

Høringskonsulentens endelige rapport i sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft

(I henhold til artikel 15 og 16 i Kommissionens afgørelse 2001/462/EF, EKSF af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager — EFT L 162 af 19.6.2001, s. 21)

(2008/C 138/05)

Beslutningsudkastet i denne sag giver anledning til følgende bemærkninger:

Artikel 24, stk.1-proceduren på grundlag af beslutningen af 24. marts 2004

Den 24. marts 2004 vedtog Kommissionen en beslutning rettet til Microsoft Corporation («Microsoft») i en procedure efter EF-traktatens artikel 82 (sag COMP/C-3/37.792). I denne beslutning («den endelige beslutning») fastslog Kommissionen bl.a., at Microsoft havde overtrådt EF-traktatens artikel 82 («artikel 82») og EØS-aftalens artikel 54 ved fra oktober 1998 og indtil beslutningsdatoen at have nægtet at udlevere en række nærmere bestemte »interoperabilitetsoplysninger« til udbydere af styresystemprodukter til arbejdsgruppereservere og således at de blev i stand til at udvikle og distribuere sådanne produkter ⁽¹⁾.

Den 10. november 2005 vedtog Kommissionen en beslutning efter artikel 24, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003 («artikel 24, stk. 1-beslutningen»). I denne beslutnings artikel 1 fastsættes det, at »Microsoft Corporation skal sikre, at virksomheden senest den 15. december 2005 i fuldt omfang har efterkommet det påbud, den fik pålagt i artikel 5, litra a) og c), i den endelige beslutning. I modsat fald pålægges Microsoft Corporation en tvangsbøde på 2 mio. EUR om dagen, regnet fra nævnte dato«.

Artikel 24, stk. 1-beslutningen omhandlede to punkter, hvor Microsoft ikke havde efterkommet påbuddene i artikel 5, litra a) og c), i den endelige beslutning. Denne procedure drejer sig kun om påstanden om, at Microsoft har undladt at udlevere fuldstændig og nøjagtig dokumentation indeholdende de interoperabilitetsoplysninger, som virksomheden i den endelige beslutning fik påbud om at udlevere.

De af Microsoft truffne foranstaltninger med henblik på udlevering af fuldstændig og nøjagtig dokumentation og Kommissionens reaktioner herpå

Den 14. december 2004 indsendte Microsoft en teknisk dokumentation (specifikationer), som Microsoft havde udarbejdet for de relevante protokoller («den tekniske dokumentation») til Kommissionen. Kommissionens eksterne eksperter, OTR, gennemgik denne tekniske dokumentation og afgav en negativ udtalelse («den første OTR-rapport») om dokumentationens fuldstændighed, nøjagtighed og formålstjenlighed. Den 15. juni 2005 fremsendte Kommissionen den første OTR-rapport til Microsoft, som blev opfordret til at fremsætte sine bemærkninger til den. Microsoft fremsendte sit svar på den første OTR-rapport den 8. juli 2005.

Ved afgørelse af 28. juli 2005 etablerede Kommissionen en tilsynsordning gående ud på udpegelse af en tilsynsførende med nærmere bestemte opgaver og forpligtelser. Den tilsynsførende skulle bistå Kommissionen med at føre tilsyn med, om Microsoft efterkom den endelige beslutning ⁽²⁾. Den 5. oktober 2005 valgte Kommissionen en tilsynsførende fra en liste på 4 personer, som Microsoft havde opstillet.

Som reaktion på den kritik, der i den første OTR-rapport blev rejst angående oplysningerne i den tekniske dokumentation, fremsendte Microsoft den 8. august 2005 en opdateret version af den tekniske dokumentation til Kommissionen.

⁽¹⁾ Artikel 5 i den endelige beslutnings dispositive del lyder således:

»Hvad angår det i artikel 2, litra a), omhandlede misbrug:

- a) skal Microsoft Corporation senest 120 dage efter meddelelsen af denne beslutning gøre interoperabilitetsoplysningerne tilgængelige for enhver virksomhed, der har interesse i udvikling og distribution af styresystemprodukter til arbejdsgruppereservere, og på rimelige og ikke-diskriminerende vilkår give sådanne virksomheder adgang til at gøre brug af interoperabilitetsoplysningerne med henblik på udvikling og distribution af styresystemprodukter til arbejdsgruppereservere
- b) skal Microsoft Corporation sørge for løbende og rettidig opdatering af de interoperabilitetsoplysninger, der er gjort tilgængelige
- c) skal Microsoft Corporation senest 120 dage efter meddelelsen af denne beslutning indføre et evalueringssystem, der giver interesserede virksomheder reel mulighed for at få indsigt i interoperabilitetsoplysningernes indhold og brug; Microsoft Corporation kan stille rimelige og ikke-diskriminerende betingelser for adgang til dette evalueringssystem med det formål at sikre, at der kun er adgang til interoperabilitetsoplysningerne til evalueringsformål.« [...].

⁽²⁾ Jf. artikel 7 i beslutningen og artikel 3 i afgørelsen om udpegelse af en tilsynsførende.

Denne version af den tekniske dokumentation blev også gennemgået af OTR. I den reviderede rapport, OTR udarbejdede om den tekniske dokumentations fuldstændighed og nøjagtighed, fastholdt OTR sin negative holdning.

Med henblik på at efterkomme påbuddet i artikel 5, litra c), i den endelige beslutning har Microsoft givet interesserede virksomheder mulighed for at indgå en evalueringsaftale med Microsoft. Der er indtil nu fire virksomheder (Novell, IBM, Oracle og Sun), der har indgået tredages evalueringsaftaler med Microsoft. Kommissionens tjenestegrene anmodede disse virksomheder om at give såvel en detaljeret beskrivelse af, hvordan evalueringen foregik i Microsofts lokaler, og en vurdering af, om den tekniske dokumentation, de fik lejlighed til at gennemse, gav dem fuldstændige og nøjagtige specifikationer for de protokoller, der var omfattet af beslutningen, samt værdien af den teknologi, de fik indsigt i gennem den tekniske dokumentation.

Som svar på to begæringer om oplysninger fra Kommissionen (den ene i september/oktober 2005 og den anden i marts 2006) fremsatte Novell, IBM, Oracle og Sun kritiske bemærkninger angående fuldstændigheden og nøjagtigheden af den tekniske dokumentation, de havde fået adgang til.

Den 11. og den 23. november 2005 fremlagde Microsoft en revideret version af den tekniske dokumentation («den tekniske dokumentation fra november 2005»). Den 30. november 2005 aflagde den tilsynsførende en foreløbig rapport om Microsofts reviderede tekniske dokumentation, som Microsoft fik tilsendt. Den 15. december 2005 fremlagde den tilsynsførende sin endelige rapport om den tekniske dokumentation fra november 2005.

Den 15. december 2005 fremsendte Microsoft sit svar på den tilsynsførendes foreløbige rapport og meddelte, at der i Redmond nu forelå en senere revideret teknisk dokumentation («den tekniske dokumentation af 15. december 2005»). Denne tredje version af den tekniske dokumentation, som Kommissionen først modtog den 26. december 2005, aflagde den tilsynsførende rapport om den 3. marts 2006.

Klagepunktsmeddelelsen

Den 21. december 2005 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Microsoft, hvori den gav udtryk for den foreløbige vurdering, at Microsoft med den reviderede tekniske dokumentation af 11. og 23. november 2005 endnu ikke havde efterkommet påbuddene i artikel 5, litra a) og c), i den endelige beslutning. I klagepunktsmeddelelsen blev det desuden med hensyn til den tredje version af den tekniske dokumentation anført, at ændringerne i versionen af 15. december 2005 hovedsagelig kun drejede sig om formateringen. Kommissionen drog den konklusion, at den tekniske dokumentation i den reviderede version af 15. december 2005 ikke afhjalp de mangler, der var blevet påvist i de tidligere versioner. Denne klagepunktsmeddelelse var vedlagt den tilsynsførendes rapport.

Microsoft blev anmodet om at besvare klagepunktsmeddelelsen inden den 31. januar 2006. På Microsofts anmodning forlængede jeg denne frist indtil den 15. februar 2006, navnlig for at give Microsofts eksterne eksperter mulighed for at afgive begrundede udtalelser om den kritik, Kommissionen havde rejst. Denne forlængede frist blev overholdt.

Under den mundtlige høring og i sit skriftlige svar gjorde Microsoft gældende, at klagepunktsmeddelelsen var behæftet med fundamentale fejl, fordi den ikke tog tilstrækkeligt hensyn til den tekniske dokumentation, Microsoft havde bebudet den 15. december 2005. Da Microsoft havde meddelt Kommissionen, at den tekniske dokumentation lå klar til gennemsyn den 15. december, burde Kommissionen have ventet, indtil den havde modtaget et eksemplar af den tekniske dokumentation i Bruxelles, før den fremsendte sin klagepunktsmeddelelse.

Jeg er ikke enig med Microsoft i, at klagepunktsmeddelelsen var behæftet med fejl. I retspraksis er det almindeligt anerkendt, at en klagepunktsmeddelelse er et dokument, der indeholder foreløbige konklusioner. Indtil der er vedtaget en beslutning, kan Kommissionen ændre sit standpunkt eller tilføje nye klagepunkter, forudsat at den giver de pågældende virksomheder lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger hertil⁽¹⁾. I den sagsfremstillingsmeddelelse, Kommissionen fremsendte den 10. marts 2006 (se nedenfor), blev Microsoft behørigt underrettet om Kommissionens vurdering af den tredje version af den tekniske dokumentation, som Microsoft havde fremsendt, og fik tid nok til at fremsætte sine bemærkninger hertil. Efter min opfattelse kan Microsoft derfor ikke hævde, at virksomhedens rettigheder ikke blev tilsidesat i forbindelse med fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen.

⁽¹⁾ Førsteinstansrettens dom af 30. september 2003 i forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, *Atlantic Container Line*, præmis 115.

Microsofts yderligere indlæg og »sagsfremstillingsmeddelelsen«

Den 25. januar 2006 tilbød Microsoft 2 virksomheder, der havde licens på den tekniske dokumentation, adgang til Windows-kildekoden gennem en kildekodeicens.

Den 30. januar 2006 udleverede Microsoft en fjerde version af den tekniske dokumentation til Kommissionens tjenestegrene.

Den 10. marts 2006 fremsendte Kommissionen en sagsfremstilling til Microsoft, hvori den anførte, at den ikke fandt den tekniske dokumentation i versionen af 15. december 2005 tilstrækkelig til at opfylde kravene i den endelige beslutning. Desuden meddelte den Microsoft, at adgangen til kildekode blev anset for at være irrelevant i relation til de påbud, Microsoft havde fået pålagt i artikel 5, litra a) og c), i den endelige beslutning. Kommissionen vedlagde desuden en rapport fra den tilsynsførende om den tredje version af den tekniske dokumentation og en rapport om den fjerde version, som var udarbejdet af TAEUS, men kun omhandlede specifikationer for en af protokollerne.

Microsoft fik en frist på to uger til at fremsætte sine bemærkninger til Kommissionens sagsfremstilling.

I brev af 14. marts 2006 udtalte Microsoft, at sagsfremstillingen indeholdt nye påstande og derfor udgjorde en supplerende klagepunktsmeddelelse, hvilket måtte indebære en svarfrist på fire uger. Microsoft fandt i særdeleshed, at påstanden i sagsfremstillingen om, at den tredje version af den tekniske dokumentation ikke opfyldte kravene i artikel 5, litra a) og c), i Kommissionens beslutning af 24. marts 2004, udgjorde en ny påstand.

I mit svar af 17. marts 2006 anførte jeg, at jeg ikke var enig med Microsoft i, at Kommissionens sagsfremstilling indeholdt klagepunkter, der ikke var indeholdt i Kommissionens klagepunktsmeddelelse. Efter min opfattelse indebar fokuseringen på den tredje version af den tekniske dokumentation af 15. december 2005 ikke, at der blev rejst nye klagepunkter mod Microsoft, men snarere, at de hidtidige klagepunkter blev fastholdt i lyset af nye omstændigheder. Som følge heraf efterkom jeg ikke Microsofts anmodning. Men navnlig for at give Microsoft mulighed for at koncentrere sig om forberedelsen af den mundtlige høring, der fandt sted i dagene efter både med hensyn til klagepunktsmeddelelsen og sagsfremstillingsmeddelelsen, krævede jeg ikke, at Microsoft skulle fremsende et skriftligt svar på sagsfremstillingsmeddelelsen før den mundtlige høring og gav Microsoft en frist på indtil to uger efter den mundtlige høring, dvs. indtil den 14. april 2006, til at fremsætte skriftlige bemærkninger til sagsfremstillingen. Denne frist blev overholdt.

Microsofts yderligere indlæg og Kommissionens anden sagsfremstillingsmeddelelse

Den 11. april 2006 fremlagde Microsoft endnu en revideret version af den tekniske dokumentation.

Efter et møde mellem den tilsynsførende og repræsentanter for Microsoft og Kommissionen den 7.-8. april 2006 og et brev fra Kommissionens konkurrencekommissær til Microsofts Chief Executive Officer af 13. april 2006 forelagde Microsoft den 22. april 2006 den tilsynsførende en køreplan for udlevering af en komplet og nøjagtig teknisk dokumentation. Ifølge denne plan ville der blive udleveret en revideret teknisk dokumentation for størsteparten af protokollerne senest den 30. juni 2006, og den tekniske dokumentation for de resterende protokoller ville blive fremlagt den 18. juli 2006.

Den 15. maj 2006 fremlagde den tilsynsførende to rapporter — den ene indeholdt bemærkninger til rapporterne fra Microsofts tekniske eksperter, som blev fremsendt sammen med Microsofts brev af 14. april 2006, og den anden indeholdt en vurdering af fuldstændigheden og nøjagtigheden af den tekniske dokumentation, Microsoft havde fremlagt den 11. april 2006.

Den 15. maj 2006 fremlagde TAEUS en rapport indeholdende en vurdering af denne dokumentations fuldstændighed og nøjagtighed samt bemærkninger til rapporterne fra Microsofts eksperter. Denne rapport blev fremsendt til Microsoft den 19. maj 2006 sammen med den tilsynsførendes rapport af 15. maj 2006 og rapporten om den tekniske dokumentation, Microsoft havde fremlagt den 11. april 2006. I samme brev meddelte Kommissionen Microsoft, at den fastholdt de klagepunkter, den havde rejst den 21. december 2005 med hensyn til den tekniske dokumentations fuldstændighed og nøjagtighed, og at disse klagepunkter derfor fortsat var gyldige. Kommissionen gav Microsoft en frist på to uger fra modtagelsen til at fremsætte sine bemærkninger hertil.

Den 23. maj 2006 anmodede Microsoft om, at fristen for at besvare Kommissionens brev af 19. maj 2006 blev forlænget med to uger.

Den 30. maj 2006 indvilligede jeg i at forlænge Microsofts frist for at besvare Kommissionens brev af 19. maj 2006 indtil den 9. juni 2006.

Microsoft besvarede brevet af 19. maj 2006 den 9. juni 2006. Svaret indeholdt to yderligere rapporter fra Microsofts tekniske eksperter.

Aktindsigt

Efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen fik Microsoft den 23. december 2005 aktindsigt. Ved brev af 24. december 2005 og 2. januar 2006 og på et møde på høringskonsulentens kontor den 6. januar 2006 anmodede Microsoft om yderligere indsigt i Kommissionens sagsakter. Denne anmodning om aktindsigt omfattede også korrespondancen mellem på den ene side Kommissionen og på den anden side OTR og den tilsynsførende.

Ved brev af 13. januar 2006 afviste jeg Microsofts anmodning om indsigt i korrespondancen med OTR og den tilsynsførende. Efter en indgående korrespondance med Microsoft herom fastslog jeg, at der var tale om intern korrespondance. Jeg efterprøvede imidlertid omhyggeligt, om adgang til denne korrespondance kunne være nødvendig for at kunne forstå metodologien eller den egentlige tekniske vurdering i den tilsynsførendes rapport eller på anden vis tvingende nødvendig for Microsofts forsvar. Da dette ikke kunne udelukkes i relation til en »Sufficiency Test« foretaget af den tilsynsførende, besluttede jeg at give Microsoft adgang til dette dokument. For at sætte Microsoft i stand til at efterprøve Kommissionens udvælgelse af de dokumenter, der var aktindsigt i, sørgede jeg desuden for, at Microsoft fik udleveret en beskrivende liste over alle de dokumenter, som der ikke var givet indsigt i, men som kunne have forbindelse med klagepunktsmeddelelsen.

Ved brev af 17. januar 2006 anmodede Microsoft om aktindsigt i alle dokumenter, der vedrørte Kommissionens kontakter med de fire virksomheder, der havde deltaget i Kommissionens markedstest (Novell, IBM, Oracle og Sun) samt enhver anden tredjepart, som Kommissionen havde haft kontakt med i den forbindelse. Selv om indlæggene fra disse tredjeparter i første omgang var blevet klassificeret som fortrolige, gav de alle afkald på deres ret til fortrolig behandling af de dokumenter, der vedrørte dem og var opført på den til Microsoft udleverede liste. I nogle af tilfældene blev der givet afkald på fortrolig behandling på den udtrykkelige betingelse, at Microsoft ikke videregav disse oplysninger til andre end de advokater eller medarbejdere, der direkte arbejdede med denne sag, hvilket jeg meddelte Microsoft. Derefter klagede nogle af disse virksomheder over, at Microsoft havde misbrugt oplysningerne ved at bruge dem til andre formål end til Microsofts forsvar i denne sag, specielt ved at præsentere oplysningerne på Microsofts netsted. Microsoft fik lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger til disse klager. Endelig gav jeg også aktindsigt i én brevudveksling, som OTR og den tilsynsførende havde haft med tredjeparter.

Ved brev af 2. marts 2006 til mig anmodede Microsoft om indsigt i alt materiale, som adspurgte tredjeparter, især Sun, IBM og Oracle, havde fremsendt direkte til den tilsynsførende og OTR. Selv om disse dokumenter ikke indgik i Kommissionens sagsakter på tidspunktet for Microsofts anmodning, indvilligede Kommissionens tjenestegrene i at bede den tilsynsførende om at udlevere denne korrespondance (OTR havde meddelt Kommissionen, at der ikke fandtes nogen skriftlig korrespondance med tredjeparter). Bortset fra et par dokumenter, der blev anset for at være fortrolige og uden relevans, fik Microsoft indsigt i disse oplysninger.

Ved brev af 22. marts 2006 anmodede Microsoft om indsigt i de svar, som Kommissionens tjenestegrene havde modtaget fra tredjeparter som svar på artikel 18-begæring. Jeg sørgede for, at der blev givet indsigt, så snart der var truffet afgørelse om anmodninger om fortrolig behandling fra disse tredjeparter. I samme brev anmodede Microsoft også om indsigt i korrespondancen mellem Kommissionen og dennes nye ekspert, TAEUS. Da jeg betragtede denne korrespondance som værende intern, afviste jeg Microsofts anmodning. Jeg forvissede mig dog forinden om, at oplysningerne i denne korrespondance ikke var nødvendige for at efterprøve den tekniske rigtighed af rapporterne fra TAEUS eller forstå den anvendte metodologi. Microsoft mente også, at der fandtes yderligere korrespondance mellem Kommissionens tjenestegrene og interesserede tredjeparter. Jeg meddelte Microsoft, at det ikke var tilfældet.

Ved brev af 23. maj 2006 anmodede Microsoft om indsigt i yderligere korrespondance mellem på den ene side Kommissionen og på den anden side den tilsynsførende og TAEUS samt adgang til en opdateret liste over kommunikationen mellem Kommissionen og tredjeparter og kopi af ikke-fortrolige versioner af denne kommunikation.

I mit svar af 2. juni 2006 fastholdt jeg, at Microsoft ikke havde ret til aktindsigt i intern korrespondance mellem Kommissionen og TAEUS eller den tilsynsførende. Jeg forvissede mig om, at denne korrespondance ikke indeholdt noget, der var tvingende nødvendigt for Microsofts forsvar. Desuden sørgede jeg for, at Microsoft fik tilsendt en opdateret liste over kommunikationen mellem Kommissionen og tredjeparter og kopier af al korrespondance, der ikke var fortrolig, men vedrørte de klagepunkter, der er rejst mod Microsoft i denne sag.

Den mundtlige høring

Den 15. februar 2006 anmodede Microsoft om en offentlig mundtlig høring. I mit brev af 23. februar 2006 påpegede jeg, at det af ordlyden af artikel 14, stk. 6, i forordning (EF) nr. 773/2004 klart fremgår, at mundtlige høringer ikke kan være offentlige. Da det ikke alene var i Microsofts interesse, men også i de andre høringsdeltageres interesse og i sagens interesse (bl.a. for at undgå at skabe forstyrrelser i drøftelserne), at høringen ikke var offentlig, fandt jeg ikke, at jeg på grundlag af Microsofts anmodning kunne fravige et hævdvundet princip, der igennem de seneste 40 år har sikret, at mundtlige høringer foregår i en konstruktiv og produktiv atmosfære.

Jeg afviste også Microsofts anmodning om udsættelse af høringen, så den mundtlige høring fandt sted den 30.-31. marts 2006.

Ud over Microsoft deltog ni interesserede tredjeparter i høringen, bl.a. med indlæg.

Microsoft var ikke underlagt nogen bindinger med hensyn til, hvad der kunne fremføres under den mundtlige høring. Microsoft fik desuden al den taletid, virksomheden anmodede om. I betragtning af antallet af deltagende tredjeparter var det nødvendigt at begrænse taletiden for nogle af dem. Der blev generelt holdt balance mellem Microsoft og tredjeparterne. Microsoft fik lejlighed til at svare på bemærkninger fra tredjeparter under den sidste del af høringen.

Den mundtlige høring blev i alt væsentligt afholdt på basis af de oplysninger, Microsoft havde givet den 26. december 2005 (tredje version af den tekniske dokumentation). Jeg greb imidlertid ikke ind, da man kom ind på Microsofts fjerde version af teknisk dokumentation, som blev fremlagt den 30. januar 2006, da den også var omtalt i den rapport fra TAEUS, der var vedlagt Kommissionens sagsfremstillingsmeddelelse af 10. marts 2006.

Udkastet til endelig beslutning

Udkastet til endelig beslutning indeholder efter min opfattelse ingen retlige elementer, som ikke var indeholdt i klagepunktsmeddelelsen, og ingen faktiske omstændigheder, som ikke var anført i hverken klagepunktsmeddelelsen eller sagsfremstillingsmeddelelserne.

I lyset af det ovenstående finder jeg, at Microsofts og tredjeparternes ret til at blive hørt er blevet respekteret i denne sag.

Bruxelles, den 3. juli 2006.

Karen WILLIAMS
