gång i framtiden skulle göra en upphandling där nWise och/eller Europea deltar, kan myndigheten endast förhålla sig till det som står i anbuden och i myndighetens eget förfrågningsunderlag, inte till annan information som man fått del av vid ett annat tillfälle och på annat sätt. Detta följer av LOU.
- 84 Europeas kontakt med PTS kan under inga omständigheter betraktas som "reklam". PTS är inte kund varken till nWise eller Europea, och Europea kunde inte erbjuda någon egen produkt eller lösning till PTS. Brevet kan därmed inte betraktas som misskreditering i jämförande reklam enligt 18 § MFL.
- 85 PTS är inte Europeas kund och hanterar heller inte de upphandlingar som Europea deltar i. Genom att PTS inte är Europeas kund, varken direkt eller indirekt, kan innehållet i brevet inte betraktas som avsättningsfrämjande. Brevet kan inte jämföras med ett kundbrev eller ett varningsbrev. I den praxis på detta område som åberopats av

motparten är det ett genomgående tema att brevskrivaren försökt förmå mottagaren att byta leverantör och i stället anlita brevskrivaren. PTS hade ingen möjlighet att på detta sätt byta leverantör eftersom det är inte PTS utan Örebro läns landsting som är avtalspart till nWise. Dessutom kunde Europea i vilket fall som helst inte leverera det nWise levererade till Örebro läns landsting. Det måste finnas utrymme att skicka en skriftlig upplysning om ett missförhållande till en ansvarig myndighet utan att upplysningen betraktas som marknadsföring och i förekommande fall misskreditering.

86 Europea vände sig till myndigheten i dess egenskap av ansvarig myndighet. Att PTS är andra företags potentiella kund kan inte få konsekvenser för Europeas rätt att kommunicera med PTS i dess egenskap av ansvarig myndighet. Då Europea arbetar med tekniska kommunikationsmedel måste detta företag kunna vända sig till den relevanta myndigheten.

87 Det var inte Europea utan PTS som spred vidare brevet till den för nWise så viktiga kunden Örebro läns landsting. Det är inte möjligt att tolka MFL så att brevet ”blev” marknadsföring i samband med att PTS valde att sprida det vidare.

*Europeas brev till PTS utgör ett yttrandefrihetsrättsligt skyddat meddelande*

88 Europea har med stöd av regeringsformen och Europakonventionen rätt att kommunicera med en myndighet utan att denna rätt inskränks genom annan lag, i det här fallet MFL. MFL är därmed inte tillämplig. En fällning av Europea i Marknadsdomstolen på grund av ett brev som skickats till en myndighet är inte en sådan inskränkning i yttrandefriheten som går att motivera på ett lagenligt sätt.

89 Europea har inte åberopat tryckfrihetsförordningen i målet. Ingenting i tvisten aktualiserar rätten att i tryckt skrift meddela sig fritt med allmänheten. Europea har åberopat regeringsformen eftersom tvisten aktualiserar frågan om rätten att kommunicera med en myndighet utan risk för repressalier.

90 Målet rör ett enstaka brev adressat till myndighet. PTS roll är i första hand att fungera som ansvarig myndighet för samordningen av ett kommunikationsnätverk. Syftet med brevet var att göra PTS uppmärksam på ett missförhållande med potentiellt stora

konsekvenser för andra aktörer såväl som de aktuella tjänsternas användare. Det fanns ingen annan lämplig myndighet för Europea att vända sig till med detta ärende.

- 91 I detta fall ska det ske en avvägning mellan å ena sidan rätten att kommunicera om ett missförhållande med en ansvarig myndighet, och å andra sidan en juridisk persons rätt till skydd för sitt goda namn. Den i Europakonventionen stadgade yttrandefriheten gäller också i näringsutövning och det finns gränser för de inskränkningar av yttrandefriheten som får åläggas en näringsidkare. En fällning av Europea i Marknadsdomstolen på grund av ett brev som skickats till en myndighet framstår inte som en sådan inskränkning av yttrandefriheten som kan anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle, vilket är ett rekvisit som måste vara uppfyllt för att en inskränkning i yttrandefriheten enligt Europakonventionen lagligen ska kunna göras.
- 92 Yttrandefriheten enligt Europakonventionen gäller även näringsidkare. Även yttrandefriheten enligt regeringsformen gäller för näringsidkare. I fråga om Regeringsormens skydd för rätten att kommunicera med myndigheter finns det vidare ingen begränsning kring formen för yttrandet. Även kommersiellt inriktade upplysningar – för det fall brevet till PTS skulle anses vara sådant – skyddas av yttrandefriheten i regeringsformen. Lagrummet enligt 2 kap. 1 § RF gäller ”var och en” och inte endast ”varje svensk medborgare”.

*Påståendena i Europeas brev strider inte mot MFL*

- 93 Upplysningarna som lämnades var vederhäftiga och adekvat nyanserade, dvs. de kan inte anses misskrediterande. Upplysningarna som lämnades i brevet var också i högsta grad relevanta. Detta bekräftas av att PTS reagerade när man tog emot brevet.
- 94 Även om PTS ibland har en ”kommersiell roll” kan myndigheten aldrig agera utanför LOU. PTS är därmed förhindrat att fatta affärsbeslut i MFL:s mening, såvida man inte är i en anbudssituation vilket detta inte var. Brevet till PTS kan därför omöjligen ha påverkat eller riskerat att påverka myndigheten i dess förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.

95 Europeas kontakt med PTS kan under inga omständigheter utgöra ”reklam”. PTS är varken kund till nWise eller Europea, och Europea kunde inte erbjuda någon egen produkt eller lösning till PTS. Brevet kan därmed inte betraktas som misskreditering i jämförande reklam enligt 18 § MFL.

*Påstående a) – c)*

96 My MMX är ett Windowsprogram. Programmet innehåller flera komponenter, varav vissa bygger på så kallad öppen källkod som licensieras via en distributionslicens som heter GNU General Public License.

97 Påstående a) – c) handlar om att nWise använt sig av öppen källkod i sina MMX-produkter utan att efterleva den GPL-licens som varit obligatorisk för nWise att efterleva. Den GPL-licens som är aktuell i detta fall är GPL 2.

98 nWise har genom sin programvara distribuerat öppen källkod utan att efterleva GPL 2-licensen. Brott mot licensen innebär att man omedelbart förlorar rätten att distribuera de komponenter som licensierats under denna licens. Man kan heller inte fortsätta att distribuera komponenterna genom att byta till en annan licens.

99 Öppen källkod är ett koncept som går ut på att källkod till datorprogram görs fri och tillgänglig för alla att använda och modifiera efter behov. Den öppna källkodens fria tillgänglighet är emellertid förenad med vissa villkor. Att källkoden är öppen och tillgänglig att bygga vidare på innebär inte att den är helt fri från upphovsrättsligt skydd. Villkoren för att använda/distribuera källkoden utgör källkodens licensavtal. Enligt licensen GPL 2 krävs bland annat att den som bygger vidare på den öppna källkoden måste redovisa detta för alla som kommer i kontakt med programmet där källkoden ingår. Den som distribuerar något som är licensierat enligt GPL 2 måste exempelvis tydligt hänvisa till GPL-licensen, förmedla en kopia av licensvillkoren, ange vad som gäller ifråga om upphovsrätt, redovisa innehållet i programvaran och tillgängliggöra källkoden så att fler kan utnyttja den, samt ge användaren alla rättigheter man själv har. nWise har inte uppfyllt dessa krav. Att nWise har brutit mot licensen innebär att nWise enligt samma licens har förlorat rätten att använda den aktuella källkoden.

*Påstående d)*

- 100 Påstående d) berör Core Codec Inc:s övervägande att vidta rättsliga åtgärder mot nWise.
- 101 Core Codec Inc. är ett bolag som utvecklar datorprogram, bland annat i form av öppen källkod. Core Codec Inc. Hanterar licenser åt ett annat bolag som heter x264, LLC. Detta bolag har utvecklat källkodskomponenten x264, en av grundkomponenterna i MMX, som i sin tur ingår i nWises produkter. Det är alltså Core Codec Inc. som bevakar upphovsrätten till komponenten x264.
- 102 I Core Codec Inc:s juridiska ombud R. A. C. jr:s brev/intyg beskrivs i detalj hur nWise brutit mot GPL 2 och att bolaget därmed gjort intrång i upphovsrätt som tillkommer Core Codec Inc. samt att Core Codec Inc. överväger att vidta rättsliga åtgärder på grund av detta. Vidare framgår att nWise och Core Codec Inc:s juridiska ombud under 2013 har haft löpande kontakt angående nWises brott mot GPL 2. Även påstående d) i det brev som skickades till PTS är således vederhäftigt.

*Påstående e)*

- 103 Under punkt 4 i licensen GPL 2 framgår att licensen inte tillåter att man kopierar, modifierar, vidarelicensierar eller distribuerar programkoden på annat sätt än så som uttryckligen anges i licensen. Detta påstående följs av meningen ”Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License”.
- 104 En licenstagare förlorar alltså sina rättigheter under licensen I samma stund som denne bryter mot den. Detta framgår också av brevet från R. A. C. jr. För det fall Core Codec Inc. – eller någon annan aktör vars upphovsrätt nWise gjort intrång i – vidtar rättsliga åtgärder mot nWise, kan dessa åtgärder få till följd att program som används av exempelvis tjänsten Bildtelefoni.net inte längre kan användas så som de används idag.



105 De produkter som innehåller MMX-komponenter för vilka nWise har förbrukat sina rättigheter enligt licensen riskerar därmed att bli obrukbara, vilket skulle få konsekvenser för ett stort antal personer som är helt beroende av de tjänster där dessa komponenter ingår. Vad som framförs i påstående e) är såväl vederhäftigt som adekvat nyanserat.

*Påstående f) – g)*

106 Påstående f) – g) handlar om vad nWises distribution av öppen källkod kan ha inneburit i ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling, LOU. Kommentarererna i påståendena f)–g) riktar sig endast mot PTS och kan därmed inte innebära att nWise misskrediteras.

107 Det är ett faktum att nWise inte har följt licensen GPL 2. Eftersom nWise inte varit berett att redovisa den information som krävs för att få distribuera programvaran under denna GPL-licens borde nWise istället ha skaffat den kommersiella licens till samma programvara som är ett alternativ för de aktörer som vill ha tillgång till programvaran, men som av olika skäl inte vill redovisa information så som krävs enligt GPL 2.

108 Den kommersiella licensen är inte gratis. Genom att distribuera programvaran utan att betala för den har nWise på ett otilbörligt sätt fått en klar fördel i förhållande till andra konkurrenter i fråga om kostnader för produktutveckling. Det är också en självklarhet att produkter där det ingår komponenter till vilka rättigheterna inte är korrekt licensierade inte ska finnas med i en upphandling.

109 Påståendena f) – g) är således även dem korrekta. De är dessutom framförallt kommentarer kring vad som gäller för en upphandlande myndighet enligt LOU, vilket inte kan sägas rikta sig mot nWise.

*Påstående h)*

110 Under punkt h) vill nWise utverka ett generellt förbud för Europea att sprida framställningar som ger intryck av att nWise gör sig skyldigt till upphovsrättsintrång när bolaget inte följer licensvillkoren i GPL 2.

- 111 Det är ett faktum att nWise inte följt GPL 2. Det är också ett faktum att nWise distribuerat källkod som varit upphovsrättsligt skyddad. Således har nWise genom att distribuera upphovsrättsligt skyddad källkod i strid mot licensvillkoren för densamma gjort sig skyldigt till intrång i andra aktörers upphovsrätt.
- 112 Påståendet om upphovsrättsintrång är korrekt i det här fallet. Att generellt förbjuda Europea att i framtiden påtala upphovsrättsintrång som begås av nWise är ett alltför långtgående yrkande för att Marknadsdomstolen ska kunna fastställa det. Yrkandet är dessutom formulerat som att Europea inte ska få lov att göra sådana påståenden ifall Europea inte kan visa att påståendena är korrekta, vilket i princip redan följer av MFL.

### nWise

#### *Europeas brev till PTS utgör inte ett yttrandefrihetsrättsligt skyddat meddelande*

- 113 Europeas brev till PTS innefattar inte något bruk av en i regeringsformen eller Europakonventionen skyddad yttrandefrihet att meddela upplysningar och sprida uppgifter. Brevet har ett rent kommersiellt och avsättningsfrämjande syfte och avser rent kommersiella förhållanden i en affärsverksamhet. Genom sitt syfte och innehåll faller brevet utanför det yttrandefrihetsrättsliga området. Ett ingripande med stöd av MFL kan därför ske.

### **BEVISNING**

- 114 På begäran av nWise har förhör under sanningsförsäkran hållits med bolagets ställföreträdare N. C. Båda parter har åberopat viss skriftlig bevisning.

### **SKÄL**

- 115 nWise talan avser påståenden om nWise och dess produkter som Europea framställt i ett brev (se domsbilagan) fogat som bilaga till ett e-postmeddelande som Europea den 3 juni 2013 skickat till en anställd hos Post- och Telestyrelsen (PTS) med kopia till två andra tjänstemän hos myndigheten. I e-postmeddelandets rubrik ”Ämne” anges att meddelandet rör ”Viktig information för upphandlande myndigheter och PTS”.

Brevet inleds med en rubrik med lydelsen ”Viktig upphandlingsinformation angående nWise AB”.

- 116 nWise har gjort gällande att brevet är att anse som en marknadsföringsåtgärd enligt 3 § marknadsföringslagen (2008:486), MFL, och har till grund för talan åberopat att brevet utgör eller kan jämföras med ett kundbrev och i vissa delar ett varningsbrev samt att det innehåller påståenden som strider mot bestämmelserna i 5, 10 och 18 §§ MFL. nWise har därvid anfört att brevet rör kommersiella förhållanden och att det har ett klart kommersiellt och avsättningsfrämjande syfte samt att det därför inte föreligger hinder mot att pröva om påståendena är förenliga med bestämmelserna i MFL.
- 117 Europea har invänt att brevet utgjort ett yttrandefrihetsrättsligt skyddat meddelande enligt 2 kap. 1 § regeringsformen (RF) och artikel 10 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europa-konventionen) samt att det därför föreligger hinder för ett ingripande med stöd av MFL. Europea har därvid anfört att brevet till PTS utgör ett icke-kommersiellt meddelande vilket inte ska anses utgöra marknadsföring. I vart fall kan de påtalade påståendena, enligt Europeas uppfattning, inte anses stå i strid mot någon av bestämmelserna MFL.
- 118 Marknadsdomstolen tar inledningsvis upp frågan om de påtalade påståendena kan prövas enligt MFL eller om det, som Europea invänt, föreligger hinder mot en sådan prövning på yttrandefrihetsrättslig grund.

*Utgångspunkter för Marknadsdomstolens prövning*

- 119 Enligt 3 § MFL avses med marknadsföring reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare.
- 120 Marknadsföringsbegreppet omfattar även vad som avses med affärsmetoder enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden (se

prop. 2007/08:115 s. 62 f.). Med marknadsföring förstås i första hand framställningar och andra handlingar som vänder sig till allmänheten eller en viss grupp av intressenter, exempelvis säljfrämjande åtgärder av allmän inriktning. Begreppet täcker även in åtgärder som är riktade till en begränsad krets eller enskilda individer (se MD 2007:31).

- 121 Vad som kan bli föremål för prövning enligt MFL begränsas emellertid av hänsyn till bl.a. den grundläggande rätten till tryck- och yttrandefrihet.
- 122 En grundläggande bestämmelse om yttrandefrihet finns i 2 kap. 1 § RF där det slås fast att var och en gentemot det allmänna är tillförsäkrad en frihet att ”i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar, åsikter och känslor”. Rätten till yttrandefrihet är också lagfäst i artikel 10 i Europakonventionen samt i artikel 11 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.
- 123 Begränsningen av skyddet till att gälla gentemot det allmänna innebär att regleringen i RF riktar sig endast till offentliga organ: dels de normgivande organen såsom riksdagen, dels de verkställande organen såsom domstolar och myndigheter (se Anders Eka m.fl. Regeringsformen med kommentarer s. 54 f. och Thomas Bull o.a., Regeringsformen: en kommentar, 2 uppl. s. 62 f.). Till de faktiska ingrepp som omfattas av skyddsregleringen hör utdömande av straff samt användande av straffprocessuella tvångsmedel och utövande av tvång (se Eka m.fl. s. 54). Till ingrepp av detta slag måste också räknas meddelande av beslut om förbud vid offentligt vite enligt 23 § MFL.
- 124 Frågor om gränsdragningen av vad som kan prövas enligt MFL med hänsyn till tryck- och yttrandefriheten har främst prövats med utgångspunkt i förhållandet mellan MFL å ena sidan och tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) å den andra. I TF finns ett särskilt skydd för yttranden i tryckta skrifter och i YGL finns ett sådant skydd för yttranden och uppgifter i olika former av s.k. massmedial kommunikation såsom film, ljudinspelningar och etermedia (radio och TV). Vid avgränsning av tillämpningsområdet för TF och YGL beaktas inte bara formen för ett yttrande utan också dess syfte (se 1 kap. 4 § TF och 1 kap. 5 § YGL).

- 125 I praxis har prövning av en framställning enligt MFL kunnat ske under förutsättning att fråga varit om meddelande som lämnats i kommersiell verksamhet och i kommersiellt syfte och som haft rent kommersiella förhållanden till föremål. Ingripande med stöd av MFL kan således inte ske mot framställningar som är inriktade på att bibringa allmänheten vissa värderingar eller påverka allmänhetens beteende i viss riktning (se bl.a. NJA 1975 s. 589, 1977 s. 751, 1999 s. 749, 2001 s. 319 och 2007 s. 142 samt MD 2001:17, 2002:18 och 2005:11). Avgränsningen av det grundlagsskyddade området i förhållande till MFL har bestämts efter samma kriterier oavsett om fråga varit om regleringen i TF eller YGL (se MD 2001:17).
- 126 Till meddelanden av *kommersiell natur* hör sådana meddelanden som företagits i affärsverksamhet eller annan kommersiell verksamhet (se NJA 1977 s. 755, 1999 s. 749 och 2007 s. 144). Till meddelanden av detta slag har bl.a. hänförts löpsedel med ett innehåll jämförlikt med en annons (se NJA 1975 s. 589) och annons som utgjort medel för marknadsföring av en vara (se NJA 2001 s. 319). Meddelanden med ett *kommersiellt syfte* är vanligen sådana meddelanden som har ett avsättningsfrämjande syfte (se NJA 1977 s. 749). Och att ett meddelande rör *rent kommersiella förhållanden* innebär att det avser en näringsidkares affärsverksamhet eller däri tillhandahållna varor och tjänster (se NJA 2001 s. 319). Det får anses innebära bl.a. att det inte är fråga om t.ex. nyhets- eller åsiktsförmedling (jfr prop. 1975/76:34 s. 111 och MD 1986:28)
- 127 Gränsdragningen av vad som kan omfattas av en prövning enligt MFL med hänsyn till skyddet för yttrandefriheten enligt 2 kap. 1 § RF bör göras på motsvarande sätt som den i förhållandet mellan MFL å ena sidan och TF och YGL å den andra.
- 128 Bedömningen av de påståenden som Europea framställt i brevet måste ske med beaktande av bl.a. de uppgifter som PTS har med avseende på sådana kommunikationslösningar för personer med hörselskada eller hörselnedsättning som målet gäller.
- 129 Av 1 kap. 3 § lagen om elektronisk kommunikation (2003:389), LEK, jämförd med 1 § förordningen (2007: 951) med instruktion för Post- och telestyrelsen, följer att PTS ska ta emot anmälningar, pröva ansökningar, besluta om skyldigheter och i övrigt

pröva frågor och handlägga ärenden samt utöva tillsyn enligt LEK eller föreskrifter meddelade enligt den lagen.

- 130 PTS ska enligt 4 § i sin instruktion också bl.a. främja en effektiv konkurrens (4) och pröva frågor om tillstånd och skyldigheter, fastställa och analysera marknader samt utöva tillsyn och pröva tvister enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (8). Vidare får PTS enligt 8 § 1 i instruktionen genom upphandling tillgodose behov som personer med funktionsnedsättning har av särskilda posttjänster, grundläggande betaltjänster och elektroniska kommunikationstjänster.
- 131 Brevet innehåller påståenden om att vissa av de produkter som nWise tillhandahållit – som används i driften av tjänsten Bildtelefoni.net som PTS upphandlat – bygger på den öppna källkoden GNU General Public License samt att nWise enligt Europeas uppfattning brutit mot de för licensen gällande villkoren. Vidare innehåller brevet påståenden om att detta kan ha medfört bl.a. att nWise varken ”drabbats av” några produktutvecklingskostnader eller ”tvingats” betala licensavgifter för att få tillgång till källkoden, att nWise härigenom kan ha offererat lägre priser än övriga och därmed kunnat konkurrera på helt andra villkor samt att Europea och övriga leverantörer skulle kunna anses ha lidit skada av nWises agerande.
- 132 Europeas brev har varit riktat till PTS och upphandlande myndigheter och avsikten har enligt brevets lydelse varit att uppmärksamma PTS i dess egenskap av upphandlande myndighet på bl.a. de ovannämnda förhållandena. I betraktande av att brevet riktats till PTS och till upphandlande myndigheter samt av att PTS hade uppdragit åt Örebro läns landsting att, med nWise som underleverantör av vissa produkter, ansvara för driften av bl.a. tjänsten Bildtelefoni.net kunde Europea påräkna att brevet också skulle tillställas i vart fall Örebro läns landsting.
- 133 I brevet uttrycker sig Europea på ett sätt som inte kan tolkas på annat vis än att bolaget ser sig som en aktör på den i målet aktuella marknaden, i det att Europea skriver att bolaget och ”övriga leverantörer skulle /.../ kunna anses ha lidit skada av nWises agerande”. Enligt sina egna uppgifter i målet (se punkt 79) har bolaget också ”nära[t] sig en position där man kan spela en allt större roll även vid upphandlingar av teknik

till kommunikationsplattformar”, även om bolaget enligt dessa uppgifter ännu inte deltagit i någon upphandling i Europa avseende bildtelefonitjänster.

- 134 Brevet är inom ramen för Europeas näringsverksamhet skickat till PTS i dess egenskap av upphandlande myndighet och rör produkter med knytning till den marknad där bolaget verkar. Brevet får i så måtto anses beröra förhållanden av *kommersiell natur*. Påståendena i brevet om att nWise brutit mot villkoren för den aktuella licensen och de konsekvenser detta kan ha medfört för bl.a. Europea är till sitt innehåll sådana att de inte kan fränkännas betydelse vid t.ex. framtida upphandlingar (jfr MD 2011:25, punkt 41). Brevet får vid dessa förhållanden också anses innefatta ett *avsättningsfrämjande syfte*.
- 135 Den som är verksam på den marknad där PTS upphandlar tjänster för att säkerställa kommunikation för döva och hörselskadade måste dock ha frihet att påtala sådant som att tekniska och andra krav enligt dennes mening inte uppfylls av en annan aktör eller underleverantör som tillhandahåller produkter som används i driften av en sådan kommunikationslösning som Bildtelefoni.net. En aktör av detta slag är i praktiken hänvisad till att vända sig till den myndighet som har ett ansvar för att främja konkurrensen på och utöva tillsyn över det aktuella området.
- 136 Av redogörelsen för PTS uppgifter (se punkt 129 f.) framgår att myndigheten – förutom att den genom upphandling får tillgodose behov som personer med funktionsnedsättning har av bl.a. elektroniska kommunikationstjänster – ska främja en effektiv konkurrens och utöva tillsyn på området för elektronisk kommunikation. Med hänsyn härtill får Europea anses ha varit hänvisat till att vända sig till PTS för att påtala att nWise enligt Europeas mening inte uppfyllde vissa krav som borde ställas på en underleverantör av det aktuella slaget.
- 137 Vid denna bedömning måste Europeas brev till PTS anses ha innefattat uppgifter av åsiktsförmedlande karaktär. Att Europea skickat brevet till PTS i dess egenskap av upphandlande myndighet föranleder i detta hänseende ingen annan bedömning. Brevet bedömt i dess helhet kan därmed inte anses ha rört *rent kommersiella förhållanden*.

- 138 På grund av det anförda är Marknadsdomstolen inte är behörig att pröva målet i sak. nWise talan ska därför avvisas.

*Rättegångskostnader*

- 139 Vid denna utgång är nWise skyldigt att ersätta Europea för rättegångskostnader i målet. Europea har yrkat ersättning med 628 736 kr, varav 616 000 kr avser ombudsarvode och 12 736 kr avser utlägg. nWise har överlåtit till Marknadsdomstolen att pröva skäligheten av begärt arvode men anført att 450 000 kr, vilket motsvarar det belopp som nWise begärt ersättning för, ska anses rimligt. nWise har därvid ifrågasatt om det har varit nödvändigt för Europea att använda sig av mer än ett ombud i målet.
- 140 Med hänsyn till målets art och omfattning finner Marknadsdomstolen att 450 000 kr avseende ombudsarvode får anses skäligt för tillvaratagande av Europeas rätt. nWise ska därför ersätta Europea med detta belopp jämte utlägg, dvs. med sammanlagt 462 736 kr.

På Marknadsdomstolens vägnar



Per Carlson

Ledamöter: Per Carlson, ordförande, Lars Borg, Ingela Perklev och Lars Hallén.

Enhälligt

Sekreterare: David Ramsjö