

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
van 22 december 2004^{*}

In zaak T-201/04 R,

Microsoft Corp., gevestigd te Redmond, Washington (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door J.-F. Bellis, advocaat, en I. S. Forrester, QC,

verzoekster,

ondersteund door

The Computing Technology Industry Association, Inc., gevestigd te Oakbrook Terrace, Illinois (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door G. van Gerven en T. Franchoo, advocaten, en B. Kilpatrick, solicitor,

Association for Competitive Technology, Inc., gevestigd te Washington, DC (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door L. Ruessmann en P. Hecker, advocaten,

^{*} Procestaal: Engels.

TeamSystem SpA, gevestigd te Pesaro (Italië),

Mamut ASA, gevestigd te Oslo (Noorwegen),

vertegenwoordigd door G. Berrisch, advocaat,

DMDsecure.com BV, gevestigd te Amsterdam (Nederland),

MPS Broadband AB, gevestigd te Stockholm (Zweden),

Pace Micro Technology plc, gevestigd te Shipley, West Yorkshire (Verenigd Koninkrijk),

Quantel Ltd, gevestigd te Newbury, Berkshire (Verenigd Koninkrijk),

TandbergTelevision Ltd, gevestigd te Southampton, Hampshire (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door J. Bourgeois, advocaat,

Exor AB, gevestigd te Uppsala (Zweden), vertegenwoordigd door S. Martínez Lage, H. Brokelman en R. Allendesalazar Corcho, advocaten,

interveniënten,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Wainwright, W. Mölls, F. Castillo de la Torre en P. Hellström als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

RealNetworks, Inc., gevestigd te Seattle, Washington (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door A. Winckler, M. Dolmans en T. Graf, advocaten,

Software & Information Industry Association, gevestigd te Washington, DC, vertegenwoordigd door C. A. Simpson, solicitor,

Free Software Foundation Europe eV, gevestigd te Hamburg (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Piana, advocaat,

interveniënten,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 4, artikel 5, sub a tot en met c, en artikel 6, sub a, van beschikking C(2004) 900 def van de Commissie van 24 maart 2004 inzake een procedure op grond van artikel 82 EG (Zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft),

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De feiten

- ¹ Microsoft Corp. (hierna: „Microsoft”) ontwikkelt en verkoopt een verscheidenheid aan software, waaronder met name operating systems voor servers en voor „client PC’s”.
- ² Op 10 december 1998 heeft Sun Microsystems Inc. (hierna: „Sun Microsystems”), een in Californië (Verenigde Staten van Amerika) gevestigde vennootschap die met name server operating systems levert, een klacht ingediend bij de Commissie. In haar klaagschrift bekritiseerde Sun Microsystems de weigering van Microsoft om

haar de technologie te verstrekken die nodig is om compatibiliteit tussen haar werkgroepserver operating system en het Windows client PC operating system mogelijk te maken. Volgens Sun Microsystems had zij de door haar gevraagde technologie nodig om te kunnen mededingen op de markt voor werkgroepserver operating systems.

- 3 Op 2 augustus 2000 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan Microsoft gestuurd. Deze had in hoofdzaak betrekking op vraagstukken omtrent de compatibiliteit tussen enerzijds de Windows client PC operating systems en anderzijds de server operating systems van andere leveranciers („client-to-server compatibiliteit”). Microsoft heeft op 17 november 2000 op deze eerste mededeling van punten van bezwaar antwoord gegeven.
- 4 Op 29 augustus 2001 heeft de Commissie een tweede mededeling van punten van bezwaar aan Microsoft gestuurd. In deze mededeling van punten van bezwaar heeft de Commissie haar eerdere bezwaren inzake client-to-server compatibiliteit herhaald. Zij heeft bovendien bepaalde problemen met betrekking tot de compatibiliteit tussen werkgroepservers („server-to-server compatibiliteit”) aan de orde gesteld. Tot slot heeft de Commissie bepaalde problemen met betrekking tot de integratie van het programma Windows Media Player in het Windows operating system ter sprake gebracht. De mededeling van dit laatste punt van bezwaar volgde op een in februari 2000 op initiatief van de Commissie ingesteld onderzoek. Microsoft heeft op 16 november 2001 op de tweede mededeling van punten van bezwaar antwoord gegeven.
- 5 Op 6 augustus 2003 heeft de Commissie aan Microsoft een mededeling van punten van bezwaar gestuurd die tot doel had de twee voorgaande mededelingen van punten van bezwaar aan te vullen. Microsoft heeft bij schrijven van 17 en 31 oktober op deze aanvullende mededeling van punten van bezwaar antwoord gegeven.

- 6 Op 12, 13 en 14 november 2003 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden. Bij schrijven van 1 december 2003 heeft Microsoft schriftelijke opmerkingen ingediend over de vragen die tijdens de hoorzitting door de diensten van de Commissie, de klaagster en belanghebbende derden waren opgeworpen. Na een laatste briefwisseling tussen de Commissie en Microsoft heeft de Commissie op 24 maart 2004 een beschikking gegeven inzake een procedure op grond van artikel 82 EG in de zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft (hierna: „beschikking”).

De beschikking

- 7 Volgens de beschikking heeft Microsoft inbreuk gemaakt op artikel 82 EG en artikel 54 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-overeenkomst”) door twee gevallen van misbruik van een machtspositie.
- 8 De Commissie heeft eerst drie afzonderlijke productmarkten geïdentificeerd en is van oordeel dat Microsoft op twee daarvan een machtspositie had. Vervolgens heeft de Commissie twee soorten misbruik door Microsoft op deze markten geïdentificeerd. De Commissie heeft diensgevolge Microsoft een geldboete en bepaalde corrigerende maatregelen opgelegd.

I — De in de beschikking geïdentificeerde relevante markten en de economische machtspositie van Microsoft op twee van die markten

De in de beschikking geïdentificeerde relevante markten

- 9 De eerste in de beschikking geïdentificeerde productmarkt is die van client PC operating systems (punten 324-342). Een operating system is een softwarepakket dat

de basisfuncties van een computer beheerst en de gebruiker in staat stelt om die computer te gebruiken en er applicaties op te laten uitvoeren. Client PC's zijn multifunctionele computers die zijn bedoeld om door één persoon tegelijk te worden gebruikt en aan een netwerk kunnen worden gekoppeld.

- 10 De tweede in de beschikking geïdentificeerde productmarkt is die van werkgroep-server operating systems (punten 343-401). De beschikking definieert „werkgroepdiensten” als de bij een basisnetwerk behorende infrastructuurdiensten die door kantoorpersoneel bij de dagelijkse werkzaamheden worden gebruikt voor drie onderscheiden soorten diensten, namelijk het delen van op servers opgeslagen bestanden, het delen van printers, en de „administratie” van de manier waarop gebruikers en gebruikersgroepen toegang krijgen tot netwerkdiensten („beheer van gebruikers en gebruikersgroepen”) (punt 53). Deze laatste dienst bestaat met name uit het verzekeren dat de toegang tot en het gebruik van de middelen van het netwerk beveiligd is, met name door eerst de gebruikers te legaliseren en vervolgens na te gaan of zij bevoegd zijn een gegeven handeling uit te voeren (punt 54).
- 11 Volgens de beschikking zijn de drie in de voorgaande overweging geïdentificeerde soorten diensten binnen server operating systems nauw met elkaar verbonden (punt 56). De beschikking voegt wat dat betreft toe dat „werkgroepserver operating systems” operating systems zijn die worden ontworpen en in de handel gebracht om deze drie soorten diensten gezamenlijk te verlenen aan een relatief beperkt aantal client PC's die in een klein of middelgroot netwerk met elkaar zijn verbonden (punten 53 en 345-368). De beschikking geeft eveneens aan dat het ontbreken van andere substitueerbare producten aan de vraagzijde wordt bevestigd door de prijsstrategie van Microsoft (punten 369-382) en door het belang van de compatibiliteit van werkgroepserver operating systems met client PC's (punten 383-386). Aangezien de Commissie bovendien van oordeel is dat voor werkgroep-server operating systems in beperkte mate substitutieproducten aan de aanbodzijde bestaan (punten 388-400), komt zij tot de conclusie dat die operating systems een afzonderlijke productmarkt vormen.

- 12 De derde in de beschikking geïdentificeerde productmarkt is die van streaming mediaspelers (punten 402-425). Een mediaspeler is een softwarepakket dat geluids- en beeldinhoud in digitale vorm kan afspelen, dat wil zeggen de overeenkomstige gegevens decoderen en deze vertalen in instructies voor de hardware (luidsprekers, beeldscherm). Streaming mediaspelers kunnen inhoud afspelen die via het internet wordt „gestreamd”.
- 13 In de beschikking overweegt de Commissie, ten eerste, dat streaming mediaspelers verschillen van operating systems (punten 404-406); ten tweede, dat zij geen concurrentiedruk ondervinden van mediaspelers die niet streamen (punten 407-410); ten derde, dat alleen mediaspelers met een soortgelijke functionaliteit concurrentiedruk uitoefenen op Windows Media Player (punten 411-415), en ten vierde, in wezen, dat substitueerbare producten aan de aanbodzijde in beperkte mate aanwezig zijn (punten 416-424). De Commissie leidt hieruit af dat streaming mediaspelers een afzonderlijke productmarkt vormen.
- 14 Wat de geografische dimensie van de drie eerder geïdentificeerde productmarkten betreft, is de Commissie van oordeel dat zij wereldwijd zijn (punt 427).

Economische machtspositie van Microsoft op de markt voor client PC operating systems en op de markt voor werkgroepserver operating systems

- 15 Eerst stelt de Commissie vast dat Microsoft op de markt voor client PC operating systems op zijn minst sinds 1996 een economische machtspositie heeft, met name

omdat zij een marktaandeel van meer dan 90 % heeft (punten 430-435) en door het bestaan van zeer aanzienlijke toetredingsdrempels als gevolg van indirecte netwerkeffecten (zie inzonderheid punten 448-452). De Commissie verduidelijkt in de beschikking dat deze indirecte netwerkeffecten voortkomen uit twee factoren: het feit dat eindgebruikers prijs stellen op platforms waarop zij een groot aantal applicaties kunnen gebruiken, en het feit dat softwareontwerpers applicaties ontwikkelen voor de PC operating systems die bij de consument het populairst zijn.

- 16 Voorts is de Commissie van mening dat Microsoft op de markt voor werkgroepserver operating systems, volgens een voorzichtige schatting, een marktaandeel van ten minste 60 % heeft (punten 473-499).

- 17 Op dezelfde markt beoordeelt de Commissie tevens de positie van de drie voornaamste concurrenten van Microsoft. In de eerste plaats heeft Novell met haar programma NetWare volgens de Commissie een marktaandeel van 10 tot 15 %. In de tweede plaats vertegenwoordigen Linux-producten volgens haar een marktaandeel van 5 tot 15 %. Linux is een „vrij” operating system dat wordt verspreid onder een GNU General Public Licence (hierna: „GNU GPL”). Volgens punt 87 van de beschikking voert Linux een beperkt aantal van de kerntaken van een operating system uit maar kan het worden gecombineerd met andere software om een „Linux operating system” te vormen. Linux is aanwezig op de markt voor werkgroepserver operating systems samen met het programma Samba, dat eveneens onder een GNU GPL licentie wordt verspreid (punten 294, 506 en 598). Ten derde vertegenwoordigen UNIX-producten, waaronder een aantal operating systems die bepaalde kenmerken gemeenschappelijk hebben (punt 42), volgens haar een marktaandeel van 5 tot 15 %.

- 18 De Commissie is vervolgens van oordeel dat de markt voor werkgroepserver operating systems wordt gekenmerkt door het bestaan van vele toetredingsdrempels (punten 515-525) en bijzondere banden met de markt voor client PC operating

systems (punten 526-540). Zij trekt daaruit de conclusie dat Microsoft een economische machtspositie heeft op de markt voor werkgroepserver operating systems.

II — *In de beschikking geïdentificeerd misbruik*

In de beschikking geïdentificeerde weigering

- ¹⁹ De eerste onrechtmatige gedraging van Microsoft, beschreven in punten 546 tot en met 791 van de beschikking, bestaat uit de weigering van Microsoft in de periode van oktober 1998 tot aan de datum van de beschikking om haar concurrenten „informatie inzake compatibiliteit” te verstrekken en het gebruik ervan toe te staan voor de ontwikkeling en distributie van producten die met haar eigen producten concurreren op de markt voor werkgroepserver operating systems (artikel 2, sub a, van de beschikking). Zoals uiteengezet in de beschikking is „informatie inzake compatibiliteit” „de volledige en nauwkeurige specificaties van alle protocollen die in de Windows werkgroepserver operating systems zijn geïmplementeerd en die worden gebruikt door de Windows werkgroepservers voor de verlening aan Windows werkgroepnetwerken van bestanddelings- en afgedrukdiensten, diensten van beheer van gebruikers en gebruikersgroepen, inclusief Windows domeincontrole-diensten, de Active Directory-dienst en de Group Policy-dienst” (artikel 1, eerste alinea, van de beschikking). „Protocollen” worden gedefinieerd als „een geheel van regels voor de interconnectie en interactie tussen verschillende gebruiksgevallen van Windows werkgroepserver operating systems en Windows client PC operating systems die zijn geïnstalleerd op verschillende computers in een Windows werkgroepnetwerk” (artikel 1, tweede alinea, van de beschikking).

- 20 Voor de identificatie van een dergelijke gedraging benadrukt de beschikking met name het feit dat de weigering waarvan sprake is, geen betrekking heeft op onderdelen van de broncode van Microsoft, maar uitsluitend op de specificaties van de betrokken protocollen, dat wil zeggen een beschrijving van wat wordt verwacht van het betrokken programma, in tegenstelling tot „implementaties” (in de onderhavige beschikking tevens „realisaties” genoemd), die bestaan uit het uitvoeren van code op de computer (punten 24 en 569). Volgens de Commissie maakt de gedraging van Microsoft deel uit van een algemene gedragslijn (punten 573-577), brengt het een vermindering van voorgaande leveringsniveau's mee (punten 578-584), kan het de mededinging uitschakelen (punten 585-692) en heeft het een negatief effect op de ontwikkeling van de techniek, ten nadele van de consument (punten 693-708). De Commissie verwerpt tevens de argumenten van Microsoft volgens welke haar weigering objectief gerechtvaardigd is (punten 709-778).

In de beschikking geïdentificeerde koppelverkoop

- 21 De Commissie identificeert een tweede onrechtmatige gedraging van Microsoft, beschreven in de punten 792 tot en met 989 van de beschikking. Volgens de Commissie bestaat die gedraging hierin dat Microsoft de levering van het Windows client PC operating system in de periode tussen mei 1999 en de datum van de beschikking afhankelijk heeft gesteld van de gelijktijdige aankoop van het programma Windows Media Player (artikel 2, sub b, van de beschikking).
- 22 In dit verband stelt de Commissie vast dat het gedrag van Microsoft voldoet aan de voorwaarden voor de vaststelling van misbruik in de vorm van koppelverkoop in de zin van artikel 82 EG (punten 794-954). Ten eerste heeft Microsoft volgens de beschikking een economische machtspositie op de markt voor client PC operating systems (punt 799). Ten tweede worden streaming mediaspelers en client PC operating systems in de beschikking geacht twee afzonderlijke producten te zijn

(punten 800-825). Ten derde geeft Microsoft consumenten niet de mogelijkheid Windows zonder Windows Media Player aan te schaffen (punten 826-834). Ten vierde beïnvloedt de door de Commissie geïdentificeerde koppelverkoop de mededinging op de markt voor mediaspelers (punten 835-954).

23 In het kader van haar onderzoek of aan deze vierde voorwaarde is voldaan, merkt de Commissie op dat in klassieke gevallen van koppelverkoop de Commissie en de gemeenschapsrechter „hebben geoordeeld dat de uitsluitingseffecten voor concurrerende verkopers worden aangetoond door de bundeling van een op zichzelf staand product met een dominant product” (punt 841). Toch overweegt de Commissie in haar beschikking dat er in de onderhavige zaak goede redenen waren om niet zonder verder onderzoek aan te nemen dat de koppelverkoop van Windows Media Player een gedraging is die naar haar aard de mededinging kan uitsluiten, aangezien gebruikers in zekere mate met Windows Media Player concurrerende mediaspelers, soms gratis, verkrijgen via het internet (zelfde punt).

24 In het kader van dat verdere onderzoek stelt de Commissie, ten eerste, vast dat de betrokken koppelverkoop Windows Media Player een wereldwijde alomtegenwoordigheid op client PC's heeft gebracht, die niet kan worden aangetast door alternatieve distributiekkanalen (punten 843-877); ten tweede, dat deze alomtegenwoordigheid de aanbieders van inhoud ertoe aanspoort hun inhoud in de Windows Media-formats te verspreiden en softwareontwikkelaars ertoe aanspoort om hun producten zodanig te ontwerpen dat zij steunen op bepaalde functionaliteiten van Windows Media Player (punten 879-896); ten derde, dat deze alomtegenwoordigheid gevolgen heeft voor bepaalde verwante markten (punten 897-899), en tot slot, ten vierde, dat de beschikbare marktstudies zonder uitzondering een tendens ten gunste van het gebruik van Windows Media Player en Windows Media-formats en ten nadele van haar voornaamste concurrenten uitwijzen (punten 900-944). De Commissie verbindt aan deze verschillende vaststellingen de gevolgtrekking dat het redelijk waarschijnlijk is dat de betrokken koppelverkoop leidt tot een verzwakking van de mededinging, zodat de instandhouding van een werkzame concurrentiestructuur in de nabije toekomst niet meer verzekerd is (punt 984).

- 25 Tot slot verwerpt de Commissie de argumenten van Microsoft volgens welke de betrokken koppelverkoop, ten eerste, efficiëntiewinst oplevert die de door de Commissie geïdentificeerde concurrentieverstorende gevolgen kan compenseren (punten 955-970), en ten tweede, dat zij niet aanzet tot het beperken van de mededinging (punten 971-977).

III — *De aan Microsoft opgelegde corrigerende maatregelen en geldboete*

- 26 De twee gevallen van misbruik die de Commissie in de beschikking heeft geïdentificeerd, zijn bestraft met de oplegging van een geldboete ten bedrage van 497 196 304 EUR (artikel 3 van de beschikking).

- 27 Bovendien moet Microsoft volgens artikel 4 van de beschikking op de in de artikelen 5 en 6 van de beschikking vastgelegde wijze een eind maken aan het in artikel 2 vastgestelde misbruik. Microsoft moet zich bovendien voortaan onthouden van het gedrag als bedoeld in artikel 2, alsook van elke gedraging die eenzelfde of een gelijkwaardig doel of gevolg heeft.

- 28 Als maatregel die het in de beschikking geïdentificeerde misbruik moet corrigeren, gelast artikel 5 van de beschikking Microsoft het volgende:

„a) Microsoft [...] dient binnen een termijn van 120 dagen, ingaande op de datum van kennisgeving van deze beschikking, de informatie inzake compatibiliteit ter beschikking te stellen aan elke onderneming die werkgroepserver operating systems wenst te ontwikkelen en te distribueren, en zij dient dergelijke ondernemingen toestemming te geven om de informatie inzake compatibiliteit onder redelijke en niet-discriminatoire voorwaarden te gebruiken om werkgroepserver operating systems te ontwikkelen en te distribueren;

- b) Microsoft [...] dient ervoor zorg te dragen, dat de ter beschikking gestelde informatie inzake compatibiliteit regelmatig en tijdig wordt bijgewerkt;
- c) Microsoft [...] dient binnen een termijn van 120 dagen, ingaande op de datum van kennisgeving van deze beschikking, een evaluatiemechanisme op te zetten dat geïnteresseerde ondernemingen in staat zal stellen om informatie in te winnen over de reikwijdte en gebruiksvoorwaarden van de informatie inzake compatibiliteit; wat dit evaluatiemechanisme betreft, mag Microsoft [...] redelijke en niet-discriminatoire voorwaarden stellen om te verzekeren dat enkel voor evaluatiedoeleinden toegang wordt gegeven tot de informatie inzake compatibiliteit.

[...]"

- 29 De in artikel 5 van de beschikking bedoelde termijn van 120 dagen is op 27 juli 2004 verstreken.
- 30 Als corrigerende maatregel voor de in de beschikking geïdentificeerde onrechtmatige koppelverkoop gelast artikel 6 van de beschikking het volgende:

- „a) Microsoft [...] dient binnen een termijn van 90 dagen, ingaande op de datum van kennisgeving van deze beschikking, een volledig werkende versie van haar Windows client PC operating system waarin Microsoft Media Player niet is opgenomen, te koop aan te bieden; Microsoft [...] behoudt het recht om het Windows client PC operating system tezamen met Windows Media Player aan te bieden.

[...]"

31 De in artikel 6 van de beschikking bedoelde termijn van 90 dagen is op 28 juni 2004 verstreken.

Gerechtelijke procedures wegens overtreding van Amerikaanse antitrustwetgeving

32 Gelijktijdig met het onderzoek van de Commissie liep tegen Microsoft een onderzoek wegens overtreding van Amerikaanse antitrustwetgeving.

33 In 1998 hebben de Verenigde Staten van Amerika en twintig federale staten een gerechtelijke procedure op grond van de Sherman Act aanhangig gemaakt tegen Microsoft. Hun klachten hadden betrekking op de maatregelen die Microsoft had genomen tegen de internetbrowser van Netscape, „Netscape Navigator”, en de Java-technologie van Sun Microsystems. De twintig betrokken federale staten hebben tevens vervolging ingesteld tegen Microsoft wegens overtreding van hun eigen antitrustwetgeving.

34 Nadat de United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (hierna: „Court of Appeals”), waarbij Microsoft beroep had ingesteld tegen het vonnis van 3 april 2000 van de United States District Court for the District of Columbia (hierna: „District Court”), op 28 juni 2001 arrest had gewezen, heeft Microsoft in november 2001 een akkoord gesloten met het Department of Justice van de Verenigde Staten en de Attorneys General van negen staten (hierna: „Amerikaans akkoord”), waarbij Microsoft twee soorten verplichtingen op zich heeft genomen.

35 Ten eerste heeft Microsoft erin toegestemd specificaties op te stellen voor de communicatieprotocollen die Windows server operating systems gebruiken om te kunnen „interopereren”, dat wil zeggen deze operating systems compatibel te maken, met Windows client PC operating systems en aan derden onder vastgestelde voorwaarden licenties te verlenen voor deze specificaties.

- 36 Voorts bepaalt het Amerikaanse akkoord dat Microsoft de fabrikanten van apparatuur (Original Equipment Manufacturers, hierna: „OEM's”) en de eindgebruikers de mogelijkheid moet geven de toegang tot haar middlewareproducten te activeren dan wel deze te verwijderen. Het programma Windows Media Player is één van de producten in deze categorie, zoals gedefinieerd in het Amerikaanse akkoord. Deze bepalingen zijn bedoeld ter verzekering dat de leveranciers van middleware producten kunnen ontwikkelen en distribueren die goed werken met Windows.
- 37 Deze bepalingen zijn op 1 november 2002 bekrachtigd door de District Court, die overigens de voorstellen voor corrigerende maatregelen van de negen staten die het Amerikaanse akkoord niet hebben aanvaard, heeft verworpen.
- 38 In het door de staat Massachusetts ingestelde hoger beroep heeft de Court of Appeals op 30 juni 2004 de beschikking van de District Court bevestigd.
- 39 Ter uitvoering van het Amerikaanse akkoord is in augustus 2002 het Microsoft Communications Protocol Program (hierna: „MCP”) ingesteld. Uit de aan het Gerecht overgelegde stukken blijkt dat tussen augustus 2002 en juli 2004 17 licentiehouders gebruik hebben gemaakt van het MCP.

Procesverloop

- 40 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 7 juni 2004, heeft Microsoft krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring van de beschikking, subsidiair tot intrekking of aanzienlijke verlaging van de opgelegde geldboete ingesteld.

- 41 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 juni 2004, heeft Microsoft krachtens artikel 242 EG eveneens verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de artikelen 4, 5, sub a tot en met c, en 6, sub a, van de beschikking. In dezelfde akte heeft Microsoft op grond van artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van dezelfde bepalingen totdat uitspraak is gedaan op het verzoek in kort geding.
- 42 Op dezelfde dag heeft de president van het Gerecht in zijn hoedanigheid van kortgedingrechter de Commissie verzocht te verduidelijken of zij voornemens was de beschikking uit te voeren voordat uitspraak zou zijn gedaan op het verzoek in kort geding.
- 43 Bij brief, ontvangen ter griffie van het Gerecht op 25 juni 2004, heeft de Commissie de kortgedingrechter medegedeeld dat zij heeft besloten de artikelen 5, sub a tot en met c, en 6, sub a, van de beschikking niet uit te voeren zolang het kort geding hangende is.
- 44 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 juni 2004, heeft Novell Inc. (hierna: „Novell”), gevestigd te Waltham, Massachusetts (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door C. Thomas, M. Levitt en V. Harris, sollicitors, en A. Müller-Rappard, advocaat, verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.
- 45 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 juni 2004, heeft RealNetworks Inc. (hierna: „RealNetworks”) verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.

- 46 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 30 juni 2004, heeft Computer & Communications Industry Association (hierna: „CCIA”), gevestigd te Washington, DC (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door J. Flynn, QC, en D. Paemen en N. Dodoo, advocaten, verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.
- 47 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 juli 2004, heeft Software & Information Industry Association (hierna: „SIIA”) verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.
- 48 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 juli 2004, heeft The Computing Technology Industry Association Inc. (hierna: „CompTIA”) verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van Microsoft.
- 49 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 2 juli 2004, heeft The Association for Competitive Technology (hierna: „ACT”) verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van Microsoft.
- 50 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 juli 2004, hebben Digimpro Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), TeamSystem SpA, Mamut ASA en CODA Group Holdings Ltd, gevestigd te Chippenham, Wiltshire (Verenigd Koninkrijk), verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van Microsoft.
- 51 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 juli 2004, hebben DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd en Tandberg Television Ltd (hierna gezamenlijk: „DMDsecure.com e.a.”) verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van Microsoft.

- 52 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 8 juli 2004, hebben IDE Nätverkskonsulterna AB, gevestigd te Stockholm (Zweden), Exor AB, T. Rogerson, wonende te Harpenden, Hertfordshire (Verenigd Koninkrijk), P. Setka, wonende te Sobeslav (Tsjechische Republiek), D. Tomicic, wonende te Nürnberg (Duitsland), M. Valasek, wonende te Karlovy Vary (Tsjechische Republiek), R. Rialdi, wonende te Genua (Italië), en B. Nati, wonende te Parijs (Frankrijk), verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van Microsoft.
- 53 Bij op 13 juli 2004 neergelegd verzoekschrift heeft Free Software Foundation Europe (hierna: „FSF-Europe”), verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.
- 54 Deze verzoeken om toelating tot interventie zijn overeenkomstig artikel 116, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht betekend aan verzoekster en verweerster, die respectievelijk binnen de voorgeschreven termijn opmerkingen hebben ingediend dan wel van het indienen van opmerkingen hebben afgezien. Ten aanzien van alle partijen die toelating tot interventie zouden krijgen, heeft Microsoft bij brieven van 6 en 8 juli 2004 verzocht om vertrouwelijke behandeling van de gegevens in de beschikking die de Commissie bereid was weg te laten in de op haar internetsite beschikbare versie.
- 55 De Commissie heeft op 21 juli 2004 haar schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend. Deze zijn op dezelfde dag aan Microsoft medegedeeld.
- 56 Bij beschikking van 26 juli 2004 heeft de president van het Gerecht CompTIA, ACT, TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com e.a., Exor AB, Novell, RealNetworks, CCIA en SIIA toelating tot interventie verleend en de verzoeken tot tussenkomst van Digimpro Ltd, CODA Group Holdings Ltd, IDE Nätverkskon-

sulterna AB, Rogerson, Setka, Tomicic, Valasek, Rialdi en Nati afgewezen. De president van het Gerecht heeft tevens de toezending van de niet-vertrouwelijke versie van de processtukken aan de interveniënten gelast en heeft zijn beslissing over de gegrondheid van het verzoek om vertrouwelijke behandeling aangehouden.

- 57 Op 27 juli 2004 heeft de president van het Gerecht in zijn hoedanigheid van kortgedingrechter een informele bijeenkomst georganiseerd, waarvoor naast Microsoft en de Commissie tevens de partijen die bij beschikking van de president van het Gerecht van 26 juli 2004 waren toegelaten tot interventie, alsook FSF-Europe waren uitgenodigd. Tijdens deze bijeenkomst heeft de kortgedingrechter FSF-Europe voorlopige toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie verleend en voor de partijen het tijdschema voor de verschillende procedurele stappen in dit kort geding uiteengezet.
- 58 Bij beschikking van 6 september 2004 is FSF-Europe toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.
- 59 Alle interveniënten hebben binnen de voorgeschreven termijn hun opmerkingen ingediend.
- 60 In overeenstemming met hetgeen was besloten tijdens de informele bijeenkomst van 27 juli 2004, heeft Microsoft op 19 augustus 2004 geantwoord op de opmerkingen van de Commissie van 21 juli 2004.
- 61 Bij op 31 augustus 2004 neergelegd verzoekschrift heeft Audiobanner.com, handelend onder de handelsnaam VideoBanner (hierna: „VideoBanner”), gevestigd te Los Angeles, Californië (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door

L. Alvisar Ceballos, advocaat, verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie. Aangezien geen van de twee partijen in de hoofdzaak bezwaar heeft gemaakt tegen dit verzoek tot tussenkomst, heeft VideoBanner voorlopige toelating tot interventie gekregen met het verzoek haar opmerkingen rechtstreeks tijdens de hoorzitting te maken.

62 Als antwoord op de opmerkingen van Microsoft van 19 augustus 2004 heeft de Commissie op 13 september 2004 nieuwe opmerkingen ingediend.

63 Verzoekster en verweerster hebben op 13 september tevens hun schriftelijke opmerkingen over de memories in interventie ingediend.

64 Bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft de president van het Gerecht in zijn hoedanigheid van kortgedingrechter schriftelijke vragen gesteld aan Microsoft, de Commissie en bepaalde interveniënten. De binnen de voorgeschreven termijn gegeven antwoorden op deze vragen zijn aan alle partijen verstrekt.

65 Alle partijen, inclusief VideoBanner, zijn gehoord tijdens een hoorzitting die heeft plaatsgevonden op 30 september en 1 oktober 2004.

66 Bij brief van 8 oktober 2004 heeft RealNetworks ter griffie een aantal nadere gegevens ingediend waar de kortgedingrechter haar tijdens de hoorzitting om had gevraagd. De andere partijen hebben afschriften van deze brief ontvangen en zijn uitgenodigd om daarover opmerkingen in te dienen.

- 67 Bij brief van 27 oktober 2004 heeft Microsoft opmerkingen ingediend over de brief van RealNetworks van 8 oktober 2004. De andere partijen hebben geen opmerkingen ingediend.
- 68 Bij brieven van 10 en 19 november 2004 hebben CCIA en Novell het Gerecht medegedeeld dat zij afzagen van interventie in de onderhavige zaak. De Commissie, Microsoft en de interveniënten hebben binnen de voorgeschreven termijn hierover opmerkingen ingediend.
- 69 Na de afstand van interventie door CCIA en Novell is op 25 november 2004 in aanwezigheid van alle partijen een informele bijeenkomst gehouden om bepaalde procedurele gevolgen daarvan te bespreken. Het proces-verbaal van deze bijeenkomst is op 26 november 2004 aan alle partijen toegezonden.

In rechte

- 70 Krachtens het bepaalde in artikel 242 EG juncto artikel 225, lid 1, EG kan het Gerecht opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling gelasten, indien het van oordeel is dat de omstandigheden dat vereisen.
- 71 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Deze

voorwaarden zijn cumulatief, zodat een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging moet worden afgewezen, wanneer aan één ervan niet wordt voldaan [beschikking president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30]. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval tevens de betrokken belangen tegen elkaar af (beschikking president Hof van 23 juni 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).

- 72 In het kader van dit algemene onderzoek moet de kortgedingrechter gebruik maken van de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover hij beschikt, om te bepalen, hoe deze verschillende voorwaarden moeten worden onderzocht met inachtneming van de bijzonderheden van elk betrokken geval [beschikking president Hof van 29 januari 1997, Antonissen/Raad en Commissie, C-393/96 P(R), Jurispr. blz. I-441, punt 28].
- 73 Artikel 107, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt: „Op het verzoek wordt beslist bij een met redenen omklede beschikking”. Er is evenwel geoordeeld dat de kortgedingrechter niet uitdrukkelijk hoeft te antwoorden op alle in de loop van het kort geding besproken rechtsvragen en feitelijke vragen. Het volstaat dat de door de kortgedingrechter, rechtsprekend in eerste instantie, in aanmerking genomen redenen, gelet op de omstandigheden van de zaak, zijn beschikking naar behoren rechtvaardigen en het Hof in staat stellen zijn rechterlijke controle uit te oefenen [beschikking SCK en FNK/Commissie, aangehaald in punt 71 hierboven, punt 52, en beschikking president Hof van 25 juni, Nederlandse Antillen/Raad, C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 70].
- 74 Nu de gevallen van misbruik van een economische machtspositie die Microsoft verweten worden, van elkaar verschillen, hetgeen overigens blijkt uit zowel de structuur van de beschikking als de opbouw van verzoeksters betoog, verdient het volgens de kortgedingrechter de voorkeur over te gaan tot een afzonderlijk onderzoek van het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, juncto artikel 4 van de beschikking (wat de informatie met betrekking tot compatibiliteit betreft) en het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, juncto artikel 4 van de beschikking (wat koppelverkoop van het Windows operating system en het programma Windows

Media Player betreft). Dit onderzoek wordt evenwel voorafgegaan door een beoordeling van het verzoek om vertrouwelijke behandeling, het verzoek tot tussenkomst van VideoBanner, de gevolgen van de afstand van interventie door CCIA en Novell, en de vraag of bepaalde vormvoorschriften met betrekking tot de stukken zijn nageleefd.

I — *Het verzoek om vertrouwelijke behandeling*

- 75 De gegevens in de beschikking met betrekking waartoe de Commissie ermee heeft ingestemd deze in de versie op haar internetsite weg te laten, moeten in de procedure in kort geding vertrouwelijk worden behandeld ten aanzien van de interveniënten, aangezien op het eerste gezicht aannemelijk is dat die informatie geheim of vertrouwelijk is in de zin van artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

II — *Het verzoek tot tussenkomst van VideoBanner*

- 76 Zoals is opgemerkt in punt 61 hierboven, heeft VideoBanner verzocht om toelating tot interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie.
- 77 Aangezien dit verzoek overeenkomstig artikel 115, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering is ingediend en de partijen in de hoofdzaak geen bezwaar hebben gemaakt, moet het worden toegewezen overeenkomstig artikel 40, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie, dat krachtens artikel 53, eerste alinea, daarvan van toepassing is op het Gerecht van eerste aanleg.

III — *De gevolgen van de afstand van interventie door bepaalde interveniënten*

78 Aangezien CCIA en Novell aan het Gerecht hebben medegedeeld dat zij afzagen van interventie in het kort geding aan de zijde van de Commissie, heeft de president van het Gerecht in zijn hoedanigheid van kortgedingrechter een informele bijeenkomst in aanwezigheid van alle partijen gehouden om een aantal procedurele gevolgen van deze afstand van interventie te bespreken.

79 Zoals blijkt uit de notulen van deze bijeenkomst, zijn partijen, ten eerste, overeengekomen dat de door CCIA en Novell in het kader van het kort geding overgelegde stukken, inclusief alle bijlagen bij hun stukken, en hun betoog tijdens de hoorzitting deel blijven uitmaken van het dossier van het onderhavige kort geding; ten tweede, dat alle partijen en de kortgedingrechter zich ten behoeve van respectievelijk hun betogen en de beoordeling daarvan kunnen baseren op deze gegevens, en ten derde, dat alle in het dossier van de onderhavige zaak ingebrachte gegevens voorwerp zijn geweest van een debat op tegenspraak tussen partijen.

80 Overigens heeft RealNetworks in haar opmerkingen over de afstand van interventie door CCIA gesteld dat deze niet bevoegd was om zich uit de onderhavige zaak terug te trekken.

81 Dienaangaande is de kortgedingrechter van oordeel dat het niet aan hem staat om het bezwaar van RealNetworks te beoordelen, aangezien hij, ten eerste, niet bevoegd is om zich uit te spreken over de vraag of de besluiten van het bestuursorgaan van CCIA in overeenstemming met haar statuten zijn genomen, en ten tweede, het verzoek om afstand van interventie door CCIA conform de bepalingen van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is ingediend.

IV — *De naleving van vormvoorschriften met betrekking tot schriftelijke stukken*

- 82 De Commissie en een aantal interveniënten aan haar zijde hebben aangevoerd, ten eerste, dat bepaalde verwijzingen naar bijlagen bij het verzoekschrift in de hoofdzaak van Microsoft niet-ontvankelijk zijn; ten tweede, dat de door Microsoft in de loop van de onderhavige procedure overgelegde stukken niet-ontvankelijk zijn; ten derde, dat er geen bewijs is voor bepaalde stellingen; en ten vierde, dat andere vormvoorschriften niet zijn nageleefd.

De verwijzingen naar het verzoekschrift in de hoofdzaak

- 83 In haar opmerkingen van 21 juli 2004 heeft de Commissie de punten van het verzoek in kort geding opgenoemd die verwijzingen bevatten naar het verzoekschrift in de hoofdzaak en naar bijlagen bij dit verzoekschrift die niet bij het verzoekschrift in kort geding zijn gevoegd (bijlagen A.9, A.9.1, A.9.2, A.11, A.12.1, A.17, A.18, A.19, A.20, A.21, A.22 en A.24). De Commissie trekt hieruit de conclusie dat Microsoft zich niet op deze stukken kan beroepen.
- 84 In haar opmerkingen van 13 september 2004 voegt de Commissie hieraan toe dat de nieuwe verwijzingen door Microsoft in haar opmerkingen van 19 augustus 2004 naar het verzoekschrift in de hoofdzaak, in het bijzonder wat de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (hierna: „TRIPs-overeenkomst”) van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) betreft, evenals de voorgaande verwijzingen buiten beschouwing moeten worden gelaten. Dat de overeenkomstige gedeelten van het verzoekschrift in de hoofdzaak als bijlage (bijlage T.9) bij de opmerkingen zijn gevoegd, levert geen grond op voor de conclusie dat het verzoek in kort geding op zichzelf staat.

- 85 In dit verband zij erop gewezen dat de kortgedingrechter tijdens de informele bijeenkomst van 27 juli 2004 (zie punt 57 hierboven) de aandacht van Microsoft heeft gevestigd op de zeer talrijke verwijzingen in het verzoek in kort geding naar het verzoekschrift in de hoofdzaak en Microsoft dienaangaande vragen heeft gesteld. Microsoft heeft daarop aangegeven, zoals is opgenomen in de notulen van deze bijeenkomst: „Verzoekster bevestigt dat het verzoek in kort geding moet worden geacht op zichzelf te staan en dat de talrijke verwijzingen in haar verzoek in kort geding naar bijlagen bij het verzoekschrift in de hoofdzaak, in de procedure in kort geding kunnen worden genegeerd”.
- 86 Dit standpunt komt overeen met artikel VII, lid 1, van de Praktische aanwijzingen voor de partijen (PB 2002, L 87, blz. 48), dat het volgende bepaalt: „Het [verzoek] moet een begrijpelijk geheel vormen waarvoor het verzoekschrift in de hoofdzaak niet hoeft te worden geraadpleegd”.
- 87 Hieruit volgt dat de gegrondheid van het verzoek in kort geding van Microsoft enkel kan worden beoordeeld aan de hand van de gegevens, feitelijk en rechtens, zoals die naar voren komen uit de tekst van het verzoek in kort geding zelf en de bijlagen bij dat verzoek die bedoeld zijn om de inhoud ervan toe te lichten (zie in dat opzicht beschikking president Gerecht van 7 mei 2002, Aden e.a./Raad en Commissie, T-306/01 R, Jurispr. blz. II-2387, punt 52). Weliswaar kan niet worden geconcludeerd dat elke bewering die is gebaseerd op een stuk dat niet bij het verzoek in kort geding is gevoegd, bij de behandeling noodzakelijkerwijs buiten beschouwing dient te worden gelaten, maar er is van uit te gaan dat een dergelijke bewering niet is bewezen indien de andere partij bij het geding of een interveniënt aan de zijde van die andere partij ze betwist.
- 88 Wat de verwijzing naar bijlage T.9 betreft, zij eraan herinnerd dat een verzoekschrift op bepaalde punten weliswaar kan worden ondersteund en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages van de bijlagen, maar een algemene verwijzing naar andere schriftelijke stukken, ook wanneer deze bij het verzoek in kort geding zijn gevoegd, kan het ontbreken van de essentiële gegevens in dat verzoekschrift niet goedmaken (beschikking president Gerecht, Aden e.a./Raad en Commissie, punt 87 hierboven, punt 52). In deze context moet worden benadrukt dat de regel van

punt VII, lid 2, van de Praktische aanwijzingen, dat vereist dat „de middelen feitelijk en rechtens waarop het beroep in de hoofdzaak is gebaseerd en op grond waarvan dit beroep aanvankelijk gegrond voorkomt” „uiterst [kort] en [bondig]” worden beschreven, niet zou worden nageleefd indien hij aldus werd uitgelegd dat een algemene verwijzing naar een bijlage, waarin de bijzonderheden van het betoog zijn opgenomen, is toegestaan.

- 89 Behoudens de later in het dossier ingebrachte stukken en de mondelinge opmerkingen tijdens de hoorzitting voor de kortgedingrechter, zal uitspraak worden gedaan zonder de bijlagen bij het verzoekschrift in de hoofdzaak of bijlage T.9 in aanmerking te nemen.

De overlegging van stukken in de loop van het geding

- 90 In haar opmerkingen van 13 september 2004 stelt de Commissie allereerst dat de door Microsoft in haar opmerkingen van 19 augustus 2004 aangevoerde argumenten, in het bijzonder het betoog met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, uiteengezet in twee afzonderlijke bijlagen (bijlage T.3, „Opinie van Prescott”, en bijlage T.6, „Opinie van Galloux”), buiten het bestek van de argumenten in het verzoekschrift in de hoofdzaak vallen. Evenmin is gepreciseerd waarom bijlage T.3, een document van 3 juni 2004, niet in bijlage bij het verzoek in kort geding was gevoegd.
- 91 De Commissie merkt voorts op dat Microsoft bij haar opmerkingen van 19 augustus 2004 een document heeft gevoegd dat zij als bijlage bij het verzoekschrift in de hoofdzaak heeft gevoegd (bijlage A.21, thans bijlage T.5, Knauer, „Octrooirechtelijke aspecten van de [beschikking]”), alsook een document waarvan de inhoud blijkbaar overeenkomt met die van een bijlage bij het verzoekschrift in de hoofdzaak (bijlage T.8, Evans, Nichols en Padilla, „Economisch bewijs voor de door de Commissie aan de orde gestelde uitsluitingseffecten van de weigering tot levering en de koppelverkoop”, die gelijkenis vertoont met bijlage A.19).

- 92 In hun antwoorden op schriftelijke vragen van het Gerecht, voorafgaand aan hun afstand van interventie, stellen Novell en CCIA dat bepaalde documenten niet-ontvankelijk zijn aangezien zij tezamen met het verzoek in kort geding overgelegd hadden moeten worden, doch pas later zijn overgelegd (bijlagen T.3, T.5, T.8 en U.2, Campbell-Kelly, „Commentaar op de innovatie in Active Directory”).
- 93 De kortgedingrechter stelt vast dat stukken T.3, T.5, T.6 en T.8 bij de opmerkingen van Microsoft van 19 augustus 2004 zijn gevoegd en dat zij tot doel hebben de inhoud daarvan te ondersteunen. Onder die omstandigheden kan het Microsoft niet kwalijk worden genomen dat zij uitvoerig heeft geantwoord op de argumenten die de Commissie in haar opmerkingen van 21 juli 2004 naar voren heeft gebracht, waarbij het in dat opzicht van weinig belang is dat de bijlage van een eerdere datum is dan de indiening van het verzoek in kort geding of dat de bijlage identiek aan of vergelijkbaar is met een bijlage bij het verzoekschrift in de hoofdzaak. Evenzo en om dezelfde redenen kon Microsoft haar opmerkingen over de memories in interventie rechtsgeldig baseren op bijlage U.2.

Het ontbreken van bewijs

- 94 De Commissie benadrukt dat bijlage T.5 en bijlage T.8 zijn gebaseerd op informatie waartoe zij geen toegang heeft gehad [paragraaf 4 van bijlage T.5 verwijst zonder verdere precisering naar van Microsoft ontvangen informatie; wat bijlage T.8 betreft, zijn de rapporten waarnaar wordt verwezen in paragraaf 6 (van Merrill Lynch en Forrester met betrekking tot de gegevens over de markt voor servers), niet bijgevoegd, evenmin als die bedoeld in voetnoot 35 (door Microsoft uitgevoerde studie), voetnoten 42 en 43 („Onderzoek Digital Media Tracker”), voetnoot 48 („Onderzoek naar op PC’s geïnstalleerde mediaspelers”) en voetnoot 50 („Bericht NERA”)].
- 95 Dienaangaande kan worden volstaan met op te merken dat het aan de kortgeding-rechter staat om in voorkomend geval te beoordelen of de op de bovengenoemde rapporten en informatie gebaseerde stellingen bewijskracht hebben of niet.

De niet-naleving van bepaalde andere vormvoorschriften

- ⁹⁶ De Commissie en CCIA, voorafgaand aan haar afstand van interventie, merken op dat Microsoft in haar verzoek in kort geding verwijst naar bijlage R.6 (Carboni, „Opinie over het merkenrecht”) zonder uitdrukkelijk te vermelden waarom het betrokken document relevant is, zodat deze bijlage niet in aanmerking zou moeten worden genomen.
- ⁹⁷ Zoals gezegd in punt 88 hierboven, kan een algemene verwijzing naar andere schriftelijke stukken, ook wanneer deze bij het verzoek in kort geding zijn gevoegd, het ontbreken van de essentiële gegevens in dat verzoekschrift niet goedmaken. In het onderhavige geval staat bijlage R.6, waarnaar het verzoek in kort geding verwijst, een argument met betrekking tot het risico dat de handelsmerken van Microsoft worden aangetast dat als volgt luidt: „De onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking zal eveneens ernstige schade toebrengen aan de waardevolle handelsmerken Microsoft en Windows, omdat Microsoft verplicht zal zijn een product van lagere kwaliteit te verkopen dat niet overeenstemt met haar basisconcept”. Voorzover uit deze zinsnede voldoende duidelijk blijkt dat bijlage R.6 tot doel heeft het geïdentificeerde risico toe te lichten, is de kortgedingrechter van oordeel dat deze bijlage bij de behandeling niet buiten beschouwing moet worden gelaten.

*V — Ten gronde**Het vraagstuk van de informatie inzake compatibiliteit**A — De argumenten van partijen**1. De argumenten van Microsoft en de interveniënten aan haar zijde**a) De fumus boni juris*

- ⁹⁸ Volgens Microsoft bestaat er een ernstig meningsverschil tussen haar en de Commissie over de verplichte verlening van licenties voor haar communicatie-

protocollen, zodat is voldaan aan de voorwaarde dat voldoende aannemelijk moet worden gemaakt dat artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking onwettig is.

99 Microsoft stelt dat in het onderhavige geval niet is voldaan aan de vier criteria waaraan moet zijn voldaan om een onderneming te kunnen verplichten een licentie te verlenen, zoals die door het Hof zijn vastgesteld in de arresten van 5 oktober 1988, Volvo (238/87, Jurispr. blz. 6211); 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743; hierna: „Magill”); 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), en 29 april 2004, IMS Health (C-418/01, Jurispr. blz. I-5039, punt 49).

100 In de eerste plaats is het intellectuele eigendom dat zij op grond van de beschikking aan haar concurrenten zou moeten verstrekken, niet onontbeerlijk om de activiteit van leverancier van werkgroepserver operating systems te kunnen uitoefenen.

101 Allereerst voert Microsoft aan dat er vijf methodes bestaan om compatibiliteit tussen de operating systems van verschillende leveranciers te garanderen, te weten: ten eerste, het gebruik van standaardcommunicatieprotocollen zoals TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) en HTTP (HyperText Transfer Protocol); ten tweede, de toevoeging van softwarecode aan een Windows client PC of server operating system zodat dit kan communiceren met een server operating system van een concurrent van Microsoft door de specifieke communicatieprotocollen van dat server operating system te gebruiken; ten derde, de toevoeging van softwarecode aan een server operating system van een concurrent van Microsoft zodat dit kan communiceren met een Windows client PC of server operating system door de eigen communicatieprotocollen van de Windows operating systems te gebruiken; ten vierde, de toevoeging van een blok softwarecode aan alle client PC en server operating systems in een netwerk zodat zij kunnen interopereren door middel van communicatie tussen deze blokken softwarecode, en ten vijfde, het gebruik van een Windows server operating system als een „brug” tussen het Windows client PC operating system en het concurrerende server operating system.

- 102 Voorts voert Microsoft aan dat er geen klachten van afnemers zijn over de huidige mate van compatibiliteit.
- 103 Tot slot voert Microsoft aan dat er nog steeds verscheidene concurrenten zijn die deze activiteit uitoefenen.
- 104 In de tweede plaats heeft de weigering van Microsoft om haar intellectuele eigendom aan haar concurrenten te verstrekken niet de introductie belet van nieuwe producten waarnaar de vraag van de zijde van de consumenten onbeantwoord blijft. Er is geen enkel bewijs overgelegd voor enige ontevredenheid. Ook is niet aangetoond dat het intellectuele eigendom van Microsoft door haar concurrenten zal worden gebruikt voor de ontwikkeling van nieuwe producten en niet alleen maar voor het nabootsen van de functionaliteiten van de bestaande producten van Microsoft.
- 105 In de derde plaats heeft het feit dat Microsoft haar technologie voor haar eigen gebruik heeft gehouden, niet geleid tot uitsluiting van de mededinging op een afgeleide markt, aangezien er tussen de leveranciers van werkgroepserver operating systems levendige concurrentie bestaat, zoals blijkt uit de constante groei van Linux. Zes jaar na de beweerde weigering van Microsoft om haar technologie ter beschikking te stellen, is de markt dus concurrerend.
- 106 In de vierde plaats is de weigering om aan leveranciers van concurrerende server operating systems licenties voor haar technologie te verlenen, objectief gerechtvaardigd. Anders dan de informatie die werd beschermd door de destijds in geding zijnde nationale wetgeving en die de betrokken ondernemingen in de zaken Magill en IMS Health (zie punt 99 hierboven) hadden geweigerd bekend te maken, heeft in het onderhavige geval de beschermde informatie betrekking op geheime en waardevolle technologie. In het onderhavige geval heeft de Commissie, ten betoge dat de weigering om door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie te verstrekken niet objectief gerechtvaardigd was en derhalve een inbreuk op artikel 82

EG vormde, een vaag beoordelingscriterium toegepast dat duidelijk afwijkt van de in de voorgaande rechtspraak erkende criteria. Zo is de Commissie van mening dat een dergelijke weigering een inbreuk op artikel 82 EG oplevert, indien het feit dat de onderneming minder gemotiveerd zal zijn om te innoveren per saldo wordt gecompenseerd door de positieve gevolgen voor de innovatie in de gehele branche (punt 783). Behalve de vaagheid van dit nieuwe criterium is evenmin aangetoond, op grond van bewijzen of onderzoeken, dat de innovatie in deze branche zal worden gestimuleerd door de verstrekking van de technologie van Microsoft aan haar concurrenten. Integendeel, volgens Microsoft zal een verplichte licentie de concurrentie tussen leveranciers van server operating systems verminderen.

107 Voorts stelt Microsoft dat Sun Microsystems haar niet heeft gevraagd om de technologie, die de Commissie haar gelast bekend te maken. Gezien het feit dat Sun Microsystems nooit een licentie heeft gevraagd met het oog op de ontwikkeling van software in de EER, stelt Microsoft bovendien dat zij geen enkele plicht had om het verzoek van Sun Microsystems te beschouwen als iets wat haar ertoe zou kunnen brengen een handelwijze aan te nemen die binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG zou kunnen vallen.

108 Tot slot houdt de Commissie niet naar behoren rekening met de verplichtingen die de TRIPs-overeenkomst aan de Gemeenschappen oplegt (zie punt 84 hierboven), waar zij Microsoft verplicht licenties voor beschermde informatie te verlenen.

109 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 stelt Microsoft dat de Commissie zonder gegronde reden beweert dat de beschikking haar geen nieuwe handelwijze oplegt, maar enkel tot gevolg heeft dat zij wordt verplicht het commerciële beleid, dat zij oorspronkelijk had gevoerd, te hernemen. Microsoft merkt allereerst op dat de Commissie niet suggereert dat de in artikel 5 van de beschikking bedoelde informatie in het verleden zou zijn verstrekt. Indien de Commissie daarmee heeft willen verwijzen naar de informatie inzake netwerktechnologie waarvoor in 1994 aan AT&T een licentie is verleend om de ontwikkeling van een product met de naam „Advanced Server for UNIX” (hierna: „AS/U”) mogelijk te maken, moet worden benadrukt dat de verstrekking van die informatie niet is afgebroken. Het

product met de naam „PC Net Link”, dat is ontwikkeld door Sun Microsystems, aan wie AT&T een licentie voor AS/U heeft verleend, is momenteel immers nog verkrijgbaar op de markt. Sun Microsystems maakt nog steeds reclame voor het product met het feit dat het „native Windows NT netwerkdiensten” levert — inclusief bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen — in het Solaris server operating system. Sun Microsystems bevestigt tevens dat PC Net Link goed werkt met de meest recente versies van de Windows client PC operating systems van Microsoft, inclusief Windows 2000 Professional en Windows XP.

- 110 Bovendien kan Microsoft niet worden verplicht om in de toekomst licenties te verlenen voor al haar communicatieprotocollen omdat zij in 1994 heeft besloten een licentie voor netwerktechnologie te verlenen aan AT&T. Overigens was overeengekomen dat de handelsbetrekking tussen Microsoft en AT&T niet zou worden uitgebreid naar nieuwe technologie.
- 111 Tot slot benadrukt Microsoft dat de concurrerende leveranciers van server operating systems niet afhankelijk zijn van de informatie inzake compatibiliteit, waarvan Microsoft beweerdelijk de verstrekking heeft gestopt. Novell heeft nooit AS/U gebruikt en heeft daarvoor nooit de minste belangstelling getoond. NetWare van Novell levert bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen aan Windows operating systems met gebruikmaking van haar eigen reeks communicatieprotocollen. Leveranciers van Linux maken evenmin gebruik van AS/U. Hun server operating systems leveren bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen aan Windows operating systems met gebruikmaking van het open-source softwareproduct Samba, dat is ontwikkeld dankzij reverse-engineering van de communicatieprotocollen van Microsoft.

b) De spoedeisendheid

112 Microsoft stelt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking drie soorten ernstige en onherstelbare schade zou veroorzaken.

1) Inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten

113 De beschikking zou tot gevolg hebben dat Microsoft wordt verplicht licenties te verlenen voor waardevolle informatie die wordt beschermd door intellectuele-eigendomsrechten. Die inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten levert ernstige en onherstelbare schade op.

i) Waardevolle informatie

114 Microsoft zet uiteen dat de communicatieprotocollen een technologie zijn waarvan zij eigenaar is en die wordt gebruikt door Windows client PC en server operating systems om informatie uit te wisselen met andere exemplaren van die operating systems en die van aanmerkelijke commerciële waarde is [rapport van S. Madnick en B. Meyer, „Schade veroorzaakt door de verplichting van Microsoft tot bekendmaking van alle voor de levering van werkgroepdiensten gebruikte communicatieprotocollen”, bijlage R.2 (hierna: „Rapport Madnick en Meyer”)]. Haar communicatieprotocollen zijn de vrucht van vele jaren zeer kostbaar onderzoek en ontwikkeling. Er zijn wezenlijke inspanningen geleverd voor het ontwerpen van communicatieprotocollen die nuttige functionaliteiten leveren en de snelheid, betrouwbaarheid, veiligheid en efficiëntie van de interacties tussen Windows operating systems verbeteren.

- 115 De specificaties van de communicatieprotocollen, die gedetailleerde beschrijvingen zijn van het ontwerp en de werkwijze van de communicatieprotocollen, zouden een concurrent die in het bezit daarvan komt, in staat stellen de communicatieprotocollen van Microsoft te gebruiken in zijn eigen server operating system.
- 116 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 benadrukt Microsoft dat de verplichte verlening van licenties voor de specificaties van de communicatieprotocollen, die verschillende Windows server operating systems in staat stellen samen te werken met het oog op de levering van werkgroepdiensten, tot gevolg zou hebben dat een aanmerkelijke hoeveelheid informatie over het interne ontwerp van de Windows operating systems openbaar wordt gemaakt. Zoals blijkt uit het rapport Madnick en Meyer, zou de verlening van licenties voor de communicatieprotocollen, die de interactie tussen verschillende Windows server operating systems mogelijk maken, veel informatie onthullen over de werking van de directory, Active Directory genaamd, binnen die operating systems.

ii) Door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie

- 117 De communicatieprotocollen van Microsoft en de specificaties die hen beschrijven, zijn beschermd door intellectuele-eigendomsrechten. Als antwoord op een argument van de Commissie in haar opmerkingen van 21 juli 2004 verduidelijkt Microsoft, ten eerste, dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen het ontwerpen van protocollen, de specificaties van protocollen en de implementatie van protocollen, en ten tweede, dat de bescherming door intellectuele-eigendomsrechten zich niet beperkt tot één van deze drie categorieën.

Auteursrechtelijke bescherming

- 118 Communicatieprotocollen zijn auteursrechtelijk beschermd op grond van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, laatstelijk gewijzigd op 28 september 1979, en de considerans en artikel 1, lid 1, van richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB L 122, blz. 42). De specificaties van deze protocollen zijn voorbereidend ontwerp materiaal dat eveneens auteursrechtelijk beschermd is (opinie van Prescott, bijlage T.3, aangehaald in punt 90 hierboven).
- 119 Dientengevolge heeft Microsoft, evenals elke houder van een auteursrecht, het exclusieve recht om publicatie van haar beschermde werken toe te staan of ze anderszins ter beschikking van het publiek te stellen. De auteursrechtelijke wetgeving in verschillende lidstaten staat de eigenaars van beschermde werken uitdrukkelijk toe te bepalen, of die werken worden gepubliceerd of op welke manier dan ook openbaar worden gemaakt. De beschikking ontnemt Microsoft het recht om te beslissen of, en zo ja, in welke vorm, aan wie, wanneer en onder welke voorwaarden zij de specificaties van haar communicatieprotocollen ter beschikking wil stellen. De Commissie kan dus niet erkennen dat de specificaties van de communicatieprotocollen van Microsoft, eenmaal opgesteld, auteursrechtelijk beschermd zullen zijn, en tegelijkertijd stellen dat de in de beschikking aan Microsoft opgelegde verplichting om licenties voor deze specificaties te verlenen geen inbreuk maakt op het wezen van dat recht.
- 120 De houder van een auteursrecht heeft tevens het exclusieve recht om de totstandbrenging van afgeleide werken toe te staan, zoals dat voortvloeit uit zowel artikel 12 van de Berner Conventie als artikel 4 van richtlijn 91/250. Dit exclusieve recht om de totstandbrenging van afgeleide werken toe te staan wordt miskend, aangezien de implementatie van de specificaties van de communicatieprotocollen van Microsoft door haar concurrenten vrijwel zeker een bewerking of een vertaling van die specificaties zou zijn die binnen de werkingssfeer van het auteursrecht valt en dus niet zou kunnen worden geacht een onafhankelijk ontwikkeld werk te zijn.

Zelfs indien de licentiehouders in staat zouden zijn om bepaalde specificaties te implementeren zonder inbreuk te maken op het auteursrecht van Microsoft, verplicht de beschikking hen daar niet toe, aangezien de beschikking Microsoft verplicht „het gebruik toe te staan” van de specificaties van de communicatieprotocollen, zonder grenzen te stellen aan de wijze waarop de licentiehouders hun implementaties zullen ontwikkelen. Er is dus geen enkele reden om te geloven dat de licentiehouders zich zullen beperken tot het ontwikkelen van applicaties die niet onwettig zijn, gesteld dat dat mogelijk zou zijn.

- ¹²¹ Tot slot stelt Microsoft dat in het kader van het Amerikaanse akkoord alle partijen hebben aanvaard dat de specificaties van haar client-to-server communicatieprotocollen auteursrechtelijk beschermd zijn.

Octrooibeschermering

- ¹²² In haar verzoek in kort geding geeft Microsoft aan dat sommige van de communicatieprotocollen die de Commissie haar verplicht te verstrekken, zijn gedekt door octrooien of octrooiaanvragen en dat zij voornemens is vóór juni 2005 met betrekking tot verschillende aspecten van de Windows client PC en server operating systems een groot aantal octrooiaanvragen in te dienen, die de in de beschikking bedoelde communicatieprotocollen dekken. Aangezien de gevolgen van de beschikking niet in de tijd zijn beperkt, zouden toekomstige octrooien onder de licentieverplichting in de beschikking vallen.
- ¹²³ In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 identificeert Microsoft drie bestaande Europese octrooien en twee hangende Europese octrooiaanvragen die de aan de licentieverplichting onderworpen communicatieprotocollen dekken. Volgens de opinie van Knauer, bijlage T.5, aangehaald in punt 91 hierboven, zijn verschillende

communicatieprotocollen die worden gebruikt door Windows server operating systems om bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen te leveren, gedekt door octrooien, namelijk, ten eerste, het protocol DFS (Distributed File System), gedekt door octrooi EP 0 661 652 B1; ten tweede, het protocol SMB, gedekt door octrooi EP 0 438 571 B1, en ten derde, het protocol Distributed Component Object Model Remote, gedekt door octrooi EP 0 669 020 B1. De octrooiaanvragen hebben betrekking op het protocol Constraint Delegation en het protocol Active Directory Sites.

- 124 In die context merkt Microsoft op dat de Commissie de geoctrooieerde technologie niet uitsluit van de corrigerende maatregel en haar verplicht licenties te verlenen voor al haar intellectuele-eigendomsrechten met betrekking tot communicatieprotocollen, inclusief alle octrooien. De concurrenten zouden aldus geen enkele reden hebben om te proberen applicaties te ontwikkelen die geen gebruik maken van de geoctrooieerde methodes.

Bescherming van bedrijfsgeheimen

- 125 Volgens Microsoft zijn de communicatieprotocollen bedrijfsgeheimen die niet aan derden zijn onthuld, tenzij die zich hebben verbonden tot naleving van een bij overeenkomst vastgelegde vertrouwelijkheidsplicht.

- 126 Als antwoord op de opmerkingen van de Commissie van 21 juli 2004, dat, ten eerste, in het mededingingsrecht de rechtmatigheid van de weigering een „geheim” te onthullen, waarvan het bestaan enkel afhangt van een eenzijdige commerciële beslissing, afhankelijk is van de belangen die in het spel zijn, en ten tweede, dat de schade die Microsoft lijdt door de verplichting haar bedrijfsgeheimen te onthullen minder ernstig is dan de schade die zij lijdt door de verplichting om reproductie van haar auteursrechtelijk beschermde werken of inbreuken op haar octrooien toe te staan, voert Microsoft aan dat zij momenteel haar communicatieprotocollen tegen een financiële vergoeding aan derden kan overdragen, en dat zij diegenen die deze

protocollen onrechtmatig gebruiken in rechte kan vervolgen (opinions van Prescott en Galloux, bijlagen T.3 en T.6, aangehaald in punt 90 hierboven), zodat de verplichte verlening van licenties derhalve de waarde van die activa zal aantasten. Overigens kan uit het arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punten 84 en 139), niet worden afgeleid dat het Gerecht heeft aanvaard dat geheime informatie in de vorm van specificaties niet op dezelfde wijze is beschermd als andere intellectuele-eigendomsrechten, aangezien het Gerecht niet is gevraagd zich uit te spreken over de vraag of de specificaties voor kartons beschermde bedrijfsgeheimen zijn.

Noodzakelijkheid van de informatie

- ¹²⁷ In haar opmerkingen van 21 juli 2004 beweert de Commissie dat de specificaties van de communicatieprotocollen van Microsoft „informatie [is] die nodig is om de compatibiliteit [...] tot stand te brengen” in de zin van richtlijn 91/250, zodat de door de beschikking opgelegde licentieverplichting de concurrenten van Microsoft niets meer zou toekennen dan zij zouden kunnen verkrijgen door middel van decompilatie van de Windows server operating systems in overeenstemming met de afwijking in artikel 6 van die richtlijn.
- ¹²⁸ Microsoft is evenwel van mening dat deze bewering om verscheidene redenen onjuist is.
- ¹²⁹ Ten eerste is artikel 6, lid 2, van richtlijn 91/250 enkel een beperkte uitzondering op de exclusieve rechten van de rechthebbende van een beschermd computerprogramma, zoals die zijn genoemd in artikel 4 van de richtlijn. Onder bepaalde duidelijk omlijnde omstandigheden mag een „legitieme gebruiker” de interfaces van een beschermd computerprogramma „ontdekken” door middel van „decompilatie” van de machineleesbare code die deze interfaces blootlegt. Een dergelijke „decompilatie” is uitsluitend toegestaan wanneer de interfaces onontbeerlijk zijn om de functionaliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma zeker te stellen en niet beschikbaar zijn gemaakt door de eigenaar van het programma.

Behalve dat Microsoft stelt dat zij de interfaces die de computerprogramma's van derden nodig hebben om een beroep te doen op de functionaliteit van het Windows server operating system, reeds bekend heeft gemaakt, zijn in het onderhavige geval de specificaties van de communicatieprotocollen van Microsoft ook niet nodig om de functionaliteit van een onafhankelijke gecreëerd werkgroepserver operating system zeker te stellen. Integendeel, de beschikking zou Microsoft ertoe verplichten toe te laten dat concurrenten producten creëren die dezelfde bestand- en printdiensten en dezelfde diensten van beheer van gebruikers en groepen bieden als die de Windows server operating systems bieden, door hun eigen implementatie van de communicatieprotocollen van Microsoft te ontwikkelen. Aldus zou Microsoft worden gedwongen waardevolle commerciële informatie te verstrekken aan haar concurrenten, onder omstandigheden die hen niet het recht zouden geven om op grond van artikel 6, lid 2, van richtlijn 91/250 gebruik te maken van decompilatie.

130 Ten tweede staat artikel 6 van richtlijn 91/250 de verkrijging van informatie door decompilatie toe, maar stelt dit artikel in lid 2 strikte grenzen aan het gebruik van deze informatie, waaronder een verbod om deze informatie te gebruiken om een programma te creëren dat het gedecompileerde programma nabootst. De beschikking bevat evenwel geen enkele beperking in die zin; integendeel, het geeft de licentiehouders toestemming om applicaties te ontwikkelen die inbreuk maken op het auteursrecht van Microsoft op de specificaties van haar communicatieprotocollen.

131 Ten derde hebben de specificaties een hogere waarde dan de informatie die de concurrenten van Microsoft zouden kunnen verkrijgen door middel van legitieme decompilatie.

Ernstige en onherstelbare schade

132 Microsoft stelt vervolgens dat de bekendmaking van informatie die wordt beschermd door intellectuele-eigendomsrechten, ernstige en onherstelbare schade zou veroorzaken.

133 Door toe te staan dat de concurrenten van Microsoft de communicatieprotocollen gebruiken om server operating systems aan te bieden die die van Windows zouden kunnen vervangen, ontnemt artikel 5, sub a, van de beschikking Microsoft de concurrentievoordelen die zij door middel van onderzoek en ontwikkeling heeft verkregen. Intellectuele-eigendomsrechten houden in dat men het recht heeft te kiezen of men het beschermde eigendom al dan niet gebruikt en op welke manier het wordt gebruikt. Zoals reeds voor recht is verklaard, doet de verplichte verlening van licenties afbreuk aan de „grondgedachte” van de intellectuele eigendom die erin bestaat „de auteur van creatief en origineel werk het uitsluitende recht te verlenen om dit werk te exploiteren” (beschikking president Gerecht van 26 oktober 2001, IMS Health/Commissie, T-184/01 R, Jurispr. blz. II-3193, punt 125). Om deze reden heeft het Gerecht erkend dat een verplichting voor een onderneming om voor haar intellectuele-eigendomsrechten licenties te verlenen, ook indien dat „slechts tijdelijk” is, de kans op „ernstige en onherstelbare schade” meebrengt, zelfs indien de betrokken informatie zich reeds in het publieke domein bevindt (ibidem, punt 127).

134 De onomkeerbaarheid van de bekendmaking van intellectuele eigendom is bijzonder duidelijk in het geval van bedrijfsgeheimen. In het onderhavige geval heeft de intellectuele eigendom betrekking op de ideeën van Microsoft over de wijze van volbrenging van bepaalde taken, die het server operating system alleen dan wel in samenwerking met client PC en server operating systems moet uitvoeren. Deze ideeën kunnen na hun openbaarmaking nooit meer worden gewist uit het geheugen van de ontvangers.

135 De verplichting om licenties te verlenen voor auteursrechtelijk beschermde informatie heeft tevens onomkeerbare gevolgen voor de mededinging. Door de auteursrechtelijk beschermde specificaties van de communicatieprotocollen te bestuderen zouden de concurrenten van Microsoft diepgaande kennis kunnen vergaren over de interne werkwijze van haar operating systems en hiervan gebruik kunnen maken voor hun eigen producten. Achteraf zal onmogelijk kunnen worden nagegaan of de concurrenten van Microsoft deze kennis niet hebben gebruikt.

136 De verplichte verlening van licenties voor octrooien zou eveneens onherstelbare schade veroorzaken. Na nietigverklaring van de beschikking zou Microsoft derden natuurlijk wel kunnen vervolgen om te verhinderen dat zij de geoctrooieerde technologie gebruiken, maar het zou een bijzonder ingewikkeld en ondoeltreffend proces zijn om te proberen na te gaan of de technologie van Microsoft al dan niet nog steeds wordt gebruikt, en de producten die in de tussentijd zijn gecreëerd en waarin de uitvindingen van Microsoft zijn ingebouwd, zouden waarschijnlijk in de distributiekanaal en in de handen van afnemers achterblijven.

137 Hoewel Microsoft op grond van de beschikking de licenties voor haar intellectuele-eigendomsrechten op een „redelijke en niet-discriminerende manier” mag verlenen, hetgeen waarschijnlijk de betaling van royalty's impliceert, kan de schade aan de intellectuele-eigendomsrechten van Microsoft niet worden hersteld door de betaling van dergelijke royalty's (zie dienaangaande beschikking IMS Health/Commissie, aangehaald in punt 133 hierboven, punt 125).

2) Belemmering van de commerciële vrijheid van Microsoft

138 Onder verwijzing naar beschikkingen van de president van het Gerecht van 3 juni 1996, Bayer/Commissie (T-41/96 R, Jurispr. blz. II-381, punt 54) en IMS Health/Commissie, aangehaald in punt 133 hierboven, punt 130), stelt Microsoft dat, zoals het geval was in de zaken waarin deze beschikkingen zijn gegeven, haar vrijheid om de essentiële elementen van haar commerciële beleid te bepalen door de tenuitvoerlegging van de beschikking zou worden geschaad.

i) De vrijheid om informatie te verstrekken

139 In het onderhavige geval is het niet het commerciële beleid van Microsoft om een algemene licentie voor haar communicatieprotocollen te verlenen. Zij merkt op dat

de verlening van licenties voor haar client-to-server communicatieprotocollen in het kader van het Amerikaanse akkoord is overeengekomen, maar dat dit akkoord niet betrekking heeft op de verlening van licenties voor server-to-server communicatieprotocollen. Door Microsoft te verplichten de specificaties van server-to-server communicatieprotocollen te leveren, waarvan het merendeel nooit is opgeschreven, zou de beschikking van Microsoft een leverancier van technologie aan haar concurrenten in de branche van server operating systems maken.

¹⁴⁰ Microsoft zet vervolgens de verschillen uiteen tussen het Amerikaanse akkoord en het akkoord met Sun Microsystems enerzijds, en de beschikking anderzijds.

¹⁴¹ Het Amerikaanse akkoord voorziet in de verlening van licenties voor de client-to-server communicatieprotocollen uitsluitend ter verzekering van de compatibiliteit met het Windows client PC operating system, terwijl de beschikking verplicht tot de verlening van licenties voor dezelfde protocollen voor gebruik in werkgroepserver operating systems, die bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen leveren aan elk Windows client PC of server operating system.

¹⁴² Het akkoord met Sun Microsystems van april 2004 – de enige klager bij de Commissie – houdt met name een aantal wederzijdse afspraken in waarbij de partijen zijn overeengekomen samen te werken bij de ontwikkeling van producten en elkaar over en weer licenties te verlenen, inclusief licenties voor de soorten communicatieprotocollen waarop de beschikking betrekking heeft. Microsoft benadrukt dat de licenties over en weer haar een tegenprestatie verzekeren, die bestaat uit toegang tot het intellectuele eigendom van Sun Microsystems, en voor Sun Microsystems een goede reden zijn om de intellectuele-eigendomsrechten van Microsoft op de onder licentie verstrekte technologie te respecteren. Het weder-

zijde karakter van deze overeenkomsten verschaft Microsoft de tegenprestatie die nu juist ontbreekt in de door de beschikking opgelegde verplichte verlening van licenties.

ii) De vrijheid om haar producten te ontwikkelen

143 Microsoft stelt dat de tenuitvoerlegging van de beschikking haar het vermogen zou ontnemen om haar producten te ontwikkelen. De verplichte verlening van licenties voor de communicatieprotocollen zou immers onherroepelijk haar vrijheid aantasten om te beslissen hoe haar producten te ontwikkelen. De toekomstige verbetering van deze protocollen en uiteindelijk het vermogen van Microsoft om te innoveren zouden daardoor ongunstig worden beïnvloed, zoals het rapport Madnick en Meyer aangeeft. Zodra de producten van derden afhankelijk beginnen te zijn van de ontwerpeigenschappen van een Windows server operating system in plaats van een beroep te doen op de functionaliteit ervan door middel van gepubliceerde interfaces, zal het immers voor Microsoft moeilijker worden om die ontwerpeigenschappen te veranderen met het oog op verbetering van het product. De beweringen van de Commissie in tegengestelde zin in haar opmerkingen van 21 juli 2004 gaan voorbij aan de commerciële realiteit. Het is reeds een technologische uitdaging voor Microsoft om in het kader van opeenvolgende uitgaven van nieuwe Windows server operating systems achterwaartse compatibiliteit in stand te houden met de duizenden gepubliceerde interfaces die worden gebruikt door de computerprogramma's van derden. Het toevoegen van nieuwe functionaliteiten en de verbetering van de prestaties, de veiligheid en de betrouwbaarheid van bestaande functionaliteiten zou aanzienlijk moeilijker worden gemaakt indien de computerprogramma's van derden een beroep zouden doen op de functionaliteiten van Windows door middel van voorheen vertrouwelijke protocollen (rapporten Madnick en Meyer, bijlagen R.2 en T.7).

iii) De noodzaak de protocollen „storingbestendig” te maken

144 Private protocollen zijn niet ontworpen om te worden gebruikt in de softwarepakketten van onbekende derden. Derhalve zou de bekendmaking van een groot aantal

private communicatieprotocollen de oorzaak kunnen zijn van defecten, crashes en beveiligingsrisico's. Microsoft zou dan een gedeelte van haar middelen moeten wijden aan het storingbestendig maken van de protocollen om het hoofd te bieden aan ondoordacht of kwaadwillig gebruik van de protocollen, hetgeen vaak de toevoeging van beschermingscode of het uitvoeren van aanzienlijke aanvullende tests vereist, voordat de producten die de communicatieprotocollen gebruiken, in de handel worden gebracht. In dat opzicht zou de beschikking op onomkeerbare wijze invloed hebben op de vrijheid van Microsoft om haar producten te ontwikkelen op de manier die zij gepast acht.

- 145 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 voegt Microsoft toe dat de verstrekking aan haar concurrenten van de specificaties van communicatieprotocollen, die nooit een ander oogmerk dan de communicatie tussen Windows server operating systems hebben gehad, afnemers technisch kwetsbaar zou maken. Zij verwijst in dat opzicht naar de rapporten Madnick en Meyer, bijlagen R.2 en T.7. Dergelijke protocollen behelzen een groot aantal implicaties aangaande de interne werking van server operating systems die samen werkgroepdiensten leveren. Zij hebben derhalve niet de beschermingsmechanismen die zij zouden hebben indien zij waren ontworpen om te communiceren met de softwarepakketten van derden. Hoewel het voor Microsoft mogelijk is om in de toekomst de implementaties van haar communicatieprotocollen storingbestendig te maken, zullen er in de netwerken van afnemers miljoenen Windows server operating systems overblijven die de protocollen in hun huidige staat gebruiken. Het is niet doenbaar om deze producten achteraf aan te passen om hen te beschermen tegen ongepast gebruik van communicatieprotocollen, gezien het feit dat de integratie van de noodzakelijke beschermingsmechanismen aanzienlijke aanpassingen van de in omloop zijnde producten zou vereisen. Ondanks de laatsdunkende uitlatingen van de Commissie over wat zij „veiligheid door onduidelijkheid” noemt (bijlage S.2), zouden afnemers niet tevreden zijn wanneer zij vernemen dat de door de Commissie in de beschikking gelaste onthullingen de huidige Windows server operating systems kwetsbaar hebben gemaakt voor defecten (rapport Madnick en Meyer, bijlage T.7). De protocollen zijn ingewikkeld en de kans op fouten bij hun implementatie in een ander werkgroepserver operating system is groot. Een dergelijke fout zou kunnen leiden tot aanzienlijke verliezen en corruptie van gegevens, met de daarmee samengaannde schade voor Microsoft en haar afnemers. Afnemers zijn natuurlijk zeer gevoelig voor verliezen en corruptie

van gegevens, zodat Microsoft ernstige schade zou lijden, met name aan haar reputatie, als de bestaande basis van de Windows server operating systems in gevaar zou worden gebracht door onjuist gebruik van de communicatieprotocollen van Microsoft. De Commissie oppert dat „alle schade herstelbaar zou zijn [...] wanneer de beschikking nietig is verklaard”. Nietigverklaring zou evenwel verloren of gecorrumpeerde gegevens niet kunnen terugbrengen, noch de reputatie van Microsoft herstellen.

3) Onomkeerbare wijziging van marktomstandigheden

146 Microsoft stelt dat de verplichte verlening van licenties de bestaande marktvoorwaarden op onherstelbare wijze in haar nadeel zou wijzigen. De Commissie heeft deze wijziging kennelijk nagestreefd, zoals blijkt uit punt 695 van de beschikking: „Indien de concurrenten van Microsoft toegang hadden tot de informatie inzake compatibiliteit die Microsoft weigert te leveren, zouden zij de verstrekte informatie kunnen gebruiken om de geavanceerde eigenschappen van hun eigen producten beschikbaar te maken in het kader van het netwerk van compatibiliteitsrelaties waarop de domeinarchitectuur van Windows berust”.

147 Om de onomkeerbare wijziging aan te tonen die zich op de markt zou voordoen, stelt Microsoft dat bestudering van de gedetailleerde specificaties van de communicatieprotocollen waarvan zij rechthebbende is, indien deze mogelijk wordt gemaakt door de verplichte verlening van licenties, belangrijke aspecten van het ontwerp van de Windows server operating systems aan concurrenten zal onthullen. Zoals is uiteengezet in het rapport Madnick en Meyer, zouden de specificaties van voorheen private communicatieprotocollen zeer waarschijnlijk informatie over het interne ontwerp van operating systems onthullen, omdat deze protocollen vaak afhankelijk zijn van hun specifieke implementatie in softwarecode. Het gebruik van dergelijke communicatieprotocollen door derden zou dus meebrengen dat vele bijzonderheden verder uitgewerkt moeten worden, terwijl die bijzonderheden impliciet blijven wanneer de protocollen onder elkaar worden gebruikt door verschillende exemplaren van hetzelfde operating system op verschillende servers.

- 148 Grootschalige bekendmaking van dergelijke informatie zou de concurrenten van Microsoft in staat stellen in hun server operating systems een reeks functionaliteiten na te bootsen die Microsoft heeft ontwikkeld dankzij haar eigen onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen. De schade die Microsoft hierdoor zou lijden, zou zich tot buiten de reikwijdte van de opgedragen bekendmaking uitstrekken, tot buiten de markt voor werkgroepserver operating systems en zelfs tot buiten de geografische reikwijdte van een verplichte licentie.

c) De afweging van belangen

- 149 Microsoft stelt in de eerste plaats dat het belang van de Gemeenschappen bij de oplegging van een doeltreffende herstelmaatregel niet vereist dat artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking onmiddellijk ten uitvoer wordt gelegd.
- 150 Aangezien de doelstelling van artikel 82 EG erin bestaat „de belangen van de consumenten te beschermen en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen” (beschikking IMS Health/Commissie, aangehaald in punt 133 hierboven, punt 145), moet allereerst aanmerkelijk belang worden gehecht aan het ontbreken van schade voor de consument. In het onderhavige geval beschikken afnemers over verschillende oplossingen voor compatibiliteit. Zo heeft in de loop van de vijf jaar die de procedure voor de Commissie heeft geduurd, geen enkele onderneming verklaard dat zij een ander server operating system dan Windows wil kiezen maar vanwege compatibiliteitsproblemen gedwongen is voor een Windows server operating system te opteren.
- 151 De tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel van artikel 5 van de beschikking is niet noodzakelijk, aangezien de concurrenten van Microsoft voor het moment geen enkele behoefte hebben aan toegang tot haar communicatieprotocollen. Overigens merkt Microsoft op dat de Commissie zelf niet beweert, dat de concurrentie tussen verkopers van werkgroepserver operating systems op korte termijn zou verdwijnen, indien de tenuitvoerlegging van artikel 5 van de beschikking werd opgeschort.

152 Dienaangaande stelt Microsoft dat de producten van haar concurrenten momenteel concurrerend zijn en zij legt verschillende studies en ramingen met betrekking tot Linux, UNIX en Novell over ter ondersteuning van die zienswijze.

153 Microsoft stelt bovendien dat de Commissie geen verband heeft aangetoond tussen de corrigerende maatregel van artikel 5 van de beschikking en enig verzoek van de kant van de distributeurs van werkgroepserver operating systems. Sun Microsystems, Novell noch Free Software Foundation/Samba heeft Microsoft gevraagd om een licentie voor de communicatieprotocollen waarvan zij rechthebbende is.

154 Het voordeel dat de concurrenten kunnen halen uit de mogelijkheid om te ontdekken, hoe Microsoft bepaalde problemen met betrekking tot het ontwerp van server operating systems heeft opgelost, mag niet prevaleren boven het legitieme belang van Microsoft om haar eigen technologie te beschermen. Bij de belangenafweging moet het algemene belang van de instandhouding van een effectieve mededinging duidelijk primeren boven de belangen van de concurrenten van Microsoft alleen.

155 Het risico dat de concurrerende leveranciers van server operating systems uit de markt worden verdreven indien de gevolgen van artikel 5 van de beschikking worden opgeschort, bestaat niet. De concurrenten van Microsoft hebben gedurende vele jaren licenties voor hun server operating systems verleend aan zakelijke afnemers, zonder toegang te hebben tot de specificaties van de communicatieprotocollen die Microsoft hun op grond van de beschikking zou moeten leveren. Microsoft levert ter ondersteuning van haar analyse verschillende gegevens met betrekking tot een aantal van haar concurrenten op de betrokken markt.

156 Tot slot is Microsoft van mening dat niet kan worden volgehouden dat de tenuitvoerlegging van de beschikking dringend is, aangezien de administratieve procedure, in de loop waarvan de Commissie haar beoordeling van de situatie voortdurend heeft veranderd, vijf jaar heeft geduurd.

- 157 In de tweede plaats zou bij de belangenafweging rekening moeten worden gehouden met de verplichtingen van de Gemeenschappen uit internationale verdragen, waaronder de TRIPs-overeenkomst, en de gegrondheid van het beroep in de hoofdzaak. Over dat laatste aspect is Microsoft, onder verwijzing naar de beschikking van de president van het Hof van 11 april 2002, NDC Health/IMS Health en Commissie [C-481/01 P(R), Jurispr. blz. I-3401], van mening dat de gegrondheid van haar beroep in de hoofdzaak in aanmerking moet worden genomen bij de afweging van de aanwezige belangen. In het onderhavige geval is met name duidelijk dat de Commissie niet heeft aangetoond dat is voldaan aan de criteria van de rechtspraak (arrest IMS Health, aangehaalde in punt 99 hierboven), op grond waarvan een onderneming met een economische machtspositie kan worden gedwongen licenties te verlenen aan haar concurrenten.
- 158 In de derde en laatste plaats brengt Microsoft in herinnering dat Sun Microsystems sinds de vaststelling van de beschikking met Microsoft een overeenkomst heeft gesloten die alle problemen oplost die ten grondslag lagen aan haar klacht bij de Commissie. Er is dus geen onmiddellijke noodzaak om de beschikking ten uitvoer te leggen, zolang het beroep in de hoofdzaak hangende is.
- 159 ACT stelt dat wat haar betreft de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel, tenzij zij wordt opgeschort, ernstige en onherstelbare gevolgen zou hebben als gevolg van de aantasting van de kracht en de waarde van de intellectuele-eigendomsrechten van haar leden in de EER.
- 160 Meer in het bijzonder stelt ACT, ten eerste, dat de onmiddellijke toepasbaarheid van de corrigerende maatregel een baanbrekend precedent op het gebied van verplichte licenties voor intellectuele-eigendomsrechten zou zijn, dat zeker de waarde van de door haar leden gehouden intellectuele-eigendomsrechten snel en wezenlijk zou verlagen. Dienaangaande stelt ACT dat de Commissie artikel 82 EG heeft uitgelegd en toegepast op een manier die niet overeenstemt met de verplichtingen die krachtens artikelen 13, 31 en 39 van de TRIPs-overeenkomst op de Gemeenschap rusten.

161 ACT stelt, ten tweede, dat de bekendmaking van de communicatieprotocollen, die tot dan toe het exclusieve eigendom van Microsoft zijn geweest, zou leiden tot instabiliteit van de Windows client PC en server operating systems, hetgeen onmiddellijk aanmerkelijke schade voor haar leden tot gevolg zou hebben.

162 CompTIA is van mening dat de corrigerende maatregel van artikel 5 van de beschikking, voor zover deze Microsoft ertoe verplicht haar intellectuele eigendom te verstrekken aan elke onderneming die aanwezig is op de markt voor servers, het beschermingsniveau van de intellectuele eigendom voor de gehele bedrijfstak van de informatie- en communicatietechnologie verlaagt, rechtsonzekerheid veroorzaakt en onmiddellijk tot gevolg heeft dat het bedrag van de in de technologiebranche gemaakte investeringen vermindert en dus het algemene niveau van economische activiteit verlaagt.

163 CompTIA is bovendien van mening dat de ernstige en onherstelbare schade die deze maatregel zal toebrengen aan de gehele branche, alsook aan de leden van CompTIA, groter zal zijn dan de mogelijke negatieve gevolgen voor het algemeen belang en de belangen van derden, indien de specificaties niet onmiddellijk worden bekendgemaakt. In die context benadrukt CompTIA dat nooit haar aandacht is gevestigd op een compatibiliteitsprobleem op de markt voor servers, terwijl zij een belangrijkere rol speelt dan enige andere vereniging in de certificering van de kwalificaties van technische werknemers in de serverbranche.

2. De argumenten van de Commissie en de interveniënten aan haar zijde

164 Om te beginnen stelt de Commissie dat het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking in hoge mate berust op een inschatting van de weerslag die deze beschikking wordt geacht te hebben op de uitoefening van de „intellectuele-eigendomsrechten” van Microsoft,

en zij maakt dienaangaande enkele inleidende opmerkingen. In haar opmerkingen van 13 september 2004 verduidelijkt de Commissie dat haar betoog stand zou houden, zelfs indien Microsoft uitdrukkelijk zou hebben aangetoond dat de beschikking haar dwingt licenties voor haar intellectuele-eigendomsrechten te verlenen. FSF-Europe sluit zich aan bij het betoog van de Commissie.

a) Inleidende opmerkingen

¹⁶⁵ Allereerst merkt de Commissie op dat artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking Microsoft verplicht tot de levering van technische documentatie, „specificaties” genaamd, die de in artikel 1, lid 1, van de beschikking bedoelde „protocollen” gedetailleerd beschrijft. Het is evenwel van belang om onderscheid te maken tussen deze technische documentatie en de broncode van de producten van Microsoft. Een concurrent die een server operating system wil vervaardigen dat de protocollen van Microsoft begrijpt, zal zijn product immers moeten voorzien van broncode die het mogelijk maakt de specificaties ervan te implementeren. Twee programmeurs die dezelfde protocolspecificaties implementeren, zouden evenwel niet dezelfde broncode schrijven en de prestaties van hun programma's zouden verschillen (punten 24, 25, 698 en 719-722). Aldus beschouwd kunnen de protocollen worden vergeleken met een taal waarvan de zinsbouw en het vocabulaire de specificaties zijn, aangezien het enkele feit dat twee personen de zinsbouw en het vocabulaire van dezelfde taal leren, niet betekent dat zij die op dezelfde manier zullen gebruiken.

¹⁶⁶ Vervolgens beoordeelt de Commissie in het licht van het voorgaande de verschillende intellectuele-eigendomsrechten waarop Microsoft zich beroept.

1) Het auteursrecht

¹⁶⁷ Wat ten eerste het auteursrecht betreft, is de Commissie van mening dat de uiteenzetting van Microsoft onjuist, zo niet misleidend is. Microsoft doet het

immers ten onrechte voorkomen alsof het gebruik van de informatie inzake compatibiliteit om die compatibiliteit tot stand te brengen, gewoonlijk een inbreuk op het auteursrecht is. Eveneens ten onrechte betoogt Microsoft dat de door het auteursrecht geboden bescherming ook geldt voor de communicatieprotocollen en stelt zij met een beroep op een aan de „specificaties” verbonden auteursrecht dat het gebruik van de kennis die zij bevatten, een inbreuk op dat recht is.

- 168 Zonder uit te sluiten dat de specificaties als zodanig onder het auteursrecht zouden kunnen vallen, is de Commissie van mening dat dat niet betekent dat het gebruik van de informatie die dat document bevat, in de vorm van implementatie in een operating system, een inbreuk op het auteursrecht is, omdat volgens de beschikking de implementatie van een specificatie niet een kopie is maar leidt tot een duidelijk onderscheiden werk (punten 25, 570 e.v. en 719 e.v.).
- 169 In haar opmerkingen van 13 september 2004 stelt de Commissie in wezen dat de implementatie van communicatieprotocollen niet een door het auteursrecht verboden exploitatievorm is.
- 170 Van de vele opmerkingen die de Commissie heeft gemaakt over de opmerkingen van Microsoft van 19 augustus 2004, moeten de meer specifieke antwoorden op vijf categorieën argumenten genoemd worden.
- 171 Ten eerste merkt de Commissie op dat Microsoft zich in haar opmerkingen van 19 augustus 2004 voor het eerst heeft beroepen op een recht van „openbaarmaking” (punt 119 hierboven). De Commissie stelt vast dat artikel 6 bis van de Berner Conventie, dat de „morele rechten” van de rechthebbende opnoemt, dat recht niet noemt, zodat een belemmering van de uitoefening van dat vermeende recht niet in strijd kan zijn met „het normale gebruik van het computerprogramma”, zoals gedefinieerd in artikel 6, lid 3, van richtlijn 91/250, aangezien het in die bepaling heet dat zij „in overeenstemming met de bepalingen van de Berner Conventie” moet worden uitgelegd. Het recht van openbaarmaking is hoogstens een „moreel recht”, waarvoor geen licentie kan worden verleend. Overigens is het beroep op een recht

van openbaarmaking moeilijk te verenigen met het feit dat de producten van Microsoft op de markt zijn, dat personen deze zouden kunnen observeren, bestuderen of testen en onder bepaalde omstandigheden kunnen decompileren. Tot slot zijn de door Microsoft aangehaalde redenen om de bekendmaking van de betrokken informatie te weigeren uitsluitend van economische aard en hebben zij dus niets van doen met de bestaansreden van het betrokken recht.

- 172 Ten tweede betwist de Commissie dat de technische documentatie die zal moeten worden bekendgemaakt, kan worden beschouwd als een door richtlijn 91/250 beschermd „computerprogramma”, omdat het „voorbereidend ontwerp materiaal” voor een computerprogramma is (punt 118 hierboven). De betrokken informatie is immers niet vooraf samengesteld als interne hulp bij het creëren van de programma’s van Microsoft, maar daarna, met als enig doel slechts beperkte informatie aan haar concurrenten te bekend te maken.

- 173 Op de bewering van Microsoft op basis van artikel 4 van richtlijn 91/250, dat de implementatie van de betrokken protocollen „vrijwel zeker” een bewerking of een vertaling zou zijn van de specificaties waarvoor het auteursrecht van Microsoft geldt (punt 120 hierboven), antwoordt de Commissie dat verzoekster dienaangaande geen onderbouwing levert. Volgens haar leiden de tekst en de ontstaansgeschiedenis van richtlijn 91/250 tot de conclusie dat het schrijven van interfacesoftware op basis van interfacespecificaties gewoonlijk niet wordt gedekt door artikel 4 van die richtlijn. Artikel 6 van dezelfde richtlijn is immers gebaseerd op het uitgangspunt dat het gebruik van de informatie inzake compatibiliteit, die is verkregen door decompilatie — hetgeen is „vrijgesteld” — om „de informatie te verkrijgen die nodig is om de compatibiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma’s tot stand te brengen”, niet een handeling is die inbreuk maakt op het auteursrecht, mits deze informatie niet wordt gebruikt „voor de ontwikkeling, productie of het in de handel brengen van een qua uitdrukkingswijze in grote lijnen gelijk programma” aan het programma dat is gedecompileerd. Indien Microsoft

gelijk had, zou nooit een beroep kunnen worden gedaan op artikel 6 van richtlijn 91/250 om compatibele programma's te creëren, aangezien het creëren van deze producten een handeling zou zijn „waarmee inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt” en die derhalve verboden is door artikel 6, lid 2, sub c.

174 Ten derde weerlegt de Commissie de beperkte uitlegging door Prescott (bijlage T.3) van artikel 1, lid 2, van richtlijn 91/250, dat bepaalt dat „[d]e ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk [worden] beschermd”. Het argument van Prescott dat het geheel, of de structuur, van de betrokken „ideeën” auteursrechtelijk wordt beschermd wanneer zij een „wezenlijk onderdeel van het beschermde werk” vormen, is ondeugdelijk, omdat, ten eerste, het niet in overeenstemming met de artikelen 1, lid 2, en 6 van richtlijn 91/250 is, en ten tweede, de uitspraken van Britse rechters waarop Prescott zijn analyse baseert, in geen verband staan met het onderhavige geval.

175 Ten vierde, met betrekking tot het in punt 120 hierboven genoemde betoog van Microsoft, waarin allereerst wordt gesuggereerd dat de corrigerende maatregel zou leiden tot een bijzondere „verleiding” voor de concurrenten van Microsoft om implementaties te ontwikkelen die inbreuk maken op het auteursrecht, en vervolgens, dat de beschikking geen enkele garantie bevat tegen een dergelijke „verleiding”, stelt de Commissie dat de corrigerende maatregel niet verplicht tot openbaarmaking van de broncode en dat derhalve het verbod van artikel 6, lid 2, sub c, van richtlijn 91/250 tegen het gebruik van de door decompilatie verkregen informatie „voor de ontwikkeling, productie of het in de handel brengen van een qua uitdrukkingswijze in grote lijnen gelijk programma” niet van toepassing is.

176 Ten vijfde is de Commissie van mening dat Microsoft, anders dan zij stelt (punt 129 hierboven), niet de interfaces heeft bekendgemaakt die de computerprogramma's van derden nodig hebben om de functionaliteiten van het Windows server operating

system te gebruiken. De interfaces waarnaar Microsoft verwijst zijn „application programming interfaces” (hierna: „API’s”), die applicaties die worden uitgevoerd op een Windows server operating system, in staat stellen om gebruik te maken van de diensten van dat server operating system, terwijl de in het onderhavige geval in het geding zijnde interfaces die zijn, waarmee een Windows werkgroepserver zijn diensten verleent aan Windows werkgroepnetwerken (punt 210).

2) De octrooien

177 Over de octrooien merkt de Commissie allereerst op dat Microsoft gedurende de administratieve procedure slechts melding heeft gemaakt van één octrooiaanvraag, terwijl zij zich in de loop van de gerechtelijke procedure beroept op drie Europese octrooien en twee hangende Europese octrooiaanvragen. Voorts heeft Microsoft geen stukken overgelegd op grond waarvan zou kunnen worden vastgesteld of een licentie voor één of meer van deze octrooien onontbeerlijk zou zijn voor de implementatie van de betrokken protocollen.

178 In haar opmerkingen van 13 september 2004 stelt de Commissie vast dat Microsoft vóór de vaststelling van de beschikking slechts het bestaan van één octrooi heeft vermeld, op 20 januari 2004, terwijl de drie Europese octrooien, waarnaar in het document met de opinie van Knauer (bijlage T.5; punt 91 hierboven) wordt verwezen, voor het einde van 2001 zijn verleend en de twee Europese octrooiaanvragen volgens hetzelfde document voor het einde van 2002 zijn ingediend. Wat de inhoud van de opinie van Knauer betreft, merkt de Commissie op dat deze „zich heeft moeten baseren op de informatie die Microsoft heeft verstrekt over de protocollen die onder artikel 5 van de beschikking vallen”. Verder is niet vanzelfsprekend dat een concurrent van Microsoft die profiteert van de tenuitvoerlegging van de beschikking, inbreuk zou maken op sommige van de aanspraken in die octrooien. De geuite twijfels over de vraag of een ontwikkelaar van serversoftware, die de relevante protocollen gebruikt om te communiceren met Windows-clients, inbreuk zou maken op de betrokken aanspraken, worden volgens de Commissie bevestigd door de houding van Microsoft tegenover Samba, een

open-sourceproduct dat een aantal communicatieprotocollen van Microsoft implementeert, die de ontwikkelaars van de Samba-groep hebben geïdentificeerd door middel van reverse-engineeringstechnieken. In Samba lijkt immers de „opportunistic locking” van SMB reeds in januari 1998 (versie 1.9.18) en DFS reeds in april 2001 (versie 2.2.0) te zijn ingebouwd. Voorzover de Commissie weet heeft de Samba-groep nooit van Microsoft een licentie verkregen voor de betrokken octrooien en heeft Microsoft nooit beweerd dat die groep inbreuk maakt op die octrooien. Overigens zijn de drie betrokken octrooien alle voor het einde van 2001 verleend en lijken zij, gelet op de technische beschrijving die zij bevatten, betrekking te hebben op de generatie NT 4.0 van de producten van Microsoft, die voorafging aan Windows 2000.

179 Het verband tussen de octrooiaanspraken van Microsoft en de beschikking blijft dus onduidelijk.

180 De Commissie concludeert op dit punt dat Microsoft niet heeft bewezen dat in geval van tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking inbreuk zou worden gemaakt op welk van haar octrooien dan ook.

3) Bedrijfsgeheimen

181 Volgens de Commissie is de gelijkstelling door Microsoft van bedrijfsgeheimen met intellectuele-eigendomsrechten niet vanzelfsprekend. Zij verwijst dienaangaande naar de zaak Tetra Pak II [beschikking 92/163/EEG van de Commissie van 24 juli 1991 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.034 — Tetra Pak II), PB 1992, L 72, blz. 1], die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Tetra Pak/Commissie, aangehaald in punt 126 hierboven (punten 84 en 139).

- 182 Hoewel er een vermoeden van wettigheid kan zijn voor een weigering een licentie te verlenen voor een intellectueel eigendomsrecht dat bij wet tot stand is gebracht, zou de wettigheid onder het mededingingsrecht van een weigering tot onthulling van een geheim, waarvan het bestaan uitsluitend afhangt van een eenzijdige commerciële beslissing, afhankelijk moeten zijn van de feiten van het geval en inzonderheid van de belangen die in het spel zijn. In het onderhavige geval toont richtlijn 91/250 aan dat het belang van de bescherming van de inventieve inspanning die aan de basis van de software staat, de uitvinder niet het recht geeft te verhinderen dat gebruik wordt gemaakt van de informatie inzake compatibiliteit die aan die software verbonden is, om die compatibiliteit tot stand te brengen.
- 183 De Commissie erkent dat richtlijn 91/250 de uitvinder niet ertoe verplicht de betrokken informatie op eigen initiatief openbaar te maken. Toch is, uit het oogpunt van een mogelijk bedrijfsgeheim van Microsoft, de bekendmaking van informatie inzake compatibiliteit om deze compatibiliteit tot stand te brengen, niet vergelijkbaar met toestemming aan één van haar concurrenten om door middel van een licentie een werk te kopiëren dat is beschermd door de wetgeving inzake intellectuele-eigendomsrechten. Deze bewering wordt gestaafd door de technische relevantie van een dergelijke bekendmaking, de huidige praktijk in de softwarebranche en het gedrag van Microsoft zelf toen zij de markt betrad.
- 184 In haar opmerkingen van 13 september 2004 verzet de Commissie zich tegen de idee dat de protocollen belangrijke innovaties weerspiegelen, omdat Microsoft de juistheid van deze bewering noch in haar verzoekschrift, noch in haar daaropvolgende opmerkingen, noch in bijlage T.3 heeft aangetoond. Eveneens ongegrond is volgens de Commissie het argument dat de corrigerende maatregel tot gevolg zou hebben dat de betrokken innovatie aan de concurrenten van Microsoft zou worden „overgedragen”, aangezien, ten eerste, de bekendmaking van deze informatie geen overdracht van de kernwaarde van het Windows operating system zou betekenen en, ten tweede, artikel 82 EG het mogelijk maakt dat een onderneming met een economische machtspositie wordt gelast een licentie te verlenen voor een wezenlijk element van haar product, zoals wordt aangetoond door de zaken Magill en IMS Health, aangehaald in punt 99 hierboven.

185 FSF-Europe stelt in wezen dat de informatie die Microsoft op grond van de beschikking moet bekendmaken, slechts een geringe innovatieve waarde heeft en vele incompatibiliteiten bevat die opzettelijk zijn aangebracht in reeds bestaande opgeschreven protocollen. De aanpak van Microsoft bestaat erin dat reeds bestaande protocollen worden overgenomen en gewijzigd om de compatibiliteit te verhinderen of onmogelijk te maken. Zo heeft zij gehandeld ten aanzien van een aantal protocollen voor werkgroepservers, waar de Samba-groep om heeft verzocht om een compatibel product te creëren, namelijk de protocollen CIFS, DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), DCE/RCP IDL (Interface Definition Language), Kerberos 5 en LDAP (Active Directory).

b) De fumus boni juris

186 De Commissie verwierpt meteen de stellingen van Microsoft dat de onderhavige zaak uitsluitend haar betrekking met Sun Microsystems betreft en dat deze niet heeft gevraagd om de informatie die Microsoft ingevolge de beschikking bekend moet maken.

187 Vervolgens herinnert de Commissie eraan dat zij in haar inleidende opmerkingen heeft gesteld dat geen enkel auteursrecht waarvan Microsoft de rechthebbende is, zich zou verzetten tegen het gebruik van de informatie inzake compatibiliteit om deze compatibiliteit tot stand te brengen (punten 167 en 168 hierboven). Zij levert niettemin commentaar op de vier criteria die zijn neergelegd in de rechtspraak inzake verplichte licenties, waarbij zij omwille van de discussie ervan uitgaat dat zekere vragen met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten aan de orde zijn, en dat geen enkel ander criterium relevant is voor de vaststelling dat er bijzondere omstandigheden zijn, hoewel deze tweede veronderstelling volgens de Commissie wordt tegengesproken door de formulering van het arrest IMS Health, aangehaald in punt 99 hierboven (punt 38).

- 188 Wat in de eerste plaats de onontbeerlijkheid betreft van de informatie die beweerdelijk wordt gedekt door intellectuele-eigendomsrechten, heeft de Commissie de beweringen van Microsoft dat er „vele andere manieren zijn om de compatibiliteit zeker te stellen” in de beschikking reeds weerlegd (punten 666-687).
- 189 In de tweede plaats verwerpt de Commissie de bewering van Microsoft dat zij de introductie van nieuwe producten, waarnaar van de zijde van de consumenten een onbeantwoorde vraag bestond, niet heeft belet.
- 190 Uit punt 49 van het arrest IMS Health volgt immers dat een „nieuw product” een product is dat zich niet „in wezen” beperkt tot het nabootsen van producten die de rechthebbende van het auteursrecht reeds op de markt aanbiedt. Het volstaat derhalve dat het betrokken product wezenlijke elementen bevat die het gevolg zijn van de inbreng van de licentiehoudster. Het is dus niet uitgesloten dat de producten van de rechthebbende van het auteursrecht en de toekomstige producten van de licentiehoudster elkaar zullen beconcurreren, zoals is bewezen door de feiten in de zaken die door de gemeenschapsrechter zijn beslist (arrest Gerecht van 10 juli 1991, RTE/Commissie, T-69/89, Jurispr. blz. II-485, punt 73; arrest Magill, punt 53, en arrest IMS Health, aangehaald in punt 99 hierboven). Bovendien houdt het criterium van het „nieuwe product” niet de verplichting in om feitelijk aan te tonen dat het product van de licentiehoudster afnemers zou aantrekken die de door de bestaande leverancier aangeboden producten niet zouden aanschaffen. Elke andere uitlegging zou de rechtspraak grotendeels ontdoen van haar betekenis, aangezien de houders van intellectuele-eigendomsrechten gewoonlijk uitstekende redenen hebben om licenties te verlenen aan ondernemers die voornemens zijn goederen te vervaardigen die niet concurreren met hun eigen goederen. Dit soort situatie geeft dus gewoonlijk geen aanleiding tot een weigering om te leveren. In het arrest IMS Health concentreerde het Hof zijn onderzoek overigens op de productdifferentiatie die de keuze van consumenten zou kunnen beïnvloeden of, met andere woorden, de vraag of er een „potentiële vraag” naar het nieuwe product is. De precieze gevolgen van deze differentiatie voor de gemaakte keuzes en, op de lange termijn, voor de introductie van producten die nieuwe categorieën afnemers aantrekken, zullen worden bepaald door de markt.

- 191 In het onderhavige geval zou de implementatie van de protocollen zeer verschillende vormen kunnen aannemen (punten 24, 25 en 698), hetgeen voldoende mogelijkheden biedt voor productdifferentiatie, en er bestaan aanzienlijke mogelijkheden tot productdifferentiatie die de mededinging zouden kunnen bevorderen, maar die thans worden geneutraliseerd door het gedrag van Microsoft.
- 192 In de derde plaats stelt de Commissie met betrekking tot de vraag van de uitsluiting van de mededinging op een afgeleide markt, dat zij de ontwikkeling van de betrokken markt en het belang van de compatibiliteit voor die ontwikkeling in de beschikking uitvoerig heeft onderzocht (punten 590-692), met name de beweerde „gestage groei van Linux” (punten 598-610). In haar verzoek in kort geding voert Microsoft niet aan dat er in dat opzicht fouten zijn gemaakt. Microsoft veronderstelt ten onrechte dat wanneer de mededinging geleidelijk wordt uitgesloten, een bevel tot staking van de inbreuk op grond van artikel 82 EG uitsluitend zou kunnen worden uitgevaardigd op het moment dat het geen enkele zin meer heeft, omdat de markt onherroepelijk in een monopolie zou zijn veranderd, terwijl het in werkelijkheid volstaat dat de weigering de licentie te verlenen van dien aard is dat zij elke mededinging uitsluit (arresten Bronner, aangehaald in punt 99 hierboven, punt 40, en IMS Health, aangehaald in punt 99 hierboven, punten 37 en 38).
- 193 In de vierde plaats geeft Microsoft geen enkele specifieke objectieve rechtvaardiging voor haar gedrag, behalve een algemeen beroep op „haar intellectuele-eigendoms-rechten”, hetgeen in de beschikking reeds is weerlegd (punten 709-763).
- 194 De beschikking toont derhalve aan, en Microsoft heeft dit niet serieus bestreden, dat haar gedrag voldoet aan de in de rechtspraak genoemde voorwaarden.
- 195 Tot slot verwijst de Commissie, wat de onverenigbaarheid van de beschikking met de TRIPs-overeenkomst betreft, naar de vaststellingen in punten 1052 en 1053 van de beschikking.

c) De spoedeisendheid

- ¹⁹⁶ Volgens de Commissie heeft Microsoft niet aangetoond dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden indien de tenuitvoerlegging van de beschikking niet wordt opgeschort. De interveniënten SIIA en FSF-Europe delen de zienswijze van de Commissie.

d) De afweging van belangen

- ¹⁹⁷ Volgens de Commissie slaat bij de belangenafweging de balans door ten gunste van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking en zij concludeert derhalve tot verwerping van het verzoek. De interveniënten SIIA en FSF-Europe delen de zienswijze van de Commissie.

B — Beoordeling door de kortgedingrechter

1. De fumus boni juris

- ¹⁹⁸ Ten betoge dat haar verzoek aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt, stelt Microsoft in wezen, ten eerste, dat de voorwaarden waaronder een weigering tot levering van door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie een door artikel 82 EG verboden misbruik van een economische machtspositie is, in het onderhavige geval niet zijn vervuld; ten tweede, dat Sun Microsystems niet heeft gevraagd om de informatie die de beschikking Microsoft opdraagt te leveren en dat haar verzoek niet betrekking heeft op de ontwikkeling van software in de EER, en ten derde, dat de Commissie de uit hoofde van de TRIPs-overeenkomst op de Gemeenschap rustende verplichtingen heeft miskend.

- 199 Gelet op het betoog dat Microsoft in het kader van het kort geding heeft gevoerd, kunnen het tweede en het derde argument niet worden geacht voldoende ernstig te zijn om haar verzoek aanvankelijk gerechtvaardigd te doen voorkomen.
- 200 De argumenten met betrekking tot het verzoek van Sun Microsystems zijn in de beschikking immers gedetailleerd weerlegd (punten 199-207, 564 en 565), zonder dat Microsoft voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de Commissie enige vergissing heeft begaan wat de omvang van het verzoek van Sun Microsystems betreft. Het argument dat het verzoek van Sun Microsystems niet betrekking heeft op de ontwikkeling van software „in de EER” kan evenmin slagen, aangezien het verzoek van Sun Microsystems in algemene bewoordingen was gesteld en de EER noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van de wereldwijde relevante markt, zoals duidelijk blijkt uit de punten 185 e.v. en 427 van de beschikking.
- 201 Wat het middel inzake miskenning van de TRIPs-overeenkomst betreft, is dat niet voldoende uitgewerkt om de kortgedingrechter in staat te stellen daarover een nuttige uitspraak te doen. Microsoft heeft zich in haar verzoek in kort geding immers beperkt tot de stelling dat „de Commissie, door Microsoft een verplichte licentie op te leggen, niet naar behoren rekening heeft gehouden met de verplichtingen die uit hoofde van de [TRIPs-overeenkomst] op de Europese Gemeenschappen rusten”. Bovendien is vastgesteld dat de verwijzing naar het betoog in bijlage T.9 niet met de toepasselijke vormvoorschriften in overeenstemming is (zie punt 88 hierboven).
- 202 Het onderzoek van de kortgedingrechter zal dus uitsluitend betrekking hebben op het middel dat is gebaseerd op een inbreuk op artikel 82 EG, met dien verstande dat Microsoft in het kader van het onderhavige verzoek niet bestrijdt dat zij een economische machtspositie heeft op de markt voor client PC operating systems en op die voor werkgroepserver operating systems. Zij betwist dus enkel de bewering dat de weigering om informatie inzake compatibiliteit bekend te maken en het gebruik ervan aan concurrerende ondernemingen toe te staan, misbruik oplevert.

203 Vooraf zij eraan herinnerd dat de punten 546 tot en met 791 van de beschikking zijn gewijd aan de beoordeling of de weigering om de informatie inzake compatibiliteit te leveren, misbruik oplevert. De Commissie geeft daar aan dat zij alle elementen die eigen zijn aan elk geval, moet onderzoeken voordat zij kan concluderen dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die kenmerkend zijn voor een onrechtmatige weigering (punten 546-559). In het onderhavige geval was de Commissie van oordeel dat de uitzonderlijke omstandigheden bestonden in het feit dat de weigering de informatie inzake compatibiliteit te verstrekken tegen Sun Microsystems was gericht, in een algemene gedragslijn paste en een vermindering in de verspreiding van informatie meebracht (punten 560-584), dat het de mededinging zou kunnen uitsluiten (punten 585-692), en dat het ten nadele van de consumenten een negatief effect heeft op de technische ontwikkeling (punten 693-708). In het licht van deze „uitzonderlijke omstandigheden” was de Commissie van oordeel dat de door Microsoft naar voren gebrachte argumenten niet volstonden als objectieve rechtvaardiging voor de weigering om de informatie inzake compatibiliteit bekend te maken, of het nu ging om de bereidheid van Microsoft om te innoveren (punten 709-763) of het ontbreken van een belang voor haar bij de beperking van de mededinging (punten 764-778).

204 In het onderhavige geval moet worden aangenomen dat is voldaan aan de voorwaarde dat het verzoek aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt, gelet op de principiële vragen die door de onderhavige zaak worden opgeworpen en op het feit dat bepaalde middelen en argumenten een diepgaand onderzoek vereisen. In wezen gaat het om de vraag, of de omstandigheden die de Commissie in aanmerking heeft genomen, feitelijk juist zijn en in rechte de conclusie kunnen rechtvaardigen dat er uitzonderlijke omstandigheden zijn die grond opleveren om de bekendmaking te gelasten van waardevolle, door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie.

205 De principiële vragen hebben betrekking op de voorwaarden waaronder de Commissie op goede gronden tot de conclusie kan komen dat een weigering om informatie bekend te maken een door artikel 82 EG verboden misbruik van een economische machtspositie is.

206 Ten eerste roept deze zaak de vraag op, of de door het Hof in het arrest IMS Health, aangehaald in punt 99 hierboven, gestelde voorwaarden noodzakelijk of slechts toereikend zijn. De Commissie stelt in de beschikking immers dat het bestaan van

uitzonderlijke omstandigheden van geval tot geval moet worden beoordeeld en dat zonder een diepgaand onderzoek van elk geval dus niet kan worden uitgesloten dat een weigering misbruik zou kunnen opleveren, zelfs indien de tot dan toe door de gemeenschapsrechter genoemde voorwaarden niet zijn vervuld. Omgekeerd stelt Microsoft in haar verzoek dat uitsluitend kan worden vastgesteld dat een weigering tot levering misbruik oplevert, indien de door de gemeenschapsrechter gestelde voorwaarden zijn vervuld. Deze kwestie kan natuurlijk niet worden opgelost in het stadium van het kort geding. Toch moet worden opgemerkt dat het Hof in punt 38 van het arrest IMS Health voor recht heeft verklaard: „Opdat de weigering van een onderneming die houder is van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of een dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het [...] dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit”.

207 Ten tweede roept deze zaak de vraag op, of rekening moet worden gehouden met de aard van de beschermde informatie, wanneer de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht in het geding is. Microsoft stelt immers dat de beschikking haar dwingt aan concurrenten een technologie te verstrekken die geheim en waardevol is en die derhalve wezenlijk verschilt van de informatie die in de zaken Magill en IMS Health in het geding was. Zo zijn de voorwaarden, die moeten zijn vervuld om te oordelen dat een weigering om informatie bekend te maken misbruik van een economische machtspositie is, des te strenger wanneer de informatie van grotere waarde is. De Commissie is van haar kant van mening dat de gemeenschapsrechter de „waarde” van een intellectueel eigendomsrecht nooit in aanmerking heeft genomen. Dienaangaande stelt de kortgedingrechter vast dat de tot dusver geheime specificaties van communicatieprotocollen, die Microsoft op grond van de beschikking moet opstellen en bekendmaken, wezenlijk verschillen van de inlichtingen die in de zaken Magill en IMS Health in het geding waren. In die zaken was de betrokken informatie binnen de branche algemeen bekend: de televisieprogramma-schema's werden elke week gratis aan kranten verzonden en de kaart van Duitsland was in feite de norm in de branche voor de presentatie van verkoopcijfers. De vraag of, en zo ja, in welke mate onderscheid moet worden gemaakt naargelang de informatie bekend of geheim is, kan in dit stadium evenwel des te minder worden opgelost, omdat meer in het algemeen rekening moet worden gehouden met parameters zoals de waarde van de onderliggende investering, de waarde van de betrokken informatie voor de organisatie van de dominante onderneming en de waarde die in geval van bekendmaking aan concurrenten wordt overgedragen.

- 208 Deze zaak roept tevens de vraag op, of in het onderhavige geval de door het Hof in het arrest IMS Health geformuleerde voorwaarden zijn vervuld. De Commissie betwist niet de relevantie van dit arrest, dat in wezen een consolidatie is van het tot dusverre door de gemeenschapsrechter ingenomen standpunt met betrekking tot de voorwaarden waaronder de weigering een licentie voor intellectuele-eigendomsrechten te verlenen misbruik oplevert.
- 209 Het geschil tussen partijen heeft betrekking op de onontbeerlijkheid van de in het geding zijnde informatie, de belemmering van de introductie van een nieuw product waar vraag naar bestaat waaraan niet wordt voldaan, het gevaar van uitsluiting van de mededinging op de afgeleide markt en de vraag of de weigering objectief gerechtvaardigd is. Hoewel het aan de rechter ten gronde staat om de geschillen met betrekking tot elk van deze voorwaarden te beslechten, acht de kortgedingrechter het niettemin noodzakelijk om de bronnen van het geschil tussen partijen, dat hij voldoende ernstig acht om aanvankelijk gerechtvaardigd voor te komen, te identificeren. Wat dat betreft, zal het accent worden gelegd op twee specifieke aspecten.
- 210 Wat in de eerste plaats de onontbeerlijkheid van de informatie inzake compatibiliteit betreft, moet worden opgemerkt dat deze vraag is behandeld in de punten 666 tot en met 687 van de beschikking.
- 211 Dienaangaande verwijst Microsoft naar verschillende methodes die het mogelijk maken om toereikende compatibiliteit tussen de operating systems van verschillende leveranciers te verzekeren.
- 212 Dat argument benadrukt het meningsverschil tussen partijen, wat het vereiste compatibiliteitsniveau betreft. Zoals is uiteengezet in de punten 743 tot en met 763 van de beschikking, is de informatie die op grond van de corrigerende maatregel moet worden geleverd, immers de „informatie die nodig is om de compatibiliteit tot stand te brengen” in de zin van artikel 6 van richtlijn 91/250 met betrekking tot decompilatie. Microsoft is van mening dat decompilatie, waarin artikel 6 van

richtlijn 91/250 voorziet, enkel is toegestaan wanneer de interfaces onmisbaar zijn ter verzekering van de functionaliteit van een onafhankelijk gecreëerd computer-programma, en dat in het onderhavige geval de specificaties van haar communicatieprotocollen niet noodzakelijk zijn ter verzekering van de functionaliteit van een onafhankelijk gecreëerd werkgroepserver operating system. Zij trekt hieruit de conclusie dat de informatie die zij weigert te verstrekken, niet kan worden beschouwd als informatie inzake compatibiliteit.

213 In de considerans van richtlijn 91/250 wordt compatibiliteit gedefinieerd als „het vermogen om informatie uit te wisselen en om deze uitgewisselde informatie onderling te gebruiken”. In de zevenentwintigste overweging van de considerans benadrukt de richtlijn dat haar bepalingen niet afdoen aan de toepassing van de mededingingsregels krachtens artikel 82 EG „ingeval een dominante leverancier weigert de informatie beschikbaar te stellen welke noodzakelijk is voor de compatibiliteit, zoals gedefinieerd in deze richtlijn”. De vraag, of in het onderhavige geval de van Microsoft gevraagde informatie werkelijk noodzakelijk is voor de compatibiliteit, zoals gedefinieerd in richtlijn 91/250, vereist evenwel een diepgaand onderzoek van de feiten in het licht van de toepasselijke wetgeving, dat enkel de rechter ten gronde kan uitvoeren.

214 Wat in de tweede plaats de objectieve rechtvaardiging van de weigering betreft, is Microsoft van mening dat zij zich mocht beroepen op haar intellectuele-eigendomsrechten en mocht weigeren licenties voor haar technologie te verlenen aan leveranciers van concurrerende server operating systems. Als antwoord op een schriftelijke vraag van de kortgedingrechter heeft Microsoft tevens gesteld dat de door Sun Microsystems gevraagde inlichtingen betrekking hadden op een technologie die in ontwikkeling was.

215 Om de strekking van het betoog van Microsoft te begrijpen heeft de kortgedingrechter haar ter terechtzitting vragen gesteld. Daaruit is naar voren gekomen dat volgens Microsoft niet kan worden uitgesloten dat de weigering objectief kan worden gerechtvaardigd door de intellectuele-eigendomsrechten die Microsoft heeft

op de door Sun Microsystems verlangde informatie of, met andere woorden, dat de rechtvaardiging van de weigering bestaat in de noodzaak om informatie niet bekend te maken, omdat zij wettelijk beschermd en waardevol is.

- 216 Dit betoog kan aldus worden opgevat dat Microsoft het recht had te weigeren wettelijk beschermde informatie bekend te maken, of er nu uitzonderlijke omstandigheden waren of niet.
- 217 Zo betekent het betoog van Microsoft enerzijds dat de uitoefening van de voorrechten van een houder van intellectuele-eigendomsrechten, bij gebreke van naar behoren aangetoonde uitzonderlijke omstandigheden, geen misbruik in de zin van artikel 82 EG tot gevolg kan hebben. Aangezien dit betoog nauw verbonden is met de vraag, of de Commissie heeft aangetoond dat er in het onderhavige geval „uitzonderlijke omstandigheden” zijn, kan het niet afzonderlijk worden onderzocht (zie punt 206 hierboven).
- 218 Anderzijds betekent het betoog van Microsoft tevens dat haar weigering om de betrokken informatie te verstrekken was gerechtvaardigd door de noodzaak om zeer waardevolle informatie, die is gedekt door intellectuele-eigendomsrechten, te beschermen, zelfs indien de Commissie uitzonderlijke omstandigheden zou hebben aangetoond.
- 219 Dat argument, dat blijkens punt 709 van de beschikking tijdens de administratieve procedure door Microsoft naar voren is gebracht, is in de beschikking weerlegd door de Commissie (punten 710-712), die dienaangaande concludeerde dat in het licht van de geïdentificeerde uitzonderlijke omstandigheden „de weigering van Microsoft niet haar objectieve rechtvaardiging kan vinden in het eenvoudige feit dat het een weigering is om een licentie te verlenen voor intellectuele eigendom” (punt 712). De Commissie heeft vervolgens de andere argumenten van Microsoft onderzocht, die deze naar voren heeft gebracht om aan te tonen dat de weigering om de betrokken

informatie bekend te maken kon worden gerechtvaardigd door de noodzaak om haar bereidheid tot innoveren te beschermen. De Commissie is tot de conclusie gekomen dat dat niet mogelijk is, nadat zij de argumenten van Microsoft met betrekking tot de vrees voor het „klonen” van haar producten had weerlegd (punten 713-729), had uiteengezet dat de bekendmaking van informatie inzake compatibiliteit een wijd verbreide praktijk in de betrokken branche is (punten 730-735), en erop had gewezen dat de door IBM in 1984 aan de Commissie gedane toezegging niet wezenlijk verschilde van hetgeen Microsoft in de beschikking wordt gelast (punten 736-742) en dat haar aanpak in overeenstemming met richtlijn 91/250 is.

220 Toch kan het betoog van Microsoft, dat aldus wordt opgevat dat zij de wettigheid van de beoordeling van de Commissie met betrekking tot het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging voor de weigering betwist, gelet op de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval niet voorshands als ongegrond worden verworpen.

221 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de intellectuele-eigendomsrechten waarop Microsoft zich beroept, niet door een nationale rechter zijn bekrachtigd en dat de huidige situatie zich derhalve onderscheidt van die in de reeds aangehaalde zaken Magill en IMS Health. De Commissie heeft het bestaan van intellectuele-eigendomsrechten evenwel niet uitgesloten en zij heeft daarmee in ieder geval rekening gehouden bij haar onderzoek of de betrokken weigering gerechtvaardigd was.

222 De centrale vraag is dus, of de Commissie op goede gronden tot de conclusie is kunnen komen dat de noodzaak om de gestelde waarde van de beweerdelijk door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie te beschermen, niet volstond om de weigering om deze informatie te verstrekken objectief gerechtvaardigd te achten.

- 223 De aanpak van de Commissie bestond in het beoordelen of de door Microsoft naar voren gebrachte punten, ondanks de geïdentificeerde uitzonderlijke omstandigheden, zich verzetten tegen de vaststelling van een corrigerende maatregel. Dat blijkt in het bijzonder uit punt 783 van de beschikking, die luidt:

„De belangrijkste objectieve rechtvaardiging die Microsoft naar voren heeft gebracht, heeft betrekking op haar intellectuele-eigendomsrechten op Windows. Een diepgaand onderzoek van de reikwijdte van de in het geding zijnde bekendmaking leidt evenwel tot de conclusie dat per saldo de negatieve gevolgen voor de bereidheid van Microsoft tot innoveren worden gecompenseerd door de positieve gevolgen voor de innovatie in de gehele branche (Microsoft inbegrepen). De noodzaak om de bereidheid van Microsoft tot innoveren te beschermen kan dus niet een objectieve rechtvaardiging zijn die opweegt tegen de geïdentificeerde uitzonderlijke omstandigheden [...]”

- 224 Het staat evenwel aan de rechter ten gronde om na te gaan, of een kennelijke fout is begaan bij de beoordeling van de betrokken belangen, met name met betrekking tot de bescherming van de aangevoerde intellectuele-eigendomsrechten en de vereisten van de vrije mededinging die in het EG-Verdrag zijn neergelegd.
- 225 Dienovereenkomstig is de kortgedingrechter van oordeel dat de argumenten, die Microsoft naar voren heeft gebracht met betrekking tot de vragen die in de onderhavige zaak zijn opgeworpen, in het kader van het kort geding niet kunnen worden geacht op het eerste gezicht ongegrond te zijn, zodat is voldaan aan de voorwaarde dat het verzoek aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt.

2. De spoedeisendheid

- 226 Om te beoordelen of de opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking spoedeisend is, is het noodzakelijk om enkele voorafgaande opmerkingen te maken.

a) Voorafgaande opmerkingen

227 De voorafgaande opmerkingen hebben betrekking op, ten eerste, de inhoud van de corrigerende maatregel en, ten tweede, de omvang van de gestelde schade.

228 Wat de inhoud van de corrigerende maatregel betreft, zij eraan herinnerd dat Microsoft in de woorden van artikel 5, sub a, van de beschikking „aan elke onderneming die werkgroepserver operating systems wenst te ontwikkelen en te distribueren” de „informatie inzake compatibiliteit” moet verstrekken en onder „redelijke en niet-discriminatoire voorwaarden” deze ondernemingen toestemming moet geven het te gebruiken „om werkgroepserver operating systems te ontwikkelen en te distribueren”. Aldus geformuleerd beoogt de corrigerende maatregel Microsoft te verplichten tot bekendmaking van wat zij volgens de Commissie ten onrechte niet heeft willen bekendmaken (zie tevens artikel 2, sub a, en punt 998 van de beschikking).

229 Zoals blijkt uit punten 999 en 1004 van de beschikking, verplicht de betrokken corrigerende maatregel Microsoft bovendien niet tot bekendmaking van broncodes, hetgeen Microsoft in het kader van het onderhavige kort geding niet bestrijdt.

230 In de woorden van artikel 1, lid 1, van de beschikking is de informatie die Microsoft wordt verplicht bekend te maken „de volledige en nauwkeurige specificaties van alle protocollen die in de Windows werkgroepserver operating systems zijn geïmplementeerd en die worden gebruikt door de Windows werkgroepservers voor de levering aan Windows werkgroepnetwerken van bestanddelings- en afdrukdiensten, diensten van beheer van gebruikers en gebruikersgroepen, inclusief Windows domeincontrolediensten, de Active Directory-dienst en de Group Policy-dienst”. In punt 999 van de beschikking wordt verduidelijkt: „Dit omvat zowel rechtstreekse

interconnectie en interactie tussen een Windows werkgroepserver en een Windows client PC, als interconnectie en interactie tussen een Windows werkgroepserver en een Windows client PC die indirect en via een andere Windows werkgroepserver plaatsvindt”.

- 231 Het door de Commissie nagestreefde doel is volgens de beschikking „te verzekeren dat de concurrenten van Microsoft producten kunnen ontwikkelen die interopereren met de Windows domeinarchitectuur, die oorspronkelijk is geïntegreerd in het dominante Windows client PC operating system, en die dus op doeltreffende wijze kunnen concurreren met het werkgroepserver operating system van Microsoft” (punt 1003; zie tevens punten 181-184).
- 232 Tot slot zijn partijen het eens dat de toestemming om de specificaties te gebruiken, waarin artikel 5, sub a, van de beschikking voorziet, inhoudt dat de specificaties, die in detail beschrijven wat van een softwareproduct wordt verwacht, door concurrenten van Microsoft kunnen worden geïmplementeerd. Partijen zijn het daarentegen niet eens over de tijd die nodig is om de specificaties te implementeren, dat wil zeggen om ze in code om te zetten.
- 233 Wat de omvang van de gestelde schade betreft, zij eraan herinnerd dat de beschikking Microsoft verplicht tot bekendmaking van de specificaties van de client-to-server en server-to-server protocollen.
- 234 In haar verzoek in kort geding heeft Microsoft het verschil tussen de beschikking en het Amerikaanse akkoord benadrukt en aangegeven dat het Amerikaanse akkoord een licentiehouders enkel toestond de client-to-server communicatieprotocollen van Microsoft te gebruiken om de compatibiliteit met Windows client PC operating systems zeker te stellen, terwijl de beschikking haar verplicht voor deze protocollen licenties te verlenen voor het gebruik ervan in werkgroepserver operating systems

die bestand- en printdiensten en diensten van beheer van gebruikers en groepen leveren aan alle Windows client PC of server operating systems. Het verschil tussen het Amerikaanse akkoord en de beschikking heeft de Commissie beschreven in de punten 688 tot en met 691.

- 235 Als antwoord op een schriftelijke vraag van de kortgedingrechter heeft Microsoft uitgelegd dat het Amerikaanse akkoord en de beschikking, wat de client-to-server protocollen betreft, vergelijkbaar zijn in die zin dat beide Microsoft dwingen tot de ontwikkeling van specificaties die bepaalde van haar protocollen beschrijven, tot levering van deze specificaties aan concurrenten en tot het toestaan dat de concurrenten de specificaties gebruiken voor de implementatie in hun producten van protocollen die Microsoft heeft gecreëerd om te worden gebruikt in haar Windows operating systems.
- 236 Tijdens de hoorzitting heeft Microsoft gesteld dat het Amerikaanse licentieprogramma zal duren tot november 2009 en dat de verleende licenties wereldwijd geldig zijn. Zij heeft daaruit de conclusie getrokken dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de client-to-server protocollen niet noodzakelijk is, aangezien het Amerikaanse akkoord het tot de datum van de uitspraak ten gronde door het Gerecht mogelijk maakt om hetzelfde resultaat te bereiken.
- 237 Dienaangaande herinnert de kortgedingrechter eraan dat een beschikking onmiddellijk uitvoerbaar is en dat opschorting van de tenuitvoerlegging ervan enkel kan worden bevolen onder de voorwaarden die zijn voorgeschreven bij het EG-Verdrag, het Statuut van het Hof van Justitie, en het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. De vraag of een beschikking onmiddellijk ten uitvoer kan worden gelegd is dus op geen enkele wijze afhankelijk van de vraag, of haar tenuitvoerlegging noodzakelijk is.
- 238 Toch zal met voorgaande elementen rekening worden gehouden bij de beoordeling van de spoedeisendheid van een bevel tot opschorting van de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de client-to-server protocollen.

239 Dit betoog van Microsoft tijdens de hoorzitting maakt het noodzakelijk om de voorwaarde van spoedeisendheid apart te onderzoeken al naargelang de beschikking Microsoft verplicht tot bekendmaking van de specificaties van de server-to-server communicatieprotocollen dan wel van de specificaties van de client-to-server communicatieprotocollen.

b) De ernstige en onherstelbare schade veroorzaakt door de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de server-to-server protocollen

240 Volgens vaste rechtspraak geldt bij de beoordeling van de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding als maatstaf, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt (beschikking van de president van het Hof van 6 februari 1986, Deufil/Commissie, 310/85 R, Jurispr. blz. 537, punt 15; beschikking van de president van het Gerecht van 30 juni 1999, Prizer Animal Health/Raad, T-13/99 R, Jurispr. blz. II-1961, punt 134). Die partij moet het bewijs leveren dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (beschikking van de president van het Hof van 8 mei 1991, België/Commissie, C-356/90 R, Jurispr. blz. I-2423, punt 23; beschikkingen van de president van het Gerecht van 30 april 1999, Emesa Sugar/Commissie, T-44/98 R II, Jurispr. blz. II-1427, punt 128, en 15 november 2001, Duales System Deutschland/Commissie, T-151/01 R, Jurispr. blz. II-3295, punt 187).

241 De gestelde schade dient zeker te zijn, of ten minste voldoende waarschijnlijk, met dien verstande dat de verzoeker gehouden blijft de feiten te bewijzen waarop hij zijn verwachting van die schade baseert [beschikking van het Hof van 29 juni 1993, Duitsland/Raad, C-280/93 R, Jurispr. blz. I-3667, en beschikking van de president van het Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67].

242 In het onderhavige geval stelt Microsoft dat de tenuitvoerlegging van de beschikking haar intellectuele-eigendomsrechten, haar commerciële vrijheid en haar vermogen om haar producten te ontwikkelen zou aantasten. Zij stelt tevens dat de tenuitvoerlegging van de beschikking de marktomstandigheden onomkeerbaar zal wijzigen.

243 Elk van deze drie onderdelen van de schade zal afzonderlijk worden onderzocht.

1) De gestelde aantasting van intellectuele-eigendomsrechten

244 Microsoft stelt dat de tenuitvoerlegging van de beschikking haar zal dwingen haar concurrenten licenties te verlenen voor zeer waardevolle informatie die door intellectuele-eigendomsrechten is beschermd.

245 Derhalve moet worden onderzocht, of Microsoft concreet heeft aangetoond in welke zin de gevolgen van de beschikking ernstig en onherstelbaar zijn. Daartoe moet de vraag, of de bekendmaking van informatie inzake compatibiliteit op zichzelf ernstige en onherstelbare schade voor Microsoft oplevert, worden gescheiden van de vraag, of het gebruik van die informatie door haar concurrenten ernstige en onherstelbare gevolgen zal meebrengen.

i) De bekendmaking van informatie inzake compatibiliteit

246 De informatie die Microsoft bekend moet maken, is beweerdelijk beschermd door intellectuele-eigendomsrechten en van grote waarde. Gelet op het betoog van

Microsoft moet achtereenvolgend worden beoordeeld of, ten eerste, de inbreuk op de exclusieve rechten van de houder van een intellectueel eigendomsrecht en, ten tweede, de verplichting tot bekendmaking van informatie ernstige en onherstelbare schade opleveren.

- 247 In de eerste plaats stelt Microsoft dat de beschikking, door haar te verplichten haar concurrenten licenties te verlenen, haar intellectuele-eigendomsrechten op de informatie die moet worden bekendgemaakt, schendt.
- 248 Zonder dat het in de onderhavige zaak noodzakelijk is om een standpunt in te nemen over het bestaan van intellectuele-eigendomsrechten, of dus over de vraag, of de tenuitvoerlegging van de beschikking Microsoft in feite zou dwingen licenties voor haar auteursrecht of haar octrooien te verlenen, is het duidelijk dat ingeval dergelijke rechten in het geding zijn, het feit dat een onderneming wordt verplicht licenties voor haar intellectuele-eigendomsrechten te verlenen, op zichzelf een wezenlijke inbreuk zal zijn op de exclusiviteitsaanspraken die daaruit voor die onderneming voortvloeien.
- 249 Toch is die inbreuk het noodzakelijke gevolg van de rechtspraak die is voortgekomen uit het arrest IMS Health, aangehaald in punt 99, aangezien het onderzoek waartoe de gemeenschapsrechter overgaat, juist bestaat in het afwegen van de door een intellectueel eigendomsrecht aan zijn houder geboden bescherming enerzijds, en de in het EG-Verdrag neergelegde vereisten van de vrije mededinging anderzijds. Wanneer de Commissie, geconfronteerd met uitzonderlijke omstandigheden, van oordeel is dat de vereisten van de vrije mededinging verlangen dat een onderneming met een economische machtspositie wordt gelast een licentie voor haar intellectuele-eigendomsrechten te verlenen, heeft dat dus noodzakelijkerwijs een inbreuk op de aanspraken van de houder van die rechten tot gevolg. Gesteld dat de specificaties van de communicatieprotocollen, eenmaal opgesteld, beschermd zijn door auteursrecht, is in het onderhavige geval het feit zelf dat Microsoft wordt gelast haar specificaties ter beschikking van concurrerende ondernemingen te stellen, een inbreuk op de exclusieve rechten die aan de auteur toekomen. Gesteld dat bepaalde protocollen zijn beschermd door octrooien en dat hun gebruik onontbeerlijk blijkt

voor de in artikel 5 van de beschikking bedoelde ondernemingen, is het enkele feit dat Microsoft haar octrooien niet kan exploiteren zoals zij wil, eveneens een inbreuk op de rechten die aan de uitvinder toekomen.

- 250 Niettemin zou de opvatting dat een inbreuk op de exclusiviteitsaanspraken van de houder van een recht op zichzelf en onafhankelijk van de bijzondere omstandigheden van elk geval ernstige en onherstelbare schade oplevert, betekenen dat de voorwaarde van spoedeisendheid altijd is vervuld wanneer de maatregel waarvan om opschorting wordt verzocht, van dezelfde aard is als die in het arrest IMS Health.
- 251 Onder dergelijke omstandigheden is het dus noodzakelijk te onderzoeken of het feit dat de intellectuele-eigendomsrechten zullen zijn aangetast totdat uitspraak ten gronde is gedaan, gelet op de feiten van het geval, ernstige en onherstelbare schade kan veroorzaken die de loutere inbreuk op de exclusiviteitsaanspraken van de houder van de betrokken rechten te boven gaat (zie dienaangaande beschikking van de president van het Hof van 11 mei 1989, RTE e.a./Commissie, 76/89 R, 77/89 R en 91/89 R, Jurispr. blz. 1141, punt 18; beschikking IMS Health/Commissie, punt 133 hierboven, punten 126-131).
- 252 In de tweede plaats stelt Microsoft dat de oorzaak van haar schade ligt in het feit dat de betrokken bekendmaking betrekking heeft op geheime en zeer waardevolle informatie.
- 253 Dienaangaande kan niet worden betwist dat kennis van informatie die tot dan toe — hetzij vanwege een intellectueel eigendomsrecht, hetzij omdat het een bedrijfsgeheim is — geheim is gehouden, kan blijven bestaan wanneer die eenmaal is verkregen. Een eventuele nietigverklaring van de beschikking zou de kennis van deze informatie niet uit geheugens kunnen verwijderen en een schadevergoeding zou zeer

moeilijk zijn, omdat het moeilijk zou zijn de waarde van de kennisoverdracht te becijferen. Microsoft legt evenwel niet uit welke schade zij zou kunnen lijden door het enkele feit dat derden kennis hebben van gegevens die zij bekend heeft gemaakt, onderscheiden van de ontwikkelingen die het gevolg zijn van het gebruiken van die kennis.

254 Voorts betekent de bekendmaking van tot dan toe geheim gehouden informatie niet noodzakelijkerwijs dat er sprake zal zijn van ernstige schade.

255 In het onderhavige geval stelt Microsoft evenwel, in wezen, dat de informatie inzake compatibiliteit een specifieke waarde heeft. Die waarde heeft allereerst te maken met het feit dat de communicatieprotocollen het resultaat van wezenlijke en kostbare inspanningen zijn en met het feit dat de commerciële toepassingen ervan aanzienlijk zijn. Microsoft voegt toe dat de opstelling van specificaties eveneens lastig is.

256 Gezien de gegevens in het dossier is de kortgedingrechter van oordeel dat niet is bewezen dat deze schade ernstig is. Met name de vage bewering dat de communicatieprotocollen van Microsoft „tientallen miljoenen [Amerikaanse] dollars hebben gekost”, wordt niet ondersteund door enig bewijs, zelfs indien die gegrond zou zijn. Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat dergelijke kosten gedeeltelijk zullen worden gecompenseerd door de royalty's die Microsoft zal kunnen eisen voor het gebruik van haar protocollen onder de licenties die ter uitvoering van de beschikking zullen worden verleend.

257 In ieder geval kan de in het voorgaande punt gestelde financiële schade niet worden geacht ernstig te zijn, gelet op de financiële macht van Microsoft, wier omzet in het Amerikaanse boekjaar van juli 2002 tot en met juni 2003 volgens de eerste punt van de beschikking 30 701 miljoen euro bedroeg (zie in die zin beschikking van de

president van het Hof van 23 mei 1990, Comos-Tank e.a./Commissie, C-51/90 R en C-59/90 R, Jurispr. blz. I-2167, punt 26).

258 Volgens Microsoft bestaat de waarde van de betrokken informatie voorts in het feit dat de specificaties van de server-to-server communicatieprotocollen een aanzienlijke hoeveelheid informatie over de werking van „Active Directory” binnen de Windows operating systems bevat. Haar server-to-server communicatieprotocollen zijn niet eenvoudige interfaces zonder verband met de onderliggende implementatie van de functionaliteiten die via deze interfaces toegankelijk zijn. Derhalve zou de verstrekking van deze protocollen aan concurrenten neerkomen op de overdracht van een aanzienlijke hoeveelheid informatie over de manier waarop die functionaliteiten worden geleverd (bijlage R.2; bijlage T.7; bijlage U.1, Madnick en Meyer, „Antwoord op de bijlage van Alepin bij de memorie van CCIA en de opmerkingen van [FSF-Europe]”, en bijlage U.2).

259 De kortgedingrechter stelt in de eerste plaats vast dat Microsoft in haar schriftelijke opmerkingen stelt dat zij gehouden zou zijn om informatie over de interne structuur of de vernieuwende aspecten van haar producten bekend te maken, maar dat de concrete voorbeelden uitsluitend betrekking hebben op de replicatieprotocollen van Active Directory, en in de tweede plaats, dat deze bewering is gebaseerd op de onderzoeken van Madnick en Meyer enerzijds en Campbell-Kelly anderzijds.

260 In dat opzicht is de kortgedingrechter van oordeel dat de stellingen van Microsoft niet kunnen worden geacht rechtens genoegzaam te zijn bewezen.

261 De bewering van Microsoft dat de informatie die zij zou moeten verstrekken, de manier waarop haar producten werken zal onthullen, wordt enkel geïllustreerd met het voorbeeld van Active Directory, dat in de beschikking wordt gedefinieerd als de directorydienst die bij Windows 2000 Server is inbegrepen (punt 149). In haar opmerkingen over de memories in interventie heeft Microsoft wederom benadrukt dat „de specificaties de concurrenten veel zullen leren over de manier waarop

belangrijke bestanddelen van de Windows server operating systems, zoals Active Directory, werken". Tijdens de hoorzitting is er evenwel geen duidelijk en overtuigend antwoord gekomen op de vraag van de kortgedingrechter, of de specificaties gegevens over andere bestanddelen van de Windows server operating systems dan Active Directory zouden onthullen. Op dat punt heeft één van de deskundigen van Microsoft immers aangegeven dat hij „geloofde" dat ook de regels die het beheer van de directory beheersen, zouden worden onthuld.

262 De stellingen van de deskundigen van Microsoft en de voorbeelden met betrekking tot Active Directory die zij hebben aangevoerd, zijn gebaseerd op onderzoeken (zie punt 116 hierboven) die door de Commissie en de interveniënten aan haar zijde sterk zijn bekritiseerd. Die partijen hebben de in die onderzoeken gemaakte vooronderstellingen bestreden en met name de vooronderstelling dat de protocollen die worden gebruikt om de communicatie tussen twee exemplaren van eenzelfde operating system te verzekeren, en de replicatiemethode „nauw aan elkaar zijn verbonden". De tegenwerpingen van de Commissie — gebaseerd op door deskundigen geleverde stukken (bijlage S.2 en bijlage U.1, „Verslag van OTR", gedateerd 10 september 2004) —, van FSF-Europe alsook, vóór de intrekking van hun interventie, van CCIA en Novell hebben hoofdzakelijk betrekking op de vage en speculatieve aard van het bewijs in het rapport van Madnick en Meyer en op het feit dat dat rapport theorieën bevat die in tegenspraak zijn met de praktijken van Microsoft. In bijlage 3 bij de memorie in interventie van CCIA stelt Alepin dat goed geschreven specificaties van protocollen weinig of niets onthullen over de interne structuur, de algoritmen en de andere vernieuwende aspecten van de operating systems.

263 Tegenover dergelijke tegenwerpingen en bij gebreke van andere, meer precieze door Microsoft geleverde gegevens, is het niet mogelijk als bewezen te achten dat de specificaties meer zullen onthullen dan noodzakelijk is om de door de Commissie gewenste compatibiliteit zeker te stellen.

264 Evenzo kan de stelling van Microsoft dat het enige door Active Directory gebruikte compressiealgoritme op grond van de door de beschikking opgelegde corrigerende maatregel zou moeten worden bekendgemaakt, bij gebreke van toereikende feitelijke gegevens niet worden geverifieerd, zoals de Commissie in haar antwoord op een schriftelijke vraag heeft opgemerkt.

265 Dienaangaande is de kortgedingrechter van oordeel dat Microsoft de mogelijkheid en het recht had om een technisch dossier aan de Commissie en aan haar alleen over te leggen, waarin zij commentaar had kunnen leveren op de mate van precisie van de specificaties en het risico dat onvermijdelijk meer informatie zou worden onthuld dan enkel informatie over de door de Commissie gewenste compatibiliteit. Microsoft heeft dat evenwel niet gedaan tijdens de administratieve procedure. Evenzo had Microsoft na de vaststelling van de beschikking kunnen uitleggen waarom er geen doeltreffende beschermingsmaatregelen denkbaar waren om dit probleem te vermijden. In het bijzonder heeft de Commissie tijdens de hoorzitting verklaard dat zij Microsoft op 30 juli 2004 had verzocht om haar de specificaties te verstrekken voor onderzoek, maar dat die nooit aan haar zijn gestuurd, hetgeen Microsoft niet betwist.

ii) Het gebruik van de informatie inzake compatibiliteit

266 Microsoft stelt dat het gebruik dat zal worden gemaakt van de informatie inzake compatibiliteit, wanneer die eenmaal is bekendgemaakt, verschillende soorten ernstige en onherstelbare schade zal veroorzaken.

De gestelde verwatering van de informatie

267 Volgens Microsoft zal de openbaar gemaakte informatie kunnen worden gebruikt door haar concurrenten, kan zij in het publieke domein terechtkomen, en zal het gebruik ervan na de nietigverklaring van de beschikking niet te controleren zijn.

- 268 Dit betoog gaat voorbij aan de mogelijkheid om in afwachting van de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak te voorzien in contractuele beschermingsmaatregelen met betrekking tot de vertrouwelijkheid en het gebruik van de betrokken informatie, terwijl dergelijke bedingen in de branche een standaardpraktijk zijn. Vertrouwelijkheidsbedingen, in voorkomende gevallen gepaard aan boetebedingen, zullen immers kunnen worden opgenomen in de licentieovereenkomsten die worden gesloten met de ondernemingen die met de producten van Microsoft concurrerende producten wensen te ontwikkelen en te distribueren, in de zin van artikel 5, sub a, van de beschikking.
- 269 De Commissie heeft op dat punt aangegeven dat Microsoft redelijke contractuele beschermingsmaatregelen voor de verstrekking kon eisen, zodat de aan concurrenten verstrekte informatie niet meer zal kunnen worden gebruikt, indien de beschikking nietig wordt verklaard. De licentieovereenkomsten die in het kader van het MCPP zijn gesloten, en de overeenkomsten inzake technologieoverdracht kunnen in dat opzicht als referentie dienen.
- 270 In die context moet worden opgemerkt dat Microsoft zelf in haar verzoek in kort geding heeft aangegeven dat de onthulling van bedrijfsgeheimen aan haar wederpartijen afhankelijk werd gesteld van de naleving door hen van een vertrouwelijkheidsverplichting (zie punt 125 hierboven).
- 271 Hieraan moet worden toegevoegd dat Microsoft zich in het kader van het akkoord met Sun Microsystems ertoe heeft verbonden de specificaties van haar server-to-server communicatieprotocollen te verstrekken. Microsoft heeft evenwel niet uitgelegd waarom dezelfde contractuele beschermingsmaatregelen als die in dat akkoord, niet zouden kunnen garanderen dat de informatie die ter uitvoering van de beschikking wordt verstrekt, niet openbaar wordt gemaakt. Bovendien heet het in punt 211 van de beschikking: „In de loop van de jaren negentig heeft Microsoft met AT&T een licentieovereenkomst gesloten met betrekking tot de verstrekking van delen van de broncode van Windows”. Microsoft heeft niet uitgelegd waarom zij niet dezelfde contractuele beschermingsmaatregelen zou kunnen gebruiken als die waarin deze overeenkomst met AT&T voorziet, wanneer zij de in artikel 5 van de beschikking bedoelde specificaties bekendmaakt.

- 272 De mogelijkheid van gepaste beschermingsmaatregelen komt ook tegemoet aan de vrees van Microsoft dat de verstrekte kennis dermate ruim zal worden verspreid dat zij in het publieke domein zal geraken. Buiten het feit dat de sluiting van licentieovereenkomsten op geen enkele wijze inhoudt dat de betrokken gegevens zich rehtens in het publieke domein bevinden, ten minste wat intellectuele-eigendomsrechten betreft, veronderstelt de door Microsoft gestelde schade dat de wederpartijen hun contractuele verplichtingen niet zullen nakomen, hetgeen niet a priori mag worden aangenomen (zie in die zin beschikking van de president van het Gerecht van 15 juli 1998, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98 R, Jurispr. blz. II-2769, punt 41).
- 273 Met betrekking tot de stelling dat het gebruik van de informatie na nietigverklaring van de beschikking niet te controleren is, beweert Microsoft dat het simplistisch is om te geloven dat het gebruik van de specificaties van haar communicatieprotocollen ingeval van nietigverklaring van de beschikking onmiddellijk te ontdekken is, omdat de compatibiliteit van concurrerende werkgroepserver operating systems en Windows server operating systems zou worden behouden. Microsoft heeft evenwel in haar opmerkingen over de memories in interventie aangegeven dat zij „zonder toegang te hebben tot de broncode van concurrerende producten” niet zou kunnen weten in hoeverre de concurrenten gebruik maken van de kennis die zij hebben verkregen door middel van hun toegang tot de specificaties van de communicatieprotocollen van Microsoft. Uit dat argument volgt dat Microsoft het mogelijk acht om vast te stellen in hoeverre de concurrenten gebruik maken van de kennis die zij hebben verkregen dankzij de specificaties van de communicatieprotocollen, mits zij ingeval van nietigverklaring van de beschikking toegang heeft tot de broncode van hun producten. De mogelijkheid dat een onafhankelijke deskundige – in onderlinge overeenstemming aangewezen door de overeenkomstsluitende partijen of, indien er geen overeenstemming is, door de Commissie — toegang krijgt tot de broncode van de producten van de concurrenten van Microsoft om uit te maken of de betrokken kennis wordt gebruikt, kan uitstekend worden vastgelegd in de licentieovereenkomsten die moeten worden gesloten met de in artikel 5 van de beschikking bedoelde ondernemingen. Bovendien kan Microsoft in dezelfde licentieovereenkomsten boetebedingen opnemen, die kunnen verhinderen dat haar concurrenten ingeval van nietigverklaring van de beschikking producten op de markt brengen die de informatie inzake compatibiliteit bevatten. Dergelijke contractuele bedingen met betrekking tot de manier waarop de producten kunnen worden gecontroleerd en de boetes ingeval van schending van de aangegane verbintenis om na een eventuele nietigverklaring van de beschikking de informatie niet te gebruiken, moeten toereikend worden geacht om onherstelbare schade te vermijden.

- 274 Ten overvloede moet worden vastgesteld dat de beoordeling in het voorgaande punt wordt bevestigd door het feit dat Novell zich tijdens de hoorzitting bereid heeft verklaard om toegang tot de broncode van haar producten te verlenen, zodat na een eventuele nietigverklaring van de beschikking kan worden gecontroleerd dat zij de informatie inzake compatibiliteit niet heeft gebruikt. Microsoft heeft geen antwoord gegeven op dit punt.

Het argument dat de producten achterblijven in de distributiekkanalen

- 275 Microsoft stelt dat de beschikking haar intellectuele-eigendomsrechten – meer precies haar recht om haar octrooien te exploiteren — blijvend zal aantasten, aangezien ingeval van nietigverklaring van de beschikking de producten die haar technologie bevatten, in de distributiekkanalen en in de handen van de afnemers zullen achterblijven.
- 276 Volgens de kortgedingrechter heeft Microsoft niet aangetoond dat deze omstandigheden ernstige en onherstelbare schade opleverden.
- 277 In de eerste plaats is niet bekend, wanneer de concurrerende producten die de specificaties implementeren, op de markt zullen worden gebracht. Dienaangaande staat vast dat de ondernemingen die de informatie zullen ontvangen, eerst de specificaties zullen moeten implementeren en vervolgens hun producten op de markt zullen moeten brengen. Tijdens de hoorzitting heeft de vertegenwoordiger van Microsoft verklaard dat de specificaties van de communicatieprotocollen binnen drie tot vier weken gereed zouden zijn.
- 278 De totale tijd tussen de datum van ontvangst van de specificaties en de datum dat de producten op markt worden gebracht, heeft de Commissie in de beschikking geschat op verscheidene jaren (punten 719-721 van de beschikking). In haar opmerkingen

heeft de Commissie verwezen naar een „brief van Sun [Microsystems] aan de Commissie van 20 juli 2004”, waarvan punt 3 onder verwijzing naar de specificaties van server-to-server communicatieprotocollen het volgende aangeeft:

„Met de inzet van een team van [een aanzienlijk aantal] ingenieurs heeft het Sun [Microsystems] [meer dan één] jaar gekost om haar ontwikkelingsinspanning te voltooien en een marktklare versie van AS/U, gebaseerd op de van AT&T ontvangen informatie, af te leveren. Om de hieronder uiteengezette redenen zou Sun [Microsystems] verwachten dat meer tijd nodig zou zijn om een even complex product op de markt te brengen met als uitgangspunt de technische specificaties die zijn geleverd uit hoofde van de ‚Technical Collaboration Agreement’ met Microsoft van april 2004.”

279 Overigens stelt CCIA in haar memorie, die voorafgaand aan de intrekking van haar interventie is overgelegd: „Zelfs indien de informatie morgen zou worden bekendgemaakt (en ervan uitgaand dat die volledig en juist is), is het duidelijk dat het enkele (minstens twee) jaren zou duren voordat een concurrent van Microsoft een product dat die informatie gebruikt, op de markt zou kunnen brengen”. Die bewering is gebaseerd op bijlage CCIA.R.3, waarin Alepin van mening is dat het absoluut onrealistisch is om te verwachten dat volledig compatibele producten binnen twee jaar commercieel beschikbaar zouden zijn (punt 84), en voorafgaand aan haar afstand van interventie heeft Novell in haar schriftelijke opmerkingen hetzelfde betoogd.

280 Om een schriftelijke standpuntbepaling verzocht over deze informatie betreffende de tijd die nodig zou zijn om haar eigen specificaties te implementeren, heeft Microsoft in wezen aangegeven dat de voor implementatie van een specificatie nodige tijd in hoge mate afhangt van de middelen die aan die inspanning worden toegewezen. Tijdens de hoorzitting heeft Microsoft verklaard dat een product binnen minder dan drie maanden op de markt zou kunnen worden gebracht, zonder evenwel voldoende nadere gegevens te verstrekken, noch gegevens die deze bewering kunnen ondersteunen en die het mogelijk maken de gegrondheid ervan na te gaan. Deze stelling kan dus niet worden aanvaard.

- 281 Uit het voorgaande volgt, nog afgezien van het feit dat de concurrenten van Microsoft enige tijd nodig zullen hebben om de met de Windows werkgroepserver operating systems compatibele versies van hun producten te verkopen, dat niet mag worden aangenomen dat die compatibele producten op korte termijn op de markt zullen worden gebracht. Het effect waarvoor Microsoft vreest, zou derhalve in ieder geval slechts gedurende een beperkte periode, tussen de datum waarop de betrokken producten op de markt worden gebracht en de datum dat in de hoofdzaak uitspraak wordt gedaan, een concrete vorm aannemen.
- 282 In de tweede plaats kan de schade die voortvloeit uit het feit dat de producten die de specificaties van de protocollen van Microsoft implementeren, in de distributiekkanalen achterblijven, niet worden geacht onomkeerbaar te zijn, aangezien een dergelijk effect onvermijdelijk van beperkte duur is, hetzij omdat de producten uiteindelijk zullen worden verkocht en geïnstalleerd bij de ondernemingen die ze aangeschaft hebben (zie punt 283 hierna), hetzij omdat de onverkochte producten technologisch achterhaald zullen worden.
- 283 In de derde plaats stelt Microsoft terecht dat zelfs in geval van nietigverklaring de concurrerende producten geïnstalleerd zullen blijven bij de ondernemingen die ze hebben aangeschaft. Toch kan dat feit niet worden geacht ernstige en onherstelbare schade te veroorzaken, aangezien, ten eerste, Microsoft niet heeft aangetoond hoe de aanwezigheid van die producten op de netwerken van afnemers haar toekomstige activiteiten merkbaar zou schaden en, ten tweede, de commerciële waarde van die producten, die vóór een uitspraak ten gronde zullen hebben voldaan aan de vraag van de afnemers, in geval van nietigverklaring van de beschikking snel zal dalen.
- 284 Op dat laatste punt moet worden gepreciseerd dat Microsoft na een eventuele nietigverklaring van de beschikking kan voorkomen dat concurrerende operating systems compatibel zijn met nieuwe versies van de Windows operating systems door haar server-to-server communicatieprotocollen te wijzigen en daarmee de waarde van de concurrerende producten aanzienlijk en snel in waarde kan doen dalen. Dat het technisch mogelijk is om invloed uit te oefenen op de compatibiliteit tussen de

Windows-omgeving en concurrerende werkgroepserver operating systems die bij ondernemingen zijn geïnstalleerd – hetgeen Microsoft in staat kan stellen om exclusief te profiteren van navolgende verbeteringen — is tijdens de hoorzitting bevestigd, zonder dat Microsoft op dit punt bezwaar heeft gemaakt.

285 Zelfs gesteld dat Microsoft zou besluiten om haar communicatieprotocollen na een eventuele nietigverklaring van de beschikking niet te wijzigen, zou het feit dat concurrerende werkgroepserver operating systems op netwerken achterblijven, haar evenmin onherstelbare schade kunnen toebrengen. Tijdens de hoorzitting heeft Microsoft verklaard dat het ingeval van nietigverklaring van de beschikking technisch mogelijk zou zijn de compatibiliteit met concurrerende werkgroepserver operating systems te verbreken, maar dat het vanuit een commercieel oogpunt ondenkbaar zou zijn om niet de achterwaartse compatibiliteit tussen oude en nieuwe systemen te verzekeren. Ook al stelt de handhaving van die compatibiliteit concurrerende operating systems in staat in een netwerk te interopereren met de nieuwe versie van het Windows operating system, doet dat niet af aan het feit dat de oudere systemen technologisch niet even geavanceerd zijn als de recentere systemen en dat zij vanuit een commercieel oogpunt snel achterhaald zouden raken. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat ingeval de beschikking door het Gerecht nietig wordt verklaard, de concurrenten van Microsoft de in artikel 5 van de beschikking bedoelde informatie inzake compatibiliteit niet meer zouden kunnen gebruiken (zie punt 273 hierboven), zodat de achterwaartse compatibiliteit enkel zou zijn verzekerd voor de werkgroepserver operating systems die de concurrenten vóór de datum van de eventuele nietigverklaring op de markt hebben gebracht.

Het gestelde „klonen” van de producten

286 Microsoft stelt dat de betrokken informatie zal kunnen worden gebruikt om haar producten te „klonen”. Zodra de concurrenten een diepgaande kennis hebben verkregen van de interne werking van de operating systems van Microsoft door de bestudering van de auteursrechtelijk beschermde specificaties van haar communicatieprotocollen, zullen zij daarvan gebruik kunnen maken voor hun eigen producten.

Het zou moeilijk, zelfs onmogelijk zijn voor Microsoft en de gerechtelijke autoriteiten om vast te stellen of de concurrenten gebruik maken van deze kennis, wanneer zij hun eigen server operating systems ontwerpen.

287 In dat opzicht zij eraan herinnerd dat het uitgangspunt van een dergelijke redenering, namelijk dat het mogelijk zal zijn om meer informatie te verkrijgen dan enkel de informatie inzake compatibiliteit, niet kan worden geacht te zijn bewezen (zie punten 260-265 hierboven).

288 Bovendien is de bewering van Microsoft gebaseerd op een lezing van artikel 5 van de beschikking die geen rekening houdt met de beweegredenen ervan. De aanwijzing in artikel 5 dat Microsoft het gebruik van de specificaties voor haar protocollen moet toestaan „om werkgroepserver operating systems te ontwikkelen en te distribueren”, moet worden gelezen in het licht van de punten 1003 en 1004 van de beschikking. Volgens punt 1003 „is het doel van deze beschikking te verzekeren dat de concurrenten van Microsoft producten kunnen ontwikkelen die interopereren met de Windows domeinarchitectuur die oorspronkelijk is geïntegreerd in het dominante Windows client PC operating system, en die dus op doeltreffende wijze concurreren met het werkgroepserver operating system van Microsoft”. Punt 1004 preciseert: „Wat het latere gebruik van de specificaties betreft, mogen de specificaties ook niet worden gereproduceerd, aangepast, gearrangeerd of gewijzigd, maar moeten zij door derden worden gebruikt voor het schrijven van hun eigen interfaces die overeenstemmen met de specificaties.”

289 Daaruit volgt dat artikel 5 van de beschikking aldus moet worden begrepen dat het gebruik van de protocollen enkel is toegestaan voor compatibiliteitsdoeleinden, zodat het gebruik van de protocollen voor andere doeleinden niet is toegestaan. De Commissie heeft deze uitlegging tijdens de hoorzitting uitdrukkelijk bevestigd en heeft benadrukt dat de naleving van deze beperking zal kunnen worden gecontroleerd door de „van Microsoft onafhankelijke toezichthoudende trustee”, waarnaar artikel 7 van de beschikking verwijst.

2) De gestelde aantasting van de commerciële vrijheid

290 Microsoft stelt dat haar vrijheid om de essentiële elementen van haar commerciële beleid te bepalen zal worden aangetast door de tenuitvoerlegging van de beschikking: de beschikking zou haar verplichten tot verstrekking van informatie aan concurrenten, zou haar haar vermogen om haar producten te ontwikkelen ontnemen, en zou haar dwingen haar protocollen storingbestendig te maken.

291 Wat dat aangaat moet worden opgemerkt dat in beginsel elke beschikking die krachtens artikel 82 EG wordt vastgesteld en een dominante onderneming verplicht een eind te maken aan misbruik, noodzakelijkerwijs een verandering van het commerciële beleid van die onderneming meebrengt. De aan een onderneming opgelegde verplichting om haar gedragswijze te veranderen kan op zichzelf dus niet worden geacht ernstige en onherstelbare schade te zijn, tenzij men vindt dat altijd aan het vereiste van spoedeisendheid is voldaan, wanneer de beschikking, waarvan om opschorting wordt verzocht, de staking van een onrechtmatige gedraging gelast.

292 Wanneer een verzoeker zich beroept op aantasting van zijn commerciële vrijheid ten bewijze van de spoedeisendheid van de door hem gevraagde voorlopige maatregel, moet hij aantonen dat de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling hem zal dwingen bepaalde essentiële elementen van zijn commerciële beleid te wijzigen en dat de gevolgen van de tenuitvoerlegging van die handeling hem, zelfs nadat in zijn voordeel uitspraak ten gronde is gedaan, zullen beletten zijn oorspronkelijke commerciële beleid te hernemen, of dat die gevolgen hem een andere soort ernstige en onherstelbare schade zullen toebrengen, waarbij eraan moet worden herinnerd dat de gestelde schade in het licht van de omstandigheden van elk geval moet worden beoordeeld.

293 Zo heeft de kortgedingrechter in de beschikkingen Bayer/Commissie, aangehaald in punt 138 hierboven, en IMS Health/Commissie, aangehaald in punt 133 hierboven, waarop Microsoft zich beroept, de gevolgen van de aantasting van de vrijheid van de ondernemingen om hun commerciële beleid te bepalen beoordeeld in het licht van de gevolgen van de tenuitvoerlegging van de handeling.

- 294 In de beschikking Bayer/Commissie heeft de kortgedingrechter meer in het bijzonder gesteld: „Indien het Gerecht verzoeksters standpunt in casu gegrond mocht achten, zou bij onmiddellijke toepassing van de bepaling in kwestie het gevaar bestaan dat verzoekster de mogelijkheid wordt ontnomen een aantal essentiële elementen van haar commerciële beleid zelfstandig te bepalen” (punt 54). En verder: „Een dergelijke situatie zou verzoekster echter vooral ernstige schade kunnen berokkenen in de context van de farmaceutische sector, die wordt gekenmerkt doordat de nationale gezondheidsdiensten mechanismen voor de vaststelling of de controle van de prijzen alsmede vergoedingsregelingen hanteren die ertoe leiden, dat de prijzen voor een zelfde geneesmiddel per lidstaat sterk verschillen” (punt 55). Aangezien de sectoriële prijsreglementering werd beschouwd als een factor die de commerciële vrijheidsmarge van de ondernemingen beperkt, heeft de kortgedingrechter tot de conclusie kunnen komen dat een nieuwe aantasting van een reeds ingeperkte commerciële vrijheid ernstige schade opleverde. De wijziging van het commerciële beleid van de onderneming Bayer werd dus uitsluitend uit het oogpunt van de bijzondere kenmerken van die zaak geacht te volstaan om de spoedeisendheid te kenschetsen.
- 295 In de beschikking IMS Health/Commissie was de kortgedingrechter van oordeel dat de voorwaarde van spoedeisendheid was vervuld omdat er ernstige redenen waren om aan te nemen dat veel van de „marktontwikkelingen” die de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking teweeg kon brengen, achteraf zeer moeilijk of zelfs in het geheel niet zouden kunnen worden teruggedraaid, indien het beroep in de hoofdzaak zou slagen (punt 129). De „reële kans op ernstige en onherstelbare schade aan verzoeksters belangen” (punt 127) die in die zaak was vastgesteld, had dus betrekking op de ernst van de marktontwikkelingen en het feit dat zij onomkeerbaar waren. De punten met betrekking tot de aantasting van de aan ondernemingen toegekende vrijheid om hun commerciële beleid te bepalen (punten 130 en 131) zijn enkel in de beschouwing betrokken tot staving van de conclusie waartoe de kortgedingrechter reeds was gekomen wat de spoedeisendheid betrof, getuige het feit dat de ernst en de onherstelbaarheid van de betrokken schade niet is onderzocht.
- 296 Er moet derhalve worden onderzocht, of Microsoft heeft aangetoond dat de aantasting van haar commerciële vrijheid, gelet op de omstandigheden van het geval, ernstige en onherstelbare schade veroorzaakt.

i) De gestelde fundamentele verandering van het commerciële beleid

297 De fundamentele wijziging in het commerciële beleid die de beschikking aan Microsoft zou opleggen, wordt tegengesproken door bepaalde gegevens in het dossier.

298 Allereerst moet worden vastgesteld dat zowel het Amerikaanse akkoord als de beschikking Microsoft verplichten tot bekendmaking van de specificaties van haar communicatieprotocollen. Het Amerikaanse akkoord verplicht Microsoft weliswaar niet tot bekendmaking van de specificaties van haar server-to-server communicatieprotocollen, maar het verplicht haar wel tot het verlenen van licenties voor alle protocollen die met het oog op de compatibiliteit met een Windows server operating system in een Windows client PC operating system zijn geïmplementeerd. De kortgedingrechter is van oordeel, in het licht van de gegevens waarover hij beschikt en rekening houdend met het feit dat de beschikking aansluit op het bekendmakingsbeleid dat Microsoft ter uitvoering van het Amerikaanse akkoord reeds heeft ingezet, dat de verschillen in termen van commercieel beleid tussen dat akkoord en de beschikking niet als fundamenteel zijn te beschouwen. In deze context moet worden opgemerkt dat niet wordt betwist dat één van de in licentie gegeven protocollen in het kader van het MCPP niet enkel wordt gebruikt voor client-to-server communicatie, maar ook voor server-to-server communicatie. Op dit laatste punt volgt met name uit punt 179 van de beschikking dat „servers in een netwerk soms dezelfde protocollen kunnen gebruiken als client PC's om te communiceren met andere servers. In een Windows-domein wordt bijvoorbeeld Microsoft Kerberos gebruikt voor identificatie tussen zowel een Windows client PC en een Windows groepserver als tussen Windows werkgroepservers”. Bovendien is de gestelde aantasting van de commerciële vrijheid van Microsoft niet onherstelbaar, aangezien nietigverklaring van de beschikking net als het einde van het MCPP, dat in 2009 is voorzien, Microsoft de mogelijkheid zou geven geen licenties meer te verlenen voor haar communicatieprotocollen, mocht zij dat wensen.

299 Voorts blijkt uit het dossier dat de directie van Microsoft heeft verklaard een beleid te willen voeren dat bestaat in actieve promotie van licenties voor de in het

Amerikaanse akkoord bedoelde protocollen en bereidheid om gebruiksrechten aan te bieden op een breder terrein dan door dat akkoord is voorgeschreven. Zo heet het in een persbericht van Microsoft van 1 augustus 2003 (bijlage N.12):

„Microsoft heeft ook aangekondigd dat zij in het algemeen bereid is om nog ruimere gebruiksrechten voor de protocoltechnologie van de onderneming te verlenen dan is vereist uit hoofde van de einduitspraak in de antitrustzaak of wordt weergegeven door de standaardlicentieovereenkomsten van het MCPP. Microsoft heeft reeds vrijwillig aan een aantal licentiehouders onder het MCPP gebruiksrechten verleend die de vereisten van de einduitspraak te boven gaan, en Microsoft moedigt andere ontwikkelaars die belangstelling zouden kunnen hebben voor het verkrijgen van een licentie voor de protocoltechnologie van de onderneming, aan om hun technische behoeften te bespreken met het team van Microsoft dat is belast met de licenties voor protocollen.”

300 Tot slot voorziet het akkoord tussen Microsoft en Sun Microsystems in verstrekking van de in de beschikking genoemde server-to-server communicatieprotocollen. Aangezien dat akkoord voorziet in verstrekking van precies die protocollen die de beschikking Microsoft gelast bekend te maken, kan zij niet met recht stellen dat de beschikking haar ertoe zou verplichten haar commerciële beleid fundamenteel te wijzigen.

301 Gelet op een en ander, kan de kortgedingrechter niet bewezen achten dat de beschikking een voldoende aanmerkelijke wijziging van het commerciële beleid van Microsoft zal veroorzaken.

302 Deze conclusie vindt steun in de omstandigheid dat de Commissie tijdens de hoorzitting als antwoord op een vraag van de kortgedingrechter heeft aangegeven dat Microsoft in de loop van de onderhandelingen met de Commissie tijdens de

administratieve procedure bereid was om meer informatie op het gebied van compatibiliteit te verstrekken dan waarop de beschikking betrekking heeft. Hoewel zij met nadruk heeft gewezen op de specifieke aard van elke onderhandeling, het resultaat van wederzijdse concessies, heeft Microsoft de stelling van de Commissie op dit punt niet weersproken.

ii) De gestelde moeilijkheid de protocollen te verbeteren

303 Microsoft beweert dat de tenuitvoerlegging van de beschikking tot gevolg zal hebben dat de flexibiliteit die zij nodig heeft om de betrokken protocollen regelmatig te verbeteren, en aldus haar vermogen om te innoveren, zal worden beperkt (bijlagen R.2 en T.7).

304 Wat dat betreft, zij eraan herinnerd dat artikel 5, sub a tot en met c, van de beschikking Microsoft verplicht om de specificaties van haar protocollen aan haar concurrenten te verstrekken, maar haar vrij laat om haar protocollen te ontwerpen zoals zij zelf wenst. Verbetering van de protocollen blijft dus een beslissing die Microsoft moet nemen, afhankelijk van de verwachte gevolgen van een dergelijke beslissing. Microsoft heeft niet aangetoond dat een beslissing om de protocollen gedurende de tussenliggende periode — totdat het Gerecht uitspraak ten gronde heeft gedaan — te verbeteren praktische gevolgen zou hebben die zo omvangrijk zijn dat zij een werkelijke belemmering voor innovatie zouden vormen.

305 Voorts kan het argument dat de flexibiliteit waarmee zij verbeteringen zal kunnen aanbrengen in de betrokken protocollen, zal worden beïnvloed door de dwang van de commerciële realiteit om achterwaartse compatibiliteit te verzekeren met op haar protocollen gebaseerde producten van concurrenten, niet worden aanvaard, gelet op bepaalde gegevens in het dossier.

- 306 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat Microsoft zich in het verleden niet gebonden heeft geacht door een dergelijke verplichting, toen zij besloot om de NDS voor NT van Novell te deactiveren (punten 298-301 en 686 van de beschikking).
- 307 In de tweede plaats verzekert Microsoft in ieder geval achterwaartse compatibiliteit met eerdere versies van haar eigen producten. Niets in het dossier wijst erop dat zij, wanneer zij die compatibiliteit verzekert, niet in staat zou zijn om tevens achterwaartse compatibiliteit met alle compatibele implementaties te verzekeren. Microsoft heeft aangegeven dat zij achterwaartse compatibiliteit met een verscheidenheid aan producten verzekerde en zij benadrukt dat „het reeds een technologische uitdaging was voor Microsoft om in het kader van opeenvolgende uitgaven van nieuwe Windows server operating systems achterwaartse compatibiliteit te handhaven met de duizenden gepubliceerde interfaces die worden gebruikt door de computerprogramma's van derden”.
- 308 In de derde plaats is de groei van de complexiteit die de ontwikkeling van compatibele werkgroepserver operating systems betekent, niet geëvalueerd. De extra inspanning moet gedurende de tussenliggende periode in ieder geval worden geacht beperkt te zijn vanwege het waarschijnlijk lage aantal compatibele producten dat op de markt zal worden gebracht en door afnemers zal worden aangeschaft voordat het Gerecht uitspraak ten gronde heeft gedaan. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat een nieuwe versie van het operating system van Microsoft, bekend onder de naam „Longhorn”, volgens Microsoft voor 2006 gereed zal zijn en dat de aankondiging van de uitgave ervan, zoals de interveniënten aan de zijde van de Commissie hebben benadrukt, de aankopen van afnemers ten nadele van concurrerende werkgroepserver operating systems zal kunnen beïnvloeden.
- 309 In de vierde plaats had het Amerikaanse akkoord, dat niet enkel gunstig is voor de producenten van werkgroepserver operating systems in de zin van de beschikking, maar tevens voor vrijwel alle producenten van server operating systems, dezelfde soort negatieve invloed moeten hebben als die waarop Microsoft zich voor de kortgedingrechter beroept. Niets in de schriftelijke opmerkingen van partijen wijst

er evenwel op dat de tenuitvoerlegging van de beschikking de flexibiliteit van Microsoft om haar producten te wijzigen in hogere mate zou kunnen aantasten dan de verplichtingen die Microsoft in het kader van het Amerikaanse akkoord op zich heeft genomen. Dienaangaande volgt uit één van de antwoorden van Microsoft op schriftelijke vragen, dat het Amerikaanse akkoord Microsoft onder bepaalde omstandigheden toestaat ervoor te kiezen innovaties in haar client-to-server protocollen toe te passen om de Windows operating systems aantrekkelijker te maken, zonder deze technologie ter beschikking van haar concurrenten te stellen. Zij voegt het volgende toe:

„Met name indien Microsoft nieuwe client-to-server protocollen ontwikkelt die in haar Windows client operating system niet zijn inbegrepen maar apart worden geïnstalleerd, hoeft Microsoft die protocollen niet ter beschikking van concurrenten te stellen. Microsoft zou bijvoorbeeld in verband met een nieuwe versie van haar Windows operating system innovatieve protocollen kunnen ontwikkelen. Wanneer een netwerk dat gebruik maakt van dat Windows server operating system wordt opgezet, zal de afnemers worden gevraagd op hun personal computers de client software te installeren die deze protocollen implementeert (Dit is de courante methode van Novell).”

310 Deze verklaring bevestigt dat Microsoft voornemens is haar producten te verbeteren en dat de beperkingen die leiden tot een gebrek aan flexibiliteit, wat de mogelijkheid om ze werkelijk te verbeteren betreft, niet dusdanig zijn dat zij die verbetering zouden verhinderen. Het is in dat opzicht van weinig belang of deze verbeteringen vrijwillig of op grond van een wettelijke verplichting beschikbaar worden gemaakt.

311 In de vijfde plaats kan uit het met Sun Microsystems gesloten akkoord, dat de in de beschikking bedoelde protocollen omvat, worden afgeleid dat de uitwerking op het vermogen van Microsoft om haar protocollen te wijzigen niet onherstelbaar is.

iii) De beweerde noodzaak om de protocollen storingbestendig te maken

312 Microsoft beweert dat zij de protocollen storingbestendig zou moeten maken om de „mogelijkheid van defecten, crashes en beveiligingsrisico's” als gevolg van „ondeskundig of kwaadwillig gebruik” te vermijden.

313 Gesteld dat de „mogelijkheid van defecten, crashes en beveiligingsrisico's” bewaarheid wordt, stelt de kortgedingrechter vast dat Microsoft zich enkel beroept op de schade die het gevolg is van de inspanningen die beweerdelijk nodig zouden zijn om te voorkomen dat die mogelijkheid concrete vormen aanneemt, zonder aan te geven hoe die schade ernstig en onherstelbaar zou zijn. Microsoft toont met name niet aan dat die maatregelen ter verzekering van de „storingbestendigheid” van de protocollen zouden moeten worden gehandhaafd ingeval van nietigverklaring van de beschikking of dat zij een ander soort schade zou veroorzaken. Bovendien zouden de ontvangers van de informatie inzake compatibiliteit, zoals de Commissie stelt, goede redenen hebben om hun producten veilig en stabiel te maken en „ondeskundig gebruik” ervan te voorkomen en zouden zij geen enkel belang hebben bij „kwaadwillig” gebruik. Integendeel, zoals de Commissie voorts stelt, zullen de ondernemingen die profiteren van de bekendmaking, een duidelijk belang hebben bij het voorkomen van onverwachte schade, door hun implementatie te toetsen aan die van Microsoft en ervoor te zorgen dat hun producten bij hun afnemers geen verlies of corruptie van gegevens veroorzaken. Die tests zullen uiteraard alle Windows-producten omvatten waarmee de betrokken concurrent compatibiliteit wil bewerkstelligen. Er zal voor Microsoft derhalve naar alle waarschijnlijkheid geen enkele noodzaak zijn om eerder geïnstalleerde producten met terugwerkende kracht aan te passen.

314 Net als bij de beweerde aantasting van haar vermogen om haar producten vrij te ontwerpen, heeft Microsoft niet aangetoond dat de in het voorgaande punt bedoelde risico's bij de tenuitvoerlegging van het Amerikaanse akkoord werkelijkheid zijn geworden. Tot slot, terwijl Samba of AS/U verscheidene protocollen implementeren die oorspronkelijk waren ontworpen om „privaat” te zijn, in de woorden van Microsoft, voert Microsoft geen voorbeeld aan van de overdracht aan Windows van „onverwachte” gegevens die verlies of corruptie van gegevens zou kunnen veroorzaken.

- 315 De gestelde beperkingen van het vermogen van Microsoft om haar producten te ontwikkelen, zijn reeds eigen aan het met Sun Microsystems gesloten akkoord, dat de protocollen omvat die in het kader van de beschikking relevant zijn. De schade die daarvan het gevolg is, gesteld dat die er is, is dus onafhankelijk van de corrigerende maatregel en Microsoft heeft niet aangetoond dat de verzochte opschorting van tenuitvoerlegging haar huidige situatie merkbaar zou veranderen.
- 316 Tot slot zouden precieze technische voorwaarden ook contractueel kunnen worden overeengekomen, zoals dat in het kader van het Amerikaanse akkoord is bepaald. Als antwoord op een vraag van de kortgedingrechter heeft Microsoft immers aangegeven dat het Amerikaanse akkoord haar toestaat om de bekendmaking van aan veiligheid gerelateerde protocollen te koppelen aan bepaalde voorwaarden die tot doel hebben het risico dat die protocollen te kwader trouw worden gebruikt om de veiligheid van computers in gevaar te brengen, zo klein mogelijk wordt gehouden. Aldus zou de vrees voor kwaadwillig gebruik van de betrokken informatie of ontoereikende implementatietests kunnen worden weggenomen door de mogelijkheid de Commissie te vragen om toestemming om in een dergelijke situatie de levering van die informatie te weigeren.

3) De beweerdde onomkeerbare ontwikkeling van de marktomstandigheden

- 317 Volgens Microsoft zal de verplichte verlening van licenties de heersende marktomstandigheden onherstelbaar in haar nadeel veranderen, omdat bestudering van de gedetailleerde specificaties van de betrokken communicatieprotocollen belangrijke aspecten van het ontwerp van de Windows server operating systems aan haar concurrenten zal onthullen. Grootschalige bekendmaking van dergelijke informatie zou concurrenten in staat stellen om in hun server operating systems een reeks functionaliteiten na te bootsen die Microsoft dankzij haar eigen onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen heeft ontwikkeld.

318 Het feitelijke uitgangspunt waarop Microsoft haar analyse baseert, heeft de kortgedingrechter niet rechtens genoegzaam bewezen geacht (zie punten 260-265 hierboven). Bovendien heeft Microsoft geen gegevens verstrekt over de marktontwikkeling die volgens haar het gevolg zou moeten zijn van het gestelde probleem, hoewel de Commissie in haar verweerschrift dit punt heeft bekritiseerd. Het argument van Microsoft kan dus niet worden aanvaard.

319 Zelfs indien het betoog van Microsoft aldus zou kunnen worden begrepen dat bekendmaking van de informatie inzake compatibiliteit de marktomstandigheden zodanig wijzigt dat zij marktaandeel zou verliezen en dat zij ingeval van nietigverklaring van de beschikking het verloren marktaandeel niet terug zou kunnen winnen, stelt de kortgedingrechter in ieder geval vast dat Microsoft geen enkel feitelijk bewijs voor dat argument heeft overgelegd. Microsoft heeft met name niet aangetoond dat er belemmeringen zouden zijn die haar zouden verhinderen een aanzienlijk gedeelte terug te winnen van het marktaandeel dat zij als gevolg van de corrigerende maatregel had kunnen verliezen [zie in die zin beschikking president Hof van 11 april 2001, Commissie/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Jurispr. blz. I-2865, punt 111, en beschikking president Gerecht van 16 januari 2004, Arizona Chemical e.a./Commissie, T-369/03 R, Jurispr. blz. II-205, punten 82-84].

c) De ernstige en onherstelbare schade als gevolg van de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de client-to-server protocollen

320 Uit de voorgaande punten volgt, wat de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de server-to-server communicatieprotocollen betreft, dat geen van de verschillende bestanddelen van de door Microsoft gestelde schade wordt geacht te voldoen aan het vereiste van spoedeisendheid.

321 Aangezien Microsoft geen enkel aanvullend argument heeft aangevoerd op grond waarvan met betrekking tot de gevolgen van de bekendmaking van de client-to-

server communicatieprotocollen een andere conclusie zou kunnen worden getrokken, moet de kortgedingrechter noodzakelijkerwijs concluderen dat Microsoft niet heeft aangetoond dat met betrekking tot dit tweede deel van de verplichting tot bekendmaking is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid. In dat opzicht zij eraan herinnerd dat binnen een computersysteem dat een aantal client PC's met Windows en een aantal werkgroepservers met Windows omvat, alle onderling aan elkaar verbonden in een netwerk, client-servercompatibiliteit en server-servercompatibiliteit twee onafscheidelijke bestanddelen van de compatibiliteit zijn, zoals de Commissie in de beschikking terecht heeft uiteengezet (punten 144-184 en 689).

- 322 In ieder geval moet rekening worden gehouden met het feit dat Microsoft tijdens de hoorzitting heeft volgehouden dat het niet noodzakelijk is om de specificaties van de client-to-server protocollen bekend te maken, aangezien die specificaties tot 2009 in het kader van het MCPPE kunnen worden verkregen. Dat betoog kan niet anders worden begrepen dan dat de door de beschikking gelaste bekendmaking van die specificaties niet de oorzaak kan zijn van ernstige en onherstelbare schade voor Microsoft.
- 323 Het verzoek in kort geding moet dus eveneens worden afgewezen wegens het ontbreken van spoedeisendheid, voor zover het strekt tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de verplichting om de specificaties van de client-to-server communicatieprotocollen bekend te maken en het gebruik ervan door de concurrenten van Microsoft toe te staan.
- 324 Aangezien de voorwaarde van spoedeisendheid niet is vervuld, moet, gelet op het voorgaande, het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5, sub a tot en met c, worden afgewezen zonder dat het nodig is om de verschillende in het geding zijnde belangen af te wegen.
- 325 Hierbij zij aangetekend dat volgens artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering de afwijzing van een verzoek tot verkrijging van een voorlopige maatregel geenszins belet dat de verzoeker andermaal een verzoek indient op grond

van nieuwe feiten. In het onderhavige geval kan niet worden uitgesloten dat voortdurende onenigheid over de manier waarop de beschikking ten uitvoer wordt gelegd, zou kunnen worden beschouwd als een „nieuw feit”. Gelet op de verwijzingen in de hierboven gegeven beoordeling naar de contractuele bedingen die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat niet is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid (zie punten 268, 273, 285 en 316 hierboven), zou meer in het bijzonder een weigering om dergelijke beschermingsbedingen op te nemen in de licentieovereenkomsten die moeten worden gesloten met de in artikel 5 van de beschikking bedoelde ondernemingen, kunnen worden beschouwd als een wijziging van de omstandigheden die sommige gronden, waarop deze beschikking is gebaseerd, in twijfel kan trekken.

De koppelverkoop

A — De argumenten van partijen

1. De argumenten van Microsoft en de interveniënten aan haar zijde

a) De *fumus boni juris*

³²⁶ Microsoft stelt dat zij in haar beroep tot nietigverklaring argumenten heeft aangevoerd die de vordering tot nietigverklaring van de bepalingen van de beschikking die betrekking hebben op het beweerde misbruik in de vorm van koppelverkooppraktijken, aanvankelijk gerechtvaardigd doen voorkomen.

³²⁷ In de beschikking beweert de Commissie dat de integratie door Microsoft in Windows van een verbeterde multimediafunctionaliteit misbruik oplevert in de zin van artikel 82 EG, „in het bijzonder” in de zin van de tweede alinea, sub d, van dit

artikel, alsook overeenkomstig een nieuw criterium voor koppelverkoop dat voortvloeit uit artikel 82 EG. Zoals blijkt uit punt 841 van de beschikking, worden volgens de Commissie en de gemeenschapsrechter in klassieke gevallen van koppelverkoop de uitsluitingseffecten voor concurrerende verkopers aangetoond door de koppeling aan een op zichzelf staand product. Volgens Microsoft volgt uit dezelfde punt van de beschikking, ten eerste, dat het onderhavige geval geen „klassiek geval van koppelverkoop” is en, ten tweede, dat „gebruikers [...] mediaspelers van andere leveranciers, soms gratis, [kunnen] verkrijgen via het internet”. De Commissie erkent dus dat „er [...] goede redenen [zijn] om niet zonder verder onderzoek aan te nemen dat de koppelverkoop van [Windows Media Player] een handelwijze is die naar haar aard de mededinging kan uitsluiten” (punt 841).

328 De Commissie komt evenwel tot de conclusie dat er in het onderhavige geval een uitsluitingseffect is, waarbij zij zich baseert op een hogelijk speculatieve theorie, volgens welke de algemene verspreiding van de multimediafunctionaliteit van Windows de aanbieders van inhoud ertoe zal dwingen vrijwel uitsluitend gebruik te maken van de mediaformats van Windows, wat tot gevolg zal hebben dat alle concurrerende mediaspelers uit de markt worden verdreven en dat vervolgens de consumenten indirect worden gedwongen enkel de multimediafunctionaliteit van Windows te gebruiken (punten 836 en 842 van de beschikking). Volgens Microsoft is er in de zin van de rechtspraak een „serieus geschil [...] over de juistheid van de fundamentele juridische conclusie” waarop de stellingen van de Commissie met betrekking tot het ontwerp en de integratie van Windows Media Player berusten (beschikking IMS Health/Commissie, punt 106). Microsoft is ook van mening dat is voldaan aan de voorwaarde dat moet worden aangetoond dat de vaststelling van een schending, waarop artikel 6, sub a, van de beschikking berust, op het eerste gezicht onwettig is.

329 Ten eerste is de speculatieve theorie van de Commissie over de uitsluiting van de markt op niets gebaseerd. De beschikking geeft de realiteit van de markt niet weer, met name voor zover gebruikers van client PC's met Windows het gemakkelijk vinden om verschillende mediaspelers met verschillende formats te gebruiken en de aanbieders van inhoud dagelijks gebruik maken van velerlei formats. De conclusie van de Commissie is tevens strijdig met de zeer verschillende theorie die is toegepast in de beschikking AOL/Time Warner [beschikking 2001/718/EG van de Commissie van 11 oktober 2000 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de

gemeenschappelijke markt en de EER-overeenkomst (Zaak COMP/M.1845 — AOL/Time Warner), PB 2001, L 268, blz. 28]. Bovendien komt de Commissie in de beschikking tot de conclusie dat de uitsluitingstheorie alleen van toepassing is in het geval dat de multimediafunctionaliteit van Windows door Microsoft is ontwikkeld, ook al is gebleken dat deze theorie niet gold van 1995 tot 1998, toen de mediaspeler van RealNetworks aan Windows „gekoppeld” was.

330 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 voegt Microsoft toe dat de Commissie op geen enkele manier reageert op het feit dat de voornaamste internetsites multimedia-inhoud nog steeds in twee of meer formats aanbieden, het feit dat het aantal formats dat op populaire internetsites met multimedia-inhoud wordt gebruikt, is gestegen en nu ongeveer drie bedraagt, en het feit dat in de loop van de lente van 2004 bijna 80 % van de populaire internetsites inhoud in het format van RealNetworks aanbod.

331 De Commissie houdt evenmin rekening met de recente ontwikkelingen op de markt, met name de exponentiële groei van andere apparatuur dan client PC's, zoals de iPod van Apple, die multimedia-inhoud in andere formats dan die van Windows afspeelt, of de toekomstige generatie mobiele telefoons die over mediaspelers zullen beschikken. Volgens Microsoft zullen aanbieders van inhoud die een zo groot mogelijk publiek willen bereiken, verschillende formats blijven gebruiken, om gebruikers te bereiken van andere apparatuur dan client PC's, die niet geschikt is voor het afspelen van inhoud in Windows Media-formats, en consumenten die op hun client PC mediaspelers van derde ondernemingen gebruiken in plaats van de multimediafunctionaliteit van Windows.

332 Ten tweede zijn volgens Microsoft de voordelen van het „ontwerpconcept” van het operating system van Microsoft, dat inhoudt dat nieuwe versies van Windows met nieuwe functionaliteiten worden ontwikkeld, van wezenlijk belang en had de Commissie daarmee meer rekening moeten houden.

333 Ten derde toont de Commissie niet aan dat er een inbreuk is op artikel 82 EG, met name op de tweede alinea, sub d. De beschikking toont met name niet aan dat Windows en haar multimediafunctionaliteit tot twee afzonderlijke productmarkten behoren. De Commissie onderzoekt ten onrechte enkel, of het beweerdelijk gekoppelde product apart van het beweerdelijk „dominante” product verkrijgbaar is, terwijl de aangewezen vraag is, of dat laatste product gewoonlijk zonder het gekoppelde product op de markt wordt gebracht. Bovendien kan er volgens Microsoft in het onderhavige geval geen sprake zijn van een bijkomende prestatie, aangezien de consumenten niet extra hoeven te betalen voor de multimediafunctionaliteit van Windows, zij niet gehouden zijn deze te gebruiken, en Microsoft hen op geen enkele wijze belet de mediaspelers van derde ondernemingen te gebruiken in plaats van of in aanvulling op de multimediafunctionaliteit van Windows. De Commissie heeft evenmin aangetoond dat de multimediafunctionaliteit naar haar aard of volgens handelsgebruiken niet aan client PC operating systems verbonden is. Andere operating systems bevatten immers ook een multimediafunctionaliteit en Microsoft heeft in Windows sinds 1992 voortdurend verbeterende multimediafunctionaliteit opgenomen.

334 Ten vierde heeft de Commissie in het onderhavige geval onvoldoende rekening gehouden met de verplichtingen die de TRIPs-overeenkomst aan de Europese Gemeenschap oplegt.

335 Ten vijfde is de corrigerende maatregel onevenredig.

336 CompTIA en Exor steunen het standpunt van Microsoft inzake de fumus boni juris. Zij stellen dat Microsoft heeft aangetoond dat de artikelen 4 en 6, sub a, van de beschikking op het eerste gezicht onwettig zijn.

b) De spoedeisendheid

337 Microsoft stelt dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking twee soorten ernstige en onherstelbare schade zal veroorzaken die het gevolg zijn van, ten eerste, het verlaten van het fundamentele ontwerpconcept dat aan haar Windows operating system ten grondslag ligt, en ten tweede, aantasting van haar reputatie.

1) De schade die volgens Microsoft het gevolg is van het verlaten van het fundamentele ontwerpconcept dat aan het Windows operating system ten grondslag ligt

338 Volgens Microsoft vormt het fundamentele ontwerpconcept dat aan haar Windows operating system ten grondslag ligt, de basis voor het bedrijfsmodel van Windows. Het bedrijfsmodel van Microsoft heeft tot doel een algemeen platform te ontwerpen voor het ontwikkelen en uitvoeren van applicaties, ongeacht welke hardware de consument in zijn client PC gebruikt.

339 De onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking zou Microsoft ertoe dwingen dit concept te verlaten en zou haar aldus ernstige en onherstelbare schade toebrengen. Door haar te verplichten een versie van Windows aan te bieden waaruit de software is verwijderd die overeenkomt met wat de Commissie als „Windows Media Player” identificeert, zou artikel 6, sub a, van de beschikking Microsoft verbieden haar operating system zodanig te ontwerpen, dat nieuwe en verbeterde multimediafunctionaliteiten op uniforme wijze opgenomen worden. Het verhindert tevens dat softwareproducenten, aanbieders van inhoud, OEM's en consumenten de voordelen van het Windows-platform genieten waarvan zij momenteel profiteren.

340 Microsoft herinnert eraan dat volgens de rechtspraak ernstige en onherstelbare schade wordt veroorzaakt, wanneer een partij wordt verplicht tot onmiddellijke

tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie die structurele veranderingen inhoudt of hem verhindert de essentiële aspecten van zijn commerciële beleid te bepalen (beschikking RTE e.a./Commissie, aangehaald in punt 251 hierboven; beschikking president Hof van 13 juni 1989, Publishers Association/Commissie, C-56/89 R, Jurispr. blz. 1693; beschikkingen president Gerecht van 16 juli 1992, SPO e.a./Commissie, T-29/92 R, Jurispr. blz. II-2161; van 19 februari 1993, Langnese-Iglo en Schöller Lebensmittel/Commissie, T-7/93 R en T-9/93 R, Jurispr. blz. II-131; van 10 maart 1995, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-395/94 R, Jurispr. blz. II-595; Bayer/Commissie, aangehaald in punt 138 hierboven; van 7 juli 1998, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641, en IMS Health/Commissie, aangehaald in punt 133 hierboven). Ingeval van onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking zouden de voordelen die het gevolg zijn van de uniformiteit van het Windows-platform, onherroepelijk worden verloren, waardoor aan Microsoft ernstige en onherstelbare schade zou worden toegebracht.

- 341 Microsoft voegt toe dat die schade niet zou worden hersteld door nietigverklaring van de beschikking. De ingenieurs van Microsoft zouden er immers van moeten uitgaan dat ten minste sommige van de in de EER gedistribueerde exemplaren van Windows geen multimediafunctionaliteit zullen hebben. Aangezien die uitgeholde versies van Windows ingeval van een latere nietigverklaring van de beschikking niet bij de gebruikers kunnen worden teruggehaald, zouden de ingenieurs van Microsoft gedurende vele jaren rekening moeten houden met het bestaan van twee versies, evenals de derden die afhankelijk zijn van de stabiliteit en de coherentie van het Windows-platform, hetgeen hun kosten zou doen stijgen en de aantrekkingskracht van Windows doorlopend zou verminderen. Die organisatorische problemen zouden overigens worden verergerd door de voorwaarden die artikel 4 van de beschikking oplegt.

2) De schade aan de reputatie van Microsoft

- 342 Microsoft stelt dat de distributie van de versie van Windows die artikel 6, sub a, van de beschikking haar oplegt (hierna: „versie van artikel 6”), ernstige en onherstelbare schade zou toebrengen aan haar reputatie als producent van kwaliteitssoftware.

- 343 Ten eerste zou de versie van artikel 6 niet de multimediafunctionaliteit bevatten die in beginsel ter beschikking wordt gesteld aan applicaties die onder Windows worden uitgevoerd. Vele applicaties zouden derhalve niet werken met deze versie van het operating system, ook al zou die versie „Windows” heten. Die storing zou de centrale waarde van Windows aantasten. Microsoft, alsook OEM's en de ontwikkelaars van software, zouden tevens ertoe verplicht worden de door de beschikking veroorzaakte problemen op te lossen en in de tussentijd ontevreden afnemers de nodige hulp te bieden. Het zou uiterst moeilijk, kostbaar en schadelijk voor de reputatie van Microsoft zijn om de vele voorzienbare en de mogelijk onvoorzienbare problemen op te lossen.
- 344 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 betwist Microsoft de bewering van de Commissie dat Microsoft in de versie van artikel 6 een „basismultimediafunctionaliteit” zou kunnen handhaven. De Commissie legt niet uit wat zij onder „basismultimediafunctionaliteit” verstaat en haar bewering zou enkel juist kunnen zijn indien zij verwijst naar de mogelijkheid om bepaalde geluiden te genereren of stilstaande beelden op het beeldscherm te tonen. De versie van artikel 6 zou in ieder geval geen mogelijkheid bieden om geluids- of beeldbestanden af te spelen, met name vanaf compact disc of digital versatile disc (DVD) of vanuit documenten in standaardformats zoals MP3 die vanaf het internet op de harde schijf van een client PC zijn gedownload. Volgens Microsoft zal een consument een client PC operating system dat anno 2004 niet in staat blijkt om dusdanig alledaagse taken uit te voeren, beschouwen als ernstig uitgehold.
- 345 De Commissie betwist evenmin de niet-uitputtende lijst van alle Windows-functionaliteiten die in de versie van artikel 6 niet meer goed zullen werken.
- 346 Ten tweede zouden de door de versie van artikel 6 veroorzaakte problemen niet worden opgelost door de installatie van mediaspelers van derde ondernemingen. Volgens Microsoft zouden dergelijke producten niet de plaats kunnen innemen van

de multimediafunctionaliteit van Windows, aangezien zij niet dezelfde API's aanbieden, hetgeen zou kunnen leiden tot bepaalde storingen in applicaties van derden en internetsites die berusten op de multimediafunctionaliteit van Windows.

347 Ten derde zou Microsoft gelijkwaardige, dan wel grotere schade lijden door het feit dat andere onderdelen van Windows die gebaseerd zijn op de multimediafunctionaliteit, in de versie van artikel 6 niet goed meer zouden werken, met name wat de „My Music”-directory en het verplaatsen van MP3-bestanden naar een groot aantal draagbare digitale muzikspelers betreft.

348 Uit de niet-uitputtende lijst van door de versie van artikel 6 veroorzaakte gebreken volgt, ten eerste, dat slechts enkele van deze gebreken zouden kunnen worden verholpen door de installatie van een mediaspeler van een derde onderneming, en ten tweede, dat de verholpen gebreken zouden verschillen naar gelang van de geïnstalleerde mediaspeler.

349 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 betwist Microsoft het argument van de Commissie dat mediaspelers van derde ondernemingen, die door OEM's op nieuwe client PC's worden geïnstalleerd, de multimediafunctionaliteiten van Windows zouden kunnen vervangen. Die bewering, die kennelijk is gebaseerd op de veronderstelling dat de softwarecode die de multimediafunctionaliteit levert, uitstekend te vervangen is, is technisch onjuist. De Commissie noemt geen enkele mediaspeler van een derde onderneming die volledig de multimediafunctionaliteit biedt die zou ontbreken in de versie van artikel 6. Microsoft betwist niet dat een deel van de multimediafunctionaliteit van Windows door de installatie van bepaalde mediaspelers zou kunnen worden teruggebracht. Toch zou een deel van de multimediafunctionaliteit van het operating system gebrekkig blijven. De activiteit van producenten van mediaspelers bestaat niet in het herstellen van de gebreken in de multimediafunctionaliteit van Windows. In voorkomende gevallen zal de mate, waarin de installatie van een mediaspeler van een andere onderneming een deel van

de multimediafunctionaliteit in de versie van artikel 6 zal kunnen terugbrengen, in ieder geval aanzienlijk variëren naar gelang van de mediaspeler die wordt geïnstalleerd.

- 350 Microsoft verduidelijkt dat, voor zover de mediaspelers van derde ondernemingen hun functionaliteit door middel van gepubliceerde interfaces ter beschikking stellen, die interfaces verschillen van die welke worden gebruikt door applicaties om een beroep te doen op de multimediafunctionaliteit in Windows. De platformsoftware van verschillende producenten gebruikt derhalve verschillende interfaces om dezelfde soorten functionaliteit aan te bieden. De andere onderdelen van Windows en de applicaties die zijn ontworpen om een beroep te doen op de multimediafunctionaliteit van Windows, kunnen die functionaliteit niet zomaar verkrijgen van een mediaspeler van een derde onderneming. Het zou op zijn minst nodig zijn om Windows of een Windows-toepassing aan te passen om de mediaspelers van derde ondernemingen in staat te stellen alternatieve interfaces te gebruiken. Die aanpassingen zouden waarschijnlijk ingrijpend zijn en zouden voor elk van de mediaspelers moeten worden uitgevoerd. De voordelen van een uniform platform zouden derhalve verloren zijn, zelfs indien de mediaspelers van derde ondernemingen in staat zouden zijn om de gehele multimediafunctionaliteit te leveren die in de versie van artikel 6 ontbreekt.
- 351 Ten vierde zou de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking ernstige en onherstelbare schade toebrengen aan de handelsmerken „Microsoft” en „Windows”, omdat Microsoft verplicht zou zijn een uitgehold product te verkopen dat niet overeenstemt met haar basisconcept. De reputatie van Microsoft als leverancier van kwaliteitsoftware zou worden aangetast indien zij zou worden verplicht haar naam te zetten op een uitgehold product dat niet de multimediafunctionaliteit biedt die consumenten verwachten van een modern operating system.
- 352 Ten vijfde verduidelijkt Microsoft dat zij de schade aan haar reputatie niet zou kunnen vermijden door de consumenten in te lichten over de eigenschappen van de versie van artikel 6, aangezien zij niet in staat zou zijn om alle noodzakelijke tests uit te voeren voor de opstelling van een complete lijst van de applicaties die niet goed

zullen werken met de versie van artikel 6. In de praktijk zouden vele consumenten waarschijnlijk niet in staat zijn de gevolgen van het ontbreken van multimedia-technologie in de versie van artikel 6 te begrijpen.

353 Ten zesde zou de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking ernstige schade toebrengen aan het auteursrecht van Microsoft op Windows. Microsoft zou immers worden verplicht haar werk aan te passen door er de delen van de softwarecode uit te verwijderen die de multimediafunctionaliteit leveren die volgens Microsoft in een modern operating system opgenomen moet zijn en waarvan het ontbreken het product gebrekkig maakt. Die schade aan het auteursrecht van Microsoft zou onherstelbaar zijn, omdat er geen enkele manier zou zijn om de uitgeholde versies van Microsoft uit de roulatie te halen, wanneer de aanpassing eenmaal op de markt is gebracht.

354 In haar opmerkingen van 19 augustus 2004 betwist Microsoft een aantal van de argumenten van de Commissie met betrekking tot de aantasting van de merken en de reputatie van Microsoft. Microsoft betwist met name de kritiek van de Commissie dat de „indruk [...] dat de Windows operating systems altijd de aanwezigheid van het fundamentele ontwerpconcept van [Microsoft] garanderen [...] feitelijk onjuist” is, waarbij de Commissie aantekent dat Microsoft reeds een aantal verschillende versies van Windows produceert. Volgens Microsoft heeft het bestaan van de door de Commissie genoemde producten geen enkele weerslag op de door haar aangetoonde ernstige en onherstelbare schade. Windows CE en Windows XP Embedded zijn immers geen client PC operating systems. De overige versies van Windows waarover de Commissie het heeft, namelijk Professional, Home, Media Center Edition en Tablet PC Edition, bieden alle dezelfde gemeenschappelijke kern van interfaces, namelijk de „Win32 API's”. Dat zijn de interfaces die softwareproducenten sinds de uitgave van Windows NT 3.5 en Windows 95 hebben gebruikt voor het ontwerpen van Windows-applicaties, zodat alle versies van Windows XP de werking van alle bestaande Windows-applicaties kunnen verzekeren. In haar opmerkingen over de memories in interventie voert Microsoft hetzelfde argument aan tegen de bewering van RealNetworks dat het Windows-platform reeds gefragmenteerd is.

- 355 Wat voor Microsoft en eindgebruikers van belang is, is dat de meest recente versie van Windows die is bedoeld om te worden gebruikt als operating system voor algemeen gebruik, namelijk Windows XP, in al haar versies de uitvoering mogelijk maakt van elke Windows-applicatie die in de laatste tien jaar is ontworpen. Dat zou ondenkbaar zijn in het geval van de versie van artikel 6, hoewel die versie door consumenten zal worden beschouwd als een client PC operating system voor algemeen gebruik.
- 356 Tot slot voegt Microsoft, eveneens in haar opmerkingen van 19 augustus 2004, toe dat de Commissie haar mening lijkt te delen over de onherstelbaarheid van de aangevoerde schade, aangezien volgens haar de „ontkoppelde versies van Windows niet kunnen worden teruggehaald bij de gebruikers”. De Commissie stelt niettemin dat de resterende schade niet onomkeerbaar zou zijn, omdat „Microsoft het internet zou kunnen gebruiken om [Windows Media Player] te verstrekken aan elke afnemer die [de versie van artikel 6] heeft gekocht”. Die hypothetische mogelijkheid is feitelijk onjuist. Zij houdt geen rekening met gebruikers van de versie van artikel 6 die geen internetverbinding hebben. Bovendien zou Microsoft zonder de voorafgaande toestemming van gebruikers geen softwarecode op hun client PC's downloaden en installeren. De versie van artikel 6 zou gedurende lange tijd, dan wel voor altijd in de handen van consumenten blijven. Microsoft voegt toe dat de Commissie, zelfs indien zij gelijk zou hebben dat er gebruikers zijn die de voorkeur zouden geven aan de versie van artikel 6, eveneens moet toegeven dat er gebruikers zijn die Microsoft geen toestemming zouden geven om de multimediafunctionaliteit in hun operating system terug te brengen.
- 357 Het standpunt van Microsoft over het bestaan van ernstige en onherstelbare schade wordt gesteund door Exor. Volgens haar zou de geleden schade niet afhangen van de besluiten van derden, namelijk het besluit van de consumenten om de versie van artikel 6 aan te schaffen, noch van een „gebrek aan ijver” aan de kant van Microsoft. De versie van artikel 6 zou onvermijdelijk een tweederangs product zijn, omdat de verwijdering van een onderdeel van het Windows operating system storingen zou veroorzaken in andere onderdelen die een beroep doen op de verwijderde code om multimediafunctionaliteiten te bieden. Zelfs indien het technisch mogelijk zou zijn om Windows volledig te herstructureren om deze onderlinge afhankelijkheid te verwijderen, zou de efficiencywinst die uit deze onderlinge afhankelijkheid voortvloeit, volledig verloren zijn. De beschikking verplicht Microsoft tot de

ontwikkeling van een volledig andere versie van Windows. Het zou derhalve niet volstaan de multimediafunctionaliteit achteraf te installeren, omdat de onderdelen die zijn aangepast om geen beroep meer te doen op die functionaliteit, nadien daartoe niet meer in staat zouden zijn.

c) De afweging van belangen

358 Microsoft is van mening dat bij de afweging van de in het geding zijnde belangen de balans sterk doorslaat ten gunste van opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking. Zij stelt, ten eerste, dat het niet nodig is om artikel 6, sub a, van de beschikking onmiddellijk ten uitvoer te leggen, ten tweede, dat die tenuitvoerlegging haar en derden ernstige schade zou toebrengen, en ten derde, dat bij de afweging van de belangen rekening moet worden gehouden met de verplichtingen van de Gemeenschap op grond van internationale verdragen.

1) Het ontbreken van de noodzaak van onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking

359 Allereerst stelt Microsoft dat het belang van de Commissie bij de oplegging van een doeltreffende herstelmaatregel niet vereist dat artikel 6, sub a, van de beschikking onmiddellijk ten uitvoer wordt gelegd. De opgelegde corrigerende maatregel heeft uitdrukkelijk tot doel Microsoft het vermeend beslissende concurrentievoordeel van de multimediafunctionaliteit van Windows af te nemen, namelijk het feit dat het ruime verspreiding geniet doordat het is geïntegreerd in het meest courante client PC operating system. Volgens Microsoft toont een aantal feiten aan dat de bezorgdheid van de Commissie over de ruime verspreiding van de multimediafunctionaliteit van Windows niet gerechtvaardigd is.

- 360 Ten eerste verhindert de integratie van de multimediafunctionaliteit in Windows op geen enkele wijze dat consumenten onder Windows één of meer mediaspelers van derde ondernemingen gebruiken, integendeel, dat bevordert de ontwikkeling van die mediaspelers aangezien zij veelal in zekere mate op die functionaliteit berusten.
- 361 Ten tweede staat het leveranciers van mediaspelers van derde ondernemingen vrij om hun producten wijd en zijd te distribueren, met name door middel van overeenkomsten met OEM's of door het downloaden vanaf het internet.
- 362 Ten derde staat het de leveranciers van mediaspelers van derde ondernemingen op grond van het Amerikaanse akkoord vrij om exclusieve overeenkomsten te sluiten met OEM's, waardoor de multimediafunctionaliteit in hun product de enige zou zijn die aan de eindgebruiker wordt geboden.
- 363 Ten vierde zouden leveranciers van mediaspelers van derde ondernemingen hun producten zodanig kunnen ontwerpen, dat zij bestanden in de Windows Media-formats kunnen afspelen.
- 364 Ten vijfde heeft de Commissie zelf de nadruk gelegd op het gemak waarmee consumenten mediaspelers op hun client PC's kunnen downloaden. Voorts heeft de Commissie aan de ruime verspreiding van de multimediafunctionaliteit van Windows geen enkel belang gehecht bij haar onderzoek naar de kans dat de mediaspeler van AOL, als gevolg van de concentratie AOL/Time Warner, zeer snel de populairste mediaspeler ter wereld zou worden (zie punt 329 hierboven).

365 Vervolgens stelt Microsoft dat het standpunt van de Commissie en de opgelegde corrigerende maatregel zijn gebaseerd op een uiterst speculatieve redenering, volgens welke de ruime verspreiding van de multimediafunctionaliteit van Windows de aanbieders van inhoud in de toekomst zal dwingen om uitsluitend gebruik te maken van Windows Media-formats, hetgeen alle mediaspelers van derde ondernemingen uit de markt zou verdrijven. Er is geen enkele rechtvaardiging voor de speculaties van de Commissie, dat elke vertraging in de toepassing van artikel 6, sub a, van de beschikking ertoe zou leiden dat de markt „omslaait” ten gunste van Windows Media Player, wat alle verdere mededinging zou uitsluiten.

366 Ten eerste heeft de integratie van een multimediafunctionaliteit in Windows op geen enkele wijze de opkomst van mediaspelers van derde ondernemingen verhinderd, zoals blijkt uit het voorbeeld van iTunes. Bovendien legt Microsoft gegevens over die aantonen dat tussen april 2003 en april 2004, hoewel het gebruik van Windows Media Player is gestegen, de gebruikersaantallen van zowel RealPlayer als QuickTime stabiel zijn gebleven.

367 Ten tweede is er niet het minste bewijs dat de aanbieders van inhoud „omslaan” naar Windows Media-formats.

368 Ten derde weerspreken de feiten de theorie dat de verwijdering van de code van Windows Media Player noodzakelijk is, omdat de OEM's niet bereid zijn mediaspelers van derde ondernemingen te pre-installeren, indien zij Windows niet zonder de multimediafunctionaliteit mogen distribueren (punt 851 van de beschikking).

369 Ten vierde stelt de Commissie in haar opmerkingen van 21 juli 2004 voor de eerste keer dat „zelfs een marktaandeel van 5 % voor PC's met uitsluitend een concurrerende mediaspeler softwareontwerpers ertoe zal aanzetten om ook voor deze speler applicaties te ontwerpen”. Die stelling is onjuist, bevestigt dat de

Commissie de fragmentatie van Windows tot doel heeft, en is strijdig met de doelstelling van de Commissie die bestaat in de vergroting van de keus van de consument.

370 Ten vijfde bestrijdt Microsoft in haar opmerkingen van 19 augustus 2004 de bewering van de Commissie dat de onmiddellijke uitvoering van de corrigerende maatregel noodzakelijk is om „de consument in staat te stellen te kiezen”.

371 Ten zesde is Microsoft van mening, eveneens in haar opmerkingen van 19 augustus 2004, dat de mediaspelers van derde ondernemingen nog steeds in grote aantallen worden gedistribueerd en dat een groot gedeelte van de inhoud nog steeds wordt verspreid in andere formats dan die van Microsoft.

372 Ten zevende voegt Microsoft in haar opmerkingen over de memories in interventie toe dat de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel van artikel 6, sub a, van de beschikking in het segment van de „eindgebruiker” en het kanaal van de „OEM's” niet tegemoet zal komen aan de zorgen die aan de beschikking ten grondslag liggen. In de eerste plaats is het immers moeilijk voor te stellen, welke voordelen een „eindgebruiker” zal ondervinden van een versie van artikel 6 ten opzichte van een complete versie van Windows, aangezien beide voor dezelfde prijs zouden worden aangeboden. In de tweede plaats heeft de Commissie niet onderzocht, in hoeverre de OEM's bereid zouden zijn om exclusiviteitsovereenkomsten aan te gaan voor de client PC's die zij in de EER distribueren.

2) De schade als gevolg van de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking

373 Microsoft is van mening dat de schade die zou voortvloeien uit de onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6 sub a, van de beschikking, reëel en aanzienlijk zou

zijn, aangezien de tenuitvoerlegging het Microsoft onmogelijk zou maken haar lang gevestigde en doeltreffende bedrijfsmodel te handhaven, zoals zij heeft aangetoond in haar betoog met betrekking tot de spoedeisendheid. Overigens stelt Microsoft, op dit punt breder gesteund door CompTIA, ACT, Mamut en TeamSystem, DMDSecure.com e.a. en Exor, dat rekening moet worden gehouden met de belangen van softwareproducenten en internetsiteontwerpers wier activiteit afhankelijk is van een uniform Windows-platform.

374 Ten eerste zouden applicaties en internetsites die zijn ontworpen met de multimediafunctionaliteit van Windows als uitgangspunt, niet meer goed werken in de versie van artikel 6.

375 Ten tweede zou onmiddellijke tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking de applicaties en de internetsites treffen die op dit ogenblik in ontwikkeling zijn of die in de toekomst zullen worden ontwikkeld, en die ernstige en onherstelbare schade zal niet kunnen worden vermeden door middel van het installeren van mediaspelers van derde ondernemingen.

376 Ten derde betwist Microsoft in haar opmerkingen van 19 augustus 2004 het betoog van de Commissie dat softwareproducenten die applicaties ontwerpen die steunen op de functionaliteit van Windows, „gebruik kunnen maken” van „de mogelijkheid om „de speler als onderdeel van hun applicatie en via hun [internet]site te herdistribueren” en dat „het in de softwarebranche normaal is voor softwareontwerpers om hun applicaties zodanig vorm te geven dat zij zich op intelligente wijze kunnen aanpassen aan de mogelijke afwezigheid van een (geüpdate) mediaspeler”, zodat „de kosten van dergelijke aanpassingen van applicaties [...] waarschijnlijk onbeduidend zullen zijn of ten minste niet meer zullen bedragen dan de kosten die gewoonlijk worden gemaakt wanneer Microsoft een nieuwe versie (of een update) van Windows levert”. In de praktijk, aldus Microsoft, zou de procedure om de multimediafunctionaliteit in de versie van artikel 6 terug te brengen, voor derden even ingewikkeld en lastig zijn als voor Microsoft.

377 Ten vierde voegt Microsoft toe dat bij de beoordeling van de verschillende in het geding zijnde belangen in de onderhavige zaak het belang in gedachten moet worden gehouden, dat in de procedure voor de District Court, die het Amerikaanse akkoord heeft bekrachtigd, is toegekend aan de belangen van softwareproducten en aan de nadelen van de fragmentatie van Windows.

3) De verplichtingen van de Gemeenschap op grond van de TRIPs-overeenkomst

378 Tot slot verzoekt Microsoft het Gerecht om rekening te houden met de verplichtingen die de TRIPs-overeenkomst de Gemeenschap oplegt.

2. De argumenten van de Commissie en de interveniënten aan haar zijde

a) De *fumus boni juris*

379 De Commissie, op dit punt ondersteund door CCIA vóór haar afstand van interventie, is van oordeel dat de stelling van Microsoft op het eerste gezicht ongegrond is en moet worden verworpen.

380 Zij stelt dat haar vaststellingen met betrekking tot koppelverkoop zijn gebaseerd op volkomen erkende juridische en economische theorieën en dat het misbruik in de vorm van de koppelverkoop welzeker de eigenschappen vertoont die in de rechtspraak op het gebied van koppelverkoop zijn vastgesteld (punten 794 e.v. van de beschikking). Microsoft brengt geen enkele technische efficiëntiewinst naar voren waarvoor de „integratie” van Windows Media Player een vereiste zou zijn (punten 962-969 van de beschikking).

381 Ten eerste, wat het bestaan van een uitsluitingseffect op de markt betreft, ziet de Commissie allereerst niet, hoe het bestaan van een verschil ten opzichte van bepaalde eerdere zaken, waarnaar Microsoft verwijst, steun oplevert voor haar bewering dat in het onderhavige geval een nieuwe theorie is toegepast. Dat een uitsluitingseffect wordt aangetoond waar het gewoonlijk wordt verondersteld, betekent niet dat een nieuwe juridische theorie wordt toegepast. De Commissie erkent dat de beschikking, anders dan de beschikkingen die in bepaalde eerdere zaken zijn vastgesteld (arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, bevestigd door arrest Hof van 2 maart 1994, Hilti/Commissie, C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, en arrest Tetra Pak/Commissie, aangehaald punt 126 hierboven, bevestigd door arrest Hof van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie, C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951), niet concludeert dat er per se een uitsluitingseffect op de markt is (punten 841 e.v.), maar de specifieke omstandigheden van het geval in aanmerking neemt, dat wil zeggen het feit dat mediaspelers, soms gratis, kunnen worden gedownload van het internet.

382 Uit het bewijsmateriaal in de onderhavige zaak blijkt evenwel dat geen enkele andere producent van mediaspelers de alomtegenwoordigheid van Windows Media Player, die het gevolg is van de koppeling ervan aan Windows, kan evenaren, en bovendien dat deze situatie een aanzienlijke invloed kan hebben op producenten van aanvullende software en inhoud. De verlaging, wegens de koppelverkoop, van het aantal beschikbare applicaties en de hoeveelheid beschikbare inhoud voor mediaspelers van andere producenten is uiteindelijk schadelijk voor consumenten, omdat daardoor de innovatie in die producten wordt beperkt, wat de intrinsieke waarde ervan ook zou zijn. Microsoft heeft geen enkele objectieve rechtvaardiging voor deze praktijk aangedragen.

383 Overigens is de bewering van Microsoft dat de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot uitsluiting berusten op speculatie, rechtens en feitelijk onjuist. Punten 879 tot en met 896 van de beschikking bieden een heldere beschrijving van de weerslag van de koppelverkoop op aanbieders van inhoud en onafhankelijke softwareproducenten. Uit de beschikking volgt dat het gebruik van Windows Media Player terrein wint, hoewel volgens Microsoft zelf andere mediaspelers door gebruikers hoger worden gewaardeerd op het gebied van kwaliteit (punten 948-951). Bovendien hoeft de Commissie op grond van de rechtspraak niet te bewijzen dat alle concurrerende mediaspelers uit de markt zijn verdreven (arresten Gerecht van

30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 239; 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punten 149 en 160, en 17 december 2003, British Airways/Commissie, T-219/99, Jurispr. blz. II-5917, punt 239).

384 Ten tweede, wat het bestaan van afzonderlijke producten betreft, stelt de Commissie dat het Hof en het Gerecht voor recht hebben verklaard dat het bestaan van onafhankelijke producenten die zijn gespecialiseerd in de productie van het gekoppelde product, reeds wijst op het bestaan van een afzonderlijke vraag van de kant van de consumenten en dus op een afzonderlijke markt voor het gekoppelde product. Die zienswijze stemt tevens overeen met de Amerikaanse rechtspraak.

385 Ten derde zijn de argumenten waarmee Microsoft wil aantonen dat er geen druk is uitgeoefend op consumenten, in de beschikking reeds weerlegd.

386 De Commissie wijst tot slot de argumenten van Microsoft van de hand met betrekking tot haar beide andere middelen. Ten eerste, wat de vermelding door Microsoft van de krachtens de TRIPs-overeenkomst op de Gemeenschap rustende verplichtingen betreft, verwijst de Commissie naar haar betoog inzake de corrigerende maatregel van artikel 5, sub a, van de beschikking (zie punt 195 hierboven). Ten tweede is de Commissie van mening dat de corrigerende maatregel van artikel 6, sub a, van de beschikking evenredig is, aangezien Microsoft het recht behoudt een gebundelde versie van Windows met Windows Media Player aan te bieden, en zelfs indien bepaalde afnemers de versie van artikel 6 zouden kiezen, zouden zij nog steeds de mogelijkheid hebben om dat product desgewenst aan te vullen met Windows Media Player.

b) De spoedeisendheid

387 De Commissie, op dit punt ondersteund door RealNetworks en SIIA, alsook door CCIA vóór haar afstand van interventie, is van mening dat Microsoft niet heeft aangetoond dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden wegens de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking.

c) De afweging van belangen

388 De Commissie is van oordeel dat bij de belangenafweging de balans doorslaat ten gunste van verwerping van het verzoek van Microsoft, met name wat het algemene belang van de instandhouding van op zijn minst daadwerkelijke mededinging betreft. De markt voor mediaspelers nadert het stadium, dat zij zou kunnen beginnen om te slaan. De Commissie wordt op dit punt gesteund door RealNetworks en SIIA. De Commissie voegt dienaangaande toe dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel de positie van Microsoft op de markt voor mediaspelers niet radicaal zou kunnen veranderen, maar het eenvoudig mogelijk zou maken de mededinging op die markt te stabiliseren en dus de status quo te bewaren, wat de structuur van die markt betreft. Enkel de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel zou de keuze van de consument kunnen beschermen en zou hen in staat stellen te profiteren van de innovatie in digitale mediadiensten.

389 Wat het risico van schade aan derden betreft, bestrijdt de Commissie de argumenten die zijn gebaseerd op de vorderingen die sommige softwareproducenten, sommige internetsiteontwerpers of aanbieders van inhoud mogelijk zouden kunnen instellen. De Commissie acht de kans op schade die indirect aan de computerbranche in het algemeen zou kunnen worden toegebracht, eveneens klein.

B — Beoordeling door de kortgedingrechter

1. De fumus boni juris

³⁹⁰ In de woorden van artikel 2, sub b, van de beschikking wordt Microsoft verweten inbreuk te hebben gemaakt op artikel 82 EG door „van mei 1999 tot de datum van de beschikking de beschikbaarheid van het Windows client PC operating system afhankelijk te stellen van de gelijktijdige aankoop van Windows Media Player”. Om een oplossing voor die situatie te bieden verplicht artikel 4 van de beschikking Microsoft om overeenkomstig artikel 6 van de beschikking een einde te maken aan die inbreuk. Artikel 6, sub a, van de beschikking legt Microsoft de verplichting op „een volledig werkende versie van haar Windows client PC operating system zonder Windows Media Player” op de markt te brengen. De beschikking verduidelijkt evenwel dat „Microsoft [het recht] behoudt om het Windows client PC operating system tezamen met Windows Media Player aan te bieden”.

³⁹¹ Ter ondersteuning van haar conclusie dat haar vordering aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt, gebruikt Microsoft een reeks argumenten die in wezen uit vijf delen bestaat. Microsoft stelt, ten eerste, dat de Commissie in de beschikking een speculatieve theorie heeft toegepast die op niets is gebaseerd; ten tweede, dat de Commissie meer belang had moeten hechten aan de voordelen van het ontwerpconcept van het Windows operating system; ten derde, dat de beschikking niet aantoonde dat er een inbreuk op artikel 82 EG is; ten vierde, dat de beschikking onvoldoende rekening houdt met de verplichtingen die de TRIPs-overeenkomst aan de Gemeenschap oplegt, en ten vijfde, dat de door de beschikking opgelegde corrigerende maatregel onevenredig is.

³⁹² In het licht van het betoog van Microsoft in het kader van het kort geding, kunnen het vierde en het vijfde deel van dit betoog niet worden geacht voldoende ernstig te zijn om een op het eerste gezicht gegronde vordering op te leveren.

393 Microsoft heeft in haar verzoek het gedeelte met betrekking tot de onevenredigheid van de corrigerende maatregel immers te beknopt uiteengezet. Zij heeft dienaangaande uitsluitend aangegeven dat „de door de beschikking opgelegde corrigerende maatregel onevenredig is”. Zij legt met name niet uit, hoe het Gerecht de gestelde onevenredigheid van de door artikel 6, sub a, van de beschikking opgelegde maatregel zou moeten vaststellen. Wat het gedeelte met betrekking tot de miskennen van de TRIPs-overeenkomst betreft, is dat onvoldoende uitgewerkt om de kortgedingrechter in staat te stellen daarover een bruikbare uitspraak te doen. Microsoft heeft zich immers in haar verzoek in kort geding beperkt tot de stelling dat „de beschikking onvoldoende rekening houdt met de verplichtingen die de [TRIPs-overeenkomst] aan de Europese Gemeenschap oplegt”. Bovendien is geoordeeld dat de verwijzing naar het betoog in bijlage T.9 niet in overeenstemming met de toepasselijke procedurele voorschriften was (zie punt 88 hierboven).

394 De kortgedingrechter is evenwel van oordeel dat de overige argumenten van Microsoft ingewikkelde vragen opwerpen die het Gerecht in de hoofdzaak moet oplossen, en dat die argumenten in het kader van het kort geding niet kunnen worden geacht op het eerste gezicht ongegrond te zijn.

395 In de eerste plaats werpt deze zaak een ingewikkelde vraag op met betrekking tot het eerste deel van het betoog van Microsoft, dat in wezen is gebaseerd op de onwettige toepassing door de Commissie van een nieuwe theorie op het gebied van koppelverkoop.

396 Met dat argument verwijt Microsoft de Commissie in wezen dat zij tot de conclusie is gekomen dat de markt voor mediaspelers in het voordeel van Microsoft ging „omslaan”, zonder enige poging te ondernemen om die theorie te toetsen aan de realiteit van de markt. Microsoft beroept zich met name op het feit dat gebruikers van client PC's met Windows gemakkelijk gebruik kunnen maken van verschillende mediaspelers die verschillende formats gebruiken, en dat de aanbieders van inhoud gebruik maken van verschillende formats. Volgens Microsoft is de beschikking in dat opzicht enkel op veronderstellingen gebaseerd.

397 Om tot de conclusie te komen dat de verkoop van Windows Media Player tezamen met Windows een door artikel 82 EG verboden koppelverkoop was, was de Commissie in de beschikking, ten eerste, van oordeel dat Microsoft een economische machtspositie op de markt voor client PC operating systems had (punt 799), hetgeen Microsoft niet betwist. Ten tweede was de Commissie van mening dat streaming mediaspelers en client PC operating systems onderscheiden producten waren (punten 800-825). Ten derde was de Commissie van mening dat Microsoft het haar afnemers onmogelijk maakte om Windows aan te schaffen zonder Windows Media Player (punten 826-834). Ten vierde heeft de Commissie het bestaan van uitsluitingseffecten op de markt onderzocht. Dienaangaande volgt uit punt 841 van de beschikking dat de Commissie met de volgende woorden heeft geantwoord op het betoog van Microsoft dat de door de Commissie gehekkelde praktijk niet zulke effecten had: „Wat de koppelverkoop van [Windows Media Player] aangaat, zijn er inderdaad omstandigheden die een nader onderzoek rechtvaardigen van de effecten die die koppelverkoop in dit geval op de mededinging heeft. Terwijl de Commissie en de gemeenschapsrechter in klassieke gevallen van koppelverkoop hebben geoordeeld dat de uitsluitingseffecten voor concurrerende verkopers worden aangetoond door de bundeling van een op zichzelf staand product met een dominant product, kunnen gebruikers in zekere mate concurrerende mediaspelers, soms gratis, verkrijgen via het internet. Er zijn dus inderdaad goede redenen om niet zonder verder onderzoek aan te nemen dat de koppelverkoop van [Windows Media Player] een handelwijze is die naar haar aard de mededinging kan uitsluiten”. Gelet op de kenmerken van de betrokken markt heeft de Commissie derhalve erkend dat het onderhavige geval specifieke kenmerken vertoont vanuit het oogpunt van haar eerdere praktijk en van hetgeen zij achtte overeen te stemmen met de in de rechtspraak op het gebied van koppelverkoop ontwikkelde beginselen.

398 Daarom kan het betoog van Microsoft één of meer belangrijke principiële vragen opwerpen die gevolgen kunnen hebben voor de regelmatigheid van het onderzoek van de Commissie. Wat dat betreft is het vaste rechtspraak dat het begrip misbruik van een machtspositie een objectief begrip is, dat betrekking heeft op de gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten (arrest Hof

van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91; arrest Gerecht van 7 oktober 1999, Irish Sugar/Commissie, T-228/97, Jurispr. blz. II-2969, punt 111).

399 In het onderhavige geval is de Commissie in wezen van mening, dat het mededingingsbeperkende effect van de koppelverkoop het gevolg is van „indirecte netwerkeffecten”. Die effecten komen voort uit het feit dat de aanwezigheid van Windows Media Player in alle door Windows gedistribueerde operating systems de aanbieders van inhoud en producenten van applicaties ertoe aanzet hun producten te ontwerpen met Windows Media Player als uitgangspunt (punt 842). Om dat aan te tonen heeft de Commissie zich grotendeels gebaseerd op feitelijke gegevens van nu en vroeger met betrekking tot de beweegredenen van aanbieders van inhoud en producenten van applicaties (punten 879-896). Toch ondersteunen die gegevens, zoals blijkt uit met name de punten 842 en 984 van de beschikking, een op zijn minst deels prospectieve analyse van de risico's voor de mededinging die het gevolg zijn van de aangevochten praktijk.

400 Zoals de Commissie heeft opgemerkt, is voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 82 EG natuurlijk voldoende dat wordt aangetoond dat de onrechtmatige gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken of, met andere woorden, dat de gedraging een dergelijk effect heeft of kan hebben (arresten Michelin/Commissie, aangehaald in punt 383 hierboven, punt 239, en British Airways/Commissie, aangehaald in punt 383 hierboven, punt 293). Toch werpt de onderhavige zaak de ingewikkelde vraag op of, en zo ja, onder welke omstandigheden de Commissie zich mag baseren op de waarschijnlijkheid dat de markt zal omslaan om een door een dominante onderneming gehanteerde koppelverkoop te bestraffen, wanneer in voorkomend geval die gedraging naar haar aard de mededinging niet kan beperken.

401 In de tweede plaats rijst een belangrijke vraag in het kader van de beoordeling van het betoog van Microsoft dat de Commissie meer belang had moeten toekennen aan de positieve effecten van het „ontwerpconcept” van het Windows operating system. Dat betoog zou het Gerecht er immers toe kunnen brengen in het kader van de hoofdzaak de voorwaarden te onderzoeken waaronder het bestaan van een objectieve rechtvaardiging de conclusie zou wettigen dat een praktijk van

koppelverkoop met mededingingsbeperkende effecten niet verboden is onder artikel 82 EG. De oplossing van die moeilijke vraag vereist op het eerste gezicht een beoordeling van de vraag of mogelijke positieve effecten, verbonden aan de groeiende standaardisatie van bepaalde producten, een objectieve rechtvaardiging kunnen zijn, dan wel of de positieve effecten van standaardisatie, zoals de Commissie stelt, enkel kunnen worden aanvaard wanneer zij het resultaat zijn van de mededinging of van besluiten van normalisatie-instellingen.

402 In de derde plaats bestrijdt Microsoft, buiten de principiële vragen die de beoordeling van deze twee delen opwerpt, de strekking van de feitelijke veronderstellingen waarop de analyse van de Commissie is gebaseerd. Wat het eerste deel van haar betoog betreft, stelt zij in het bijzonder dat de analyse van de Commissie met betrekking tot het bestaan van „indirecte netwerkeffecten” wordt weersproken door het feit dat de aanbieders van inhoud nog steeds gebruik maken van verschillende formats. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft betwist dat zulks het geval is, ten minste tot op zekere hoogte. Het staat aan het Gerecht om in het kader van de hoofdzaak uitspraak te doen over deze feitelijke vragen en over de gevolgtrekkingen die daaraan eventueel kunnen worden verbonden, wat de geldigheid van de analyse van de Commissie betreft.

403 In de vierde plaats kan het betoog van Microsoft dat „Windows en haar multimediafunctionaliteit” voor de toepassing van artikel 82 EG op het gebied van koppelverkoop niet twee onderscheiden producten zijn, in het kader van het kort geding niet worden geacht op het eerste gezicht ongegrond te zijn, gelet met name op het feit dat Microsoft en andere producenten sinds vele jaren bepaalde multimediafunctionaliteiten in hun client PC operating systems opnemen.

404 De eerste drie delen van het betoog van Microsoft werpen dus verschillende belangrijke vragen op, met name ten aanzien van de ingewikkelde economische beoordelingen die zij zowel rechtens als feitelijk inhouden. De kortgedingrechter is

van mening dat de argumenten van Microsoft in het kader van het kort geding niet kunnen worden geacht op het eerste gezicht ongegrond te zijn, zodat de voorwaarde van de fumus boni juris is vervuld.

2. De spoedeisendheid

405 Microsoft stelt dat de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking de waarde van het Windows-platform onherstelbaar zal aantasten, hetgeen haar twee soorten ernstige en onherstelbare schade zou toebrengen. Die twee soorten schade dienen afzonderlijk te worden beoordeeld.

a) De gestelde aantasting van het „fundamentele ontwerpconcept” van het Windows operating system

406 Artikel 6, sub a, van de beschikking legt Microsoft de verplichting op een product te ontwerpen en op de markt te brengen dat zij momenteel niet verkoopt en waarvan zij aangeeft dat het onverenigbaar is met een fundamenteel onderdeel van haar commerciële beleid. Meer in het bijzonder stelt Microsoft dat artikel 6, sub a, van de beschikking het „fundamentele ontwerpconcept” van het Windows operating system aantast. In wezen beroept Microsoft zich aldus op aantasting van haar commerciële vrijheid.

407 Wat dat betreft, blijkt uit het dossier dat Microsoft sinds vele jaren een operating system in de handel brengt waarvan zij vindt dat het haar gebruikers algemene functionaliteiten biedt, die geleidelijk zijn uitgebreid en waarbij met name sinds 1992 bepaalde multimediafunctionaliteiten zijn inbegrepen. Bovendien blijkt uit het

dossier voldoende duidelijk dat Microsoft zich, althans over het algemeen, inspant om ervoor te zorgen dat de meest recente versie van haar Windows operating system voor algemeen gebruik de werking van applicaties die voor haar eerdere versies zijn ontworpen, mogelijk maakt.

- 408 Hier moet worden benadrukt dat de tenuitvoerlegging van de beschikking Microsoft zou verplichten een operating system te verkopen zonder bepaalde multimedia-functionaliteiten waarvan zij vindt dat zij een integraal onderdeel vormen van dat operating system. De beschikking tast dus de commerciële vrijheid van Microsoft aan. Bovendien zouden bepaalde applicaties die zijn ontworpen om te werken onder Windows en Windows Media Player tezamen, niet naar behoren kunnen werken onder de versie van artikel 6, tenminste ingeval die versie van een mediaspeler verstoken zou blijven.
- 409 Dienaangaande herinnert de kortgedingrechter eraan dat het ondernemingen die actief zijn op het grondgebied van de Gemeenschap, in beginsel vrijstaat om het commerciële beleid te kiezen dat zij gepast achten, gelet op het recht van vrije beroepsuitoefening dat volgens vaste rechtspraak (arresten Hof van 13 december 1979, Hauer, 44/79, Jurispr. blz. 3727, punten 31-33, en 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad, C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punt 51) behoort tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Dat houdt met name in dat in beginsel elke onderneming vrijelijk beslissingen kan nemen over de aard en de eigenschappen van de producten die zij op de markt wil brengen. Toch kan een aantasting van de commerciële vrijheid van een onderneming in het kader van een verzoek in kort geding niet altijd geacht worden die laatste ernstige en onherstelbare schade toe te brengen. Bijgevolg moet de mogelijke ernst en onherstelbaarheid van een aantasting van de commerciële vrijheid van een onderneming in het licht van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld (zie punt 292 hierboven).
- 410 Onder de omstandigheden van het onderhavige geval moet worden aangenomen dat de aantasting van de commerciële vrijheid van Microsoft, op zichzelf beschouwd en afgezien van haar concrete effecten op de markt, niet kan worden geacht

onherstelbaar te zijn. Indien de gevolgen die de beschikking voorafgaand aan de eventuele nietigverklaring ervan, op de markt zou kunnen hebben, buiten beschouwing worden gelaten, ligt niet voor de hand dat Microsoft niet in staat zou zijn om haar „fundamentele ontwerpconcept” opnieuw toe te passen op alle producten die zij na die nietigverklaring op de markt zal brengen, in het geval dat zij in de hoofdzaak in het gelijk zou worden gesteld. Zelfs indien Microsoft zou hebben aangetoond dat de aantasting van haar commerciële vrijheid op zich ernstige schade oplevert, lijkt die schade in dat geval derhalve niet onherstelbaar.

411 Toch moet worden onderzocht, of de aantasting van de commerciële vrijheid van Microsoft, in het licht van haar concrete gevolgen op de markt gedurende de periode tot aan de uitspraak in de hoofdzaak, die onderneming ernstige en onherstelbare schade zou kunnen toebrengen. In dat opzicht moet rekening worden gehouden met de gevolgen die voor Microsoft zouden kunnen voortvloeien uit, ten eerste, de verplichting om de versie van artikel 6 te ontwerpen, ten tweede, het op de markt brengen van die versie en, ten derde, de mogelijkheid dat die versie zou worden aangeschaft door afnemers van Microsoft.

412 In de eerste plaats heeft Microsoft tijdens de hoorzitting gesteld dat haar „concept” zou worden aangetast, met name in het licht van de „oefening in futiliteit” die het ontwerpen van de versie van artikel 6 zou zijn, zelfs indien de versie van artikel 6 niet in aanmerkelijke hoeveelheden zou worden aangeschaft.

413 Voorzover Microsoft daarmee verwijst naar de noodzaak de versie van artikel 6 te ontwerpen, heeft zij onvoldoende nadere gegevens overgelegd over de nadelen die het gevolg zouden zijn van die verplichting. Waarschijnlijk zou de dientengevolge door Microsoft geleden schade trouwens hoofdzakelijk bestaan uit ontwikkelingskosten. Bij ontbreken van bewijs van het tegendeel zou dergelijke schade van financiële aard zijn, hetgeen geen onherstelbare schade is, behoudens in uitzonder-

lijke omstandigheden waarvan in het onderhavige geval geen sprake is (beschikking president Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 24; beschikking president Gerecht van 28 mei 2001, Poste Italiane/Commissie, T-53/01 R, Jurispr. blz. II-1479, punt 119).

- 414 In de tweede plaats, voor zover het betoog van Microsoft aldus moet worden begrepen dat zij schade zou lijden door het enkele feit dat zij de versie van artikel 6 op de markt zou moeten brengen, of die versie nu daadwerkelijk zou worden aangeschaft of niet, heeft Microsoft onvoldoende nadere gegevens overgelegd over de aard, de ernst en de onherstelbaarheid van die beweerd nadelen. Voor zover het betoog van Microsoft aldus moet worden begrepen dat haar reputatie zou worden aangetast, zal dit tegelijk met het tweede gedeelte van de door haar aangevoerde schade worden onderzocht (zie punten 442-475 hieronder).
- 415 Tijdens de hoorzitting heeft Microsoft evenwel toegevoegd dat er, zelfs indien er geen vraag zou zijn naar de versie van artikel 6, een bepaalde onzekerheid zou zijn voor derden, met name aanbieders van inhoud. Zij zouden immers niet weten hoeveel versies van artikel 6 zijn verspreid. Volgens Microsoft zou dit Windows minder aantrekkelijk maken.
- 416 Wat dat betreft zij eraan herinnerd dat de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding moet worden beoordeeld uit het oogpunt van de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt (zie de in punt 240 hierboven aangehaalde rechtspraak). Voorzover de door Microsoft aangevoerde onzekerheid schade aan derden zou kunnen veroorzaken, kan zij derhalve niet in aanmerking worden genomen uit hoofde van de spoedeisendheid (zie in die zin beschikking president Hof van 6 mei 1988, Enossi Kitroparaggon Kritis/Commissie, 112/88 R, Jurispr. blz. 2597, punt 20). Toch moeten de argumenten van Microsoft onderzocht worden dat de bij derden teweeggebrachte onzekerheid op haar beurt de aantrekkingskracht van haar platform zou verminderen.

- 417 Allereerst legt Microsoft geen nadere gegevens of bewijs over op grond waarvan de precieze aard, het bestaan, de ernst en de onherstelbaarheid van de vermindering van de aantrekkingskracht van Windows, die door die beweerde onzekerheid zou worden veroorzaakt, kan worden beoordeeld. Gesteld met name dat de door Microsoft aangevoerde vermindering van de aantrekkingskracht betekent dat bepaalde derden die afhankelijk zijn van „de stabiliteit van Windows”, vanwege het in de handel brengen van de versie van artikel 6 zouden kunnen besluiten om hun producten niet meer voor dat platform te ontwerpen, legt Microsoft onvoldoende bewijs over dat die ondernemers een dergelijke keuze mogelijk in aanzienlijke aantallen zouden maken.
- 418 Op dit punt merkt de kortgedingrechter ten overvloede op dat geen van de interveniënten aan de zijde van Microsoft heeft gesteld dat zij vanwege de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking mogelijk zou ophouden haar producten voor het Windows-platform te ontwerpen. Die partijen hebben immers aangegeven dat de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking hen zou kunnen schaden, met name omdat zij zouden moeten kiezen of zij zich al dan niet aanpassen aan de op de markt teweeggebrachte onzekerheid. Daarentegen blijft in dit stadium de mogelijkheid dat zij ervoor zouden kiezen hun producten niet aan te passen aan de versie van artikel 6, in zeer hoge mate hypothetisch. Zelfs indien de kans dat deze ondernemers hun producten niet aanpassen aan de versie van artikel 6, rechtens genoegzaam zou zijn bewezen, zou dat, zoals de Commissie benadrukt, niet bewijzen dat zij daarom zouden ophouden hun producten te ontwerpen voor de versie van Windows mét Windows Media Player. In feite heeft geen van de interveniënten ter ondersteuning van Microsoft gesteld dat zij vanwege de beschikking mogelijk ertoe gebracht zou worden haar producten voor een ander operating system te ontwerpen. Het is dus niet aangetoond dat de vermindering van de aantrekkingskracht van Windows, al is het maar ten opzichte van de interveniënten, voor Microsoft in de praktijk enige betekenis zou hebben.
- 419 Tot slot heeft Microsoft op geen enkel moment concreet aangetoond dat de onzekerheid met betrekking tot de uniformiteit van het Windows-platform een vermindering van zijn aantrekkingskracht voor eindgebruikers of haar afnemers zou veroorzaken.

- 420 In de derde plaats moet worden onderzocht welke gevolgen voor Microsoft voortvloeien uit de mogelijkheid dat de versie van artikel 6 in aanzienlijke hoeveelheden zou worden aangeschaft.
- 421 Wat dat betreft moet vooraf worden vastgesteld dat de corrigerende maatregel van artikel 4 en artikel 6, sub a, van de beschikking bedoeld is om een einde te maken aan de door de Commissie vastgestelde inbreuk en niet vooruitloopt op de toekomstige ontwikkeling van de markt. Zoals de Commissie tijdens de hoorzitting heeft opgemerkt, sluit de corrigerende maatregel niet uit dat Windows Media Player, gelet op haar eigen merites en door de mededinging, die volgens de Commissie zou zijn hersteld, in de praktijk ook in de toekomst steeds tezamen met het operating system van Microsoft zal worden aangeschaft.
- 422 Bovendien uit Microsoft van haar kant ernstige twijfels over de kans dat de versie van artikel 6 in aanzienlijke hoeveelheden zal worden verkocht.
- 423 Dienaangaande volgt uit de punten 69 en 70 van de beschikking dat client PC operating systems hoofdzakelijk via twee distributiekkanalen in de handel worden gebracht: ten eerste, door distributie aan eindgebruikers, en ten tweede, door distributie aan OEM's, die de client PC's monteren en er over het algemeen een operating system op installeren.
- 424 Wat de distributie aan eindgebruikers betreft, heeft Microsoft in haar opmerkingen over de memories in interventie aangegeven: „Het is moeilijk voor te stellen welke voordelen een afnemer in dat kanaal zal ondervinden van een [versie van artikel 6] ten opzichte van een complete versie van Windows, aangezien beide voor dezelfde prijs zouden worden aangeboden”. In dezelfde opmerkingen verduidelijkt Microsoft: „Het is moeilijk voor te stellen hoe een rationele eindgebruiker ooit zou kunnen kiezen voor een dergelijke versie”.

425 Wat verder de OEM's betreft, geeft Microsoft aan: „Het is denkbaar dat een concurrerende verkoper van mediaspelers zal trachten een OEM door middel van betaling of compensatie ertoe te brengen de [versie van artikel 6] in licentie te nemen en op basis van exclusiviteit tezamen met zijn mediaspeler te verkopen”. Vervolgens verwijt Microsoft de Commissie evenwel dat zij niet heeft onderzocht in welke mate OEM's bereid zouden zijn om dergelijke overeenkomsten aan te gaan. Zij voegt toe: „Het feit dat OEM's momenteel verscheidene mediaspelers installeren en dat geen enkele verkoper van mediaspelers OEM's lijkt te hebben betaald om alle zichtbare toegang tot Windows Media Player te verwijderen [...], wijst erop dat verkopers van mediaspelers onvoldoende belangstelling hebben voor exclusieve regelingen om te betalen voor de [versie van artikel 6]”. Bovendien heeft Microsoft tijdens de hoorzitting haar twijfels herhaald over hoe aanzienlijk de verkoopgetallen van de versie van artikel 6 mogelijk zouden zijn, ook al blijft zij de mogelijkheid voorzien dat sommige van haar concurrenten met OEM's exclusiviteitsovereenkomsten zouden sluiten.

426 Vastgesteld moet dus worden dat Microsoft ernstige twijfels heeft over de mogelijkheid dat de versie van artikel 6 in aanzienlijke hoeveelheden zou worden verkocht.

427 Volgens vaste rechtspraak moet de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt, het bewijs leveren dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder ernstige en onherstelbare schade te lijden (zie de in punt 240 hierboven aangehaalde rechtspraak). In die context volstaat, met name wanneer de verwerkelijking van de schade afhangt van het zich voordoen van een aantal factoren, dat die schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien (beschikking Duitsland/Raad, aangehaald in punt 241 hierboven, punten 22 en 34, en beschikking HFB e.a./Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 67). De verzoeker blijft evenwel gehouden de feiten te bewijzen waarop hij zijn verwachting van die ernstige en onherstelbare schade baseert (beschikking HFB e.a./Commissie, aangehaald in punt 241 hierboven, punt 67).

- 428 Aangezien Microsoft onvoldoende bewijs heeft overgelegd om tot de tegenovergestelde zienswijze te neigen, staat het in het onderhavige geval niet aan de kortgedingrechter om vooruit te lopen op het effect dat de corrigerende maatregel van artikel 6, sub a, van de beschikking op de markt zal hebben. Zoals Microsoft lijkt te erkennen, moet dus worden vastgesteld dat de mogelijkheid dat de verkoopaantallen van de versie van artikel 6 een aanmerkelijk niveau zouden kunnen bereiken, in dit stadium en in het licht van het bewijs waarover de kortgedingrechter beschikt, in zeer hoge mate hypothetisch blijft.
- 429 De vooronderstelling waarop in deze situatie de door Microsoft gestelde schade is gebaseerd, kan derhalve niet worden geacht te zijn bewezen.
- 430 Zelfs indien Microsoft rechtens genoegzaam de kans zou hebben aangetoond dat de versie van artikel 6 in aanmerkelijke hoeveelheden zou worden verkocht, moet in ieder geval worden opgemerkt, zoals de Commissie stelt, dat Microsoft in het onderhavige geval zich niet beroept op een onomkeerbare ontwikkeling van de markt als gevolg van die verkopen. Microsoft zou immers de mogelijkheid hebben om in geval van nietigverklaring van de beschikking de enige versie van Windows met Windows Media Player opnieuw in de handel te brengen en dus opnieuw en uitsluitend toe te passen wat zij beschouwt als het „fundamentele ontwerpconcept” van het Windows operating system. Het is niet bewezen dat er hindernissen zouden zijn die Microsoft zouden beletten de positie op de markt die zij voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van de corrigerende maatregel innam, opnieuw in te nemen.
- 431 Toch stelt Microsoft dat zij om twee afzonderlijke redenen ernstige en onherstelbare schade zou lijden.
- 432 In de eerste plaats stelt Microsoft: „De voordelen die het gevolg zijn van de uniformiteit van het Windows-platform zouden onherroepelijk worden verloren”. Zij voegt toe dat de veroorzaakte schade niet zou kunnen worden hersteld door nietigverklaring van de beschikking, omdat „de ingenieurs van Microsoft er immers

van [zouden] moeten uitgaan dat ten minste sommige van de in de EER gedistribueerde exemplaren van Windows geen multimediafunctionaliteit zullen hebben”, waardoor zij „gedurende vele jaren rekening moeten houden met het bestaan van twee versies”.

- 433 Microsoft verduidelijkt evenwel onvoldoende, hoe de verplichting die op haar ingenieurs zou rusten een negatieve invloed zou hebben op het hernemen van haar „fundamentele ontwerpconcept” na de eventuele nietigverklaring van de beschikking, of dit onmogelijk zou maken. Microsoft legt allereerst niet uit, hoe zij na de eventuele nietigverklaring van de beschikking zou worden belet opnieuw uitsluitend de versie van Windows met Windows Media Player te distribueren.
- 434 Microsoft lijkt vervolgens te menen dat de door haar aangevoerde schade niet onbeperkt in de tijd zou zijn, aangezien zij zich volgens haar „gedurende vele jaren” zou voordoen.
- 435 Microsoft legt evenmin bewijs over op grond waarvan de ernst van de schade als gevolg van de aanvullende inspanningen die haar ontwerpers zouden moeten leveren om rekening te houden met het bestaan van twee versies, rehtens genoegzaam kan worden beoordeeld. Bij gebreke van nadere gegevens dienaangaande is er alle reden om aan te nemen dat die inspanningen extra kosten en derhalve schade van financiële aard zouden teweegbrengen, hetgeen geen onherstelbare schade is, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden waarvan in het onderhavige geval geen sprake is (beschikkingen Abertal e.a./Commissie, punt 413 hierboven, punt 24, en Poste Italiane/Commissie, punt 413 hierboven, punt 119).
- 436 Tot slot toont Microsoft evenmin aan, hoe het voor haar onmogelijk of op zijn minst ernstig en onherstelbaar schadelijk zou zijn om, in geval van nietigverklaring van artikel 4 en artikel 6, sub a, van de beschikking, niet langer rekening te houden met het bestaan van reeds in de handel gebrachte exemplaren van de versie van artikel 6.

- 437 Op het eerste element van de door Microsoft aangevoerde schade kan dus niet een verwachting van ernstige en onherstelbare schade worden gebaseerd.
- 438 In de tweede plaats stelt Microsoft dat „derden die afhankelijk zijn van de stabiliteit en de coherentie van het Windows-platform” eveneens gedurende vele jaren rekening zouden moeten houden met het bestaan van twee versies, „hetgeen hun kosten zou doen stijgen en al die tijd de aantrekkingskracht van Windows zou verminderen”.
- 439 Wat dat betreft, moeten in deze context de opmerkingen in de punten 421 tot en met 428 hierboven worden herhaald. Het is niet aangetoond dat er in de praktijk een voldoende groot risico bestaat dat de ondernemers die momenteel hun producten voor Windows ontwerpen, daarmee zouden ophouden of dat consumenten, afnemers en andere ondernemers waarvan Microsoft meent dat zij afhankelijk zijn van de stabiliteit van Windows, hun aankopen of hun gebruik van dat product mogelijk zouden verminderen, zelfs indien de versie van artikel 6 in aanzienlijke hoeveelheden zou zijn verkocht.
- 440 Wat de twee elementen van de door Microsoft aangevoerde schade betreft, is de kortgedingrechter tot slot in ieder geval van mening, naast de bevinding die reeds in punt 430 hierboven is gedaan, dat de Commissie overtuigend bewijs heeft geleverd dat Microsoft na de eventuele nietigverklaring van de beschikking de mogelijkheid zou hebben om bepaalde mechanismen te gebruiken, met name een update van haar operating system, om Windows Media Player te distribueren en derhalve de koppeling tussen Windows Media Player en haar operating system op zijn minst in zeer hoge mate te herstellen. Microsoft en de interveniënten aan haar zijde hebben deze beweringen niet voldoende gedetailleerd weersproken om de grote waarschijnlijkheid uit te sluiten dat Microsoft Windows Media Player kan distribueren in volkomen toereikende hoeveelheden om de door haar aangevoerde ernstige schade te vermijden.

441 Derhalve moet worden geconcludeerd dat Microsoft niet heeft aangetoond dat de
tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking haar ernstige en
onherstelbare schade zou toebrengen vanwege de aantasting van haar „fundamen-
tele ontwerpconcept” of meer in het algemeen vanwege een aantasting van haar
commerciële vrijheid.

b) De gestelde aantasting van de reputatie van Microsoft

442 Microsoft stelt dat de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking
schade zal toebrengen aan haar reputatie als een „ontwerper van kwaliteitssoftware”,
voornamelijk vanwege de storingen waardoor de versie van artikel 6 volgens
Microsoft zal worden getroffen.

443 In het onderhavige geval berust de door Microsoft gestelde schade grotendeels op de
veronderstelling dat de Windows-versie van artikel 6 een ongunstige invloed zal
hebben op de werking van applicaties en internetsites die een beroep doen op
bepaalde functionaliteiten van Windows Media Player, alsook op bepaalde
onderdelen van het Windows operating system zelf.

444 In de eerste plaats moet dus worden beoordeeld in welke mate de door Microsoft
aangevoerde problemen bestaan en in voorkomend geval of zij niet gemakkelijk te
vermijden zijn.

445 In dat opzicht moet allereerst worden vastgesteld dat de Commissie, als antwoord
op de vragen van de kortgedingrechter, heeft aangegeven dat volgens haar een
product met de door Microsoft genoemde eigenschappen — dat wil zeggen een
product dat het operating system niet toestaat een beroep te doen op de
functionaliteiten die volgens Microsoft ontbreken — een „volledig werkende” versie

van Windows in de zin van artikel 6, sub a, van de beschikking zou zijn, gesteld dat de genoemde functionaliteiten werkelijk die zijn die normaal worden geboden door Windows Media Player.

- 446 Vervolgens moeten de problemen die volgens Microsoft de werking van het Windows operating system zouden aantasten, en de problemen die volgens Microsoft de werking van bepaalde applicaties en bepaalde internetsites zouden aantasten, afzonderlijk worden onderzocht.
- 447 Wat ten eerste de problemen betreft die volgens Microsoft de werking van het Windows operating system zouden aantasten, heeft RealNetworks een reeks tests uitgevoerd om aan te tonen dat zij kunnen worden opgelost door de installatie van een mediaspeler van een derde onderneming. Microsoft bestrijdt niet dat zulks het geval zou zijn voor sommige van de aangevoerde problemen, maar blijft erbij dat onopgeloste problemen zouden voortbestaan en dat de mate waarin zij zouden kunnen worden opgelost, zou afhangen van de geïnstalleerde mediaspeler.
- 448 In het licht van de gegevens die de partijen hebben overgelegd, is de kortgeding-rechter van oordeel dat niet is aangetoond dat de mediaspelers van derde ondernemingen onder alle omstandigheden zouden kunnen garanderen dat de door Microsoft geïdentificeerde functionaliteiten volledig worden vervangen. De vervanging van die functionaliteiten hangt immers sterk af van de technische mogelijkheden van de geïnstalleerde mediaspeler. Aan de andere kant zou de installatie van een dergelijke mediaspeler het wel mogelijk maken die verscheidene functionaliteiten in vrij hoge mate te vervangen.
- 449 Wat ten tweede de problemen betreft met betrekking tot het gebruik van bepaalde applicaties en bepaalde internetsites, moet in het licht van het bewijs dat de interveniënten aan de zijde van de Commissie hebben geleverd, eveneens worden opgemerkt dat de betrokken functionaliteiten grotendeels kunnen worden vervan-

gen door de installatie van mediaspelers van derde ondernemingen. Bovendien zou het voor de ontwerpers van internetsites en applicaties die momenteel afhankelijk zijn van Windows Media Player, interessant zijn om de gebruikers aan te moedigen dat programma te downloaden of het zelf te distribueren onder de licenties die daartoe doorgaans door Microsoft worden verleend, zelfs indien dat voor hen kosten zou meebrengen.

450 De in de drie voorgaande punten genoemde factoren verlagen in wezenlijke mate de kans dat de eindgebruikers iets merken van de door Microsoft aangevoerde problemen.

451 In haar opmerkingen over de memories in interventie en tijdens de hoorzitting heeft Microsoft weliswaar gesteld dat de gestelde problemen in de door RealNetworks uitgevoerde tests enkel konden worden opgelost door de installatie van een gedeelte van de code van Windows Media Player. Dat punt is niet formeel weersproken door de Commissie en RealNetworks, wat de problemen met betrekking tot de werking van bepaalde applicaties en bepaalde internetsites betreft. RealNetworks heeft evenwel verduidelijkt dat de installatie van die code had plaatsgevonden door de applicaties zelf of, in het geval van internetsites, door middel van een downloadfaciliteit die op die sites aanwezig was. Partijen zijn het dus ten dele eens met het betoog van Microsoft. Dat heeft evenwel in ieder geval geen gevolgen voor de beoordeling van de vraag of de verlangde opschorting van de tenuitvoerlegging met spoed moet worden gelast. In het onderhavige geval is immers niet van belang dat sommige van de door Microsoft gestelde problemen enkel kunnen worden opgelost indien een gedeelte van de code van Windows Media Player of in voorkomend geval de gehele code van Windows Media Player wordt geïnstalleerd door de betrokken applicatie of via de internetsite zelf, indien door de installatie van die code werkelijk een toereikend gedeelte van de door Microsoft gestelde problemen kan worden opgelost.

452 Eveneens zonder relevantie is het betoog van Microsoft dat het opnieuw installeren van verschillende delen van de code van Windows Media Player problemen zou veroorzaken met de veiligheid of de stabiliteit van de versie van artikel 6. Microsoft

heeft immers geen bewijs overgelegd dat de eventuele installatie van de oude code van Windows Media Player instabiliteit van het Windows operating system zou kunnen veroorzaken of dat andere gelijksoortige problemen zouden kunnen worden ervaren. Voor zover Microsoft tot slot bedoelt dat de toevoeging van afzonderlijke stukken code aan verschillende exemplaren van de versie van artikel 6 de uniformiteit van haar platform in gevaar brengt, voegt dat niets toe aan het betoog met betrekking tot de aantasting van haar „fundamentele ontwerpconcept”, dat reeds is verworpen (zie punten 406-441 hierboven).

453 Derhalve is niet aangetoond dat de door Microsoft aangevoerde problemen niet op zijn minst grotendeels zouden kunnen worden vermeden.

454 In de tweede plaats moet in ieder geval worden vastgesteld dat Microsoft, voor zover sommige van de door haar gestelde problemen blijven bestaan, aan de kortgeding-rechter geen bewijs heeft overgelegd waarmee rechtens genoegzaam wordt aangetoond dat eindgebruikers of, meer in het algemeen, haar afnemers het eventuele ontbreken of de gebrekkige werking van die functionaliteiten in verband zouden brengen met een onvoorzien defect van het product van Microsoft, in plaats van met de normale gevolgen van het ontbreken van een mediaspeler en, meer in het bijzonder, van Windows Media Player. Zelfs indien alle door Microsoft genoemde problemen zouden bestaan en mogelijk niet kunnen worden vermeden, heeft Microsoft immers niet bewezen dat het voor haar onmogelijk of op grond van de beschikking verboden zou zijn om haar afnemers in te lichten over de objectieve eigenschappen van de versie van artikel 6 en hen er aldus toe te brengen, met kennis van zaken keuzes te maken.

455 Wat dat betreft heeft Microsoft weliswaar gesteld dat het voor haar onmogelijk zou zijn om de tests uit te voeren waarmee zij alle gebreken van de versie van artikel 6 en met name alle applicaties die niet met deze versie zouden werken, zou kunnen identificeren. Microsoft heeft evenwel geen enkel bewijs overgelegd, op grond

waarvan kan worden geoordeeld over de onmogelijkheid om die tests uit te voeren voor de problemen die volgens haar voor haar operating system worden veroorzaakt. Wat vervolgens de tests betreft die nodig zijn om de goede werking van bepaalde applicaties en bepaalde internetsites te beoordelen, heeft Microsoft niet aangetoond hoe het loutere feit dat haar afnemers weten dat Windows Media Player niet aanwezig is in de versie van artikel 6, niet zou volstaan zijn om hen in te lichten over de mogelijkheid dat bepaalde applicaties en bepaalde internetsites die afhankelijk zijn van de functionaliteiten van Windows Media Player, mogelijk niet naar behoren zouden werken.

456 Meer in het algemeen moet worden benadrukt dat de Commissie uitdrukkelijk heeft aangegeven dat Microsoft volgens haar het recht heeft haar afnemers in te lichten over het ontbreken van Windows Media Player in de versie van artikel 6. Microsoft heeft niet aangetoond dat die wetenschap alleen ontoereikend zou zijn om haar afnemers in staat te stellen te begrijpen wat de mogelijke gevolgen van hun keus zouden zijn voor de beschikbaarheid van bepaalde multimediafunctionaliteiten.

457 Wat de rechtstreekse distributie van haar producten aan eindgebruikers betreft, stelt Microsoft dat weinigen onder hen begrijpen hoe Windows-applicaties een beroep doen op multimediafunctionaliteiten, maar zij legt geen enkel bewijs over waarmee deze stellingen kunnen worden ondersteund en op grond waarvan de werkelijke omvang van de onkundigheid van de consument zou kunnen worden beoordeeld.

458 Wat de distributie aan OEM's betreft, is er overigens alle reden om te denken dat zij bijzonder oordeelkundige kopers zijn en dat zij derhalve weloverwogen keuzes kunnen maken. Indien derhalve de versie van artikel 6 de door Microsoft aangevoerde onoplosbare problemen vertoont, nog bij gebreke van bewijs van het tegendeel worden aangenomen dat de OEM's ze eenvoudigweg niet zullen aanschaffen of dat zij ze met kennis van zaken en dus zonder schade voor Microsoft zullen aanschaffen.

- 459 Onder die omstandigheden is niet aangetoond dat het feit dat een afnemer van Microsoft, wie hij ook is, de versie van artikel 6 kiest en zich geconfronteerd ziet met de door Microsoft aangevoerde problemen, de reputatie van Microsoft zou kunnen aantasten.
- 460 In de derde plaats heeft Microsoft, zelfs indien rechtens genoegzaam zou zijn aangetoond dat geen van de door Microsoft gestelde problemen zou kunnen worden vermeden en dat de afnemers en consumenten geen weloverwogen keus zouden kunnen maken, geen bewijs naar voren gebracht op grond waarvan kan worden geoordeeld over de werkelijke ernst van die gebreken en in het bijzonder over de mate waarin zij concrete gevolgen zouden kunnen hebben voor haar reputatie bij de verschillende ondernemers in de branche.
- 461 Microsoft legt immers geen bewijs over dat kan aantonen dat de door haar geïdentificeerde gebreken in wezenlijke mate invloed zouden kunnen hebben op de perceptie van eindgebruikers en OEM's. Zij legt met name geen enkel bewijs over voor de manier waarop die partijen de functionaliteiten opvatten die zij in haar verzoek als gebrekkig beschrijft. Wat dat betreft noemt Microsoft herhaaldelijk het voorbeeld van de „My Music”-directory, die een gedetailleerd overzicht biedt van de bestanden die op de harde schijf van een client PC zijn vastgelegd, en meer in het bijzonder van bepaalde digitale multimedia-inhoud. Volgens Microsoft is in de versie van artikel 6 een dergelijk gedetailleerd overzicht niet mogelijk, met of zonder concurrerende mediaspeler. Toch legt Microsoft geen enkel bewijs over op grond waarvan de kortgedingrechter kan oordelen over de kans dat dat probleem de eindgebruikers voldoende gemakkelijk zou opvallen. Microsoft toont evenmin aan dat dat probleem, zelfs indien het gemakkelijk zou worden opgemerkt, aanmerkelijke gevolgen voor haar reputatie zou hebben. Bij gebreke van voldoende bewijs voor het daadwerkelijke belang van de betrokken functionaliteiten voor eindgebruikers en hun verwachtingen, is de kortgedingrechter niet in staat de werkelijke gevolgen van de door Microsoft aangevoerde problemen voor haar reputatie te beoordelen.
- 462 Microsoft heeft overigens evenmin bewezen dat de tenuitvoerlegging van artikel 4 en artikel 6, sub a, van de beschikking aanmerkelijke gevolgen zou hebben voor haar

reputatie bij andere marktdeelnemers dan haar afnemers, en met name voor haar reputatie bij ontwerpers van internetsites en producenten van applicaties. Het is wat dat betreft overigens veelzeggend dat geen van de interveniënten aan de zijde van Microsoft heeft aangegeven dat haar eigen perceptie van die onderneming mogelijk zou veranderen of dat zij haar producten mogelijk niet langer zou ontwerpen om te worden gebruikt met die van Microsoft.

463 In de vierde plaats is niet duidelijk dat Windows Media Player niet gemakkelijk verkrijgbaar zou zijn en niet gemakkelijk in de versie van artikel 6 zou kunnen worden geïnstalleerd. Zelfs indien sommige consumenten en afnemers geen weloverwogen keus zouden maken en zulks enige ontevredenheid aan hun kant tot gevolg zou hebben, heeft Microsoft dus niet aangetoond hoe dat niet eenvoudig zou kunnen worden opgelost door hen in te lichten over de mogelijkheid die zij hebben om Windows Media Player later te verkrijgen.

464 In de vijfde plaats en nog steeds aangenomen dat de gestelde gebreken rechtens genoegzaam zijn bewezen en onherstelbaar zijn, zou de ernst van de aantasting van de reputatie van Microsoft in hoge mate afhangen van de werkelijke verspreiding van de versie van artikel 6. In deze context moet de reeds gemaakte bevinding (zie punten 421-428 hierboven) worden herhaald dat het, bij gebreke van toereikend bewijs, niet aan de kortgedingrechter staat om vooruit te lopen op de gevolgen van de corrigerende maatregel voor de markt, en dat Microsoft zelf twijfels uit over de hoogte van de verkoopaantallen van de versie van artikel 6 en niet stelt dat er een risico van een onomkeerbare ontwikkeling op de markt is.

465 In de zesde plaats heeft Microsoft, zelfs indien zij ondanks al het voorgaande rechtens genoegzaam zou hebben aangetoond dat er een risico van een ernstige aantasting van haar reputatie is, niet aangetoond dat er structurele of juridische hindernissen zijn die haar beletten de reclamemiddelen in te zetten die haar in staat zouden stellen haar reputatie te herstellen.

466 Microsoft is dus niet geslaagd in het bewijs dat de tenuitvoerlegging van artikel 4 en artikel 6, sub a, van de beschikking haar reputatie ernstige en onherstelbare schade zou kunnen toebrengen.

467 Microsoft voert evenwel het bestaan van schade aan haar reputatie vanuit twee aanvullende en meer specifieke gezichtspunten aan, namelijk schade aan haar merken en een inbreuk op haar auteursrecht.

1) De gestelde schade aan de merken van Microsoft

468 Wat in de eerste plaats de schade aan de merken van Microsoft betreft, voor zover die wordt geacht schade toe te brengen aan haar reputatie of het gevolg van die schade te zijn, met name vanwege de ontoereikende kwaliteit van de versie van artikel 6, moet dat betoog worden verworpen om de redenen die in de punten 454 tot en met 459 hierboven reeds zijn uiteengezet. Microsoft heeft immers met name niet aangetoond dat de gestelde gebreken, gesteld dat zij bestaan, een negatieve en aanmerkelijke invloed zouden hebben op de perceptie van eindgebruikers. Derhalve moet met name het betoog dat is uiteengezet in de „Standpuntbepaling over het merkenrecht” (bijlage R.6), die bij het verzoekschrift van Microsoft is gevoegd, worden verworpen.

469 Voor zover het betoog van Microsoft inhoudt dat haar merk Windows niet meer de aanwezigheid van haar „basisconcept” zou garanderen, herinnert de kortgeding-rechter eraan dat de wezenlijke functie van het merk daarin is gelegen dat aan de consument of de eindverbruiker de identiteit van oorsprong van de gemerkte waar of dienst wordt gewaarborgd, in dier voege dat hij deze waar of dienst zonder gevaar voor verwarring kan onderscheiden van waren of diensten van andere herkomst. Om zijn rol van essentieel onderdeel van het stelsel van onvervalste mededinging dat het EG-Verdrag tot stand wil brengen, te kunnen vervullen, dient het merk de

waarborg te bieden dat alle van dat merk voorziene waren of diensten zijn vervaardigd of verricht onder controle van een en dezelfde onderneming, die verantwoordelijk kan worden geacht voor de kwaliteit ervan (zie met name arrest Hof van 29 april 2004, Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, Jurispr. blz. I-5791, punt 20). Voorzover het merk het mogelijk zou maken de aanwezigheid van bepaalde objectieve eigenschappen van een product te garanderen, zoals Microsoft lijkt te stellen, beschikt de kortgedingrechter hoe dan ook niet over bewijs dat hem in staat stelt voldoende nauwkeurig te beoordelen, buiten de perceptie die Microsoft heeft van haar „basisconcept” en haar merk, hoe dat merk daadwerkelijk wordt opgevat door afnemers op de betrokken markt. Dat is met name het geval met betrekking tot gegevens die het mogelijk maken vanuit het oogpunt van die afnemers te oordelen over de objectieve eigenschappen die daarmee in verband zouden kunnen worden gebracht, alsook in voorkomende gevallen de werkelijke ernst van een variatie in die eigenschappen.

470 Aangezien Microsoft in geval van nietigverklaring van artikel 6, sub a, van de beschikking de mogelijkheid zal hebben om opnieuw en uitsluitend de Windows-versie met Windows Media Player op de markt te brengen en zij niet heeft aangetoond dat het voor haar onmogelijk zou zijn om in voorkomend geval de aangewezen reclamemiddelen in te zetten, heeft zij in ieder geval niet aangetoond dat de gestelde schade aan haar merk, gesteld dat die is aangetoond en ernstig is, onherstelbaar zou zijn.

2) De gestelde inbreuk op het auteursrecht van Microsoft

471 Wat ten laatste de gestelde inbreuk op het auteursrecht van Microsoft betreft, moet vooraf worden benadrukt dat Microsoft niet heeft aangegeven hoe een inbreuk op dat recht verband zou kunnen houden met de schade aan haar reputatie die zij stelt.

- 472 Bovendien is het betoog van Microsoft op dit punt zeer beknopt en bijzonder vaag. Microsoft verwijst in deze context niet naar specifieke voorschriften ten betoge dat het feit dat zij zelf — zij het gedwongen — haar werk aanpast, een inbreuk op haar auteursrecht zou zijn.
- 473 Overigens is het enkele feit dat een beschikking van de Commissie in zekere mate invloed kan hebben op intellectuele-eigendomsrechten, bij gebreke van verdere uitleg onvoldoende om te concluderen dat er ernstige en onherstelbare schade is, ten minste indien de concrete gevolgen van die inbreuk buiten beschouwing worden gelaten. In het onderhavige geval zijn de enige door Microsoft gestelde concrete gevolgen die welke eerder reeds zijn beschreven en verworpen als ontoereikend om ernstige en onherstelbare schade op te leveren (punten 411-466 hierboven).
- 474 Voor zover Microsoft tot slot te kennen geeft dat de circulatie van exemplaren van de versie van artikel 6, dat wil zeggen van een gedwongen aanpassing van haar werken, haar morele schade zou toebrengen, zou die schade, bij gebreke van bewijs van het tegendeel, ernstig noch onherstelbaar zijn. Dat is des te meer het geval wanneer, zoals hierboven reeds is vastgesteld (punten 422-429 hierboven), niet is aangetoond dat de versie van artikel 6 mogelijk in aanzienlijke aantallen zou worden verspreid of dat de daaropvolgende distributie van Windows Media Player niet in zeer hoge mate een oplossing zou bieden voor de verspreiding van de versie van artikel 6.
- 475 Microsoft heeft dus niet aangetoond dat de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking haar ernstige en onherstelbare schade zou kunnen toebrengen door haar reputatie aan te tasten.

476 Derhalve heeft Microsoft niet aangetoond dat de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking haar ernstige en onherstelbare schade zou kunnen toebrengen. Zonder dat het nodig is de betrokken belangen af te wegen, moet het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking derhalve worden afgewezen.

477 Wat het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 4 van de beschikking betreft (punt 27 hierboven), kan dat verzoek niet worden toegewezen. Ten eerste moet worden vastgesteld dat de eerste alinea van dat artikel verwijst naar de artikelen 5 en 6 van de beschikking. Het ontbreken van spoedeisendheid van de opschorting van de tenuitvoerlegging van de artikelen 5 en 6 van de beschikking leidt dus noodzakelijkerwijs tot afwijzing van het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van die verwijzingsbepaling. Ten tweede, voor zover het verzoek in kort geding beoogt de opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 4, tweede alinea, van de beschikking te verkrijgen, volstaat het op te merken dat Microsoft onvoldoende argumenten ter ondersteuning van die conclusie naar voren heeft gebracht en dat de gevolgen van het in die alinea bedoelde verbod in dit stadium in ieder geval volkomen hypothetisch blijven.

478 Het verzoek moet derhalve worden afgewezen in zijn geheel.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) Het verzoek van Microsoft Corp. om vertrouwelijke behandeling wordt toegewezen in het stadium van de procedure in kort geding.

- 2) **Audiobanner.com, handelend onder de handelsnaam VideoBanner, wordt toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie in de procedure in kort geding.**
- 3) **Computer & Communications Industry Association wordt doorgehaald als interveniënte aan de zijde van de Commissie in de procedure in kort geding.**
- 4) **Novell Inc. wordt doorgehaald als interveniënte aan de zijde van de Commissie in de procedure in kort geding.**
- 5) **Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.**
- 6) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 22 december 2004.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf

Inhoudsoverzicht

De feiten	II - 4473
De beschikking	II - 4475
I — De in de beschikking geïdentificeerde relevante markten en de economische machtspositie van Microsoft op twee van die markten	II - 4475
De in de beschikking geïdentificeerde relevante markten	II - 4475
Economische machtspositie van Microsoft op de markt voor client PC operating systems en op de markt voor werkgroepserver operating systems ..	II - 4477
II — In de beschikking geïdentificeerd misbruik	II - 4479
In de beschikking geïdentificeerde weigering	II - 4479
In de beschikking geïdentificeerde koppelverkoop	II - 4480
III — De aan Microsoft opgelegde corrigerende maatregelen en geldboete	II - 4482
Gerechtelijke procedures wegens overtreding van Amerikaanse antitrustwetgeving	II - 4484
Procesverloop	II - 4485
In rechte	II - 4491
I — Het verzoek om vertrouwelijke behandeling	II - 4493
II — Het verzoek tot tussenkomst van VideoBanner	II - 4493
III — De gevolgen van de afstand van interventie door bepaalde interveniënten	II - 4494
IV — De naleving van vormvoorschriften met betrekking tot schriftelijke stukken ..	II - 4495
De verwijzingen naar het verzoekschrift in de hoofdzaak	II - 4495
De overlegging van stukken in de loop van het geding	II - 4497
Het ontbreken van bewijs	II - 4498
De niet-naleving van bepaalde andere vormvoorschriften	II - 4499

V — Ten gronde	II - 4499
Het vraagstuk van de informatie inzake compatibiliteit	II - 4499
A — De argumenten van partijen	II - 4499
1. De argumenten van Microsoft en de interveniënten aan haar zijde	II - 4499
a) De fumus boni juris	II - 4499
b) De spoedeisendheid	II - 4504
1) Inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten	II - 4504
i) Waardevolle informatie	II - 4504
ii) Door intellectuele-eigendomsrechten beschermde informatie	II - 4505
Auteursrechtelijke bescherming	II - 4506
Octrooibescherming	II - 4507
Bescherming van bedrijfsgeheimen	II - 4508
Noodzakelijkheid van de informatie	II - 4509
Ernstige en onherstelbare schade	II - 4510
2) Belemmering van de commerciële vrijheid van Microsoft	II - 4512
i) De vrijheid om informatie te vestrekken	II - 4512
ii) De vrijheid om haar producten te ontwikkelen	II - 4514
iii) De noodzaak de protocollen „storingbestendig” te maken	II - 4514
3) Onomkeerbare wijziging van marktomstandigheden	II - 4516
c) De afweging van belangen	II - 4517
2. De argumenten van de Commissie en de interveniënten aan haar zijde	II - 4520
a) Inleidende opmerkingen	II - 4521
1) Het auteursrecht	II - 4521
	II - 4617

2) De octrooien	II - 4525
3) Bedrijfsgeheimen	II - 4526
b) De fumus boni juris	II - 4528
c) De spoedeisendheid	II - 4531
d) De afweging van belangen	II - 4531
B — Beoordeling door de kortgedingrechter	II - 4531
1. De fumus boni juris	II - 4531
2. De spoedeisendheid	II - 4539
a) Voorafgaande opmerkingen	II - 4540
b) De ernstige en onherstelbare schade veroorzaakt door de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de server-to-server protocollen	II - 4543
1) De gestelde aantasting van intellectuele-eigendomsrechten	II - 4544
i) De bekendmaking van informatie inzake compatibiliteit	II - 4544
ii) Het gebruik van de informatie inzake compatibiliteit ..	II - 4550
De gestelde verwatering van de informatie	II - 4550
Het argument dat de producten achterblijven in de distributiekkanalen	II - 4553
Het gestelde „klonen” van de producten	II - 4556
2) De gestelde aantasting van de commerciële vrijheid	II - 4558
i) De gestelde fundamentele verandering van het commer- ciële beleid	II - 4560
ii) De gestelde moeilijkheid de protocollen te verbeteren .	II - 4562
iii) De beweerde noodzaak om de protocollen storing- bestendig te maken	II - 4565
3) De beweerde onomkeerbare ontwikkeling van de markt- omstandigheden	II - 4566
c) De ernstige en onherstelbare schade als gevolg van de verplichting tot bekendmaking van de specificaties van de client-to-server protocollen	II - 4567

De koppelverkoop	II - 4569
A — De argumenten van partijen	II - 4569
1. De argumenten van Microsoft en de interveniënten aan haar zijde.	II - 4569
a) De fumus boni juris	II - 4569
b) De spoedeisendheid	II - 4573
1) De schade die volgens Microsoft het gevolg is van het verlaten van het fundamentele ontwerpconcept dat aan het Windows operating system ten grondslag ligt	II - 4573
2) De schade aan de reputatie van Microsoft	II - 4574
c) De afweging van belangen	II - 4580
1) Het ontbreken van de noodzaak van onmiddellijke tenuit- voerlegging van artikel 6, sub a, van de beschikking	II - 4580
2) De schade als gevolg van de onmiddellijke tenuitvoerleg- ging van artikel 6, sub a, van de beschikking	II - 4583
3) De verplichtingen van de Gemeenschap op grond van de TRIPs-overeenkomst	II - 4585
2. De argumenten van de Commissie en de interveniënten aan haar zijde	II - 4585
a) De fumus boni juris	II - 4585
b) De spoedeisendheid	II - 4588
c) De afweging van belangen	II - 4588
B — Beoordeling door de kortgedingrechter	II - 4589
1) De fumus boni juris	II - 4589
2) De spoedeisendheid	II - 4594
a) De gestelde aantasting van het „fundamentele ontwerpconcept” van het Windows operating system	II - 4594
b) De gestelde aantasting van de reputatie van Microsoft	II - 4604
1) De gestelde schade aan de merken van Microsoft	II - 4611
2) De gestelde inbreuk op het auteursrecht van Microsoft ...	II - 4612