

POSTANOWIENIE PREZESA SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI
z dnia 22 grudnia 2004 r. *

W sprawie T-201/04 R

Microsoft Corp., z siedzibą w Redmond, Waszyngton (Stany Zjednoczone), reprezentowana przez adwokata J.F. Bellisa oraz I.S. Forrester, QC,

strona skarżąca,

popierana przez

The Computing Technology Industry Association, Inc., z siedzibą w Oakbrook Terrace, Illinois (Stany Zjednoczone), reprezentowaną przez adwokatów G. van Gerverna i T. Franchoo oraz B. Kilpatricka, solicitor,

Association for Competitive Technology, Inc., z siedzibą w Waszyngtonie, DC (Stany Zjednoczone), reprezentowaną przez adwokatów L. Ruessmanna oraz P. Heckera,

* Język postępowania: angielski.

TeamSystem SpA, z siedzibą w Pesaro (Włochy),

Mamut ASA, z siedzibą w Oslo (Norwegia),

reprezentowane przez adwokata G. Berrischa,

DMDsecure.com BV, z siedzibą w Amsterdamie (Niderlandy),

MPS Broadband AB, z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja),

Pace Micro Technology plc, z siedzibą w Shipley, West Yorkshire (Zjednoczone Królestwo),

Quantel Ltd, z siedzibą w Newbury, Berkshire (Zjednoczone Królestwo),

Tandberg Television Ltd, z siedzibą w Southampton, Hampshire (Zjednoczone Królestwo),

reprezentowane przez adwokata J. Bourgeois,

Exor AB, z siedzibą w Uppsala (Szwecja), reprezentowaną przez adwokatów S. Martíneza Lagego, H. Brokelmana oraz R. Allendesalazara Corcha,

interwencji,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, reprezentowanej przez R. Wainwrighta, W. Möllsa, F. Castilla de la Torre'a oraz P. Hellströma, działających w charakterze pełnomocników, z adresem do doręczeń w Luksemburgu,

strona pozwana,

popieranej przez

RealNetworks, Inc., z siedzibą w Seattle, Waszyngton (Stany Zjednoczone), reprezentowaną przez adwokatów A. Wincklera, M. Dolmansa oraz T. Grafa,

Software & Information Industry Association, z siedzibą w Waszyngtonie, DC, reprezentowane przez C. A. Simpsona, solicitor,

Free Software Foundation Europe eV, z siedzibą w Hamburgu (Niemcy), reprezentowane przez adwokata C. Pianę,

interwenienci,

mającej za przedmiot wniosek o zawieszenie wykonania art. 4, 5 lit. a)-c) oraz art. 6 lit. a) decyzji Komisji C(2004) 900 wersja ostateczna z dnia 24 marca 2004 r. w sprawie procedury zastosowania art. 82 WE (Sprawa COMP/C-3/37.792 — Microsoft),

PREZES SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

wydaje niniejsze

Postanowienie

Okoliczności powstania sporu

- ¹ Microsoft Corp. (zwana dalej „Microsoft”) opracowuje i wprowadza do obrotu oprogramowanie różnego rodzaju, w tym w szczególności systemy operacyjne dla serwerów oraz stacji roboczych.
- ² W dniu 10 grudnia 1998 r. Sun Microsystems Inc. (zwana dalej „Sun Microsystems”), spółka z siedzibą w Kalifornii (Stany Zjednoczone) dostarczająca między innymi systemy operacyjne dla serwerów, złożyła do Komisji zawiadomienie o naruszeniu. W zawiadomieniu tym Sun Microsystems doniosła o odmowie

przekazania jej przez Microsoft informacji dotyczących technologii umożliwiającej interoperacyjność, to znaczy poprawną współpracę jej systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych. Zdaniem Sun Microsystems, technologia, o której udostępnienie wystąpiła, jest jej niezbędna, by mogła być konkurencyjna na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.

3 W dniu 2 sierpnia 2000 r. Komisja przedstawiła Microsoft zarzuty. Pismo o przedstawieniu zarzutów koncentrowało się głównie na kwestiach dotyczących interoperacyjności między systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych, z jednej strony, a systemami operacyjnymi dla serwerów innych dostawców („interoperacyjność stacja robocza–serwer”), z drugiej. Microsoft odpowiedziała na to pierwsze pismo o przedstawieniu zarzutów w dniu 17 listopada 2000 r.

4 W dniu 29 sierpnia 2001 r. Komisja skierowała do Microsoft drugie pismo o przedstawieniu zarzutów. W piśmie tym Komisja podtrzymała swoje poprzednie zarzuty odnośnie do interoperacyjności stacja robocza–serwer. Komisja poruszyła ponadto pewne kwestie dotyczące interoperacyjności między serwerami grupy roboczej („interoperacyjność serwer–serwer”). Wreszcie Komisja podniosła pewne kwestie dotyczące włączenia programu Windows Media Player do systemu operacyjnego Windows. Przedstawienie tego ostatniego zarzutu było następstwem dochodzenia wszczętego z inicjatywy Komisji, które zostało przeprowadzone w lutym 2000 r. Microsoft odpowiedziała na to drugie pismo o przedstawieniu zarzutów w dniu 16 listopada 2001 r.

5 W dniu 6 sierpnia 2003 r. Komisja skierowała do Microsoft dodatkowe pismo o przedstawieniu zarzutów w celu uzupełnienia dwóch poprzednich pism. Pismami z dnia 17 oraz 31 października 2003 r. Microsoft odpowiedziała na te uzupełniające zarzuty.

- 6 W dniach 12, 13 i 14 listopada 2003 r. Komisja zorganizowała przesłuchanie. Pismem z dnia 1 grudnia 2003 r. Microsoft złożyła uwagi odnośnie do kwestii poruszonych w trakcie przesłuchania przez służby Komisji, składającego zawiadomienie oraz zainteresowane osoby trzecie. W następstwie ostatniej wymiany pism między Komisją a Microsoft Komisja wydała w dniu 24 marca 2004 r. decyzję w sprawie procedury zastosowania art. 82 WE, COMP/C-3/37.792 — Microsoft (zwaną dalej „Decyzją”).

Decyzja

- 7 Według Decyzji, Microsoft naruszyła art. 82 WE oraz art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) z uwagi na nadużycie pozycji dominującej na dwa sposoby.
- 8 Komisja, po pierwsze, określiła trzy różne rynki produktów i stwierdziła, że Microsoft ma na dwóch z nich pozycję dominującą. Po drugie, Komisja określiła dwa rodzaje postępowań Microsoft stanowiące nadużycie tej pozycji. W konsekwencji Komisja nałożyła na Microsoft grzywnę oraz pewne środki naprawcze.

I — Rynki właściwe określone w Decyzji oraz pozycja dominująca Microsoft na dwóch z tych rynków

Rynki właściwe określone w Decyzji

- 9 Pierwszy rynek produktów określony w Decyzji stanowi rynek systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motywy od 324 do 342). System operacyjny jest

produktem — programem, który kontroluje podstawowe funkcje komputera oraz pozwala użytkownikowi na obsługę tego komputera i na działanie wszystkich aplikacji. Stacje robocze to komputery wielofunkcyjne, które zostały stworzone do użytku jednocześnie przez jedną osobę i które mogą zostać podłączone do sieci.

10 Drugi rynek produktów określony w Decyzji stanowi rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy od 343 do 401). Decyzja definiuje „usługi serwerów grupy roboczej” jako usługi sieci podstawowej, z których korzystają pracownicy biurowi w swojej codziennej pracy do trzech rodzajów różnych czynności, to jest, po pierwsze, do wspólnego korzystania z plików składowanych na serwerach, po drugie, do wspólnego korzystania z drukarek oraz, po trzecie, do „administrowania” warunkami, na jakich użytkownicy i grupy użytkowników mają dostęp do usług sieci („zarządzanie użytkownikami i grupami użytkowników”) (motyw 53). Te ostatnie usługi polegają w szczególności na zapewnieniu dostępu oraz zabezpieczonego korzystania z zasobów sieci, zwłaszcza, w pierwszej kolejności, na identyfikacji użytkowników, a następnie weryfikacji uprawnień do dokonania danej czynności (motyw 54).

11 Według Decyzji, trzy typy usług określone w poprzednim punkcie są ściśle powiązane w ramach systemów operacyjnych dla serwerów (motyw 56). Decyzja dodaje w tej kwestii, że „systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej” są systemami opracowanymi i rozprowadzonymi w celu zaoferowania w sposób zintegrowany tych trzech rodzajów usług stosunkowo ograniczonej liczbie stacji roboczych przyłączonych do sieci małych i średnich rozmiarów (motywy 53 i od 345 do 368). Decyzja wskazuje również, że brak popytu na produkty substytucyjne jest umacniany, z jednej strony, przez strategię taryfową Microsoft (motywy od 369 do 382) oraz, z drugiej strony, przez znaczenie interoperacyjności systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej ze stacjami roboczymi (motywy od 383 do 386). Komisja, stwierdziwszy ponadto, że podaż produktów substytucyjnych dla systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jest ograniczona (motywy od 388 do 400), doszła do wniosku, iż stanowią one odrębny rynek produktów.

- 12 Trzeci rynek określony w Decyzji stanowi rynek odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających stały odbiór (motywy od 402 do 425). Odtwarzacz multimedialny jest produktem — programem, który jest zdolny do odczytu w formacie cyfrowym dźwięku i obrazu, tj. do dekodowania odpowiednich danych oraz zamiany ich na polecenia dla urządzeń (głośniki, monitor). Odtwarzacze multimedialne umożliwiające stały odbiór są zdolne do odczytu treści „emitowanych strumieniem danych” przez Internet.
- 13 Komisja uznaje w Decyzji, że, po pierwsze, odtwarzacze multimedialne pozwalające na stały odczyt są odrębne od systemów operacyjnych (motywy od 404 do 406), po drugie, że nie podlegają presji konkurencyjnej ze strony odtwarzaczy nieprzystosowanych do stałego odczytu (motywy od 407 do 410), po trzecie, że wyłącznie odtwarzacze multimedialne posiadające podobne funkcje wywierają presję konkurencyjną na Windows Media Player (motywy od 411 do 415) oraz, po czwarte, że w istocie popyt na produkty substytucyjne jest ograniczony (motywy od 416 do 424). Komisja wnioskuje z tych przesłanek, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające stały odbiór stanowią odrębny rynek produktów.
- 14 Komisja uważa, odnośnie do zasięgu geograficznego tych trzech wstępnie określonych rynków produktów, że mają one wymiar światowy (motywy 427).

Pozycja dominująca Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej

- 15 Komisja stwierdza, po pierwsze, że Microsoft, przynajmniej od 1996 r., ma na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych pozycję dominującą wynikającą

zwłaszcza z udziału w rynku wynoszącego ponad 90% (motywy od 430 do 435) oraz istnienia bardzo istotnych barier w dostępie do rynku spowodowanych pośrednimi skutkami sieci (zob. zwłaszcza motywy od 448 do 452). Komisja precyzuje w Decyzji, że pośrednie skutki sieci polegają, z jednej strony na tym, że konsumenci końcowi cenią sobie platformy, na których mogą korzystać z dużej liczby aplikacji oraz, z drugiej strony, na tym, że twórcy oprogramowania opracowują aplikacje dla najbardziej popularnych wśród konsumentów systemów operacyjnych przeznaczonych dla komputerów osobistych.

16 Po drugie, Komisja ocenia, kierując się ostrożnymi szacunkami, że Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej ma udział w rynku wynoszący co najmniej 60% (motywy od 473 do 499).

17 Komisja dokonuje oceny pozycji trzech głównych konkurentów Microsoft na tym samym rynku. Po pierwsze, Novell, ze swoim oprogramowaniem NetWare, ma, jej zdaniem, udział w wysokości od 10 do 15%. Po drugie, produkty Linuksa stanowią udział odpowiadający od 5 do 15%. Linux jest systemem operacyjnym „wolnym”, rozprowadzany za pomocą licencji „GNU GPL (General Public Licence)”. Z motywu 87 Decyzji wynika, że Linux realizuje ograniczoną liczbę usług właściwych systemom operacyjnym, lecz może on występować wraz z innymi programami w celu stworzenia „systemu operacyjnego Linux”. Na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Linux występuje razem z oprogramowaniem Samba, także rozprowadzany za pomocą licencji „GNU GPL” (motywy 294, 506 oraz 598). Po trzecie, produkty UNIX, które grupują różne systemy operacyjne posiadające określone cechy wspólne (motyw 42), mają udział w rynku w wysokości od 5 do 15%.

18 Komisja uznaje następnie, że istnieją liczne ograniczenia możliwości wejścia na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy od 515 do 525) oraz szczególne związki z rynkiem systemów operacyjnych dla stacji roboczych

(motywy od 526 do 540). Komisja wnioskuje z tego, że Microsoft korzysta z pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.

II — Zachowania stanowiące nadużycie pozycji dominującej stwierdzone w Decyzji

Odmowa stwierdzona w Decyzji

- ¹⁹ Pierwsze zachowanie Microsoft stanowiące nadużycie, opisane w motywach od 546 do 791 Decyzji, polega na odmowie udostępnienia przez Microsoft swoim konkurentom „informacji dotyczących interoperacyjności” oraz zezwolenia na ich zastosowanie w celu tworzenia oraz rozprowadzania produktów konkurencyjnych na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w okresie przypadającym od października 1998 r. do daty wydania Decyzji [art. 2 lit. a) Decyzji]. W rozumieniu Decyzji „informacje dotyczące interoperacyjności” stanowią „wyczerpujące i prawidłowe specyfikacje wszystkich protokołów zastosowanych w systemie operacyjnym Windows dla serwerów grupy roboczej i które są wykorzystywane przez serwery grupy roboczej Windows w celu dostarczania grupowym sieciom Windows usług wspólnego korzystania z plików i drukowania oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, w tym usług kontrolera domeny Windows, usług katalogu Active Directory oraz usługi »Group Policy«” (art. 1 ust. 1 Decyzji). Jeśli chodzi o „protokoły”, to są one zdefiniowane jako „zbiory reguł, określających zasady nawiązywania połączeń i interakcji pomiędzy różnymi instancjami systemów operacyjnych serwerów grupy roboczej Windows i systemów operacyjnych stacji roboczych Windows pracujących na różnych komputerach w grupach roboczych Windows” (art. 1 ust. 2 Decyzji).

20 W celu stwierdzenia takiego zachowania Decyzja kładzie w szczególności nacisk na okoliczność, że odmowa nie dotyczy elementów kodu źródłowego Microsoft, lecz wyłącznie specyfikacji przedmiotowych protokołów, tj. opisu tego, czego wymaga się od tych programów, w przeciwieństwie do „implementacji” (zwanymi również dla celów niniejszego postanowienia „realizacjami” lub „wdrożeniami”), polegających na wprowadzeniu kodu do komputera (motywy 24 i 569). Komisja uznaje ponadto, że zachowanie Microsoft jest częścią ogólnej linii postępowania (motywy od 573 do 577), że pociąga ono za sobą obniżenie poprzednich poziomów dostaw (motywy od 578 do 584), że niesie ze sobą ryzyko eliminacji konkurencji (motywy od 585 do 692) oraz że wywiera negatywny wpływ na rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów (motywy od 693 do 708). Komisja oddala argumenty Microsoft, zgodnie z którymi jej odmowa jest obiektywnie uzasadniona (motywy od 709 do 778).

Sprzedaż wiązana stwierdzona w Decyzji

21 Komisja stwierdza kolejne zachowanie Microsoft stanowiące nadużycie, opisane w motywach od 792 do 989 Decyzji. Zdaniem Komisji, zachowanie to polega na fakcie uzależnienia przez Microsoft, w okresie od maja 1999 r. do dnia wydania Decyzji, dostarczenia systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych od równoległego nabycia programu Windows Media Player [art. 2 lit. b) Decyzji].

22 W tej kwestii Komisja uznaje, że postępowanie Microsoft spełnia warunki wymagane w celu stwierdzenia niedozwolonej sprzedaży związanej w rozumieniu art. 82 WE (motywy od 794 do 954). Po pierwsze, według Decyzji, Microsoft ma pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motyw 799). Po drugie, odtwarzacze multimedialne pozwalające na stały odbiór oraz systemy

operacyjne dla stacji roboczych uważa się za produkty odrębne (motywy od 800 do 825). Po trzecie, Microsoft nie pozostawia konsumentom możliwości zakupu Windows bez Windows Media Player (motywy od 826 do 834). Po czwarte, zdaniem Komisji, stwierdzona przez nią sprzedaż wiązana narusza konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych (motywy od 835 do 954).

- 23 W ramach oceny spełnienia tego czwartego warunku Komisja podnosi, że, w przypadkach klasycznych sprzedaży wiązanej Komisja oraz sąd wspólnotowy „uznali, że sprzedaż wiązana oddzielnego produktu wskazuje na istnienie skutku w postaci eliminacji konkurentów, jaki powoduje ta praktyka” (motywy 841). Niemniej Komisja uznała w Decyzji, że skoro użytkownicy są w stanie w pewnym zakresie zaopatrzyć się w Internecie w odtwarzacze multimedialne konkurujące z Windows Media Player i to niekiedy nieodpłatnie, to istnieją w niniejszej sprawie powody, by nie uznawać za ustalone, bez uprzedniego uzupełnienia analizy, że sprzedaż wiązana Windows Media Player stanowi zachowanie mogące ograniczyć konkurencję (ten sam motyw).
- 24 W ramach wspomnianego uzupełnienia analizy Komisja uznaje, po pierwsze, że przedmiotowa sprzedaż wiązana daje Windows Media Player światową wszechobecność we wszystkich stacjach roboczych, której nie mogą podważyć alternatywne kanały dystrybucji (motywy od 843 do 877), po drugie, że ta wszechobecność Windows Media Player nakłania, z jednej strony, nadawców treści do emitowania jej w formacie Windows Media oraz, z drugiej strony, twórców aplikacji do opracowywania ich produktów w taki sposób, że są oparte na niektórych funkcjach Windows Media Player (motywy od 879 do 896), po trzecie, że ta wszechobecność wywiera skutki na niektóre rynki związane (motywy od 897 do 899) oraz wreszcie, po czwarte, że dostępna analiza właściwego rynku ujawnia niezmienną tendencję do stosowania Windows Media Player oraz formatów Windows Media zamiast ich głównych konkurentów (motywy od 900 do 944). Komisja wyciąga z tych rozważań wnioski o istnieniu uzasadnionego prawdopodobieństwa, że przedmiotowa sprzedaż wiązania doprowadzi do osłabienia konkurencji w takim stopniu, iż utrzymanie efektywnej struktury konkurencyjnej nie będzie już zapewnione w najbliższej przyszłości (motywy 984).

25 Komisja odrzuca wreszcie argumenty Microsoft, zgodnie z którymi przedmiotowa sprzedaż wiązana powoduje powstanie korzyści wynikającej z większej użyteczności, która rekompensuje skutki antykonkurencyjne stwierdzone przez Komisję (motywy od 955 do 970) oraz, z drugiej strony, nie zachęca do ograniczenia konkurencji (motywy od 971 do 977).

III — Środki naprawcze oraz grzywna nałożona na Microsoft

26 Oba przypadki naruszenia ustalone w Decyzji przez Komisję zostały obłożone karą grzywny w wysokości 497 196 304 euro (art. 3 Decyzji).

27 Ponadto, zgodnie z art. 4 Decyzji, Microsoft ma obowiązek zaprzestania naruszeń stwierdzonych w ww. art. 2 zgodnie z warunkami przewidzianymi w art. 5 i 6 Decyzji. Microsoft powinna również powstrzymać się od takich zachowań, jak opisane w art. 2, a także od wszelkich zachowań o takim samym lub podobnym charakterze lub skutku.

28 Artykuł 5 Decyzji nakazuje Microsoft, tytułem środka mającego na celu naprawienie stwierdzonej w Decyzji odmowy stanowiącej naruszenie, co następuje:

„a) Microsoft [...] ujawni w terminie 120 dni, licząc od daty doręczenia [Decyzji], informacje dotyczące interoperacyjności każdemu przedsiębiorstwu mającemu zamiar tworzyć i rozpowszechniać systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej oraz zezwoli tym przedsiębiorstwom na wykorzystywanie, na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, informacji dotyczących interoperacyjności w celu stworzenia oraz rozprowadzania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej;

- b) Microsoft [...] spowoduje, aby udostępnione informacje dotyczące interoperacyjności były uaktualniane, jak tylko będzie to konieczne, w możliwie najkrótszym czasie;
- c) Microsoft [...] ustanowi w terminie 120 dni, licząc od dnia doręczenia Decyzji, mechanizm oceny, który pozwoli zainteresowanym przedsiębiorstwom na uzyskanie w sposób efektywny informacji odnośnie do zakresu i warunków korzystania z informacji dotyczących interoperacyjności; Microsoft [...] może zastrzec rozsądne i niedyskryminujące warunki w celu zapewnienia, że zaoferowany w tych ramach dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności będzie wykorzystywany wyłącznie w celu oceny;

[...]”.

- 29 Termin 120 dni, ustanowiony w art. 5 Decyzji, upłynął w dniu 27 lipca 2004 r.
- 30 Artykuł 6 Decyzji nakazuje, tytułem środka naprawczego w stosunku do sprzedaży związanej o charakterze nadużycia stwierdzonej w Decyzji, co następuje:
- „a) Microsoft [...] przedstawi w terminie 90 dni, licząc od dnia doręczenia niniejszej decyzji, w pełni funkcjonującą wersję systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającą Windows Media Player. Microsoft [...] zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych w połączeniu z Windows Media Player;

[...]”.

31 Termin 90 dni, przewidziany w art. 6 Decyzji, upłynął w dniu 28 czerwca 2004 r.

Postępowanie w sprawie naruszenia amerykańskiego prawa antymonopolowego

32 Równoległe do antymonopolowego dochodzeniem Komisji Microsoft była przedmiotem dochodzenia w sprawie naruszenia amerykańskich przepisów antymonopolowych.

33 W 1998 r. Stany Zjednoczone Ameryki oraz 20 stanów wystąpiło ze skargą przeciwko Microsoft na podstawie Sherman Act. Ich skargi dotyczyły działań podjętych przez Microsoft w stosunku do wyszukiwarki internetowej firmy Netscape, „Netscape Navigator” oraz technologii „Java” firmy Sun Microsystems. 20 stanów wystąpiło również ze skargami przeciwko Microsoft odnośnie do naruszenia ich własnych uregulowań antymonopolowych.

34 Po tym, jak United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (zwany dalej „Court of Appeals”), w następstwie rozpoznania apelacji wniesionej przez Microsoft od wyroku United States District Court for the District of Columbia (zwanego dalej „District Court”) z dnia 3 kwietnia 2000 r., wydał wyrok w dniu 28 czerwca 2001 r., Microsoft zawarła w listopadzie 2001 r. ugodę z ministerstwem sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz „Attorneys General” dziewięciu stanów (zwaną dalej „ugodą amerykańską”), w ramach której przyjęła na siebie dwa zobowiązania.

35 Po pierwsze, Microsoft zgodziła się na sporządzenie specyfikacji protokołów komunikacyjnych używanych przez systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej w celu „interoperowania”, tj. umożliwienia ich współpracy z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych oraz udzielenia osobom trzecim na określonych warunkach licencji na te specyfikacje.

- 36 Po drugie, ugoda amerykańska przewiduje, że Microsoft umożliwi producentom sprzętu oraz konsumentom końcowym uaktywnienie albo usunięcie dostępu do swojego oprogramowania warstwy pośredniej („middleware”). Program Windows Media Player stanowi jeden z programów zaliczających się do tej kategorii, zgodnie z określeniem w ugodzie amerykańskiej. Celem tych postanowień jest zagwarantowanie dostawcom oprogramowania warstwy pośredniej możliwości tworzenia i rozpowszechnienia produktów właściwie funkcjonujących z Windows.
- 37 Postanowienia te zostały zatwierdzone w dniu 1 listopada 2002 r. przez District Court. Ten sam sąd oddalił propozycje środków naprawczych złożone przez 9 stanów, które nie zaakceptowały ugody amerykańskiej.
- 38 W dniu 30 czerwca 2004 r. Court of Appeals zatwierdził rozstrzygnięcie District Court w następstwie wniesienia apelacji przez stan Massachusetts.
- 39 W ramach wykonania ugody amerykańskiej w sierpniu 2002 r. powstał Microsoft Communications Protocol Program (zwany dalej „MCPP”). Z dokumentacji przedstawionej Sądowi wynika, że w okresie od sierpnia 2002 do lipca 2004 r. z MCPP skorzystało 17 licencjoholców.

Postępowanie

- 40 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 7 czerwca 2004 r. Microsoft wniosła na podstawie art. 230 akapit czwarty WE skargę o stwierdzenie nieważności Decyzji albo, ewentualnie, o uchylenie lub istotne zmniejszenie wysokości nałożonej grzywny.

- 41 Microsoft wystąpiła również, odrębnym pismem wpisanym do rejestru Sądu w dniu 25 czerwca 2004 r., z wnioskiem na podstawie art. 242 WE o zawieszenie wykonania art. 4, 5 lit. a)-c) oraz art. 6 lit. a) Decyzji. W tym samym piśmie Microsoft zwróciła się również, na podstawie art. 105 § 2 regulaminu Sądu, o zawieszenie wykonania tych samych postanowień do czasu wydania orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.
- 42 W tym samym dniu prezes Sądu, działając w charakterze sędziego orzekającego w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego, wezwał Komisję do uściślenia, czy zamierza ona wszcząć egzekucję Decyzji przed wydaniem orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.
- 43 Pismem, które wpłynęło do Sądu tego samego dnia, Komisja poinformowała prezesa o swojej decyzji wstrzymania się z wszczęciem egzekucji art. 5 lit. a)- c) oraz art. 6 lit a) Decyzji, dopóki nie zostanie wydane orzeczenie w przedmiocie środków tymczasowych.
- 44 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 25 czerwca 2004 r. Novell Inc. (zwana dalej „Novell”) z siedzibą w Waltham, Massachusetts (Stany Zjednoczone), reprezentowana przez C. Thomasa, M. Levitta i V. Harrisa, solicitors, oraz adwokata A. Müllera-Rapparda, przedłożyła wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 45 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 30 czerwca 2004 r., RealNetworks Inc. (zwana dalej „RealNetworks”) przedłożyła wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.

- 46 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 30 czerwca 2004 r., Computer & Communications Industry Association (zwane dalej „CCIA”) z siedzibą w Waszyngtonie, DC (Stany Zjednoczone), reprezentowane przez J. Flynna, QC oraz adwokatów D. Paemena i N. Dodoo, przedłożyło wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 47 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 1 lipca 2004 r., Software & Information Industry Association (zwane dalej „SIIA”) przedłożyło wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 48 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 1 lipca 2004 r., The Computing Technology Industry Association Inc. (zwane dalej „CompTIA”) przedłożyło wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Microsoft w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 49 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 2 lipca 2004 r., The Association for Competitive Technology (zwane dalej „ACT”) przedłożyło wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Microsoft w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 50 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 5 lipca 2004 r., Digimpro Ltd z siedzibą w Londynie (Zjednoczone Królestwo), TeamSystem SpA, Mamut ASA oraz CODA Group Holdings Ltd z siedzibą w Chippenham, Wiltshire (Zjednoczone Królestwo) przedłożyły wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Microsoft w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 51 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 5 lipca 2004 r., DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd oraz Tandberg Television Ltd (zwane dalej łącznie „DMDsecure.com i inni”) przedłożyły wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Microsoft w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.

- 52 Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 8 lipca 2004 r., IDE Nätverkskonsulterna AB z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja), Exor AB, T. Rogerson, zamieszkały w Harpenden, Hertfordshire (Zjednoczone Królestwo), P. Setka, zamieszkały w Sobeslavie (Republika Czeska), D. Tomicic, zamieszkały w Norymberdze (Niemcy), M. Valasek, zamieszkały w Karlovych Varach (Republika Czeska), R. Rialdi, zamieszkały w Genui (Włochy) oraz B. Nati, zamieszkały w Paryżu (Francja) przedłożyli wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Microsoft w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 53 Pismem, które wpłynęło w dniu 13 lipca 2004 r., Free Software Foundation Europe (zwana dalej „FSF-Europe”) przedłożyła wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 54 Powyższe wnioski o dopuszczenie do sprawy zostały doręczone stronie skarżącej i stronie pozwanej, zgodnie z art. 116 § 1 regulaminu Sądu, które to strony, w zależności od przypadku, przedstawiły uwagi w wyznaczonym terminie albo się wstrzymały od ich złożenia. Microsoft, pismami z dnia 6 i 8 lipca 2004 r., wystąpiła o utajnienie w stosunku do wszystkich podmiotów, które zostaną dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów, danych zawartych w Decyzji oraz będących przedmiotem zgody Komisji co do nieujawniania na jej stronach w Internecie.
- 55 Komisja w dniu 21 lipca 2004 r. przedstawiła uwagi na piśmie odnośnie do wniosku o zastosowanie środków tymczasowych. Doręczono je Microsoft tego samego dnia.
- 56 Postanowieniem z dnia 26 lipca 2004 r. prezes Sądu, z jednej strony, dopuścił interwencję CompTIA, ACT, TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com i inni, jak również Exor AB, Novell, RealNetworks, CCIA i SIIA oraz, z drugiej strony, oddalił wnioski o wstąpienie do sprawy w charakterze interwenienta złożone

przez Digimpro Ltd, przez CODA Group Holdings Ltd, przez IDE Nätverkskonsulterna AB, przez T. Rogersona, P. Setkę, D. Tomicica, M. Valaska, R. Rialdiego oraz przez B. Natiego. Prezes Sądu zarządził również doręczenie jawnej wersji pism procesowych interwenientom oraz zastrzegł sobie podjęcie decyzji odnośnie do zasadności utajnienia.

- 57 W dniu 27 lipca 2004 r. prezes Sądu, działając w charakterze sędziego orzekającego w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego, zwołał spotkanie o charakterze nieformalnym, na które zostali zaproszeni, poza Microsoft i Komisją, interwenienci dopuszczeni do sprawy postanowieniem prezesa Sądu z dnia 26 lipca 2004 r., jak również FSF-Europe. W trakcie tego spotkania prezes, po pierwsze, dopuścił tymczasowo FSF-Europe do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego oraz, po drugie, przedstawił stronom kalendarz poszczególnych etapów postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.
- 58 Postanowieniem z dnia 6 września 2004 r. FSF-Europe została dopuszczona do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji.
- 59 Wszyscy interwenienci przedstawili uwagi na piśmie w wyznaczonym terminie.
- 60 Zgodnie z ustaleniami dokonаныmi podczas nieformalnego spotkania w dniu 27 lipca 2004 r. Microsoft odpowiedziała w dniu 19 sierpnia 2004 r. na uwagi Komisji z dnia 21 lipca 2004 r.
- 61 Pismem z dnia 31 sierpnia 2004 r. Audiobanner.com, działająca pod nazwą handlową VideoBanner (zwana dalej „VideoBanner”), z siedzibą w Los Angeles, Kalifornia (Stany Zjednoczone), reprezentowana przez adwokata L. Alvizara

Ceballosa, przedłożyła wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego. Ponieważ żadna ze stron nie sprzeciwiła się temu wnioskowi, VideoBanner została tymczasowo dopuszczona do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego oraz wezwana do przedstawienia uwag bezpośrednio na posiedzeniu.

62 Komisja, w odpowiedzi na uwagi Microsoft z dnia 19 sierpnia 2004 r., przedłożyła nowe uwagi w dniu 13 września 2004 r.

63 W dniu 13 września 2004 r. strona skarżąca oraz pozwana również przedstawiły uwagi na piśmie odnośnie do wniosków interwencyjnych.

64 Prezes Sądu, tytułem środków proceduralnych, działając w charakterze sędziego orzekającego w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego, zwrócił się z pytaniami na piśmie do Microsoft, do Komisji, jak również do niektórych interwenientów. Odpowiedzi na te pytania udzielone w wyznaczonym terminie zostały doręczone wszystkim uczestnikom postępowania.

65 Wszyscy uczestnicy postępowania, w tym VideoBanner, przedstawili uwagi na posiedzeniu w dniach 30 września 2004 r. i 1 października 2004 r.

66 Pismem z dnia 8 października 2004 r. RealNetworks złożyła w sekretariacie uwagi uzupełniające, których prezes zażądał na posiedzeniu. Pozostali uczestnicy zostali powiadomieni o tym piśmie oraz wezwani do przedstawienia uwag w tym zakresie.

- 67 Microsoft, pismem z dnia 27 października 2004, przedstawiła uwagi dotyczące pisma RealNetworks z dnia 8 października 2004 r. Pozostali uczestnicy nie przedstawili uwag.
- 68 CCIA oraz Novell, odpowiednio pismami z dnia 10 i 19 listopada 2004 r., powiadomili Sąd o rezygnacji z interwencji. Komisja, Microsoft oraz interwenienci przedstawili w wyznaczonym terminie uwagi w sprawie ich rezygnacji.
- 69 W następstwie rezygnacji CCIA oraz Novell z interwencji w dniu 25 listopada 2004 r. zostało zwołane spotkanie o charakterze nieformalnym w obecności wszystkich uczestników postępowania w celu omówienia skutków proceduralnych tej rezygnacji. Protokół z tego spotkania został przekazany wszystkim uczestnikom postępowania w dniu 26 listopada 2004 r.

Co do prawa

- 70 Na podstawie art. 242 WE w związku z art. 225 ust. 1 WE prezes Sądu może, jeżeli uzna, że okoliczności tego wymagają, zarządzić zawieszenie wykonania zaskarżonego aktu.
- 71 Artykuł 104 § 2 regulaminu przewiduje, że we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego należy wskazać okoliczności niecierpiące zwłoki, a także podać zarzuty prawne i faktyczne, które uzasadniają *prima facie* (fumus boni iuris) zalecenie wnioskowanego środka. Te warunki powinny być spełnione łącznie w takim znaczeniu, że brak spełnienia jednego z nich uzasadnia oddalenie wniosku

o zawieszenie wykonania [postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 14 października 1996 r. w sprawie C-268/96 P(R) SCK i FNK przeciwko Komisji, Rec. str. I-4971, pkt 30]. Prezes dokonuje również, w razie konieczności, wyważenia istniejących interesów (postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 23 lutego 2001 r. w sprawie C-445/00 R Austria przeciwko Radzie, Rec. str. I-1461, pkt 73).

72 W ramach tej analizy ogółu okoliczności prezes korzysta z szerokiej swobody uznania, którą dysponuje w celu określenia sposobu kontroli spełnienia tych warunków z punktu widzenia szczególnych okoliczności każdego przypadku [postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 29 stycznia 1997 r. w sprawie C-393/96 P(R) Antonissen przeciwko Radzie i Komisji, Rec. str. I-441, pkt 28].

73 Zgodnie z art. 107 § 1 regulaminu „w przedmiocie wniosku rozstrzyga się w drodze postanowienia z uzasadnieniem”. Niemniej zostało sprecyzowane, że prezes nie ma obowiązku ustosunkowania się oddzielnie do wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych omawianych w toku postępowania w przedmiocie środków tymczasowych. W szczególności wystarczy, że podstawy przyjęte przez prezesa orzekającego w pierwszej instancji w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego uzasadniają, z punktu widzenia okoliczności danej sprawy, postanowienie i pozwalają Trybunałowi na dokonanie kontroli sądowej [ww. w pkt 71 postanowienie w sprawie SCK i FNK przeciwko Komisji, pkt 52 oraz postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 25 czerwca 1998 r. w sprawie C-159/98 P(R) Antyle Holenderskie przeciwko Radzie, Rec. str. I-4147, pkt 70].

74 Mając na uwadze różnorodny charakter przypadków nadużywania pozycji dominującej zarzucanego Microsoft, co wynika zresztą zarówno z systematyki Decyzji, jak i z konstrukcji argumentacji strony skarżącej, prezes uznaje, że należy poddać oddzielnej analizie argumenty na poparcie żądań mających na celu zawieszenie wykonania, z jednej strony, art. 5 lit. a)-c) w związku z art. 4 Decyzji (część poświęcona kwestii informacji dotyczących interoperacyjności) oraz, z drugiej strony, art. 6 lit. a) w związku z tym samym art. 4 Decyzji (część poświęcona kwestii sprzedaży związanej systemu operacyjnego Windows oraz programu Windows Media Player). Analiza ta poprzedzona jest rozpoznaniem wniosku o utajnienie, wniosku

VideoBanner o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta, skutków rezygnacji z interwencji CCIA i Novell oraz dochowania pewnych wymogów dotyczących formy pism.

I — *W przedmiocie wniosku o utajnienie*

- 75 Na etapie postępowania w przedmiocie środka tymczasowego należy uwzględnić, w stosunku do podmiotów dopuszczonych do sprawy w charakterze interwenientów, wniosek o utajnienie danych zawartych w Decyzji oraz danych będących przedmiotem zgody Komisji co do nieujawniania w wersji dostępnej publicznie na jej stronach w Internecie w zakresie, w jakim informacje te mogą mieć charakter tajny lub poufny w rozumieniu art. 116 § 2 regulaminu.

II — *W przedmiocie wniosku VideoBanner o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta*

- 76 VideoBanner, o czym mowa powyżej w pkt 61, przedłożyła wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie środka tymczasowego.
- 77 Wniosek ten należy uwzględnić zgodnie z art. 40 akapit drugi Statutu Trybunału Sprawiedliwości, mającego zastosowanie w stosunku do Sądu na podstawie art. 53 akapit pierwszy Statutu, ponieważ został on złożony zgodnie z art. 115 § 2 regulaminu, a strony nie wniosły sprzeciwu.

III — *W przedmiocie skutków rezygnacji niektórych interwenientów*

- 78 Ponieważ CCIA i Novell zawiadomiły Sąd o cofnięciu interwencji na poparcie żądań Komisji w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego, prezes Sądu, działając w charakterze sędziego orzekającego w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego, zwołał spotkanie o charakterze nieformalnym w obecności wszystkich uczestników postępowania w celu omówienia niektórych skutków proceduralnych tego wystąpienia.
- 79 Strony wyraziły zgodę, jak wynika z protokołu tego spotkania, na uwzględnienie: primo, że pisma złożone przez CCIA i Novell w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego, w tym wszystkie załączniki do ich pism oraz ich argumentacja przedstawiona na posiedzeniu nadal będą stanowić część akt niniejszego postępowania w przedmiocie środka tymczasowego; secundo, że wszyscy uczestnicy oraz prezes będą mogli się oprzeć na tych pismach dla potrzeb, odpowiednio, ich argumentacji i oceny oraz, tertio, że wszystkie pisma dołączone do akt niniejszej sprawy stanowią przedmiot debaty między stronami.
- 80 Ponadto RealNetworks podniosła w swoich uwagach odnośnie do rezygnacji CCIA, że nie miało ono uprawnienia do rezygnacji z interwencji w niniejszej sprawie.
- 81 W tym względzie prezes stwierdza, że nie należy do niego badanie zarzutu podniesionego przez RealNetworks, ponieważ, po pierwsze, nie ma on kompetencji do orzekania, czy decyzje organów zarządzających CCIA zostały podjęte zgodnie z jego statutem, oraz, po drugie, rezygnacja CCIA została złożona zgodnie z przepisami regulaminu Sądu.

IV — *W przedmiocie dochowania pewnych wymogów dotyczących formy pism*

- 82 Komisja oraz niektórzy interwenienci po jej stronie podnieśli, po pierwsze, niedopuszczalność niektórych odesłań do dokumentów załączonych do skargi Microsoft w postępowaniu głównym, po drugie, niedopuszczalność dokumentów przedstawionych przez Microsoft w toku instancji, po trzecie, brak dowodów na poparcie niektórych twierdzeń oraz, po czwarte, niedochowanie innych wymogów formalnych.

W przedmiocie odesłań do skargi

- 83 Komisja w uwagach z dnia 21 lipca 2004 r. wymienia enumeratywnie punkty wniosku o zastosowanie środka tymczasowego zawierające odesłania, z jednej strony, do skargi oraz, z drugiej strony, do dokumentów załączonych do tej skargi, które nie zostały z kolei załączone do wniosku o zastosowanie środków tymczasowych (załączniki 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 oraz A.24). Komisja wywiodła z tego, że Microsoft nie mogła oprzeć się w sposób skuteczny na tych pismach.
- 84 Komisja w uwagach z dnia 13 września 2004 r. dodaje, że nowe odesłania do skargi, do których odnosi się Microsoft w swoich uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r., a zwłaszcza dotyczące Porozumienia w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) odnośnie do aspektów prawa własności intelektualnej związanych z handlem (zwanego dalej „TRIPs”) powinny zostać, podobnie jak te poprzednie, odrzucone. Załączenie odpowiednich fragmentów skargi jako załączników (załącznik T.9) do uwag nie pozwala na uznanie, że sam wniosek o zastosowanie środka tymczasowego jest wystarczający.

85 W tym zakresie należy przypomnieć, że na nieformalnym spotkaniu w dniu 27 lipca 2004 r. (zob. powyżej pkt 57) prezes zwrócił Microsoft uwagę na liczne odesłania do skargi głównej zawarte we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego i przesłuchał ją na tę okoliczność. W odpowiedzi Microsoft wskazała, jak zostało to zapisane w protokole z tego spotkania, że „skarżąca potwierdza, iż wniosek o zastosowanie środka tymczasowego powinien zostać uznany za wystarczający oraz że liczne odesłania do załączników skargi głównej zawarte we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego mogą zostać pominięte z punktu widzenia potrzeb postępowania w przedmiocie środków tymczasowych”.

86 Takie stanowisko jest zgodne z pkt VII ust. 1 Wskazówek praktycznych dla stron (Dz.U. 2002, L 87, str. 48), które stanowią, że wniosek o zastosowanie środka tymczasowego „powinien być zrozumiały sam z siebie bez konieczności odwoływania się do skargi głównej”.

87 Wynika z tego, że zasadność wniosku Microsoft o zastosowanie środków tymczasowych może być oceniana wyłącznie z punktu widzenia okoliczności faktycznych i prawnych, jakie wynikają z samego tekstu wniosku o zastosowanie środka tymczasowego oraz dokumentów załączonych do niego w celu zilustrowania jego treści (zob. podobnie postanowienie Prezesa Sądu z dnia 7 maja 2002 r. w sprawie T-306/01 R Aden i in. przeciwko Radzie i Komisji, Rec. str. II-2387, pkt 52). Nie powinno się z tego wnioskować wprawdzie, że wszelkie twierdzenia oparte na piśmie niezłączonym do wniosku o zastosowanie środka tymczasowego podlegają wykluczeniu ze sporu, należy jednak podnieść, że dowodu na takie twierdzenie nie można uznać za przedstawiony w przypadku podważenia danego twierdzenia przez stronę przeciwną lub interwenienta po jej stronie.

88 Jeśli chodzi o odesłania do załącznika T.9, należy przypomnieć, że o ile tekst może być wsparty i uzupełniony w określonych punktach przez odesłania do określonych fragmentów pism załączonych do niego, to ogólne odesłanie do innych pism, nawet załączonych do wniosku o zastosowanie środków tymczasowych, nie może niwelować braku podstawowych elementów tego wniosku (ww. w pkt 87 postanowienie w sprawie Aden i in. przeciwko Radzie i Komisji, pkt 52). W tym kontekście

należy uściślić, iż pkt VII ust. 2 Wskazówek praktycznych, który wymaga, żeby „zarzuty dotyczące stanu faktycznego lub prawnego, na których opiera się skarga główna i które wywołują wstępne wrażenie jej zasadności” były wskazane „w sposób bardzo krótki i zwięzły”, nie można rozumieć w ten sposób, iż pozwala on na ogólne odesłanie do załączonego dokumentu zawierającego szczegółową argumentację, gdyż byłoby to sprzeczne z normą prawną.

- 89 Rozstrzygnięcie nastąpi bez uwzględnienia załączników do skargi głównej oraz załącznika T.9, ale z uwzględnieniem dokumentów załączonych do akt w okresie późniejszym oraz wypowiedzi wygłoszonych na posiedzeniu przed prezesem.

W przedmiocie dokumentów przedstawionych w toku instancji

- 90 Komisja w uwagach z dnia 13 września 2004 r. stwierdza przede wszystkim, że argumenty przytoczone przez Microsoft w jej uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. wykraczają poza wywody zawarte w skardze, w szczególności jeśli chodzi o argumentację dotyczącą praw własności intelektualnej zawartą w dwóch załącznikach (załączniki: T.3, zatytułowany „Opinia Prescottta” oraz T.6, zatytułowany „Opinia Galloux”). Ponadto nie przedstawiono jakiegokolwiek wyjaśnienia co do okoliczności, że załącznik T.3, dokument z datą 3 czerwca 2004 r., nie został przedstawiony w momencie wniesienia wniosku o zastosowanie środka tymczasowego.
- 91 Komisja podnosi następnie, że Microsoft załączyła do swoich uwag z dnia 19 sierpnia 2004 r. dokument, który został załączony do skargi (załącznik A.21, który stał się następnie załącznikiem T.5, Knauer, „W przedmiocie aspektów prawa patentowego [Decyzji]”), oraz że jeden z dokumentów ma treść identyczną z treścią załącznika do skargi [załącznik T.8, Evans, Nichols i Padilla, „Ekonomiczny dowód efektu oddzielenia podniesionego przez Komisję odnośnie do odmowy dostarczenia oraz sprzedaży związanej”, podobny do załącznika A.19].

- 92 W odpowiedziach na pytania Sądu na piśmie, przed rezygnacją z interwencji, Novell i CCIA stwierdziły, że niektóre spośród dokumentów są niedopuszczalne, ponieważ powinny być przedstawione wraz z wnioskiem o zastosowanie środków tymczasowych, podczas gdy zostały one przedstawione dopiero później (załączniki T.3, T.5, T.8 i U.2, Campbell-Kelly, „Uwagi odnośnie do innowacyjnego charakteru Active Directory”).
- 93 Prezes stwierdza, że pisma T.3, T.5, T.6 oraz T.8 zostały załączone do uwag Microsoft z dnia 19 sierpnia 2004 r. oraz że ich celem jest wsparcie treści tych uwag. W takich okolicznościach nie można czynić Microsoft zarzutu z tego, że odpowiedziała w sposób szczegółowy na argumenty podniesione przez Komisję w jej uwagach z dnia 21 lipca 2004 r. i bez znaczenia jest przy tym, że załączone pismo opatrzone jest datą wcześniejszą w stosunku do daty złożenia wniosku o zastosowanie środka tymczasowego lub że jest identyczne albo porównywalne z pismem załączonym do skargi głównej. Tym samym uwagi Microsoft odnośnie do pism interwencyjnych mogły być z takich samych względów ważnie oparte na załączniku U.2.

W przedmiocie braku dowodów

- 94 Komisja podkreśla, że załącznik T.5 oraz załącznik T.8 są oparte na informacjach, do których nie miała ona dostępu [w przypadku załącznika T.5 ustęp 4 odsyła do informacji Microsoft bez jakiegokolwiek sprecyzowania; w przypadku załącznika T.8 nie zostały załączone raporty, o których mowa w ust. 6 (Merrill Lynch i Forrester dotyczące danych rynku serwerów), w przypisie nr 35 (badania przeprowadzone przez Microsoft), w przypisach nr 42 i nr 43 („Dochodzenie Digital Media Tracker”), w przypisie nr 48 („Analiza odtwarzaczy multimedialnych zainstalowanych w mikrokomputerach”), w przypisie nr 50 („Zawiadomienie NERA”)].
- 95 W tym względzie wystarczy zaznaczyć, że to do prezesa należy w danym przypadku ocena, czy twierdzenia oparte na ww. raportach i zawiadomieniach są pozbawione wartości dowodowej.

W przedmiocie niedochowania pozostałych wymogów formalnych

- 96 Komisja i CCIA, przed jego rezygnacją z interwencji, podniosły, że Microsoft w swoim wniosku o zastosowanie środka tymczasowego odsyła do załącznika R.6 (Carboni, „Opinia dotycząca prawa znaków towarowych”) bez wyjaśnienia znaczenia przedmiotowego dokumentu, w związku z czym nie powinien on być brany pod uwagę.
- 97 Ogólne odesłanie do innych pism, jak zostało to już wskazane powyżej w pkt 88, nawet załączonych do wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, nie powinno tuszować braku zasadniczych elementów w tym piśmie. W niniejszej sprawie załącznik R.6, do którego odsyła wniosek o zastosowanie środka tymczasowego, ma na celu poparcie argumentu dotyczącego ryzyka naruszenia znaku towarowego Microsoft, brzmiącego w następujący sposób: „natychmiastowe wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji wywołałoby również znaczącą szkodę handlowym znakom towarowym Microsoft oraz Windows, ponieważ Microsoft byłaby zmuszona do sprzedaży pogorszonego produktu niezgodnego z jego pierwotną koncepcją”. W zakresie, w jakim wynika z tego zdania wystarczająco jasno, że załącznik R.6 ma na celu zilustrowanie określonego ryzyka, prezes stwierdza, że nie należy pomijać tego załącznika w postępowaniu.

*V — Co do istoty sprawy**W kwestii informacji dotyczących interoperacyjności**A — Argumenty stron**1. Argumenty Microsoft i interwenientów popierających jego żądania**a) W kwestii fumus boni iuris*

- 98 Microsoft twierdzi, że poważny spór dzieli ją z Komisją w związku z kwestią obowiązkowego przyznania licencji dotyczących jej protokołów komunikacyjnych

tak, że warunek polegający na wstępnym wykazaniu bezprawnego charakteru art. 5 lit. a)-c) Decyzji został spełniony.

99 Microsoft utrzymuje, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione cztery kryteria pozwalające na zmuszenie przedsiębiorstwa do przyznania licencji, jakie zostały szczegółowo określone przez Trybunał w wyrokach: z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 Volvo, Rec. str. 6211; z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach C-241/91 P oraz C-242/91 P RTE oraz ITP przeciwko Komisji, Rec. str. I-743, (zwanym dalej „wyrokiem Magill”); z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. str. I-7791 oraz z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health, Rec. str. I-5039, pkt 49.

100 Po pierwsze, składniki własności intelektualnej Microsoft, do których udostępnienia została ona zobowiązana mocą Decyzji, nie są, jej zdaniem, niezbędne dla działalności dostawców systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.

101 Przede wszystkim Microsoft powołuje istnienie pięciu metod pozwalających na zapewnienie interoperacyjności między systemami operacyjnymi dostarczonymi przez różnych dostawców, tj. primo, stosowanie standardowych protokołów komunikacyjnych, takich jak TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol) oraz HTTP (HyperText Transfer Protocol); secundo, dodanie kodu programu do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów w celu umożliwienia mu komunikacji z systemem operacyjnym dla serwerów konkurencyjnych do Microsoft przy użyciu protokołów komunikacyjnych właściwych temu systemowi operacyjnemu dla serwerów; tertio, dodanie kodu programu do systemu operacyjnego dla serwerów konkurencyjnego do Microsoft w celu umożliwienia mu komunikacji z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów przy użyciu protokołów komunikacyjnych właściwych systemowi operacyjnemu Windows; quarto, dodanie zespołu kodów programów dla wszystkich systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz dla serwerów sieci pozwalających na zapewnienie interoperacyjności w drodze komunikacji między tymi zespołami kodów programów oraz, quinto, używanie systemu operacyjnego Windows dla serwerów jako „przejścia” między systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych a konkurencyjnym systemem operacyjnym dla serwerów.

- 102 Następnie Microsoft powołuje brak skarg klientów odnośnie do istniejącego stopnia interoperacyjności.
- 103 Wreszcie Microsoft powołuje stałą obecność licznych konkurentów wykonujących taką działalność.
- 104 Po drugie, odmowa udostępnienia przez Microsoft składników jej własności intelektualnej na rzecz jej konkurentów nie uniemożliwia, jej zdaniem, pojawienia się nowych produktów, w stosunku do których popyt konsumentów pozostawałby niezaspokojony. Nie został przedstawiony żaden dowód na brak zaspokojenia takiego popytu. Nie zostało też wykazane, że składniki własności intelektualnej Microsoft zostaną wykorzystane przez jej konkurentów do tworzenia nowych produktów, a nie tylko w celu powielenia funkcji istniejących produktów Microsoft.
- 105 Po trzecie, fakt, że Microsoft zachowała swoją technologię do własnego użytku, nie prowadzi, jej zdaniem, do wyeliminowania konkurencji na rynku pochodnym, skoro, jak świadczy o tym stały wzrost zakresu stosowania systemu Linux, dystrybutorzy systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej żywo ze sobą konkurują. Sześć lat po zarzucanej Microsoft odmowie rynek pozostaje zatem konkurencyjny.
- 106 Po czwarte, odmowa udzielenia licencji dotyczących jej technologii dystrybutorom konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów była obiektywnie uzasadniona. W odróżnieniu bowiem od informacji chronionych przez prawo krajowe będących przedmiotem ww. w pkt 99 spraw Magill oraz IMS Health, których ujawnienia odmówiły spółki zaangażowane w te sprawy, w niniejszej sprawie chronione informacje dotyczą niejawnej oraz cennej technologii. W niniejszym przypadku Komisja, w celu wyciągnięcia wniosku, że odmowa przekazania informacji chronionych przez prawo własności intelektualnej nie była obiektywnie uzasadniona i w konsekwencji stanowiła naruszenie art. 82 WE, zastosowała nieprecyzyjne kryterium oceny, które wyraźnie odbiega od uznanych przez

wcześniejsze orzecznictwo. Komisja stwierdziła więc, że odmowa stanowi naruszenie art. 82 WE, jeżeli, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności, pozytywny wpływ na innowacyjność w całym sektorze kompensuje negatywny wpływ na zachętę przedsiębiorstw do innowacji (motyw 783). Poza niejasnym charakterem tego nowego kryterium nie zostało wykazane, w oparciu o dowody lub analizy, że przekazanie konkurentom technologii, której właścicielem jest Microsoft, będzie stanowiło bodziec do innowacyjności w tym sektorze. Microsoft twierdzi przeciwnie, że obowiązkowa licencja będzie miała za skutek osłabienie konkurencji między dystrybutorami systemów operacyjnych dla serwerów.

107 Ponadto Microsoft podnosi, że Sun Microsystems nie zwróciła się do niej o udostępnienie technologii, której ujawnienie nakazała jej Komisja. Microsoft utrzymuje, że ponieważ spółka ta nie zwróciła się o udzielenie licencji w celu tworzenia oprogramowania w EOG, nie miała obowiązku uznać, że wniosek Sun Microsystems może ją prowadzić do zachowania objętego zakresem zastosowania art. 82 WE.

108 Wreszcie, zobowiązując Microsoft do przyznania licencji dotyczących informacji niejawnych, Komisja nie wzięła właściwie pod uwagę obowiązków nałożonych na Wspólnoty na mocy TRIPs (zob. powyżej pkt 84).

109 Microsoft w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. uznaje, że Komisja nie była uprawniona do twierdzenia, iż Decyzja nie nakłada na nią obowiązku nowego zachowania, lecz ma spowodować zobligowanie do ponownego podjęcia pierwotnie prowadzonej polityki handlowej. Microsoft podnosi bowiem, po pierwsze, że Komisja nie sugeruje, iż informacje, o których mowa w art. 5 Decyzji były ujawniane w przeszłości. Twierdzi ona następnie, że jeśli Komisja miała na myśli informacje dotyczące technologii sieci przekazane AT&T w 1994 r. na podstawie licencji w celu umożliwienia jej stworzenia produktu o nazwie „Advanced Server for UNIX” („AS/U”), to należy podkreślić, że przekazywanie informacji nie zostało przerwane.

W istocie produkt o nazwie „PC Net Link” wyprodukowany przez Sun Microsystems, której AT&T przyznała licencję dotyczącą AS/U, jest do chwili obecnej dostępny na rynku. Sun Microsystems zapewniała o tym zawsze w reklamie, twierdząc, że świadczy „usługi sieci pochodzenia Windows NT” — w tym usługi plików i drukowania oraz usługi zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników — w systemach operacyjnych dla serwerów Solaris. Sun Microsystems twierdzi również, że PC Net Link funkcjonuje prawidłowo z ostatnimi wersjami systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych produkcji Microsoft, w tym Windows 2000 Professional oraz Windows XP.

- 110 Ponadto Microsoft nie powinna być związana w przyszłości przyznawaniem licencji dotyczących wszystkich jej protokołów komunikacyjnych z tego powodu, że w 1994 r. postanowiła przyznać AT&T licencję dotyczącą technologii sieci. Zresztą na podstawie umowy uzgodniono, że stosunki handlowe między Microsoft i AT&T nie zostaną rozszerzone na nowe technologie.
- 111 Wreszcie Microsoft podkreśla, że konkurencyjni sprzedawcy systemów operacyjnych dla serwerów nie są zależni od informacji odnośnie do interoperacyjności, której przekazywania Microsoft miała zaprzestać. Novell nigdy nie korzystała z AS/U oraz nie okazała najmniejszego zainteresowania skorzystaniem z niego. NetWare autorstwa Novell dostarcza usługi plików i drukowania oraz usługi zarządzania użytkownikami i grupami na rzecz systemów operacyjnych Windows przy zastosowaniu własnych protokołów komunikacyjnych. Sprzedawcy systemu Linux również nie stosują AS/U. Ich systemy operacyjne dla serwerów dostarczają usługi plików i drukowania oraz usługi zarządzania użytkownikami i grupami na rzecz systemów operacyjnych Windows przy zastosowaniu programu Samba na bazie bezpłatnego kodu źródłowego, który powstał dzięki analizie odwróconej protokołów komunikacyjnych Microsoft.

b) W przedmiocie okoliczności niecierpiących zwłoki

112 Microsoft twierdzi, że natychmiastowe wykonanie art. 5 lit. a)–c) Decyzji będzie przyczyną trzech rodzajów poważnych i nieodwracalnych szkód.

1) Naruszenie praw własności intelektualnej

113 Decyzja ma na celu zobowiązanie Microsoft do przyznania licencji dotyczących cennych informacji chronionych przez prawo własności intelektualnej. Naruszenie w ten sposób praw własności intelektualnej stanowi poważną i nieodwracalną szkodę.

i) Informacje cenne

114 Microsoft wyjaśnia, że protokoły komunikacyjne stanowią technologię, której jest ona właścicielem, wykorzystywaną przez systemy operacyjne Windows dla stacji roboczych oraz serwerów w celu wymiany z innymi kopiami tych systemów operacyjnych informacji i której wartość handlowa jest znacząca [analiza S. Madnicka i B. Meyera, „Szkody spowodowane przez nałożony na Microsoft obowiązek ujawnienia wszystkich protokołów komunikacyjnych wykorzystywanych w celu dostarczania usług grupy roboczej”, znajdująca się w załączniku R.2 (zwana dalej „analizą Madnicka i Meyera”)]. Jej protokoły komunikacyjne są owocem wielu lat badań oraz bardzo kosztownego programu rozwojowego. Wysiłki podjęte w celu stworzenia protokołów komunikacyjnych, które dostarczają użytecznych funkcji oraz zwiększają szybkość, niezawodność i bezpieczeństwo oraz skuteczność komunikacji między systemami operacyjnymi Windows, były znaczące.

- 115 Jeśli chodzi o specyfikacje protokołów komunikacyjnych, które są szczegółowym opisem koncepcji i sposobu działania protokołów komunikacyjnych, pozwalają one konkurentowi będącemu w ich posiadaniu na wykorzystanie protokołów komunikacyjnych Microsoft w jego systemie operacyjnym dla serwerów.
- 116 W swoich uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. Microsoft podkreśla, że obowiązkowe przyznanie licencji dotyczących specyfikacji protokołów komunikacyjnych pozwalających kilku systemom operacyjnym Windows dla serwerów na wspólne funkcjonowanie w celu zapewnienia usług grupy roboczej miałyby skutek w postaci ujawnienia istotnego zakresu informacji odnośnie do wewnętrznej koncepcji systemów Windows. Przyznanie licencji dotyczących specyfikacji protokołów komunikacyjnych umożliwiających komunikację między różnymi systemami operacyjnymi Windows dla serwerów, jak wynika z analizy Madnicka i Meyera, ujawniałyby złożone informacje odnośnie do funkcjonowania katalogu, zwanego Active Directory, w ramach tych systemów operacyjnych.

ii) Informacje chronione przez prawo własności intelektualnej

- 117 Protokoły komunikacyjne Microsoft oraz opisujące je specyfikacje są chronione przez prawo własności intelektualnej. Microsoft zaznacza, w odpowiedzi na argument przytoczony przez Komisję w jej uwagach z dnia 21 lipca 2004 r., że, po pierwsze, należy dokonać rozróżnienia między koncepcją protokołów komunikacyjnych, specyfikacjami protokołów komunikacyjnych i wykonaniem tych protokołów oraz, po drugie, ochrona związana z własnością intelektualną nie jest ograniczona do jednej z tych trzech kategorii.

Ochrona w ramach prawa autorskiego

- 118 Protokoły komunikacyjne podlegają ochronie w ramach prawa autorskiego na podstawie Konwencji berneńskiej o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r., zmienionej ostatnio dnia 28 września 1979 r., oraz dyrektywy Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.U. L 122, str. 42), zwłaszcza jej preambuły oraz art. 1 ust. 1. Jeśli chodzi o specyfikacje tych protokołów, to stanowią one przygotowawcze materiały koncepcyjne również chronione w ramach prawa autorskiego (opinia M. Prescottta, załącznik T.3, wymieniona powyżej w pkt 90).
- 119 W związku z tym Microsoft, jak każdy uprawniony z tytułu prawa autorskiego, posiada wyłączne prawo udzielania zezwolenia na publikację swoich dzieł podlegających ochronie lub ich publiczne udostępnianie w jakikolwiek inny sposób. Ustawodawstwo różnych Państw Członkowskich w dziedzinie prawa autorskiego wyraźnie upoważnia właścicieli dzieł chronionych do określenia, czy dzieła te zostaną opublikowane lub udostępnione w jakikolwiek sposób. Decyzja pozbawia Microsoft prawa do decydowania, w jakiej formie, komu, kiedy i pod jakimi warunkami ma zamiar udostępnić, w danym przypadku, specyfikacje swoich protokołów komunikacyjnych. Komisja nie może zatem stwierdzić, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych Microsoft podlegają ochronie w ramach prawa autorskiego od momentu ich sformułowania, oraz podnosić jednocześnie, że nałożony na Microsoft mocą Decyzji obowiązek udzielenia licencji dotyczących tych specyfikacji nie narusza samej istoty tego prawa.
- 120 Uprawnionemu z tytułu prawa autorskiego przysługuje również wyłączne prawo udzielania zezwolenia na tworzenie dzieł pochodnych, jak to wynika zarówno z art. 12 konwencji berneńskiej oraz z art. 4 dyrektywy 91/250. To wyłączne prawo udzielania zezwolenia na tworzenie dzieł pochodnych zostało naruszone, ponieważ zastosowanie tych protokołów komunikacyjnych przez konkurentów Microsoft stanowi prawie pewne dostosowanie lub translację tych specyfikacji, co wkracza w zakres zastosowania prawa autorskiego i zatem nie może być uznane za dzieło stworzone niezależnie. Ponadto, nawet przy założeniu, że licencjobiorcy będą

w stanie zastosować niektóre aplikacje bez naruszania prawa autorskiego Microsoft, Decyzja nie stawia wymogów pod adresem licencjobiorców do działania w taki sposób, jaki wynika z nakazanego Microsoft zakresu „udzielenia zgody na wykorzystanie” specyfikacji protokołów komunikacyjnych bez określenia granic, w jakich licencjobiorcy będą realizować swoje projekty. Nie istnieje zatem podstawa do twierdzenia, że licencjobiorcy ograniczą się do stworzenia zgodnych z prawem aplikacji, nawet jeżeli będzie to możliwe.

- ¹²¹ Microsoft podnosi wreszcie, że w ramach ugody amerykańskiej wszystkie strony zgodziły się co do tego, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych stacja robocza–serwer podlegają ochronie w ramach prawa autorskiego.

Ochrona w ramach patentu

- ¹²² We wniosku o zastosowanie środka tymczasowego Microsoft wskazuje, że niektóre protokoły komunikacyjne, w stosunku do których Komisja nałożyła na nią obowiązek podania do wiadomości, są objęte patentem lub wnioskiem o udzielenie patentu, oraz że ma ona zamiar złożyć przed czerwcem 2005 r. znaczną liczbę wniosków o udzielenie patentów dotyczących różnych aspektów systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych i dla serwerów obejmujących protokoły komunikacyjne wymienione w Decyzji. Brak ograniczenia skutków Decyzji w czasie uzasadnia, zdaniem Microsoft, włączenie przyszłych patentów w zakres obowiązku udzielenia licencji nałożonego mocą Decyzji.
- ¹²³ W uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. Microsoft wymienia trzy istniejące patenty europejskie oraz dwa zawisłe wnioski o udzielenie patentu obejmujące protokoły komunikacyjne podlegające licencjom obowiązkowym. Według opinii M. Knauera, załącznik T.5, wymieniony powyżej w pkt 91, kilka protokołów komunikacyjnych

wykorzystywanych przez systemy operacyjne Windows dla serwerów w celu dostarczenia usług plików i drukowania oraz usług zarządzania użytkownikami i grupami objętych jest patentami, tj., primo, protokół DFS (Distributed File System) objęty patentem EP 0 661 652 B1; secundo, protokół SMB objęty patentem EP 0 438 571 B1, oraz, tertio, protokół Distributed Component Object Model Remote objęty patentem EP 0 669 020 B1. Jeśli chodzi o wnioski o udzielenie patentu, dotyczą one protokołów Constraint Delegation oraz Active Directory Sites.

- 124 W tym kontekście Microsoft podnosi, że Komisja nie wyklucza opatentowanej technologii spod działania środka naprawczego oraz nakłada obowiązek udzielenia licencji na wszystkie jej prawa własności intelektualnej dotyczące protokołów komunikacyjnych, w tym wszystkie patenty. W ten sposób konkurenci nie mają powodu podejmować prób stworzenia aplikacji, które nie używałyby opatentowanych metod.

Ochrona w ramach tajemnicy handlowej

- 125 Zdaniem Microsoft, protokoły komunikacyjne stanowią tajemnicę handlową, która nie została ujawniona osobom trzecim, chyba że zobowiązały się umownie do zachowania tajemnicy.

- 126 W odpowiedzi na uwagi Komisji z dnia 21 lipca 2004 r., zgodnie z którymi, z jednej strony, w prawie konkurencji zgodność z prawem odmowy ujawnienia „tajemnicy”, której istnienie zależy po prostu od jednostronnej decyzji handlowej, powinna zależeć od interesów będących w grze, oraz, z drugiej strony, szkoda wyrządzona Microsoft poprzez nałożenie obowiązku ujawnienia jej tajemnic handlowych jest mniej poważna niż szkoda spowodowana nałożonym na Microsoft obowiązkiem zezwalania na reprodukcję jej utworów chronionych prawem autorskim lub naruszania jej patentów, Microsoft odpowiada, że aktualnie jest w stanie przekazać swoje kody komunikacyjne osobom trzecim za opłatą, że może wystąpić na drogę sądową przeciwko tym, którzy korzystają nielegalnie z jej kodów (opinie

M. Prescottta oraz M. Galloux, odpowiednio załączniki T.3 oraz T.6, wymienione powyżej w pkt 90), oraz że w konsekwencji obowiązkowe przyznanie licencji narusza wartość przedmiotowych aktywów. Ponadto nie można z wyroku z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. str. II-755, pkt 84 i 139 wyciągać wniosku, że Sąd przyznał, iż informacje handlowe w formie specyfikacji nie podlegają ochronie w analogiczny sposób jak inne prawa własności, ponieważ Sąd nie rozpatrywał kwestii, czy specyfikacje opakowań kartonowych stanowią tajemnicę handlową podlegającą ochronie.

W przedmiocie niezbędnego charakteru informacji

- 127 W uwagach z dnia 21 lipca 2004 r. Komisja oświadcza, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych Microsoft stanowią „informacje konieczne dla osiągnięcia interoperacyjności” w rozumieniu dyrektywy 91/250 oraz że obowiązkowe udzielenie licencji nałożone w Decyzji nie daje w konsekwencji konkurentom Microsoft nic innego niż to, co mogliby otrzymać dzięki dekompilacji systemów operacyjnych Windows dla serwerów zgodnie z wyłączeniem przewidzianym w art. 6 dyrektywy.
- 128 Microsoft jednak uważa, że twierdzenie to jest niesłuszne z kilku względów.
- 129 Po pierwsze, art. 6 ust. 2 dyrektywy 91/250 stanowi jedynie wyjątek ograniczony do praw wyłącznych właściciela programu informatycznego podlegającego ochronie, wymienionych w art. 4 dyrektywy. W pewnych określonych okolicznościach „uprawniony użytkownik” byłby upoważniony do „odkrycia” interfejsów chronionego programu informatycznego poprzez „dekompilację” czytelnego dla maszyny kodu, który przedstawia swoje interfejsy. Taka „dekompilacja” jest dozwolona tylko wtedy, gdy interfejsy są niezbędne do zapewnienia funkcjonowania programu informatycznego zbudowanego w sposób niezależny i nie zostały udostępnione przez właściciela programu. W niniejszej sprawie, poza tym, że Microsoft oświadcza, iż ujawniła już interfejsy, które były potrzebne dla programów informatycznych

innych producentów w celu odwołania się do funkcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów, specyfikacje protokołów komunikacyjnych Microsoft nie były niezbędne dla zapewnienia funkcjonowania systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej stworzonych w sposób niezależny. Wręcz przeciwnie, Decyzja nałożyła na Microsoft obowiązek zezwolenia konkurentom na stworzenie produktów oferujących takie same usługi plików i drukowania oraz takie same usługi zarządzania użytkownikami i grupami, jak usługi systemów operacyjnych Windows dla serwerów, tworząc tym samym ich własne zastosowanie protokołów komunikacyjnych Microsoft. W ten sposób Microsoft byłaby zobowiązana dostarczyć swoim konkurentom istotnych informacji handlowych w okolicznościach, które nie uzasadniają żadnego prawa do dekompilacji na podstawie art. 6 ust. 2 powoływanej dyrektywy.

- 130 Po drugie, art. 6 dyrektywy 91/250 upoważnia do otrzymania informacji przez dekompilację, lecz nakłada w ust. 2 trzy ścisłe ograniczenia co do wykorzystania tych informacji, w tym zakaz wykorzystywania tych informacji w celu stworzenia programu stanowiącego reprodukcję programu będącego przedmiotem dekompilacji. Decyzja nie nakłada żadnych ograniczeń w tym względzie; wręcz przeciwnie zezwala ona licencjobiorcom na stworzenie aplikacji stanowiących naruszenie prawa autorskiego Microsoft dotyczącego specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych.
- 131 Po trzecie, specyfikacje mają wyższą wartość w porównaniu z informacją, którą konkurenci Microsoft mogliby uzyskać poprzez zgodną z prawem dekompilację.

W przedmiocie poważnej i nieodwracalnej szkody

- 132 Microsoft wyjaśnia następnie, że ujawnienie informacji chronionych z tytułu prawa własności intelektualnej powodowałoby poważną i nieodwracalną szkodę.

- 133 Artykuł 5 lit. a) Decyzji, pozwalając konkurentom Microsoft na wykorzystanie protokołów komunikacyjnych w celu zaoferowania systemów operacyjnych dla serwerów zdolnych do zastąpienia systemów rozprowadzanych przez Microsoft, pozbawia tę ostatnią korzyści wynikającej z przewagi konkurencyjnej, którą uzyskała dzięki wysiłkom związanym z badaniami i rozwojem. Prawa własności intelektualnej implikują prawo wyboru użytkownika chronionej własności oraz sposób korzystania z niej. Jak orzeczono, obowiązek udzielenia licencji godzi w „istotę” własności intelektualnej, którą jest „przyznanie twórcy dzieła o charakterze wynalazczym i oryginalnym wyłącznego prawa do korzystania ze swoich dzieł” (postanowienie Prezesa Sądu z dnia 26 października 2001 r. w sprawie T-184/01 R IMS Health przeciwko Komisji, Rec. str. II-3193, pkt 125). Z tego względu Sąd orzekł, że wymaganie od przedsiębiorstwa udzielenia licencji dotyczących jego własności intelektualnej, choćby w sposób „czysto tymczasowy”, stwarza ryzyko wyrządzenia mu „poważnej i niepowetowanej szkody”, nawet jeśliby przedmiotowe informacje były już własnością publiczną (to samo postanowienie, pkt 127).
- 134 Nieodwracalny charakter przekazania składników własności intelektualnej jest szczególnie widoczny w przypadku tajemnicy handlowej. W niniejszej sprawie składniki te dotyczą opracowanej przez Microsoft koncepcji sposobu wypełnienia niektórych zadań, które systemy operacyjne dla serwerów powinny wykonać same albo we współpracy z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych lub dla serwerów. Ujawnienie tych koncepcji nie mogłaby już nigdy zostać usunięte z pamięci osób z nich korzystających.
- 135 Obowiązek udzielenia licencji dotyczących informacji chronionych przez prawo autorskie ma również nieodwracalne skutki antykonkurencyjne. W konsekwencji analiza specyfikacji protokołów komunikacyjnych chronionych przez prawo autorskie pozwoli konkurentom Microsoft na nabycie pogłębionej wiedzy na temat wewnętrznych sposobów funkcjonowania systemów operacyjnych oraz na uczynienie z tego użytku dla ich produktów. Późniejsza weryfikacja braku wykorzystania tej wiedzy przez konkurentów Microsoft będzie niemożliwa.

136 Obowiązkowe przyznanie licencji dotyczących patentów spowoduje ponadto niepowetowaną szkodę. Stwierdzenie nieważności Decyzji pozwoli wprowadzić Microsoft na podjęcie kroków w celu niedopuszczenia do wykorzystywania opatentowanej technologii przez osoby trzecie, lecz próba weryfikacji, czy technologia Microsoft jest nadal wykorzystywana, czy nie, okaże się szczególnie złożona i nieskuteczna, a powstałe w międzyczasie produkty zawierające wynalazki Microsoft pozostaną prawdopodobnie w kanałach dystrybucyjnych i w rękach klientów.

137 Choć Decyzja pozwala Microsoft na udzielenie licencji dotyczących jej własności intelektualnej w sposób „właściwy i pozbawiony charakteru dyskryminującego”, co prawdopodobnie oznacza obowiązek uiszczenia opłaty, szkoda powstała w sferze praw własności intelektualnej Microsoft nie zostanie naprawiona przez uiszczenie takiej opłaty (zob. podobnie ww. w pkt 1333 postanowienie w sprawie IMS Health przeciwko Komisji, pkt 125).

2) Ograniczenie swobody prowadzenia przez Microsoft działalności gospodarczej

138 Microsoft, powołując się na postanowienia Prezesa Sądu z dnia 3 czerwca 1996 r. w sprawie T-41/96 R Bayer przeciwko Komisji, Rec. str. II-381, pkt 54 oraz w ww. w pkt 133 sprawie IMS Health przeciwko Komisji, pkt 130 podnosi, że, jak w sprawach stanowiących podstawę powołanych postanowień jej prawo do swobodnego kształtowania zasadniczych elementów jej polityki handlowej będzie naruszone ze względu na wykonanie Decyzji.

i) W przedmiocie swobody przekazywania informacji

139 Microsoft nie prowadziła, jak twierdzi, polityki handlowej polegającej na udzieleniu powszechnej licencji dotyczącej jej protokołów komunikacyjnych. Podnosi ona, że

udzielenie licencji dotyczących jej protokołów komunikacyjnych stacja robocza–serwer zostało uzgodnione w ramach ugody amerykańskiej, lecz że ugoda ta nie dotyczy dostarczenia licencji odnośnie do protokołów komunikacyjnych serwer–serwer. Nakładając na Microsoft obowiązek dostarczenia specyfikacji protokołów komunikacyjnych serwer–serwer, z których większość nie została zapisana, Decyzja uczyniła z Microsoft dostawcę technologii dla jej konkurentów w sektorze systemów operacyjnych dla serwerów.

- 140 Microsoft przedstawia następnie różnice istniejące między ugodą amerykańską i umową z Sun Microsystems, z jednej strony, a Decyzją, z drugiej strony.
- 141 Jeśli chodzi o ugodę amerykańską, przewiduje ona udzielenie licencji dotyczących protokołów komunikacyjnych stacja robocza–serwer wyłącznie w celu zapewnienia interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych, w odróżnieniu od Decyzji, która nakłada obowiązek udzielenia licencji na te same protokoły w celu ich wykorzystania w systemach operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, które dostarczają usługi plików i drukowania oraz usługi zarządzania użytkownikami i grupami w każdym systemie operacyjnym Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów.
- 142 Jeśli chodzi o porozumienie zawarte w kwietniu 2004 r. z Sun Microsystems — jedynym podmiotem, który złożył zawiadomienie przed Komisją — to zawiera ono w szczególności serię umów wzajemnych, mocą których strony uzgodniły współpracę mającą na celu rozwijanie produktów oraz udzielenia wzajemnych licencji, w tym licencji dotyczących tych rodzajów przedmiotowych protokołów komunikacyjnych, o których mowa w Decyzji. Microsoft podkreśla zaś, że wzajemne licencje zapewnią jej świadczenie wzajemne polegające na dostępie do składników własności intelektualnej Sun Microsystems oraz skłaniają tę ostatnią do poszanowania praw własności intelektualnej Microsoft dotyczących jej technologii

udostępnionej na podstawie licencji. Wzajemny charakter tych umów daje Microsoft rekompensatę, której brak w obowiązkowym udzieleniu licencji nałożonym w Decyzji.

ii) W przedmiocie swobody rozwoju jej produktów

143 Microsoft utrzymuje, że wykonanie Decyzji pozbawi ją możliwości rozwoju jej produktów. Obowiązek udzielenia licencji odnośnie do protokołów komunikacyjnych naruszy bowiem ostatecznie jej swobodę decydowania o sposobie rozwoju jej produktów. Ulepszanie jej protokołów w przyszłości i, w końcu, zdolność innowacyjna Microsoft zostanie ograniczona, na co również wskazuje analiza Madnicka i Meyera. Microsoft wskazuje w konsekwencji, że od momentu, od którego produkty podmiotów trzecich zaczną być raczej zależne od cech struktury systemu operacyjnego Windows dla serwerów, niż odpowiadać swojej funkcji dzięki opublikowanym interfejsom, jej zdolność do modyfikacji charakterystyki koncepcji w trosce o ulepszenie produktu będzie zmniejszona. Twierdzenia odwrotne zawarte w uwagach Komisji z dnia 21 lipca 2004 r. świadczą o nieznanym rzeczywistości handlowej. Wyzwaniem koncepcyjnym dla Microsoft było, w ramach stopniowego lansowania nowych systemów operacyjnych Windows dla serwerów, utrzymanie kompatybilności pionowej z tysiącami opublikowanych interfejsów, używanych przez programy informatyczne podmiotów trzecich. Dodanie nowych funkcji oraz ulepszenie funkcjonowania, bezpieczeństwo oraz niezawodność istniejących funkcji okaże się znacznie trudniejsze, jeśli programy informatyczne podmiotów trzecich odwoływać się będą do funkcji Windows za sprawą niejawnych protokołów (analiza Madnicka i Meyera, załączniki R.2 i T.7).

iii) W przedmiocie konieczności „uodpornienia” protokołów

144 Protokoły prywatne nie zostały stworzone w celu wykorzystania w nieznanym programach tworzonych przez podmioty trzecie. W konsekwencji upowszechnienie

dużej liczby prywatnych protokołów komunikacyjnych mogłoby być przyczyną ewentualnych dysfunkcji, uszkodzeń oraz ryzyka z punktu widzenia bezpieczeństwa. Microsoft musi zatem poświęcić część swoich zasobów na „uodpornienie” protokołów na wypadek ich używania w sposób nierozważny lub ze złą wolą, co wymaga często dodania kodów ochronnych lub przeprowadzenia dodatkowych poważnych testów przed upowszechnieniem produktów z zastosowaniem protokołów komunikacyjnych. W tym względzie Decyzja narusza w sposób nieodwracalny prawo Microsoft do swobodnego rozwijania jej produktów w sposób, jaki uzna ona za odpowiedni.

- 145 Microsoft, w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r., dodaje, że dostarczenie jej konkurentom specyfikacji protokołów komunikacyjnych, które nie miały nigdy innego przeznaczenia niż zapewnienie komunikacji między systemami operacyjnymi Windows dla serwerów, naraziłoby klientów na niedogodności techniczne. W tym względzie odnosi się ona do analizy Madnicka i Meyera, załączniki R.2 i T.7. Takie protokoły są oparte na sporej liczbie założeń odnośnie do wewnętrznego funkcjonowania systemów operacyjnych dla serwerów dostarczających wspólnie usługi grupowe. W konsekwencji nie posiadają one mechanizmów ochronnych, w które zostałyby wyposażone, gdyby zostały opracowane w celu komunikacji z programami podmiotów trzecich. Choć Microsoft jest w stanie „uodpornić” w przyszłości sposoby wdrażania swoich protokołów komunikacyjnych, to i tak istnieją miliony systemów operacyjnych Windows dla serwerów zainstalowane w sieciach klientów korzystających z protokołów w ich obecnej postaci. Nie jest możliwa późniejsza modyfikacja tych produktów w celu ich ochrony przed niewłaściwym użytkowaniem protokołów komunikacyjnych, zważywszy, że wprowadzenie koniecznych mechanizmów ochrony wymaga istotnych zmian produktów będących już w obrocie. Microsoft wskazuje, że choć Komisja odnosi się z ironią do tego, co zakwalifikowała jako „bezpieczeństwo przez niejasność” (załącznik S.2), klienci nie byłiby zadowoleni, gdyby dowiedzieli się, iż zarządzane przez Komisję w Decyzji ujawnienie spowodowało podatność obecnych systemów operacyjnych Windows dla serwerów na zakłócenia w funkcjonowaniu (analiza Madnicka i Meyera, załącznik T.7). Protokoły mają charakter złożony, a ryzyko wystąpienia błędu w trakcie ich wdrażania w inny system operacyjny dla serwerów grupy roboczej jest wysokie. Taki błąd mógłby spowodować poważne straty i uszkodzenie danych, co prowadziłoby do równoległej szkody wyrządzonej Microsoft oraz jej

klientom. Klienci są oczywiście bardzo wrażliwi na utratę lub uszkodzenie danych, w związku z czym Microsoft poniosłaby szkody, w szczególności jeśli chodzi o jej dobre imię, gdyby istniejąca baza systemów operacyjnych Windows dla serwerów została naruszona przez niewłaściwe wykorzystanie protokołów komunikacyjnych Microsoft. Komisja sugeruje, że „jakakolwiek szkoda byłaby odwracalna [...] wraz ze stwierdzeniem nieważności Decyzji”. Tymczasem stwierdzenie nieważności nie mogłoby zapobiec utracie lub uszkodzeniu danych ani przywrócić dobrego imienia Microsoft.

3) Nieodwracalna zmiana warunków na rynku

146 Microsoft utrzymuje, że obowiązkowe udzielenie licencji zmieni nieodwracalnie na jej niekorzyść panujące na rynku warunki. Wydaje się, że ta zmiana była celem Komisji, jak wskazuje na to motyw 695 Decyzji, zgodnie z którym „[j]eżeli konkurenci Microsoft będą mieli dostęp do informacji odnośnie do interoperacyjności, których się domagają, to będą oni mogli je wykorzystać w celu wyprodukowania zaawansowanych funkcji ich produktów dostępnych w ramach sieci stosunków interoperacyjności, na której opiera się środowisko Windows”.

147 W celu wykazania nieodwracalnej zmiany warunków na rynku Microsoft podnosi, że analiza szczegółowych specyfikacji protokołów komunikacyjnych, których jest właścicielem, możliwa za sprawą obowiązkowego udzielenia licencji, pozwoli na wyjawienie konkurentom istotnych aspektów koncepcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Informacje dotyczące wewnętrznej koncepcji systemów operacyjnych są szczególnie narażone na ujawnienie za pośrednictwem specyfikacji protokołów komunikacyjnych, wcześniej prywatnych, ponieważ, jak wyjaśnia analiza Madnicka i Meyera, protokoły te są często uzależnione od ich specyficznego wprowadzenia w kod programu. Używanie takich protokołów komunikacyjnych przez osoby trzecie spowoduje zatem ujawnienie różnych szczegółów, podczas gdy szczegóły te pozostają utajnione, gdy protokoły te są używane samodzielnie przez poszczególne kopie tego samego systemu operacyjnego funkcjonujące na różnych serwerach.

148 Ujawnienie na szeroką skalę takich informacji pozwoli konkurentom Microsoft na powielenie w ich systemach operacyjnych serii funkcji, które Microsoft rozwinęła dzięki swoim własnym wysiłkom związanym z badaniami i rozwojem. Wynikająca z tego dla Microsoft szkoda wykracza, jej zdaniem, poza zakres nakazanego upowszechnienia, poza rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej oraz nawet poza geograficzny zasięg obowiązkowej licencji.

c) W przedmiocie wyważenia interesów

149 Microsoft utrzymuje, po pierwsze, że interes Wspólnot w nałożeniu skutecznego środka naprawczego nie wymaga natychmiastowego wykonania art. 5 lit. a)-c) Decyzji.

150 Przede wszystkim, ponieważ celem art. 82 WE jest „ochrona interesów konsumentów, a nie ochrona pozycji poszczególnych konkurentów” (ww. w pkt 133 postanowienie w sprawie IMS Health przeciwko Komisji, pkt 145), główny nacisk powinien zostać położony na uniknięcie szkody po stronie konsumentów. W niniejszym przypadku klienci mieli, jej zdaniem, do wyboru wiele rozwiązań interoperacyjności. W przeciągu pięciu lat postępowania przed Komisją nie było jednak przypadku, by któreś z przedsiębiorstw wyraziło wolę wyboru innego systemu operacyjnego dla serwerów niż Windows, a było zmuszone, z powodu interoperacyjności, do wyboru systemu operacyjnego dla serwerów Windows.

151 Następnie, wykonanie środka naprawczego przewidzianego w art. 5 Decyzji nie jest konieczne, ponieważ konkurenci Microsoft nie mają w obecnej chwili żadnej potrzeby dostępu do jej protokołów komunikacyjnych. Ponadto, zdaniem Microsoft, sama Komisja nie twierdziła, że konkurencja między sprzedawcami systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej zaniknie w krótkim czasie w przypadku zawieszenia wykonania art. 5 Decyzji.

- 152 W tym względzie Microsoft podnosi, że produkty jej konkurentów są w chwili obecnej konkurencyjne i przedstawia różne analizy oraz prognozy na ten temat dotyczące systemów Linux, UNIX i Novell.
- 153 Ponadto Microsoft podnosi, że Komisja nie wykazała związku między środkiem naprawczym przewidzianym w art. 5 Decyzji a którymkolwiek wnioskiem dystrybutorów systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Microsoft uściśla, że Sun Microsystems, Novell oraz Free Software Foundation/Samba nie wystąpiły o skorzystanie z licencji dotyczącej protokołów komunikacyjnych, których jest właścicielem.
- 154 Przewaga, jaką jej konkurenci mogą uzyskać, poznając sposób, w jaki Microsoft rozwiązała niektóre problemy związane z koncepcją systemów operacyjnych dla serwerów, nie powinna przeważać nad uprawnionym interesem Microsoft do ochrony jej technologii. Przy wyważeniu interesów interes ogólny polegający na utrzymaniu skutecznej konkurencji powinien w sposób oczywisty górować nad samymi interesami konkurentów Microsoft.
- 155 Jeśli chodzi o ryzyko, że dystrybutorzy konkurencyjni systemów operacyjnych dla serwerów zostaną wykluczeni z rynku w przypadku zawieszenia wykonania art. 5 Decyzji, to takie ryzyko nie istnieje. Konkurenci Microsoft udzielali swoich licencji dotyczących ich systemów operacyjnych dla serwerów na rzecz klientów profesjonalnych przez wiele lat i to bez dostępu do specyfikacji protokołów komunikacyjnych, których obowiązek dostarczenia nakłada na Microsoft Decyzja. Na poparcie swojego rozumowania Microsoft przedstawia liczne dane dotyczące niektórych jej konkurentów na przedmiotowym rynku.
- 156 Microsoft uznaje wreszcie, że nie można twierdzić, iż wykonanie Decyzji jest niecierpiące zwłoki, skoro postępowanie administracyjne, w toku którego ocena Komisji zmieniała się, trwało pięć lat.

- 157 Po drugie, w ramach wyważenia interesów powinny zostać wzięte pod uwagę, z jednej strony, zobowiązania Wspólnot wynikające z umów międzynarodowych, wśród nich TRIPs oraz, z drugiej strony, zasadność skargi. W tym ostatnim aspekcie Microsoft uważa, powołując się na postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 11 kwietnia 2002 r. w sprawie C-481/01 P(R) NDC Health przeciwko IMS Health i Komisji, Rec. str. I-3401, że zasadność skargi powinna być rozważana z wyważeniem występujących w sprawie interesów. W niniejszej sprawie jest, jej zdaniem, w szczególności oczywiste, że Komisja nie wykazała spełnienia kryteriów z orzecznictwa (ww. w pkt 99 wyrok w sprawie IMS Health), pozwalających na zmuszenie przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą do udzielenia licencji swoim konkurentom.
- 158 Po trzecie, przypomina się, że Sun Microsystems po wydaniu Decyzji zawarła porozumienie z Microsoft regulujące ogół problemów stanowiących podstawę wniesienia zawiadomienia do Komisji. Żadna nagła potrzeba nie wymaga zatem wykonania Decyzji, póki sprawa główna nie została rozstrzygnięta.
- 159 ACT podnosi ze swej strony, że brak zawieszenia wykonania środka naprawczego wywoła poważne i nieodwracalne skutki wynikające z naruszenia mocy i wartości praw własności intelektualnej, z tytułu których są uprawnieni jej członkowie w EOG.
- 160 ACT utrzymuje konkretnie, po pierwsze, że natychmiastowe zastosowanie środka naprawczego stanowiłoby istotny precedens w zakresie obowiązkowej licencji odnośnie do praw własności intelektualnej, który zmniejszyłby szybko i znacznie wartość praw własności intelektualnej posiadanej przez jej członków. W tym względzie ACT podnosi, że Komisja zinterpretowała i zastosowała art. 82 WE w sposób niezgodny ze zobowiązaniami, które ciążyą na Wspólnocie na mocy art. 13, 31 i 39 TRIPs.

161 ACT utrzymuje, po drugie, że upowszechnienie protokołów komunikacyjnych, stanowiących wcześniej wyłączną własność Microsoft, doprowadzi do destabilizacji systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych i dla serwerów, co spowoduje natychmiast znaczną szkodę dla jej członków.

162 CompTIA uważa, że środek naprawczy przewidziany w art. 5 Decyzji, w zakresie, w jakim nakłada na Microsoft obowiązek przekazania jej własności intelektualnej każdemu przedsiębiorstwu obecnemu na rynku serwerów, obniża poziom ochrony własności intelektualnej w całej branży technologii informatycznych i komunikacyjnych, stanowi przyczynę niepewności prawnej oraz ma natychmiastowy skutek w postaci redukcji wartości inwestycji realizowanej w tym sektorze, a więc redukcji poziomu działalności gospodarczej w ogóle.

163 CompTIA twierdzi ponadto, że poważna i nieodwracalna szkoda, jaką środek ten przyniesie całemu sektorowi, jak również członkom CompTIA, przewyższa negatywny wpływ ewentualnego nieujawnienia na interes publiczny oraz interes podmiotów trzecich. W tym kontekście CompTIA podkreśla, że nic jej nie wiadomo o jakimkolwiek fakcie wywołującym problem interoperacyjności na rynku serwerów, choć odgrywa ona istotniejszą rolę niż jakiegokolwiek inne stowarzyszenie w certyfikacji kwalifikacji technologicznej pracowników w sektorze serwerów.

2. Argumenty Komisji oraz interwencji po jej stronie

164 Na wstępie Komisja stwierdza, że wniosek o zawieszenie wykonania art. 5 lit. a)-c) Decyzji opiera się w znacznej mierze na ocenie domniemanego wpływu Decyzji na wykonywanie „praw własności intelektualnej” Microsoft i czyni kilka wprowadzających uwag w tym względzie. Komisja precyzuje w uwagach z dnia 13 września

2004 r., że nawet przy założeniu rzeczywistego wykazania przez Microsoft, iż Decyzja nakłada na nią obowiązek udzielenia licencji odnośnie do praw własności intelektualnej, jej własna argumentacja pozostaje zasadna. FSF-Europe podpisuje się pod argumentacją Komisji.

a) Uwagi wstępne

165 Komisja twierdzi przede wszystkim, że art. 5 lit. a)-c) Decyzji zobowiązuje Microsoft do przedstawienia dokumentacji technicznej, zwanej „specyfikacjami”, która szczegółowo opisuje „protokoły”, o których mowa w art. 1 ust. 1 Decyzji. Tak więc, podkreśla Komisja, należy odróżnić tę dokumentację od kodu źródłowego produktów Microsoft. Konkurent pragnący opracować system operacyjny dla serwerów zawierający protokoły Microsoft musi bowiem zaopatrzyć swój produkt w kod źródłowy, który pozwoli na zrealizowanie tych specyfikacji. Tak więc dwóch programistów wdrażających te same specyfikacje protokołu nie napisze takiego samego kodu źródłowego, a sposób działania ich programów będzie różny (motywy 24, 25, 698 oraz od 719 do 722). Z tego punktu widzenia protokoły mogłyby zostać porównane z językiem, którego składnia i słownictwo stanowiłyby specyfikacje, a przecież sam fakt opanowania przez dwie osoby składni i słownictwa tego samego języka nie oznacza, że będą one korzystały z niego w taki sam sposób.

166 Wreszcie, zważywszy na te czynniki, Komisja poddaje analizie różne prawa własności intelektualnej powołane przez Microsoft.

1) W przedmiocie prawa autorskiego

167 Odnośnie do prawa autorskiego, po pierwsze, Komisja uważa, że wywód Microsoft jest nieścisły, jeżeli nie mylący. Z jednej strony bowiem, Microsoft niesłusznie

sugeruje, że wykorzystanie informacji dotyczących interoperacyjności w celu jej urzeczywistnienia stanowi zwykle naruszenie prawa autorskiego. Z drugiej strony, Microsoft również niesłusznie twierdzi, jakoby ochrona przyznana z tytułu prawa autorskiego rozciągała się na protokoły komunikacyjne i odwołuje się do prawa autorskiego związanego ze „specyfikacjami” dla wykazania, że wykorzystanie wiedzy, którą one zawierają, stanowi naruszenie tego prawa.

168 Jednakże, nie wykluczając możliwości objęcia specyfikacji jako takich prawem autorskim, Komisja uważa, że nie oznacza to, iż użycie informacji zawartych w tym dokumencie, pod postacią wdrożenia w systemie operacyjnym, stanowi naruszenie prawa autorskiego, ponieważ, jak to wskazuje Decyzja, zastosowanie specyfikacji nie stanowi kopii, lecz prowadzi do powstania całkowicie odrębnego dzieła (motywy 25, 570 i nast. oraz 719 i nast.).

169 W uwagach z dnia 13 września 2004 r. Komisja podnosi w istocie, że zastosowanie protokołów komunikacyjnych nie stanowi formy korzystania zakazanej przez prawo autorskie.

170 Wśród licznych komentarzy Komisji odnośnie do uwag Microsoft z dnia 19 sierpnia 2004 r. należy przedstawić odpowiedzi udzielone w szczególności na pięć kategorii argumentów.

171 Po pierwsze, Komisja podnosi, że Microsoft powołała się po raz pierwszy na prawo do „ujawniania” w swoich uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. (pkt 119 powyżej). Komisja stwierdza, że art. 6 bis konwencji berneńskiej, który wspomina o „prawach niemajątkowych” uprawnionego z tytułu prawa autorskiego, nie powołuje się na to prawo i stąd wszelkie ograniczenia w korzystaniu z tego prawa nie mogą być sprzeczne „z normalnym korzystaniem z programu komputerowego”, jak jest ono

zdefiniowane w art. 6 ust. 3 dyrektywy 91/250, ponieważ przepis ten precyzuje, że powinien być interpretowany „zgodnie z [postanowieniami] konwencji berneńskiej”. Prawo do ujawnienia jest ponadto, zdaniem Komisji, „prawem niemajątkowym”, które nie może stanowić przedmiotu licencji. Ponadto odwołanie się do prawa do ujawniania jest trudne do pogodzenia z faktem, że produkty Microsoft znajdują się na rynku, że uczestnicy rynku mają możliwość ich obserwacji, badania i testowania oraz mogą w pewnych okolicznościach dokonywać ich dekompilacji. Wreszcie uzasadnienie przytoczone przez Microsoft w celu odmowy ujawnienia przedmiotowych informacji miało czysto ekonomiczny charakter i stąd nie miało nic wspólnego z istotą tego prawa.

172 Po drugie, Komisja zaprzecza, by dokumentacja techniczna, która powinna być ujawniona, mogła być uważana za „program komputerowy” podlegający ochronie na podstawie dyrektywy 91/250, dlatego że dotyczy to „przygotowawczego materiału koncepcyjnego” programu komputerowego (pkt 118 powyżej). Nie chodzi bowiem o informacje, twierdzi dalej Komisja, przygotowane w przeszłości jako wewnętrzna pomoc przy tworzeniu programów Microsoft, lecz po fakcie, jedynie w celu ujawnienia ograniczonych informacji przeznaczonych dla konkurentów tej ostatniej.

173 Jeśli chodzi o twierdzenie Microsoft, oparte na art. 4 dyrektywy 91/250, zgodnie z którym zastosowanie przedmiotowych protokołów byłoby „prawie na pewno” adaptacją lub translacją specyfikacji objętej prawem autorskim Microsoft (pkt 120 powyżej), Komisja odpowiada, że skarżąca nie przedstawiła na to żadnego dowodu. Ponadto podnosi ona, że tekst dyrektywy 91/250, jak również prace przygotowawcze odnoszące się do niej, prowadzą do wniosku, że pisanie programu interfejsu na bazie specyfikacji interfejsu nie jest z zasady objęte art. 4 powoływanej dyrektywy. Artykuł 6 tej dyrektywy jest bowiem oparty na założeniu, zgodnie z którym użycie informacji dotyczących interoperacyjności, uzyskanych przez dekompilację — która stanowi przedmiot „wyłączenia” — w celu „uzyskania informacji koniecznych dla interoperacyjności programu komputerowego stworzonego w sposób niezależny od innych programów” nie jest aktem naruszającym prawo autorskie, chyba że informacje te są „wykorzystane w celu rozwijania, produkcji lub obrotu programami

komputerowymi znacznie podobnymi w swoim wyrazie” do programu będącego przedmiotem dekompilacji. Jeśli Microsoft miałyby rację, art. 6 dyrektywy 91/250 nie mógłby być powoływany w celu tworzenia produktów kompatybilnych, ponieważ tworzenie tych produktów byłoby „aktem naruszającym prawo autorskie” i stąd zakazanym przez art. 6 ust. 2 lit. c).

174 Po trzecie, Komisja odrzuca interpretację zawężającą dokonaną przez M. Prescottta (załącznik T.3) art. 1 ust. 2 dyrektywy 91/250, który stanowi, że „[k]oncepcje i zasady, na których opierają się wszystkie elementy programu komputerowego, włącznie z tymi, na których opierają się ich interfejsy, nie podlegają ochronie prawa autorskiego na podstawie niniejszej dyrektywy”. Jego argument polegający na twierdzeniu, że całość lub struktura przedmiotowych „konceptji” podlega ochronie prawa autorskiego, jeżeli stanowią one „zasadniczą część dzieła”, jest wadliwy, ponieważ, po pierwsze, nie jest zgodny z art. 1 ust. 2 oraz art. 6 dyrektywy 91/250, oraz, po drugie, orzeczenia brytyjskie, na których M. Prescottt opiera swoją analizę, nie mają jakiegokolwiek związku z niniejszą sprawą.

175 Po czwarte, jeśli chodzi o argumentację Microsoft wspomnianą w pkt 120 powyżej, gdzie twierdzi ona przede wszystkim, że środek naprawczy wywoła szczególną „pokusę” wśród konkurentów Microsoft niejako do rozwinięcia implementacji stanowiących naruszenie prawa autorskiego oraz, następnie, że Decyzja nie przewiduje żadnej gwarancji przeciwko takiej „pokusie”, Komisja precyzuje, że środek naprawczy nie nakłada obowiązku ujawnienia kodu źródłowego oraz, w konsekwencji, że zakaz używania informacji uzyskanych wskutek dekompilacji „w celu rozwijania, produkcji lub obrotu programami komputerowymi znacznie podobnymi w swoim wyrazie” przewidziany w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy 91/250 nie znajduje zastosowania.

176 Po piąte, Komisja uważa, że, w przeciwieństwie do twierdzeń Microsoft (pkt 129 powyżej), ta ostatnia nie ujawniła interfejsów, które są potrzebne do programów informatycznych podmiotów trzecich w celu wykorzystania funkcji systemów

operacyjnych dla serwerów Windows. Precyzuje ona, że interfejsy, do których odwołuje się Microsoft, są „interfejsami programowania aplikacji” (zwanymi dalej „API”) pozwalającymi aplikacjom stosowanym w systemie operacyjnym dla serwerów Windows na skorzystanie z usług tego systemu operacyjnego dla serwerów, podczas gdy przedmiotem niniejszej sprawy są interfejsy, przez które serwer grupowy Windows dostarcza swoje usługi do sieci grupy roboczej Windows (motyw 210).

2) W przedmiocie patentów

¹⁷⁷ Odnośnie do patentów Komisja zaznacza przede wszystkim, że Microsoft w toku postępowania administracyjnego przedstawiła tylko jeden wniosek o udzielenie patentu, podczas gdy w toku postępowania sądowego podniosła istnienie trzech patentów europejskich oraz dwóch wniosków o udzielenie patentu europejskiego. Następnie Microsoft nie przedstawiła dokumentacji pozwalającej na ustalenie, czy licencja dotycząca jednego lub kilku patentów byłaby niezbędna osobie stosującej przedmiotowe protokoły.

¹⁷⁸ W uwagach z dnia 13 września 2004 r. Komisja stwierdza, że przed wydaniem Decyzji Microsoft wspomniała jedynie o istnieniu jednego patentu, w dniu 20 stycznia 2004 r., podczas gdy trzy patenty europejskie, o których mowa w dokumencie przedstawiającym opinię M. Knauera (załącznik T.5; pkt 91 powyżej), zostały dostarczone przed końcem roku 2001 oraz że, na podstawie tego samego dokumentu, dwa wnioski o udzielenie patentu europejskiego zostały złożone przed końcem roku 2002. Odnośnie do treści opinii M. Knauera Komisja zauważa, że „musiał on się oprzeć na informacjach dostarczonych przez Microsoft dotyczących protokołów zaznaczonych w art. 5 [D]ecyzji”. Twierdzi ona następnie, iż nie jest oczywiste, że konkurent Microsoft korzystający z wykonania Decyzji naruszy niektóre z jej roszczeń z patentów. Wątpliwości wyrażone odnośnie do kwestii, czy twórca programu dla serwera wykorzystującego odpowiednie protokoły w celu komunikacji z klientami Windows naruszyłby przedmiotowe roszczenia są, zdaniem Komisji, potwierdzone postawą Microsoft w stosunku do systemu Samba, „bezpłatnego programu”, który posługuje się niektórymi protokołami komunikacyj-

nymi Microsoft, które twórcy grupy Samba ustalili, stosując technikę analizy odwrotnej. W rzeczywistości, kontynuuje ona, wydaje się, że zawiera on w sobie „względne blokowanie” [opportunistic locking] SMB od miesiąca stycznia 1998 r. (wersja 1.9.18) oraz DFS od miesiąca kwietnia 2001 r. (wersja 2.2.0). Zgodnie z wiedzą Komisji, grupa Samba nigdy nie otrzymała licencji dotyczących patentów Microsoft, będących przedmiotem sprawy, a Microsoft nigdy nie powoływała się na naruszenia jej patentów przez tę grupę. Komisja przypomina ponadto, że trzy przedmiotowe patenty zostały dostarczone przed końcem roku 2001 wydaje się, że, biorąc pod uwagę ich opis techniczny, dotyczyły one generacji NT 4.0 produktów Microsoft, wcześniejszej w stosunku do Windows 2000.

179 Relacja między roszczeniami z patentów Microsoft a Decyzją pozostaje zatem niejasna.

180 Komisja w tej kwestii dochodzi do wniosku, że Microsoft nie dowiodła wystąpienia naruszenia jakiegokolwiek z jej patentów w przypadku wykonania art. 5 lit. a)-c) Decyzji.

3) W przedmiocie tajemnicy handlowej

181 Komisja uznaje, że dokonane przez Microsoft zrównanie tajemnicy handlowej z prawami własności intelektualnej nie jest oczywiste. Komisja odwołuje się w tym względzie do sprawy Tetra Pak [Decyzja Komisji 92/163/EWG z dnia 24 lipca 1991 r. odnośnie do procedury stosowania art. 86 Traktatu EWG (IV/31.043 — Tetra Pak II), Dz.U. 1992, L 72, str. 1], stanowiącej podstawę ww. w pkt 126 wyroku w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, (pkt 84 i -139).

- 182 Zdaniem Komisji, o ile może istnieć domniemanie legalności odmowy udzielenia licencji dotyczącej prawa własności intelektualnej ustanowionej przez prawo, o tyle zasadność w prawie konkurencji odmowy ujawnienia tajemnicy handlowej, której istnienie zależy wyłącznie od jednostronnej decyzji handlowej, powinna być uzależniona od okoliczności danej sprawy, a w szczególności od interesów wchodzących w grę. W tym przypadku dyrektywa 91/250 wskazuje, że interes związany z ochroną wysiłku wynalazczego leżącego u podstaw programu nie uprawnia wynalazcy do uniemożliwiania korzystania z nierozłącznie związanej z tym programem informacji odnośnie do interoperacyjności w celu urzeczywistnienia tej interoperacyjności.
- 183 Komisja przyznaje, że dyrektywa 91/250 nie zobowiązuje wynalazcy do wyjawienia z jego własnej inicjatywy danej informacji. Jednakże, zdaniem Komisji, ujawnienie informacji odnośnie do interoperacyjności w celu jej urzeczywistnienia jest nieporównywalne, z punktu widzenia ewentualnej tajemnicy handlowej Microsoft, z pozwoleniem w drodze licencji jednemu z jej konkurentów na powielanie dzieła podlegającego ochronie ustawodawstwa w dziedzinie praw własności intelektualnej. To twierdzenie jest poparte znaczeniem technicznym takiego ujawnienia, stosowanymi praktykami w sektorze oprogramowania oraz własnym postępowaniem Microsoft podczas jej wejścia na rynek.
- 184 W uwagach z dnia 13 września 2004 r. Komisja odrzuca twierdzenie, że protokoły stanowią odzwierciedlenie istotnych innowacji, ponieważ jego prawdziwość nie została dowiedziona przez Microsoft ani we wniosku, ani w jej uwagach następujących po nim, ani w załączniku T.3. Uważa ona również za pozbawiony podstawy argument, zgodnie z którym środek naprawczy miałby wywołać skutek w postaci „przekazania” danej innowacji konkurentom Microsoft, ponieważ, z jednej strony, ujawnienie tych informacji nie spowoduje, jej zdaniem, przekazania zasadniczej wartości systemu operacyjnego Windows oraz, z drugiej strony, art. 82 WE umożliwia zarządzenie udzielenia licencji dotyczącej zasadniczego elementu produktu przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej, jak ukazują to sprawy stanowiące podstawę ww. w pkt 99 wyroków w sprawach Magill i IMS Health.

185 FSF-Europe kładzie nacisk na to, że informacje, których ujawnienie przez Microsoft nakazuje Decyzja, mają niewielkie znaczenie na płaszczyźnie innowacji i zawierają liczne przypadki niekompatybilności wprowadzonych umyślnie w istniejących wcześniej protokołach pisemnych. Podejście Microsoft miałyby polegać na przyjęciu wcześniejszych protokołów, a następnie ich zmodyfikowaniu w celu uniemożliwienia interoperacyjności. W ten sposób postępowała ona w stosunku do kilku protokołów serwerów grupy roboczej, których ujawnienia domagała się grupa Samba w celu stworzenia produktu kompatybilnego, tj. protokołów CIFS, DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), DCE/RCP IDL („Interface Definition Language”), Kerberos 5 oraz LDAP (Active Directory).

b) W przedmiocie *fumus boni iuris*

186 Komisja z miejsca odrzuca twierdzenia Microsoft, zgodnie z którymi, po pierwsze, niniejsza sprawa dotyczy wyłącznie stosunków z Sun Microsystems, oraz, po drugie, ta ostaną nie zwróciła się o udostępnienie informacji, których ujawnienie nakazuje Microsoft Decyzja.

187 Komisja przypomina następnie, że w swoich uwagach wstępnych podniosła, iż żadne prawo autorskie, z tytułu którego Microsoft jest uprawniona, nie uniemożliwia wykorzystania informacji dotyczącej interoperacyjności w celu zapewnienia jej prawidłowego funkcjonowania (powyżej pkt 167 oraz 168). Komisja niemniej komentuje cztery kryteria ustanowione przez orzecznictwo odnośnie do obowiązkowych licencji, stawiając na potrzeby dyskusji hipotezę, po pierwsze, że w grę wchodzi pewne kwestie dotyczące praw własności intelektualnej, oraz, po drugie, że żadne inne kryterium nie jest właściwe, aby świadczyć o istnieniu wyjątkowych okoliczności, przy czym tej drugiej hipotezie przeczy, zdaniem Komisji, sformułowanie ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health (pkt 38).

- 188 Po pierwsze, odnośnie do niezbędnego charakteru informacji rzekomo objętych prawami własności intelektualnej, Komisja w Decyzji odrzuciła już twierdzenia Microsoft dotyczące „innych licznych sposobów zapewnienia interoperacyjności” (motywy od 666 do 687).
- 189 Po drugie, Komisja odrzuca twierdzenia Microsoft, zgodnie z którymi ta ostatnia nie utrudniała pojawienia się nowych produktów, w stosunku do których występował niezaspokojony popyt ze strony konsumentów.
- 190 Z pkt 49 ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health wynika, że „nowy produkt” jest to produkt, który nie ogranicza się „zasadniczo do powielenia” produktów oferowanych na rynku przez uprawnionego z tytułu prawa autorskiego. Sąd wystarczy, aby dany produkt zawierał zasadnicze elementy będące rezultatem wkładu licencjobiorcy. Nie jest zatem wykluczone, że produkty uprawnionego z tytułu prawa autorskiego oraz przyszłe produkty licencjobiorcy będą ze sobą konkurować, jak świadczą o tym okoliczności faktyczne leżące u podstaw spraw rozstrzyganych przez sądy wspólnotowe (wyrok Sądu z dnia 10 lipca 1991 r. w sprawie T-69/89 RTE przeciwko Komisji, Rec. str. II-485, pkt 73; wyrok w sprawie Magill, pkt 53; ww. w pkt 99 wyrok w sprawie IMS Health). Ponadto kryterium „nowego produktu” nie pociąga za sobą obowiązku wykazania, że produkt licencjobiorcy przyciągnąłby klientów, którzy nie kupiliby produktów oferowanych przez istniejących dostawców. Zdaniem Komisji, każda inna interpretacja pozbawiłaby istotnej części orzecznictwa jego znaczenia, ponieważ uprawnieni z tytułu praw własności intelektualnej mają zwykle uzasadnione powody do udzielania licencji podmiotom zamierzającym produkować dobra niepozostające w konkurencji z ich produktami. Tego rodzaju sytuacja nie daje zwykle podstaw do odmowy. W ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health rozumowanie Trybunału koncentrowało się na rozróżnieniu produktu mogącego wywrzeć wpływ na wybór konsumentów lub, innymi słowy, na kwestii, czy istnieje „potencjalny popyt” na nowy produkt. Rzeczywiste konsekwencje, jakie to rozróżnienie będzie miało na dokonane wybory, a w dalszej perspektywie na pojawianie się produktów przyciągających nowe kategorie klientów, zostaną określone przez rynek.

191 Tak więc w niniejszej sprawie, z jednej strony, proces zastosowania protokołów mogłoby przybrać bardzo różne formy (motywy 24, 25 i 698), co stworzyłoby wystarczające możliwości zróżnicowania produktu, oraz, z drugiej strony, istniałyby możliwości zróżnicowania produktu, obecnie niweczone przez postępowanie Microsoft, dzięki którym mogłaby się rozwinąć konkurencja.

192 Po trzecie, odnośnie do kwestii eliminacji konkurencji na rynku wtórnym, Komisja dokonała w Decyzji dogłębnej analizy ewolucji rynku właściwego i wagi interoperacyjności z tego punktu widzenia (motywy od 590 à 692) oraz, w szczególności, rzekomego „regularnego wzrostu Linuxa” (motywy od 598 do 610). Microsoft we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego nie zarzuciła zaś żadnego błędu w tym względzie. Microsoft zakłada niesłusznie, że gdy eliminacja konkurencji ma charakter stopniowy, to nakazy sędziego mogłyby być wydawane na podstawie art. 82 WE wyłącznie w momencie, w którym byłyby już pozbawione sensu, ponieważ rynek przekształcił się nieodwracalnie w monopol, podczas gdy wystarczy, że odmowa udzielenia licencji „może prowadzić do” wykluczenia konkurencji (ww. w pkt 99 wyroki w sprawie Bronner, pkt 40 oraz w sprawie IMS Health, pkt 37 i 38).

193 Po czwarte, Microsoft nie podaje żadnego szczególnego obiektywnego uzasadnienia swojego postępowania, poza ogólnym odwołaniem się do jej „praw własności intelektualnej”, odrzuconym już w Decyzji (motywy od 709 do 763).

194 Decyzja ukazała zatem, a Microsoft nie podważyła tego w sposób przekonywający, że jej postępowanie spełnia przesłanki wskazane w orzecznictwie.

195 Wreszcie, odnośnie do niezgodności Decyzji z TRIPs, Komisja odsyła do stwierdzeń zawartych w motywach od 1052 do 1053 Decyzji.

c) W przedmiocie pilnego charakteru

- ¹⁹⁶ Komisja uznaje, że Microsoft nie wykazała ryzyka poniesienia poważnej i nieodwracalnej szkody w przypadku braku zawieszenia wykonania Decyzji. Interwencji SIIA i FSF-Europe podzielają argumentację Komisji.

d) W przedmiocie wyważenia interesów

- ¹⁹⁷ Zdaniem Komisji, wyważenie interesów skłania do natychmiastowego wykonania art. 5 lit. a)-c) Decyzji oraz przemawia w konsekwencji za oddaleniem wniosku. Interwencji SIIA i FSF-Europe podzielają argumentację Komisji.

B — Ocena prezesa, orzekającego w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego

1. W przedmiocie fumus boni iuris

- ¹⁹⁸ Na poparcie swojego wniosku, zgodnie z którym warunek odnośnie do fumus boni iuris jest spełniony, Microsoft argumentuje w istocie, po pierwsze, że warunki, w jakich odmowa dostarczenia informacji podlegających ochronie na podstawie praw własności intelektualnej stanowi zakazane przez art. 82 WE nadużycie pozycji dominującej, nie występują w niniejszej sprawie, po drugie, że Sun Microsystems nie zwróciła się o udzielenie informacji, której dostarczenia nakazuje Decyzja, i że jej wniosek nie dotyczył tworzenia programów komputerowych w EOG, oraz, po trzecie, że Komisja naruszyła zobowiązania nałożone na Wspólnotę przez TRIPs.

199 Z punktu widzenia argumentacji przedstawionej przez Microsoft w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego nie można uznać drugiej i trzeciej grupy argumentów za wystarczająco poważne, by stanowić *fumus boni iuris*.

200 Argumenty dotyczące wniosku Sun Microsystems zostały bowiem szczegółowo odparte w Decyzji (motywy od 199 do 207, 564 oraz 565), przy czym Microsoft nie wykazała wstępnie, by Komisja popełniła jakikolwiek błąd odnośnie do zakresu wniosku Sun Microsystems. Tym samym argument, według którego wniosek Sun Microsystems nie dotyczył tworzenia programów komputerowych w EOG, nie jest przekonujący, ponieważ, po pierwsze, wniosek Sun Microsystems był sformułowany w sposób ogólny, a po drugie EOG jest niewątpliwie częścią światowego rynku właściwego, jak jasno wynika z motywów 185 i nast. oraz 427 Decyzji.

201 Odnośnie do zarzutu opartego na naruszeniu TRIPs, nie został on przedstawiony w sposób wystarczający, pozwalający prezesowi rozstrzygnąć w sposób zasadny. Microsoft bowiem, po pierwsze, ograniczyła się w swoim wniosku o zastosowanie środka tymczasowego do twierdzenia, że „nakładając na Microsoft obowiązek udzielenia licencji, Komisja nie uwzględniła prawidłowo zobowiązań nałożonych na Wspólnoty Europejskie przez [TRIPs]”. Po drugie, odesłanie do argumentacji rozwiniętej w załączniku T.9 nie zostało uznane za zgodne ze stosowanymi wymogami formalnymi (zob. powyżej pkt 88).

202 Analiza prezesa będzie dotyczyć zatem jedynie zarzutu opartego na naruszeniu art. 82 WE, ponieważ Microsoft nie zaprzecza, w ramach niniejszego wniosku, że posiada pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Jej sprzeciw dotyczy zatem wyłącznie twierdzenia, że odmowa ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności oraz zezwolenia na ich użycie przez spółki konkurencyjne stanowiła nadużycie tej pozycji.

- 203 Na wstępie należy przypomnieć, że motyw od 546 do 791 Decyzji są poświęcone analizie kwestii, czy odmowa ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności stanowiła nadużycie pozycji dominującej. Komisja wskazuje, że zobowiązana jest dokonać analizy ogółu elementów właściwych dla każdego przypadku, zanim będzie mogła stwierdzić istnienie wyjątkowych okoliczności, w których odmowa stanowi nadużycie (motywy od 546 do 559). W niniejszej sprawie Komisja uznała, że wyjątkowe okoliczności powstały wskutek faktu, że odmowa dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności, którą otrzymała Sun Microsystems, wpisywała się w ogólną linię postępowania i spowodowała ograniczenie w ujawnieniu informacji (motywy od 560 do 584), co stanowi ryzyko wyeliminowania konkurencji (motywy od 585 do 692) oraz ma negatywny wpływ na rozwój techniczny, a to na szkodę konsumentów (motywy od 693 do 708). Z powodu tych „wyjątkowych okoliczności” Komisja uznała, że argumenty przytoczone przez Microsoft nie wystarczają dla obiektywnego uzasadnienia odmowy ujawnienia informacji odnośnie do interoperacyjności, czy to ze względu na zachętę dla Microsoft do wprowadzenia innowacji (motywy od 709 do 763), czy ze względu na brak interesu w ograniczeniu konkurencji (motywy od 764 do 778).
- 204 W niniejszym przypadku warunek odnośnie do *fumus boni iuris* powinien być uznany za spełniony, wzięwszy pod uwagę, z jednej strony, zasadnicze kwestie podniesione w tej sprawie oraz, z drugiej strony, pogłębioną analizę, jakiej wymagają niektóre zarzuty i argumenty. Zasadniczo chodzi o to, czy okoliczności, na których oparła się Komisja, są prawdziwe z punktu widzenia faktów oraz czy ich charakter prawny pozwala na wniosek o istnieniu wyjątkowych okoliczności uzasadniających zarządzenie ujawnienia istotnych informacji chronionych przez prawa własności intelektualnej.
- 205 Wspomniane zasadnicze kwestie dotyczą warunków, w jakich Komisja ma podstawę stwierdzić, że odmowa ujawnienia informacji stanowi nadużycie pozycji dominującej zakazane przez art. 82 WE.
- 206 Po pierwsze, niniejsza sprawa nasuwa pytanie, czy warunki wymienione przez Trybunał w ww. w pkt 99 wyroku w sprawie *IMS Health* są konieczne, czy tylko wystarczające. Komisja twierdzi bowiem w Decyzji, że istnienie wyjątkowych

okoliczności powinno być oceniane dla każdego przypadku z osobna oraz że nie można wykluczyć, bez pogłębionej analizy w każdym przypadku, iż odmowa może mieć charakter nadużycia i to nawet przy braku spełnienia przesłanek wymienianych dotychczas przez sąd wspólnotowy. Przeciwnie, Microsoft twierdzi w swoim wniosku, że istnienie nadużycia pozycji dominującej w przypadku odmowy dostarczenia informacji może zostać stwierdzone wyłącznie przy, spełnieniu przesłanek określonych przez sąd wspólnotowy. Z pewnością kwestia ta nie może zostać rozstrzygnięta w stadium postępowania w przedmiocie środka tymczasowego. Należy jednak podnieść, że w pkt 38 wyroku w sprawie IMS Health Trybunał orzekł, iż „wystarczy”, do „zakwalifikowania odmowy udostępnienia przez przedsiębiorstwo uprawnione z tytułu prawa autorskiego produktu lub usługi niezbędnych do wykonywania działalności jako nadużycia”, „by odmowa ta stała na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, na który występuje potencjalny popyt ze strony konsumentów, by była nieuzasadniona oraz mogła prowadzić do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku pochodnym”.

207 Po drugie, sprawa ta skłania do pytania, czy w przypadku gdy w grę wchodzi wykonywanie prawa własności intelektualnej, należy brać pod uwagę charakter chronionych informacji. Microsoft utrzymuje bowiem, że Decyzja nakłada na nią obowiązek przekazania konkurentom technologii, która nie jest jawna, jest zaś bardzo cenna, oraz która jest w konsekwencji w istocie różna od informacji będących przedmiotem spraw leżących u podstaw ww. w pkt 99 wyroków w sprawach Magill i IMS Health. Stąd warunki, które muszą być spełnione, aby można było uznać, że odmowa ujawnienia informacji stanowi nadużycie pozycji dominującej, są, jej zdaniem, tym bardziej rygorystyczne, im cenniejsza jest informacja. Komisja ze swojej strony uważa, że sąd wspólnotowy nigdy nie rozpatrywał „wartości” prawa własności intelektualnej. W tej kwestii prezes stwierdza, że z całą pewnością specyfikacje protokołów komunikacyjnych dotychczas objęte tajemnicą, do których sporządzenia i ujawnienia zobowiązuje Microsoft Decyzja, są zasadniczo różne od informacji, które były przedmiotem ww. w pkt 99 wyroków w sprawach Magill i IMS Health. W tych ostatnich sprawach informacja będąca ich przedmiotem była szeroko znana w ramach sektora: programy stacji telewizyjnych były nieodpłatnie przesyłane każdego tygodnia gazetom, a mapa Niemiec była w rzeczywistości standardem w sektorze w celu prezentacji wskaźników sprzedaży. Jednakże kwestia, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, należy dokonać rozróżnienia między informacją jawną i niejawną, nie może być rozstrzygnięta w tym stadium, tym bardziej że należy uwzględnić bardziej globalnie parametry takie jak wartość inwestycji prowadzących do wytworzenia informacji, wartość przedmiotowej informacji dla organizacji dominującego przedsiębiorstwa oraz scedowaną na konkurentów wartość w razie ujawnienia.

- 208 Sprawa ta wiąże się również z kwestią, czy przesłanki określone przez Trybunał w ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health są spełnione w niniejszym przypadku. Komisja nie kwestionuje znaczenia tego wyroku, który zasadniczo konsoliduje stanowisko wyrażone dotychczas przez sąd wspólnotowy odnośnie do warunków, w których odmowa udzielenia informacji dotyczących praw własności intelektualnej stanowi nadużycie.
- 209 Spór między stronami dotyczy niezbędnego charakteru przedmiotowych informacji, przeszkody w pojawieniu się nowego produktu, w stosunku do którego istniałby niezaspokojony popyt, ryzyka eliminacji konkurencji na rynku pochodnym oraz obiektywnie uzasadnionego charakteru odmowy. O ile do sędziego rozstrzygającego co do istoty należy orzeczenie odnośnie do spełnienia każdego z tych warunków, o tyle prezes orzekający w przedmiocie środka tymczasowego uważa za konieczne określenie źródeł sporu między stronami, które uważa za wystarczająco poważne, by stanowić *fumus boni iuris*. W tym względzie zostaną zaakcentowane dwa szczególne aspekty.
- 210 Po pierwsze, odnośnie do niezbędnego charakteru informacji dotyczących interoperacyjności, należy podnieść, że zagadnienie to zostało omówione w motywach od 666 do 687 Decyzji.
- 211 W tej kwestii Microsoft odwołuje się do kilku metod pozwalających na zapewnienie wystarczającej interoperacyjności między systemami operacyjnymi różnych dostawców.
- 212 Argumentacja ta podkreśla spór między stronami dotyczący poziomu wymaganej interoperacyjności. W rzeczywistości, jak zostało to przedstawione w motywach od 743 do 763 Decyzji, informacje, które powinny zostać dostarczone na mocy środka naprawczego, są „informacjami niezbędnymi dla interoperacyjności” w rozumieniu art. 6 dyrektywy 91/250 dotyczącego dekompilacji. Microsoft ze swojej strony uważa, że dekompilacja, o której mowa w art. 6 dyrektywy 91/250, jest dozwolona jedynie wtedy, gdy interfejsy są niezbędne w celu zapewnienia funkcjonowania programu

informatycznego stworzonego w sposób niezależny oraz że w niniejszym przypadku specyfikacje protokołów komunikacyjnych nie są konieczne dla zapewnienia funkcjonowania systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej stworzonego w sposób niezależny. Wywodzi ona z tego, że informacji, której przekazania odmawia, nie można uznać za informację dotyczącą interoperacyjności.

213 Tymczasem dyrektywa 91/250 definiuje w swoich motywach interoperacyjność „jako zdolność do wymiany informacji oraz wszechstronnego wykorzystania informacji już wymienionych”. Ta sama dyrektywa podkreśla w swoim motywie 27, że jej przepisy pozostają bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji zgodnie z art. 82 WE, „jeśli dominujący dostawca odmawia dostępu do informacji niezbędnych dla zdefiniowanej w niniejszej dyrektywie interoperacyjności”. Jednakże kwestia, czy w niniejszej sprawie informacje, o które zwrócono się do Microsoft, są rzeczywiście niezbędne dla interoperacyjności, rozumianej zgodnie z dyrektywą 91/250, wymaga pogłębionej analizy stanu faktycznego w świetle stosowanego ustawodawstwa, co należy jedynie do sędziego orzekającego co do istoty.

214 Po drugie, odnośnie do obiektywnie uzasadnionego charakteru odmowy, Microsoft uważa, że zasadnie powołuje się na swoje prawa własności intelektualnej oraz odmawia udzielenia licencji dotyczących jej technologii dostawcom konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów. W odpowiedzi na pisemne pytanie prezesa Microsoft podniosła również, że informacje, o które wystąpiła Sun Microsystems, dotyczyły technologii znajdującej się w fazie rozwoju.

215 W celu zrozumienia znaczenia argumentacji Microsoft, sędzia orzekający w przedmiocie środka tymczasowego przesłuchał tę ostatnią. Wyniknęło z tego, iż, zdaniem Microsoft, nie można wykluczyć, że odmowa może być obiektywnie uzasadniona przez prawa własności intelektualnej, które przysługują Microsoft

wobec żądanych przez Sun Microsystems informacji lub, innymi słowy, że uzasadnienie odmowy wynika z konieczności nieujawniania informacji z uwagi na ich ochronę prawną oraz znaczną wartość.

- 216 Argumentację tę można rozumieć w ten sposób, że Microsoft miała prawo odmówić ujawnienia informacji prawnie chronionych i to niezależnie od istnienia lub nieistnienia wyjątkowych okoliczności.
- 217 W ten sposób, z jednej strony, argumentacja Microsoft oznacza, że w braku prawidłowo wykazanych wyjątkowych okoliczności wykonanie uprawnień przyznanych uprawnionemu z tytułu praw własności intelektualnej nie stanowi nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE. Ponieważ argumentacja ta jest ściśle związana z kwestią, czy Komisja wykazała w niniejszej sprawie istnienie „wyjątkowych okoliczności”, jej analiza nie może być od tego oddzielona (zob. pkt 206 powyżej).
- 218 Z drugiej strony, argumentacja Microsoft oznacza także, że gdyby nawet istnienie wyjątkowych okoliczności zostało wykazane przez Komisję, odmowa Microsoft przekazania przedmiotowych informacji była uzasadniona koniecznością ochrony cennych informacji objętych prawami własności intelektualnej.
- 219 Ta ostatnia argumentacja, rozwinięta przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego, jak to wynika z motywu 709 Decyzji, została odrzucona przez Komisję w Decyzji (motywy od 710 do 712), gdzie stwierdzono na ten temat, iż, mając na uwadze określone wyjątkowe okoliczności, „fakt, że odmowa Microsoft dotyczy udzielenia licencji dotyczącej własności intelektualnej nie stanowi dla niej obiektywnego uzasadnienia” (motyw 712). Komisja następnie dokonała analizy innych argumentów, które Microsoft przytoczyła w celu wykazania, że odmowa ujawnienia przedmiotowych informacji mogła być uzasadniona koniecznością

ochrony jej skłonności do innowacji. Komisja zaprzeczyła, odrzuciwszy argumenty Microsoft odnośnie do obawy „sklonowania” jej produktów (motywy od 713 do 729) i stwierdzając, że ujawnianie informacji dotyczących interoperacyjności jest szeroko stosowaną praktyką w tym sektorze przemysłu (motywy od 730 do 735), a także wskazała, że zobowiązanie zaciągnięte przez IBM w stosunku do Komisji w 1984 r. nie było co do zasady inne niż nałożone na Microsoft w Decyzji (motywy od 736 do 742) oraz że jej podejście jest zgodne z dyrektywą 91/250.

220 Niemniej argumentacja Microsoft, rozumiana jako zmierzająca do podważenia legalności oceny Komisji odnośnie do braku istnienia obiektywnego uzasadnienia odmowy, nie może być od razu odrzucona jako pozbawiona podstawy, mając na względzie szczególne okoliczności niniejszej sprawy.

221 W tej kwestii należy podnieść, że prawa własności intelektualnej powołane przez Microsoft nie zostały stwierdzone jako ważne przez sąd krajowy oraz że z tego względu niniejsza sytuacja różni się od tej, która leżała u podstaw ww. w pkt 99 wyroków w sprawach Magill i IMS Health. Jednakże należy stwierdzić, że Komisja nie wykluczyła istnienia praw własności intelektualnej oraz że w każdym razie wzięła je pod uwagę w ramach swojej analizy uzasadnionego charakteru przedmiotowej odmowy.

222 Centralnym zagadnieniem jest zatem, czy Komisja mogła słusznie wypowiedzieć się, że konieczność ochrony utrzymywanej wartości informacji rzekomo objętych prawami własności intelektualnej nie wystarczyła dla stwierdzenia, że odmowa przekazania tych informacji była obiektywnie uzasadniona.

223 Komisja dokonała w tym celu oceny, czy, wbrew określonym wyjątkowym okolicznościom rozważania przytoczone przez Microsoft stoją na przeszkodzie przyjęciu środka naprawczego. Wynika to z motywu 783 Decyzji, według którego:

„Podstawowe obiektywne uzasadnienie przytoczone przez Microsoft odnosi się do praw własności intelektualnej, których jest posiadaczem w odniesieniu do systemu Windows. Jednakże pogłębiona analiza zakresu przedmiotowego ujawnienia pozwala na wniosek, że ewentualny negatywny skutek, jaki obowiązek dostarczenia informacji miałby na zamierzenia innowacyjne Microsoft, jest zrekompensowany przez pozytywne skutki na poziomie innowacji w całym sektorze (w tym dla Microsoft). Stąd konieczność ochrony zamiarów innowacyjnych Microsoft nie powinna stanowić obiektywnego uzasadnienia, które stanowiłoby przeciwwagę dla wyjątkowych okoliczności określonych powyżej [...]”.

224 Jednakże to do sędziego orzekającego co do istoty należy zbadanie, czy przy ocenie będących w grze interesów został popełniony oczywisty błąd, zwłaszcza w związku z ochroną powołanych praw własności intelektualnej i wymaganiami wolnej konkurencji w traktacie WE.

225 Stąd sędzia orzekający w przedmiocie środka tymczasowego uważa, że argumenty, które Microsoft podnosi w niniejszej sprawie wobec tych kwestii, nie powinny, w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego, zostać uznane za wstępnie pozbawione podstawy, w związku z czym warunek odnośnie do *fumus boni iuris* jest spełniony.

2. W przedmiocie pilnego charakteru

226 W celu dokonania oceny, czy zawieszenie wykonania art. 5 lit. a)-c) Decyzji ma charakter pilny, konieczne jest sformułowanie kilku uwag wstępnych.

a) Uwagi wstępne

227 Uwagi wstępne dotyczą, po pierwsze, przedmiotu środka naprawczego oraz, po drugie, zakresu szkody, jaką Microsoft miałyby ponieść.

228 Jeśli chodzi o przedmiot środka zaradczego, należy przypomnieć, że na podstawie art. 5 lit. a) Decyzji Microsoft powinna ujawnić „każdemu przedsiębiorstwu zamierzającemu stworzyć i rozpowszechniać systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej” „informacje dotyczące interoperacyjności” oraz, „na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach”, zezwolić na ich używanie przez te przedsiębiorstwa w celu „tworzenia i dystrybucji systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”. Tak sformułowany środek naprawczy ma na celu nałożenie na Microsoft obowiązku ujawnienia tego, czego odmowy ujawnienia w sposób stanowiący nadużycie pozycji dominującej zarzuca jej Komisja [zob. także art. 2 lit. a) oraz motyw 998 Decyzji].

229 Natomiast, jak to wynika z motywów 999 i 1004 Decyzji, środek naprawczy nie nakazuje Microsoft ujawnienia kodów źródłowych, czemu ta ostatnia nie zaprzecza w ramach niniejszego postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.

230 Zgodnie z art. 1 ust 1 Decyzji informacje, do których ujawnienia zobowiązana jest Microsoft, to „wyczerpujące i właściwe specyfikacje wszystkich protokołów wdrażanych w systemach operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej oraz wykorzystywane przez serwery grupowe Windows celem dostarczenia grupowym sieciom Windows usług podziału plików i drukowania oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, w tym usługi kontrolera domeny Windows, usługa Active Directory oraz usługa »Group Policy«”. W motywie 999 Decyzji precyzuje się,

że „oznacza to jednocześnie wzajemne połączenia i wzajemną bezpośrednią komunikację między serwerem grupowym pracującym w Windows i stacją roboczą pracującym w Windows oraz wzajemne połączenie i wzajemną komunikację między tymi maszynami, która jest pośrednia i przechodzi przez jeden lub kilka serwerów grupy roboczej pracujących w Windows”.

231 Celem Komisji jest według Decyzji „zagwarantowanie, żeby konkurenci Microsoft tworzyli produkty [kompatybilne] z architekturą domeny Windows, która jest [oryginalnie] zintegrowana z dominującym produktem, jaki stanowi system operacyjny Windows dla stacji roboczych oraz mogli w ten sposób konkurować z produktami Microsoft w zakresie systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej” (motyw 1003; zob. także motywy od 181 do 184).

232 Wreszcie strony uzgadniają, że zezwolenie na korzystanie ze specyfikacji, przewidziane w art. 5 lit. a) Decyzji, oznacza, że specyfikacje, które szczegółowo opisują wymogi, jakie powinien spełniać program, mogą być wdrożone przez konkurentów Microsoft. Natomiast strony nie zgadzają się co do okresu niezbędnego do wdrożenia specyfikacji, to znaczy w celu ich przełożenia na kod.

233 Jeśli chodzi o zakres szkody, jaką miałyby ponieść Microsoft, należy przypomnieć, że Decyzja nakłada na nią obowiązek ujawnienia specyfikacji protokołów stacja robocza–serwer oraz serwer–serwer.

234 We wniosku o zastosowanie środka tymczasowego Microsoft podkreśla różnicę między Decyzją a ugodą amerykańską, wskazując, że uгода zezwala licencjobiorcom na korzystanie z protokołów komunikacyjnych Microsoft stacja robocza–serwer wyłącznie w celu zapewnienia interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych, podczas gdy Decyzja nakłada na nią obowiązek udzielenia licencji dotyczących tych protokołów w celu ich używania w systemach operacyjnych dla serwerów grupy roboczej dostarczających usługi plików

i drukowania oraz usługi zarządzania użytkownikami i grupami do każdego systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych lub serwerów. Istniejąca różnica między porozumieniem amerykańskim a Decyzją została przedstawiona przez Komisję w motywach od 688 do 691.

235 W odpowiedzi na pisemne pytanie prezesa Microsoft wyjaśniła odnośnie do protokołów stacja robocza–serwer, że ugoda amerykańska i Decyzja są do siebie podobne w zakresie, w jakim są one wiążące dla Microsoft w kwestii opracowania specyfikacji opisujących niektóre spośród jej protokołów, dostarczenia tych specyfikacji konkurentom oraz zezwolenia konkurentom na używanie tych specyfikacji w celu zrealizowania w ich produktach protokołów, które Microsoft stworzył w celu ich wykorzystania w jej systemach operacyjnych Windows.

236 Na posiedzeniu Microsoft podniósł, że amerykański program licencyjny potrwa do listopada 2009 r. oraz że udzielone licencje mają zasięg ogólnoświatowy. Wnioskuje ona z tego, że natychmiastowe wykonanie obowiązku upowszechnienia specyfikacji protokołów stacja robocza–serwer nie jest konieczne, skoro ugoda amerykańska pozwoli na osiągnięcie tego samego rezultatu do momentu orzeczenia przez sąd co do istoty sprawy.

237 W tym względzie prezes przypomina, że decyzja jest natychmiast wykonalna oraz że zawieszenie jej wykonalności może zostać zarządzone jedynie w warunkach przewidzianych w Traktacie WE, Statucie Trybunału Sprawiedliwości i regulaminie Sądu. Natychmiastowa wykonalność decyzji nie jest zatem w żaden sposób uzależniona od konieczności jej wykonania.

238 Niemniej powyższe czynniki zostaną wzięte po uwagę w ramach analizy pilnego charakteru zarządzenia zawieszenia obowiązku upowszechnienia specyfikacji protokołów stacja robocza–serwer.

239 Ta argumentacja przedstawiona przez Microsoft na posiedzeniu skłania do przeprowadzenia oddzielnej analizy warunku pilnego charakteru w zależności od tego, czy Decyzja narzuca spółce upowszechnienie specyfikacji protokołów komunikacyjnych serwer-serwer, z jednej strony, oraz specyfikacji protokołów komunikacyjnych stacja robocza-serwer, z drugiej.

b) W przedmiocie poważnej i niepowetowanej szkody spowodowanej obowiązkiem upowszechnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych

240 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pilny charakter wniosku o zastosowanie środka tymczasowego powinien być oceniany z punktu widzenia konieczności orzeczenia tymczasowego w celu zapobieżenia poważnej i niepowetowanej szkody dla strony występującej o zastosowanie środka tymczasowego (postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 6 lutego 1986 r. w sprawie 310/85 R Deufil przeciwko Komisji, Rec. str. 537, pkt 15; postanowienie Prezesa Sądu z dnia 30 czerwca 1999 r. w sprawie T-13/99 R Pfizer Animal Health przeciwko Radzie, Rec. str. II-1961, pkt 134). To do tej ostatniej należy udowodnienie, że nie może czekać na wynik postępowania poniesienia szkody o takim charakterze (postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 8 maja 1991 r. w sprawie C-356/90 R Belgia przeciwko Komisji, Rec. str. I-2423, pkt 23; postanowienia Prezesa Sądu z dnia 30 kwietnia 1999 r. w sprawie T-44/98 R II Emesa Sugar przeciwko Komisji, Rec. str. II-1427, pkt 128 oraz z dnia 15 listopada 2001 r. w sprawie T-151/01 R Duales System Deutschland przeciwko Komisji, Rec. str. II-3295, pkt 187).

241 Ewentualna szkoda powinna być pewna lub przynajmniej stwierdzona z wystarczającym prawdopodobieństwem, przy czym skarżący pozostaje zobowiązany do udowodnienia faktów stanowiących podstawę zakładanej szkody [postanowienie Trybunału z dnia 29 czerwca 1993 r. w sprawie C-280/93 R Niemcy przeciwko Radzie, Rec. str. I-3667 oraz postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 14 grudnia 1999 r. w sprawie C-335/99 P(R) HFB i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-8705, pkt 67].

242 W niniejszej sprawie Microsoft podnosi, że wykonanie Decyzji naruszyłoby, po pierwsze, jej prawa własności intelektualnej oraz, po drugie, jej swobodę gospodarczą i możliwości rozwoju jej produktów. Twierdzi ona również, że wykonanie Decyzji zmieni warunki na rynku w sposób nieodwracalny.

243 Każdy z tych trzech rodzajów szkód będzie przedmiotem oddzielnej analizy.

1) W przedmiocie utrzymywanego naruszenia praw własności intelektualnej

244 Microsoft twierdzi, że wykonanie Decyzji zobowiąże ją do udzielenia jej konkurentom licencji dotyczących informacji o dużej wartości, podlegających ochronie z tytułu praw własności intelektualnej.

245 Należy zatem poddać analizie, czy Microsoft udowodniła w sposób konkretny, w jakim zakresie skutki Decyzji mają charakter poważny i nieodwracalny. W tym celu należy oddzielić kwestię, czy ujawnienie informacji dotyczących interoperacyjności stanowi samo w sobie poważną i nieodwracalną szkodę dla Microsoft, od kwestii, czy korzystanie z tych informacji przez jej konkurentów spowoduje poważne i nieodwracalne konsekwencje.

i) W przedmiocie upowszechnienia informacji dotyczących interoperacyjności

246 Informacje, do których ujawnienia jest zobowiązana Microsoft, są, jak się utrzymuje, chronione przez prawa własności intelektualnej oraz stanowią dużą wartość. Mając

na uwadze argumentację Microsoft, należy następnie dokonać oceny, czy, po pierwsze, naruszenie wyłącznych uprawnień podmiotu uprawnionego z tytułu prawa własności intelektualnej oraz, z drugiej strony, obowiązek ujawnienia informacji, stanowią poważną i nieodwracalną szkodę.

247 Po pierwsze, Microsoft podnosi, że zobowiązując ją do udzielenia licencji jej konkurentom, Decyzja narusza posiadane przez nią prawa własności intelektualnej do informacji, których ujawnienia wymaga decyzja.

248 Bez konieczności zajmowania stanowiska w przedmiocie istnienia praw własności intelektualnej w niniejszej sprawie lub w konsekwencji w kwestii, czy wykonanie Decyzji rzeczywiście zobowiąże Microsoft do udzielenia licencji wpływających na jej prawo autorskie lub jej patenty, oczywiste jest, że w przypadku gdyby dotyczyło to takich praw, fakt zobowiązania przedsiębiorstwa do udzielenia licencji wpływających na jego prawa własności intelektualnej stanowiłby sam w sobie zasadnicze naruszenie wyłącznych uprawnień, które z nich wynikają.

249 Niemniej naruszenie to jest nieuniknioną konsekwencją orzecznictwa wynikającego z ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health, ponieważ analiza sądu wspólnotowego polega na wyważeniu, z jednej strony, ochrony przyznanej przez prawo własności intelektualnej osobie uprawnionej a, z drugiej strony, wymogów wolnej konkurencji usankcjonowanej w Traktacie WE. Stąd, gdy Komisja uznaje, przy wystąpieniu wyjątkowych okoliczności, że wymogi wolnej konkurencji nakazują nałożenie na przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą obowiązku udzielenia licencji dotyczącej jego praw własności intelektualnej, wynika z tego w sposób nieunikniony naruszenie uprawnień posiadacza tych praw. W niniejszej sprawie sam fakt nałożenia na Microsoft obowiązku udostępnienia jej specyfikacji przedsiębiorstwom konkurencyjnym stanowi naruszenie wyłącznych praw autora, przy założeniu, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych podlegają ochronie prawa autorskiego od chwili ich sporządzenia. Tym samym, sam fakt braku możliwości wykorzystania jej patentów w opinii Microsoft stanowi naruszenie uprawnień

przyznanych wynalazcy, przy założeniu, że niektóre protokoły podlegają ochronie z tytułu patentów i że ich użycie okazuje się nie do ominięcia dla przedsiębiorstw, o których mowa w art. 5 Decyzji.

250 Niemniej stwierdzenie, że naruszenie wyłącznych uprawnień posiadacza prawa stanowi samo w sobie i niezależnie od okoliczności danej sprawy, poważną i nieodwracalną szkodę, oznaczałoby, że warunek pilnego charakteru jest zawsze spełniony, w przypadku gdy akt, o którego zawieszenie wykonania się wnosi, należy do kategorii aktów objętych orzecznictwem wynikającym z ww. w pkt 99 wyroku w sprawie IMS Health.

251 W takich okolicznościach konieczne jest zatem zbadanie, czy, mając na uwadze okoliczności tej sprawy, naruszenie praw własności intelektualnej do momentu wydania orzeczenia co do istoty sprawy może spowodować powstanie poważnej i nieodwracalnej szkody, poza samym naruszeniem wyłącznych uprawnień podmiotu uprawnionego (zob. podobnie postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 11 maja 1989 r. w sprawach połączonych 76/89 R, 77/89 R i 91/89 R RTE i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 1141, pkt 18; ww. w pkt 133 postanowienie w sprawie IMS Health przeciwko Komisji, pkt 126–131).

252 Po drugie, Microsoft podnosi, że przyczynę jej szkody stanowi fakt, iż przedmiotem ujawnienia w tym przypadku są informacje niejawne i cenne.

253 W tym względzie należy wpieryw stwierdzić, iż bezspornym jest, że od momentu nabycia wiedzy na temat informacji utrzymywanej dotychczas w tajemnicy — albo z uwagi na istnienie prawa własności intelektualnej, albo jako tajemnicy handlowej — wiedza ta trwa. Ewentualne stwierdzenie nieważności Decyzji nie pozwoli na usunięcie z pamięci tej informacji, a odszkodowanie będzie bardzo trudne z uwagi na

małe prawdopodobieństwo wyrażenia w liczbach wartości transferu wiedzy. Microsoft nie wyjaśnia jednak, jaką nieodwracalną szkodę mógłby jej spowodować zwykły fakt uzyskania przez osoby trzecie wiedzy na temat ujawnionych przez nią danych, w przeciwieństwie do możliwości rozwoju nowych produktów, wynikającego z tej wiedzy.

254 Następnie należy zauważyć, że ujawnienie informacji utrzymywanej dotychczas w tajemnicy niekoniecznie wywoła powstanie poważnej szkody.

255 W niniejszej sprawie Microsoft jednakże podnosi, w istocie, że informacje dotyczące interoperacyjności mają szczególną wartość. Ta wartość polega przede wszystkim, z jednej strony, na tym, że protokoły komunikacyjne są owocem znaczących i kosztownych wysiłków, oraz, z drugiej strony, na tym, że ich zastosowanie w handlu jest znaczące. Microsoft dodaje, że sformułowanie specyfikacji jest również kosztowne.

256 Prezes uznaje, że biorąc pod uwagę akta sprawy, dowód na poważny charakter tej szkody nie został przedstawiony. W szczególności niejasne stwierdzenie, zgodnie z którym protokoły komunikacyjne Microsoft miały „kosztować dziesiątki milionów dolarów [amerykańskich]”, choćby nawet było uzasadnione, nie jest wsparte żadnym dowodem. Ponadto należy wziąć pod uwagę, że takie wydatki zostaną częściowo zrekompensowane przez opłaty, jakich Microsoft będzie mogła wymagać za używanie jej protokołów w ramach licencji udzielnych w wykonaniu Decyzji.

257 W każdym razie szkody finansowej, o której mowa w poprzednim punkcie, nie można uznać za poważną, mając na uwadze potęgę finansową Microsoft, której obrót osiągnięty w ciągu amerykańskiego roku bilansowego obejmującego okres od lipca 2002 r. do czerwca 2003 r. wyniósł, zgodnie z motywem 1 Decyzji,

30 701 milionów euro (zob. podobnie postanowienie prezesa Trybunału z dnia 23 maja 1990 r. w sprawach połączonych C-51/90 R i C-59/90 R Comos-Tank i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-2167, pkt 26).

258 Według Microsoft, waga informacji będących przedmiotem postępowania związana jest następnie z faktem, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych serwer-serwer zawierają znaczną liczbę informacji dotyczących funkcjonowania katalogu „Active Directory” w ramach systemów operacyjnych Windows. Jej protokoły komunikacyjne serwer-serwer nie są prostymi interfejsami niemającymi związku z podstawowym zastosowaniem funkcji dostępnych przez te interfejsy. W konsekwencji przekazanie protokołów konkurentom doprowadziłoby do przekazania im znacznej liczby informacji odnośnie do sposobu, w jaki funkcje te są dostarczane (załącznik R.2; załącznik T.7; załącznik U.1, Madnicka i Meyera „Odpowiedź na dokument M. Alepina, załączony do pisma CCIA oraz do uwag [FSF-Europe]” i załącznik U.2).

259 Prezes stwierdza, po pierwsze, że Microsoft podnosi w swoich pismach, że jest zobowiązana do ujawnienia informacji dotyczących wewnętrznej struktury lub nowatorskich aspektów jej produktów, lecz konkretne przykłady odnoszą się wyłącznie do protokołów powielających Active Directory oraz, po drugie, że to twierdzenie jest oparte na analizach Madnicka i Meyera, z jednej strony, i M. Campbella-Kelly’ego, z drugiej.

260 W tym względzie prezes stwierdza, że twierdzeń Microsoft nie można uznać za wystarczająco udowodnione.

261 Twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym informacje, które powinna ona przekazać, ujawnią sposób funkcjonowania jej produktów, jest zilustrowane przez tylko jeden przykład Active Directory, określony w Decyzji jako usługa katalogu zawarta w Windows 2000 Server (motyw 149). W uwagach odnośnie do wniosków interwencyjnych Microsoft ponownie podkreśliła, że „specyfikacje okażą się bardzo

instrukcyjne dla konkurentów odnośnie do sposobu funkcjonowania istotnych składników systemów operacyjnych Windows dla serwerów, takich jak Active Directory”. Na pytanie postawione na posiedzeniu przez prezesa, czy specyfikacje ujawniłyby elementy dotyczące składników systemów operacyjnych Windows dla serwerów, innych niż katalog Active Directory, także nie udzielono jasnej i przekonującej odpowiedzi. W tej kwestii jeden z ekspertów Microsoft w końcu wskazał, iż „myśli”, że wyjawiliby również reguły zarządzania katalogiem.

262 Jednakże stwierdzenia ekspertów Microsoft oraz powołane przykłady dotyczące Active Directory opierają się na analizach (zob. pkt 116 powyżej), które były silnie krytykowane przez Komisję oraz interwenantów po jej stronie. Podważyli oni założenia zawarte w tych analizach, a zwłaszcza że protokoły wykorzystywane w celu zapewnienia komunikacji między dwiema kopiami tego samego systemu operacyjnego, jak również metoda powielania są „ściśle połączone”. Zaprzeczenia Komisji — oparte na dokumentacji sporządzonej przez ekspertów (załącznik S.2 oraz załącznik U.1, „Memorandum przygotowane przez OTR z dnia 10 września 2004 r.”) — FSF-Europe, jak również, przed ich wystąpieniem ze sprawy, CCIA oraz Novell dotyczą zasadniczo niejasnych i opartych na domniemaniach dowodów zawartych w analizie Madnicka i Meyera oraz występowania w tych analizach teorii sprzecznych z praktykami Microsoft. W załączniku 3 do wniosku interwencyjnego CCIA M. Alepin podnosi, że poprawnie napisane specyfikacje protokołów wyjawiają bardzo mało lub nic odnośnie do struktury wewnętrznej, algorytmów oraz innych nowatorskich aspektów systemów operacyjnych.

263 Wobec takich zaprzeczeń i w braku innych, bardziej szczegółowych dowodów przedstawionych przez Microsoft nie można uznać za udowodnione stwierdzeń, zgodnie z którymi specyfikacje wyjawiają więcej, niż jest konieczne dla zapewnienia żądanej przez Komisję interoperacyjności.

264 Tym samym, jak to podnosi Komisja w odpowiedzi na pytanie pisemne, twierdzenia Microsoft, zgodnie z którymi jedyny algorytm kompresji używany przez Active Directory musi zostać ujawniony na podstawie środka naprawczego nałożonego w Decyzji, nie jest możliwy do sprawdzenia z uwagi na brak obiektywnych dowodów wystarczających do tego celu.

265 W tym względzie prezes uznaje, że Microsoft miała możliwość i prawo przedłożenia Komisji, i tylko Komisji, dokumentacji technicznej, w której miałyby możliwość omówienia stopnia szczegółowości specyfikacji oraz ryzyka ujawnienia informacji wykraczających poza samą interoperacyjność żadaną przez Komisję. Microsoft jednakże nie zrobiła tego w toku postępowania administracyjnego. Podobnie po przyjęciu Decyzji Microsoft mogła przedstawić powody, dla których nie można było przewidzieć skutecznych środków bezpieczeństwa mających na celu pokonanie tej trudności. W szczególności Komisja stwierdziła na posiedzeniu, że w dniu 30 lipca 2004 r. wystąpiła do Microsoft o przekazanie jej specyfikacji celem dokonania analizy, lecz nigdy ich jej nie przekazano, czemu Microsoft nie zaprzecza.

ii) W przedmiocie wykorzystania informacji dotyczących interoperacyjności

266 Microsoft podnosi, że wykorzystanie informacji dotyczących interoperacyjności będzie, od momentu ujawnienia, przyczyną wielu poważnych i nieodwracalnych szkód.

W przedmiocie twierdzenia o możliwości rozmycia informacji

267 Microsoft utrzymuje, że wyjawione informacje mogą być wykorzystane przez jej konkurentów, że istnieje ryzyko ich upublicznienia oraz że ich wykorzystywanie po stwierdzeniu nieważności Decyzji nie będzie możliwe do sprawdzenia.

- 268 Argumentacja ta nie uwzględnia możliwości zastosowania umownych środków ochronnych dotyczących tajemnicy oraz używania przedmiotowych informacji w oczekiwaniu na rozstrzygnięcie Sądu co do istoty sprawy, chociaż takie klauzule są zwykłą praktyką w sektorze. Klauzule tajności, w razie konieczności obwarowane karami umownymi, będą mogły być zawarte w umowach licencyjnych zawieranych z przedsiębiorstwami zainteresowanymi tworzeniem i dystrybucją produktów konkurencyjnych wobec produktów Microsoft w rozumieniu art. 5 lit. a) Decyzji.
- 269 Komisja wskazała w tej kwestii, że Microsoft mogła wymagać rozsądnych umownych środków ochronnych dotyczących ujawnienia informacji, w celu uniemożliwienia dalszego korzystania z informacji ujawnionych konkurentom, jeśli zostanie stwierdzona nieważność Decyzji. Umowy licencji oraz porozumienia w sprawie transferu technologii zawarte w ramach MCPP stanowią w tym względzie elementy odniesienia.
- 270 W tym kontekście należy podnieść, że sama Microsoft wskazała w swoim wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, że wyjawienie jej konkurentom tajemnicy handlowej będzie obwarowane obowiązkiem zachowania tajemnicy przez tych ostatnich (zob. pkt 125 powyżej).
- 271 Należy dodać, że Microsoft zobowiązała się w ramach porozumienia z Sun Microsystems do przekazania specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych serwer-serwer. Microsoft nie wyjaśniła jednak powodów, dla których umowne środki ochronne identyczne do umieszczonych w tym porozumieniu nie pozwoliłyby jej na zapewnienie, że informacje ujawnione w wykonaniu Decyzji nie przedostaną się do wiadomości publicznej. Ponadto, jak to wynika z motywu 211 Decyzji, „[w] latach 90. Microsoft zawarła licencje z AT&T dotyczącą przekazania niektórych elementów kodu źródłowego Windows”. Tak więc Microsoft nie wyjaśniła powodów, dla których nie byłaby ona w stanie wykorzystać tych samych umownych środków ochronnych, co środki, które powinny być przewidziane przez to porozumienie z AT&T, w celu ujawnienia specyfikacji, o których mowa w art. 5 Decyzji.

272
Możliwość zastosowania odpowiednich środków ochronnych odpowiada również obawie Microsoft, że ujawniona wiedza zostanie rozpowszechniona do takiego stopnia, że stanie się częścią własności publicznej. Poza faktem, że zawarcie licencji nie oznacza w żaden sposób, że omawiane dane są z prawnego punktu widzenia w sferze własności publicznej, przynajmniej w odniesieniu do praw własności intelektualnej, twierdzenie Microsoft o powstaniu szkody z góry zakłada naruszenie przez osoby trzecie ich zobowiązań umownych, czego nie można domniemywać (zob. podobnie postanowienie prezesa Sądu z dnia 15 lipca 1998 r. w sprawie T-73/98 R Prayon Rupel przeciwko Komisji, Rec. str. II-2769, pkt 41).

273
Jeśli chodzi o brak możliwości kontroli nad korzystaniem z informacji po stwierdzeniu nieważności Decyzji, zdaniem Microsoft uproszczeniem jest pogląd, iż korzystanie ze specyfikacji protokołów komunikacyjnych byłoby możliwe do natychmiastowego wykrycia w razie stwierdzenia nieważności Decyzji, a to z uwagi na utrzymanie interoperacyjności konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej oraz systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Jednakże Microsoft w uwagach dotyczących wniosków interwencyjnych wskazała, że „bez dostępu do kodu źródłowego produktów konkurencyjnych” nie mogłaby ustalić, w jakim zakresie konkurenci wykorzystują wiedzę, którą uzyskali z uwagi na fakt ich dostępu do specyfikacji protokołów komunikacyjnych Microsoft. Z tej argumentacji wynika, że Microsoft uważa za możliwe określenie zakresu wykorzystania przez konkurentów wiedzy, którą uzyskali dzięki specyfikacjom protokołów komunikacyjnych, mając dostęp do kodu źródłowego ich produktów w razie stwierdzenia nieważności Decyzji. Tak więc możliwość, że niezależny ekspert — powołany wspólnie przez umawiające się strony lub, w braku zgody, przez Komisję — będzie miał dostęp do kodu źródłowego produktów konkurentów Microsoft w celu takiej weryfikacji, może być przewidziana w umowach licencyjnych zawieranych z przedsiębiorstwami, o których mowa w art. 5 Decyzji. Ponadto Microsoft może przewidzieć w tych umowach licencyjnych sankcje pieniężne w celu uniemożliwienia konkurentom, w razie stwierdzenia nieważności Decyzji, wprowadzenia do obrotu produktów zawierających informacje dotyczące interoperacyjności. Takie zastrzeżenia umowne dotyczące sposobów weryfikacji oraz sankcji nakładanych w razie naruszenia zobowiązania do nieskorzystania z informacji w razie ewentualnego stwierdzenia nieważności Decyzji należy uznać za wystarczające w celu uniknięcia wystąpienia nieodwracalnej szkody.

- 274 Ponadto należy stwierdzić, że ocenę przeprowadzoną w poprzednim punkcie wzmacnia deklaracja złożona na posiedzeniu przez Novell, że jest skłonna do udzielenia dostępu do kodu źródłowego jej produktów w celu umożliwienia w razie ewentualnego stwierdzenia nieważności Decyzji weryfikacji nieużywania informacji dotyczących interoperacyjności. Jednakże Microsoft nie udzieliła odpowiedzi w tym względzie.

W przedmiocie twierdzenia o możliwości pozostawania produktów w kanałach dystrybucji

- 275 Microsoft podnosi, że Decyzja będzie naruszać w sposób trwały jej prawa własności intelektualnej — a dokładniej prawo wykorzystania jej patentów — ponieważ w razie stwierdzenia nieważności Decyzji produkty zawierające jej technologie pozostaną w kanałach dystrybucji i w rękach klientów.

- 276 Prezes stwierdza, że Microsoft nie udowodniła poważnej i nieodwracalnej szkody, jaką spowodują te okoliczności.

- 277 Po pierwsze, moment, w którym produkty konkurencyjne stosujące specyfikacje zostaną wprowadzone na rynek nie jest znany. W tym względzie bezspornym jest, że przedsiębiorstwa, które otrzymają informacje, muszą wpierw zastosować specyfikacje, a następnie wprowadzić na rynek swoje produkty. Na posiedzeniu przedstawiciel Microsoft zadeklarował, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych mogą być gotowe w terminie od trzech do czterech tygodni.

- 278 Całkowity okres od dnia otrzymania specyfikacji do dnia wprowadzenia na rynek produktów został oszacowany przez Komisję w Decyzji na kilka lat (motywy od 719 do 721 Decyzji). W swoich uwagach Komisja odsyła do „pisma Sun [Microsofts]

skierowanego do Komisji i opatrzonego datą 20 lipca 2004 r.”, którego pkt 3 odwołujący się do specyfikacji protokołów komunikacyjnych serwer-serwer, wskazuje, co następuje:

„Z pomocą ekipy złożonej ze [znaczej liczby] inżynierów, Sun [Microsystems] potrzebowała [ponad roku], aby doprowadzić do końca prace związane ze stworzeniem i wprowadzeniem na rynek działającej wersji AS/U stworzonego w oparciu o informacje uzyskane od AT&T. Z powodów, które zostaną przedstawione później, Sun [Microsystems] liczy, że trzeba więcej czasu dla opracowania kompleksowego produktu na podstawie specyfikacji technicznych dostarczonych w ramach »Technical Collaboration Agreement« zawartego z Microsoft w kwietniu 2004 r.”.

279 Ponadto CCIA w piśmie przedstawionym przed rezygnacją z interwencji podnosi, że „nawet jeśli informacje byłyby ujawnione jutro (i przy założeniu, że są kompletne i właściwe), to jest jasne, że zabrałoby parę lat (przynajmniej dwa), zanim któryś z konkurentów Microsoft mógłby wprowadzić na rynek produkt wykorzystujący te informacje”. Twierdzenie to oparte jest na załączniku CCIA.R.3, w którym M. Alepin uznaje, że jest całkowicie nierealne założenie, iż produkty całkowicie kompatybilne będzie można wprowadzić na rynek w terminie dwóch lat (pkt 84). SIIA i, przed rezygnacją z interwencji, Novell przytoczyły taką samą argumentację w swoich pismach.

280 Microsoft, poproszona o zajęcie stanowiska na piśmie wobec tych informacji dotyczących oceny czasu niezbędnego do implementacji jej własnych specyfikacji, wskazała co do zasady, że okres potrzebny do wdrożenia specyfikacji zależy w znacznej mierze od środków zaangażowanych w tę pracę. Na posiedzeniu Microsoft oświadczyła, że produkt może być wprowadzony na rynek w terminie krótszym niż kwartał, jednak nie przedstawiła ani jakichkolwiek dostatecznych szczegółów, ani dowodów umożliwiających poparcie tego twierdzenia i sprawdzenie jego podstawy. Nie można zatem przyjąć tego ostatniego oświadczenia.

- 281 Z powyższego wynika, bez uszczerbku dla faktu, iż konkurentom Microsoft niezbędny będzie pewien czas dla sprzedaży ich produktów kompatybilnych z systemem operacyjnym Windows dla serwerów grupy roboczej, że nie można sądzić, iż te kompatybilne produkty zostaną wprowadzone na rynek w krótkim czasie. W konsekwencji skutek, na który skarży się Microsoft, wystąpiłby w każdym razie w konkretnej formie jedynie w ograniczonym okresie, między datą wprowadzenia na rynek przedmiotowych produktów a datą wydania wyroku w sprawie głównej.
- 282 Po drugie, szkoda wynikająca ewentualnie z faktu, że produkt stosujący specyfikacje protokołów Microsoft pozostaje w kanałach dystrybucyjnych, nie może być uznana za mającą charakter nieodwracalny, ponieważ skutek tego rodzaju jest w sposób nieunikniony ograniczony w czasie, gdyż produkty albo zostaną sprzedane i zainstalowane w przedsiębiorstwach, które je zakupiły (zob. poniżej pkt 283), albo niesprzedane produkty staną się technologicznie przestarzałe.
- 283 Po trzecie, należy stwierdzić, że Microsoft ma podstawę do twierdzenia, że nawet w razie stwierdzenia nieważności Decyzji produkty konkurencyjne pozostaną zainstalowane w przedsiębiorstwach, które je nabyły. Niemniej fakt ten nie może być uznany za przyczynę poważnej i nieodwracalnej szkody, ponieważ, po pierwsze, Microsoft nie wykazała, w jaki sposób obecność tych produktów w sieciach klientów znacznie zaszkodziłaby jej działalności w przyszłości, oraz, po drugie, jest prawdopodobne, że wartość handlowa tych produktów, które odpowiadałyby na zapotrzebowanie klientów przed wydaniem orzeczenia co do istoty sprawy, spadnie natychmiast w razie stwierdzenia nieważności Decyzji przez Sąd.
- 284 Odnośnie do tego ostatniego punktu należy uściślić, że po ewentualnym stwierdzeniu nieważności Decyzji Microsoft mogłaby utrudnić konkurencyjnym systemom operacyjnym kompatybilność z nowymi wersjami systemów Windows przez zmianę jej protokołów komunikacyjnych serwer-serwer oraz w związku z tym obniżyć znacznie i szybko wartość konkurencyjnych produktów. Techniczna możliwość naruszenia interoperacyjności między środowiskiem Windows

a konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej zainstalowanych w przedsiębiorstwach — która jest tego rodzaju, że pozwala Microsoft na czerpanie następnie wyłącznej korzyści z późniejszych modyfikacji — została potwierdzona na posiedzeniu, bez sprzeciwu Microsoft w tej kwestii.

285 Zakładając nawet, że Microsoft zdecyduje nie zmieniać swoich protokołów komunikacyjnych po ewentualnym stwierdzeniu nieważności Decyzji, utrzymanie konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w sieciach nie spowodowałoby też nieodwracalnej szkody. Na posiedzeniu Microsoft oświadczyła, że w razie stwierdzenia nieważności Decyzji będzie technicznie możliwe przerwanie interoperacyjności z konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej, lecz że byłoby nie do pomyślenia z punktu widzenia handlowego nie zapewnić kompatybilności „wstecz” między starymi i nowymi systemami. Jednakże jeśli utrzymanie tej kompatybilności pozwoli konkurencyjnym systemom operacyjnym na interoperowanie w sieci z nową wersją systemów operacyjnych Windows, to nie zmienia to faktu, że poprzednie systemy nie są tak zaawansowane technologicznie jak późniejsze systemy i że w perspektywie handlowej staną się one szybko przestarzałe. W tym względzie należy przypomnieć, że jeśli zostałaby stwierdzona nieważność Decyzji przez Sąd, konkurenci Microsoft nie mogliby już korzystać z informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w art. 5 tej Decyzji (zob. powyżej pkt 273) oraz że w konsekwencji kompatybilność „wstecz” byłaby zapewniona tylko dla systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej wprowadzonych na rynek przez konkurentów przed datą ewentualnego stwierdzenia nieważności.

W przedmiocie twierdzenia o możliwości „klonowania” powoływanych produktów

286 Microsoft utrzymuje, że przedmiotowe informacje mogłyby być wykorzystane w celu „klonowania” jej produktów. Oświadcza ona, że od momentu, od którego konkurenci uzyskaliby pogłębioną wiedzę o wewnętrznych sposobach funkcjonowania systemów operacyjnych Microsoft, analizując specyfikacje protokołów komunikacyjnych chronionych przez prawa autorskie, będą mogli wykorzystać to

w swoich własnych produktach. Tak więc byłyby trudne, a nawet niemożliwe, ustalenie przez Microsoft oraz władze sądowe, czy konkurenci korzystają z tej wiedzy przy tworzeniu swoich własnych systemów operacyjnych dla serwerów.

287 W tym względzie należy przypomnieć, że przesłanki takiego rozumowania, zgodnie z którym możliwe będzie uzyskanie informacji wykraczającej poza próg informacji dotyczących interoperacyjności, nie można uznać za wykazaną (zob. powyżej pkt 260–265).

288 Ponadto stwierdzenie Microsoft jest oparte na interpretacji art. 5 Decyzji, która nie uwzględnia motywów tej ostatniej. W istocie wskazanie zawarte w art. 5, zgodnie z którym Microsoft powinna zezwolić na wykorzystanie specyfikacji dla jej protokołów „w celu tworzenia i dystrybucji systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”, powinno być odczytywane w świetle motywów 1003 i 1004 Decyzji. Zgodnie z motywem 1003 „celem [Decyzji] jest zapewnienie, że konkurenci Microsoft stworzą produkty [kompatybilne] z architekturą domeny Windows, która jest [oryginalnie] wbudowana w produkt dominujący, jaki stanowi system operacyjny Windows dla stacji roboczych, oraz będą mogli w ten sposób konkurować z produktami Microsoft w zakresie systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”. Odnośnie do motywu 1004, uściśla on, że „jeśli chodzi o wykorzystanie ujawnionych specyfikacji, to nie będą one też powielane, przystosowywane, ustalane lub zmieniane, lecz będą używane przez podmioty trzecie w celu napisania ich własnych interfejsów zgodnych z tymi specyfikacjami”.

289 Wynika z tego, że art. 5 Decyzji należy rozumieć w ten sposób, iż użycie protokołów jest dozwolone jedynie dla celów interoperacyjności oraz że w konsekwencji używanie protokołów w innych celach nie jest dozwolone. Komisja na posiedzeniu wyraźnie potwierdziła tę wykładnię oraz kładła nacisk na fakt, że przestrzeganie tego ograniczenia będzie możliwe do zweryfikowania przez „niezależnego przedstawiciela Microsoft”, o którym mowa w art. 7 Decyzji.

2) W przedmiocie twierdzenia o naruszeniu swobody gospodarczej

290 Microsoft twierdzi, że jej swoboda określania podstawowych elementów polityki handlowej zostanie naruszona z uwagi na fakt wykonania Decyzji: ta ostaną zobowiązuje ją do ujawnienia konkurentom informacji, pozbawia ją zdolności do rozwoju jej produktów oraz zmusza ją do „uodpornienia” jej protokołów.

291 W tym względzie należy podnieść, że zasadniczo każda Decyzja wydana na podstawie art. 82 WE, zobowiązując przedsiębiorstwo mające pozycję dominującą do zaprzestania nadużywania tej pozycji, powoduje nieuniknioną zmianę w polityce handlowej tego przedsiębiorstwa. Nałożonego na przedsiębiorstwo obowiązku zmiany postępowania nie można uznać za stanowiący sam w sobie podstawę poważnej i nieodwracalnej szkody, chyba żeby przyjąć, że wymóg pilnego charakteru jest spełniony za każdym razem, gdy Decyzja, o której zawieszenie wykonania wnioskuje się, nakazuje zaprzestanie postępowania stanowiącego nadużycie pozycji dominującej.

292 W sytuacji gdy podmiot skarżący powołuje naruszenie swobody gospodarczej w celu wykazania istnienia pilnego charakteru zarządzenia wnioskowanego środka tymczasowego, do niego należy przedstawienie dowodu albo na okoliczność, że wykonanie zaskarżonego aktu zobowiąże ją do zmiany zasadniczych elementów jej polityki handlowej i że skutki wywołane wykonaniem tego aktu uniemożliwią jej, nawet po wydaniu orzeczenia na jej korzyść, powrót do jej pierwotnej polityki handlowej, albo że te skutki spowodują po jej stronie poważną i nieodwracalną szkodę innego charakteru, przy czym należy pamiętać, że to w świetle okoliczności każdego przypadku należy oceniać ewentualną szkodę.

293 Stąd w ww. postanowieniach w sprawie Bayer przeciwko Komisji (powyżej pkt 138) oraz w sprawie IMS Health przeciwko Komisji (powyżej pkt 133), powołanych przez Microsoft, prezes, orzekający w przedmiocie środka tymczasowego, ocenił konsekwencje naruszeń swobody przedsiębiorstw w określaniu ich polityki handlowej w świetle skutków wykonania aktu.

- 294 W ww. w pkt 138 postanowieniu w sprawie Bayer przeciwko Komisji prezes rzeczywiście pokreślił, że „[w] niniejszej sprawie, gdyby teza skarżącej została uznana przez Sąd za uzasadnioną, to natychmiastowe zastosowanie przedmiotowego przepisu pociągałoby za sobą pozbawienie zainteresowanej możliwości określania w dowolny sposób zasadniczych elementów jej polityki handlowej” (pkt 54). Ponadto stwierdził on, że „sytuacja tego typu mogłaby wyrządzić skarżącej poważną szkodę szczególnie w kontekście sektora farmaceutycznego, który charakteryzuje stosowanie przez krajowe służby zdrowia mechanizmów ustalania i kontroli cen oraz sposobów zwrotu wywołującego silne dysproporcje stosowanych cen dla tego samego leku w różnych Państwach Członkowskich” (pkt 55). Uznawszy sektorową reglamentację cen za czynnik ograniczający margines swobody gospodarczej przedsiębiorstw, prezes mógł dojść do wniosku, że dodatkowe naruszenie swobody gospodarczej, i tak już ograniczonej, stanowiłoby poważną szkodę. Zmiana polityki handlowej spółki Bayer została zatem uznana za wystarczającą dla stwierdzenia pilnego charakteru, jednak wyłącznie przy uwzględnieniu danych właściwych tamtej sprawie.
- 295 W ww. w pkt 133 postanowieniu w sprawie IMS Health przeciwko Komisji prezes uznał, że warunek dotyczący pilnego charakteru został spełniony, ponieważ istniały poważne powody, aby sądzić, iż znaczna liczba „zmian na rynku”, które prawdopodobnie spowodowałyby natychmiastowe wykonanie zaskarżonej Decyzji, byłaby trudno odwracalna, czytaj nieodwracalna, jeśliby uwzględniono żądania skargi głównej (pkt 129). „Realne niebezpieczeństwo poważnej i nieodwracalnej szkody wywołanej w sferze interesów strony skarżącej” (pkt 127), stwierdzone w tamtej sprawie wiąże się więc z poważnym i nieodwracalnym charakterem zmian na rynku. Rozważania dotyczące uznanej swobody przedsiębiorstw w kształtowaniu ich polityki handlowej (pkt 130 i 131) zostały uwzględnione jedynie w celu wsparcia wniosków, do których prezes doszedł już odnośnie do pilnego charakteru, jak o tym świadczy brak analizy przedmiotowego poważnego i nieodwracalnego naruszenia.
- 296 Należy zatem zbadać, czy Microsoft wykazała, że naruszenie jej swobody gospodarczej stanowi, zważywszy na okoliczności niniejszej sprawy, poważną i nieodwracalną szkodę.

i) W przedmiocie twierdzenia o zasadniczej zmianie w polityce handlowej

297 Niektóre materiały zawarte w aktach sprawy przeczą zasadniczej zmianie w polityce handlowej, do której jakoby Decyzja zobowiązuje Microsoft.

298 Przed wszystkim należy stwierdzić, że zarówno ugoda amerykańska jak i Decyzja zobowiązują Microsoft do ujawnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych. Wprawdzie ugoda amerykańska nie zobowiązuje Microsoft do ujawnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych serwer-serwer, lecz zobowiązuje ją do udzielenia licencji dotyczących wszystkich protokołów zastosowanych w systemie operacyjnym Windows dla stacji roboczych w celu zapewnienia interoperacyjności z systemem operacyjnym Windows dla serwerów. Prezes stwierdza, biorąc pod uwagę dowody, którymi dysponuje i uwzględniając fakt, że Decyzja wpisuje się w politykę jawności Microsoft, realizowaną już w wykonaniu ugody amerykańskiej, że różnic między tą ugodą a Decyzją nie można uznać za zasadnicze. W tym kontekście należy zaznaczyć, że nie zaprzecza się, iż jeden z protokołów komunikacyjnych objętych licencją w ramach MCPPP jest protokołem stosowanym nie tylko w celu komunikacji stacja robocza-serwer, lecz również w celu komunikacji serwer-serwer. Odnosnie do tej ostatniej kwestii, jak wynika w szczególności z motywu 179 Decyzji, „serwery sieci mogą niekiedy stosować te same protokoły co stacje robocze w celu komunikacji z innymi serwerami: na przykład w domenie Windows Microsoft Kerberos jest stosowany w celu uwierzytelniania jednocześnie między stacją roboczą Windows i serwerem grupowym, jak również między serwerami grupowymi Windows. Ponadto należy podnieść, że powoływane naruszenie polityki handlowej nie jest nieodwracalne, ponieważ stwierdzenie nieważności Decyzji, podobnie jak wygaśnięcia ugody amerykańskiej, przewidziane na 2009 r., pozwoliłoby Microsoft, przy założeniu, że taka byłaby jej decyzja, na nieudzielanie licencji dotyczących protokołów komunikacyjnych.

299 Następnie z akt sprawy wynika, że kierownictwo Microsoft ogłosiło zamiar prowadzenia polityki polegającej na aktywnym promowaniu licencji dotyczących

protokołów przewidzianych przez ugodę amerykańską oraz wolę przekazania praw do korzystania w zakresie szerszym niż nałożony przez tę ugodę. I tak, z informacji zakomunikowanej prasie przez Microsoft w dniu 1 sierpnia 2003 r. (załącznik N.12) wynika, co następuje:

„Microsoft ogłosiła również, że jest zasadniczo gotowa zapewnić jeszcze szerszy obszar stosowania praw do technologii protokołów należących do przedsiębiorstwa, niż wymagany w końcowym wyroku wydanym w postępowaniu antymonopolowym lub znajdujący odzwierciedlenie w standardowych umowach licencyjnych MCPP. Microsoft z własnej woli przyznała już określonej liczbie licencjobiorców na podstawie MCPP, prawa do korzystania, które wykraczają poza wymogi zawarte w wyroku końcowym, oraz zachęca innych twórców, którzy mogliby być zainteresowani uzyskaniem licencji [dotyczącej] technologii przedsiębiorstwa odnośnie do protokołów, do omówienia wymogów technicznych z zespołem Microsoft do spraw licencji dotyczących protokołów”.

300 Wreszcie umowa zawarta między Microsoft oraz Sun Microsystems przewiduje ujawnienie protokołów komunikacyjnych serwer-serwer objętych Decyzją. Ponieważ umowa ta przewiduje przekazanie właśnie tych protokołów, do których ujawnienia zobowiązuje ją Decyzja, Microsoft nie ma podstaw, by podnosić, że wykonanie Decyzji zmusza ją do zasadniczej zmiany jej polityki handlowej.

301 Biorąc powyższe pod uwagę, prezes nie może uznać za udowodniony fakt, że Decyzja spowoduje wystarczająco istotną zmianę polityki handlowej Microsoft.

302 Wniosek ten jest wsparty faktem, że Komisja zaznaczyła na posiedzeniu, w odpowiedzi na pytanie prezesa, iż w trakcie negocjacji prowadzonych z Komisją w toku postępowania administracyjnego Microsoft była skłonna ujawnić więcej

informacji z dziedziny interoperacyjności, niż przewidziano w Decyzji. Powołując się na szczególny charakter każdych negocjacji, będących wynikiem wzajemnych ustępstw, Microsoft nie zaprzeczyła stanowisku Komisji w tej kwestii.

ii) W przedmiocie twierdzenia o trudnościach w ulepszaniu protokołów

303 Microsoft twierdzi, że wykonanie Decyzji wywoła skutek w postaci ograniczenia elastyczności, która jest jej niezbędna w celu regularnego ulepszania danych protokołów, redukując w ten sposób jej zdolność do innowacji (załączniki R.2 i T.7).

304 W tym względzie należy zaznaczyć, że art. 5 lit. a)-c) Decyzji zobowiązuje Microsoft do przekazania jej konkurentom specyfikacji swoich protokołów, lecz pozostawia Microsoft swobodę w opracowywaniu jej protokołów zgodnie z własną wolą. Ulepszanie protokołów pozostaje zatem decyzją Microsoft podejmowaną w zależności od jej oczekiwanych skutków. Tak więc Microsoft nie udowodniła, że decyzja co do ulepszenia protokołów w okresie przejściowym — do momentu wydania przez Sąd orzeczenia co do istoty sprawy — będzie miała praktyczne konsekwencje polegające na rzeczywistej przeszkodzie w innowacji.

305 Następnie, argumentu, zgodnie z którym elastyczność, z jaką będzie mogła ona dokonywać ulepszeń danych protokołów, zostanie naruszona wynikającym z rzeczywistości handlowej ograniczeniem polegającym na obowiązku zapewnienia kompatybilności „wstecz” z konkurencyjnymi produktami opartymi na protokołach, nie można przyjąć z uwagi na niektóre materiały dowodowe znajdujące się w aktach.

- 306 Po pierwsze, należy przypomnieć, że w przeszłości Microsoft nie czuła się objęta takim obowiązkiem, kiedy postanowiła uczynić nieskutecznym NDS dla NT Novella (motywy od 298 do 301 oraz 686 Decyzji).
- 307 Po drugie, Microsoft w każdym razie zapewnia kompatybilność „wstecz” z wcześniejszymi wersjami własnych produktów. W aktach sprawy nie istnieje dowód pozwalający sądzić, że zapewniając tę kompatybilność, nie będzie ona w stanie zapewnić kompatybilności „wstecz” z wszystkimi odpowiadającymi implementacjami. W tym względzie należy podnieść, że Microsoft wskazała, iż zapewniła kompatybilność „wstecz” z grupą produktów, podkreślając, że „[było] już wyzwaniem inżynieryjnym dla Microsoft w ramach stopniowego lansowania nowych systemów operacyjnych Windows dla serwerów utrzymanie zwrotnej kompatybilności z tysiącami opublikowanych interfejsów stosowanych przez programy informatyczne podmiotów trzecich”.
- 308 Po trzecie, należy podnieść, że nie dokonano oceny wzrostu stopnia złożoności wynikającego z powstania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. W każdym razie ewentualnie konieczne dodatkowe wysiłki należy uznać za ograniczone w okresie przejściowym z uwagi na prawdopodobnie niską liczbę produktów kompatybilnych, które będą wprowadzone na rynek i zakupione przez klientów przed orzeczeniem przez Sąd co do istoty sprawy. W tej kwestii należy zauważyć, że nowa wersja systemu operacyjnego Microsoft, znana pod nazwą „Longhorn” będzie, według Microsoft, gotowa w 2006 r. oraz że, jak to podkreślają interwenienci po stronie Komisji, ogłoszenie o jego pojawieniu się wpłynie na zakupy klientów ze szkodą dla konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
- 309 Po czwarte, ugoda amerykańska, z której korzystają nie tylko producenci systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w rozumieniu Decyzji, lecz również prawie wszyscy producenci systemów operacyjnych dla serwerów, powinna wywołać negatywne skutki tego samego rodzaju, co skutki, na które powołuje się Microsoft przed prezesem. Jednakże z pism stron nie wynika, by wykonanie Decyzji mogło

naruszyć elastyczność, jaką dysponuje Microsoft przy zmianie jej protokołów, w zakresie większym niż wynikający ze zobowiązań przyjętych przez Microsoft w ramach ugody amerykańskiej. W tej kwestii z jednej z odpowiedzi Microsoft na pytania na piśmie wynika, że w pewnych okolicznościach ugoda amerykańska pozwala Microsoft na decyzję o wykorzystaniu innowacji w protokołach stacja robocza–serwer dla zwiększenia atrakcyjności systemu operacyjnego Windows, bez udostępniania tej technologii konkurentom. Dodaje ona, co następuje:

„Jeśli Microsoft stworzy w szczególności nowe protokoły stacja robocza–serwer, które nie będą włączone w jej system operacyjny klientów Windows, lecz będą zainstalowane oddzielnie, Microsoft nie będzie musiała udostępnić tych protokołów swoim konkurentom. Na przykład Microsoft będzie mogła stworzyć nowatorskie protokoły w związku z nową wersją swojego systemu operacyjnego dla serwerów Windows. Kiedy sieć korzystająca z tego systemu operacyjnego dla serwerów zostanie zainstalowana, klienci zostaną poproszeni o zainstalowanie programu dla klientów stosującego jej protokoły na ich komputerach osobistych. (Metoda tradycyjnie stosowana przez Novella)”.

310 To oświadczenie potwierdza fakt, że Microsoft ma zamiar ulepszyć swoje produkty oraz że ograniczenia dotyczące braku elastyczności co do możliwości ich ulepszenia nie utrudniają tego. Nie ma znaczenia w tym względzie, czy udostępnienie powołanych ulepszeń wynika z woli umyślnej lub z ograniczeń prawnych.

311 Po piąte, umowa zawarta z Sun Microsystems, która obejmuje protokoły, których dotyczy Decyzja, zdaje się wskazywać, że wpływ na zdolność Microsoft do zmiany swoich protokołów nie ma charakteru nieodwracalnego.

iii) W przedmiocie twierdzenia o konieczności „uodpornienia” protokołów

- 312 Microsoft twierdzi, że będzie musiała „uodpornić” protokoły w celu uniknięcia „możliwo[ci] wystąpienia nieprawidłowości w funkcjonowaniu, wypadków oraz ryzyka dla bezpieczeństwa”, które wynikałyby z „użytku nierozważnego i w złej wierze”.
- 313 Przy założeniu, że „możliwość wystąpienia nieprawidłowości w funkcjonowaniu, wypadków oraz ryzyka dla bezpieczeństwa” okaże się rzeczywistością, prezes stwierdza, że Microsoft ogranicza się do powołania się na szkodę wynikającą w jej mniemaniu z działań koniecznych dla uniknięcia urzeczywistnienia takiej możliwości, bez wskazania, na czym polega poważny i nieodwracalny charakter tej szkody. Microsoft nie wykazuje w szczególności, że to „uodpornienie” protokołów musi trwać w przypadku stwierdzenia nieważności Decyzji lub że będzie przyczyną innej szkody. Ponadto, jak twierdzi Komisja, użytkownicy informacji dotyczącej interoperacyjności będą bardzo chcieli, by ich produkty były pewne i stabilne, będą unikali „nierozważnego użytku” i nie będą mieli żadnego interesu w używaniu ich „w złej wierze”. Wręcz przeciwnie, jak dodatkowo podnosi Komisja, przedsiębiorstwa korzystające z ujawnienia będą miały oczywisty interes w unikaniu przypadkowych szkód, testując swoje implementacje we współpracy z produktami Microsoft oraz starając się, żeby ich produkty nie spowodowały utraty ani uszkodzenia danych u klientów. Te testy obejmą naturalnie wszystkie produkty Windows, z którymi konkurent będzie zamierzał stworzyć interoperacyjność. W konsekwencji Microsoft według wszelkiego prawdopodobieństwa nie będzie miała jakiegokolwiek potrzeby wstecznego dostosowania produktów wcześniej zainstalowanych.
- 314 Podobnie jak w przypadku twierdzenia o ograniczeniu możliwości swobodnego opracowywania własnych produktów Microsoft nie wykazała, by niebezpieczeństwa powołane w poprzednim punkcie urzeczywistniły się wskutek wykonania ugody amerykańskiej. Wreszcie, mimo że Samba lub AS/U stosują kilka protokołów opracowanych pierwotnie jako „prywatne”, zgodnie z terminologią Microsoft, ta ostania nie podaje przykładu przekazania „niespodziewanych” danych do Windows, powodującego utratę lub uszkodzenie danych.

315 Ograniczenia zdolności do rozwoju własnych produktów, na które powołuje się Microsoft, wynikają także z porozumienia zawartego z Sun Microsystems, które dotyczy protokołów objętych ramami Decyzji. Wynikająca stąd szkoda, zakładając, że istnieje, jest zatem niezależna od środka naprawczego, a Microsoft nie wykazała, że wnioskowane zawieszenie wykonania znacząco zmieni jej obecną sytuację.

316 Wreszcie szczegółowe warunki techniczne mogłyby być ponadto uzgodnione umownie, jak to jest przewidziane w ramach ugody amerykańskiej. W odpowiedzi na pytanie prezesa Microsoft w istocie wskazała, że ugoda amerykańska pozwala jej na obwarowanie ujawnienia protokołów związanych z bezpieczeństwem pewnymi warunkami, mającymi na celu zminimalizowanie ryzyka, że protokoły te zostaną wykorzystane w złej wierze do naruszenia bezpieczeństwa informatycznego. Stąd obawa związana z korzystaniem w złej wierze z przedmiotowej informacji lub z niewłaściwymi testami wdrożeniowymi mogłaby zostać rozwiana w drodze zwrócenia się do Komisji o zezwolenie na odmowę dostarczenia tej informacji w takiej sytuacji.

3) W przedmiocie twierdzenia o nieodwracalnej zmianie warunków na rynku

317 Microsoft twierdzi, że obowiązkowe udzielenie licencji zmieni definitywnie na jej szkodę warunki panujące na rynku, ponieważ analiza szczegółowych przedmiotowych specyfikacji protokołów komunikacyjnych ujawni konkurentom istotne elementy koncepcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Ujawnienie na szeroką skalę takich informacji pozwoliłoby konkurentom na reprodukcję w ich systemach operacyjnych dla serwerów szeregu funkcji, które Microsoft stworzyła dzięki własnym wysiłkom badawczym i rozwojowym.

- 318 Założenie faktyczne, na którym Microsoft opiera swoją analizę, nie zostało uznane przez prezesa za udowodnione w sposób wystarczający (zob. powyżej pkt 260–265). Ponadto Microsoft nie przedstawiła dowodów dotyczących zmian na rynku, które, jej zdaniem, miałyby wynikać z powołanego problemu wbrew krytyce Komisji w tej kwestii sformułowanej w uwagach obrony. Nie można zatem przyjąć argumentu Microsoft.
- 319 W każdym razie, zakładając nawet, że argumentacja Microsoft, iż ujawnienie informacji dotyczących interoperacyjności zmieni warunki na rynku w taki sposób, że utraciłaby ona część rynku oraz że w razie stwierdzenia nieważności Decyzji nie byłoby już możliwe odzyskanie utraconych udziałów w rynku, mogłaby być uznana za istotną, prezes stwierdza, że Microsoft nie przedstawiła żadnego dowodu na poparcie tej argumentacji. Microsoft nie wykazała w szczególności istnienia przeszkód uniemożliwiających jej odzyskanie znacznej części udziałów, które mogłaby utracić wskutek działania środka naprawczego [zob. podobnie postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 11 kwietnia 2001 r. w sprawie C-471/00 P(R) Komisja przeciwko Cambridge Healthcare Supplies, Rec. str. I-2865, pkt 111; postanowienie Prezesa Sądu z dnia 16 stycznia 2004 r. w sprawie T-369/03 R Arizona Chemical i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-205, pkt 82–84].
- c) W przedmiocie poważnej i nieodwracalnej szkody spowodowanej obowiązkiem ujawnienia specyfikacji protokołów stacja robocza–serwer
- 320 Jak wynika z całości powyższych rozważań, różne rodzaje szkody, na które powołuje się Microsoft, nie zostały przyjęte w celu stwierdzenia spełnienia wymogu pilności w odniesieniu do obowiązku ujawnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych serwer–serwer.
- 321 Ponieważ Microsoft nie podniosła żadnego dodatkowego argumentu pozwalającego na odmienny wniosek odnośnie do skutków ujawnienia protokołów komunikacyj-

nych stacja robocza–serwer, prezes jest zmuszony stwierdzić, że Microsoft nie wykazała spełnienia warunku pilnego charakteru odnośnie do drugiej części obowiązku ujawnienia. W tym względzie należy przypomnieć, jak słusznie podaje Komisja w Decyzji, że interoperacyjność stacja robocza–serwer oraz, z drugiej strony, interoperacyjność serwer–serwer są dwoma nierozłącznymi składnikami interoperacyjności wewnątrz systemu informatycznego obejmującego kilka stacji roboczych Windows oraz kilka serwerów grupy roboczej Windows połączonych w jednej sieci (motywy od 144 do 184 oraz 689).

322 W każdym razie należy wziąć pod uwagę fakt, że Microsoft na posiedzeniu podkreślała brak konieczności nakładania obowiązku ujawniania specyfikacji protokołów komunikacyjnych stacja robocza–serwer, mając na względzie fakt, że specyfikacje te można otrzymać w ramach MCPP. Nie można rozumieć tej argumentacji inaczej, niż że zarządzone w Decyzji ujawnienie specyfikacji nie może być przyczyną poważnej i nieodwracalnej szkody dla Microsoft.

323 Wniosek o zastosowanie środka tymczasowego powinien być także oddalony z uwagi na brak pilnego charakteru w zakresie, w jakim ma on na celu uzyskanie zawieszenia wykonania obowiązku ujawnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych stacja robocza–serwer oraz zezwolenia na ich użytkowanie przez konkurentów Microsoft.

324 Biorąc powyższe pod uwagę, ponieważ nie został spełniony warunek dotyczący pilnego charakteru, wniosek o zawieszenie wykonania art. 5 lit. a)-c) należy oddalić bez konieczności wyważania wchodzących w grę interesów.

325 Należy uściślić, że zgodnie z art. 109 regulaminu odrzucenie wniosku o zarządzenie środka tymczasowego nie zamyka stronie, która go złożyła, możliwości ponownego złożenia wniosku w związku z pojawieniem się nowych okoliczności. W niniejszej

sprawie nie można wykluczyć, że za „nową okoliczność” uznać można utrzymywanie się sporu co do sposobów wykonania Decyzji. Konkretnie, mając na uwadze odesłania zawarte w powyższych rozważaniach do warunków umownych uzasadniających wnioski, zgodnie z którym warunek pilnego charakteru nie został spełniony (zob. powyżej pkt 268, 273, 285 oraz 316), odmowa takich klauzul ochronnych w umowach licencyjnych zawieranych z przedsiębiorstwami, o których mowa w art. 5 Decyzji mogłaby być uznana za zmianę okoliczności mogącą pociągać za sobą zakwestionowanie niektórych podstaw, na których oparte jest niniejsze postanowienie.

W kwestii sprzedaży wiązanych

A — Argumenty stron

1. Argumenty Microsoft oraz podmiotów dopuszczonych do sprawy w charakterze interwenientów po jej stronie

a) W przedmiocie fumus boni iuris

³²⁶ Microsoft twierdzi, że w skardze o stwierdzenie nieważności przedstawiła argumenty wstępnie uzasadniające nieważność postanowień Decyzji odnoszących się do praktyk sprzedaży wiązanej, które mają stanowić nadużycie przez nią pozycji dominującej.

³²⁷ W Decyzji Komisja utrzymuje, że włączenie przez Microsoft ulepszonej funkcji multimedialnej w Windows stanowi nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, „w szczególności” w rozumieniu akapitu drugiego lit. d) tego artykułu, jak również

w zastosowaniu nowego kryterium w zakresie sprzedaży związanej, wynikającego z art. 82 WE. Jak wynikałoby z motywu 841 Decyzji, w klasycznych przypadkach sprzedaży związanych, zdaniem Komisji i sądów wspólnotowych, praktyka łącznej sprzedaży odrębnych produktów jest wskazówką istnienia skutku w postaci eliminacji konkurencyjnych sprzedawców. Zdaniem Microsoft, z tego samego motywu Decyzji wynika z jednej strony, że niniejszy przypadek nie stanowi „klasycznego przypadku sprzedaży związanych”, a z drugiej strony, że „użytkownicy mogą się zaopatrywać w inne odtwarzacze multimedialne przez Internet, czasem bezpłatnie”. Zatem Komisja przyznaje, że „[i]stnieją [...] uzasadnione powody, aby nie uznać bez dalszej analizy, że sprzedaż związana [Windows Media Player] stanowi zachowanie, które ma na celu ograniczenie konkurencji” (motyw 841).

328 Komisja doszła jednakże, zdaniem Microsoft, do wniosku, że w niniejszej sprawie występuje skutek wykluczenia konkurentów z rynku, opierając się przy tym na czysto teoretycznym założeniu, zgodnie z którym szerokie rozpowszechnienie funkcji multimedialnej Windows zobowiąże dostawców treści do prawie wyłącznego stosowania formatów multimedialnych Windows, co wywoła skutek w postaci wykluczenia z rynku wszystkich konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych, a następnie, pośrednio, zmuszenia konsumentów do wyłącznego korzystania z funkcji multimedialnej Windows (motywy 836 oraz 842 Decyzji). Zdaniem Microsoft, istnieje, w rozumieniu orzecznictwa, „poważny spór dotyczący zasadności głównego wniosku prawnego uzasadniającego” twierdzenia Komisji odnośnie do konstrukcji i włączenia Windows Media Player (ww. w pkt 133 postanowienie w sprawie IMS Health przeciwko Komisji, pkt 106). Microsoft uważa również, iż warunek wymagający wstępnego wykazania niezgodności z prawem stwierdzenia naruszenia, na którym opiera się art. 6 lit. a) Decyzji, jest spełniony.

329 Przede wszystkim bowiem teoretyczne założenie Komisji w zakresie wykluczenia z rynku pozbawione jest podstaw. Decyzja nie odzwierciedla rzeczywistości rynku, zwłaszcza że, po pierwsze, użytkownicy stacji roboczych pracujących z Windows uważają, iż używanie różnych odtwarzaczy z różnymi formatami jest proste oraz, z drugiej strony, iż dostawcy treści stosują na co dzień różnorodne formaty. Wniosek Komisji pozostaje również w sprzeczności z odmienną teorią zastosowaną w decyzji w sprawie AOL/Time Warner [decyzja Komisji 2001/718/WE z dnia 11 października 2000 r. stwierdzająca operację koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz

Porozumieniem EOG (Sprawa nr COMP/M.1845 — AOL/Time Warner), Dz.U. 2001, L 268, str. 28]. Co więcej, Komisja w Decyzji doszła do wniosku, że teza o wykluczeniu z rynku ma zastosowanie wyłącznie w przypadku, w którym funkcja multimedialna Windows jest autorstwa Microsoft, podczas gdy teza ta nie została zastosowana w latach 1995–1998, kiedy odtwarzacz multimedialny RealNetworks był „związany” z Windows.

330 Microsoft w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. dodaje, że Komisja nie odnosi się w żaden sposób do faktu, po pierwsze, że najważniejsze strony internetowe nadal oferują treści multimedialne w dwóch lub więcej formatach, następnie, że liczba formatów używanych na popularnych stronach internetowych zawierających treści multimedialne wzrosła i aktualnie wynosi około trzech oraz, wreszcie, że wiosną 2004 r. prawie 80% popularnych stron internetowych oferowało treści w formatach RealNetworks.

331 Ponadto Komisja nie wzięła pod uwagę ostatnich zmian na rynku, zwłaszcza wzrostu liczby aparatów innych niż stacje robocze, takich jak iPod firmy Apple, który odczytuje treści multimedialne w formatach innych niż Windows, lub przyszłej generacji telefonów komórkowych, które będą zawierały odtwarzacze multimedialne. Zdaniem Microsoft, dostawcy treści, którzy zamierzają objąć możliwie jak najszerszą grupę odbiorców, będą nadal stosować różnorodne formaty w celu dotarcia, z jednej strony, do użytkowników urządzeń innych niż stacje robocze, które nie potrafią odczytywać treści w formatach Windows Media oraz, z drugiej strony, konsumentów używających raczej odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw na ich stacjach roboczych, niż funkcje multimedialne Windows.

332 Po drugie, zdaniem Microsoft, korzyści wynikające z „koncepcji budowy” systemu operacyjnego Microsoft, który pociąga za sobą rozwój nowych wersji Windows zawierających nowe funkcje, są zasadnicze i powinny zostać w większym stopniu wzięte pod uwagę przez Komisję.

333 Po trzecie, Komisja nie wykazała istnienia naruszenia art. 82 WE, zwłaszcza jego akapitu drugiego lit. d). W szczególności Decyzja nie wykazuje, że Windows oraz jego funkcja multimedialna należą do dwóch odrębnych rynków. Komisja niesłusznie rozpatrywała wyłącznie kwestię, czy produkt rzekomo związany jest dostępny oddzielnie od rzekomego produktu „dominującego”, podczas gdy właściwa kwestia polegała na określeniu, czy ten ostatni produkt jest regularnie sprzedawany bez produktu związanego. Ponadto, zdaniem Microsoft, w niniejszej sprawie nie można mówić o świadczeniu dodatkowym, ponieważ konsumenci przede wszystkim nie muszą nic płacić dodatkowo za funkcję multimedialną Windows, następnie nie są zobowiązani do korzystania z niej, wreszcie Microsoft nie utrudnia im w jakikolwiek sposób korzystania z odtwarzaczy multimedialnych przedsiębiorstw trzecich zamiast lub oprócz funkcji multimedialnej Windows. Komisja nie wykazała również, że funkcja multimedialna nie jest związana z uwagi na jej charakter lub przeznaczenie handlowe, z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych. W istocie inne systemy operacyjne zawierają funkcje multimedialne, a Microsoft ze swojej strony włączyła do Windows taką funkcję, ulepszaną nieprzerwanie od 1992 r.

334 Po czwarte, Komisja w niniejszej sprawie nie wzięła wystarczająco pod uwagę zobowiązań nałożonych na Wspólnotę Europejską przez TRIPs.

335 Po piąte, środek naprawczy jest nieproporcjonalny.

336 CompTIA i Exor popierają stanowisko Microsoft odnośnie do *fumus boni iuris*. Uważają one, że Microsoft wykazała wstępną niezgodność z prawem art. 4 i 6 lit. a) Decyzji.

b) W przedmiocie pilnego charakteru

337 Microsoft twierdzi, że natychmiastowa wykonalność art. 6 lit. a) Decyzji spowoduje dwa rodzaje poważnych i niepowetowanych szkód wynikających, z jednej strony, z porzucenia koncepcji budowy będącej podstawą systemu operacyjnego Windows oraz, z drugiej strony, z naruszenia jej dobrego imienia.

1) W przedmiocie szkody wynikającej, zdaniem Microsoft, z porzucenia koncepcji budowy będącej podstawą systemu operacyjnego Windows

338 Zdaniem Microsoft, zasadnicza koncepcja budowy, na której zasadza się system operacyjny Windows, stanowi podstawę modelu handlowego Windows. Celem modelu handlowego Windows była koncepcja wspólnej platformy dla rozwoju i funkcjonowania aplikacji, niezależnie od rodzaju stacji roboczej używanej przez konsumenta.

339 Tak więc natychmiastowe wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji zmusiłoby Microsoft do rezygnacji z tej koncepcji, wyrządzając jej poważną i nieodwracalną szkodę. Nakładając obowiązek oferowania wersji Windows pozbawionej kodu programowego, odpowiadającego temu, co Komisja określa jako „Windows Media Player”, art. 6 lit. a) Decyzji zakazywałby Microsoft tworzenia jej systemu operacyjnego w sposób obejmujący jednolicie nowe lub ulepszone funkcje multimedialne. Uniemożliwiłoby to również twórcom oprogramowania, dostawcom treści, sprzętu komputerowego oraz konsumentom czerpanie korzyści z platformy Windows, z których korzystają obecnie.

340 Microsoft przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem poważna i nieodwracalna szkoda powstaje, kiedy strona jest zobowiązana do natychmias-

towego wykonania Decyzji Komisji, która powoduje zmiany o charakterze strukturalnym oraz uniemożliwia określanie zasadniczych elementów jej polityki handlowej (ww. w pkt 251 postanowienie w sprawie RTE i in. przeciwko Komisji; postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 13 czerwca 1989 r. w sprawie C-56/89 R Publishers Association przeciwko Komisji, Rec. str. 1693; postanowienia Prezesa Sądu z dnia 16 lipca 1992 r. w sprawie T-29/92 R SPO i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-2161; z dnia 19 lutego 1993 r. w sprawach połączonych T-7/93 R i T-9/93 R Langnese-Iglo i Schöller Lebensmittel przeciwko Komisji, Rec. str. II-131; z dnia 10 marca 1995 r. w sprawie T-395/94 R Atlantic Container Line i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-595; ww. w pkt 138 w sprawie Bayer przeciwko Komisji; z dnia 7 lipca 1998 r. w sprawie T-65/98 R Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. str. II-2641 oraz ww. w pkt 133 w sprawie IMS Health przeciwko Komisji). Tak więc w przypadku natychmiastowego wykonania Decyzji korzyści wynikające z jednolitego charakteru platformy Windows zostałyby utracone w sposób nieodwracalny, wyrządzając w ten sposób Microsoft poważną i nieodwracalną szkodę.

341 Microsoft dodaje, że szkoda ta nie zostanie naprawiona przez stwierdzenie nieważności Decyzji. Inżynierowie Microsoft będą musieli wyjść z założenia, że przynajmniej niektóre kopie Windows dystrybuowane w EOG będą pozbawione funkcji multimedialnej. Ponieważ te uboższe wersje Windows nie będą mogły być odzyskane od użytkowników w przypadku późniejszego stwierdzenia nieważności Decyzji, inżynierowie Microsoft będą zmuszeni uwzględnić istnienie dwóch wersji przez długie lata, tak samo jak podmioty trzecie, uzależnione od stabilności i spójności platformy Windows, co spowoduje wzrost kosztów po ich stronie oraz ograniczy ich zainteresowanie systemem Windows w sposób trwały. Te trudności organizacyjne będą dodatkowo zwiększone przez warunki nałożone w art. 4 Decyzji.

2) W przedmiocie szkody wyrządzonej dobremu imieniu Microsoft

342 Microsoft twierdzi, że dystrybucja wersji Windows nakazanej przez art. 6 lit. a) Decyzji (zwanej dalej „wersją nakazaną przez art. 6”) wyrządziłaby poważną i nieodwracalną szkodę jej dobremu imieniu jako producenta oprogramowania wysokiej jakości.

- 343 Po pierwsze bowiem, wersja nakazana przez art. 6 nie zawierałaby funkcji multimedialnej udostępnionej zasadniczo aplikacjom wykonywanym w Windows. W konsekwencji liczne aplikacje nie funkcjonowałyby z tą wersją systemu operacyjnego, podczas gdy wersja ta nadal nazywałaby się „Windows”. Ta dysfunkcja naruszałaby zasadniczą wartość Windows. Zobowiązywałaby też Microsoft, jak również dostawców sprzętu komputerowego i twórców oprogramowania do rozwiązania problemów wywołanych przez Decyzję oraz do dostarczenia w międzyczasie niezbędnej pomocy niezadowolonym klientom. Rozwiązanie licznych dających się przewidzieć oraz potencjalnie nieprzewidywalnych problemów okazałoby się bardzo trudne, kosztowne oraz przynoszące szkodę reputacji Microsoft.
- 344 W uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. Microsoft zaprzecza twierdzeniom Komisji, zgodnie z którymi Microsoft mogłaby utrzymać w wersji nakazanej przez art. 6 „podstawowe funkcje multimedialne”. Komisja nie wyjaśniła, co rozumie przez „podstawowe funkcje multimedialne”, a jej twierdzenie byłoby prawdziwe, jedynie jeśli odnosiłoby się do możliwości emitowania niektórych dźwięków oraz wyświetlania statycznych obrazów. W każdym razie wersja nakazana przez art. 6 wyeliminowałaby wszelką możliwość odczytu plików dźwiękowych lub wideo, zwłaszcza z płyt kompaktowych lub płyt DVD lub też dokumentów w formatach standardowych jak MP3 nagrywanych z Internetu na twardy dysk stacji roboczej. Zdaniem Microsoft, konsument uzna, że system operacyjny dla stacji roboczych, który okaże się niezdolny, w 2004 r., do wykonania tak banalnych zadań, jest poważnie zubożony.
- 345 Co więcej, Komisja nie podważyła niewyczerpującej listy wszystkich funkcji Windows, które nie będą funkcjonować w sposób właściwy w wersji nakazanej przez art. 6.
- 346 Po drugie, problemy spowodowane przez wersję nakazaną przez art. 6 nie zostaną rozwiązane przez instalację odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw. Zdaniem Microsoft, takie produkty nie mogłyby zastąpić funkcji multimedialnych

Windows, ponieważ nie posiadają takich samych API, co spowoduje pewne dysfunkcje konkurencyjnych aplikacji oraz stron internetowych opierających się na funkcjach multimedialnych Windows.

347 Po trzecie, Microsoft poniosłaby podobną szkodę, a nawet większą, z uwagi na fakt, że pozostałe elementy Windows, które opierają się na funkcjach multimedialnych, nie funkcjonowałyby już poprawnie w wersji nakazanej przez art. 6, zwłaszcza jeśli chodzi o katalog „My Music” oraz przesyłanie plików w formacie MP3 do szerokiej gamy przenośnych odtwarzaczy cyfrowych.

348 Z niewyczerpującej listy wad spowodowanych wersją nakazaną przez art. 6 wynika, po pierwsze, że tylko niektóre wady mogą zostać usunięte przez instalację odtwarzacza multimedialnego przedsiębiorstwa trzeciego oraz, z drugiej strony, że usunięte wady są różne w zależności od odtwarzacza multimedialnego, który zostanie zainstalowany.

349 W uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. Microsoft podważa argumentację Komisji, zgodnie z którą odtwarzacze multimedialne przedsiębiorstw trzecich zainstalowane na nowych stacjach roboczych przez producentów sprzętu mogą zastąpić funkcje multimedialne Windows. Twierdzenie to, prawdopodobnie oparte na założeniu, że kod programowy, który zapewnia funkcje multimedialne, byłby doskonałym substytutem, jest nieprawdziwe z technicznego punktu widzenia. Komisja nie wskazała ani jednego odtwarzacza multimedialnego przedsiębiorstwa trzeciego oferującego ogólnie takie funkcje multimedialne, których brakowałyby w wersji nakazanej przez art. 6. Microsoft nie podważa, że część funkcji multimedialnych Windows mogłaby zostać odzyskana przez zainstalowanie określonych odtwarzaczy multimedialnych. Niemniej część funkcji systemu operacyjnego pozostałaby nieaktywna. Ponadto aktywność producentów odtwarzaczy multimedialnych nie polegałaby na naprawie wad funkcji multimedialnych Windows. W zależności od

przypadku zakres, w jakim instalacja odtwarzacza multimedialnego przedsiębiorstwa trzeciego pozwoli na odzyskanie części funkcji multimedialnych w wersji nakazanej przez art. 6, będzie zależał od zainstalowanego odtwarzacza multimedialnego.

350 Microsoft precyzuje, że w zakresie, w jakim odtwarzacze multimedialne przedsiębiorstw trzecich udostępnią swoje funkcje dostępne poprzez opublikowane interfejsy, interfejsy te różnią się od interfejsów używanych przez aplikacje odpowiadające funkcjom multimedialnym Windows. W konsekwencji różne programy platformy używałyby różnych interfejsów dla przedstawienia tego samego typu funkcji. Pozostałe części Windows oraz aplikacje stworzone w celu uruchamiania funkcji multimedialnych w Windows nie mogą nagle otrzymać funkcji odtwarzacza multimedialnego przedsiębiorstwa trzeciego. Należałoby przynajmniej dokonać zmian w Windows lub w aplikacji Windows w celu umożliwienia odtwarzaczom multimedialnym przedsiębiorstw trzecich korzystania z interfejsów alternatywnych. Te zmiany byłyby prawdopodobnie zasadnicze, powinny też zostać dokonane osobno dla każdego z odtwarzaczy multimedialnych. W konsekwencji korzyści wynikające z jednolitej platformy przestałyby istnieć, i to nawet jeśli odtwarzacze multimedialne przedsiębiorstw trzecich były w stanie dostarczyć wszystkie funkcje multimedialne brakujące w wersji nakazanej przez art. 6.

351 Po czwarte, natychmiastowa wykonalność art. 6 lit. a) Decyzji spowodowałaby poważną i nieodwracalną szkodę handlowym znakom towarowym „Microsoft” i „Windows”, ponieważ Microsoft byłaby zobowiązana do sprzedaży pogorszonego produktu niekompatybilnego z jego pierwotną koncepcją handlową. Reputacja Microsoft jako producenta oprogramowania wysokiej jakości byłaby naruszona, jeśli była ona zobowiązana do umieszczenia swojej nazwy na pogorszonym produkcie, który nie dostarcza funkcji multimedialnych, których oczekują konsumenci od nowoczesnego systemu operacyjnego.

352 Po piąte, Microsoft precyzuje, że nie może uchronić się od naruszenia jej dobrego imienia informując konsumentów o charakterze wersji nakazanej przez art. 6, ponieważ nie będzie w stanie przeprowadzić ogółu testów koniecznych dla sporządzenia kompletnej listy aplikacji, które nie będą funkcjonowały poprawnie

z wersją nakazaną przez art. 6. W praktyce będzie możliwe, że znaczna liczba konsumentów nie będzie w stanie zrozumieć konsekwencji braku technologii multimedialnej w wersji nakazanej przez art. 6.

353 Po szóste, natychmiastowa wykonalność art. 6 lit. a) Decyzji spowodowałaby poważną szkodę w prawie autorskim, z tytułu którego Microsoft jest uprawniona odnośnie do Windows. Microsoft byłaby bowiem zobowiązana do dostosowania swojego dzieła poprzez usunięcie elementów kodu programowego, który dostarcza funkcje multimedialne, zdaniem Microsoft, konieczne w nowoczesnym systemie operacyjnym, a których brak czyni ten produkt wadliwym. Szkada wywołana w sferze prawa autorskiego Microsoft będzie nieodwracalna, ponieważ nie będzie żadnego sposobu wycofania pogorszonych wersji Windows znajdujących się w obrocie, jeśli zostaną wprowadzone na rynek.

354 W uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. Microsoft podważa liczne argumenty Komisji odnośnie do naruszenia znaków towarowych oraz dobrego imienia Microsoft. Microsoft kwestionuje zwłaszcza krytykę Komisji polegającą na twierdzeniu, że „wrażenie [...], że systemy operacyjne Windows gwarantują zawsze pierwotną koncepcję budowy [Microsoft] [...], jest niezgodne z rzeczywistością”. Komisja zaznacza w tym względzie, że Microsoft produkuje już kilka różnych wersji Windows. Zdaniem Microsoft, istnienie produktów wspomnianych przez Komisję nie ma żadnego wpływu na wykazaną przez nią poważną i nieodwracalną szkodę. Windows CE i Windows XP Embedded nie są bowiem systemami operacyjnymi dla stacji roboczych. Inne wersje Windows XP wskazane przez Komisję, tj. Professional, Home, Media Center Edition oraz Tablet PC Edition, posiadają wszystkie ten sam wspólny rdzeń interfejsów, tj. powołane „API Win32”. Chodzi o interfejsy, które producenci oprogramowania wykorzystali do stworzenia aplikacji Windows od pojawienia się Windows NT 3.5 i Windows 95, tak że wszystkie wersje Windows XP były w stanie zapewnić funkcjonowanie ogółu istniejących aplikacji Windows. W uwagach odnośnie do wniosków interwencyjnych Microsoft podważa także podobne twierdzenia RealNetworks, zgodnie z którymi platforma Windows jest już podzielona.

- 355 Dla Microsoft i użytkowników końcowych istotne jest, żeby ostatnia wersja Windows przeznaczona do użytku jako system operacyjny powszechnie stosowany, tj. Windows XP we wszystkich wersjach, pozwalał na stosowanie każdej aplikacji Windows stworzonej w ciągu ostatnich dziesięciu lat. Nie będzie to możliwe w sytuacji wersji nakazanej przez art. 6, mimo że wersja ta będzie uznawana przez konsumentów za system operacyjny dla stacji roboczych do powszechnego użytku.
- 356 Wreszcie, również w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r., Microsoft dodaje, że Komisja wydaje się podzielać jej opinię odnośnie do nieodwracalnego charakteru podniesionych szkód, ponieważ, jej zdaniem, „wersji rozłączonych nie będzie [można] odzyskać z powrotem od użytkowników”. Komisja stwierdziła niemniej, że pozostała szkoda nie będzie jednak nieodwracalna, ponieważ „Microsoft będzie w stanie wykorzystać Internet w celu rozprowadzenia [Windows Media Player] do wszystkich klientów, którzy zakupią [wersję nakazaną przez art. 6]”. Ta hipotetyczna możliwość jest nierealna. Nie bierze ona pod uwagę użytkowników wersji nakazanej przez art. 6, pozbawionych dostępu do Internetu. Z drugiej strony, Microsoft nie pobierałaby i nie instalowałaby żadnego kodu programu na stacjach roboczych użytkowników bez uzyskania ich wcześniejszej zgody. Wersje nakazane przez art. 6 pozostaną w rękach konsumentów przez długi okres, a nawet na czas nieograniczony. Microsoft dodaje, że przy założeniu, iż Komisja ma rację, uważając, że znaleźliby się użytkownicy, którzy preferowaliby wersję nakazaną przez art. 6, należałoby również uznać, że znajdą się użytkownicy, którzy nie pozwoliliby Microsoft na odtworzenie funkcji multimedialnych w ich systemach operacyjnych.
- 357 Stanowisko Microsoft co do istnienia poważnej i nieodwracalnej szkody jest popierane przez Exor. Zdaniem tej ostatniej, poniesiona szkoda nie będzie zależała ani od decyzji osób trzecich, tj. decyzji konsumentów co do zakupu wersji nakazanej przez art. 6, ani od „braku staranności” ze strony Microsoft. Wersja nakazana przez art. 6 byłaby w sposób nieunikniony produktem gorszym, ponieważ usunięcie jednego ze składników systemu operacyjnego Windows spowodowałoby niedziałanie innych elementów opartych na usuniętym kodzie w celu oferowania funkcji multimedialnych. Ponadto, nawet gdyby była technicznie możliwa całkowita zmiana struktury Windows w celu usunięcia tych współzależności, korzyści, jakie wynikają

z tych współzależności, zostałyby całkowicie utracone. Decyzja nakłada na Microsoft obowiązek stworzenia wersji całkowicie odmiennej od Windows. W konsekwencji samo późniejsze zainstalowanie funkcji multimedialnych będzie niewystarczające, ponieważ elementy, które zostałyby zmienione w celu ich uniezależnienia od powoływanych funkcji nie byłyby już później w stanie im odpowiadać.

c) W przedmiocie wyważenia interesów

358 Microsoft uznaje, że wyważenie istniejących interesów przeważa silnie na korzyść zawieszenia wykonania art. 6 lit. a) Decyzji. Microsoft twierdzi, po pierwsze, że nie jest konieczne natychmiastowe wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji, po drugie, że wykonanie Decyzji wyrządziłoby jej samej poważne szkody oraz, po trzecie, że dokonując wyważenia interesów powinno się brać pod uwagę zobowiązania Wspólnoty wynikające z umów międzynarodowych.

1) W przedmiocie braku konieczności natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji

359 Microsoft podnosi w pierwszym rzędzie, że interes Komisji w nakazaniu skutecznego naprawienia stwierdzonego nadużycia nie wymaga natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji. Nakazany środek naprawczy zmierza wyraźnie do pozbawienia Microsoft rzekomej zasadniczej przewagi konkurencyjnej funkcji multimedialnej Windows, polegającej na tym, że jest ona szeroko rozpowszechniona, ponieważ jest wbudowana w podstawowy system operacyjny dla stacji roboczych. Jednakże, zdaniem Microsoft, kilka faktów świadczy o tym, że obawa Komisji, jeśli chodzi o szerokie rozpowszechnienie funkcji multimedialnej Windows, jest nieuzasadniona.

- 360 Po pierwsze, integracja funkcji multimedialnych w Windows nie utrudnia w żaden sposób konsumentom korzystania w Windows z jednego lub kilku odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw, lecz, wręcz przeciwnie, ułatwia tworzenie tych odtwarzaczy, jako że te ostatnie są w pewnym zakresie oparte na tej funkcji.
- 361 Po drugie, dostawcy odtwarzaczy multimedialnych przedsiębiorstw trzecich mają pełną swobodę w dystrybucji swoich produktów, zwłaszcza w drodze umów z dostawcami sprzętu komputerowego lub przez zainstalowanie z Internetu.
- 362 Po trzecie, na mocy ugody amerykańskiej dostawcy odtwarzaczy multimedialnych przedsiębiorstw trzecich mają swobodę w zawieraniu umów o wyłączność z dostawcami sprzętu komputerowego, na mocy których funkcje multimedialne dostarczane w ich produktach będą jako jedyne oferowane klientom końcowym.
- 363 Po czwarte, dostawcy odtwarzaczy multimedialnych przedsiębiorstw trzecich mogą tworzyć swoje produkty w sposób, który pozwala na odczyt plików w formacie Windows Media.
- 364 Po piąte, Komisja sama podkreśliła łatwość, z jaką konsumenci są w stanie instalować odtwarzacze multimedialne na swoich komputerach. Ponadto Komisja nie przyznała jakiegokolwiek istotnej roli szerokiemu rozpowszechnieniu funkcji multimedialnych Windows w ramach analizy prawdopodobieństwa, że wskutek połączenia AOL/Time Warner, odtwarzacz multimedialny AOL stanie się bardzo szybko najbardziej popularnym odtwarzaczem multimedialnym na świecie (zob. powyżej pkt 329).

365 Następnie Microsoft podnosi, że stanowisko Komisji oraz nałożony środek naprawczy są oparte na skrajnie teoretycznym rozumowaniu, zgodnie z którym szerokie rozpowszechnienie funkcji multimedialnych Windows zmusi w przyszłości dostawców treści do odwoływania się wyłącznie do formatów Windows Media, co wykluczyłoby z rynku wszystkie odtwarzacze multimedialne innych przedsiębiorstw. Żadna przesłanka nie uzasadnia założeń Komisji, według których wszelkie opóźnienie w wykonaniu art. 6 lit. a) Decyzji spowoduje „zachwianie” rynku na korzyść Windows Media Player, który wykluczy wszelką konkurencję.

366 Stąd, po pierwsze, integracja funkcji multimedialnych w Windows nie utrudnia w żaden sposób pojawienia się odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw, jak o tym świadczy przykład iTunes. Ponadto Microsoft przedstawia dane, które pokazują, że od kwietnia 2003 r. do kwietnia 2004 r., choć wzrosło korzystanie z Windows Media Player, zarówno RealPlayer, jak i QuickTime zachowały taką samą liczbę użytkowników.

367 Po drugie, nie ma też najmniejszego dowodu na „zachwianie rynku” dostawców treści w kierunku formatów Windows Media.

368 Po trzecie, fakty zaprzeczają teorii, zgodnie z którą usunięcie kodu Windows Media Player jest konieczne, ponieważ dostawcy sprzętu nie są gotowi instalować z zasady odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw, jeżeli nie będą upoważnieni do dystrybucji Windows bez funkcji multimedialnych (motyw 851 Decyzji).

369 Po czwarte, Komisja w uwagach z dnia 21 lipca 2004 r. twierdzi po raz pierwszy, że „nawet udział w wysokości 5% dla terminali wyposażonych wyłącznie w konkurencyjny odtwarzacz multimedialny zachęci twórców oprogramowania do opracowania aplikacji także dla tych odtwarzaczy”. Ta błędna teza potwierdza, że

celem Komisji jest podział Windows i że jest ona sprzeczna z celem Komisji polegającym na zwiększeniu wyboru, jaki mają konsumenci.

370 Po piąte, Microsoft w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. podważa twierdzenie Komisji, zgodnie z którym natychmiastowe wykonanie środka naprawczego jest konieczne dla „umożliwienia konsumentom dokonania wyboru”.

371 Po szóste, Microsoft, także w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r., uznaje, że odtwarzacze multimedialne przedsiębiorstw trzecich będą nadal rozprowadzane w znacznej liczbie oraz że istotna część treści będzie nadal rozpowszechniana w formatach innych niż formaty Microsoft.

372 Po siódme, Microsoft w uwagach odnośnie do wniosków interwencyjnych dodaje, że wykonanie środka naprawczego przewidzianego w art. 6 lit. a) Decyzji w segmencie „użytkowników końcowych” oraz w grupie „dostawców sprzętu” nie będzie stanowiło rozwiązania problemów stanowiących podstawę Decyzji. W istocie, po pierwsze, trudno dostrzec korzyści, jakie mógłby uzyskać konsument końcowy z otrzymania wersji nakazanej przez art. 6 w porównaniu z wersją pełną Windows, ponieważ obydwie miałyby tę samą cenę. Po drugie, Komisja nie dokonała analizy zakresu, w jakim dostawcy sprzętu komputerowego będą dysponować możliwością zawierania umów o wyłączność dla stacji roboczych, które rozprowadzają w EOG.

2) W przedmiocie szkód wynikających z natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji

373 Microsoft uznaje, że szkody wynikające z natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji będą realne i istotne, ponieważ jej wykonanie nie pozwoli Microsoft na

utrzymanie jej wydajnego i dobrze opracowanego modelu handlowego, jak to również przedstawiła ona w swojej argumentacji odnośnie do pilnego charakteru. Ponadto Microsoft, szeroko popierana w tej kwestii przez CompTIA, ACT, Mamut i TeamSystem, DMDsecure.com i.in., oraz przez Exor, podnosi, że należałoby uwzględnić interesy producentów oprogramowania oraz twórców stron internetowych, których działalność zależy od jednolitej platformy Windows.

374 Po pierwsze, aplikacje oraz strony internetowe, które zostały stworzone przy założeniu funkcji multimedialnych Windows, przestałyby już funkcjonować prawidłowo w wersji nakazanej przez art. 6.

375 Po drugie, natychmiastowe wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji zaszkodzi aplikacjom oraz stronom internetowym znajdującym się aktualnie w fazie rozwoju i tym, które dopiero powstaną w przyszłości, ponieważ tych poważnych szkód nie będzie można usunąć w drodze zainstalowania odtwarzaczy multimedialnych przedsiębiorstw trzecich.

376 Po trzecie, Microsoft w uwagach z dnia 19 sierpnia 2004 r. stwierdza, że argumenty Komisji, zgodnie z którymi, z jednej strony, producenci oprogramowania, którzy opracowują aplikacje opierające się na funkcjach Windows, mogą „skorzystać” z „możliwości »ponownego przesłania odtwarzacza zintegrowanego z ich aplikacjami z ich strony [internetowej]«” oraz, z drugiej strony, „jest powszechne w sektorze oprogramowania, że twórcy programów opracowują aplikacje w sposób, który pozwoli im na pełną adaptację w razie ewentualnego braku odtwarzacza multimedialnego (uaktualnionego)” tak, że „koszty takiego dostosowania aplikacji [...] powinny [...] być bez znaczenia lub przynajmniej nie przekraczać poziomu przeciętnych kosztów ponoszonych, w przypadku gdy Microsoft dostarczy nową wersję (uaktualnioną) Windows”. W praktyce proces polegający na odtworzeniu funkcji multimedialnych w wersji nakazanej przez art. 6 będzie miał charakter dość złożony i kosztowny zarówno dla podmiotów trzecich, jak i dla Microsoft.

377 Po czwarte, Microsoft dodaje, że w trakcie analizy różnych interesów w niniejszej sprawie należy mieć na uwadze znaczenie przypisane interesom producentów oprogramowania oraz niedogodnościom wynikającym z podziału (fragmentacji) Windows w postępowaniu przed District Court, które spowodowało zawarcie ugody amerykańskiej.

3) W przedmiocie zobowiązań Wspólnoty na podstawie TRIPs

378 Wreszcie życzeniem Microsoft jest, aby Sąd wziął pod uwagę zobowiązania nałożone na Wspólnotę na podstawie TRIPs.

2. Argumenty Komisji oraz interwencji po jej stronie

a) W przedmiocie fumus boni iuris

379 Komisja, popierana w tej kwestii przez CCIA przed jego rezygnacją, uważa, że teza Microsoft jest oczywiście bezpodstawna i powinna być odrzucona.

380 Komisja podnosi, że jej stwierdzenia odnośnie do sprzedaży związanej opierają się na prawnych i ekonomicznych teoriach powszechnie uznawanych oraz że nadużycie dotyczące sprzedaży związanej ma cechy charakterystyczne ustalone w orzecznictwie w dziedzinie sprzedaży związanej (motywy 794 i nast. Decyzji). Microsoft nie przedstawiła żadnej korzyści z punktu widzenia jakości technicznej, której warunkiem niezbędnym byłaby „integracja” Windows Media Player w Windows (motywy od 962 do 969 Decyzji).

381 Sąd, po pierwsze, odnośnie do występowania skutku wykluczenia z rynku, Komisja nie dostrzega przede wszystkim, w jakim zakresie różnica w stosunku do niektórych poprzednich spraw wskazanych przez Microsoft stanowi poparcie jej twierdzenia, zgodnie z którym w niniejszej sprawie zastosowano jakąś nową teorię. Fakt wykazania skutku wykluczenia tam, gdzie się zakłada jego wystąpienie, nie oznacza zastosowania nowej teorii prawnej. Komisja przyznaje, że Decyzja, w przeciwieństwie do decyzji wydanych w niektórych poprzednich sprawach (wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti przeciwko Komisji, Rec. str. II-1439, utrzymany w mocy wyrokiem Trybunału z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P Hilti przeciwko Komisji, Rec. str. I-667 oraz ww. w pkt 126 wyrok w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, utrzymany w mocy wyrokiem Trybunału z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. str. I-5951), nie rozstrzyga sama w sobie co do istnienia skutku wykluczenia na rynku (motywy 841 i nast.), lecz uwzględnia szczególnie okoliczności niniejszej sprawy, tj. fakt, że odtwarzacze multimedialne mogą być przesyłane, czasami nieodpłatnie, przez Internet.

382 Jednakże dowody w tej sprawie ukazują przede wszystkim, że żaden inny producent odtwarzaczy multimedialnych nie może dorównać wszechobecności Windows Media Player, co wynika z jego połączenia z Windows oraz że ta sytuacja może pociągnąć za sobą poważne skutki dla producentów oprogramowania i treści uzupełniających. Zmniejszenie w drodze sprzedaży związanej ilości aplikacji i treści dostępnych dla odtwarzaczy multimedialnych pozostałych producentów byłoby, rozważywszy ostatecznie, ze szkodą dla konsumentów, gdyż ograniczałoby innowacyjność w odniesieniu do tych produktów, niezależnie od tego jaka byłaby tego istotna wartość. Ponadto Microsoft nie przedstawiła jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia tej praktyki.

383 Ponadto twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym stwierdzenia Komisji odnośnie do wykluczenia konkurencji opierają się na domysłach, jest błędne z punktu widzenia faktów i prawa. Motywy od 879 do 896 Decyzji dostarczają jasnego opisu wpływu sprzedaży związanej na dostawców treści oraz producentów programów niezależnych. Z Decyzji wynika, że korzystanie z Windows Media Player wzrasta, podczas gdy, zdaniem samej Microsoft, pozostałe odtwarzacze multimedialne są oceniane przez użytkowników wyżej z punktu widzenia jakości (motywy od 948 do 951). Ponadto, orzecznictwo nie zobowiązuje Komisji do wykazania, że wszystkie

konkurencyjne odtwarzacze multimedialne zostały wykluczone z rynku (wyroki Sądu z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, Rec. str. II-4071, pkt 239; z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. str. II-4653, pkt 149 i 160 oraz z dnia 17 grudnia 2003 r. w sprawie T-219/99 British Airways przeciwko Komisji, Rec. str. II-5917, pkt 293).

384 Po drugie, odnośnie do istnienia odrębnych produktów Komisja podnosi, że Trybunał i Sąd orzekły, iż istnienie niezależnych producentów specjalizujących się w produkcji produktów powiązanych oznacza już istnienie odrębnego popytu ze strony konsumentów i stąd odrębnego rynku dla produktu powiązanego. To podejście jest zresztą zgodne z orzecznictwem amerykańskim.

385 Po trzecie, argumenty Microsoft zmierzające do wykazania braku przymusu wywieranego na konsumentów zostały już odparte w Decyzji.

386 Komisja odrzuca wreszcie argumenty przytoczone przez Microsoft odnośnie do jej dwóch innych argumentów. Po pierwsze, jeśli chodzi o odniesienie Microsoft do zobowiązań ciążących na Wspólnocie na podstawie TRIPs, Komisja odsyła do swoich argumentów dotyczących środka naprawczego, o którym mowa w art. 5 lit. a) Decyzji (zob. powyżej pkt 195). Po drugie, Komisja uznaje, że środek naprawczy, o którym mowa w art. 6 lit. a) Decyzji jest proporcjonalny w zakresie, w jakim, z jednej strony, Microsoft zachowuje prawo oferowania wersji Windows wraz z Windows Media Player oraz, z drugiej strony, nawet jeśli niektórzy klienci wybraliby wersję nakazaną przez art. 6, mieliby nadal możliwość uzupełnienia tego produktu o Windows Media Player, jeśliby sobie tego życzyli.

b) W przedmiocie pilnego charakteru

387 Komisja, popierana w tej kwestii przez RealNetworks, SIIA, jak również przez CCIA przed jego rezygnacją z interwencji, uznaje, że Microsoft nie udowodniła wystąpienia poważnej i nieodwracalnej szkody, która zostałaby jej wyrządzona przez natychmiastowe wykonanie Decyzji.

c) W przedmiocie wyważenia interesów

388 Komisja uważa, że wyważenie interesów skłania do oddalenia wniosku Microsoft, w szczególności jeśli chodzi o związek z interesem publicznym w utrzymaniu przynajmniej skutecznej konkurencji. Rynek odtwarzaczy multimedialnych zbliża się do stadium, w którym mogłoby dojść do jego zachwiania. Komisja jest popierana w tej kwestii przez RealNetworks i SIIA. Komisja dodaje w tym względzie, że natychmiastowe wykonanie środka naprawczego nie spowoduje radykalnej zmiany pozycji Microsoft na rynku odtwarzaczy multimedialnych, lecz umożliwi po prostu wyrównanie konkurencji na tym rynku, a zatem zachowa status quo odnośnie do struktury tego rynku. Samo natychmiastowe wykonanie środka naprawczego mogłoby ochronić swobodę wyboru konsumentów oraz pozwoliłoby im na czerpanie korzyści z innowacji w cyfrowych usługach multimedialnych.

389 Jeśli chodzi o ryzyko wyrządzenia szkód osobom trzecim, Komisja zaprzecza argumentom opartym na roszczeniach, które mogłyby być ewentualnie podnoszone przez producentów oprogramowania, twórców stron internetowych czy też dostawców treści. Komisja zakłada również niewielkie ryzyko szkody wyrządzonej pośrednio ogólnie sektorowi informatycznemu.

B — Ocena prezesa orzekającego w przedmiocie środka tymczasowego

1. W przedmiocie fumus boni iuris

³⁹⁰ Zgodnie z art. 2 lit. b) Decyzji zarzuca się Microsoft naruszenie art. 82 WE poprzez „uzależnienie dostawy systemu operacyjnego Windows dla terminali od jednoczesnego nabycia Window[s] Media Player, w okresie od maja 1999 r. do dnia doręczenia [Decyzji]”. W celu zaradzenia tej sytuacji art. 4 Decyzji nakłada na Microsoft obowiązek zaprzestania tego naruszenia zgodnie z przepisami art. 6 Decyzji. Artykuł 6 lit. a) Decyzji nakłada na Microsoft obowiązek wprowadzenia do obrotu „w pełni funkcjonalnej wersji swojego systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającego Windows Media Player.”. Tymczasem Decyzja uściśla, że „Microsoft zachowuje prawo do oferowania swojego systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych połączonego z Windows Media Player”.

³⁹¹ Na poparcie opinii, zgodnie z którą warunek dotyczący fumus boni iuris jest spełniony, Microsoft przytacza bogatą argumentację, składającą się z pięciu części. Po pierwsze, Microsoft podnosi, że Komisja zastosowała w Decyzji teoretyczne założenie nieposiadające żadnego uzasadnienia, po drugie, że korzyści wynikające z koncepcji budowy systemu operacyjnego Windows powinny być zostać uwzględnione przez Komisję w większym stopniu, po trzecie, że Decyzja nie wykazuje naruszenia art. 82 WE, po czwarte, że Decyzja nie uwzględnia w wystarczającym stopniu zobowiązań nałożonych na Wspólnotę przez TRIPs oraz, po piątę, że środek naprawczy nałożony przez Decyzję nie jest proporcjonalny.

³⁹² Mając na uwadze argumentację przytoczoną przez Microsoft w ramach postępowania o zastosowanie środka tymczasowego, należy stwierdzić, że części czwartej i piątej tej argumentacji nie można uznać za wystarczającą dla ustanowienia fumus boni iuris.

393 Część odnosząca się do nieproporcjonalności środka naprawczego została bowiem przedstawiona przez Microsoft we wniosku w sposób nadmiernie skrótowy. Microsoft jedynie zaznaczyła w tym względzie, że „środek naprawczy nałożony przez Decyzję jest nieproporcjonalny”. Microsoft nie wyjaśnia w szczególności, w jaki sposób Sąd miałby stwierdzić ewentualną nieproporcjonalność środka nałożonego na mocy art. 6 lit. a) Decyzji. Jeśli chodzi o część dotyczącą naruszenia TRIPs, nie została ona rozwinięta w dostateczny sposób, pozwalający prezesowi na właściwe rozstrzygnięcie. Tak więc, z jednej strony, Microsoft ograniczyła się do stwierdzenia we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, że „Decyzja nie uwzględniła w wystarczający sposób zobowiązań nałożonych na Wspólnoty Europejskie przez [TRIPs]”. Z drugiej strony, odesłania do argumentacji powołanej w załączniku T.9 nie uznano za zgodne ze stosowanymi regułami dotyczącymi formy pism (zob. powyżej pkt 88).

394 Prezes uznaje natomiast, że pozostałe argumenty Microsoft podnoszą złożone kwestie, które Sąd powinien rozstrzygnąć w postępowaniu głównym, oraz że nie można uznać tych argumentów w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego za oczywiście pozbawione podstaw.

395 Sprawa ta, po pierwsze, podnosi złożoną kwestię dotyczącą pierwszej części argumentacji Microsoft, opartej zasadniczo na niezgodnym z prawem zastosowaniu przez Komisję nowej teorii dotyczącej sprzedaży związanej.

396 Za pomocą tej argumentacji Microsoft zarzuca zasadniczo Komisji stwierdzenie, że rynek odtwarzaczy multimedialnych miał „się skłaniać” na jej korzyść, bez podjęcia próby pogodzenia tej teorii z rzeczywistością rynku. Microsoft powołuje w szczególności fakt, z jednej strony, że użytkownikom stacji roboczych funkcjonujących z Windows łatwo jest zastosować różne odtwarzacze multimedialne wykorzystujące różne formaty oraz, z drugiej strony, że dostawcy treści stosują różne formaty. Decyzja opiera się w tym względzie na zwykłych przypuszczeniach.

397

Komisja w Decyzji, w celu stwierdzenia, że sprzedaż Windows Media Player razem z Windows stanowi zabronioną przez art. 82 WE sprzedaż wiążaną, po pierwsze, stwierdziła, że Microsoft ma pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (pkt 799), czemu Microsoft nie zaprzecza. Po drugie, Komisja uznała, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające stały odczyt treści oraz systemy operacyjne dla stacji roboczych stanowią oddzielne produkty (motywy od 800 do 825). Po trzecie, Komisja uznała, że Microsoft nie umożliwiła swoim klientom nabycia Windows bez Windows Media Player (motywy od 826 do 834). Po czwarte, Komisja zbadała występowanie skutków wykluczenia z rynku. W tym względzie z motywu 841 Decyzji wynika, że Komisja odpowiedziała na argumenty Microsoft, zgodnie z którymi praktyka wykazana przez Komisję nie miała takich skutków w ten sposób: „Istnieją rzeczywiście okoliczności, które uzasadniają, jeśli chodzi o sprzedaż wiążaną odtwarzacza [Windows Media Player], bardziej uważną analizę wpływu, jaki praktyka ta ma na konkurencję. Podczas gdy w klasycznych przypadkach sprzedaży wiązanych Komisja i sąd wspólnotowy uznają, że sprzedaż obejmująca odrębny produkt i produkt dominujący jest wskazówką występowania skutku wykluczenia, jaki wywoływała ta praktyka na konkurencyjnych sprzedawców, nie można zaprzeczyć, że w niniejszej sprawie użytkownicy mogli się zaopatrzyć — co czynią zresztą — w inne odtwarzacze multimedialne przez Internet, czasami nieodpłatnie. Istnieją zatem solidne powody dla nieprzyjęcia, bez dodatkowej analizy, że sprzedaż wiążana odtwarzacza Windows Media Player stanowi postępowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję”. W konsekwencji, mając na uwadze cechy charakterystyczne przedmiotowego rynku, Komisja uznała szczególnie charakter niniejszej sprawy z punktu widzenia jej wcześniejszej praktyki oraz tego, co, jej zdaniem, odzwierciedla zasady rozwinięte przez orzecznictwo wspólnotowe w dziedzinie sprzedaży wiązanej.

398

Z tego względu argumentacja Microsoft może wywołać jedną lub kilka zasadniczych kwestii, które mogą podważyć zgodność z prawem analizy Komisji. Z utrwalonego orzecznictwa wynika w tym względzie, że pojęcie wykorzystania o charakterze nadużycia jest pojęciem obiektywnym, które oznacza postępowanie przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą, mogącego wywrzeć wpływ na strukturę rynku, na którym, z uwagi właśnie na obecność przedmiotowego przedsiębiorstwa, poziom konkurencji jest już osłabiony oraz które stanowi przeszkodę, przez zastosowanie reguł innych niż rządzące zwykłą konkurencją towarów lub usług na podstawie transakcji podmiotów gospodarczych, w utrzymaniu jeszcze istniejącego na rynku poziomu konkurencji lub we wzmocnieniu tej konkurencji (wyrok Trybunału z dnia

13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. str. 461, pkt 91; wyrok Sądu z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar przeciwko Komisji, Rec. str. II-2969, pkt 111).

399 W niniejszej sprawie Komisja ponadto uznała, że skutek antykonkurencyjny sprzedaży związanej wynika z „pośrednich skutków sieci”. Skutki te polegają na fakcie, że obecność Windows Media Player we wszystkich systemach operacyjnych rozprowadzanych przez Windows zachęca dostawców treści oraz producentów aplikacji do tworzenia ich produktów na bazie Windows Media Player (motyw 842). W celu ich wykazania Komisja oparła się w znacznej części na obecnych i przeszłych okolicznościach faktycznych dotyczących bodźców dostawców treści oraz producentów aplikacji (motywy od 879 do 896). Niemniej, jak wynika w szczególności z motywów 842 oraz 984 Decyzji, okoliczności te wspierają analizę przynajmniej częściowo przyszłościową co do ryzyka dla konkurencji wynikającego z sankcjonowanej praktyki.

400 Wprawdzie, jak również odnotowuje to Komisja, w celu ustalenia naruszenia art. 82 WE wystarczy wykazać, że postępowanie o charakterze nadużycia przedsiębiorstwa mającego pozycję dominującą zmierza do ograniczenia konkurencji lub, innymi słowy, że postępowanie może mieć taki skutek (ww. w pkt 383 wyroki w sprawach Michelin przeciwko Komisji, pkt 239 oraz British Airways przeciwko Komisji, pkt 293). Niniejsza sprawa wywołuje niemniej złożoną kwestię, czy Komisja może, i jeśli tak, to w jakich warunkach, oprzeć się na prawdopodobnym „wahaniu się” rynku w celu nałożenia sankcji na sprzedaż związaną praktykowaną przez dominujące przedsiębiorstwo, jeżeli, w danym przypadku, to postępowanie nie ma charakteru ograniczającego konkurencję.

401 Po drugie, istotna kwestia powstaje w ramach analizy argumentacji Microsoft, zgodnie z którą Komisja powinna była przyłożyć większą wagę do pozytywnych skutków „koncepcji budowy” systemu operacyjnego Windows. Ta argumentacja mogłaby w istocie doprowadzić Sąd w ramach sprawy głównej do zbadania warunków, w których istnienie obiektywnego uzasadnienia może pozwolić na

wniosek, że praktyka sprzedaży związanej mająca skutki antykonkurencyjne nie jest zakazana przez art. 82 WE. Rozstrzygnięcie tej delikatnej kwestii uzasadnia wstępną analizę, czy ewentualne pozytywne skutki związane ze wzrastającą standaryzacją niektórych produktów mogą stanowić obiektywne uzasadnienie albo czy, jak utrzymuje Komisja, pozytywne skutki standaryzacji można przyjąć wyłącznie, kiedy wynikają z działań w ramach konkurencji lub decyzji instytucji normalizacyjnych.

402 Po trzecie, poza zasadniczymi kwestiami, które podnosi analiza tych dwóch części argumentacji, Microsoft zaprzecza przesłankom faktycznym, na których oparta jest analiza Komisji. W szczególności twierdzi ona w pierwszej części swojej argumentacji, że analizę Komisji dotyczącą występowania „pośrednich skutków sieci” podważa fakt, iż dostawcy treści nadal korzystają z różnych formatów. Należy stwierdzić w tym względzie, że Komisja nie zaprzeczyła, że tak jest w tym przypadku, przynajmniej w pewnym zakresie. Ponadto to do Sądu w ramach sprawy głównej należy orzeczenie odnośnie do tych kwestii faktycznych oraz konsekwencji, które należą z tego wyciągnąć, w danym przypadku, odnośnie do ważności analizy Komisji.

403 Po czwarte, argumentacja Microsoft, zgodnie z którą „Windows i jego funkcje multimedialne” nie stanowią dwóch oddzielnych produktów dla celów stosowania art. 82 WE w zakresie sprzedaży związanej, nie powinna zostać wstępnie uznana, w ramach postępowania o zastosowanie środka tymczasowego, za pozbawioną podstaw, mając zwłaszcza na uwadze fakt, że Microsoft i inni producenci włączają od wielu lat do swoich systemów operacyjnych dla stacji roboczych niektóre funkcje multimedialne.

404 Trzy pierwsze części argumentacji Microsoft podnoszą zatem kilka istotnych kwestii, zwłaszcza wobec złożonych ocen ekonomicznych, jakie za sobą owe kwestie pociągają, tak co do faktów, jak co do prawa. Prezes uznaje, że argumenty Microsoft

nie powinny być uznane w ramach postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego za oczywiście bezpodstawne, tak więc warunek odnośnie do *fumus boni iuris* jest spełniony.

2. W przedmiocie pilnego charakteru

405 Microsoft twierdzi, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji naruszy w sposób nieodwracalny wartość platformy Windows, co wyrządziłoby jej dwa rodzaje poważnych i nieodwracalnych szkód. Te dwie szkody powinny zostać poddane oddzielnej ocenie.

a) W przedmiocie twierdzenia o naruszeniu „pierwotnej koncepcji budowy” systemu operacyjnego Windows

406 Artykuł 6 lit. a) Decyzji nakłada na Microsoft obowiązek opracowania i wprowadzenia na rynek produktu, którego aktualnie nie sprzedaje, oraz który określa ona jako niezgodny z podstawowym elementem jej polityki handlowej. Precyzyjniej, Microsoft twierdzi, że art. 6 lit. a) Decyzji powoduje naruszenie „pierwotnej koncepcji budowy” systemu operacyjnego Windows. Microsoft w istocie odwołuje się w ten sposób do naruszenia jej swobody gospodarczej.

407 W tym względzie z akt sprawy Microsoft wynika, iż od wielu lat wprowadza ona na rynek system operacyjny, który, jej zdaniem, oferuje swoim użytkownikom wspólne, stale rozszerzające się funkcje, zawierające od 1992 r. pewne funkcje multimedialne. Ponadto z akt sprawy wystarczająco wyraźnie wynika, że Microsoft stara się, aby

ostatnio wprowadzana na rynek wersja jego systemu operacyjnego Windows przeznaczonego do użytku ogólnego, przynajmniej w sposób ogólny pozwalała na funkcjonowanie aplikacji opracowanych dla jej wersji wcześniejszych.

408 Należy zatem podkreślić, że wykonanie Decyzji nałożyłoby na Microsoft wymóg wprowadzenia na rynek systemu operacyjnego nieposiadającego pewnych funkcji multimedialnych, które, jej zdaniem, stanowią jego integralną część. Decyzja stanowi uszczerbek dla swobody gospodarczej Microsoft. Poza tym, niektóre aplikacje opracowane tak, aby mogły funkcjonować dla pakietu Windows i Windows Media Player mogłyby nie funkcjonować w sposób zadowalający w wersji nakazanej przez art. 6, przynajmniej biorąc pod uwagę fakt, iż ta ostatnia miałaby zostać w ogóle pozbawiona odtwarzacza multimedialnego.

409 W tym względzie prezes przypomina, że zważywszy na zasadę swobody wykonywania działalności zawodowej, która według utrwalonego orzecznictwa Trybunału (wyroki Trybunału z dnia 13 grudnia 1979 r. w sprawie 44/79 Hauer, Rec. str. 3727, pkt 31-33 oraz z dnia 9 września 2004 r. w sprawach połączonych C-184/02 i C-223/02 Hiszpania i Finlandia przeciwko Parlamentowi i Radzie, Zb.Orz. str. I-7789, pkt 51) stanowi część ogólnych zasad prawa wspólnotowego, przedsiębiorstwa działające na obszarze Wspólnoty mają w zasadzie swobodę wyboru polityki handlowej, którą uznają za właściwą. Oznacza to w szczególności, że swobodny wybór charakteru i właściwości produktów, które zamierzają wprowadzić na rynek, należy w zasadzie do każdego przedsiębiorstwa. Nie można jednak uznać dla celów wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, że naruszenie polityki handlowej przedsiębiorstwa stanowi dla niego zawsze poważną i nieodwracalną szkodę. Stąd ewentualny poważny i nieodwracalny charakter naruszenia swobody gospodarczej przedsiębiorstwa powinno się oceniać, mając na uwadze okoliczności każdej sprawy (zob. powyżej pkt 292).

410 Ponadto w okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, że naruszenia swobody gospodarczej Microsoft, rozważanego jako takie oraz niezależnie od jego konkretnego wpływu na rynek, nie można uznać za nieodwracalne. Nie bierze się

pod uwagę konsekwencji, jakie Decyzja mogłaby spowodować na rynku przed ewentualnym stwierdzeniem jej nieważności, gdyż nie wydaje się, by w sytuacji, w której Microsoft wygrałaby sprawę główną, nie miała ona możliwości ponownego zastosowania swej „koncepcji pierwotnej budowy” do wszystkich jej produktów, które będzie wprowadzać do obrotu po stwierdzeniu nieważności. W konsekwencji w takim przypadku, nawet przy założeniu, że Microsoft wykazała, iż samo naruszenie jej wolności handlowej stanowi poważną szkodę, nie wydaje się ona nieodwracalna.

411 Niemniej należy zbadać, czy naruszenie swobody gospodarczej Microsoft może spowodować, mając na uwadze jego konkretne konsekwencje na rynku w okresie do momentu wydania orzeczenia co do istoty sprawy, poważną i nieodwracalną szkodę dla tego przedsiębiorstwa. Należy uwzględnić w tym względzie konsekwencje, które mogą wyniknąć dla Microsoft, po pierwsze, z koncepcji wersji nakazanej przez art. 6, po drugie, z wprowadzenia na rynek tej wersji oraz, po trzecie, z możliwości, iż zostanie ona zakupiona przez klientów Microsoft.

412 Po pierwsze, Microsoft utrzymywała w trakcie posiedzenia, że nawet w przypadku gdyby wersja nakazana przez art. 6 nie została zakupiona w znaczących ilościach, naruszona zostałaby jej „koncepcja”, zwłaszcza wobec „jałowego działania”, jakie stanowiłaby koncepcja wersji nakazanej przez art. 6.

413 W zakresie, w jakim Microsoft odwołuje się do konieczności opracowania wersji nakazanej przez art. 6, spółka nie przedstawiła dostatecznych szczegółów odnośnie do utrudnień wynikających z tego obowiązku. Ponadto należy zauważyć, że szkoda poniesiona z tego tytułu przez Microsoft wyrażałaby się w kosztach rozwoju. Wobec braku zaś dowodu przeciwnego taka szkoda stanowi szkodę o charakterze finansowym, która, poza wyjątkowymi okolicznościami, które nie wystąpiły w niniejszej sprawie, nie stanowi nieodwracalnej szkody (postanowienie Prezesa

Trybunału z dnia 18 października 1991 r. w sprawie C-213/91 R Abertal i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-5109, pkt 24; postanowienie Prezesa Sądu z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie T-53/01 R Poste Italiane przeciwko Komisji, Rec. str. II-1479, pkt 119).

- 414 Po drugie, jeżeli argumentację Microsoft należy rozumieć w ten sposób, że spółka poniosłaby szkodę z uwagi na samo istnienie obowiązku wprowadzenia na rynek wersji nakazanej przez art. 6 i to niezależnie od rzeczywistej wielkości zakupu tej wersji, Microsoft nie dostarczyła dostatecznych szczegółów odnośnie do rodzaju, wagi i nieodwracalnego charakteru rzekomych trudności. Jeżeli argumentację Microsoft należy rozumieć w ten sposób, że zostanie naruszona reputacja spółki, zostanie to poddane analizie razem z drugim rodzajem powołanej przez nią szkody (zob. poniżej pkt 442–475).
- 415 Na posiedzeniu Microsoft dodała niemniej, że nawet w sytuacji, w której nie będzie popytu na wersję nakazaną przez art. 6, będzie z tego wynikała niepewność dla osób trzecich, zwłaszcza dla dostawców treści. W istocie ci ostatni nie będą mieli wiedzy odnośnie do liczby zakupionych wersji nakazanych przez art. 6. Zdaniem Microsoft, spowodowałoby to spadek atrakcyjności Windows.
- 416 Należy w tym względzie przypomnieć, że pilny charakter wniosku o zastosowanie środka tymczasowego powinno się oceniać w odniesieniu do konieczności orzeczenia tymczasowego w celu uniknięcia poważnej i nieodwracalnej szkody wyrządzonej stronie wnioskującej o zastosowanie środka tymczasowego (zob. orzecznictwo ww. w pkt 240). W konsekwencji, ponieważ niepewność podniesiona przez Microsoft może wyrządzić szkodę osobom trzecim, nie może być brana pod uwagę ze względu na pilny charakter (zob. podobnie postanowienie Prezesa Trybunału z dnia 6 maja 1988 r. w sprawie 112/88 R Unia producentów cytronu z Krety przeciwko Komisji, Rec. str. 2597, pkt 20). Należy natomiast dokonać analizy argumentów Microsoft, według których wywołana u osób trzecich niepewność spowodowałaby spadek atrakcyjności jej platformy.

417 Przede wszystkim Microsoft nie dostarcza ani szczegółów, ani dowodów pozwalających na ocenę dokładnego rodzaju, istnienia, wagi oraz nieodwracalnego charakteru spadku atrakcyjności Windows, która byłaby spowodowana tą ewentualną niepewnością. Przy założeniu w szczególności, że powołany przez Microsoft spadek atrakcyjności oznacza, iż niektóre osoby trzecie zależne od „stabilności Windows” mogłyby zdecydować, z powodu wprowadzenia do obrotu wersji nakazanej przez art. 6, o zaprzestaniu tworzenia produktów dla tej platformy, Microsoft nie dostarcza dostatecznych dowodów dla wykazania, że taki wybór mógłby zostać dokonany przez te podmioty w znaczących proporcjach.

418 Prezes podnosi w tej kwestii ponadto, że żaden z interwenientów po stronie Microsoft nie twierdził, iż z uwagi na wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji mogłyby ona zaprzestać tworzenia produktów dla platformy Windows. W istocie podmioty te wskazały, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji stwarza ryzyko wyrządzenia im szkody, zwłaszcza o ile doprowadzi ich ono do konieczności wyboru dostosowania się lub nie do powstałej na rynku niepewności. Z jednej strony, ewentualność dokonania przez nich wyboru, że nie będą dostosowywać ich produktów do wersji nakazanej przez art. 6 pozostaje w tym stadium bardzo hipotetyczna. Z drugiej strony, nawet przy założeniu wystarczającego udowodnienia prawdopodobieństwa, że podmioty te nie dostosują swoich produktów do wersji nakazanej przez art. 6, jak podkreśla Komisja, nie świadczyłyby to, że z tego powodu zaniechają tworzyć produkty dla wersji Windows zawierającej Windows Media Player. Faktycznie żaden z interwenientów po stronie Microsoft nie twierdził, że mógłby zostać nakłoniony z powodu Decyzji do tworzenia produktów dla innego systemu operacyjnego. Nie zostało zatem wykazane, że „spadek atrakcyjności” Windows mógłby być w praktyce znaczący dla Microsoft, nawet wobec samych interwenientów.

419 Wreszcie Microsoft nie wykazała konkretnie w jakimkolwiek momencie, że niepewność dotycząca jednolitości platformy Windows spowoduje spadek atrakcyjności wśród konsumentów końcowych lub jej klientów.

- 420 Po trzecie, należy zbadać konsekwencje wynikające dla Microsoft z możliwości, że wersja nakazana przez art. 6 zostanie zakupiona w znaczących ilościach.
- 421 Tytułem wstępu należy stwierdzić w tym względzie, że środek naprawczy, o którym mowa w art. 4 i 6 lit. a) Decyzji, zmierza do położenia kresu naruszeniu stwierdzonemu przez Komisję oraz nie przesądza przyszłych zmian na rynku. Środek naprawczy, jak odnotowała to na posiedzeniu Komisja, nie wyklucza możliwości, że Windows Media Player, mając na uwadze jego własne zalety oraz w drodze konkurencji, która, zdaniem Komisji, zostanie odtworzona, będzie nadal w praktyce kupowany wraz z systemem operacyjnym Microsoft.
- 422 Microsoft ze swojej strony wyraża ponadto poważne wątpliwości co do prawdopodobieństwa sprzedaży wersji nakazanej przez art. 6 w znaczących ilościach.
- 423 W tym względzie z motywu 69 i 70 Decyzji wynika, że systemy operacyjne dla stacji roboczych są wprowadzane do obrotu w dwóch kanałach dystrybucyjnych, to znaczy, z jednej strony, dystrybucja do konsumentów końcowych, a z drugiej, do dostawców sprzętu komputerowego, którzy składają stacje robocze oraz z reguły instalują tam system operacyjny.
- 424 Tymczasem Microsoft w swoich uwagach dotyczących pism interwencyjnych wskazała, że jeśli chodzi o dystrybucję do użytkowników końcowych, to „trudne są do zauważenia korzyści, jakie klient tej formy dystrybucji mógłby czerpać z otrzymania wersji [nakazanej przez art. 6] w stosunku do wersji pełnej Windows, ponieważ obydwie byłyby oferowane za tę samą cenę”. W tych samych uwagach Microsoft precyzuje, że „trudno jest [...] sobie wyobrazić, jak rozsądny konsument mógłby zdecydować się na taką wersję”.

425 Jeśli chodzi zaś o dostawców sprzętu komputerowego, Microsoft wskazuje, że „można sobie doskonale wyobrazić, iż sprzedawca odtwarzacza multimedialnego innego producenta zmierza do zachęcenia dostawcy sprzętu komputerowego, w zamian za zapłatę, do wzięcia w licencję wersji [nakazanej przez art. 6] oraz do powiązania jej w sposób wyłączny z odtwarzaczem multimedialnym tego sprzedawcy”. Microsoft jednakże zarzuca Komisji brak zbadania zakresu, w jakim dostawcy sprzętu byłiby gotowi do zawierania takich umów. Dodaje ona, że „fakt, iż dostawcy sprzętu instalują aktualnie kilka odtwarzaczy multimedialnych oraz iż żaden sprzedawca odtwarzaczy multimedialnych nie wydaje się wynagradzać dostawców sprzętu w celu zablokowania wszelkiego dostępu do Windows Media Player [...] sugeruje, że sprzedawcy odtwarzaczy multimedialnych nie są dostatecznie zainteresowani zawarciem odpłatnych umów wyłączności w celu przekonania dostawców sprzętu do wyboru wersji [nakazanej przez art. 6]. Co więcej, na posiedzeniu, nawet jeśli Microsoft nadal rozważała możliwość zawarcia przez jej konkurentów umów o wyłączność z dostawcami sprzętu, wycofała ona swoje wątpliwości co do potencjalnie istotnego charakteru sprzedaży wersji nakazanej przez art. 6.

426 Należy zatem stwierdzić, że Microsoft poważnie wątpi, że wersja nakazana przez art. 6 mogłaby zostać sprzedana w znaczących ilościach.

427 Otóż z utrwałonego orzecznictwa wynika, że to do strony wnioskującej o zastosowanie środka tymczasowego należy udowodnienie, iż nie może ona czekać do zakończenia postępowania głównego bez poniesienia poważnej i nieodwracalnej szkody (zob. ww. orzecznictwo w pkt 240). W tym kontekście wystarczy, zwłaszcza kiedy wystąpienie szkody zależy od wystąpienia szeregu czynników, że szkoda jest przewidywalna z dostatecznym stopniem prawdopodobieństwa (ww. w pkt 241 postanowienie w sprawie Niemcy przeciwko Radzie, pkt 22 i 34 oraz postanowienie w sprawie HFB i in. przeciwko Komisji, pkt 67). Skarżący pozostaje tymczasem zobowiązany do udowodnienia faktów stanowiących podstawę prawdopodobieństwa takiej poważnej i nieodwracalnej szkody (ww. w pkt 241 postanowienie w sprawie HFB i in. przeciwko Komisji, pkt 67).

- 428 W niniejszej sprawie, wobec nieprzedstawienia przez Microsoft dowodów pozwalających na odmienne postępowanie, do prezesa nie należy przesądzanie skutku, jaki wyrze na rynek środek naprawczy nakazany przez art. 6 lit. a) Decyzji. Trzeba zatem stwierdzić, że, jak sama Microsoft wydaje się z tym zgadzać, możliwość osiągnięcia wysokiego poziomu sprzedaży wersji nakazanej przez art. 6 pozostaje, w tym stadium i na podstawie dowodów, jakimi dysponuje prezes, bardzo hipotetyczna.
- 429 Założenie, na którym opiera się w tym przypadku szkoda podnoszona przez Microsoft, nie powinno zostać uznane za wykazane.
- 430 W każdym razie, nawet przy założeniu, że Microsoft wykazałaby w sposób wystarczający prawdopodobieństwo, że wersja nakazana przez art. 6 zostanie sprzedana w znaczących ilościach, należy zaznaczyć, iż, jak twierdzi Komisja, Microsoft nie powołuje w niniejszej sprawie nieodwracalnych zmian na rynku, jaka wynikałaby z tych sprzedaży. Microsoft miałaby bowiem, w razie stwierdzenia nieważności Decyzji, możliwość ponownego wprowadzenia do obrotu wersji Windows wraz z Windows Media Player, a zatem ponownego zastosowania i w sposób wyłączny tego, co określa jako „koncepcję pierwotną budowy” systemu operacyjnego Windows. Nie wykazano, że występowałyby przeszkody mogące utrudnić Microsoft odzyskanie pozycji zajmowanej na rynku przez spółkę przed wykonaniem środka naprawczego.
- 431 Wbrew tym czynnikom Microsoft twierdzi, że poniosłaby poważną i nieodwracalną szkodę z dwóch powodów.
- 432 Po pierwsze, zdaniem Microsoft, „korzyści wynikające z ujednoczenia platformy Windows znikną w sposób nieodwracalny”. Microsoft dodaje, że wyrządzona szkoda nie zostanie naprawiona przez stwierdzenie nieważności Decyzji, ponieważ „inżynierowie Microsoft będą musieli wyjść z założenia, że przynajmniej niektóre

kopie Windows dystrybuowane w EOG będą pozbawione funkcji multimedialnej”, co zmuszałoby ich do „uwzględnienia istnienia dwóch wersji w okresie kilku lat”.

433 Tymczasem Microsoft nie precyzuje dostatecznie, w jaki sposób obowiązek ciążyący na jej inżynierach naruszałby i uniemożliwiał powrót do „koncepcji pierwotnej budowy” w następstwie ewentualnego stwierdzenia nieważności Decyzji. Microsoft nie wyjaśnia zatem, po pierwsze, co miałyby jej utrudniać, po ewentualnym stwierdzeniu nieważności Decyzji, ponowną wyłączną dystrybucję wersji Windows wraz z Windows Media Player.

434 Microsoft wydaje się następnie uważać, że podniesiona przez nią szkoda nie będzie nieograniczona w czasie, ponieważ, jej zdaniem, dałaby się stwierdzić „w okresie kilku lat”.

435 Ponadto Microsoft nie dostarcza dowodów pozwalających na wystarczającą ocenę wagi szkody wynikającej z dodatkowych wysiłków, jakie musieliby włożyć twórcy w celu uwzględnienia istnienia dwóch wersji. Wobec braku szczegółów w tym względzie istnieją przesłanki ku temu, by sądzić, że wysiłki te przejawiałyby się w dodatkowych kosztach i w konsekwencji w szkodzie finansowej, która, z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności, jakie nie występują w niniejszym przypadku, nie stanowi nieodwracalnej szkody (ww. w pkt 413 postanowienia w sprawie Abertal i in. przeciwko Komisji, pkt 24 oraz w sprawie Poste Italiane przeciwko Komisji, pkt 119).

436 Wreszcie Microsoft nie wykazuje także, w jakim zakresie nie byłoby już dla niej możliwe lub przynajmniej nieodwracalnie i poważnie szkodliwe, w przypadku stwierdzenia nieważności art. 4 i 6 lit. a) Decyzji, nieuwzględnienie istnienia wprowadzonych już do obrotu kopii wersji nakazanej przez art. 6.

- 437 Pierwsza szkoda powołana przez Microsoft nie powinna zatem uzasadniać perspektywy poważnej i nieodwracalnej szkody.
- 438 Po drugie, Microsoft twierdzi, że „podmioty trzecie, które są zależne od stabilności i jednolitości platformy Windows” powinny także uwzględnić istnienie dwóch wersji w okresie kilku lat, „co spowodowałoby wzrost ich kosztów i zredukowało atrakcyjność Windows, w sposób trwały”.
- 439 Należy w tym względzie powtórzyć, w tym kontekście, uwagi poczynione powyżej w pkt 421–428. Nie wykazano, że w praktyce istnieje dostatecznie poważne ryzyko, nawet w przypadku, w którym wersja nakazana przez art. 6 zostałaby sprzedana z znacznych ilościach, że podmioty tworzące aktualnie produkty dla Windows zaprzestałyby podobnej działalności lub że konsumenci, klienci i inne podmioty, które Microsoft uważa za zależne od stabilności Windows mogłyby ograniczyć swoje zakupy lub korzystanie z tego produktu.
- 440 Wreszcie, odnośnie do dwóch rodzajów szkód powołanych przez Microsoft, poza stwierdzeniem dokonany powyżej w pkt 430, prezes uznaje, że Komisja przedstawiła przekonujące dowody pozwalające wykazać, że Microsoft po ewentualnym stwierdzeniu nieważności Decyzji miałaby możliwość używania niektórych mechanizmów, zwłaszcza uaktualnienia jej systemu operacyjnego w celu dystrybucji Windows Media Player i w konsekwencji do odtworzenia przynajmniej w bardzo szerokim zakresie połączenia Windows Media Player oraz jej systemu operacyjnego. Microsoft i interwenienci po jej stronie nie zaprzeczyli tym twierdzeniom w sposób dostatecznie skuteczny, tak aby wykluczyć silne prawdopodobieństwo, że Microsoft może rozpowszechnić Windows Media Player w proporcjach całkowicie wystarczających dla uniknięcia powoływanej przez nią poważnej szkody.

441 Należy zatem dojść do wniosku, iż Microsoft nie wykazała, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji wyrządzi jej poważną i nieodwracalną szkodę z uwagi na fakt naruszenia jej „koncepcji pierwotnej budowy” lub, bardziej ogólnie, z powodu naruszenia jej swobody gospodarczej.

b) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia dobrego imienia Microsoft

442 Microsoft twierdzi, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji naruszy jej dobre imię jako „producenta programów komputerowych wysokiej jakości” w szczególności z powodu zakłóceń w funkcjonowaniu, które, zdaniem Microsoft, wystąpią w wersji nakazanej przez art. 6.

443 W niniejszej sprawie szkoda podnoszona przez Microsoft opiera się w znacznej mierze na założeniu, zgodnie z którym wersja Windows nakazana przez art. 6 naruszy funkcjonowanie, z jednej strony, aplikacji i stron internetowych, odwołując się do niektórych funkcji Windows Media Player oraz, z drugiej strony, niektórych elementów samego systemu operacyjnego Windows.

444 Należy zatem, po pierwsze, dokonać oceny, w jakim zakresie problemy powołane przez Microsoft są realne, a jeżeli tak, to czy można im łatwo zapobiec.

445 W tym względzie należy przede wszystkim stwierdzić, że w odpowiedzi na pytania prezesa Komisja wskazała, iż, jej zdaniem, produkt posiadający cechy wspomniane przez Microsoft — tzn. produkt, który nie umożliwiłby systemowi operacyjnemu

odwoływanie się do funkcji określonych przez Microsoft jako wadliwe — stanowiłyby wersję Windows „całkowicie funkcjonalną” w rozumieniu art. 6 lit. a) Decyzji, pod warunkiem że funkcje te są tymi, które zwykle oferuje Windows Media Player.

- 446 Następnie należy oddzielnie zbadać, z jednej strony, problemy, które według Microsoft naruszałoby funkcjonowanie systemu operacyjnego Windows oraz, z drugiej strony, te, które według Microsoft naruszałoby funkcjonowanie pewnych aplikacji i niektórych stron internetowych.
- 447 Odnośnie do problemów, które według Microsoft naruszałoby funkcjonowanie systemu operacyjnego Windows, RealNetworks wykonała i przedstawiła serię testów w celu wykazania, że można je rozwiązać przez instalację odtwarzacza multimedialnego innych przedsiębiorstw. Microsoft nie kwestionuje, że tak będzie w przypadku szeregu powołanych problemów, lecz niemniej twierdzi, że problemy nierozwiązane pozostaną i że zakres, w jakim można by temu zapobiec zależy od zainstalowanego odtwarzacza multimedialnego.
- 448 Wobec dowodów przedstawionych przez strony, prezes uznaje, że nie wykazano, iż odtwarzacze multimedialne innych przedsiębiorstw mogłyby zagwarantować w każdych okolicznościach całkowite zastąpienie funkcji określonych przez Microsoft. Zastąpienie tych ostatnich zależy w istocie ściśle od możliwości technicznych zainstalowanego odtwarzacza multimedialnego. Instalacja natomiast takiego odtwarzacza multimedialnego mogłaby umożliwić zastąpienie w miarę szerokim zakresie tych funkcji.
- 449 Odnośnie, z drugiej strony, problemów dotyczących wykorzystania niektórych aplikacji oraz niektórych stron internetowych, wobec dowodów dostarczonych przez interwenientów po stronie Komisji należy także zaznaczyć, że przedmiotowe funkcje mogą zostać zastąpione w szerokim zakresie przez zainstalowanie odtwarzacza

multimedialnego innego przedsiębiorstwa. Ponadto twórcy stron internetowych i aplikacji, które opierają się aktualnie na Windows Media Player powinni być silnie zachęceni, nawet jeśli mogłoby to pociągnąć za sobą koszty, do nakłonienia użytkowników do zainstalowania tego programu z internetu lub do jego rozprowadzania dzięki licencjom zwykle przyznawanym w tym celu przez Microsoft.

450 Tak więc elementy wymienione w trzech poprzedzających punktach zmniejszają zasadniczo prawdopodobieństwo, że problemy powołane przez Microsoft mogłyby być stwierdzone przez konsumentów końcowych.

451 Microsoft, w uwagach odnośnie do wniosków interwencyjnych oraz na posiedzeniu stwierdziła, że podnoszone problemy można było rozwiązać w testach RealNetworks jedynie dzięki zainstalowaniu niektórych kodów Windows Media Player. Komisja i RealNetworks formalnie nie zaprzeczyli temu elementowi odnośnie do problemów dotyczących funkcjonowania niektórych aplikacji i stron internetowych. RealNetworks niemniej uściśliła, że instalacja tych kodów została dokonana przez same aplikacje lub, odnośnie do stron internetowych, za pomocą mechanizmu zapisywania dostępnego na tych stronach. Strony są zatem w części zgodne z argumentacją Microsoft. Niemniej pozostaje ona w każdym razie bez wpływu na ocenę pilnego charakteru zarządzenia wnioskowanego zawieszenia wykonania. W niniejszej sprawie jest bowiem nieistotne, że niektóre problemy podnoszone przez Microsoft mogą być naprawione jedynie dzięki instalacji, poprzez przedmiotowe aplikacje lub za pomocą strony internetowej, pewnych kodów Windows Media Player, a nawet w razie konieczności wszystkich kodów Windows Media Player, jeśli ta instalacja może rozwiązać wystarczającą część problemów podnoszonych przez Microsoft.

452 Również bez znaczenia jest argumentacja Microsoft, zgodnie z którą ponowna instalacja niektórych kodów Windows Media Player spowodowałaby problemy bezpieczeństwa lub stabilności wersji nakazanej przez art. 6. Microsoft nie

przedstawiła bowiem dowodów pozwalających na wykazanie, że ewentualna instalacja dawnych kodów Windows Media Player mogłaby spowodować niestabilność systemu operacyjnego Windows lub że mogłyby zostać stwierdzone problemy tego samego typu. Wreszcie, o ile Microsoft rozumie przez to, że dodanie oddzielnych kodów do różnych kopii wersji nakazanych przez art. 6 podważy jednolity charakter jej platformy, o tyle nic nie dodaje do argumentacji dotyczącej naruszenia jej „koncepcji pierwotnej budowy”, która została już odrzucona (zob. powyżej pkt 406–441).

453 Nie wykazano więc, że nie można by uniknąć, przynajmniej w znacznym zakresie, problemów powołanych przez Microsoft.

454 Po drugie oraz w każdym razie, o ile niektóre problemy utrzymywane przez Microsoft pozostają, trzeba stwierdzić, że nie przedstawiła ona przesowi dowodów pozwalających wykazać w sposób prawnie dostateczny, że konsumenci końcowi lub, bardziej ogólnie, jej klienci kojarzyliby ewentualny brak lub złe funkcjonowanie tych funkcji raczej z nieprzewidzianymi usterkami produktu Microsoft niż z normalnymi konsekwencjami braku odtwarzacza multimedialnego, a konkretnie Windows Media Player. W istocie, nawet przy założeniu, że całość wspomnianych przez Microsoft problemów występuje i nie można ich uniknąć, Microsoft nie udowodniła, że nie ma możliwości lub jest jej zakazane przez Decyzję ostrzeżenie klientów o obiektywnych cechach charakterystycznych wersji nakazanej przez art. 6 oraz w ten sposób umożliwienie im dokonania wyboru z pełną świadomością.

455 W tym względzie Microsoft twierdziła wprawdzie, iż nie będzie w stanie przeprowadzić testów pozwalających jej na określenie wszystkich wad wersji nakazanej przez art. 6, a zwłaszcza wszystkich нефункционujących w tej wersji aplikacji. Microsoft nie dostarczyła jednak jakiegokolwiek dowodu pozwalającego na

dokonanie oceny niemożliwości przeprowadzenia takich testów dla, jej zdaniem, powstałych w jej systemie operacyjnym problemów. Następnie, odnośnie do testów koniecznych dla oceny prawidłowego funkcjonowania niektórych aplikacji oraz stron internetowych, Microsoft nie wykazała, dlaczego sama wiedza jej klientów o braku Windows Media Player w wersji nakazanej przez art. 6 byłaby niewystarczająca do uświadomienia im ewentualności nieprawidłowego funkcjonowania niektórych aplikacji i pewnych stron internetowych opierających się na Windows Media Player.

456 Bardziej ogólnie podkreślić należy, że Komisja wyraźnie wskazała, iż jej zdaniem Microsoft ma prawo do informowania swoich klientów o braku Windows Media Player w wersji nakazanej przez art. 6. Tak więc Microsoft nie wykazała, że sama ta wiedza byłaby niewystarczająca do umożliwienia jej klientom zrozumienia ewentualnych konsekwencji ich wyboru odnośnie do dostępności pewnych funkcji multimedialnych.

457 W rzeczywistości w kontekście dystrybucji bezpośredniej jej produktów klientom końcowym, nawet jeżeli Microsoft podnosi, że niewielu z nich rozumie sposób odwoływania się aplikacji Windows do funkcji multimedialnych, nie wnosi ona żadnego dowodu umożliwiającego wsparcie tych twierdzeń i ocenę rzeczywistego zakresu niewiedzy klientów.

458 Ponadto odnośnie do dystrybucji do dostawców sprzętu komputerowego sądzić należy, że stanowią oni szczególnie dobrze poinformowaną grupę kupujących oraz że mogą dokonać wyboru w sposób świadomy. Jeśli w konsekwencji wersja nakazana przez art. 6 będzie stwarzała nieusuwalne problemy powołane przez Microsoft, należy sądzić w braku dowodu przeciwnego, że albo po prostu nie będzie kupowana przez tych dostawców, albo że zakupią ją oni w pełni świadomości rzeczy, a zatem bez szkody dla Microsoft.

- 459 W tych warunkach nie wykazano, że fakt wyboru przez klienta Microsoft wersji nakazanej przez art. 6, jakakolwiek by ona była, oraz napotkanie problemów powołanych przez Microsoft mogłoby spowodować naruszenie dobrego imienia tego przedsiębiorstwa.
- 460 Po trzecie, nawet zakładając, że zostało wystarczająco udowodnione, z jednej strony, że wszystkie problemy podnoszone przez Microsoft są nieuchronne oraz, z drugiej strony, że klienci i konsumenci nie będą mogli dokonać wyboru w pełni świadomego, Microsoft nie przedstawiła dowodu pozwalającego ocenić rzeczywistą wagę tych wad oraz, w szczególności, zakresu, w jakim mogłyby one konkretnie mieć wpływ na jej reputację u różnych podmiotów sektora.
- 461 Microsoft nie przedstawia w istocie dowodów pozwalających na wykazanie, że określone przez nią wady mogłyby wpłynąć w sposób zasadniczy na odbiór konsumentów końcowych i dostawców sprzętu komputerowego. Microsoft nie przedstawia zwłaszcza żadnego dowodu dotyczącego sposobu, w jaki podmioty te pojmują funkcje opisywane przez nią we wniosku jako wadliwe. Microsoft wspomniała w tej kwestii w kilku miejscach przykład katalogu „My Music”, który oferuje szczegółowy przegląd plików nagranych na twardym dysku stacji roboczej oraz, bardziej szczegółowo, niektórych cyfrowych treści multimedialnych. Zdaniem Microsoft, wersja nakazana przez art. 6 nie pozwala na tak szczegółowy przegląd, niezależnie od tego, czy jest, czy nie jest zainstalowany konkurencyjny odtwarzacz multimedialny. Niemniej Microsoft nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego prezesowi na ocenę prawdopodobieństwa wystarczająco częstego dostrzegania problemu przez konsumentów końcowych. Microsoft nie wykazuje także, że ten problem, przy założeniu jego częstego dostrzegania mógłby oddziaływać znacząco na jej reputację. Stąd, wobec braku dostatecznych dowodów odnośnie do rzeczywistego znaczenia przedmiotowych funkcji dla konsumentów końcowych oraz odnośnie do ich oczekiwań, prezes nie jest w stanie dokonać oceny realnych konsekwencji problemów powołanych przez Microsoft dla jej reputacji.
- 462 Ponadto Microsoft nie udowodniła również, że wykonanie art. 4 i 6 lit. a) Decyzji wpłynęłoby znacząco na jej reputację u innych podmiotów gospodarczych niż

klienci, a zwłaszcza na reputację u twórców stron internetowych oraz producentów aplikacji. W tej kwestii należy ponadto stwierdzić, że żaden z interwenientów po stronie Microsoft nie wskazał, że jego własne zdanie na temat postrzegania tego przedsiębiorstwa mogłoby ulec pogorszeniu lub że mógłby zaprzestać opracowywania swoich produktów w celu ich używania z produktami Microsoft.

463 Po czwarte, nie wydaje się, żeby Windows Media Player nie był dostępny bez ograniczeń oraz żeby nie można go było łatwo zainstalować w wersji nakazanej przez art. 6. W konsekwencji, nawet przy założeniu, że niektórzy konsumenci lub klienci nie dokonaliby świadomego wyboru i że wynikałoby stąd z ich strony pewne niezadowolenie, Microsoft nie wykazała, dlaczego nie można byłoby łatwo położyć temu kresu poprzez poinformowanie o przysługującej im możliwości późniejszego otrzymania Windows Media Player.

464 Po piąte, zakładając cały czas, że powołane wady winny zostać wykazane z punktu widzenia wymogów prawnych i ich nieodwracalnego charakteru, zakres naruszenia reputacji Microsoft zależałby w znacznej mierze od rzeczywistego rozpowszechnienia wersji nakazanej przez art. 6. Tak więc należy w tym kontekście powtórzyć stwierdzenie już poczynione (zob. powyżej pkt 421—428), zgodnie z którym, po pierwsze, wobec braku dostatecznych dowodów, do prezesa nie należy przewidywanie skutków środka naprawczego w odniesieniu do rynku oraz, po drugie, sama Microsoft wyraża wątpliwości odnośnie do wielkości sprzedaży wersji nakazanej przez art. 6 i nie twierdzi, że występuje ryzyko nieodwracalnych zmian na rynku.

465 Po szóste, nawet przy założeniu, że wbrew powyższym rozważaniom Microsoft wykazała z punktu widzenia wymogów prawnych ryzyko poważnego naruszenia jej reputacji, to jednak nie udowodniła istnienia przeszkód o charakterze strukturalnym lub prawnym utrudniających zastosowanie środków reklamowych, które umożliwiłyby jej odzyskanie dobrej reputacji.

466 Microsoft nie zdołała zatem wykazać, że wykonanie art. 4 i 6 lit. a) Decyzji może wyrządzić poważną i nieodwracalną szkodę jej reputacji.

467 Microsoft powołuje natomiast istnienie szkody w jej reputacji w dwóch dodatkowych i bardziej specyficznych aspektach, a mianowicie, z jednej strony, naruszenie jej znaków towarowych oraz, z drugiej strony, naruszenie jej prawa autorskiego.

1) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia znaków towarowych Microsoft

468 Odnośnie do naruszenia znaków towarowych Microsoft, o ile zakłada się wyrządzenie szkody jej reputacji lub przyjmuje się, że jest to skutek tej szkody, zwłaszcza w nawiązaniu do faktu niskiej jakości wersji nakazanej przez art. 6, argumentacja ta musi zostać odrzucona z powodów przedstawionych już powyżej w pkt 454-459. W istocie Microsoft nie wykazała w szczególności, że podnoszone wady, nawet przy założeniu ich istnienia, wpłynęłyby w sposób ujemny oraz znaczący na odbiór konsumentów końcowych. Należy zatem odrzucić zwłaszcza argumentację przytoczoną w „Opinii dotyczącej znaków towarowych” (załącznik R.6) załączonej do wniosku Microsoft.

469 Ponadto, o ile argumentacja Microsoft oznacza, że jej znak towarowy Windows nie stanowiłby już gwarancji jej „pierwotnej koncepcji”, o tyle prezes przypomina, że zasadnicza funkcja znaku towarowego polega na zapewnieniu konsumentowi lub użytkownikowi końcowemu określenia towaru lub usługi oznaczonej znakiem towarowym, pozwalając mu na odróżnienie bez możliwości pomyłki tego towaru lub usługi od tych, które mają inne pochodzenie. Aby znak towarowy mógł odgrywać swoją podstawową rolę zasadniczego elementu systemu niezakłóconej konkurencji,

który jest celem Traktatu WE, powinien on stanowić gwarancję, że wszystkie towary lub usługi opatrzone tym znakiem powstały pod kontrolą jednego przedsiębiorstwa, któremu można przypisać odpowiedzialność za ich jakość (zob. w szczególności wyrok Trybunału z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier, Rec. str. II-5791, pkt 20). W kwestii, czy znak towarowy pozwala na gwarancję występowania pewnych obiektywnych cech produktu, jak wydaje się twierdzić Microsoft, prezes nie dysponuje dowodami pozwalającymi na ocenę z dostateczną dokładnością, poza odbiorem przez Microsoft jej własnej „koncepcji pierwotnej” oraz jej znaku towarowego, sposobu, w jaki spółka ta jest rzeczywiście postrzegana przez klientów na przedmiotowym rynku oraz, w szczególności, obiektywnych cech charakterystycznych, z którymi może się kojarzyć z punktu widzenia tych klientów.

470 W każdym razie, zakładając, po pierwsze, że w razie stwierdzenia nieważności art. 6 lit. a) Decyzji Microsoft będzie miała możliwość wprowadzenia na rynek, ponownie i na zasadzie wyłączności, wersji Windows wraz z Windows Media Player oraz, po drugie, że Microsoft nie wykazała, iż w danym przypadku nie będzie miała możliwości zastosować odpowiednich środków reklamowych, spółka ta nie wykazała nieodwracalnego charakteru podnoszonej, zakładając, że wykazanej i poważnej, szkody wobec jej znaku towarowego.

2) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia prawa autorskiego Microsoft

471 Jeśli chodzi w końcu o podnoszone naruszenie prawa autorskiego Microsoft, to należy na wstępie podkreślić, że Microsoft nie wskazała, w jakim zakresie naruszenie powołanego prawa mogło mieć związek z podnoszoną szkodą w jej reputacji.

472 Ponadto argumentacja Microsoft w tej kwestii jest bardzo skrótowa i szczególnie niejasna. Microsoft nie powołała w tym kontekście szczegółowej regulacji, zgodnie z którą fakt dokonania przez nią samej zmian w jej dziele — nawet pod przymusem — miałby stanowić naruszenie jej prawa autorskiego.

473 Ponadto sam fakt, że Decyzja Komisji może w pewnym zakresie naruszyć prawa własności intelektualnej, jest, w braku dodatkowych wyjaśnień, niewystarczający, aby wnioskować o istnieniu poważnej i nieodwracalnej szkody, przynajmniej niezależnie od konkretnych skutków tego naruszenia. Tak więc jedynymi w niniejszej sprawie konkretnymi podnoszonymi przez Microsoft skutkami są te, które zostały powyżej opisane i odrzucone jako niewystarczające, żeby stanowić poważną i nieodwracalną szkodę (powyżej pkt 411–466).

474 Wreszcie, o ile Microsoft wskazuje, że obieg kopii wersji nakazanej przez art. 6, tzn. jej dzieł przymusowo zmienionych, powoduje dla niej krzywdę moralną, o tyle nie jest ona, w braku dowodu na twierdzenie przeciwne, ani poważna, ani nieodwracalna. Jest tak tym bardziej, że jak stwierdzono już powyżej (powyżej pkt 422–429), nie wykazano, że wersja nakazana przez art. 6 mogłaby być rozpowszechniona w znaczących ilościach lub że późniejsza dystrybucja Windows Media Player nie zaradziłaby w bardzo szerokim zakresie skutkom rozpowszechniania wersji nakazanej przez art. 6.

475 Microsoft nie udowodniła zatem, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji mogłoby spowodować poważną i nieodwracalną szkodę z powodu naruszenia jej reputacji.

476 W konsekwencji Microsoft nie udowodniła, że wykonanie art. 6 lit. a) Decyzji stanowi ryzyko wyrządzenia jej poważnej i nieodwracalnej szkody. Zatem wniosek o zawieszenie wykonania art. 6 lit. a) Decyzji powinien zostać oddalony bez potrzeby przeprowadzenia wyważenia interesów w niniejszej sprawie.

477 Jeśli chodzi o wniosek o zawieszenie wykonania art. 4 Decyzji (powyżej pkt 27), wniosek ten nie może zostać uwzględniony. Po pierwsze, należy stwierdzić, że artykuł ten w swoim pierwszym akapicie odsyła do art. 5 i 6 Decyzji. Brak pilnego charakteru zarządzenia zawieszenia wykonania art. 5 i 6 prowadzi do oddalenia wniosku o zawieszenie wykonania tego odsyłającego przepisu. Po drugie, o ile wniosek o zastosowanie środka tymczasowego zmierza do uzyskania zawieszenia wykonania art. 4 akapit drugi Decyzji, to wystarczy stwierdzić, że Microsoft nie przytoczyła dostatecznej argumentacji na poparcie tego wniosku oraz że skutki zakazu, o którym mowa w tym akapicie, pozostają, w każdym razie na tym etapie, czysto hipotetyczne.

478 Należy zatem oddalić wniosek w całości.

Z powyższych względów

PREZES SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI

zarządza:

- 1) **Wniosek Microsoft Corp. o utajnienie postępowania zostaje uwzględniony w stosunku do postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.**

- 2) **Audiobanner.com, występująca pod nazwą handlową VideoBanner zostaje dopuszczona do sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.**

- 3) **Computer & Communications Industry Association zostaje wykreślone ze sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.**

- 4) **Novell Inc. zostaje wykreślona ze sprawy w charakterze interwenienta po stronie Komisji w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.**

- 5) **Wniosek o zastosowanie środka tymczasowego zostaje oddalony.**

- 6) **Orzeczenie w przedmiocie kosztów zastrzega się do rozstrzygnięcia w wyroku w sprawie głównej.**

Sporządzono w Luksemburgu w dniu 22 grudnia 2004 r.

Sekretarz

H. Jung

Prezes

B. Vesterdorf

Spis treści

Okoliczności powstania sporu	II - 4473
Decyzja	II - 4475
I — Rynki właściwe określone w Decyzji oraz pozycja dominująca Microsoft na dwóch z tych rynków.	II - 4475
Rynki właściwe określone w Decyzji	II - 4475
Pozycja dominująca Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.	II - 4477
II — Zachowania stanowiące nadużycie pozycji dominującej stwierdzone w Decyzji.	II - 4479
Odmowa stwierdzona w Decyzji	II - 4479
Sprzedaż wiązana stwierdzona w Decyzji	II - 4480
III — Środki naprawcze oraz grzywna nałożona na Microsoft	II - 4482
Postępowanie w sprawie naruszenia amerykańskiego prawa antymonopolowego	II - 4484
Postępowanie	II - 4485
Co do prawa	II - 4491
I — W przedmiocie wniosku o utajnienie	II - 4493
II — W przedmiocie wniosku VideoBanner o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta	II - 4493
III — W przedmiocie skutków rezygnacji niektórych interwenientów	II - 4494
IV — W przedmiocie dochowania pewnych wymogów dotyczących formy pism	II - 4495
W przedmiocie odesłań do skargi	II - 4495
W przedmiocie dokumentów przedstawionych w toku instancji	II - 4497
W przedmiocie braku dowodów	II - 4498
W przedmiocie niedochowania pozostałych wymogów formalnych.	II - 4499

MICROSOFT PRZECIWKO KOMISJI

V — Co do istoty sprawy	II - 4499
W kwestii informacji dotyczących interoperacyjności	II - 4499
A — Argumenty stron	II - 4499
1. Argumenty Microsoft i interwenientów popierających jego żądania	II - 4499
a) W kwestii fumus boni iuris	II - 4499
b) W przedmiocie okoliczności niecierpiących zwłoki	II - 4504
1) Naruszenie praw własności intelektualnej	II - 4504
i) Informacje cenne	II - 4504
ii) Informacje chronione przez prawo własności intelektualnej	II - 4505
Ochrona w ramach prawa autorskiego	II - 4506
Ochrona w ramach patentu	II - 4507
Ochrona w ramach tajemnicy handlowej	II - 4508
W przedmiocie niezbędnego charakteru informacji	II - 4509
W przedmiocie poważnej i nieodwracalnej szkody	II - 4510
2) Ograniczenie swobody prowadzenia przez Microsoft działalności gospodarczej	II - 4512
i) W przedmiocie swobody przekazywania informacji	II - 4512
ii) W przedmiocie swobody rozwoju jej produktów	II - 4514
iii) W przedmiocie konieczności „uodpornienia” protokołów	II - 4514
3) Nieodwracalna zmiana warunków na rynku	II - 4516
c) W przedmiocie wyważenia interesów	II - 4517
2. Argumenty Komisji oraz interwenientów po jej stronie	II - 4520
a) Uwagi wstępne	II - 4521
1) W przedmiocie prawa autorskiego	II - 4521
	II - 4617

2)	W przedmiocie patentów	II - 4525
3)	W przedmiocie tajemnicy handlowej	II - 4526
b)	W przedmiocie fumus boni iuris	II - 4528
c)	W przedmiocie pilnego charakteru	II - 4531
d)	W przedmiocie wyważenia interesów	II - 4531
B —	Ocena prezesa, orzekającego w przedmiocie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego	II - 4531
1.	W przedmiocie fumus boni iuris	II - 4531
2.	W przedmiocie pilnego charakteru	II - 4539
a)	Uwagi wstępne	II - 4540
b)	W przedmiocie poważnej i niepowetowanej szkody spowodowanej obowiązkiem upowszechnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych	II - 4543
1)	W przedmiocie utrzymywanego naruszenia praw własności intelektualnej	II - 4544
i)	W przedmiocie upowszechnienia informacji dotyczących interoperacyjności	II - 4544
ii)	W przedmiocie wykorzystania informacji dotyczących interoperacyjności	II - 4550
W przedmiocie twierdzenia o możliwości rozmycia informacji	II - 4550	
W przedmiocie twierdzenia o możliwości pozostawiania produktów w kanałach dystrybucji	II - 4553	
W przedmiocie twierdzenia o możliwości „klonowania” powoływanych produktów	II - 4556	
2)	W przedmiocie twierdzenia o naruszenia swobody gospodarczej	II - 4558
i)	W przedmiocie twierdzenia o zasadniczej zmianie w polityce handlowej	II - 4560
ii)	W przedmiocie twierdzenia o trudnościach w ulepszeniu protokołów	II - 4562
iii)	W przedmiocie twierdzenia o konieczności „uodpornienia” protokołów	II - 4565
3)	W przedmiocie twierdzenia o nieodwracalnej zmianie warunków na rynku	II - 4566
c)	W przedmiocie poważnej i nieodwracalnej szkody spowodowanej obowiązkiem ujawnienia specyfikacji protokołów stacja robocza–serwer	II - 4567

MICROSOFT PRZECIWKO KOMISJI

W kwestii sprzedaży wiązanych	II - 4569
A — Argumenty stron	II - 4569
1. Argumenty Microsoft oraz podmiotów dopuszczonych do sprawy w charakterze interwenientów po jej stronie	II - 4569
a) W przedmiocie fumus boni iuris	II - 4569
b) W przedmiocie pilnego charakteru	II - 4573
1) W przedmiocie szkody wynikającej zdaniem Microsoft z porzucenia koncepcji budowy będącej podstawą systemu operacyjnego Windows	II - 4573
2) W przedmiocie szkody wyrządzonej dobremu imieniu Microsoft	II - 4574
c) W przedmiocie wyważenia interesów	II - 4580
1) W przedmiocie braku konieczności natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji	II - 4580
2) W przedmiocie szkód wynikających z natychmiastowego wykonania art. 6 lit. a) Decyzji	II - 4583
3) W przedmiocie zobowiązań Wspólnoty na podstawie TRIPs	II - 4585
2. Argumenty Komisji oraz interwenientów po jej stronie	II - 4585
a) W przedmiocie fumus boni iuris	II - 4585
b) W przedmiocie pilnego charakteru	II - 4588
c) W przedmiocie wyważenia interesów	II - 4588
B — Ocena prezesa orzekającego w przedmiocie środka tymczasowego	II - 4589
1) W przedmiocie fumus boni iuris	II - 4589
2) W przedmiocie pilnego charakteru	II - 4594
a) W przedmiocie twierdzenia o naruszeniu „koncepcji podstawowej budowy” systemu operacyjnego Windows	II - 4594
b) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia dobrego imienia Microsoft	II - 4604
1) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia znaków towarowych Microsoft	II - 4611
2) W przedmiocie twierdzenia o możliwości naruszenia prawa autorskiego Microsoft	II - 4612