

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

22. december 2004^{*}

I sag T-201/04 R,

Microsoft Corp., Redmond, Washington (De Forenede Stater), ved advokat J.-F. Bellis og I.S. Forrester, QC,

sagsøger,

støttet af:

The Computing Technology Industry Association, Inc., Oakbrook Terrace, Illinois (De Forenede Stater), ved advokaterne G. van Gerven og T. Franchoo og solicitor B. Kilpatrick,

Association for Competitive Technology, Inc., Washington, DC (De Forenede Stater), ved advokaterne L. Ruessmann og P. Hecker,

^{*} Processprog: engelsk.

TeamSystem SpA, Pesaro (Italien),

Mamut ASA, Oslo (Norge), ved advokat G. Berrisch,

DMDsecure.com BV, Amsterdam (Nederlandene),

MPS Broadband AB, Stockholm (Sverige),

Pace Micro Technology plc, Shipley, West Yorkshire (Det Forenede Kongerige),

Quantel Ltd, Newbury, Berkshire (Det Forenede Kongerige),

Tandberg Television Ltd, Southampton, Hampshire (Det Forenede Kongerige),

ved advokat J. Bourgeois,

Exor AB, Uppsala (Sverige), ved advokaterne s. Martínez Lage, H. Brokelman og R. Allendesalazar Corcho,

intervenienter,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Wainwright, W. Mölls, F. Castillo de la Torre og P. Hellström, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af:

RealNetworks, Inc., Seattle, Washington (De Forenede Stater), ved advokaterne A. Winckler, M. Dolmans og T. Graf,

Software & Information Industry Association, Washington, DC (De Forenede Stater), ved solicitor C.A. Simpson,

Free Software Foundation Europe eV, Hamburg (Tyskland), ved advokat C. Piana,

intervenienter,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af artikel 4, artikel 5, litra a)-c), og artikel 6, litra a), i Kommissionens beslutning K(2004) 900 endelig udg. af 24. marts 2004 om en procedure i henhold til artikel 82 EF (sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft),

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Twistens baggrund

- 1 Microsoft Corp. (herefter »Microsoft«) udvikler og markedsfører software, bl.a. operativsystemer for servere og »klient-pc'er«.
- 2 Den 10. december 1998 indgav Sun Microsystems Inc. (herefter »Sun Microsystems«), som har hjemsted i Californien (USA), og som bl.a. leverer operativsystemer for servere, en klage til Kommissionen. Sun Microsystems klagede over, at Microsoft havde nægtet at fremlægge den teknologi for Sun Microsystems, som var

en forudsætning for, at selskabets operativsystem for arbejdsgruppeservere kunne interoperere med Windows-operativsystemet for klient-pc'er. Sun Microsystems anførte, at selskabet havde brug for de oplysninger, det havde udbedt sig, for at kunne konkurrere på markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere.

- 3 Den 2. august 2000 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til Microsoft. Meddelelsen drejede sig hovedsagelig om en række spørgsmål vedrørende interoperabiliteten mellem Windows-operativsystemerne for klient-pc'er og andre leverandørers operativsystemer for servere («klient-server-interoperabiliteten»). Microsoft besvarede denne første meddelelse af klagepunkter den 17. november 2000.

- 4 Den 29. august 2001 fremsendte Kommissionen yderligere en meddelelse af klagepunkter til Microsoft. I denne gentog Kommissionen sine tidligere klagepunkter vedrørende klient-server-interoperabiliteten. Endvidere rejste den en række spørgsmål angående arbejdsgruppeserveres indbyrdes interoperabilitet («server-server-interoperabiliteten»). Endelig rejste Kommissionen en række spørgsmål om programmet Windows Media Players integration i Windows-operativsystemet. Dette sidstnævnte klagepunkt blev meddelt som følge af en undersøgelse, der var blevet iværksat i februar 2000 på Kommissionens initiativ. Microsoft besvarede den anden meddelelse af klagepunkter den 16. november 2001.

- 5 Den 6. august 2003 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til Microsoft, der supplerede de to foregående meddelelser. Microsoft besvarede den supplerende meddelelse af klagepunkter ved skrivelser af 17. og 31. oktober 2003.

- 6 Kommissionen afholdt en høring den 12., 13. og 14. november 2003. Ved skrivelse af 1. december 2003 indgav Microsoft skriftlige bemærkninger vedrørende de spørgsmål, som Kommissionens tjenestegrene, klageren og andre berørte parter havde rejst under høringen. Efter en sidste udveksling af skrivelser mellem Kommissionen og Microsoft vedtog Kommissionen den 24. marts 2004 en beslutning om en procedure i henhold til artikel 82 EF i sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft (herefter »beslutningen«).

Beslutningen

- 7 Ifølge beslutningen har Microsoft overtrådt artikel 82 EF og artikel 54 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ved at begå to former for misbrug af dominerende stilling.
- 8 Kommissionen definerer først tre særskilte produktmarkeder og fastslår, at Microsoft har en dominerende stilling på to af dem. Derpå fastslår den, at Microsofts adfærd på disse markeder i to tilfælde har haft karakter af misbrug. Følgelig pålægger Kommissionen Microsoft en bøde og fastsætter en række afhjælpende foranstaltninger.

I — De i beslutningen definerede relevante markeder og Microsofts dominerende stilling på to af disse markeder

De i beslutningen definerede relevante markeder

- 9 Det første produktmarked, der defineres i beslutningen, er markedet for operativsystemer for klient-pc'er (betragtning 324-342). Et operativsystem er et soft-

wareprodukt, der kontrollerer en computers grundlæggende funktioner og gør det muligt for brugeren at afvikle applikationer på den. Klient-pc'er er computere med mange funktioner, som er beregnet til at blive anvendt af én person ad gangen, og som kan tilsluttes et netværk.

- 10 Det andet produktmarked, der defineres i beslutningen, er markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere (betragtning 343-401). I beslutningen defineres »arbejdsgruppeydelser« som de grundlæggende ydelser i et netværk, som kontorfunktionærer i deres daglige arbejde anvender til at løse tre forskellige former for opgaver: for det første deling af filer lagret på servere, for det andet deling af printere og for det tredje »administration« af brugeres og brugergruppers adgang til netværkets ydelser (»administration af brugere og brugergrupper«) (betragtning 53). Den sidstnævnte form for ydelser består navnlig i at sørge for sikker adgang til og sikker benyttelse af netværkets ressourcer, hvilket navnlig sker ved, at brugerne først autentificeres, hvorefter det kontrolleres, at de har tilladelse til at udføre en given handling (betragtning 54).
- 11 Ifølge beslutningen er de tre former for ydelser, der nævnes i den foregående præmis, tæt forbundet med hinanden i et operativsystem for arbejdsgruppeservere (betragtning 56). Det tilføjes i beslutningen, at »operativsystemer for arbejdsgruppeservere« er operativsystemer, der er udformet, og som markedsføres, med henblik på at stille disse tre former for ydelser samlet til rådighed for et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er koblet sammen i et mindre eller mellemstort netværk (betragtning 53 og 345-368). Det anføres ligeledes i beslutningen, at manglen på andre, substituerbare produkter set fra et efterspørgselssynspunkt bekræftes dels af Microsofts prisstrategi (betragtning 369-382), dels af betydningen af at operativsystemer for arbejdsgruppeservere og klient-pc'er kan interoperere (betragtning 383-386). Efter derpå at have fastslået, at der på udbudssiden kun findes et begrænset antal produkter, der kan substituere operativsystemer for arbejdsgruppeservere (betragtning 388-400), drager Kommissionen den konklusion, at sådanne operativsystemer udgør et særskilt produktmarked.

- 12 Det tredje marked, der defineres i beslutningen, er markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold (betragtning 402-425). En multimedieafspiller er et softwareprodukt, der kan afspille digitaliseret lyd- og billedindhold, dvs. afkode de pågældende data og omsætte dem til instruktioner til hardware (højttalere, skærm). Multimedieafspillere, der kan modtage en kontinuerlig datastrøm, kan afspille indhold, der »streames« over internet.
- 13 I beslutningen finder Kommissionen for det første, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, er særskilte produkter i forhold til operativsystemer (betragtning 404-406), for det andet at de ikke er udsat for konkurrence fra afspillere, som ikke kan afspille streamet indhold (betragtning 407-410), for det tredje at Windows Media Player kun er udsat for konkurrence fra multimedieafspillere med lignende funktionaliteter (betragtning 411-415), og for det fjerde at der på udbudssiden i det væsentlige kun findes et begrænset antal substituerbare produkter (betragtning 416-424). Kommissionen udleder af disse faktorer, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, udgør et særskilt produktmarked.
- 14 Den geografiske udstrækning af de tre definerede produktmarkeder er efter Kommissionens opfattelse global (betragtning 427).

Microsofts dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er og markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere

- 15 Kommissionen fastslår for det første, at Microsoft i hvert fald siden 1996 har indtaget en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er,

da Microsoft navnlig har rådet over markedsandele på over 90 % (betragtning 430-435), og da der findes meget betydelige adgangsbarrierer som følge af indirekte netværkseffekter (betragtning 448-452). Kommissionen anfører i beslutningen, at de indirekte netværkseffekter beror på to faktorer: dels værdsætter de endelige forbrugere platforme, hvorpå de kan anvende et stort antal applikationer, dels udarbejder softwareudviklerne applikationer for de pc-operativsystemer, som er mest populære hos forbrugerne.

- 16 For det andet finder Kommissionen ud fra et forsigtigt skøn, at Microsofts andel af markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere er på mindst 60 % (betragtning 473-499).
- 17 Kommissionen vurderer ligeledes den stilling, Microsofts tre vigtigste konkurrenter indtager på dette marked. For det første råder Novell gennem sit programmel NetWare over en markedsandel på 10-15 %. For det andet tegner Linux-produkter sig for en markedsandel på mellem 5 og 15 %. Linux er et »frit« operativsystem, der distribueres i henhold til en GNU General Public Licence (»GNU GPL«). Ifølge beslutningens betragtning 87 løser Linux kun et begrænset antal egentlige operativsystemopgaver, men kan kombineres med andre programmer, med henblik på at danne et »Linux-operativsystem«. På markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere er Linux forbundet med programmet Samba, som også distribueres i henhold til en »GNU GPL«-licens (betragtning 294, 506 og 598). For det tredje repræsenterer UNIX-produkter, som omfatter flere operativsystemer med en række fælles egenskaber (betragtning 42), en markedsandel på mellem 5 og 15 %.
- 18 Endvidere finder Kommissionen, at markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere kendetegnes af mange adgangsbarrierer (betragtning 515-525) og af de særlige forbindelser, der er mellem dette marked og markedet for operativs-

systemer for klient-pc'er (betragtning 526-540). Kommissionen drager den konklusion, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere.

II — *De i beslutningen fastslåede former for misbrug*

Den i beslutningen fastslåede nægtelse

- 19 Det første tilfælde, hvor Microsofts adfærd har været udtryk for misbrug, beskrives i beslutningens betragtning 546-791 og består i, at Microsoft i perioden fra oktober 1998 til det tidspunkt, hvor beslutningen blev vedtaget, har nægtet at give sine konkurrenter »interoperabilitetsoplysninger« og tillade, at sådanne oplysninger anvendes til at udvikle og distribuere produkter, der konkurrerer med Microsofts produkter, på markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere [beslutningens artikel 2, litra a)]. »Interoperabilitetsoplysninger« defineres i beslutningen som »de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige de protokoller, der er implementeret i Windows-operativsystemerne for arbejdsgruppeservere, og som Windows-baserede arbejdsgruppeservere anvender til at levere fildelings- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser, herunder Windows Domain Controller-ydelser, Active Directory-ydelser og »Group Policy«-ydelser, til Windows-baserede arbejdsgruppenetværk« (beslutningens artikel 1, stk. 1). »Protokoller« defineres som »et sæt regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskellige kopier af Windows-operativsystemer for arbejdsgruppeservere og Windows-operativsystemer for klient-pc'er, som er installeret på forskellige computere i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk« (beslutningens artikel 1, stk. 2).

- 20 For nærmere at afgrænse den kritiserede adfærd understreges det navnlig i beslutningen, at nægtelsen ikke vedrører dele af Microsofts kildekode, men kun specifikationer for de omhandlede protokoller, dvs. beskrivelser af, hvad der forventes af det pågældende programmel, i modsætning til »implementeringer«, dvs. afvikling af koden på computeren (betragtning 24 og 569). Endvidere finder Kommissionen, at Microsofts adfærd er en del af et generelt mønster (betragtning 573-577), at den indebærer en begrænsning af de hidtidige forsyningsniveauer (betragtning 578-584), at den skaber fare for udelukkelse af konkurrencen (betragtning 585-692), og at den har en negativ indvirkning på den teknologiske udvikling til skade for forbrugerne (betragtning 693-708). Desuden afviser Kommissionen Microsofts argumenter om, at selskabets nægtelse er objektivt begrundet (betragtning 709-778).

Det i beslutningen fastslåede koblingssalg

- 21 Kommissionen finder, at Microsoft har gjort sig skyldig i endnu en form for adfærd, som udgør misbrug; den beskrives i beslutningens betragtning 792-989. Ifølge Kommissionen har Microsoft i perioden fra maj 1999 til det tidspunkt, hvor beslutningen blev meddelt, gjort levering af operativsystemet Windows for klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af programmet Windows Media Player [beslutningens artikel 2, litra b)].
- 22 Kommissionen finder hvad dette angår, at Microsofts adfærd opfylder betingelserne for at fastslå, at der foreligger koblingssalg, som har karakter af misbrug som omhandlet i artikel 82 EF (betragtning 794-954). For det første indtager Microsoft ifølge beslutningen en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er (betragtning 799). For det andet anses multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer for klient-pc'er for særskilte

produkter i beslutningen (betragtning 800-825). For det tredje angives det, at Microsoft ikke giver forbrugerne mulighed for at købe Windows uden Windows Media Player (betragtning 826-834). For det fjerde påvirker det af Kommissionen fastslåede koblingssalg ifølge denne konkurrencen på markedet for multimedieafspillere (betragtning 835-954).

- 23 Kommissionen peger i forbindelse med sin undersøgelse af, om denne fjerde betingelse er opfyldt, på, at Kommissionens og Fællesskabets retsinstanter i de klassiske sager om koblingssalg »har fundet, at koblingssalg af et særskilt produkt og det dominerende produkt er et tegn på, at udelukkelsesvirkningen af denne praksis for konkurrerende leverandører foreligger« (betragtning 841). Kommissionen finder dog i beslutningen, at der i det foreliggende tilfælde er gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af Windows Media Player udgør en adfærd, som efter sin art kan begrænse konkurrencen, eftersom brugerne i en vis udstrækning anskaffer sig multimedieafspillere over internet, undertiden gratis, der konkurrerer med Windows Media Player (samme betragtning).
- 24 Som led i disse yderligere undersøgelser finder Kommissionen for det første, at koblingssalget har givet Windows Media Player en verdensomspændende, universel tilstedeværelse på klient-pc'er, som ikke kan angribes gennem alternative distributionskanaler (betragtning 843-877), for det andet at denne tilstedeværelse overalt dels giver indholdsleverandørerne et incitament til at distribuere deres indhold i Windows Media Player-format, dels giver applikationsudviklerne et incitament til at udforme deres produkter således, at de bygger på en række af Windows Media Players funktionaliteter (betragtning 879-896), for det tredje at denne universelle tilstedeværelse har virkninger for en række tilgrænsende markeder (betragtning 897-899), og endelig for det fjerde at alle disponible markedsundersøgelser uden forskel viser, at Windows Media Player og Windows Media-formater benyttes i stadig større omfang på bekostning af konkurrenterne (betragtning 900-944). Kommissionen drager den konklusion af disse forskellige betragtninger, at der er en reel sandsynlighed for, at koblingssalget fører til afsvækkelse af konkurrencen, således at der i nær fremtid ikke længere vil være sikkerhed for, at der bevares en effektiv konkurrencestruktur (betragtning 984).

- 25 Endelig afviser Kommissionen Microsofts argumenter om, dels at koblingssalget medfører effektivitetsgevinster, som opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, Kommissionen har fastslået (betragtning 955-970), dels at Microsoft ikke har nogen tilskyndelse til at begrænse konkurrencen (betragtning 971-977).

III — *Afhjælpende foranstaltninger og den Microsoft pålagte bøde*

- 26 For de to tilfælde af misbrug, hvortil der henvises i beslutningen, pålægges Microsoft en bøde på 497 196 304 EUR (beslutningens artikel 3).
- 27 Endvidere pålægges Microsoft i beslutningens artikel 4 at bringe det i ovennævnte artikel 2 fastslåede misbrug til ophør i overensstemmelse med bestemmelserne i beslutningens artikel 5 og 6. Desuden skal Microsoft afstå fra den i artikel 2 omhandlede adfærd og enhver anden adfærd med samme eller tilsvarende formål eller virkning.
- 28 Som en foranstaltning, der skal råde bod på den i beslutningen fastslåede nægtelse, der er udtryk for misbrug, pålægges Microsoft i beslutningens artikel 5 følgende:

»a) Microsoft [...] skal senest 120 dage efter meddelelsen af [beslutningen] stille interoperabilitetsoplysninger til rådighed for enhver virksomhed, der ønsker at udvikle og distribuere operativsystemer for arbejdsgruppeservere, og på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår tillade de pågældende virksomheder at anvende interoperabilitetsoplysningerne til at udvikle og distribuere operativsystemer for arbejdsgruppeservere.

- b) Microsoft [...] skal drage omsorg for, at de interoperabilitetsoplysninger, som er stillet til rådighed, hurtigst muligt ajourføres, når dette er nødvendigt.

- c) Microsoft [...] skal senest 120 dage efter meddelelsen af [beslutningen] etablere en vurderingsordning, der gør det praktisk muligt for interesserede virksomheder at gøre sig bekendt med interoperabilitetsoplysningernes rækkevidde og de vilkår, hvorpå de kan anvendes. Microsoft [...] kan fastsætte rimelige, ikke-diskriminerende betingelser for at sikre, at den adgang til interoperabilitetsoplysningerne, der gives inden for denne ramme, kun udnyttes med henblik på vurdering.

[...]«

29 Den i beslutningens artikel 5 omhandlede frist på 120 dage udløb den 27. juli 2004.

30 Som foranstaltning til afhjælpning af det i beslutningen konstaterede misbrug i form af koblingssalg bestemmes følgende i beslutningens artikel 6:

- »a) Microsoft [...] skal senest 90 dage efter meddelelsen af denne beslutning tilbyde en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem for klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player. Microsoft [...] bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet for klient-pc'er koblet med Windows Media Player.

[...]«

- 31 Den i beslutningens artikel 6 omhandlede frist på 90 dage udløb den 28. juni 2004.

Sager om overtrædelse af USA's antitrustlovgivning

- 32 Samtidig med Kommissionens undersøgelse har Microsoft været genstand for en undersøgelse for overtrædelse af den amerikanske antitrustlovgivning.
- 33 I 1998 indbragte Amerikas Forenede Stater og 20 delstater søgsmål mod Microsoft i henhold til Sherman Act. Klagerne vedrørte en række foranstaltninger, som Microsoft havde truffet overfor Nescapes internetbrowser Navigator og Sun Microsystems Java-teknologi. De 20 delstater indbragte ligeledes søgsmål mod Microsoft for overtrædelse af deres egne antitrustlove.
- 34 United States District Court for the District of Columbia (herefter »distrikts-domstolen«) afsagde dom i sagen den 3. april 2000, og efter at United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (herefter »appeldomstolen«), hvortil Microsoft havde appelleret dommen, havde afsagt dom den 28. juni 2001, indgik Microsoft i november 2001 et forlig med De Forenede Staters justitsministerium og justitsministrene for ni delstater (herefter »det amerikanske forlig«), inden for hvis rammer Microsoft påtog sig to former for forpligtelser.
- 35 For det første indvilligede Microsoft i at udfærdige lister over specifikationer for de kommunikationsprotokoller, der gør det muligt for Windows-operativsystemer for arbejdsgruppeservere at »interoperere«, dvs. gøre sig kompatible, med Windows-operativsystemer for klient-pc'er, og i at give andre parter licens til disse specifikationer på nærmere fastsatte vilkår.

- 36 For det andet bestemmes det i det amerikanske forlig, at Microsoft skal gøre det muligt for udstyrsproducenter og endelige forbrugere at aktivere eller deaktivere adgangen til selskabets mellemprogrammer (»middleware«). Windows Media Player-programmet er et af produkterne i denne kategori, således som den defineres i det amerikanske forlig. Formålet med disse bestemmelser er at sikre, at leverandører af mellemprogrammer kan udvikle og markedsføre produkter, der fungerer korrekt sammen med Windows.
- 37 Den 1. november 2002 blev bestemmelserne godkendt af distriktsdomstolen, der samtidig afviste de forslag til afhjælpende foranstaltninger, som var blevet foreslået af de ni delstater, der ikke havde tiltrådt det amerikanske forlig.
- 38 Efter at staten Massachusetts havde appelleret den af distriktsdomstolen afsagte dom til appeldomstolen, stadfæstede denne distriktsdomstolens dom den 30. juni 2004.
- 39 I august 2002 indførtes Microsoft Communications Protocol Program (herefter »MCP«) for at gennemføre det amerikanske forlig. Det fremgår af den for Retten fremlagte dokumentation, at 17 licenstagere drog nytte af MCP i perioden fra august 2002 til juli 2004.

Retsforhandlinger

- 40 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 7. juni 2004 har Microsoft i medfør af artikel 230, stk. 4, EF anlagt sag med påstand om annullation af beslutningen eller, subsidiært, om annullation eller en væsentlig nedsættelse af den pålagte bøde.

- 41 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den 25. juni 2004 har Microsoft ligeledes i medfør af artikel 242 EF fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 4, artikel 5, litra a)-c), og artikel 6, litra a). Ved samme dokument har Microsoft desuden på grundlag af artikel 105, stk. 2, i Rettens procesreglement fremsat begæring om, at gennemførelsen af de nævnte bestemmelser udsættes, indtil der er truffet afgørelse i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 42 Som led i udøvelsen af sine beføjelser som dommer i sagen om foreløbige forholdsregler anmodede Rettens præsident samme dag Kommissionen om at oplyse, om den havde til hensigt at søge beslutningen gennemført, før der var truffet afgørelse vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler.
- 43 Ved skrivelse indgået til Rettens Justitskontor samme dag meddelte Kommissionen Retten, at den havde besluttet ikke at søge beslutningens artikel 5, litra a)-c), og artikel 6, litra a), gennemført, før der var truffet afgørelse i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 44 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 25. juni 2004 anmodede Novell Inc., Waltham, Massachusetts (Amerikas Forenede Stater) (herefter »Novell«), ved solicitors C. Thomas, M. Levitt, V. Harris og advokat A. Müller-Rappard, om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 45 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 30. juni 2004 anmodede RealNetworks Inc. (herefter »RealNetworks«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.

- 46 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 30. juni 2004 anmodede Computer & Communications Industry Association, Washington, DC (Amerikas Forenede Stater) (herefter »CCIA«), ved J. Flynn, QC, og advokaterne D. Paemen og N. Dodoo, om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 47 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 1. juli 2004 anmodede Software & Information Industry Association (herefter »SIIA«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 48 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 1. juli 2004 anmodede The Computing Technology Industry Association Inc. (herefter »CompTIA«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 49 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 2. juli 2004 anmodede The Association for Competitive Technology (herefter »ACT«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 50 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 5. juli 2004 anmodede Digimpro Ltd, London (Det Forenede Kongerige), TeamSystem SpA, Mamut ASA og CODA Group Holdings Ltd, Chippenham, Wiltshire (Det Forenede Kongerige), om tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 51 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 5. juli 2004 anmodede DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd og Tandberg Television Ltd (herefter »DMDsecure.com mfl.«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.

- 52 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 8. juli 2004 anmodede IDE Nätverkskonsulterna AB, Stockholm (Sverige), Exor AB, T. Rogerson, Harpenden, Hertfordshire (Det Forenede Kongerige), P. Setka, Sobeslav (Den Tjekkiske Republik), D. Tomicic, Nürnberg (Tyskland), M. Valasek, Karlovy Vary (Den Tjekkiske Republik), R. Rialdi, Genua (Italien), og B. Nati, Paris (Frankrig), om tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 53 Ved begæring indleveret den 13. juli 2004 anmodede Free Software Foundation Europe (herefter »FSF-Europe«) om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 54 Begæringerne om intervention er i overensstemmelse med procesreglementets artikel 116, stk. 1, blevet forkyndt for sagsøger og sagsøgte, som enten har fremsat bemærkninger inden for den fastsatte frist eller undladt at fremsætte bemærkninger. Ved skrivelser af 6. og 8. juli 2004 anmodede Microsoft om, at de oplysninger i beslutningen, Kommissionen havde indvilliget i ikke at offentliggøre i den udgave, der var tilgængelig på dens website, blev behandlet fortroligt over for de parter, der fik tilladelse til at intervenere.
- 55 Kommissionen indgav skriftligt indlæg vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler den 21. juli 2004. Indlægget blev samme dag meddelt Microsoft.
- 56 Ved kendelse af 26. juli 2004 gav Rettens præsident CompTIA, ACT, TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com mfl., Exor AB, Novell, RealNetworks, CCIA og SIIA tilladelse til at intervenere og afviste de af Digimpro Ltd, CODA Group Holdings Ltd, IDE Nätvärkskonsulenterna AB, T. Rogerson, P. Setka, D. Tomicic, M.

Valasek, R. Rialdi og B. Nati fremsatte begæringer om intervention. Rettens præsident bestemte ligeledes, at den ikke-fortrolige udgave af procesdokumenterne skulle tilstilles intervenienterne, og at afgørelsen om begæringen om fortrolig behandling ville blive truffet på et senere tidspunkt.

- 57 Den 27. juli 2004 arrangerede Rettens præsident som led i udøvelsen af sine beføjelser som dommer i sagen om foreløbige forholdsregler et uformelt møde, hvori — ud over Microsoft og Kommissionen — de parter var blevet opfordret til at deltage, der havde fået tilladelse til at intervenere ved den kendelse, som Rettens præsident havde afsagt den 26. juli 2004, samt FSF-Europe. På mødet gav præsidenten FSF-Europe foreløbig tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler og redegjorde over for parterne for tidsplanen for de forskellige trin i retsforhandlingerne i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 58 Ved kendelse af 6. september 2004 blev FSF-Europe meddelt tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.
- 59 De af parterne, som havde fået tilladelse til at intervenere, afgav indlæg inden for den fastsatte frist.
- 60 I overensstemmelse med hvad der var blevet besluttet på det uformelle møde den 27. juli 2004, besvarede Microsoft den 19. august 2004 Kommissionens indlæg af 21. juli 2004.
- 61 Ved begæring indleveret den 31. august 2004 anmodede Audiobanner.com, som driver virksomhed under navnet VideoBanner (herefter »VideoBanner«), Los Angeles, Californien (Amerikas Forenede Stater), ved advokat L. Alvizar Ceballos,

om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler. Da ingen af sagens to hovedparter modsatte sig denne interventionsbegæring, meddeltes VideoBanner foreløbig tilladelse til at intervenere og blev anmodet om at indgive sit indlæg direkte under retsmødet.

62 Den 13. september 2004 indgav Kommissionen et nyt indlæg som svar på Microsofts indlæg af 19. august 2004.

63 Den 13. september 2004 indgav sagsøger og sagsøgte ligeledes skriftlige bemærkninger til interventionsindlæggene.

64 Som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse har Rettens præsident som led i udøvelsen af sine beføjelser som dommer i sagen om foreløbige forholdsregler stillet skriftlige spørgsmål til Microsoft, Kommissionen og nogle af intervenienterne. De svar, som er blevet afgivet på disse spørgsmål inden for den fastsatte frist, er blevet meddelt samtlige parter.

65 Samtlige parter, herunder VideoBanner, har afgivet indlæg under et retsmøde, der fandt sted den 30. september og den 1. oktober 2004.

66 Ved skrivelse af 8. oktober 2004 indleverede RealNetworks til Justitskontoret en række oplysninger, som præsidenten under retsmødet havde anmodet selskabet om at fremlægge. Skrivelsen blev meddelt de øvrige parter, som blev opfordret til at fremsætte bemærkninger derom.

- 67 Ved skrivelse af 27. oktober 2004 fremsatte Microsoft bemærkninger til Real-
68 Networks' skrivelse af 8. oktober 2004. De øvrige parter har ikke fremsat
bemærkninger.
- 68 Ved skrivelser af henholdsvis 10. og 19. november 2004 meddelte CCIA og Novell
Retten, at de trak deres intervention i den foreliggende sag tilbage. Kommissionen,
Microsoft og de øvrige parter fremsatte bemærkninger til denne tilbagetrækning
inden for den fastsatte frist.
- 69 Efter at CCIA og Novell havde trukket deres intervention tilbage, blev der den
25. november 2004 afholdt et uformelt møde med deltagelse af samtlige parter for at
behandle visse processuelle konsekvenser af tilbagetrækningen. Referatet af dette
møde blev fremsendt til samtlige parter den 26. november 2004.

Retlige bemærkninger

- 70 I medfør af bestemmelserne i artikel 242 EF sammenholdt med artikel 225, stk. 1, EF
kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af
den anfægtede retsakt.
- 71 Ifølge procesreglementets artikel 104, stk. 2, skal begæringer om foreløbige
forholdsregler angive søgsmålets genstand, de omstændigheder, der medfører
uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige
forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget (*fumus boni juris*). Disse
betingelser er kumulative, således at en begæring om udsættelse af gennemførelsen

ikke kan tages til følge, når en af dem ikke er opfyldt (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30). Fællesskabets retsinstanser kan endvidere i sager om foreløbige forholdsregler i givet fald foretage en interesseafvejning (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 23.2.2001, sag C-445/00 R, Østrig mod Rådet, Sml. I, s. 1461, præmis 73).

72 I forbindelse med denne samlede vurdering råder Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler over et vidt skøn ved afgørelsen af, hvorledes disse forskellige betingelser skal efterprøves. Dette skøn skal udøves under hensyn til den konkrete sags særegenheder (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 29.1.1997, sag C-393/96 P(R), Antonissen mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 441, præmis 28).

73 Ifølge procesreglementets artikel 7, stk. 1, »[træffes afgørelsen] ved en begrundet kendelse«. Det er dog blevet fastslået, at det ikke kan kræves, at Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler udtrykkeligt besvarer samtlige faktiske eller retlige momenter, som er blevet diskuteret under sagen om foreløbige forholdsregler. Det er navnlig tilstrækkeligt, at de af Retten anførte præmisser i en sag om foreløbige forholdsregler under hensyn til sagens omstændigheder gyldigt begrundet kendelsen og gør det muligt for Domstolen at udøve sin domstolskontrol (kendelsen i sagen SCK og FNK mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 71, præmis 52, og kendelse afsagt af Domstolens præsident den 25.6.1998, sag C-159/98 P(R), De Nederlandske Antiller mod Rådet, Sml. I, s. 4147, præmis 70).

74 Således som det fremgår af såvel beslutningens struktur som den måde, hvorpå Microsoft har opbygget sin argumentation, er Microsoft blevet beskyldt for to forskellige former for misbrug af dominerende stilling, og Retten har derfor fundet det hensigtsmæssigt særskilt at prøve på den ene side argumenterne til støtte for påstandene om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 5, litra a)-c), sammenholdt med beslutningens artikel 4 (dvs. den del, der vedrører spørgsmålet om interoperabilitetsoplysninger), og på den anden side argumenterne til støtte for påstandene om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), sammenholdt med samme artikel 4 (dvs. den del, der vedrører spørgsmålet om

koblingssalget af Windows-operativsystemet og Windows Media Player-programmet). Før denne prøvelse behandles begæringen om fortrolig behandling, VideoBanners interventionsbegæring, konsekvenserne af CCIA's og Novells tilbagetrækning af deres intervention og spørgsmålet om, hvorvidt Microsoft har overholdt visse formforskrifter vedrørende skriftlige indlæg.

I — *Begæringen om fortrolig behandling*

- 75 Der bør under sagen om foreløbige forholdsregler indrømmes fortrolig behandling over for de parter, som har fået tilladelse til at intervenere, af de oplysninger i beslutningen, Kommissionen har indvilliget i ikke at offentliggøre i den udgave, som er tilgængelig på dens website, da sådanne oplysninger umiddelbart kan anses for hemmelige eller fortrolige som omhandlet i procesreglementets artikel 116, stk. 2.

II — *VideoBanners interventionsbegæring*

- 76 Som anført i præmis 61 har VideoBanner anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.
- 77 Da begæringen er fremsat i overensstemmelse med procesreglementets artikel 115, stk. 2, og sagens hovedparter ikke har rejst indsigelse, tages den til følge i overensstemmelse med artikel 40, stk. 2, i Domstolens statut, der i medfør af samme statuts artikel 53, stk. 1, ligeledes finder anvendelse på Retten.

III — *Konsekvenserne af visse intervenienters tilbagetrækning af deres intervention*

78 Efter at CCIA og Novell havde meddelt Retten, at de trak deres intervention til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler tilbage, afholdt Rettens præsident som led i udøvelsen af sine beføjelser som dommer i sagen om foreløbige forholdsregler et uformelt møde mellem samtlige parter for at behandle visse processuelle konsekvenser af tilbagetrækningen.

79 Således som det fremgår af referatet af dette møde, blev parterne enige om, for det første, at de dokumenter, CCIA og Novell havde indgivet under sagen om foreløbige forholdsregler, herunder samtlige bilag til deres skriftlige indlæg, samt de argumenter, de havde fremsat under retsmødet, fortsat skulle indgå i akterne i den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler, for det andet, at samtlige parter skulle kunne lægge dette materiale til grund for deres argumenter, og at Retten skulle kunne lægge det til grund for sin vurdering, og for det tredje, at hele det materiale, som er blevet tilført akterne i denne sag, har været genstand for kontradiktorisk forhandling mellem parterne

80 Endvidere har RealNetworks i sine bemærkninger vedrørende CCIA's udtræden gjort gældende, at CCIA ikke havde beføjelse til at udtræde af den foreliggende sag.

81 Hvad dette angår finder Retten, at det ikke tilkommer den at behandle RealNetworks' indvending, for det første fordi den ikke har kompetence til at tage stilling til, om CCIA's styrende organer har truffet beslutning i overensstemmelse med CCIA's vedtægter, og for det andet fordi CCIA's begæring om at måtte udtræde af sagen er blevet fremsat i overensstemmelse med bestemmelserne i Rettens procesreglement.

IV — *De skriftlige indlægs overensstemmelse med formforskrifterne*

- 82 Kommissionen og nogle af de parter, der har intervenseret til støtte for dens påstande, har gjort gældende, for det første, at visse henvisninger til dokumenter, som er bilagt Microsofts stævning i hovedsagen, ikke kan tages i betragtning, for det andet, at nogle af de dokumenter, Microsoft har fremlagt under sagen, må afvises, for det tredje, at der ikke fremlagt bevis for en række påstande, og for det fjerde, at forskellige andre formforskrifter ikke er blevet overholdt.

Henvisninger til stævningen i hovedsagen

- 83 Kommissionen har i sit indlæg af 21. juli 2004 opregnet de punkter i begæringen om foreløbige forholdsregler, hvori der henvises dels til stævningen i hovedsagen, dels til dokumenter, som er bilagt denne stævning, men som ikke er bilagt begæringen om foreløbige forholdsregler (bilag 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 og A.24). Kommissionen finder, at Microsoft ikke med føje kan basere sig på disse dokumenter.
- 84 Kommissionen har i sit indlæg af 13. september 2004 tilføjet, at de nye henvisninger til stævningen i hovedsagen i Microsofts indlæg af 19. august 2004, navnlig vedrørende den inden for Verdenshandelsorganisationen (WTO) indgåede aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter »TRIPS-aftalen«), må udelukkes på samme måde som de tidligere nævnte. Begæringen om foreløbige forholdsregler kan ikke anses for tilstrækkelig i sig selv, når de tilsvarende dele af stævningen i hovedsagen vedføjtes begæringen som et bilag (bilag T.9).

- 85 Hvad dette angår bemærkes, at Rettens præsident på det uformelle møde den 27. juli 2004 (jf. præmis 57 ovenfor) henledte Microsofts opmærksomhed på, at begæringen om foreløbige forholdsregler indeholder talrige henvisninger til stævningen i hovedsagen, og stillede Microsoft en række spørgsmål herom. Om Microsofts svar anføres følgende i mødereferatet: »Sagsøger bekræftede, at begæringen om foreløbige forholdsregler skal betragtes som tilstrækkelig i sig selv, og at der under sagen om foreløbige forholdsregler kan ses bort fra de talrige henvisninger i begæringen til bilagene til stævningen i hovedsagen«.
- 86 Dette standpunkt er i overensstemmelse med afsnit VII, punkt 1, i Praktiske anvisninger til parterne (EFT 2002 L 87, s. 48), hvorefter begæringen om foreløbige forholdsregler »skal være umiddelbart forståelig, således at det ikke er nødvendigt at sammenholde den med stævningen i hovedsagen«.
- 87 Heraf følger, at berettigelsen af Microsofts begæring om foreløbige forholdsregler kun kan vurderes i relation til de faktiske og retlige omstændigheder, der fremgår af begæringen selv og af de bilag, som er vedføjet den med henblik på at belyse denne (jf. i denne retning kendelse afsagt af Rettens præsident den 7.5.2002, sag T-306/01 R, Aden mfl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. II, s. 2387, præmis 52). Skønt det ikke kan udledes heraf, at enhver påstand, der bygger på et dokument, som ikke er bilagt begæringen om foreløbige forholdsregler, nødvendigvis skal udelukkes fra forhandlingerne, kan en sådan påstand dog ikke anses for bevist, hvis den anfægtes af modparten i sagen eller af en part, som intervenserer til støtte for denne.
- 88 Hvad henvisningen til bilag T.9 angår bemærkes, at selv om begæringen på konkrete punkter kan underbygges og suppleres med henvisninger til nærmere angivne dele af dokumenter, der er vedlagt som bilag, kan en generel henvisning til andre processkrifter — selv om sådanne processkrifter måtte være vedlagt som bilag til begæringen om foreløbige forholdsregler — ikke afhjælpe, at de væsentlige omstændigheder ikke er medtaget i begæringen (kendelsen i sagen Aden mfl.

mod Rådet og Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 87, præmis 52). I den forbindelse kan afsnit VII, punkt 2, i Praktiske anvisninger til parterne, hvori det hedder, at »de faktiske og retlige grunde, som søgsmålet i hovedsagen støttes på, og som fører til, at dette umiddelbart forekommer velbegrundet«, skal angives »meget kortfattet og præcist«, ikke uden at omgå denne regel fortolkes således, at der kan henvises generelt til et bilagt dokument, som indeholder de nærmere enkeltheder i argumentet.

- 89 Uden at det berører de dokumenter, som måtte blive tilført sagens akter på et senere tidspunkt, og de mundtlige indlæg, der blev afgivet under retsmødet for Rettens præsident, vil afgørelsen i denne sag blive truffet uden hensyn til såvel bilagene til stævningen i hovedsagen som bilag T.9.

Frelæggelse af dokumenter under sagen

- 90 Kommissionen har i sit indlæg af 13. september 2004 indledningsvis anført, at argumenterne i Microsofts indlæg af 19. august 2004 går ud over argumentationen i stævningen i hovedsagen; det gælder navnlig de argumenter vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder, der fremsættes i enkeltheder i to særskilte bilag (bilag T.3, »Udtalelse af Prescott«, og bilag T.6, »Udtalelse af Galloux«). Endvidere forklares det ikke, hvorfor bilag T.3 — et dokument dateret den 3. juni 2004 — ikke blev fremlagt ved indgivelsen af begæringen om foreløbige forholdsregler.

- 91 Endvidere har Kommissionen anført, at Microsoft har bilagt sit indlæg af 19. august 2004 et dokument, som også er bilagt stævningen i hovedsagen (bilag A.21, nu bilag T.5, Knauer: »Patentretsaspekter i [beslutningen]«), og et dokument, der tilsyneladende har samme indhold som et bilag til stævningen i hovedsagen (bilag T.8, Evans, Nichols og Padilla: »Økonomisk dokumentation i forbindelse med de spørgsmål om udelukkelsesvirkninger, Kommissionen har rejst i tilknytning til påstandene om nægtelse af fremlæggelse og koblingssalg«, der er sammenligneligt med bilag A.19).

- 92 Novell og CCIA har i deres svar på de skriftlige spørgsmål, Retten stillede dem, før de trak deres intervention tilbage, anført, at visse dokumenter ikke kan tages i betragtning, da de skulle have været fremlagt sammen med begæringen om foreløbige forholdsregler, men først er blevet fremlagt på et senere tidspunkt (bilag T.3, T.5, T.8 og U.2, Campbell-Kelly: »Om det innovative ved Active Directory«).
- 93 Retten bemærker, at dokumenterne T.3, T.5, T.6 og T.8 er bilagt Microsofts indlæg af 19. august 2004 og har til formål at underbygge dette. Microsoft kan derfor ikke kritiseres for at have svaret udførligt på de argumenter, Kommissionen fremlagde i sit indlæg af 21. juli 2004, og det er i den forbindelse uden betydning, at det bilagte dokument bærer en tidligere dato end datoen for indlevering af begæringen om foreløbige forholdsregler, og at det er identisk eller sammenligneligt med et dokument, som er bilagt stævningen i hovedsagen. Microsoft kunne på samme måde, og af de samme grunde, med føje have baseret sine bemærkninger til interventionsindlæggene på bilag U.2.

Mangel på beviser

- 94 Kommissionen bemærker, at bilag T.5 og T.8 bygger på oplysninger, den ikke har adgang til (bilag T.5: der henvises i punkt 4 til en ikke nærmere angivet oplysning fra Microsoft; bilag T.8: de rapporter er ikke bilagt, hvortil der henvises i punkt 6 (rapporterne er udarbejdet af Merrill Lynch og Forrester og indeholder oplysninger om servermarkedet), fodnote 35 (undersøgelse foretaget af Microsoft), fodnote 42 og 43 (»Undersøgelse foretaget af Digital Media Tracker«), fodnote 48 (»Undersøgelse af, hvilke multimedieafspillere der er installeret på pc'erne«), og fodnote 50 (»Indlæg fra NERA«)).
- 95 Det er tilstrækkeligt at bemærke herom, at det tilkommer Retten, når den tager stilling til begæringen om foreløbige forholdsregler, i givet fald at vurdere, om de påstande, der bygger på ovennævnte rapporter og oplysninger, savner bevisværdi.

Manglende overholdelse af visse andre formforskrifter

- 96 Kommissionen og CCIA — før denne trak sin intervention tilbage — har anført, at Microsoft i sin begæring om foreløbige forholdsregler henviser til bilag R.6 (»Carboni: Udtalelse vedrørende varemærkeret«) uden at angive, hvilken relevans dette dokument har, og at der derfor ikke bør tages hensyn til dette bilag.
- 97 Som anført ovenfor i præmis 88, kan en generel henvisning til andre processkrifter — selv om sådanne processkrifter måtte være vedlagt som bilag til begæringen om foreløbige forholdsregler — ikke afhjælpe, at de væsentlige omstændigheder ikke er medtaget i begæringen. I det foreliggende tilfælde anvendes bilag R.6, hvortil der henvises i begæringen om foreløbige forholdsregler, til at underbygge et argument om, at der er fare for krænkelse af Microsofts varemærker; argumentet har følgende ordlyd: »En øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), vil ligeledes i alvorlig grad skade varemærkerne Microsoft og Windows, idet det vil være pålagt Microsoft at sælge et forringet produkt, som er uforeneligt med Microsofts grundlæggende koncept.« Da det fremgår tilstrækkelig klart af denne sætning, at bilag R.6 har til formål at belyse den angivne fare, finder Retten ikke, at der skal ses bort fra det under retsforhandlingerne.

V — *Realiteten**Spørgsmålet om interoperabilitetsoplysninger*A — *Parternes argumenter*

1. Argumenter fremført af Microsoft og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande

a) *Fumus boni juris*

- 98 Microsoft finder, at der er en alvorlig uoverensstemmelse mellem Microsoft og Kommissionen med hensyn til, om det skal pålægges Microsoft at give licens til sine

kommunikationsprotokoller; betingelsen om, at det påvises, at beslutningens artikel 5, litra a)-c), umiddelbart forekommer ulovlig, er derfor opfyldt.

- 99 Microsoft har gjort gældende, at de fire betingelser, der skal være opfyldt, for at det kan pålægges en virksomhed at give licens, således som Domstolen har defineret dem i dom af 5. oktober 1988, Volvo (sag 238/87, Sml. s. 6211), af 6. april 1995, RTE og ITP mod Kommissionen (forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, Sml. I, s. 743, herefter »Magill-dommen«), af 26. november 1998, Bronner (sag C-7/97, Sml. I, s. 7791), og af 29. april 2004, IMS Health (sag C-418/01, Sml. I, s. 5039, præmis 49), ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 100 For det første er de oplysninger, Microsoft i beslutningen pålægges at fremlægge for konkurrenterne, og som er omfattet af selskabets intellektuelle ejendomsret, ikke uomgængeligt nødvendige for, at en leverandør af operativsystemer for arbejdsgruppeservere kan udøve sin virksomhed.
- 101 Indledningsvis er der ifølge Microsoft fem måder, hvorpå der kan sikres interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer; for det første kan der benyttes standardkommunikationsprotokoller såsom TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) og HTTP (HyperText Transfer Protocol), for det andet kan der føjes en programkode til et Windows-operativsystem for klient-pc'er eller servere for at gøre det muligt for dette system at kommunikere med et i forhold til Microsoft konkurrerende serveroperativsystem ved hjælp af kommunikationsprotokoller, som er særlige for det konkurrerende operativsystem, for det tredje kan der føjes en programkode til et i forhold til Microsoft konkurrerende serveroperativsystem for at gøre det muligt for dette system at kommunikere med et Windows-operativsystem for klient-pc'er eller servere ved hjælp af kommunikationsprotokoller, som er særlige for Windows-operativsystemet, for det fjerde kan der føjes en blok programkoder til samtlige operativsystemer for klient-pc'er og servere i et netværk for at tilvejebringe interoperabilitet ved hjælp af kommunikation mellem blokkene af programkoder, og for det femte kan et Windows-operativsystem for servere anvendes som »bro« mellem Windows-operativsystemet for klient-pc'er og det konkurrerende serveroperativsystem.

- 102 Endvidere har Microsoft henvist til, at kunderne ikke har klaget over den eksisterende grad af interoperabilitet.
- 103 Endelig har Microsoft påberåbt sig, at der fremdeles er flere konkurrenter, som udøver denne form for virksomhed.
- 104 For det andet har det ikke hindret fremkomsten af nye produkter — som der blandt forbrugerne stadig skulle være en utilfredsstillet efterspørgsel efter — at Microsoft har nægtet at give sine konkurrenter oplysninger, som er omfattet af Microsofts intellektuelle ejendomsret. Der er ikke ført bevis for, at en sådan efterspørgsel ikke er blevet tilfredsstillet. Det er heller ikke blevet bevist, at Microsofts konkurrenter vil anvende de af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder omfattede oplysninger til at udvikle nye produkter og ikke til simpelthen at reproducere eksisterende Microsoft-produkters funktionsmuligheder.
- 105 For det tredje har det ikke ført til udelukkelse af konkurrencen på et afledt marked, at Microsoft har forbeholdt sin teknologi sine egne formål, idet der er en livlig konkurrence mellem leverandørerne af operativsystemer for arbejdsgruppeservere, hvilket Linux' konstante vækst vidner om. Seks år efter, at Microsofts påståede nægtelse skulle være begyndt, hersker der således konkurrence på markedet.
- 106 For det fjerde er der en objektiv begrundelse for, at Microsoft har nægtet at give leverandører af konkurrerende serveroperativsystemer licens til sin teknologi. I modsætning til oplysningerne i Magill- og IMS Health-sagerne, nævnt ovenfor i præmis 99, som var beskyttet af den daværende nationale lovgivning, og som de involverede selskaber havde nægtet at fremlægge, vedrører de beskyttede oplysninger i den foreliggende sag en hemmelig og meget værdifuld teknologi. Kommissionens konklusion, hvorefter Microsofts nægtelse af at fremlægge oplysninger, som er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke er objektivt begrundet og følgelig udgør en overtrædelse af artikel 82 EF, bygger på et upræcist

bedømmelseskriterium, der afviger klart fra de kriterier, som er blevet fastlagt i den hidtidige retspraksis. Kommissionen har således fundet, at en sådan nægtelse udgør en overtrædelse af artikel 82 EF, hvis den negative indvirkning på Microsofts tilskyndelse til at innovere alt taget i betragtning opvejes af den positive indvirkning på innovationen inden for sektoren som helhed (betragtning 783). Ud over at dette nye kriterium er vagt, er det ikke blevet påvist på grundlag af beviser eller undersøgelser, at det vil fremme innovationen inden for sektoren, at Microsofts teknologi stilles til rådighed for konkurrenterne. Tværtimod vil en forpligtelse til at give licens efter Microsofts opfattelse mindske konkurrencen mellem leverandørerne af operativsystemer for servere.

- 107 Endvidere har Microsoft gjort gældende, at Sun Microsystems ikke har anmodet Microsoft om at få den teknologi stillet til rådighed, som Kommissionen har pålagt Microsoft at fremlægge. Microsoft var desuden ikke forpligtet til at tage i betragtning, at Sun Microsystems' anmodning kunne bringe Microsoft til at anlægge en adfærd, der kunne være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 82 EF, idet Sun Microsystems aldrig før havde anmodet om licens med henblik på at udvikle software inden for EØS.
- 108 Endelig har Kommissionen ved at pålægge Microsoft at give licens til beskyttede oplysninger ikke taget korrekt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i medfør af TRIPS-aftalen (jf. præmis 84 ovenfor).
- 109 Microsoft finder i sit indlæg af 19. august 2004, at Kommissionen ikke med føje kan hævde, at Microsoft ikke i beslutningen pålægges en ny adfærd, men kun pålægges at genoptage sin oprindelige forretningspolitik. For det første har Kommissionen ikke gjort gældende, at de i beslutningens artikel 5 omhandlede oplysninger er blevet fremlagt tidligere. Hvis det er de oplysninger om netværksteknologi, Microsoft i 1994 gav AT&T licens til for at gøre det muligt at udvikle et produkt med navnet »Advanced Server for UNIX« (»AS/U«), Kommissionen henviser til, er fremlæggelsen af disse oplysninger ikke blevet afbrudt. Produktet »PC Net Link«, som er udviklet af Sun Microsystems, til hvem AT&T har indrømmet licens til AS/U, findes

stadig på markedet i dag. Sun Microsystems nævner stadig i sin markedsføring, at PC Net Link leverer »originale Windows NT-netværksydelser« — herunder fil- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser — inden for rammerne af serveroperativsystemet Solaris. Sun Microsystems nævner ligeledes, at PC Net Link fungerer korrekt sammen med de seneste versioner af Windows-operativsystemerne for klient-pc'er, herunder Windows 2000 Professional og Windows XP.

- 110 Endvidere kan Microsoft ikke pålægges for fremtiden at give licens til alle sine kommunikationsprotokoller, fordi Microsoft i 1994 besluttede at give AT&T licens til en netværksteknologi. Desuden er det i medfør af en aftale, at det forretningsmæssige samarbejde mellem Microsoft og AT&T ikke er blevet udstrakt til at omfatte nye teknologier.

- 111 Endelig har Microsoft påpeget, at de konkurrerende leverandører af serveroperativsystemer ikke er afhængige af de interoperabilitetsoplysninger, Microsoft påstår at være ophørt med at fremlægge. Novell har aldrig anvendt AS/U og har aldrig udtrykt nogen form for interesse i at gøre det. Novells NetWare leverer fil- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser til Windows-operativsystemer ved hjælp af sit eget sæt kommunikationsprotokoller. Leverandørerne af Linux anvender heller ikke AS/U. Deres serveroperativsystemer leverer fil- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser til Windows-operativsystemer ved hjælp af open source-programmet Samba, som er udviklet gennem reverse engineering af Microsofts kommunikationsprotokoller.

b) Uopsættelighed

- ¹¹² Microsoft har gjort gældende, at en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 5, litra a)-c), vil medføre tre former for alvorlig og uoprettelig skade.

1) Krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

- ¹¹³ Microsoft pålægges i beslutningen at give licens til meget værdifulde oplysninger, som er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Denne krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder udgør en alvorlig og uoprettelig skade.

i) Meget værdifulde oplysninger

- ¹¹⁴ Microsoft har anført, at kommunikationsprotokollerne udgør en teknologi, som ejes af Microsoft; den anvendes i Windows-operativsystemer for klient-pc'er og servere til at udveksle oplysninger med andre kopier af disse systemer og har betydelig økonomisk værdi (undersøgelse af S. Madnick og B. Meyer: »Skade som følge af pålægget til Microsoft om at fremlægge samtlige de kommunikationsprotokoller, der anvendes til levering af arbejdsgruppeydelser«, der er fremlagt som bilag R.2 (herefter »Madnick og Meyer-undersøgelsen«). Microsofts kommunikationsprotokoller er resultatet af mange års meget bekostelig forskning og udvikling. Der er udfoldet betydelige bestræbelser for at udvikle kommunikationsprotokoller, der leverer nyttige funktionsmuligheder, og som forbedrer den hastighed, pålidelighed, sikkerhed og effektivitet, hvormed Windows-operativsystemerne interagerer.

- 115 Specifikationer for kommunikationsprotokollerne, som er detaljerede beskrivelser af den måde, hvorpå protokollerne er udformet og fungerer, vil gøre det muligt for konkurrenter, som er i besiddelse af dem, at anvende Microsofts kommunikationsprotokoller i deres egne operativsystemer for servere.
- 116 Microsoft har fremhævet i sit indlæg af 19. august 2004, at pligten til at give licens til specifikationerne for de kommunikationsprotokoller, som gør det muligt for flere Windows-serveroperativsystemer at samarbejde om at levere arbejdsgruppaydelser, vil føre til afsløring af et stort antal oplysninger om Windows-operativsystemernes indre opbygning. Hvis der gives licens til de kommunikationsprotokoller, der gør det muligt for forskellige Windows-serveroperativsystemer at interagere, vil det — således som det fremgår af Madnick og Meyer-undersøgelsen — føre til afsløring af en lang række oplysninger om, hvordan disse operativsystemers katalogfunktion, Active Directory, virker.

ii) Oplysninger beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder

- 117 Microsofts kommunikationsprotokoller og de specifikationer, der beskriver dem, er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Microsoft har over for et argument fremført af Kommissionen i dennes indlæg af 21. juli 2004 anført, dels at der skal sondres mellem udformning af protokoller, specifikationer for protokoller og implementering af protokoller, dels at den beskyttelse, der knytter sig til intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke er begrænset til én af disse tre kategorier.

Ophavsretsbeskyttelse

- 118 Kommunikationsprotokoller er beskyttet af ophavsret i henhold til Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker af 9. september 1886, senest ændret den 28. september 1979, og Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT L 122, s. 42) ifølge betragtningerne til direktivet og dets artikel 1, stk. 1. Specifikationerne for disse protokoller udgør forberedende designmateriale, som ligeledes nyder ophavsretsbeskyttelse (udtalelse af Prescott, bilag T.3, nævnt ovenfor i præmis 90).
- 119 Som enhver anden ophavsretsindehaver har Microsoft følgelig eneret til at give tilladelse til, at selskabets beskyttede værker offentliggøres eller stilles til rådighed for offentligheden på anden måde. Det er udtrykkeligt bestemt i flere medlemsstaters ophavsretslovgivning, at ejerne af beskyttede værker kan bestemme, om værkerne skal offentliggøres eller fremlægges på anden måde. Beslutningen fratager Microsoft retten til at bestemme, under hvilken form, for hvem, hvornår og på hvilke betingelser Microsoft skal gøre specifikationerne for sine kommunikationsprotokoller tilgængelige, hvis selskabet skulle ønske dette. Kommissionen kan derfor ikke både anerkende, at specifikationerne for Microsofts kommunikationsprotokoller er beskyttet af ophavsret, når de er blevet dokumenteret skriftligt, og hævde, at det i beslutningen meddelte pålæg til Microsoft om at give licens til specifikationerne ikke strider imod selve kernen i denne ret.
- 120 Endvidere fremgår det af Bernerkonventionens artikel 12 og artikel 4 i direktiv 91/250, at ophavsretsindehaveren har eneret til at give tilladelse til, at der frembringes afledte værker. Hvis Microsofts konkurrenter implementerer specifikationerne for kommunikationsprotokollerne, vil eneretten til at give tilladelse til frembringelse af afledte værker blive tilsidesat, da der næsten givet vil være tale om en bearbejdelse eller en oversættelse af specifikationerne, som er omfattet af ophavsretten, og som derfor ikke kan anses for at udgøre et selvstændigt udviklet

værk. Selv hvis licenshaverne kunne implementere visse specifikationer uden at krænke Microsofts ophavsret, pålægges de ikke i beslutningen at gøre dette; det bestemmes nemlig, at Microsoft skal »tillade«, at specifikationerne for kommunikationsprotokollerne »anvendes«, men der fastsættes ikke nogen begrænsninger for, hvordan licenshaverne kan udvikle deres frembringelser. Der er derfor ikke nogen grund til at tro, at licenshaverne vil begrænse sig til at udvikle lovlige applikationer; selv hvis dette er muligt.

- 121 Endelig har Microsoft gjort gældende, at samtlige parter i det amerikanske forlig anerkendte, at specifikationerne for Microsofts klient-server kommunikationsprotokoller er beskyttet af ophavsret.

Patentbeskyttelse

- 122 Microsoft har i begæringen om foreløbige forholdsregler anført, at en række af de kommunikationsprotokoller, Kommissionen har pålagt selskabet at fremlægge, er omfattet af patenter eller patentansøgninger, og at Microsoft inden juni 2005 agter at indgive et stort antal patentansøgninger vedrørende forskellige aspekter af Windows-operativsystemerne for klient-pc'er og servere, som omfatter de i beslutningen omhandlede kommunikationsprotokoller. Den manglende tidsbegrænsning af beslutningens virkninger indebærer, at fremtidige patenter er omfattet af den i beslutningen fastsatte pligt til at give licens.

- 123 Microsoft har i sit indlæg af 19. august 2004 henvist til tre eksisterende europæiske patenter og to endnu ikke afgjorte ansøgninger om et europæisk patent, som omfatter de kommunikationsprotokoller, som Microsoft pålægges at give licens på. Ifølge udtalelsen af Knauer, bilag T.5, nævnt ovenfor i præmis 91, er en række

kommunikationsprotokoller, som Windows-serveroperativsystemerne anvender til at levere fil- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser, omfattet af patenter; det gælder for det første protokollen DFS (Distributed File System), som er omfattet af patent EP 0 661 652 B1, for det andet protokollen SMB, som er omfattet af patent EP 0 438 571 B1, og for det tredje protokollen Distributed Component Object Model Remote, som er omfattet af patent EP 0 669 020 B1. Patentansøgningerne vedrører protokollerne Constraint Delegation og Active Directory Sites.

- 124 Microsoft har i denne forbindelse anført, at Kommissionen ikke har udelukket patenteret teknologi fra den afhjælpende foranstaltning og pålægger Microsoft at give licens på alle de kommunikationsprotokoller, som Microsoft har intellektuel ejendomsret til, herunder samtlige patenterede protokoller. Konkurrenterne vil derfor ikke have nogen grund til at prøve at udvikle applikationer, hvori de patenterede metoder ikke anvendes.

Beskyttelse som forretningshemmeligheder

- 125 Ifølge Microsoft udgør kommunikationsprotokollerne forretningshemmeligheder, som kun er blevet videregivet til andre, når disse har påtaget sig at overholde en kontraktligt fastsat fortrolighedsforpligtelse.
- 126 Over for Kommissionens indlæg af 21. juli 2004, hvorefter det må afhænge af de berørte interesser, om det er lovligt at nægte at afsløre en »hemmelighed«, hvis tilstedeværelse udelukkende skyldes en ensidig forretningsmæssig beslutning, og hvorefter den skade, Microsoft påføres ved at blive pålagt at afsløre sine forretningshemmeligheder, er mindre alvorlig end den skade, Microsoft påføres ved at blive pålagt at tillade reproduktion af sine ophavsretsbeskyttede værker eller krænkelse af sine patenter, har Microsoft anført, at selskabet på nuværende tidspunkt kan stille sine kommunikationsprotokoller til rådighed for tredjemand mod vederlag, at det kan retsforfølge parter, som anvender protokollerne ulovligt

(udtalelserne af Prescott og Galloux, henholdsvis bilag T.3 og T.6, nævnt ovenfor i præmis 90), og at pligten til at give licens derfor vil udhule værdien af disse aktiver. Desuden kan det ikke udledes af Rettens dom af 6.10.1994, Tetra Pak mod Kommissionen (sag T-83/91, Sml. II, s. 755, præmis 84 og 139), at Retten har fastslået, at hemmelige oplysninger, som har form af specifikationer, ikke er beskyttet på samme måde som andre intellektuelle ejendomsrettigheder, idet Retten ikke skulle tage stilling til, om specifikationerne for emballagekartoner udgjorde beskyttede forretningshemmeligheder.

Oplysningernes nødvendighed

- 127 Kommissionen har i sit indlæg af 21. juli 2004 gjort gældende, at specifikationerne for Microsofts kommunikationsprotokoller er »oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet« som omhandlet i direktiv 91/250, og at Microsofts konkurrenter ikke opnår andet gennem den i beslutningen fastsatte pligt til at give licens, end hvad de ville kunne ved at dekompile Windows-serveroperativ-systemerne i overensstemmelse med undtagelsen i direktivets artikel 6.
- 128 Microsoft finder imidlertid, at denne påstand er forkert af flere grunde.
- 129 For det første udgør artikel 6, stk. 2, i direktiv 91/250 kun en begrænset undtagelse fra de enerettigheder, der tilkommer ejeren af et beskyttet edb-program, således som de defineres i direktivets artikel 4. En bruger, der benytter et beskyttet edb-program »lovligt«, har under visse klart definerede omstændigheder ret til at »opdage« dets grænseflader ved at »dekompile« den maskinlæsbare kode, der synliggør grænsefladerne. En sådan »dekompilering« er kun tilladt, når grænsefladerne er nødvendige for at sikre funktionaliteten af et selvstændigt udviklet edb-program, og når programmets ejer ikke har gjort dem tilgængelige. Ud over at Microsoft i det foreliggende tilfælde har anført, at Microsoft allerede har fremlagt de grænseflader,

som er en forudsætning for, at edb-programmer udviklet af andre kan gøre brug af Windows-serveroperativsystemernes funktionalitet, er specifikationerne for Microsofts kommunikationsprotokoller ikke nødvendige for at sikre funktionaliteten af et selvstændigt udviklet operativsystem for arbejdsgruppeservere. Tværtimod pålægges Microsoft i beslutningen at tillade konkurrenterne at frembringe produkter, der tilbyder de samme fil- og printerydelser og de samme bruger- og gruppeadministrationsydelser som Windows-serveroperativsystemerne, ved at udvikle deres egne implementeringer af Microsofts kommunikationsprotokoller. Microsoft tvinges således til at give sine konkurrenter værdifulde forretningsoplysninger under omstændigheder, der på ingen måde giver dem ret til dekompilering i henhold til artikel 6, stk. 2, i direktiv 91/250.

- 130 For det andet er det ifølge artikel 6 i direktiv 91/250 tilladt at skaffe sig oplysninger ved dekompilering, men der fastsættes i artiklens stk. 2 tre snævre begrænsninger for, hvad sådanne oplysninger kan bruges til; bl.a. forbydes det at anvende dem til at udvikle et program, der reproducerer det dekompilede program. I beslutningen fastsættes der derimod ingen sådanne begrænsninger; tværtimod tillades det licenstagere at udvikle applikationer, der krænker Microsofts ophavsret til specifikationerne for selskabets kommunikationsprotokoller.
- 131 For det tredje er specifikationerne mere værdifulde end de oplysninger, Microsofts konkurrenter kunne skaffe sig ved en lovlig dekompilering.

Alvorlig og uoprettelig skade

- 132 For det andet har Microsoft gjort gældende, at videregivelsen af oplysninger, som er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, vil medføre alvorlig og uoprettelig skade.

133 Da beslutningens artikel 5, litra a), tillader Microsofts konkurrenter at anvende kommunikationsprotokollerne til at tilbyde serveroperativsystemer, der kan erstatte dem, der leveres af Microsoft, fratager den Microsoft de konkurrencefordele, Microsoft har erhvervet gennem forskning og udvikling. Intellectuelle ejendomsrettigheder indebærer ret til at vælge, om den beskyttede ejendom skal anvendes eller ej, og hvordan den skal anvendes. Det er blevet fastslået, at pligt til at indrømme licens undergraver ophavsrettens »eksistensberettigelse«, som er at give »skaberen af originalværker med opfindelseshøjde eneret til at udnytte sådanne værker« (kendelse afsagt af Rettens præsident den 26.10.2001, sag T-184/01 R, IMS Health mod Kommissionen, Sml. II, s. 3193, præmis 125). Retten har derfor udtalt, at en virksomhed kan lide »alvorlig og uoprettelig skade«, hvis den pålægges at indrømme licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, selv hvis der er tale om en »rent foreløbig« foranstaltning, og selv hvis de oplysninger, der er tale om, allerede er offentligt tilgængelige (samme kendelse, præmis 127).

134 Den uoprettelige karakter af en fremlæggelse af oplysninger, som er omfattet af intellektuel ejendomsret, er særlig åbenbar, når der er tale om forretningshemmeligheder. I det foreliggende tilfælde vedrører oplysningerne Microsofts viden om, hvordan visse opgaver, som serveroperativsystemer skal udføre alene eller i samarbejde med operativsystemer for klient-pc'er og servere, skal løses. Når denne viden er blevet afsløret, kan den aldrig slettes i hukommelsen hos de personer, der har modtaget den.

135 Pligten til at give licens til oplysninger, som er beskyttet af ophavsret, vil ligeledes have uoprettelige virkninger for konkurrencen. Microsofts konkurrenter vil nemlig ved at undersøge de ophavsretligt beskyttede specifikationer for kommunikationsprotokollerne kunne skaffe sig indgående kendskab til de indre virkemåder i Microsofts operativsystemer og anvende dette kendskab i deres egne produkter. Det vil ikke på et senere tidspunkt kunne kontrolleres, at Microsofts konkurrenter ikke har gjort brug af dette kendskab.

- 136 Desuden vil pligten til at give licens til udnyttelse af patenter medføre uoprettelig skade. Hvis beslutningen annulleres, vil Microsoft ganske vist kunne retsforfølge tredjemand for at forhindre den pågældende i at udnytte den patenterede teknologi, men det ville være særdeles kompliceret og ineffektivt at prøve at kontrollere, om Microsofts teknologi stadig bliver anvendt eller er uanvendt, og de produkter, der er blevet frembragt i mellemtiden, og hvori Microsofts opfindelser er blevet inkorporeret, vil sandsynligvis stadig findes i distributionskanalerne og hos forbrugerne.
- 137 Skønt de licenser, som Microsoft ifølge beslutningen skal give til udnyttelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder, kan meddeles på en »rimelig, ikke-diskriminerende måde«, hvilket formentlig betyder, at der kan opkræves en afgift, vil en sådan afgift ikke råde bod på den skade, krænkelsen af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder vil medføre (jf. i denne retning kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, præmis 125).

2) Indgreb i Microsofts forretningsfrihed

- 138 Microsoft har under henvisning til kendelse afsagt af Rettens præsident den 3. juni 1996 (sag T-41/96 R, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 381, præmis 54) og kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, præmis 133 ovenfor, præmis 130, gjort gældende, at gennemførelsen af beslutningen vil gøre indgreb i Microsofts ret til frit at fastlægge de vigtigste led i sin forretningspolitik.

i) Friheden til at fremlægge oplysninger

- 139 I det foreliggende tilfælde er det ikke Microsofts forretningspolitik at give en generel licens til sine kommunikationsprotokoller. I det amerikanske forlig blev det aftalt, at

Microsoft skulle give licens til sine klient-server-kommunikationsprotokoller, men det indgik ikke i forliget, at der skulle gives licens til server-server-kommunikationsprotokollerne. Ved at pålægge Microsoft at udlevere specifikationerne for server-server-kommunikationsprotokollerne, hvoraf størstedelen aldrig er blevet dokumenteret skriftligt, tvinges Microsoft i beslutningen til at levere teknologi til sine konkurrenter på markedet for serveroperativsystemer.

140 Herefter har Microsoft forklaret forskellene mellem på den ene side det amerikanske forlig og den med Sun Microsystems indgåede aftale og på den anden side beslutningen.

141 Den omstændighed, at Microsoft ifølge det amerikanske forlig skal give licens til klient-server-kommunikationsprotokollerne, har udelukkende til formål at sikre interoperabilitet med Windows-operativsystemerne for klient-pc'er; i beslutningen pålægges det derimod Microsoft at give licens til de samme protokoller, med henblik på anvendelse i operativsystemer for arbejdsgruppeservere, der leverer fil- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser til ethvert Windows-operativsystem for klient-pc'er eller servere.

142 Det forlig, der i april 2004 blev indgået med Sun Microsystems — som er den eneste part, der har klaget til Kommissionen — omfatter bl.a. en række gensidige overenskomster, hvori parterne har aftalt at samarbejde om produktudvikling og at indgå kontrakter om krydslicenser, herunder licenser til de former for kommunikationsprotokoller, der er omhandlet i beslutningen. Microsoft har fremhævet, at krydslicenserne sikrer Microsoft en modydelse i form af adgang til oplysninger, der er omfattet af Sun Microsystems' intellektuelle ejendomsret, og i form af tilskyndelsen for Sun Microsystem til at respektere Microsofts intellektuelle

ejendomsrettigheder til den teknologi, hvortil der gives licens. Aftalernes gensidige karakter giver netop Microsoft den modydelse, der savnes i forbindelse med det pålæg om at give licenser, der er fastsat i beslutningen.

ii) Friheden til produktudvikling

¹⁴³ Microsoft har gjort gældende, at en gennemførelse af beslutningen vil fratage Microsoft muligheden for at udvikle sine produkter. Pligten til at give licenser til kommunikationsprotokollerne vil nemlig på afgørende måde gribe ind i Microsofts frihed til at udvikle sine produkter. Således som det fremgår af Madnick og Meyer-undersøgelsen, vil fremtidige forbedringer af Microsofts protokoller, og i sidste instans selskabets innovationsmuligheder, blive hæmmet. Når tredjemands produkter begynder at være afhængige af elementerne i udformningen af et Windows-serveroperativsystem i stedet for at gøre brug af systemets funktionalitet gennem offentliggjorte grænseflader, vil det mindske Microsofts muligheder for at ændre elementerne for at forbedre produktet. I modargumentationen i Kommissionens indlæg af 21. juli 2004 ses der bort fra de markedsmaessige realiteter. Hver gang Microsoft udsender et nyt Windows-serveroperativsystem, udgør det allerede en programmeringsmaessig udfordring at bevare bagudkompatibiliteten med de tusindvis af offentliggjorte grænseflader, som anvendes af edb-programmer frembragt af andre. Det bliver betydeligt vanskeligere at tilføje nye funktionaliteter og forbedre de eksisterende funktionaliteters effektivitet, sikkerhed og pålidelighed, hvis andres edb-programmer gør brug af Windows-funktionaliteter gennem protokoller, der tidligere har været fortrolige (Madnick og Meyer-undersøgelserne, bilag R.2 og T.7).

iii) Nødvendigheden af at gøre protokollerne »modstandsdygtige«

¹⁴⁴ Private protokoller udformes ikke med henblik på at blive anvendt i ukendt programmel udviklet af andre. Fremlæggelsen af et stort antal private kommunika-

tionsprotokoller kan derfor føre til funktionsforstyrrelser, nedbrud og sikkerhedsrisici. Microsoft vil derfor blive nødt til at anvende en del af sine ressourcer til at gøre protokollerne »modstandsdygtige« over for uigennemtænkt eller forsætlig skadelig anvendelse af dem, hvilket ofte kræver, at der tilføjes beskyttende kode eller foretages omfattende yderligere testning, inden de produkter kan frigives, hvori kommunikationsprotokollerne anvendes. Beslutningen undergraver derfor uopretteligt Microsofts frihed til at udvikle sine produkter på den måde, selskabet finder hensigtsmæssig.

145 Microsoft har i sit indlæg af 19. august 2004 tilføjet, at det vil gøre kunderne teknisk sårbare, såfremt specifikationerne for kommunikationsprotokoller, som aldrig har haft andet formål end at sikre kommunikationen mellem Windows-serveroperativsystemer, fremlægges for Microsofts konkurrenter. Microsoft har hvad dette angår henvist til Madnick og Meyer-undersøgelserne, bilag R.2 og T.7. Sådanne protokoller bygger på en lang række antagelser om de indre virkemåder i de serveroperativsystemer, der samarbejder om at levere arbejdsgruppeydelser. De indeholder derfor ikke de beskyttelsesmekanismer, de ville have gjort, hvis de var blevet udformet med henblik på at kommunikere med programmet udviklet af andre. Selv om Microsoft har den mulighed at gøre implementeringer af sine kommunikationsprotokoller mere »modstandsdygtige« i fremtiden, ville der stadig findes millioner af Windows-serveroperativsystemer i kundernes netværk, hvori protokollerne anvendtes på deres nuværende udviklingstrin. Disse produkter ville ikke kunne ændres efterfølgende for at beskytte dem mod ukorrekt anvendelse af kommunikationsprotokollerne, da indbygning af de nødvendige beskyttelsesmekanismer ville kræve omfattende ændringer af produkter, der allerede bruges. Kommissionen har ganske vist kritiseret, hvad den har betegnet som »sikkerhed gennem hemmeligholdelse« (bilag S.2), men det vil skabe utryghed blandt kunderne, når de erfarer, at de fremlæggelser, Kommissionen pålægger Microsoft i beslutningen, har gjort de nuværende Windows-serveroperativsystemer sårbare over for funktionsforstyrrelser (Madnick og Meyer-undersøgelsen, bilag T.7). Protokollerne er indviklede, og der er stor fare for fejl, når de implementeres i et andet operativsystem for arbejdsgruppeservere. Sådanne fejl kan føre til væsentlige tab og ødelæggelse af data og dermed skade Microsoft og selskabets kunder. Det er klart, at kunderne er meget bange for tab og ødelæggelse af data, og Microsoft vil

derfor lide skade, navnlig på sit omdømme, hvis det eksisterende grundlag for Windows-serveroperativsystemer svækkes på grund af ukorrekt anvendelse af Microsofts kommunikationsprotokoller. Kommissionen har hævdet, at »en eventuel skade vil kunne udbedres [...] efter en eventuel annullation af beslutningen«. Men en annullation vil hverken råde bod på tabet eller ødelæggelsen af data eller genoprette Microsofts omdømme.

3) Uigenkaldelig ændring af markedsvilkårene

¹⁴⁶ Microsoft har gjort gældende, at pligten til at give licenser uigenkaldeligt vil ændre de herskende markedsvilkår til ugunst for Microsoft. Kommissionen synes at have tilstræbt en sådan ændring, således som det fremgår af beslutningens betragtning 695, hvori det hedder: »Hvis Microsofts konkurrenter havde adgang til de interoperabilitetsoplysninger, Microsoft nægter at fremlægge, kunne de anvende dem til at gøre de avancerede funktioner i deres egne produkter tilgængelige inden for rammerne af det net af interoperabilitetsforhold, opbygningen af Windows-arkitekturen er baseret på«.

¹⁴⁷ Som bevis for, at markedsvilkårene vil blive ændret uigenkaldeligt, har Microsoft gjort gældende, at konkurrenterne ved at undersøge de detaljerede specifikationer for kommunikationsprotokollerne, som er Microsofts ejendom — hvilket pålægget om at indrømme licenser giver dem mulighed for — vil blive bekendt med væsentlige aspekter af Windows-serveroperativsystemernes opbygning. Som anført i Madnick og Meyer-undersøgelsen vil de tidligere private specifikationer for kommunikationsprotokollerne navnlig kunne røbe oplysninger om operativsystemernes indre opbygning, idet protokollerne ofte er afhængige af en specifik implementering i en programkode. Tredjemands anvendelse af sådanne protokoller vil derfor kræve, at en række enkeltheder oplyses, som derimod er underforståede, når protokollerne anvendes privat af flere kopier af det samme operativsystem, der afvikles på forskellige servere.

- 148 Når sådanne oplysninger fremlægges i stor udstrækning, bliver det muligt for Microsofts konkurrenter i deres serveroperativsystemer at reproducere en række funktionaliteter, som Microsoft har udviklet gennem sin egen forsknings- og udviklingsindsats. Den skade, Microsoft vil lide som følge heraf, vil række ud over den påbudte fremlæggelse, ud over markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere, og endog ud over den geografiske rækkevidde af en tvangslicens.

c) Interesseafvejningen

- 149 Microsoft har for det første gjort gældende, at Fællesskabets interesse i at fastsætte en effektiv afhjælpende foranstaltning ikke kræver øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 5, litra a)-c).

- 150 Selskabet har indledningsvis anført, at da artikel 82 EF har til formål at »sikre forbrugernes interesser« og ikke at »beskytte bestemte konkurrenters position« (kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, præmis 145), bør der lægges stor vægt på, at forbrugerne ikke lider skade. I det foreliggende tilfælde kan kunderne imidlertid vælge flere forskellige interoperabilitetsløsninger. I de fem år, proceduren for Kommissionen har varetaget, har da heller ingen virksomhed udtalt, at den ønskede at vælge et andet serveroperativsystem end Windows, men at den af interoperabilitetsgrunde var tvunget til at vælge et Windows-serveroperativsystem.

- 151 Endvidere er det unødvendigt at gennemføre den i beslutningens artikel 5 omhandlede afhjælpende foranstaltning af den grund, at Microsofts konkurrenter ikke har noget øjeblikkeligt behov for adgang til selskabets kommunikationsprotokoller. Desuden har Kommissionen ifølge Microsoft ikke selv hævdet, at konkurrencen mellem leverandørerne af operativsystemer for arbejdsgruppeservere vil ophøre på kort sigt, hvis beslutningens artikel 5 stilles i bero.

- 152 Microsoft har i den forbindelse gjort gældende, at de produkter, som frembringes af Microsofts konkurrenter, for nærværende er konkurrencedygtige, og har fremlagt en række undersøgelser og prognoser vedrørende Linux, UNIX og Novell til støtte herfor.
- 153 Endvidere har Microsoft anført, at Kommissionen ikke har angivet, at der er en forbindelse mellem den i beslutningens artikel 5 fastsatte afhjælpende foranstaltning og en anmodning fra leverandørerne af operativsystemer for arbejdsgruppeservere. Hverken Sun Microsystems, Novell eller Free Software Foundation/Samba har anmodet om licens til de kommunikationsprotokoller, Microsoft ejer.
- 154 Den fordel, disse konkurrenter kunne opnå, hvis de kunne få kendskab til, hvordan Microsoft har løst forskellige problemer i forbindelse med udformningen af serveroperativsystemer, kan ikke gå forud for Microsofts berettigede interesse i at beskytte sin egen teknologi. Ved interesseafvejningen må den almene interesse i at bevare en effektiv konkurrence gå forud for alene Microsofts konkurrenters interesse.
- 155 Der er ingen fare for, at konkurrerende leverandører af serveroperativsystemer fortrænges fra markedet, hvis gennemførelsen af beslutningens artikel 5 udsættes. Microsofts konkurrenter har i mange år givet deres erhvervskunder licenser til deres serveroperativsystemer uden at have adgang til specifikationerne for de kommunikationsprotokoller, Microsoft i beslutningen pålægges at fremlægge for dem. Microsoft har til underbygning heraf fremlagt en række oplysninger om nogle af sine konkurrenter på det relevante marked.
- 156 Endelig mener Microsoft ikke, at det kan hævdes at være uopsætteligt at gennemføre beslutningen, når den administrative procedure — hvorunder Kommissionens vurderinger til stadighed ændredes — varede i fem år.

- 157 For det andet bør der ved interesseafvejningen tages hensyn dels til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i medfør af internationale traktater, herunder TRIPS-aftalen, dels til omstændighederne, der begrundet søgsmålet i hovedsagen. Som belæg for, at der ved interesseafvejningen bør tages hensyn til de omstændigheder, der begrundet søgsmålet i hovedsagen, har Microsoft påberåbt sig kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11. april 2002 (sag C-481/01 P(R), NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, Sml. I, s. 3401). I den foreliggende sag står det bl.a. klart, at Kommissionen ikke har påvist, at de i retspraksis (IMS Health-dommen, præmis 99 ovenfor) fastlagte kriterier for, hvornår en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, kan pålægges at give sine konkurrenter licenser, er opfyldt.
- 158 Endelig har Microsoft for det tredje peget på, at Sun Microsystems efter vedtagelsen af beslutningen har indgået et forlig med Microsoft, hvori samtlige de problemer løses, som gav anledning til klagen til Kommissionen. Der er derfor ikke noget øjeblikkeligt behov for at gennemføre beslutningen, før der er truffet afgørelse i hovedsagen.
- 159 ACT har gjort gældende, at det vil have alvorlige og uoprettelige virkninger ikke at udsætte gennemførelsen af den afhjælpende foranstaltning, idet det vil svække beskyttelsen og værdien af de intellektuelle ejendomsrettigheder, som ACT's medlemmer besidder inden for EØS.
- 160 Nærmere bestemt har ACT for det første anført, at en øjeblikkelig anvendelse af den afhjælpende foranstaltning ville være en banebrydende præcedens med hensyn til tvangslicens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, som uundgåeligt og hurtigt vil føre til en betydelig mindskelse af værdien af de intellektuelle ejendomsrettigheder, som ACT's medlemmer er indehavere af. ACT har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionen har fortolket og anvendt artikel 82 EF på en måde, der ikke stemmer overens med de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPS-aftalens artikel 13, 31 og 39.

- 161 For det andet har ACT hævdet, at fremlæggelsen af kommunikationsprotokollerne, som hidtil har været Microsofts eksklusive ejendom, vil gøre Windows-operativsystemerne for klient-pc'er og servere ustabile, hvilket omgående vil påføre ACT's medlemmer betydelig skade.
- 162 CompTIA finder, at den afhjælpende foranstaltning, der fastsættes i beslutningens artikel 5, og hvorved det pålægges Microsoft at stille sin intellektuelle ejendomsret til rådighed for enhver virksomhed på servermarkedet, vil sænke beskyttelsesniveauet for intellektuel ejendomsret inden for hele informations- og kommunikationsteknologisektoren, skabe retlig usikkerhed og øjeblikkelig føre til en mindselse af investeringerne inden for teknologisektoren og dermed af den økonomiske aktivitet i almindelighed.
- 163 Endvidere finder CompTIA, at den alvorlige og uoprettelige skade, foranstaltningen vil påføre både sektoren som helhed og CompTIA's medlemmer, er mere vidtgående end de negative virkninger set ud fra samfundets og tredjemænds interesser; det eventuelt vil have, at fremlæggelsen ikke sker øjeblikkeligt. CompTIA har i den forbindelse peget på, at den ikke er blevet gjort opmærksom på noget interoperabilitetsproblem på servermarkedet, skønt den spiller en større rolle end nogen anden sammenslutning i forbindelse med certificering af arbejdstagerkvalifikationer inden for serversektoren.

2. Argumenter fremført af Kommissionen og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for dens påstande

- 164 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at begæringen om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 5, litra a)-c), i vid udstrækning bygger på en vurdering af, hvordan beslutningen vil påvirke udøvelsen af Microsofts »intellektuelle ejendomsrettigheder«, og den har fremsat en række indledende bemærkninger

herom. I sit indlæg af 13. september 2004 har Kommissionen anført, at dens argumentation ville være lige så rigtig, hvis Microsoft klart havde påvist, at beslutningen tvinger selskabet til at give licenser til udnyttelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder. FSF-Europe har tilsluttet sig Kommissionens argumentation.

a) Indledende bemærkninger

165 For det første har Kommissionen peget på, at Microsoft i beslutningens artikel 5, litra a)-c), pålægges at fremlægge en teknisk dokumentation, som benævnes »specifikationer«, og som indeholder en detaljeret beskrivelse af de »protokoller«, der omhandles i beslutningens artikel 1, stk. 1. Der må imidlertid sondres mellem denne tekniske dokumentation og kildekoden i Microsofts produkter. En konkurrent, der ønsker at udvikle et serveroperativsystem, der forstår Microsofts protokoller, skal forsyne sit produkt med en kode, der implementerer specifikationerne. To programmører, der implementerer de samme protokolspecifikationer, skriver imidlertid ikke den samme kildekode, og deres programmer vil ikke præstere den samme ydelse (betragtning 24, 25, 698 og 719-722). Set fra denne synsvinkel kan protokollerne sammenlignes med et sprog, hvor specifikationerne udgør syntaksen og ordforrådet, idet den omstændighed, at to personer lærer det samme sprogs syntaks og ordforråd, ikke er ensbetydende med, at de anvender sproget på den samme måde.

166 På denne baggrund har Kommissionen dernæst gennemgået de forskellige former for intellektuel ejendomsret, som Microsoft har påberåbt sig.

1) Ophavsret

167 Hvad for det første angår ophavsretten finder Kommissionen, at Microsofts indlæg er ukorrekt eller endog vildledende. Dels giver Microsoft nemlig med urette det

indtryk, at det normalt udgør en krænkelse af ophavsretten at anvende interoperabilitetsoplysninger til at opnå interoperabilitet. Dels er det ligeledes med urette, når Microsoft anfører, at kommunikationsprotokoller også nyder ophavsretsbeskyttelse, og påberåber sig ophavsret til »specifikationer« for at kunne påstå, at det udgør en krænkelse af denne ret at anvende den viden, de indeholder.

- ¹⁶⁸ Kommissionen udelukker ikke, at specifikationer som sådanne kan være omfattet af ophavsret, men fastholder, at dette ikke indebærer, at det udgør en ophavsretskrænkelser at anvende oplysningerne i det pågældende dokument ved at implementere dem i et operativsystem, idet — således som det anføres i beslutningen — implementering af en specifikation ikke udgør kopiering, men resulterer i et klart særskilt værk (betragtning 25, 570 ff. og 719 ff.).
- ¹⁶⁹ Kommissionen har i sit indlæg af 13. september 2004 i det væsentlige gjort gældende, at implementering af kommunikationsprotokollerne ikke udgør en form for udnyttelse, som er forbudt ifølge ophavsretten.
- ¹⁷⁰ Blandt Kommissionens mange bemærkninger til Microsofts indlæg af 19. august 2004 skal nævnes de svar, den mere specifikt har givet på fem grupper argumenter.
- ¹⁷¹ For det første har Kommissionen anført, at det i Microsofts indlæg af 19. august 2004 er første gang, selskabet har påberåbt sig en »fremlæggelsesret« (præmis 119 ovenfor). Kommissionen har peget på, at en sådan ret ikke nævnes i Bernerkonventionens artikel 6a, som omhandler en ophavsretsindehavers »ideelle rettigheder«, og at enhver hindring for udøvelsen af denne ret derfor ikke kan være i strid med »den normale udnyttelse af edb-programmet« som defineret i artikel 6, stk. 3, i

direktiv 91/250, eftersom det fastsættes i denne bestemmelse, at udnyttelsen skal fortolkes »i overensstemmelse med bestemmelserne i Berner-konventionen«. Fremlæggelsesretten kan højst være en »moralsk ret«, som ikke kan være genstand for licens. Påberåbelsen af en fremlæggelsesret er endvidere vanskelig at forene med, at Microsofts produkter findes på markedet, og at de kan observeres, undersøges og testes og under visse omstændigheder dekompileres. Endelig er de begrundelser, som Microsoft har påberåbt sig for at nægte at fremlægge de omtvistede oplysninger, rent økonomiske og vedkommer derfor ikke de reelle grunde for den nævnte ret.

172 For det andet har Kommissionen bestridt, at den tekniske dokumentation, der skal fremlægges, kan betragtes som et »edb-program«, der er beskyttet i henhold til direktiv 91/250, da der er tale om »forberedende designmateriale« til et edb-program (præmis 118 ovenfor). De pågældende oplysninger vil nemlig ikke være udarbejdet på forhånd som et internt hjælpemiddel i forbindelse med udviklingen af Microsofts programmer, men efterfølgende i den ene hensigt at fremlægge en begrænset mængde oplysninger for selskabets konkurrenter.

173 Over for Microsofts anbringende på grundlag af artikel 4 i direktiv 91/250, hvorefter implementeringen af de omhandlede protokoller »næsten givet« vil være en bearbejdelse eller en oversættelse af specifikationerne, som er omfattet af Microsofts ophavsret (præmis 120 ovenfor), har Kommissionen anført, at Microsoft ikke har fremlagt noget, der underbygger dette. Både ordlyden af direktiv 91/250 og forarbejderne til direktivet leder til den konklusion, at udvikling af grænsefladeprogrammer på grundlag af grænsefladespecifikationer normalt ikke er omfattet af direktivets artikel 4. Direktivets artikel 6 bygger nemlig på det udgangspunkt, at det ikke er en ophavsretskrænkende handling at anvende interoperabilitetsoplysninger, som er uddraget ved dekompilering — der er »undtaget« — til at »skaffe de oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet mellem et selvstændigt udviklet edb-program og andre edb-programmer«, medmindre oplysningerne »benyttes til udvikling, fremstilling eller markedsføring af et edb-program, der i sin udtryksform i vid udstrækning svarer til« det dekompilede

program. Hvis Microsoft havde ret, ville artikel 6 i direktiv 91/250 aldrig kunne påberåbes med henblik på at udvikle kompatible produkter, idet frembringelsen af sådanne produkter ville udgøre »en handling, som krænker ophavsretten«, og som derfor ville være forbudt i henhold til artikel 6, stk. 2, litra c).

- 174 For det tredje har Kommissionen afvist Prescotts restriktive fortolkning af artikel 1, stk. 2, i direktiv 91/250 (bilag T.3), der bestemmer, at »[i]déer og principper, som ligger til grund for de enkelte elementer i et edb-program, herunder sådanne idéer og principper, som ligger til grund for dets grænseflader, nyder ikke ophavsretlig beskyttelse«. Prescotts argument, hvorefter det er de pågældende »idéer« som helhed, eller deres struktur, som er beskyttet af ophavsret, når de udgør »en væsentlig del af det beskyttede værk«, er fejlagtigt, da det for det første ikke er i overensstemmelse med artikel 1, stk. 2, og artikel 6 i direktiv 91/250, og da der for det andet ikke er nogen forbindelse mellem de britiske domme, hvorpå Prescott bygger sit ræsonnement, og det aktuelle tilfælde.
- 175 For det fjerde har Kommissionen med hensyn til Microsofts i præmis 120 ovenfor omtalte argumenter, hvorefter den afhjælpende foranstaltning vil »friste« Microsofts konkurrenter til at udvikle implementeringer, som krænker ophavsretten, og hvorefter beslutningen ikke giver nogen garanti mod en sådan »fristelse«, anført, at Microsoft ikke ved den afhjælpende foranstaltning pålægges at fremlægge kildekoden, og at forbuddet i artikel 6, stk. 2, litra c), i direktiv 91/250 mod at benytte oplysninger opnået ved dekompileing »til udvikling, fremstilling eller markedsføring af et edb-program, der i sin udtryksform i vid udstrækning svarer til det oprindelige«, følgelig ikke finder anvendelse.
- 176 For det femte er det Kommissionens opfattelse, i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende (præmis 129 ovenfor), at Microsoft ikke har fremlagt de grænseflader, som edb-programmer udviklet af andre skal indeholde for at kunne gøre brug

af funktionaliteterne i Windows-operativsystemerne for servere. De grænseflader, Microsoft har henvist til, er de »applikationsprogrammeringsgrænseflader« (herefter »API'er«), som gør det muligt for applikationer, der afvikles under et Windows-serveroperativsystem, at gøre brug af dette systems ydelser; hvorimod de grænseflader, det drejer sig om i det foreliggende tilfælde, er dem, hvorigennem en Windowsbaseret arbejdsgruppeserver leverer ydelser til Windows-baserede arbejdsgruppenetværk (betragtning 210).

2) Patenter

177 Med hensyn til patenter har Kommissionen indledningsvis bemærket, at Microsoft under den administrative procedure kun henviste til én patentansøgning, mens Microsoft under retssagen har påberåbt sig tre europæiske patenter og to endnu ikke afgjorte ansøgninger om et europæisk patent. Endvidere har Microsoft ikke fremlagt nogen dokumentation, på grundlag af hvilken det kan fastslås, om det kræver licens til udnyttelse af ét eller flere af de pågældende patenter at implementere de omhandlede protokoller.

178 Kommissionen har i sit indlæg af 13. september 2004 bemærket, at Microsoft før vedtagelsen af beslutningen kun henviste til ét patent, nærmere bestemt den 20. januar 2004, skønt de tre europæiske patenter, hvortil der henvises i udtalelsen af Knauer (bilag T.5, præmis 91 ovenfor), blev udstedt før udgangen af 2001, og skønt de to ansøgninger om et europæisk patent ifølge det samme dokument blev indgivet før udgangen af 2002. Om Knauers udtalelse har Kommissionen indledningsvis anført, at Knauer »har måttet lægge de oplysninger til grund, Microsoft havde fremlagt med hensyn til, hvilke protokoller der er omfattet af beslutningens artikel 5«. Endvidere har Kommissionen anført, at det ikke er indlysende, at en konkurrent til Microsoft, som drager fordel af beslutningens gennemførelse, vil krænke nogle af patentkravene i henhold til disse patenter. Den tvivl, der er givet udtryk for med hensyn til, om udvikleren af et serverprogrammel, som anvender de relevante protokoller til at kommunikere med Windows-klienter, vil krænke disse krav, bekræftes efter Kommissionens opfattelse af Microsofts holdning til »open

source«-programmet Samba, hvori der implementeres en række af Microsofts kommunikationsprotokoller, som Samba-koncernens udviklere har kortlagt gennem reverse engineering. Således synes SMB-protokollens »opportunistic locking« at være blevet inkorporeret af Samba allerede i januar 1998 (version 1.9.18) og DFS-protokollen allerede i april 2001 (version 2.2.0). Så vidt det er Kommissionen bekendt, har Samba-koncernen aldrig opnået licens til de pågældende Microsoft-patenter, og Microsoft har aldrig hævdet, at koncernen har krænkede dem. I øvrigt har Kommissionen peget på, at de pågældende tre patenter alle blev udstedt før udgangen af 2001, og at de i betragtning af den tekniske beskrivelse, som er knyttet til dem, synes at vedrøre NT 4.0-generationen af Microsofts produkter, som er ældre end Windows 2000.

179 Det er således uklart, hvilken forbindelse der er mellem Microsofts patentkrav og beslutningen.

180 Kommissionen har draget den konklusion vedrørende dette punkt, at Microsoft ikke har bevist, at nogen som helst af selskabets patenter vil blive krænkede, hvis beslutningens artikel 5, litra a)-c), gennemføres.

3) Forretningshemmeligheder

181 Efter Kommissionens opfattelse er det ikke indlysende, at forretningshemmeligheder kan sidestilles med intellektuelle ejendomsrettigheder, således som Microsoft har gjort. Kommissionen har hvad dette angår henvist til Tetra Pak-sagen (Kommissionens beslutning 92/163/EØF af 24. juli 1991 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/31.043 — Tetra Pak II) (EFT 1992 L 72, s. 1)), der førte til dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 126 (præmis 84 og 139).

- 182 Selv om der kunne antages at være en formodning om, at det er lovligt at nægte at give licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed, der er indført ved lov, må det efter Kommissionens opfattelse afhænge af de faktiske omstændigheder i den enkelte sag, herunder navnlig af de berørte interesser, om det i konkurrenceretlig henseende er lovligt at nægte at afsløre en hemmelighed, hvis eksistens udelukkende skyldes en ensidig forretningsbeslutning. I det foreliggende tilfælde fremgår det af direktiv 91/250, at den interesse, der knytter sig til beskyttelsen af den kreative indsats, som har givet ophav til programmet, ikke tillader ophavsmanden at forhindre, at de interoperabilitetsoplysninger, som indgår i programmet, anvendes til at tilvejebringe interoperabilitet.
- 183 Kommissionen har medgivet, at direktiv 91/250 ikke forpligter ophavsmanden til at fremlægge oplysningerne af egen drift. Hvad Microsofts eventuelle forretningshemmeligheder angår finder den imidlertid ikke, at fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger for at gøre det muligt at tilvejebringe interoperabilitet kan sammenlignes med at tillade en af Microsofts konkurrenter, inden for rammerne af en licens, at kopiere et værk, som er beskyttet af lovgivningen om intellektuelle ejendomsrettigheder. Dette underbygges af fremlæggelsens tekniske relevans, den eksisterende praksis inden for softwaresektoren og den adfærd, Microsoft selv udviste ved sin indtræden på markedet.
- 184 I sit indlæg af 13. september 2004 har Kommissionen bestridt, at protokollerne afspejler væsentlig innovation, idet den har gjort gældende, at Microsoft hverken i begæringen, sine efterfølgende indlæg eller bilag T.3 har godtgjort, at dette er korrekt. Kommissionen finder ligeledes det argument grundløst, hvorefter den afhjælpende foranstaltning vil føre til, at den nævnte innovation »overføres« til Microsofts konkurrenter, dels fordi fremlæggelsen af de pågældende oplysninger ikke indebærer overførsel af Windows-operativsystemets fundamentale værdi, dels fordi en virksomhed med en dominerende stilling i medfør af artikel 82 EF kan pålægges at give licens til en væsentlig del af et af sine produkter, således som det fremgår af dommene i Magill- og IMS Health-sagerne, nævnt ovenfor i præmis 99.

185 FSF-Europe har i alt væsentligt gjort gældende, at de oplysninger, Microsoft pålægges at fremlægge i beslutningen, kun har begrænset innovativ værdi og omfatter adskillige inkompatibiliteter, som Microsoft bevidst har indført i allerede eksisterende nedskrevne protokoller. Microsofts fremgangsmåde består i at anvende allerede eksisterende protokoller og siden ændre disse for at forhindre eller udelukke interoperabilitet. Dette har Microsoft gjort i forbindelse med flere protokoller for arbejdsgruppesservere, som Samba-koncernen har anmodet om adgang til med henblik på at udvikle et kompatibelt produkt, nemlig protokollerne CIFS, DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), DCE/RCP IDL (»Interface Definition Language«), Kerberos 5 og LDAP (Active Directory).

b) Fumus boni juris

186 Kommissionen har lige fra begyndelsen afvist Microsofts påstande om, dels at den foreliggende sag kun drejer sig om Microsofts forhold til Sun Microsystems, dels at sidstnævnte ikke har anmodet om sådanne oplysninger, som Microsoft pålægges at fremlægge i beslutningen.

187 Endvidere har Kommissionen mindet om, at den i sine indledende bemærkninger gjorde gældende, at ingen form for ophavsret, Microsoft måtte være indehaver af, er til hinder for, at interoperabilitetsoplysninger anvendes til at tilvejebringe interoperabilitet (præmis 167 og 168 ovenfor). Alligevel har Kommissionen kommenteret de fire i retspraksis fastlagte kriterier for, at der kan fastsættes pligt til at give licens, idet den som forudsætning for drøftelsen har lagt til grund, dels at der i sagen kan rejses nogle spørgsmål om intellektuelle ejendomsrettigheder, dels at der ikke findes andre kriterier, som er relevante for afgørelsen af, om der foreligger særlige omstændigheder, skønt den sidstnævnte forudsætning ifølge Kommissionen strider imod ordlyden af IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99 (præmis 38).

- 188 Hvad for det første angår spørgsmålet om, hvorvidt de oplysninger, der hævdes at være omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, er nødvendige, har Kommissionen allerede i beslutningen tilbagevist Microsofts påstande om, at der er »mange andre måder at tilvejebringe interoperabilitet på« (betragtning 666-687).
- 189 For det andet har Kommissionen afvist Microsofts påstande om, at selskabet ikke har hindret fremkomsten af nye produkter, som der blandt forbrugerne stadig skulle være en utilfredsstillt efterspørgsel efter.
- 190 Det fremgår nemlig af præmis 49 i IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, at et »nyt produkt« er et produkt, som ikke begrænser sig til »i det væsentlige at reproducere« produkter, der allerede tilbydes på markedet af ophavsrettens indehaver. Det er følgelig tilstrækkeligt, at væsentlige dele af produktet er et resultat af licenstagernes indsats. Det er derfor ikke udelukket, at ophavsretsindehaverens produkter kommer til at konkurrere med de produkter, licenstageren efterfølgende frembringer, således som de faktiske omstændigheder i en række sager afgjort af Fællesskabets retsinstanser vidner om (Rettens dom af 10.7.1991, sag T-69/89, RTE mod Kommissionen, Sml. II, s. 485, præmis 73, samt Magill-dommen, præmis 53, og IMS Health-dommen, begge nævnt ovenfor i præmis 99). Desuden indebærer kriteriet om et »nyt produkt« ikke en forpligtelse til konkret at påvise, at licenstagernes produkt vil tiltrække kunder, som ikke ville købe den eksisterende leverandørs produkter. Enhver anden fortolkning ville ifølge Kommissionen for en stor dels vedkommende gøre retspraksis betydningsløs, eftersom indehavere af intellektuel ophavsret normalt har udmærkede grunde til at give erhvervsdrivende, der ønsker at fremstille goder, som ikke konkurrerer med deres, licens. En sådan situation fører normalt ikke til, at fremlæggelse nægtes. I IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, lagde Domstolen i sin vurdering vægt på den differentiering af produktet, som kan påvirke forbrugernes valg, eller med andre ord på spørgsmålet om, hvorvidt der er en »potentiel efterspørgsel« efter det nye produkt. Hvilke nærmere konsekvenser denne differentiering får for de valg, der træffes, og på længere sigt for fremkomsten af produkter, der tiltrækker nye kundekategorier, bestemmes af markedet.

- ¹⁹¹ I det foreliggende tilfælde kan implementeringen af protokollerne antage meget forskellige former (betragtning 24, 25 og 698), hvilket skaber tilstrækkelige muligheder for differentiering af produktet, og desuden findes der betydelige produktdifferentieringsmuligheder, hvorigennem konkurrencen kunne udfolde sig, men som Microsofts adfærd på nuværende tidspunkt har sat ud af spil.
- ¹⁹² Hvad for det tredje angår spørgsmålet om udelukkelse af konkurrencen på et afledt marked undersøger Kommissionen i beslutningen indgående udviklingen på det relevante marked og interoperabilitetens betydning for denne udvikling (betragtning 590-692), herunder navnlig påstanden om »Linux' konstante vækst« (betragtning 598-610). Microsoft har i begæringen om foreløbige forholdsregler ikke påberåbt sig, at der er begået fejl på dette punkt. Microsoft antager fejlagtigt, at der i en situation, hvor konkurrencen udelukkes gradvis, kun kan gives et påbud i medfør af artikel 82 EF om at ophøre med og i fremtiden afstå fra en bestemt adfærd, når et sådant påbud ikke længere har nogen mening, fordi der uigenkaldeligt er opstået et monopol på markedet, skønt det er tilstrækkeligt, at nægtelsen af at give licens »[vil]« udelukke konkurrencen (Bronner-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, præmis 40, og IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, præmis 37 og 38).
- ¹⁹³ For det fjerde har Microsoft ikke angivet nogen konkret objektiv begrundelse for sin adfærd, bortset fra den generelle påberåbelse af »selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder«, der allerede er blevet afvist i beslutningen (betragtning 709-763).
- ¹⁹⁴ Det fremgår således af beslutningen, at Microsofts adfærd opfylder de kriterier, som er fastlagt i retspraksis, hvilket Microsoft ikke for alvor har anfægtet.
- ¹⁹⁵ Endelig har Kommissionen for så vidt angår spørgsmålet om beslutningens eventuelle uoverensstemmelse med TRIPS-aftalen henvist til, hvad den har anført i beslutningens betragtning 1052 og 1053.

c) Uopsættelighed

- 196 Efter Kommissionens opfattelse har Microsoft ikke påvist, at selskabet vil lide alvorlig og uoprettelig skade, hvis gennemførelsen af beslutningen ikke udsættes. Intervenienterne SIIA og FSF-Europe deler Kommissionens opfattelse.

d) Interesseafvejning

- 197 Kommissionen finder, at en afvejning af interesserne taler for en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 5, litra a)-c), og har følgelig nedlagt påstand om, at begæringen ikke tages til følge. Intervenienterne SIIA og FSF-Europe deler Kommissionens opfattelse.

B — Rettens bemærkninger

1. Fumus boni juris

- 198 Til støtte for sin påstand om, at fumus boni juris-betingelsen er opfyldt, har Microsoft i det væsentlige gjort gældende, for det første at betingelserne for, at en nægtelse af at fremlægge oplysninger, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, udgør et misbrug af dominerende stilling, som er forbudt i henhold til artikel 82 EF, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, for det andet at Sun Microsystems ikke har anmodet om de oplysninger, Microsoft pålægges at fremlægge i beslutningen, og at Sun Microsystems' anmodning ikke vedrørte udvikling af software inden for EØS, og for det tredje at Kommissionen har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPS-aftalen.

- 199 I betragtning af Microsofts argumentation under sagen om foreløbige forholdsregler kan den anden og den tredje gruppe argumenter ikke anses for tilstrækkeligt vægtige til, at der foreligger *fumus boni juris*.
- 200 Argumenterne vedrørende Sun Microsystems' anmodning afvises således udførligt i beslutningen (betragtning 199-207, 564 og 565), og Microsoft har ikke umiddelbart påvist, at Kommissionen har gjort sig skyldig i en fejl med hensyn til rækkevidden af Sun Microsystems' anmodning. På samme måde kan der ikke gives Microsoft medhold i argumentet om, at Sun Microsystems' anmodning ikke vedrørte udvikling af software »inden for EØS«, dels fordi anmodningen var formuleret generelt, dels fordi EØS nødvendigvis er en del af det relevante verdensmarked, således som det klart fremgår af beslutningens betragtning 185 ff. og 427.
- 201 Anbringendet om tilsidesættelse af TRIPS-aftalen er ikke blevet fremstillet tilstrækkelig udførligt til, at Retten kan tage fyldestgørende stilling til det under sagen om foreløbige forholdsregler. Dels har Microsoft nemlig i begæringen om foreløbige forholdsregler indskrænket sig til at gøre gældende, at »Kommissionen ved at pålægge Microsoft at indrømme licens ikke har taget korrekt hensyn til de forpligtelser, der påhviler De Europæiske Fællesskaber i medfør af [TRIPS-aftalen]«. Dels er henvisningen til de i bilag T.9 fremførte argumenter blevet fundet ikke at være i overensstemmelse med de formforskrifter, der finder anvendelse (jf. præmis 88 ovenfor).
- 202 Rettens vurdering i sagen om foreløbige forholdsregler gælder derfor kun anbringendet om overtrædelse af artikel 82 EF, idet det bemærkes, at Microsoft ikke i forbindelse med sin begæring har bestridt, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er og på markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere. Microsoft har således kun bestridt, at selskabets nægtelse af at fremlægge interoperabilitetsoplysninger og at tillade konkurrerende selskaber at gøre brug af sådanne oplysninger udgør misbrug.

203 Indledningsvis bemærkes, at beslutningens betragtning 546-791 drejer sig om, hvorvidt nægtelsen af at fremlægge interoperabilitetsoplysninger udgør misbrug. Kommissionen anfører heri, at det påhviler den i hvert enkelt tilfælde at undersøge samtlige omstændigheder, inden den kan fastslå, at der foreligger særlige omstændigheder, som er kendetegnende for nægtelse, der har karakter af misbrug (betragtning 546-559). I det aktuelle tilfælde finder Kommissionen, at de særlige omstændigheder foreligger og består i, at nægtelsen af at fremlægge interoperabilitetsoplysninger blev rettet mod Sun Microsystems, at den indgår i et generelt adfærdsmønster, indebærer en mindskelse af omfanget af tidligere fremlagte oplysninger (betragtning 560-584), kan føre til udelukkelse af konkurrencen (betragtning 585-692) og indvirker negativt på den tekniske udvikling, hvilket er til skade for forbrugerne (betragtning 693-708). I betragtning af disse »særlige omstændigheder« finder Kommissionen, at de af Microsoft fremførte argumenter ikke er tilstrækkelige til at udgøre en objektiv begrundelse for nægtelsen af at fremlægge interoperabilitetsoplysninger; det gælder såvel argumentet om Microsofts tilskyndelse til at innovere (betragtning 709-763) som argumentet om Microsofts manglende interesse i at begrænse konkurrencen (betragtning 764-778).

204 I det foreliggende tilfælde må *fumus boni juris*-betingelsen anses for opfyldt, dels fordi den aktuelle sag rejser principielle spørgsmål, dels fordi visse anbringender og argumenter kræver en mere indgående behandling. Det er, i det væsentlige, nødvendigt at fastslå, om de omstændigheder, Kommissionen har taget i betragtning, er faktisk korrekte, og om de retligt kan danne grundlag for at fastslå, at der foreligger særlige omstændigheder, som giver grund til at pålægge Microsoft at fremlægge værdifulde oplysninger, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder.

205 De principielle spørgsmål drejer sig om, under hvilke betingelser Kommissionen med føje kan konkludere, at nægtelse af at fremlægge oplysninger udgør et misbrug af dominerende stilling, som er forbudt i henhold til artikel 82 EF.

206 For det første rejser denne sag det spørgsmål, om de betingelser, Domstolen fastlagde i *IMS Health*-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, er nødvendige eller blot tilstrækkelige. Kommissionen anfører i beslutningen, at spørgsmålet om,

hvorvidt der foreligger særlige omstændigheder, skal vurderes fra sag til sag, og at det derfor ikke uden en indgående undersøgelse af hvert enkelt tilfælde kan udelukkes, at en nægtelse kan have karakter af misbrug, skønt de betingelser, som hidtil er blevet fastlagt af Fællesskabets retsinstanser, ikke er opfyldt. I modsætning hertil har Microsoft gjort gældende i sin begæring, at det kun kan fastslås, at en nægtelse udgør misbrug, hvis de betingelser, Fællesskabets retsinstanser har fastlagt, er opfyldt. Det er indlysende, at dette spørgsmål ikke kan afgøres inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler. Det bemærkes dog, at Domstolen i præmis 38 i IMS Health-dommen fastslog, at det »for at der foreligger misbrug, når en virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, er tilstrækkeligt [...] at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked«.

- 207 For det andet rejser denne sag det spørgsmål, om der skal tages hensyn til de beskyttede oplysningers art, når der er tvist om udøvelsen af en intellektuel ejendomsrettighed. Microsoft har gjort gældende, at selskabet i beslutningen pålægges at stille en teknologi til rådighed for sine konkurrenter, som er hemmelig og værdifuld, og som derfor er væsensforskellig fra de oplysninger, der var omtvistede i de sager, der førte til Magill- og IMS Health-dommene, der er nævnt ovenfor i præmis 99. De betingelser, der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at nægtelse af at fremlægge oplysninger udgør misbrug af en dominerende stilling, er derfor strengere, når oplysningerne er af stor værdi. Kommissionen er for sin del af den opfattelse, at Fællesskabets retsinstanser aldrig har taget hensyn til en intellektuel ejendomsrettigheds »værdi«. Hvad dette angår bemærkes, at de hidtil hemmelige specifikationer for kommunikationsprotokollerne, som Microsoft i beslutningen pålægges at dokumentere skriftligt og fremlægge, er grundlæggende forskellige fra de oplysninger, som var omtvistet i de sager, der førte til Magill- og IMS Health-dommene, der er nævnt ovenfor i præmis 99. De oplysninger, det drejede sig om i disse sager, var i vid udstrækning kendt inden for sektoren: tv-programoversigterne blev ugentlig fremsendt gratis til aviserne, og Tysklands geografiske område udgjorde reelt det normale parameter inden for branchen for fremlæggelse af salgstal. Spørgsmålet om, hvorvidt, og i bekræftende fald i hvilken udstrækning, der skal sondres mellem kendte og hemmelige oplysninger, er imidlertid så meget mindre egnet til at blive løst på dette stadium, som der, mere generelt, må tages hensyn til sådanne parametre som de bagved liggende investeringer, de pågældende oplysningers værdi for den dominerende virksomheds opbygning og den værdi, som vil blive overført til konkurrenterne i tilfælde af fremlæggelse.

- 208 Den foreliggende sag rejser ligeledes det spørgsmål, om de betingelser, Domstolen fastlagde i IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, er opfyldt i det aktuelle tilfælde. Kommissionen har ikke bestridt relevansen af denne dom, som i det væsentlige bekræfter den holdning, Fællesskabets retsinstanser indtil da havde indtaget med hensyn til, under hvilke omstændigheder nægtelse af at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder udgør misbrug.
- 209 Parterne er uenige om, hvorvidt de omtvistede oplysninger er nødvendige, i hvilket omfang der foreligger en hindring for fremkomsten af nye produkter, som der er en utilfredsstillet efterspørgsel efter, om der er fare for udelukkelse af konkurrencen på det afledte marked, og om nægtelsen er objektivt begrundet. Selv om det tilkommer Retten, når den træffer afgørelse vedrørende hovedsagen, at afgøre tvisten om, hvorvidt hver enkelt af disse betingelser er opfyldt, finder Retten det imidlertid nødvendigt under behandlingen af sagen om foreløbige forholdsregler at påvise de omtvistede punkter, hvorom parternes uenighed er tilstrækkeligt alvorlig til, at der foreligger *fumus boni juris*. I den forbindelse vil der blive lagt vægt på to specifikke aspekter.
- 210 Indledningsvis behandles spørgsmålet om interoperabilitetsoplysningerne nødvendighed, idet bemærkes, at dette er behandlet i beslutningens betragtning 666-687.
- 211 Hvad dette angår har Microsoft påberåbt sig, at der findes flere metoder, hvormed forskellige leverandørers operativsystemer kan gøres tilstrækkeligt interoperable.
- 212 Dette argument fremhæver parternes uenighed om, hvor høj en grad af interoperabilitet der er nødvendig. Som anført i beslutningens artikel 743-763 er de oplysninger, der skal fremlægges ifølge den afhjælpende foranstaltning, de »oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet« i den betydning, der anvendes i artikel 6, som vedrører dekompilering, i direktiv 91/250. Det er Microsofts opfattelse, at den dekompilering, der er omhandlet i

artikel 6 i direktiv 91/250, kun må finde sted, når grænsefladerne er nødvendige for at sikre funktionaliteten af et selvstændigt udviklet edb-program, og, i det foreliggende tilfælde, at specifikationer for Microsofts kommunikationsprotokoller ikke er nødvendige for at sikre funktionaliteten af et selvstændigt udviklet operativsystem for arbejdsgruppeservere. Selskabets konklusion er, at de oplysninger, det har nægtet at fremlægge, ikke kan anses for interoperabilitetsoplysninger.

- 213 I betragtningerne til direktiv 91/250 defineres interoperabilitet som »evnen til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data«. I samme direktivs betragtning 27 anføres, at direktivets bestemmelser ikke berører anvendelsen af konkurrencereglerne i artikel 82 EF, »når en leverandør med en dominerende stilling afslår at gøre oplysninger, der er nødvendige for at opnå interoperabilitet som defineret i dette direktiv, tilgængelige«. Spørgsmålet om, hvorvidt de oplysninger, Microsoft er blevet anmodet om, er nødvendige for at opnå interoperabilitet som defineret i direktiv 91/250, kræver en grundig undersøgelse af de faktiske omstændigheder i lyset af de retsforskrifter, der finder anvendelse; denne undersøgelse kan imidlertid kun foretages af Retten, når den træffer afgørelse vedrørende hovedsagen.
- 214 Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt nægtelsen er objektivt begrundet, finder Microsoft, at selskabet havde ret til at påberåbe sig sine intellektuelle ejendomsrettigheder og nægte at give leverandører af konkurrerende serveroperativsystemer licenser til sin teknologi. Desuden har Microsoft som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten gjort gældende, at de oplysninger, Sun Microsystems havde anmodet om, vedrørte en teknologi i udviklingsfasen.
- 215 Til uddybning af forståelsen af Microsofts argument stillede Retten Microsoft en række spørgsmål under høringen. Det fremgik, at det ifølge Microsoft ikke kan udelukkes, at nægtelsen kan begrundes objektivt under henvisning til de intellektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft har til de oplysninger, Sun Microsy-

stems har udbedt sig, eller, med andre ord, at nægtelsen er begrundet i nødvendigheden af ikke at fremlægge oplysninger, fordi de nyder retlig beskyttelse og er af stor værdi.

- 216 Dette argument kan fortolkes således, at Microsoft har ret til at nægte at fremlægge retligt beskyttede oplysninger, uanset om der foreligger særlige omstændigheder eller ej.
- 217 Microsofts argument betyder således på den ene side, at udøvelsen af en ophavsretsindehavers beføjelser ikke kan give anledning til adfærd, som har karakter af misbrug i artikel 82 EF's forstand, hvis der ikke foreligger behørigt påviste særlige omstændigheder. Da dette argument er tæt forbundet med spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen har påvist, at der foreligger »særlige omstændigheder« i det aktuelle tilfælde, kan behandlingen af det ikke adskilles fra dette spørgsmål (jf. præmis 206 ovenfor).
- 218 På den anden side betyder Microsofts argument ligeledes, at selv om Kommissionen havde påvist, at der forelå særlige omstændigheder, var Microsofts nægtelse af at fremlægge de omtvistede oplysninger begrundet i nødvendigheden af at beskytte meget værdifulde oplysninger, som er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder.
- 219 Dette sidstnævnte argument, der — sådan som det fremgår af beslutningens artikel 709 — blev fremført af Microsoft under den administrative procedure, afvises i beslutningen (betragtning 710-712) af Kommissionen, der under hensyn til de angivne særlige omstændigheder drager den konklusion, at »den blotte omstændighed, at Microsofts nægtelse er en nægtelse af at give licens til udnyttelse af intellektuel ejendomsret, udgør ikke en objektiv begrundelse« (betragtning 712). Kommissionen behandler derpå de andre argumenter, Microsoft havde fremført for

at vise, at nægtelsen af at fremlægge de omhandlede oplysninger kunne begrundes i nødvendigheden af at bevare Microsofts tilskyndelse til at innovere. Kommissionen drager en benægtende konklusion efter først at have afvist Microsofts argumenter om selskabets frygt for, at dets produkter kan blive »klonet« (betragtning 713-729), og efter at have påpeget, at det er almindelig praksis inden for sektoren at fremlægge interoperabilitetsoplysninger (betragtning 730-735), hvorefter den bemærkede, at det tilsagn, IBM gav Kommissionen i 1984, ikke var væsentligt forskelligt fra, hvad Microsoft pålægges i beslutningen (betragtning 736-742), og at Kommissionens opfattelse er i overensstemmelse med direktiv 91/250.

220 Ikke desto mindre kan Microsofts argument, når det forstås således, at det tager sigte på at bestride lovligheden af Kommissionens vurdering, hvorefter nægtelsen ikke er objektivt begrundet, ikke uden videre afvises som ugrundet, når henses til de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde.

221 Herom bemærkes, at ingen national domstol har fastslået gyldigheden af de intellektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft har påberåbt sig, og derved adskiller den foreliggende situation sig fra situationen i Magill- og IMS Health-dommene, der er nævnt ovenfor i præmis 99. Kommissionen har dog ikke udelukket, at der foreligger intellektuelle ejendomsrettigheder, og har under alle omstændigheder taget disse rettigheder i betragtning ved sin undersøgelse af, om nægtelsen var berettiget.

222 Det centrale spørgsmål er derfor, om Kommissionen med føje kunne drage den konklusion, at hensynet til at beskytte den påståede værdi af oplysningerne, der hævdes at være omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke var en tilstrækkelig grund til at finde, at nægtelsen af at fremlægge dem var objektivt begrundet.

- 223 Den fremgangsmåde, Kommissionen fulgte, da den skulle besvare dette spørgsmål, bestod i at vurdere, om de betragtninger, Microsoft havde fremsat — på trods af de angivne særlige omstændigheder — var til hinder for at vedtage en afhjælpende foranstaltning. Dette fremgår navnlig af beslutningens artikel 783, hvori det hedder:

»Den væsentligste objektive begrundelse, Microsoft har anført, vedrører selskabets intellektuelle ejendomsret til Windows. Det fremgår imidlertid af en nærmere undersøgelse af den omhandlede fremlæggelses rækkevidde, at den negative indvirkning, et fremlæggelsespålæg kan have på Microsofts tilskyndelse til at innovere, alt taget i betragtning vil blive opvejet af de positive virkninger, et sådant pålæg vil have for innovationsniveauet inden for sektoren som helhed (inklusive Microsoft). Nødvendigheden af at beskytte Microsofts tilskyndelse til at innovere kan følgelig ikke udgøre en objektiv begrundelse, der opvejer de ovenfor angivne særlige omstændigheder [...]«

- 224 Det tilkommer imidlertid Retten, når den træffer afgørelse vedrørende hovedsagen, at efterprøve, om vurderingen af de berørte interesser er behæftet med en åbenbar fejl, navnlig med hensyn til beskyttelsen af de påberåbte intellektuelle ejendomsrettigheder og EF-traktatens bestemmelser om fri konkurrence.

- 225 Retten finder følgelig, at de argumenter, Microsoft har fremført vedrørende de spørgsmål, der er blevet rejst i den foreliggende sag, ud fra en umiddelbar bedømmelse ikke kan anses for ugrundede ved behandlingen af sagen om foreløbige forholdsregler, hvorfor *fumus boni juris*-betingelsen er opfyldt.

2. Uopsættelighed

- 226 Vurderingen af, om det er uopsætteligt at udsætte gennemførelsen af beslutningens artikel 5, litra a)-c), kræver en række indledende bemærkninger.

a) Indledende bemærkninger

227 De indledende bemærkninger vedrører for det første den afhjælpende foranstaltningens indhold og for det andet omfanget af den påståede skade.

228 Hvad den afhjælpende foranstaltningens indhold angår skal Microsoft ifølge beslutningens artikel 5, litra a), »stille interoperabilitetsoplysninger til rådighed for enhver virksomhed, der ønsker at udvikle og distribuere operativsystemer for arbejdsgruppeservere, og på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår tillade de pågældende virksomheder at anvende interoperabilitetsoplysningerne til at udvikle og distribuere operativsystemer for arbejdsgruppeservere«. Således formuleret har den afhjælpende foranstaltning til formål at pålægge Microsoft at fremlægge, hvad Kommissionen har kritiseret Microsoft for uretmæssigt at nægte at fremlægge [jf. ligeledes beslutningens artikel 2, litra a), og betragtning 998].

229 I øvrigt pålægges Microsoft ved den afhjælpende foranstaltning ikke at fremlægge kildekode — således som det fremgår af beslutningens betragtning 999 og 1004 — hvilket Microsoft ikke har bestridt under den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler.

230 De oplysninger, Microsoft er blevet pålagt at fremlægge, er ifølge beslutningens artikel 1, stk. 1, »de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige de protokoller, der er implementeret i Windows-operativsystemerne for arbejdsgruppeservere, og som Windows-baserede arbejdsgruppeservere anvender til at levere fildelings- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministrationsydelser, herunder Windows Domain Controller-ydelser, Active Directory-ydelser og »Group Policy«-ydelser, til Windows-baserede arbejdsgruppenetværk«. Ifølge beslutningens betragtning 999 »omfatter [dette] såvel sammenkobling af og interaktion mellem en

Windowsbaseret arbejdsgruppeserver og en Windowsbaseret klient-pc som indirekte sammenkobling af og indirekte interaktion mellem sådanne maskiner gennem én eller flere Windows-baserede arbejdsgruppeservere».

- 231 Ifølge beslutningen er det Kommissionens mål »at sikre, at Microsofts konkurrenter kan udvikle produkter [som er kompatible] med opbygningen af Windows-arkitekturen, som [originalt] er indbygget i det dominerende Windows-operativsystem for klient-pc'er, og som derfor kan konkurrere med Microsofts operativsystem for arbejdsgruppeservere« (betragtning 1003; jf. ligeledes betragtning 181-184).
- 232 Endelig er parterne enige om, at den tilladelse til at gøre brug af specifikationerne, der er omhandlet i beslutningens artikel 5, litra a), betyder, at specifikationerne, som er en detaljeret beskrivelse af, hvad der forventes af et softwareprodukt, kan implementeres af Microsofts konkurrenter. Derimod er parterne uenige om, hvor megen tid det kræver at implementere specifikationerne, dvs. omsætte dem til kode.
- 233 Om den påståede skades omfang bemærkes, at det i beslutningen pålægges Microsoft at fremlægge specifikationerne for klient-server- og server-server-protokollerne.
- 234 Microsoft har i begæringen om foreløbige forholdsregler fremhævet forskellen mellem beslutningen og det amerikanske forlig og peget på, at en licenstagere ifølge det amerikanske forlig kun kan anvende Microsofts klient-server-kommunikationsprotokoller til at tilvejebringe interoperabilitet med Windows-operativsystemerne for klient-pc'er, hvorimod Microsoft i beslutningen pålægges at give licenser til, at selskabets protokoller anvendes i operativsystemer for arbejdsgruppeservere, der benyttes til at levere fildelings- og printerydelser samt bruger- og gruppeadministra-

tionsydelser til ethvert Windows-operativsystem for klient-pc'er eller servere. Kommissionen omtaler forskellen mellem det amerikanske forlig og beslutningen i betragtning 688-691.

235 Microsoft har som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten forklaret, at det amerikanske forlig og beslutningen for så vidt angår klient-server-protokollerne er ens derved, at Microsoft i begge pålægges at udarbejde specifikationer, der beskriver en række af selskabets protokoller, at fremlægge disse specifikationer for konkurrenterne og at tillade disse at anvende specifikationerne til at implementere protokoller i deres produkter, som Microsoft har udviklet med henblik på anvendelse i sine Windows-operativsystemer.

236 Under høringen gjorde Microsoft gældende, at det amerikanske licensprogram løber indtil november 2009, og at de meddelte licenser omfatter hele verden. Heraf udledte Microsoft, at det ikke er nødvendigt at opfylde forpligtelsen til at fremlægge specifikationerne for klient-server-protokollerne straks, idet det amerikanske forlig gør det muligt at opnå det samme indtil det tidspunkt, hvor Retten træffer afgørelse vedrørende sagens realitet.

237 Det bemærkes herom, at beslutninger kan fuldbyrdes umiddelbart, og at der kun kan meddeles udsættelse af gennemførelsen af en beslutning på de betingelser, der er fastlagt i EF-traktaten, Domstolens statut og Rettens procesreglement. Om en beslutning kan fuldbyrdes umiddelbart, afhænger således ikke af, om det er nødvendigt at gennemføre den.

238 Der vil dog blive taget hensyn til de ovennævnte omstændigheder ved behandlingen af, om det er uopsætteligt at meddele udsættelse af forpligtelsen til at fremlægge specifikationerne for klient-server-protokollerne.

239 Ovennævnte argument, som Microsoft fremførte under høringen, gør det nødvendigt at foretage en særskilt prøvelse af, om uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt for så vidt angår dels beslutningens pålæg til Microsoft om at fremlægge specifikationer for server-server-kommunikationsprotokollerne, dels dens pålæg om fremlæggelse af specifikationer for klient-server-protokollerne.

b) Den alvorlige og uoprettelige skade som følge af forpligtelsen til at fremlægge specifikationer for server-server-protokollerne

240 Det fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt uopsættelighedsbetingelsen i forbindelse med en begæring om foreløbige forholdsregler er opfyldt, skal vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6.2.1986, sag 310/85 R, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 537, præmis 15, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 30.6.1999, sag T-13/99 R, Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. II, s. 1969, præmis 134). Denne part skal dokumentere ikke at kunne afvente afgørelsen i hovedsagen uden at blive påført en sådan skade (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8.5.1991, sag C-356/90 R, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2423, præmis 23, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 30.4.1999, sag T-44/98 R II, Emesa Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 1427, præmis 128, og den 15.11.2001, sag T-151/01 R, Duales System Deutschland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3295, præmis 187).

241 Det skal være sikkert, at den påståede skade indtræder, eller i det mindste godtgjort med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, idet den begærende part fortsat skal føre bevis for de faktiske omstændigheder, der skal begrunde, at der er udsigt til en sådan alvorlig og uoprettelig skade (Domstolens kendelse af 29.6.1993, sag C-280/93 R, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3667, og kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.12.1999, sag C-335/99 P(R), HFB mfl. mod Kommissionen, Sml. I s. 8705, præmis 67).

242 I det foreliggende tilfælde har Microsoft gjort gældende, at gennemførelsen af beslutningen vil krænke selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder, gøre indgreb i dets forretningsfrihed og berøre dets muligheder for at udvikle sine produkter. Microsoft har ligeledes gjort gældende, at gennemførelsen af beslutningen uigenkaldeligt vil ændre markedsvilkårene.

243 De tre former for skade vil blive prøvet særskilt.

4

1) Den påståede krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

244 Microsoft har hævdet, at selskabet vil blive forpligtet til at fremlægge meget værdifulde oplysninger, som er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, hvis beslutningen gennemføres.

245 Det skal derfor prøves, om Microsoft konkret har påvist, på hvilken måde beslutningens virkninger er alvorlige og uoprettelige. I dette øjemed må spørgsmålet om, hvorvidt fremlæggelsen af interoperabilitetsoplysningerne i sig selv påfører Microsoft alvorlig og uoprettelig skade, adskilles fra spørgsmålet om, hvorvidt det vil have alvorlige og uoprettelige konsekvenser, at selskabets konkurrenter anvender disse oplysninger.

i) Fremlæggelsen af interoperabilitetsoplysningerne

246 De oplysninger, Microsoft er blevet pålagt at fremlægge, hævdes at være beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder og at være af stor værdi. Under hensyn til

Microsofts argumenter skal det vurderes, om der forvoldes et alvorligt og uopretteligt tab, først ved indgrebet i de enerettigheder, der tilkommer indehaveren af en intellektuel ejendomsrettighed, og dernæst som følge af pligten til at fremlægge oplysninger.

247 For det første har Microsoft gjort gældende, at beslutningen ved at forpligte Microsoft til at give sine konkurrenter licenser krænker selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder til de oplysninger, der skal fremlægges.

248 I det foreliggende tilfælde er det hverken fornødent at tage stilling til, om der foreligger intellektuelle ejendomsrettigheder, eller følgelig til, om gennemførelsen af beslutningen rent faktisk vil forpligte Microsoft til at give licenser til udnyttelse af sin ophavsret eller sine patenter, da det er åbenbart, at det, hvis sådanne rettigheder kan blive berørt, i sig selv udgør et væsentligt indgreb i de enerettigheder, der tilkommer en virksomhed i medfør af dens intellektuelle ejendomsrettigheder, at pålægge den at udstede licens til udnyttelse af disse rettigheder.

249 Det må imidlertid konstateres, at et sådant indgreb er en uundgåelig konsekvens af den retspraksis, der blev fastlagt i IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99, eftersom den prøvelse, der foretages af Fællesskabets retsinstanser, netop består i at foretage en afvejning mellem den beskyttelse, en intellektuel ejendomsrettighed giver indehaveren, og EF-traktatens bestemmelser om fri konkurrence. Når Kommissionen derfor i en situation, hvor der foreligger særlige omstændigheder, finder, at hensynet til den fri konkurrence gør det nødvendigt for den at pålægge en virksomhed med en dominerende stilling at give licens til udnyttelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder, er det en uundgåelig følge, at der sker indgreb i de rettigheder, som tilkommer indehaveren af disse rettigheder. I det foreliggende tilfælde udgør selve det at pålægge Microsoft at stille sine specifikationer til rådighed for konkurrerende virksomheder et indgreb i ophavsmandens enerettigheder, hvis specifikationerne er beskyttet af ophavsret, når de er dokumenteret skriftligt. På samme måde udgør selve den omstændighed, at Microsoft ikke kan udnytte sine

patenter, som selskabet ønsker, en krænkelse af opfinderens beføjelser, hvis nogle af protokollerne er patentbeskyttede, og det viser sig uomgængeligt nødvendigt for de i beslutningens artikel 5 omhandlede virksomheder at gøre brug af dem.

- 250 En påstand om, at et indgreb i rettighedsindehaverens enerettigheder i sig selv og uanset omstændighederne i det enkelte tilfælde udgør en alvorlig og uoprettelig skade, ville imidlertid betyde, at uopsættelighedsbetingelsen altid er opfyldt, når den foranstaltning, der begæres udsat, er af samme art som den, der var tale om i den retspraksis, som blev fastlagt i IMS Health-dommen, nævnt ovenfor i præmis 99.
- 251 Derfor må det i denne situation undersøges, om den krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der vil foreligge, indtil der træffes afgørelse i hovedsagen, kan give anledning til alvorlig og uoprettelig skade, der går videre end det blotte indgreb i de enerettigheder, der tilkommer indehaveren af de rettigheder, det drejer sig om i det foreliggende tilfælde (jf. i denne retning kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.5.1989, forenede sager 76/89 R, 77/89 R og 91/89 R, RTE mfl. mod Kommissionen, Sml. s. 1141, præmis 18, og kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, præmis 126-131).
- 252 For det andet har Microsoft anført, at årsagen til skaden er, at det er hemmelige og meget værdifulde oplysninger, der skal fremlægges.
- 253 Hvad dette angår kan det indledningsvis ikke bestrides, at kendskabet til en oplysning, der hidtil er blevet hemmeligholdt — enten fordi den er omfattet af en intellektuel ejendomsrettighed, eller fordi der er tale om en forretningshemmelighed — når det først er opnået, vil kunne bevares. Kendskabet til oplysningen vil ikke kunne slettes af hukommelsen derved, at beslutningen eventuelt annulleres, og det

ville være meget vanskeligt at fastsætte en erstatning, da værdien af overført viden ikke ville kunne fastslås i tal. Microsoft har imidlertid ikke angivet, hvordan tredjemands blotte kendskab til oplysninger, som Microsoft fremlægger, kan påføre selskabet uoprettelig skade, i modsætning til skade som følge af, at kendskabet bliver udnyttet.

254 Endvidere indebærer fremlæggelsen af en hidtil hemmeligholdt oplysning ikke nødvendigvis en alvorlig skade.

255 I det foreliggende tilfælde har Microsoft imidlertid i det væsentlige gjort gældende, at interoperabilitetsoplysningerne har en specifik værdi. Denne værdi beror dels på, at kommunikationsprotokollerne er resultatet af en væsentlig og bekostelig indsats, dels på, at de har betydelige kommercielle anvendelsesmuligheder. Microsoft har tilføjet, at det ligeledes er bekosteligt at dokumentere specifikationerne skriftligt.

256 På baggrund af sagens akter finder Retten, at det ikke er bevist, at skaden vil være alvorlig. Navnlig er den upræcise påstand, at Microsofts kommunikationsprotokoller har »kostet adskillige millioner [amerikanske] dollars«, ikke blevet underbygget af noget bevis, selv om der måtte være grundlag for den. Desuden skal der tages hensyn til, at sådanne udgifter delvis vil blive opvejet af de afgifter, Microsoft inden for rammerne af de licenser, der bliver meddelt i medfør af beslutningen, vil kunne forlange for udnyttelsen af sine protokoller.

257 Under alle omstændigheder kan den påståede økonomiske skade, hvortil der henvises i foregående præmis, ikke anses for alvorlig, når henses til Microsofts finansielle styrke; ifølge beslutningens betragtning 1 beløb selskabets omsætning sig i det amerikanske regnskabsår fra juli 2002 til juni 2003 til 30 701 mio. EUR (jf. i

denne retning kendelse afsagt af Domstolens præsident den 23.5.1990, forenede sager C-51/90 R og C-59/90 R, Comos-Tank mfl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 2167, præmis 26).

- 258 Microsoft har endvidere anført, at de omtvistede oplysningers værdi skyldes, at specifikationer for server-server-kommunikationsprotokollerne indeholder en række vigtige oplysninger om, hvordan »Active Directory«-kataloget fungerer i Windows-operativsystemerne. Microsofts server-server-kommunikationsprotokoller er ikke rene grænseflader uden nogen forbindelse til den implicitte anvendelse af de funktionaliteter, hvortil der er adgang gennem grænsefladerne. At fremlægge protokollerne for konkurrenterne er derfor ensbetydende med at give dem en stor mængde oplysninger om, hvordan disse funktionaliteter stilles til rådighed (bilag R.2; bilag T.7; bilag U.1, Madnick og Meyer: »Svar på det CCIA's indlæg bilagte dokument udarbejdet af R. Alepin og på [FSF-Europe]s indlæg«; bilag U.2).
- 259 Retten skal for det første bemærke, at Microsoft i sine skriftlige indlæg har gjort gældende, at selskabet vil være forpligtet til at fremlægge oplysninger om den indre opbygning eller de innovative aspekter af sine produkter, men de konkrete eksempler vedrører udelukkende kopieringsprotokollerne i Active Directory, og — for det andet — at Microsofts anbringende herom bygger på undersøgelserne, der er foretaget af dels Madnick og Meyer, dels Campbell-Kelly.
- 260 På dette punkt finder Retten, at Microsofts påstande ikke kan anses for godtgjort i fornødent omfang.
- 261 Som eksempel på sin påstand om, at de oplysninger, Microsoft skal fremlægge, vil afsløre, hvordan selskabets produkter fungerer, har Microsoft udelukkende nævnt Active Directory, der i beslutningen defineres som katalogfunktionen i Windows 2000 Server (betragtning 149). I sine bemærkninger til interventionsindlæggene har Microsoft igen fremhævet, at »specifikationer vil være meget oplysende for

konkurrenterne om, hvordan væsentlige bestanddele af Windows-operativsystemerne for servere, såsom Active Directory, fungerer«. Under retsmødet svarede Microsoft heller ikke klart og overbevisende på Rettens spørgsmål om, hvorvidt specifikationerne vil afsløre oplysninger om andre bestanddele af Windows-operativsystemerne end Active Directory. En af Microsofts eksperter anførte således herom, at han »mente«, at reglerne for, hvordan Active Directory styres, også vil blive afsløret.

- 262 De påstande, der er blevet fremsat af Microsofts eksperter, og de eksempler vedrørende Active Directory, de har henvist til, bygger på undersøgelser (jf. præmis 116 ovenfor), som er blevet kritiseret stærkt af Kommissionen og de parter, der har inter文neret til støtte for dens påstande. De nævnte parter har bestridt de i undersøgelserne fremsatte postulater, herunder navnlig at de protokoller, der benyttes til kommunikation mellem to kopier af det samme operativsystem, og kopieringsmetoden er »tæt forbundne«. Kommissionens indvendinger — der bygger på dokumenter udarbejdet af eksperter (bilag S.2 og bilag U.1, »Rapport fra OTR fra 10. september 2004«) — og de indvendinger, FSF-Europe og, før de trak deres intervention tilbage, CCIA og Novell, har fremsat, går i det væsentlige ud på, at argumentationen i Madnick og Meyer-undersøgelsen er upræcis og baseret på formodninger, og at undersøgelsen indeholder teorier, der strider imod Microsofts praksis. I bilag 3 til CCIA's interventionsindlæg gør Alepin gældende, at korrekt udfærdigede protokolspecifikationer kun afslører lidt eller slet intet om operativsystemernes indre opbygning, algoritmer og andre innovative aspekter.

- 263 Over for sådanne indvendinger og i mangel af andre, mere præcise, oplysninger fra Microsoft kan der ikke anses at være ført bevis for påstandene om, at specifikationerne vil afsløre mere end nødvendigt for at sikre den af Kommissionen tilsigtede interoperabilitet.

264 Det er heller ikke, således som Kommissionen har anført i et svar på et skriftligt spørgsmål, muligt at efterprøve Microsofts påstand om, at den afhjælpende foranstaltning, som er fastsat i beslutningen, vil gøre det nødvendigt at udlevere den ene kompressionsalgoritme, som anvendes i Active Directory, da der ikke er fremlagt tilstrækkeligt objektivt materiale som grundlag for en sådan efterprøvelse.

265 Hvad dette angår finder Retten, at Microsoft havde mulighed for, og ret til, at forelægge Kommissionen — og den alene — en teknisk dokumentation, hvori Microsoft kunne udtale sig om specifikationernes grad af præcision og faren for, at der ville blive afsløret oplysninger, som uundgåeligt ville omfatte mere end den af Kommissionen tilsigtede interoperabilitet. Dette afstod Microsoft imidlertid fra under den administrative procedure. På samme måde kunne Microsoft efter vedtagelsen af beslutningen have forklaret, hvorfor det ikke ville være muligt at træffe effektive sikkerhedsforanstaltninger for at løse dette problem. Navnlig anførte Kommissionen under retsmødet, at institutionen den 30. juli 2004 anmodede Microsoft om at forelægge den specifikationer, således at den kunne undersøge dem, men at Microsoft aldrig har fremsendt specifikationerne til Kommissionen, hvilket Microsoft ikke har bestridt.

ii) Anvendelsen af interoperabilitetsoplysningerne

266 Ifølge Microsoft vil den brug, der vil blive gjort af interoperabilitetsoplysningerne, når de fremlægges, give anledning til flere former for alvorlig og uoprettelig skade.

Påstanden om spredning af oplysningerne

267 Microsoft har gjort gældende, at konkurrenterne vil kunne udnytte de afslørede oplysninger, at der er fare for, at de gøres offentligt tilgængelige, og at det ikke vil kunne kontrolleres, om der gøres brug af dem, efter at beslutningen er blevet annulleret.

- 268 I denne argumentation ses der bort fra, at der, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen, kan træffes kontraktlige sikkerhedsforanstaltninger vedrørende oplysningernes fortrolighed og anvendelse; sådanne klausuler er normal praksis inden for sektoren. Der kan indsættes fortrolighedsklausuler, eventuelt ledsaget af sanktionsklausuler, i de licenskontrakter, som skal indgås med virksomheder, der er interesserede i at udvikle og distribuere produkter, der konkurrerer med Microsofts, som omhandlet i beslutningens artikel 5, litra a).
- 269 Kommissionen har anført om dette punkt, at Microsoft vil kunne kræve rimelige kontraktlige sikkerhedsforanstaltninger som betingelse for at fremlægge oplysningerne, således at oplysningerne, der er meddelt konkurrenterne, ikke længere vil kunne anvendes, hvis beslutningen annulleres. De licenskontrakter, som er indgået inden for rammerne af MCPP, og aftaler om teknologioverførsel kan bruges som fortilfælde.
- 270 Det bemærkes i den forbindelse, at Microsoft selv har anført i begæringen om foreløbige forholdsregler; at Microsoft som en betingelse for at afsløre forretningshemmeligheder over for sine medkontrahenter har krævet, at de overholdt en fortrolighedsforpligtelse (jf. præmis 125 ovenfor).
- 271 Det skal tilføjes, at Microsoft i sin aftale med Sun Microsystems påtog sig at fremlægge specifikationerne for sine server-server-kommunikationsprotokoller. Microsoft har imidlertid aldrig forklaret, hvorfor kontraktlige sikkerhedsforanstaltninger, som nøjagtigt svarer til dem, der var indsat i denne aftale, ikke vil kunne sikre, at oplysninger, der fremlægges i medfør af beslutningen, ikke bringes til offentlighedens kendskab. Desuden fremgår det af beslutningens betragtning 211, at »Microsoft i 1990'erne indgik en licensaftale med AT&T om fremlæggelse af dele af kildekoden i Windows«. Microsoft har ikke forklaret, hvorfor Microsoft i forbindelse med fremlæggelsen af de i beslutningens artikel 5 omhandlede specifikationer ikke kan træffe de samme kontraktlige sikkerhedsforanstaltninger, som må have været fastsat i aftalen med AT&T.

- 272 Muligheden for at træffe passende sikkerhedsforanstaltninger imødekommer ligeledes Microsofts frygt for, at den fremlagte viden vil blive spredt så vidt, at den bliver offentligt tilgængelig. Bortset fra at en licensaftale på ingen måde indebærer, at de pågældende data er offentligt tilgængelige i retlig forstand — i hvert fald når der er tale om intellektuelle ejendomsrettigheder — forudsætter den af Microsoft påståede skade, at tredjemand misligholder sine kontraktlige forpligtelser, men der kan ikke opstilles en formodning herfor (jf. i denne retning kendelse afsagt af Rettens præsident den 15.7.1998, sag T-73/98 R, Prayon-Rupel mod Kommissionen, Sml. II, s. 2769, præmis 41).
- 273 I forbindelse med påstanden om, at det efter en annulation af beslutningen ikke vil kunne kontrolleres, om der gøres brug af specifikationer for Microsofts kommunikationsprotokoller, har Microsoft gjort gældende, at det er forenklet at tro, at en sådan brug umiddelbart vil kunne afsløres, hvis beslutningen annulleres, eftersom konkurrerende operativsystemer for arbejdsgruppeservere fortsat vil kunne interoperere med Windows-serveroperativsystemerne. Microsoft har imidlertid anført i sine bemærkninger til interventionsindlæggene, at selskabet »ikke uden at have adgang til kildekoden i konkurrenternes produkter« kan vide, i hvilken udstrækning konkurrenterne gør brug af den viden, de har opnået ved at få adgang til specifikationer for Microsofts kommunikationsprotokoller. Det kan udledes af dette argument, at Microsoft finder, at det vil kunne fastslås, om konkurrenterne anvender den viden, de har opnået gennem specifikationer for kommunikationsprotokollerne, hvis der i tilfælde af annulation af beslutningen gives Microsoft adgang til kildekoden i deres produkter. Det kan fastsættes i de licenskontrakter, der skal indgås med de i beslutningens artikel 5 omhandlede virksomheder, at en uafhængig ekspert — udpeget efter fælles overenskomst mellem kontrahenterne eller i mangel heraf af Kommissionen — skal have adgang til kildekoden i Microsofts konkurrenters produkter for at foretage en sådan kontrol. Det står ligeledes Microsoft frit at fastsætte økonomiske sanktioner i licenskontrakterne, der, såfremt beslutningen annulleres, forhindrer selskabets konkurrenter i at markedsføre produkter, hvori interoperabilitetsoplysningerne er inkorporeret. Sådanne kontrakt-klausuler, hvori der fastsættes kontrolprocedurer og sanktioner i tilfælde af misligholdelse af tilsagnet om ikke at gøre brug af oplysningerne, hvis beslutningen annulleres, må anses for tilstrækkelige til at forhindre, at der indtræffer en uoprettelig skade.

- 274 For fuldstændighedens skyld bemærkes, at vurderingen i den foregående præmis underbygges af, at Novell under retsmødet udtalte, at selskabet var indstillet på at give adgang til kildekoden i sine produkter, hvis beslutningen blev annulleret, således at det kunne kontrolleres, at der ikke blev gjort brug af interoperabilitetsoplysningerne. Microsoft svarede ikke herpå.

Påstanden om produkternes fortsatte tilstedeværelse i distributionskanalerne

- 275 Microsoft har gjort gældende, at beslutningen varigt vil gøre indgreb i Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder — nærmere bestemt Microsofts ret til at udnytte sine patenter — eftersom produkter, hvori Microsofts teknologi er blevet inkorporeret, fortsat vil findes i distributionskanalerne og hos kunderne, hvis beslutningen annulleres.
- 276 Retten finder, at Microsoft ikke har godtgjort, at disse omstændigheder udgør en alvorlig og uoprettelig skade.
- 277 For det første kan det ikke vides, hvornår konkurrerende produkter, hvori specifikationer er implementeret, bringes på markedet. Det er hvad dette angår ubestridt, at de virksomheder, der modtager oplysningerne, først skal implementere specifikationer og dernæst bringe deres produkter på markedet. Under retsmødet anførte Microsofts repræsentant, at specifikationer for kommunikationsprotokollerne ville være klar til brug inden for tre til fire uger.
- 278 Kommissionen vurderer i beslutningen (betragtning 719-721), at det sammenlagt vil tage flere år, fra specifikationerne modtages, til produkterne bringes på markedet. Kommissionen har i sine indlæg henvist til en »skrivelse af 20. juli 2004 fra Sun

[Microsystems] til Kommissionen«, hvori punkt 3, der vedrører server-server-kommunikationsprotokollerne, har følgende ordlyd:

»Selv med et hold på [et stort antal] programmører tog det Sun [Microsystems] [over et] år at fuldføre udviklingen af en funktionsdygtig version af AS/U på grundlag af oplysninger fra AT&T og at bringe den på markedet. Af nedennævnte grunde forventer Sun [Microsystems], at det vil tage længere tid at udvikle et tilsvarende kompliceret produkt på grundlag af tekniske specifikationer modtaget i henhold til den »Technical Collaboration Agreement«, som blev indgået med Microsoft i april 2004.«

279 Desuden har CCIA i det indlæg, CCIA indgav, før den trak sin intervention tilbage, anført, at »det står klart, at det, selv hvis oplysningerne blev fremlagt i morgen (og forudsat at de er fuldstændige og korrekte), ville det tage nogle år (mindst to), før en af Microsofts konkurrenter kunne bringe et produkt på markedet, hvori der blev gjort brug af oplysningerne«; denne bemærkning bygger på bilag CCIA.R.3, hvori Alepin finder, at det er helt urealistisk at forvente, at der inden for to år foreligger fuldstændig kompatible, kommercielt levedygtige produkter (punkt 84). SIIA — og Novell, før selskabet trak sin intervention tilbage — har fremført det samme argument i deres indlæg.

280 Efter at være blevet opfordret til skriftligt at udtale sig om ovenstående vurderinger af, hvor lang tid det vil tage at implementere selskabets specifikationer, har Microsoft i det væsentlige anført, at den tid, det tager at implementere en specifikation, i vid udstrækning afhænger af, hvor store ressourcer, der afsættes til formålet. Under retsmødet udtalte Microsoft, at et produkt kan bringes på markedet på under et kvartal, men fremkom ikke med tilstrækkelige enkeltheder eller andet, som kunne underbygge denne påstand og gøre det muligt at efterprøve, om der er grundlag for den. Den kan derfor ikke tiltrædes.

- 281 Ud over at det vil tage Microsofts konkurrenter en vis tid at sælge versioner af deres produkter, som er kompatible med Windows-operativsystemerne for arbejdsgruppeservere, følger det af det foregående, at der ikke er grund til at tro, at sådanne produkter vil kunne markedsføres i løbet af kort tid. Den virkning, Microsoft har klaget over, vil derfor under alle omstændigheder kun kunne få konkret aktualitet i et begrænset tidsrum, nemlig fra det tidspunkt, hvor de pågældende produkter bringes på markedet, til det tidspunkt, hvor der afsiges dom i hovedsagen.
- 282 For det andet kan en skade som følge af, at produkter, hvori specifikationerne for Microsofts protokoller er implementeret, fortsat findes i distributionskanalerne, ikke betragtes som uoprettelig, idet en sådan virkning nødvendigvis er af begrænset varighed, enten fordi produkterne i sidste instans sælges og installeres hos de virksomheder, der har anskaffet dem (jf. præmis 283 nedenfor), eller fordi de bliver teknologisk forældede.
- 283 For det tredje bemærkes, at det er korrekt, når Microsoft gør gældende, at de konkurrerende produkter fortsat vil være installeret hos de virksomheder, der har anskaffet dem, selv hvis beslutningen annulleres. Dette kan imidlertid ikke anses for at medføre en alvorlig og uoprettelig skade, dels fordi Microsoft ikke har vist, hvordan de pågældende produkters tilstedeværelse i kundernes netværk mærkbart vil skade Microsofts fremtidige virksomhed, dels fordi handelsværdien af produkterne, som vil have tilfredsstillet en kundeefterspørgsel, der har fandtes før afsigelsen af dommen vedrørende hovedsagen, antagelig hurtigt vil mindskes, hvis Retten annullerer beslutningen.
- 284 Hvad det sidstnævnte punkt angår vil Microsoft, hvis beslutningen annulleres, kunne forhindre konkurrerende operativsystemer i at være kompatible med nye Windows-versioner ved at ændre sine server-server-kommunikationsprotokoller; dette vil mærkbart og hurtigt formindske de konkurrerende produkters værdi. At det er teknisk muligt at påvirke interoperabiliteten mellem Windows-miljøet og de i virksomhederne installerede konkurrerende operativsystemer for arbejdsgruppeser-

vere — hvilket kunne gøre det muligt for Microsoft at drage eksklusiv fordel af senere forbedringer — blev bekræftet under retsmødet, uden at Microsoft bestred det.

285 Selv hvis Microsoft besluttede ikke at ændre sine kommunikationsprotokoller, efter at beslutningen eventuelt blev annulleret, ville det heller ikke kunne påføre selskabet uoprettelig skade, at der fortsat fandtes konkurrerende operativsystemer for arbejdsgruppeservere i netværkene. Under restmødet anførte Microsoft, at det i tilfælde af annullation af beslutningen ville være teknisk muligt at bryde interoperabiliteten med konkurrerende operativsystemer for arbejdsgruppeservere, men at det ud fra et kommercielt synspunkt ville være utænkeligt ikke at sikre, at nye systemer var bagudkompatible med ældre systemer. At bevarelsen af kompatibiliteten vil gøre det muligt for konkurrerende operativsystemer i et netværk at interoperere med den nye version af Windows-operativsystemerne, ændrer imidlertid intet ved, at de førstnævnte systemer ikke er lige så teknologisk avancerede som de sidstnævnte, og at de set fra et kommercielt synspunkt hurtigt vil blive forældede. Det skal i den forbindelse erindres, at Microsofts konkurrenter ikke længere vil kunne gøre brug af de i beslutningens artikel 5 omhandlede interoperabilitetsoplysninger, hvis Retten annullerer beslutningen (jf. præmis 273 ovenfor), og at bagudkompatibiliteten derfor kun vil være sikret for de operativsystemer for arbejdsgruppeservere, som konkurrenterne har bragt på markedet før det eventuelle annullationstidspunkt.

Påstanden om »kloning« af produkterne

286 Microsoft har gjort gældende, at de omtvistede oplysninger kan bruges til at »klone« Microsofts produkter. Ifølge Microsoft vil konkurrenterne fra det øjeblik, de ved at studere de ophavsretsbeskyttede specifikationer for Microsofts kommunikationsprotokoller har fået detaljeret kendskab til de indre virkemåder i selskabets operativsystemer, kunne anvende dem i deres egne produkter. Det vil være

vanskeligt, for ikke at sige umuligt, for Microsoft og domstolene at fastslå, om konkurrenterne har gjort brug af denne viden under udviklingen af deres egne serveroperativsystemer.

- 287 Det bemærkes herom, at forudsætningen for dette ræsonnement, nemlig at det vil være muligt at skaffe sig oplysninger, som er mere vidtgående end interoperabilitetsoplysningerne i sig selv, ikke har kunnet anses for bevist (jf. præmis 260-265 ovenfor).
- 288 Desuden bygger Microsofts påstand på en fortolkning af beslutningens artikel 5, der ikke tager hensyn til begrundelsen for artiklen. Angivelsen i artikel 5 om, at Microsoft skal tillade, at specifikationer for selskabets protokoller anvendes »til at udvikle og distribuere operativsystemer for arbejdsgruppeservere«, skal nemlig fortolkes på baggrund af beslutningens betragtning 1003 og 1004. Ifølge betragtning 1003 har beslutningen »til formål at sikre, at Microsofts konkurrenter kan udvikle produkter [som er kompatible] med opbygningen af Windows-arkitekturen, som [originalt] er indbygget i det dominerende Windows-operativsystem for klient-pc'er, og som derfor kan konkurrere med Microsofts operativsystem for arbejdsgruppe-servere«. I betragtning 1004 hedder det: »for så vidt angår den efterfølgende brug af specifikationer, må disse ikke reproducere, tilpasses, arrangeres eller ændres; tredjemand må kun anvende dem til udvikling af egne grænseflader, der stemmer overens med specifikationerne«.
- 289 Beslutningens artikel 5 skal følgelig forstås således, at protokollerne kun må anvendes til at tilvejebringe interoperabilitet, og at det følgelig ikke er tilladt at anvende dem til andre formål. Under retsmødet bekræftede Kommissionen udtrykkeligt denne fortolkning og lagde vægt på, at den i beslutningens artikel 7 omhandlede »af Microsoft uafhængig[e] kontrollbefuldmægtige[de]« vil kunne kontrollere, at denne begrænsning overholdes.

2) Det påståede indgreb i forretningsfriheden

290 Microsoft har gjort gældende, at selskabets frihed til at fastlægge de vigtigste led i sin forretningspolitik vil blive undergravet, hvis beslutningen gennemføres; Microsoft pålægges heri at fremlægge oplysninger for sine konkurrenter, fratages sine muligheder for at udvikle sine produkter og tvinges til at gøre sine protokoller »modstandsdygtige«.

291 Det bemærkes herom, at enhver beslutning, der træffes i medfør af artikel 82 EF, og som pålægger en dominerende virksomhed at bringe et misbrug til ophør, uundgåeligt bevirker en ændring af virksomhedens forretningspolitik. Pålægget til virksomheden om at ændre sin adfærd kan derfor ikke i sig selv anses for at udgøre en alvorlig og uoprettelig skade, medmindre det lægges til grund, at uopsættelighedsbetingelsen altid er opfyldt, når virksomheden i den beslutning, der begæres udsat, pålægges at ophøre med en adfærd, som er udtryk for misbrug.

292 Når en sagsøger påberåber sig et indgreb i forretningsfriheden for at godtgøre, at det er uopsætteligt at bestemme, at den foreløbige forholdsregel, han har begæret, skal træffes, påhviler det sagsøgeren at føre bevis for, enten at gennemførelsen af den anfægtede retsakt vil tvinge ham til at ændre en række vigtige led i sin forretningspolitik, og at gennemførelsens virkninger, selv hvis der afsiges en dom, som giver ham medhold i hovedsagen, vil hindre ham i at genoptage sin oprindelige forretningspolitik, eller at virkningerne vil påføre ham en anden form for alvorlig og uoprettelig skade, idet det skal erindres, at den påståede skade i hvert enkelt tilfælde skal vurderes på baggrund af omstændighederne.

293 I de af Microsoft påberåbte kendelser i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 138, og i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, vurderede Retten ved bedømmelsen af begæringen om foreløbige forholdsregler således følgerne af indgrebene i virksomhedernes frihed til at fastlægge deres forretningspolitik i lyset af, hvilke virkninger gennemførelsen af retsaken ville få.

294 I kendelsen i sagen Bayer mod Kommissionen, præmis 138 ovenfor, understregede Retten ved bedømmelsen af begæringen om foreløbige forholdsregler derfor: »Såfremt Retten i dette tilfælde skulle tage sagsøgerens påstand til følge, ville en øjeblikkelig gennemførelse af den omhandlede bestemmelse medføre risiko for, at sagsøgeren ikke fik mulighed for selvstændigt at fastlægge en række vigtige led i sin forretningspolitik« (præmis 54). Endvidere bemærkede Retten: »En sådan situation vil ganske særligt kunne forårsage et alvorligt tab for sagsøgeren netop i lægemiddelbranchen, som karakteriseres ved, at de nationale sundhedsvæseners har fastlagt ordninger til fastsættelse eller kontrol af priserne og refusionsordninger, som medfører store udsving i prisen på samme lægemiddel i de forskellige medlemsstater« (præmis 55). Da prisreguleringen inden for sektoren var blevet fundet at udgøre en faktor, der begrænsede spillerummet for virksomhedernes forretningsfrihed, drog Retten den konklusion, at et yderligere indgreb i den allerede indskrænkede forretningsfrihed udgjorde en alvorlig skade. Det var således kun under hensyn til de specifikke omstændigheder i sagen, at ændringen af Bayers forretningspolitik blev fundet tilstrækkelig til, at der forelå uopsættelighed.

295 I kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, fandt Retten ved bedømmelsen af begæringen om foreløbige forholdsregler, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, da der var alvorlig grund til at antage, at den »udvikling på markedet«, en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen sandsynligvis ville medføre, ville være meget vanskelig eller endog umulig at vende, hvis sagsøgeren fik medhold i hovedsagen (præmis 129). Den »reelle risiko for, at sagsøgerens interesser lider alvorlig og uoprettelig skade« (præmis 127), som var blevet fastslået i denne sag, beroede således på den alvorlige og uigenkaldelige karakter af markedsudviklingen. De hensyn, der vedrørte indgrebet i virksomhedernes frihed til at fastlægge deres forretningspolitik (præmis 130 og 131), blev kun taget i betragtning for at underbygge den konklusion vedrørende uopsætteligheden, som Retten allerede var nået frem til, hvilket den manglende vurdering af, om indgrebet var alvorligt og uopretteligt, vidner om.

296 Det skal følgelig efterprøves, om Microsoft har påvist, at indgrebet i selskabets forretningsfrihed, henset til sagens omstændigheder, påfører selskabet en alvorlig og uoprettelig skade.

i) Påstanden om en fundamental ændring af forretningspolitikken

297 At Microsoft i beslutningen pålægges fundamentalt at ændre sin forretningspolitik modsiges af visse oplysninger i sagens akter.

298 Indledningsvis må det konstateres, at Microsoft både i det amerikanske forlig og i beslutningen pålægges at fremlægge specifikationerne for kommunikationsprotokollerne. I det amerikanske forlig forpligtes Microsoft ganske vist ikke til at fremlægge specifikationerne for server-server-kommunikationsprotokollerne, men det pålægges selskabet at give licenser til alle de protokoller, som er implementeret i Windows-operativsystemerne for klient-pc'er, med henblik på at opnå interoperabilitet med Windows-operativsystemerne for servere. Retten finder på baggrund af det for den fremlagte materiale og under hensyn til, at beslutningen er i overensstemmelse med den fremlæggelsespolitik, Microsoft allerede har indledt i medfør af det amerikanske forlig, at forskellene mellem forliget og beslutningen med hensyn til forretningspolitik ikke kan anses for væsentlige. Det bemærkes i den forbindelse, at det ikke er blevet bestridt, at en af de protokoller, hvortil der er givet licens inden for rammerne af MCPP, er en protokol, som ikke kun benyttes til klient-server-kommunikation, men også til server-server-kommunikation. Om dette sidste punkt fremgår det navnlig af beslutningens betragtning 179, at »servere i et netværk undertiden kan anvende de samme protokoller som klient-pc'erne til kommunikation med andre servere. F.eks. anvendes Microsoft Kerberos i et Windows-domæne til autentifikation både mellem en Windowsbaseret klient-pc og en Windowsbaseret arbejdsgruppeserver og mellem flere Windows-baserede arbejdsgruppeservere«. Desuden er det påståede indgreb i Microsofts forretningspolitik ikke uopretteligt, idet Microsoft i tilfælde af, at beslutningen annulleres, vil kunne ophøre med at give licenser til sine kommunikationsprotokoller, hvis Microsoft ønsker det, på samme måde som Microsoft vil kunne gøre, når MCPP udløber, hvilket er fastsat til 2009.

299 Endvidere fremgår det af sagens akter, at Microsofts ledelse har udtalt, at Microsoft ønsker at føre en politik, der består i aktivt at fremme udstedelsen af licenser til de

protokoller, som er omfattet af det amerikanske forlig, og det bekræftes, at Microsoft agter at tilbyde anvendelsesrettigheder inden for et bredere område end det, forliget kræver. Det hedder således i en pressemeddelelse fra Microsoft af 1. august 2003 (bilag N.12):

»Microsoft har ligeledes meddelt, at selskabet generelt er indstillet på at tilbyde et endnu bredere felt af anvendelsesrettigheder til dets protokolteknologi end det, der blev fastsat i den endelige dom i antitrustsagen, eller det, standardlicensaftalerne inden for rammerne af MCPP afspejler. Microsoft har i henhold til MCPP allerede frivilligt indrømmet et antal licenstagere anvendelsesrettigheder, som er mere vidtgående end fastsat i den endelige dom, og Microsoft opfordrer andre udviklere, der er interesserede i at tage licens på selskabets protokolteknologi, til at drøfte deres tekniske behov med det Microsoft-hold, som har til opgave at udstede licenser til protokollerne.«

300 Endelig skal de server-server-kommunikationsprotokoller, som er omfattet af beslutningen, også fremlægges i henhold til aftalen mellem Microsoft og Sun Microsystems. Da det i denne aftale bestemmes, at netop de server-server-kommunikationsprotokoller skal fremlægges, som Microsoft pålægges at stille til rådighed i beslutningen, kan Microsoft ikke med føje hævde, at Microsoft vil blive tvunget til at ændre sin forretningspolitik fundamentalt, hvis beslutningen gennemføres.

301 I betragtning af det foranstående kan Retten ikke anse det for godtgjort, at beslutningen vil forårsage en tilstrækkeligt væsentlig ændring af Microsofts forretningspolitik.

302 Denne konklusion underbygges af, at Kommissionen under retsmødet anførte som svar på et spørgsmål fra Retten, at Microsoft under forhandlingerne med Kommissionen under den administrative procedure var indstillet på at fremlægge

flere interoperabilitetsoplysninger end de i beslutningen omhandlede. Microsoft fremhævede, at hver enkelt forhandling har sin særlige karakter som følge af gensidige indrømmelser, men modsagde ikke Kommissionen på dette punkt.

ii) Påstanden om vanskeligheden ved at forbedre protokollerne

303 Microsoft har hævdet, at gennemførelsen af beslutningen vil indskrænke den fleksibilitet, Microsoft har brug for til regelmæssigt at forbedre de protokoller, det drejer sig om, og dermed vil begrænse selskabets innovationsmuligheder (bilag R.2 og T.7).

304 Herom bemærkes, at Microsoft i beslutningens artikel 5, litra a)-c), pålægges at stille specifikationerne for sine protokoller til rådighed for sine konkurrenter, men at disse bestemmelser ikke begrænser Microsofts frihed til udforme sine protokoller, som selskabet ønsker. Forbedring af protokollerne er således noget, det tilkommer Microsoft at træffe afgørelse om under hensyn til de forventede følger af en sådan beslutning. Microsoft har ikke påvist, at en beslutning om at forbedre protokollerne i interimperioden — indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen — vil have så omfattende praktiske konsekvenser, at de vil udgøre en reel hindring for innovation.

305 Endvidere kan argumentet om, at den fleksibilitet, der gør det muligt for Microsoft at forbedre protokollerne, vil blive begrænset af, at de kommercielle realiteter gør det nødvendigt at sikre bagudkompatibilitet med de af konkurrenternes produkter, som er baseret på Microsofts protokoller, ikke tiltrædes, når henses til visse oplysninger i sagens akter.

306 For det første har Microsoft tidligere ikke følt sig bundet af en sådan forpligtelse, nemlig da Microsoft besluttede at gøre Novells NDS for NT funktionsudygtig (beslutningens betragtning 298-301 og 686).

307 For det andet sørger Microsoft under alle omstændigheder for, at der er bagudkompatibilitet med tidligere versioner af selskabets egne produkter. Intet i sagens akter giver grund til at tro, at Microsoft ved at sikre denne kompatibilitet ikke også sikrer bagudkompatibilitet med alle kompatible implementeringer. Microsoft har nævnt, at selskabet har sørget for bagudkompatibilitet med en lang række produkter, og fremhævet, at det »i forbindelse med de løbende udsendelser af nye Windows-serveroperativsystemer allerede [var] en programmeringsmæssig udfordring at bevare bagudkompatibiliteten med tusindvis af offentliggjorte grænseflader, som anvendes i edb-programmer udviklet af andre«.

308 For det tredje er der ikke foretaget nogen vurdering af den forøgede kompleksitet som følge af udviklingen af kompatible operativsystemer for arbejdsgruppeservere. Under alle omstændigheder må den yderligere indsats anses for at være begrænset i interimperioden, da antallet af kompatible produkter, der vil blive bragt på markedet og købt af kunderne, inden Retten træffer afgørelse i hovedsagen, antagelig vil være begrænset. Det bemærkes i den forbindelse, at en ny version af Microsofts operativsystem, der har fået navnet »Longhorn«, ifølge Microsoft vil være klar i 2006, og at meddelelsen om dens udsendelse antagelig vil påvirke kundernes indkøb til ugunst for konkurrerende operativsystemer for arbejdsgruppeservere, således som de parter, der har intervenseret til støtte for Kommissionens påstande, har påpeget.

309 For det fjerde burde det amerikanske forlig, som ikke kun gavner de i beslutningen omhandlede producenter af operativsystemer for arbejdsgruppeservere i beslutningens forstand, men også praktisk talt alle andre producenter af serveroperativsystemer, have haft en negativ virkning af samme art som den, Microsoft har påberåbt sig over for Retten. Der fremgår imidlertid ikke af parternes skriftlige

indlæg, at gennemførelsen af beslutningen i højere grad end de forpligtelser, Microsoft har påtaget sig inden for rammerne af det amerikanske forlig, vil kunne påvirke den fleksibilitet, Microsoft råder over med hensyn til at foretage ændringer i sine protokoller. I den forbindelse fremgår det af et af Microsofts svar på de skriftlige spørgsmål, at det amerikanske forlig giver Microsoft mulighed for under visse omstændigheder at vælge at udnytte nyskabelser i klient-server-protokollerne til at gøre Windows-operativsystemerne mere tiltrækkende uden at stille den pågældende teknologi til rådighed for konkurrenterne. Microsoft har tilføjet:

»Hvis Microsoft navnlig udvikler nye klient-server-protokoller, som ikke er inkorporeret i Microsofts Windows-klientoperativsystem, men som skal installeres separat, skal Microsoft ikke stille disse protokoller til rådighed for konkurrenterne. Microsoft kan eksempelvis udvikle innovative protokoller i forbindelse med en ny version af sit Windows-serveroperativsystem. Når der oprettes et netværk, hvori dette serveroperativsystem installeres, vil kunderne blive anmodet om at installere det klientprogrammel, hvori de pågældende protokoller er implementeret, på deres personlige computere. (Det er den fremgangsmåde, Novell traditionelt har fulgt).«

310 Denne udtalelse bekræfter, at Microsoft agter at forbedre sine produkter, og at manglen på fleksibilitet ikke udgør så stor en begrænsning, at det er til hinder for en sådan forbedring. Det er i den forbindelse uden betydning, om forbedringerne stilles til rådighed frivilligt eller som følge af et retligt påbud.

311 For det femte tyder aftalen med Sun Microsystems, som omfatter de i beslutningen omhandlede protokoller, på, at indvirkningen på Microsofts muligheder for at ændre sine protokoller ikke er uigenkaldelig.

iii) Påstanden om, at det er nødvendigt at gøre protokollerne »modstandsdygtige«

312 Microsoft har hævdet, at selskabet vil blive nødt til at gøre protokollerne mere »modstandsdygtige« over for »mulige funktionsforstyrrelser, nedbrud og sikkerhedsrisici« som følge af »uigennemtænkt eller forsætlig skadelig anvendelse«.

313 Selv hvis der var ført bevis for de »mulige funktionsforstyrrelser, nedbrud og sikkerhedsrisici«, har Microsoft indskrænket sig til at påberåbe sig den skade, der vil følge af den angiveligt nødvendige indsats for at forhindre, at noget sådant indtræffer, og har ikke angivet, hvorfor skaden vil være alvorlig og uoprettelig. Navnlig har Microsoft ikke godtgjort, at det er nødvendigt at opretholde protokollernes »modstandsdygtighed«, efter at beslutningen eventuelt er blevet annulleret, eller at dette vil give anledning til endnu en form for skade. Desuden vil modtagerne af interoperabilitetsoplysningerne, således som Kommissionen har gjort gældende, have et stærkt incitament til at gøre deres produkter sikre og stabile og forhindre »uigennemtænkt anvendelse«, og de vil ikke have nogen interesse i en »forsætlig skadelig« anvendelse. Således som Kommissionen ligeledes har påpeget, vil de virksomheder, der får gavn af fremlæggelsen, tværtimod have en åbenbar interesse i at forebygge tilfældige skader ved at teste deres implementeringer over for Microsofts og ved at sikre sig, at deres produkter hverken forårsager tab eller ødelæggelse af data hos kunderne. Sådanne tests vil naturligvis omfatte alle de Windows-produkter, hvormed den pågældende konkurrent ønsker at tilvejebringe interoperabilitet. Derfor vil Microsoft efter al sandsynlighed ikke senere blive nødt til at tilpasse tidligere installerede produkter.

314 I lighed med hvad der er tilfældet vedrørende det påståede indgreb i Microsofts muligheder for frit at udvikle sine produkter har Microsoft heller ikke påvist, at de risici, hvortil der henvises i den foregående præmis, er blevet til virkelighed som følge af det amerikanske forlig. Endelig har Microsoft på trods af, at flere protokoller, der oprindeligt er blevet udviklet som »private« protokoller — for at benytte Microsofts terminologi — er blevet implementeret i Samba eller AS/U, ikke anført noget eksempel på »uventet« dataoverførsel til Windows, som har ført til tab eller ødelæggelse af data.

- 315 De påståede begrænsninger af Microsofts muligheder for at udvikle sine produkter følger allerede af forliget med Sun Microsystems, som omfatter de protokoller, der er relevante i forbindelse med beslutningen. Der er således ikke nogen forbindelse mellem den skade, dette medfører — for så vidt den foreligger — og den afhjælpende foranstaltning, og Microsoft har ikke påvist, at den begærede udsættelse af gennemførelsen af beslutningen mærkbart vil ændre den situation, selskabet i øjeblikket befinder sig i.
- 316 Endelig kan der ved kontrakt fastsættes nærmere tekniske betingelser, således som det er bestemt i det amerikanske forlig. Microsoft har således som svar på et spørgsmål fra Retten oplyst, at det amerikanske forlig tillader Microsoft at knytte en række betingelser til fremlæggelsen af sikkerhedsrelaterede protokoller for at minimere faren for, at protokollerne med skadesforsæt anvendes til at undergrave datasikkerheden. Frygten for forsætlig skadelig anvendelse af de omtvistede oplysninger eller utilstrækkelig testning vil således kunne fjernes ved, at Kommissionen anmodes om at give tilladelse til, at Microsoft nægter at fremlægge oplysningerne i sådanne situationer.

3) Påstanden om en uigenkaldelig ændring af markedsvilkårene

- 317 Microsoft har gjort gældende, at pligten til at give licenser uigenkaldeligt vil ændre de herskende markedsvilkår til ugunst for Microsoft, idet konkurrenterne ved at undersøge de detaljerede specifikationer for de kommunikationsprotokoller, der er tale om, vil få kendskab til vigtige aspekter af opbygningen af Windows-operativsystemerne for servere. Fremlæggelsen af sådanne oplysninger i stort omfang vil gøre det muligt for Microsofts konkurrenter at reproducere en række funktionaliteter i deres serveroperativsystemer, som Microsoft har udviklet gennem sin egen forsknings- og udviklingsindsats.

318 De faktiske forudsætninger for Microsofts vurdering har ikke kunnet anses for bevist (jf. præmis 260-265 ovenfor). Desuden har Microsoft intet fremlagt om den markedsudvikling, det påståede problem efter Microsofts opfattelse vil give anledning til, skønt Kommissionen i svarskriftet har kritiseret Microsoft på dette punkt. Microsofts argument kan derfor ikke tiltrædes.

319 Selv hvis Microsofts argument kunne fortolkes således, at fremlæggelsen af interoperabilitetsoplysningerne vil ændre markedsvilkårene på en sådan måde, at Microsoft taber markedsandele, som Microsoft ikke ville kunne genvinde i tilfælde af, at beslutningen annulleres, finder Retten under alle omstændigheder, at Microsoft ikke har fremlagt faktiske omstændigheder, der underbygger det. Navnlig har Microsoft ikke påvist, at der vil være hindringer for, at selskabet generobrer en betydelig del af de markedsandele, det måtte have tabt som følge af den afhjælpende foranstaltning (jf. i denne retning kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.4.2001, sag C-471/00 P(R), Kommissionen mod Cambridge Healthcare Supplies, Sml. I, s. 2865, præmis 111, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 16.1.2004, sag T-369/03 R, Arizona Chemical mfl. mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 82-84).

c) Den alvorlige og uoprettelige skade som følge af forpligtelsen til at fremlægge specifikationer for klient-server-protokollerne

320 Det følger af det foregående som helhed, at de forskellige former for skade, Microsoft har påberåbt sig, ikke er blevet fundet at kunne opfylde uopsættelighedsbetingelsen for så vidt angår forpligtelsen til at fremlægge specifikationer for server-server-protokollerne.

321 Da Microsoft ikke har fremført yderligere argumenter, der giver grundlag for at drage en anden konklusion med hensyn til virkningerne af fremlæggelsen af klient-

server-kommunikationsprotokollerne, må Retten drage den konklusion, at Microsoft ikke har påvist, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt for så vidt angår anden del af fremlæggelsespålægget. Det bemærkes i denne forbindelse, at klient-server-interoperabilitet og server-server-interoperabilitet, således som Kommissionen med rette anfører i beslutningen, er to uløseligt forbundne interoperabilitetskomponenter i et computersystem, der består af flere Windows-baserede klient-pc'er og flere Windows-baserede arbejdsgruppeservere, som er koblet sammen i et netværk (betragtning 144-184 og 689).

- 322 Under alle omstændigheder må der tages hensyn til, at Microsoft under retsmødet fastholdt, at det ikke er nødvendigt at pålægge selskabet at fremlægge specifikationer for klient-server-protokollerne, eftersom disse specifikationer indtil 2009 kan erhverves inden for rammerne af MCP. Dette argument kan kun opfattes således, at beslutningens pålæg om at fremlægge disse specifikationer ikke kan påføre Microsoft alvorlig og uoprettelig skade.
- 323 Begæringen om foreløbige forholdsregler kan derfor heller ikke tages til følge på grund af manglende uopsættelighed, for så vidt den har til formål at opnå udsættelse af pålægget om at fremlægge specifikationer for klient-server-protokollerne og at tillade Microsofts konkurrenter at gøre brug af disse.
- 324 I betragtning af det foranstående som helhed og den manglende opfyldelse af uopsættelighedsbetingelsen, kan begæringen om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 5, litra a)-c), ikke tages til følge, og det er herved ufornuddent at foretage en afvejning af de berørte interesser.
- 325 Det skal understreges, at den part, der har fremsat en begæring om en foreløbig forholdsregel, ifølge procesreglementets artikel 109 ikke er afskåret fra at fremsætte en ny begæring støttet på nye faktiske omstændigheder, hvis begæringen ikke tages

til følge. I det foreliggende tilfælde kan det ikke udelukkes, at vedvarende uenighed om visse nærmere enkeltheder vedrørende gennemførelsen af beslutningen vil kunne anses for en »ny omstændighed«. Nærmere bestemt bemærkes, at under henvisning til betragtningerne i det foranstående om kontraktklausuler som begrundelse for, at uopsættelighedsbetingelsen ikke er opfyldt (jf. præmis 268, 273, 285 og 316 ovenfor), kunne det således anses for en ændring af omstændighederne, der kunne rejse tvivl om nogle af de præmisser, hvorpå den foreliggende kendelse er baseret, hvis det nægtes at lade sådanne sikkerhedsklausuler indgå i de licensaftaler, der skal indgås med de i beslutningens artikel 5 omhandlede virksomheder.

Spørgsmålet om koblingssalg

A — Parternes argumenter

1. Argumenter fremført af Microsoft og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande

a) *Fumus boni juris*

326 Microsoft har gjort gældende, at selskabet i sit annulationssøgsmaal har fremført argumenter, som umiddelbart begrundes, at de bestemmelser i beslutningen, der vedrører det påståede misbrug i form af koblingssalg, annulleres.

327 Kommissionen finder i beslutningen, at Microsofts inkorporering af en forbedret multimediefunktionalitet i Windows udgør misbrug i den i artikel 82 EF, herunder »navnlig« stk. 2, litra d), anvendte betydning og i henhold til et nyt kriterium om

koblingssalg, der følger af artikel 82 EF. Kommissionen anfører i beslutningens betragtning 841, at den og Fællesskabets retsinstanser i de klassiske sager om koblingssalg har fundet, at koblingssalg af et særskilt produkt og det dominerende produkt er et tegn på, at udelukkelsesvirkningen af denne praksis for konkurrerende leverandører foreligger. Ifølge Microsoft fremgår det af samme betragtning i beslutningen, dels at der i den aktuelle sag ikke er tale om et »klassisk tilfælde af koblingssalg«, dels at »brugerne kan skaffe sig andre multimedieafspillere over internet, undertiden gratis«. Kommissionen medgiver således, at »[d]er er [...] gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af [Windows Media Player] udgør en adfærd, som efter sin art kan begrænse konkurrencen« (betragtning 841).

328 Kommissionen drager imidlertid den konklusion, at der i det aktuelle tilfælde foreligger en udelukkelsesvirkning over for konkurrenterne på markedet, hvilket den baserer på en højst spekulativ teori om, at den store udbredelse af Windows' multimediefunktionalitet tvinger indholdsleverandørerne til næsten udelukkende at benytte Windows' medieformater, hvilket bevirker, at alle konkurrerende multimedieafspillere udelukkes fra markedet, og, indirekte, at forbrugerne nødsages til kun at anvende Windows' multimediefunktionalitet (beslutningens betragtning 836 og 842). Ifølge Microsoft er der, i den i retspraksis anvendte betydning, »alvorlig uenighed om rigtigheden af den grundlæggende retlige konklusion«, hvorpå Kommissionen har baseret sine påstande vedrørende udformningen og integrationen af Windows Media Player (kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133, præmis 106). Microsoft finder ligeledes, at betingelsen om, at det påvises, at den konstatering af en overtrædelse, som beslutningens artikel 6, litra a), bygger på, umiddelbart forekommer ulovlig, er opfyldt.

329 For det første er der ikke noget grundlag for Kommissionens spekulative teori om udelukkelse fra markedet. Beslutningen afspejler ikke realiteterne på markedet, dels fordi brugerne af Windows-baserede klient-pc'er finder det let at anvende forskellige multimedieafspillere med forskellige formater, dels fordi indholdsleverandørerne konstant anvender flere formater. Kommissionens konklusion er ligeledes i strid med den meget anderledes teori, der blev lagt til grund i AOL/Time Warner-beslutningen (Kommissionens beslutning 2001/718/EF af 11.10.2000 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.1845 — AOL/Time

Warner), EFT 2001 L 268, s. 28). Desuden gør Kommissionen gældende i beslutningen, at den udelukkelse fra markedet, den finder sker, kun omfatter de tilfælde, hvor multimediefunktionaliteten i Windows er udviklet af Microsoft, hvorimod den ikke omfatter perioden 1995-1998, hvor RealNetworks' multimedieafspiller var »koblet« til Windows.

- 330 I sit indlæg af 19. august 2004 har Microsoft tilføjet, at Kommissionen fuldstændig ser bort fra, for det første at de vigtigste websites stadig tilbyder multimedieindhold i to eller flere formater, for det andet at antallet af formater, der benyttes på populære websites med multimedieindhold, er steget og nu er på ca. tre, og for det tredje at 80 % af de populære websites i foråret 2004 tilbød indhold i RealNetworks' formater.
- 331 Desuden har Kommissionen set bort fra den seneste markedsudvikling, herunder navnlig den eksponentielle vækst af andre apparater end klient-pc'er, såsom Apples iPod, der afspiller multimedieindhold i andre formater end Windows', og den kommende generation af mobiltelefoner, som vil indeholde multimedieafspillere. De indholdsleverandører, der ønsker at nå det bredest mulige publikum, vil ifølge Microsoft fortsat benytte flere formater for at nå dels brugerne af andre apparater end klient-pc'er, der ikke kan afspille indhold i Windows Media-format, dels forbrugere, der på deres klient-pc anvender andre virksomheders multimedieafspillere i stedet for multimediefunktionaliteten i Windows.
- 332 For det andet er fordelene ved »konceptet for opbygning« af Microsofts operativsystem, som indebærer, at der kontinuerligt udvikles nye Windows-versioner med nye funktionaliteter, væsentlige og burde i højere grad være taget i betragtning af Kommissionen.
- 333 For det tredje har Kommissionen ikke påvist, at der foreligger en overtrædelse af artikel 82 EF, herunder navnlig stk. 2, litra d). Bl.a. påvises det ikke i beslutningen, at Windows og Windows' multimediefunktionalitet tilhører to forskellige produktmarkeder. Kommissionen har fejlagtigt kun undersøgt, om det angiveligt koblede

produkt kan erhverves uafhængigt af det angiveligt »dominerende« produkt, skønt det korrekte spørgsmål er, om sidstnævnte produkt normalt tilbydes uden det koblede produkt. Endvidere er der ifølge Microsoft i det foreliggende tilfælde heller ikke tale om en tillægsydelse, idet forbrugerne for det første ikke har pligt til at betale noget tillæg for Windows' multimediefunktionalitet, for det andet heller ikke har pligt til at benytte denne, og for det tredje ikke af Microsoft forhindres i at anvende andre virksomheders multimedieafspillere i stedet for eller ud over Windows' multimediefunktionalitet. Kommissionen har heller ikke påvist, at multimediefunktionaliteten ikke er koblet til operativsystemerne for klient-pc'er efter sin natur eller ifølge handelssædvane. Også i andre operativsystemer er der nemlig indbygget en multimediefunktionalitet, og Microsoft har for sit vedkommende indbygget en sådan funktionalitet i Windows siden 1992 og konstant forbedret den.

334 For det fjerde har Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke taget tilstrækkeligt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPS-aftalen.

335 For det femte er den afhjælpende foranstaltning uforholdsmæssig.

336 CompTIA og Exor støtter Microsofts standpunkt vedrørende *fumus boni juris*. Microsoft har efter deres opfattelse påvist, at beslutningens artikel 4 og artikel 6, litra a), umiddelbart forekommer ulovlig.

b) Uopsættelighed

337 Microsoft har gjort gældende, at en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), vil medføre to former for alvorlig og uoprettelig skade, dels fordi Microsoft må ophøre med at følge det grundlæggende koncept for opbygningen af sit Windows-operativsystem, dels fordi Microsofts omdømme vil lide skade.

1) Den af Microsoft påståede skade som følge af, at det grundlæggende koncept for opbygningen af Windows-operativsystemet ikke længere kan følges

338 Microsoft har anført, at Windows-forretningsmodellen er baseret på det grundlæggende koncept for opbygningen af Microsofts Windows-operativsystem. Microsofts forretningsmodel har som mål at opbygge en fælles platform for udvikling og afvikling af applikationer, som er uafhængig af den klient-pc-hardware, forbrugeren benytter.

339 En øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), vil tvinge Microsoft til at ophøre med at følge dette koncept og dermed påføre selskabet alvorlig og uoprettelig skade. Pålægget i beslutningens artikel 6, litra a), hvorefter Microsoft skal tilbyde en version af Windows, der ikke indeholder den, til hvad Kommissionen betegner som »Windows Media Player« svarende programkode, vil forhindre Microsoft i at udforme sit operativsystem således, at det på ensartet måde omfatter nye eller forbedrede multimediefunktionaliteter. Artikel 6, litra a), vil også forhindre softwareproducenter, indholdsleverandører, udstyrsproducenter og forbrugerne i at drage de fordele af Windows-plattformen, som de gør i øjeblikket.

340 Microsoft har erindret om, at der ifølge retspraksis opstår alvorlig og uoprettelig skade, når det pålægges en part øjeblikkelig at gennemføre en kommissions-

beslutning, som medfører strukturelle ændringer, eller som hindrer denne part i at fastlægge vigtige led i sin forretningspolitik (kendelsen i sagen RTE mfl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 251, kendelse afsagt af Domstolens præsident den 13.6.1989, sag C-56/89 R, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. s. 1693, kendelse afsagt af Rettens præsident den 16.7.1992, sag T-29/92 R, SPO mfl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2161, den 19.2.1993, forenede sager T-7/93 R og T-9/93 R, Langnese-Iglo og Schöller Lebensmittel mod Kommissionen, Sml. II, s. 131, og den 10.3.1995, sag T-395/94 R, Atlantic Container Line mfl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, kendelsen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 138, kendelse afsagt af Rettens præsident den 7.7.1998, sag T-65/98 R, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 2641, og kendelsen i sagen IMS Health mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 133). En øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen vil medføre, at fordelene ved Windows-plattformens ensartethed uigenkaldeligt går tabt, hvorved Microsoft påføres alvorlig og uoprettelig skade.

- 341 Microsoft har tilføjet, at en eventuel annullation af beslutningen ikke vil råde bod på denne skade. Microsofts programmører vil nemlig være nødt til at gå ud fra, at i det mindste nogle kopier af Windows, som er blevet distribueret inden for EØS, ikke vil indeholde en multimediefunktionalitet. Da disse forringede versioner af Windows ikke vil kunne tages tilbage fra forbrugerne, hvis beslutningen efterfølgende annulleres, vil Microsofts programmører være nødt til at tage hensyn til, at der i mange år vil findes to versioner; andre parter, som er afhængige af Windows-plattformens stabilitet og sammenhæng, vil blive nødt til at gøre det samme, hvilket vil forøge deres omkostninger og permanent gøre Windows mindre attraktiv. Bestemmelserne i beslutningens artikel 4 vil forøge disse planlægningsvanskeligheder.

2) Skaden på Microsofts omdømme

- 342 Microsoft har gjort gældende, at distributionen af den version af Windows, der skal tilbydes ifølge beslutningens artikel 6, litra a) (herefter »artikel 6-versionen«), vil påføre Microsofts omdømme som producent af kvalitetsprogrammer alvorlig og uoprettelig skade.

343 For det første vil artikel 6-versionen ikke indeholde den multimediefunktionalitet, der normalt står til rådighed for applikationer, som afvikles under Windows. Derfor vil adskillige applikationer ikke kunne fungere sammen med artikel 6-versionen af operativsystemet, og det på trods af at den vil have navnet »Windows«. Denne funktionsforstyrrelse vil undergrave Windows' centrale værdi. Den vil ligeledes gøre det nødvendigt for såvel Microsoft som udstyrsproducenter og softwareudviklere at løse de problemer, beslutningen medfører, og at yde utilfredse kunder den nødvendige support i mellemtiden. At løse de mange forudsigelige og potentielt uforudsigelige problemer vil være yderst vanskeligt, bekosteligt og skadeligt for Microsofts omdømme.

344 Microsoft har i sit indlæg af 19. august 2004 bestridt Kommissionens bemærkninger om, at Microsoft i artikel 6-versionen kunne bibeholde en »grundlæggende multimediefunktionalitet«. Kommissionen har ikke angivet, hvad der skal forstås ved en »grundlæggende multimediefunktionalitet«, og den kan kun have ret, hvis det er muligheden for at generere visse lyde eller at vise statiske billeder på skærmen, den har henvist til. Under alle omstændigheder vil enhver mulighed for at afspille lyd- eller billedfiler være fjernet i artikel 6-versionen; det gælder bl.a. filer på compactdiscs eller »digital versatile disks« (dvd'er) eller filer i standardformater som MP3, der downloades over internet til en klient-pc's harddisk. Ifølge Microsoft vil forbrugerne betragte et operativsystem for klient-pc'er, som i 2004 ikke er i stand til at løse så trivielle opgaver, som alvorligt forringet.

345 Kommissionen har heller ikke bestridt den ikke-udtømmende liste over alle de Windows-funktionaliteter, der ikke længere vil fungere korrekt i artikel 6-versionen.

346 For det andet kan de problemer, artikel 6-versionen vil medføre, ikke løses ved at installere andre virksomheders multimedieafspillere. Sådanne produkter kan ifølge Microsoft ikke træde i stedet for Windows' multimediefunktionalitet, da de ikke

indeholder de samme API'er; dette vil føre til en række funktionsforstyrrelser i konkurrerende applikationer og på websites, der bygger på Windows' multimediefunktionalitet.

- 347 For det tredje vil Microsoft lide lige så stor, eller endog større, skade som følge af, at de andre dele af Windows, der er baseret på systemets multimediefunktionalitet, ikke længere vil fungere korrekt i artikel 6-versionen, navnlig »My Music«-mappen og MP3-filoverførsel til en lang række bærbare multimedieafspillere.

- 348 Det fremgår af den ikke-udtømmende liste over mangler, som artikel 6-versionen vil give anledning til, at kun nogle af disse vil kunne afhjælpes ved at installere en anden virksomheds multimedieafspiller, og at det vil afhænge af, hvilken multimedieafspiller der installeres, hvilke mangler der afhjælpes.

- 349 Microsoft har i sit indlæg af 19. august 2004 bestridt Kommissionens argument om, at Windows' multimediefunktionaliteter kan erstattes af andre virksomheders multimedieafspillere, som installeres på nye klient-pc'er af udstyrsproducenter. Denne påstand, som tilsyneladende bygger på den antagelse, at det fuldt ud er muligt at erstatte den programkode, der leverer multimediefunktionaliteten, er teknisk forkert. Kommissionen har ikke henvist til nogen anden virksomheds multimedieafspiller, der tilbyder hele den multimediefunktionalitet, artikel 6-versionen vil mangle. Microsoft har ikke bestridt, at en del af Windows' multimediefunktionalitet kan retableres ved at installere visse multimedieafspillere. En del af operativsystemets multimediefunktionalitet vil dog stadig være forringet. Producenter af multimedieafspillere driver ikke virksomhed for at råde bod på manglerne i Windows' multimediefunktionalitet. Under alle omstændigheder vil det i høj grad afhænge af den installerede multimedieafspiller, hvor stor en del af multimediefunk-

tionaliteten, der kan retableres i artikel 6-versionen ved at installere en anden virksomheds multimedieafspiller.

350 Microsoft har anført, at andre virksomheders multimedieafspillere stiller deres funktionalitet til rådighed gennem offentliggjorte grænseflader, hvorfor disse grænseflader er forskellige fra dem, applikationerne benytter, når de gør brug af Windows' multimediefunktionalitet. De forskellige platformsprogrammeller benytter således forskellige grænseflader til at tilbyde sammenlignelige former for funktionaliteter. De øvrige dele af Windows og applikationer, som er udformet med henblik på at gøre brug af multimediefunktionaliteten i Windows, kan ikke pludselig erhverve en anden virksomheds multimedieafspillers multimediefunktionalitet. Det vil mindst være nødvendigt at ændre Windows eller en Windows-applikation for at gøre det muligt for andre virksomheders multimedieafspillere at benytte alternative grænseflader. Disse ændringer vil formentlig være omfattende og vil skulle omfatte samtlige multimedieafspillere. Fordelene ved en ensartet platform vil derfor være tabt, også selv om andre virksomheders multimedieafspillere kunne levere hele den multimediefunktionalitet, der vil mangle i artikel 6-versionen.

351 For det fjerde vil en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), alvorligt og uopretteligt skade varemærkerne »Microsoft« og »Windows«, idet Microsoft vil skulle sælge et forringet produkt, der er uforeneligt med selskabets grundlæggende forretningskoncept. Hvis Microsoft tvinges til at sætte sit navn på et forringet produkt, som ikke indeholder den multimediefunktionalitet, forbrugerne forventer af et moderne operativsystem, vil det undergrave Microsofts omdømme som leverandør af kvalitetsprogrammel.

352 For det femte vil Microsoft ikke kunne forhindre skade på sit omdømme ved at oplyse forbrugerne om artikel 6-versionens beskaffenhed, da det vil være umuligt for selskabet at foretage alle de tests, det vil kræve at opstille en fuldstændig liste over, hvilke applikationer der ikke vil fungere korrekt sammen med artikel 6-versionen. I

praksis vil mange forbrugere sandsynligvis ikke kunne forstå følgerne af den manglende multimedieteknologi i artikel 6-versionen.

353 For det sjette vil en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), alvorligt og uopretteligt krænke Microsofts ophavsret til Windows. Microsoft vil nemlig skulle tilpasse sine produkter ved at fjerne de dele af programkoden, som leverer den multimediefunktionalitet, Microsoft finder bør være indbygget i et moderne operativsystem, og hvis fravær gør produktet mangelfuldt. Denne krænkelse af Microsofts ophavsret vil være uoprettelig, da der ikke vil være nogen måde, hvorpå de forringede Windows-versioner, som er blevet omsat, kan tages tilbage, når først det tilpassede system er bragt på markedet.

354 Microsoft har i sit indlæg af 19. august 2004 bestridt en række af Kommissionens argumenter vedrørende krænkelsen af Microsofts varemærker og skaden på Microsofts omdømme. Microsoft er navnlig uenig i Kommissionens påstand, at »det indtryk [...] at der altid er garanti for, at et Windows-operativsystem er opbygget efter [Microsofts] grundlæggende koncept, er faktisk forkert«, i hvilken forbindelse Kommissionen bemærker, at Microsoft allerede fremstiller flere forskellige udgaver af Windows. Ifølge Microsoft har tilstedeværelsen af de af Kommissionen nævnte produkter ingen betydning for den alvorlige og uoprettelige skade, Microsoft har påvist. Windows CE og Windows XP Embedded er således ikke operativsystemer for klient-pc'er. De øvrige af Kommissionen nævnte udgaver af Windows XP, nemlig Professional, Home, Media Center Edition og Tablet PC Edition, indeholder alle den samme fælles kerne af grænseflader, nemlig »Win32-API'erne«. Der er tale om grænseflader, softwareproducenterne har anvendt til at udvikle Windows-applikationer siden udsendelsen af Windows NT 3.5 og Windows 95, hvorfor alle eksisterende Windows-applikationer kan afvikles under alle udgaver af Windows XP. Microsoft har i sine bemærkninger til interventionsindlæggene fremsat de samme indvendinger mod RealNetworks påstande om, at Windows-plattformen allerede er fragmenteret.

- 355 Det, det gælder om for Microsoft og de endelige brugere, er, at enhver Windows-applikation, som er udviklet i de sidste ti år, kan afvikles under alle udgaver af den seneste Windows-version, der er bestemt til at være et generelt anvendeligt operativsystem, nemlig Windows XP. Dette vil ikke kunne lade sig gøre ved hjælp af artikel 6-versionen, skønt forbrugerne vil opfatte denne version som et generelt anvendeligt operativsystem for klient-pc'er.
- 356 Endelig har Microsoft, ligeledes i sit indlæg af 19. august 2004, tilføjet, at Kommissionen synes at være enig med Microsoft i, at de påberåbte skader er uoprettelige, idet den har anført, at »de ukoblede versioner af Windows ikke vil kunne tages tilbage fra forbrugerne«. Alligevel har Kommissionen gjort gældende, at den resterende skade ikke vil være uoprettelig, idet »Microsoft vil kunne distribuere [Windows Media Player] over internet til enhver kunde, der har købt en [artikel 6-version]«. Denne hypotetiske mulighed er faktisk ukorrekt. Der tages ikke højde for brugere af artikel 6-versionen, som ikke har nogen internetforbindelse. Desuden overfører Microsoft ikke programkode til brugernes klient-pc'er og installerer koden derpå uden først at have indhentet brugernes samtykke. Artikel 6-versionerne vil være i forbrugernes besiddelse i lang eller endog ubestemt tid. Microsoft har tilføjet, at hvis Kommissionen har ret i, at der findes forbrugere, der vil foretrække artikel 6-versionen, må den medgive, at der også vil findes forbrugere, der ikke vil tillade Microsoft at retablere multimediefunktionaliteten i deres operativsystem.
- 357 Exor støtter Microsofts standpunkt, hvorefter Microsoft vil blive påført alvorlig og uoprettelig skade. Ifølge Exor vil skaden hverken være forårsaget af beslutninger truffet af tredjemand, dvs. forbrugernes beslutning om at købe artikel 6-versionen, eller »manglende omhu« fra Microsofts side. Artikel 6-versionen bliver uundgåeligt et forringet produkt, fordi fjernelsen af en af Windows-operativsystemets bestanddele vil føre til funktionsforstyrrelser i andre komponenter, som bruger den fjernede kode til at levere multimediefunktionaliteter. Selv hvis det var teknisk muligt fuldstændig at omstrukturere Windows med henblik på at ophæve disse afhængighedsforhold, ville de effektivitetsgevinster, de medfører, være fuldstændig tabt. I beslutningen pålægges Microsoft at udvikle en helt igennem anderledes

version af Windows. Derfor vil det ikke være tilstrækkeligt blot at installere multimediefunktionaliteten på et senere tidspunkt, idet de komponenter, der er blevet ændret, således at de ikke kan anvende denne funktionalitet, ikke vil kunne gøre det på et senere tidspunkt.

c) Interesseafvejning

358 Efter Microsofts opfattelse taler en afvejning af de berørte interesser stærkt for at udsætte gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a). Microsoft har for det første gjort gældende, at det ikke er nødvendigt at gennemføre beslutningens artikel 6, litra a), øjeblikkeligt, for det andet at gennemførelsen vil påføre ikke blot Microsoft, men også andre, alvorlig skade, og for det tredje at der ved interesseafvejningen skal tages hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af internationale traktater.

1) Manglende nødvendighed af en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a)

359 Microsoft har indledningsvis gjort gældende, at Kommissionens interesse i at fastsætte en effektiv afhjælpende foranstaltning ikke kræver øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a). Den afhjælpende foranstaltning, som er fastsat, har udtrykkeligt til formål at fratage Microsoft den afgørende konkurrencefordel, Windows' multimediefunktionalitet påstås at have, nemlig dens store spredning som følge af, at den er integreret i det førende operativsystem for klient-pc'er. Flere faktiske omstændigheder viser ifølge Microsoft, at Kommissionens bekymring over den store spredning af Windows' mediefunktionalitet er ubegrundet.

- 360 For det første forhindrer integrationen af multimediefunktionaliteten i Windows ikke forbrugerne i at anvende én eller flere multimedieafspillere fremstillet af andre virksomheder under Windows, men gør det tværtimod lettere at udvikle sådanne multimedieafspillere, idet de i en vis udstrækning bygger på denne funktionalitet.
- 361 For det andet står det leverandørerne af andre multimedieafspillere frit at distribuere deres produkter bredt, navnlig gennem aftaler med udstyrsproducenter eller ved at downloade over internettet.
- 362 For det tredje har leverandørerne af andre multimedieafspillere i henhold til det amerikanske forlig ret til at indgå eksklusivaftaler med udstyrsproducenter om kun at tilbyde den endelige bruger multimediefunktionaliteten i deres produkt.
- 363 For det fjerde kan leverandørerne af andre multimedieafspillere udforme deres produkter således, at de kan afspille filer i Windows Media-formaterne.
- 364 For det femte har Kommissionen selv fremhævet, hvor let forbrugerne kan downloade multimedieafspillere til deres klient-pc'er. Desuden tillagde Kommissionen ikke den store udbredelse af Windows' multimediefunktionalitet nogen betydning, da den i anledning af fusionen mellem AOL og Time Warner undersøgte, om AOL's multimedieafspiller på kort tid ville blive den mest populære multimedieafspiller i verden (jf. præmis 329 ovenfor).

- 365 Endvidere har Microsoft gjort gældende, at Kommissionens standpunkt og den afhjælpende foranstaltning, som er fastsat, bygger på et yderst spekulativt ræsonnement, hvorefter den store udbredelse af Windows' multimediefunktionalitet vil tvinge indholdsleverandørerne til i fremtiden udelukkende at benytte Windows Media-formaterne, hvilket vil fortrænge alle andre multimedieafspillere fra markedet. Der er intet grundlag for Kommissionens teori om, at enhver forsinkelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), vil få markedet til at »tippe« til fordel for Windows Media Player, således at al konkurrence udelukkes.
- 366 For det første har integrationen af en multimediefunktionalitet i Windows ikke forhindret, at der er fremkommet multimedieafspillere fremstillet af andre virksomheder, således som f.eks. iTunes vidner om. Endvidere har Microsoft fremlagt data, der viser, at antallet af brugere af både RealPlayer og QuickTime ikke ændrede sig i perioden fra april 2003 til april 2004, selv om anvendelsen af Windows Media Player steg.
- 367 For det andet er der ikke noget som helst bevis for, at indholdsleverandørernes præference er »tippet« til fordel for Windows Media-formaterne.
- 368 For det tredje strider teorien om, at Windows Media Player-koden må fjernes, fordi udstyrsproducenterne ikke vil præinstallere andre virksomheders multimedieafspillere, hvis de ikke kan distribuere Windows uden multimediefunktionaliteten (beslutningens betragtning 851), imod de virkelige forhold.
- 369 For det fjerde har Kommissionen i sit indlæg af 21. juli 2004 for første gang gjort gældende, at »selv om kun 5 % af pc'erne udelukkende er forsynet med en konkurrerende multimedieafspiller, vil det give softwareudviklerne et incitament til også at udvikle applikationer til denne afspiller«. Denne opfattelse er fejlagtig,

bekræfter, at Kommissionens mål er at fragmentere Windows, og strider imod Kommissionens mål om at forøge forbrugerens valgmuligheder.

370 For det femte har Microsoft i sit indlæg af 19. august 2004 bestridt Kommissionens påstand om, at den afhjælpende foranstaltning må gennemføres øjeblikkeligt for at »gøre det muligt for forbrugeren at vælge«.

371 For det sjette har Microsoft, ligeledes i indlægget af 19. august 2004, anført, at andre virksomheders multimedieafspillere fortsat distribueres i stort antal, og at meget indhold fortsat distribueres i andre formater end Microsofts.

372 For det syvende har Microsoft i sine bemærkninger til interventionsindlæggene tilføjet, at gennemførelsen af den i beslutningens artikel 6, litra a), fastsatte afhjælpende foranstaltning inden for segmentet »den endelige bruger« og i kanalen »udstyrsproducenterne« ikke løser nogen af de bekymringer, der har givet anledning til beslutningen. Det er nemlig for det første vanskeligt at forstå, hvilke fordele en »endelig bruger« kan drage af artikel 6-versionen i modsætning til en fuld version af Windows, idet begge versioner vil blive tilbudt til den samme pris. For det andet har Kommissionen ikke undersøgt, i hvilket omfang udstyrsproducenterne er villige til at indgå eksklusivaftaler vedrørende de klient-pc'er, de distribuerer inden for EØS.

2) Skader som følge af en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a)

373 Efter Microsofts opfattelse vil skaderne som følge af en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), være reelle og betydelige, da gennemførelsen vil

forhindre Microsoft i at opretholde sin effektive og vel indarbejdede forretningsmodel, således som Microsoft har vist i sine argumenter vedrørende uopsættelighedsspørgsmålet. Desuden har Microsoft, som på dette punkt støttes mere bredt af CompTIA, ACT, Mamut og TeamSystem, DMDsecure.com mfl. og Exor, gjort gældende, at der bør tages hensyn til softwareproducenterne og udviklerne af websites, da deres virksomhed er afhængig af en ensartet Windows-platform.

374 For det første vil de applikationer og websites, som er udviklet under forudsætning af, at Windows indeholder en multimediefunktionalitet, ikke længere fungere korrekt ved hjælp af artikel 6-versionen.

375 For det andet vil en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a), påvirke applikationer og websites, som er ved at blive udviklet, eller som vil blive udviklet i fremtiden; denne alvorlige og uoprettelige skade vil ikke kunne undgås ved at installere andre virksomheders multimedieafspillere.

376 For det tredje har Microsoft i sit indlæg af 19. august 2004 bestridt Kommissionens argumenter om, dels at softwareproducenter, som udvikler applikationer, der bygger på Windows-funktionaliteten, kan »benytte sig« af »muligheden for at »distribuere afspilleren som en del af deres applikation og over deres [web]site«, dels at »det er normalt inden for softwarebranchen, at udviklerne udformer deres applikationer således, at de på intelligent måde kan tilpasse sig den situation, at der ikke foreligger en (opdateret) multimedieafspiller«, hvorfor »omkostningerne ved sådanne applikationstilpasninger [...] må antages at være ubetydelige eller i det mindste ikke vil overstige de omkostninger, Microsoft normalt må afholde i forbindelse med udsendelsen af en ny version (eller en opdatering) af Windows.« I realiteten vil processen i forbindelse med retableringen af multimediefunktionaliteten i artikel 6-versionen være lige så kompliceret og bekostelig for andre som for Microsoft.

377 For det fjerde har Microsoft tilføjet, at det ved bedømmelsen af de forskellige berørte interesser i den foreliggende sag bør erindres, hvor stor vægt der i sagen for District Court, som stadfæstede det amerikanske forlig, blev lagt på softwareproducenternes interesser og de ulemper, en fragmentation af Windows ville føre til.

3) Fællesskabets forpligtelser i henhold til TRIPS-aftalen

378 Endelig ønsker Microsoft, at Retten tager hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPS-aftalen.

2. Argumenter fremført af Kommissionen og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for dens påstande

a) Fumus boni juris

379 Kommissionen, der blev støttet af CCIA på dette punkt, før sammenslutningen trak sin intervention tilbage, finder, at Microsofts opfattelse ud fra en umiddelbar betragtning er grundløs og må forkastes.

380 Kommissionen har gjort gældende, at dens vurderinger med hensyn til koblings-salget bygger på fuldt anerkendte juridiske og økonomiske teorier, og at misbruget i form af koblingssalg klart udviser de kendetegn, som er fastlagt i retspraksis vedrørende koblingssalg (beslutningens betragtning 794 ff.). Microsoft har ikke henvist til nogen teknisk effektivitetsgevinst, der forudsætter, at Windows Media Player er »integreret« i Windows (beslutningens betragtning 962-969).

- 381 For det første kan Kommissionen således med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en udelukkelsesvirkning på markedet, indledningsvis ikke forstå, hvordan en forskel i forhold til visse tidligere sager, hvortil Microsoft har henvist, kan underbygge Microsofts påstand om, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har lagt en ny teori til grund. Den omstændighed, at en udelukkelsesvirkning er blevet bevist i en situation, hvor den normalt formodes, betyder ikke, at der anvendes en ny juridisk teori. Kommissionen har medgivet, at der i beslutningen i modsætning til de beslutninger, der var omhandlet i visse tidligere sager (Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, stadfæstet ved Domstolens dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, og dommen i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 126, stadfæstet ved Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951), ikke drages den konklusion, at der foreligger en udelukkelsesvirkning på markedet som sådant (betragtning 841 ff.), men tages hensyn til de specifikke omstændigheder i det foreliggende tilfælde, nemlig det forhold at multimedieafspillere kan downloades over internet, undertiden gratis.
- 382 Det bevismateriale, som er blevet fremlagt vedrørende dette punkt, viser imidlertid for det første, at ingen anden producent af multimedieafspillere kan hamle op med Windows Media Players allestedsnærværelse, der skyldes sammenkoblingen med Windows, og for det andet at denne omstændighed sandsynligvis i ikke ubetydelig grad påvirker producenterne af supplerende software og indhold. Den begrænsning, koblingssalget medfører af antallet af applikationer og mængden af indhold, som er til rådighed for de øvrige producenters multimedieafspillere, vil i sidste instans være til skade for forbrugerne, idet den begrænser den innovation, der relaterer sig til sådanne produkter, uanset deres egenværdi. Microsoft har ikke anført nogen objektiv begrundelse for denne praksis.
- 383 Microsofts påstand om, at Kommissionens vurderinger vedrørende udelukkelse af konkurrencen bygger på formodninger, er faktisk og retligt forkert. Beslutningens betragtning 879-896 indeholder en klar beskrivelse af koblingssalgets virkninger for uafhængige indholdsleverandører og softwareproducenter. Det fremgår af beslutningen, at Windows Media Player benyttes i stigende omfang, selv om andre multimedieafspillere ifølge Microsoft selv vurderes højere af brugerne med hensyn til kvalitet (betragtning 948-951). Desuden er Kommissionen ifølge retspraksis ikke forpligtet til at påvise, at alle konkurrerende multimedieafspillere er blevet fortrængt

(Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 239, af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 149 og 160, og af 17.12.2003, sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 293).

384 For det andet har Kommissionen med hensyn til, om der er tale om særskilte produkter, gjort gældende, at Domstolen og Retten har fastslået, at det i sig selv er udtryk for, at der findes en særskilt forbrugerefterspørgsel og dermed et særskilt marked, at der findes uafhængige producenter, som har specialiseret sig i at fremstille det koblede produkt. Denne opfattelse er desuden i overensstemmelse med det amerikanske forlig.

385 For det tredje er de argumenter, hvormed Microsoft søger at påvise, at forbrugerne ikke er blevet udsat for tvang, allerede blevet afvist i beslutningen.

386 Endelig har Kommissionen afvist de argumenter, Microsoft har fremsat i forbindelse med selskabets to øvrige anbringender. For det første har Kommissionen med hensyn til Microsofts påberåbelse af Fællesskabets forpligtelser i henhold til TRIPS-aftalen henvist til sine argumenter vedrørende den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i beslutningens artikel 5, litra a) (jf. præmis 195 ovenfor). For det andet finder Kommissionen, at den i beslutningens artikel 6, litra a), fastsatte afhjælpende foranstaltning er forholdsmæssig, dels fordi Microsoft bevarer retten til at tilbyde en version af Windows, der er sammenkoblet med Windows Media Player, dels fordi de kunder, der vælger artikel 6-versionen, fremdeles har mulighed for at supplere dette produkt med Windows Media Player, hvis de ønsker det.

b) Uopsættelighed

³⁸⁷ Kommissionen, som på dette punkt støttes af RealNetworks og SIIA — såvel som af CCIA, før denne trak sin intervention tilbage — finder, at Microsoft ikke har godtgjort, at en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen vil påføre selskabet alvorlig og uoprettelig skade.

c) Interesseafvejning

³⁸⁸ Kommissionen finder, at interesseafvejningen taler for at forkaste Microsofts begæring, især når der henses til almenhedens interesse i, at der mindst bevares en faktisk konkurrence. Markedet for multimedieafspillere nærmer sig et punkt, hvor det kan begynde at tippe. Kommissionen støttes på dette punkt af RealNetworks og SIIA. Kommissionen har tilføjet, at en øjeblikkelig gennemførelse af den afhjælpende foranstaltning ikke vil medføre en grundlæggende ændring af Microsofts stilling på markedet for multimedieafspillere, men blot gøre det muligt at afbalancere konkurrencen på dette marked og dermed bevare status quo for så vidt angår dets struktur. Kun en øjeblikkelig gennemførelse af den afhjælpende foranstaltning vil kunne bevare forbrugernes valgmuligheder og gøre det muligt for dem at nyde godt af innovationen inden for digitale mediedelers.

³⁸⁹ Med hensyn til faren for skade på tredjemand har Kommissionen bestridt de argumenter, hvori der henvises til de påstande, visse softwareproducenter og udviklere af websites samt visse indholdsleverandører kunne tænkes at fremsætte. Kommissionen tillægger ligeledes faren for indirekte skade på it-sektoren som helhed ringe betydning.

B — Rettens bemærkninger

1. Fumus boni juris

390 I beslutningens artikel 2, litra b), lægges det Microsoft til last, at selskabet har overtrådt artikel 82 EF ved »i perioden fra og med maj 1999 til tidspunktet for meddelelse af beslutningen [at have] gjort levering af Windows-operativsystemet for klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af programmet Windows Media Player«. For at afhjælpe dette problem pålægges det i beslutningens artikel 4 Microsoft at bringe overtrædelsen til ophør i overensstemmelse med bestemmelserne i beslutningens artikel 6. I beslutningens artikel 6, litra a), pålægges det Microsoft at tilbyde »en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem for klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player«. Det tilføjes dog i beslutningen, at »Microsoft bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet for klient-pc'er bundtet med Windows Media Player«.

391 For at underbygge sin påstand om, at fumus boni juris-betingelsen er opfyldt, har Microsoft fremført en række argumenter, som i det væsentlige falder i fem dele. Microsoft har gjort gældende for det første, at Kommissionen i beslutningen har baseret sig på en spekulativ teori, der savner grundlag, for det andet, at den burde have lagt større vægt på fordelene ved konceptet for opbygningen af Windows-operativsystemet, for det tredje, at der ikke i beslutningen føres bevis for, at der foreligger en overtrædelse af artikel 82 EF, for det fjerde, at der i beslutningen ikke tages tilstrækkeligt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPS-aftalen, og for det femte, at den i beslutningen fastsatte afhjælpende foranstaltning er uforholdsmæssig.

392 I betragtning af de argumenter, Microsoft har fremført under sagen om foreløbige forholdsregler, kan fjerde og femte del af argumenterne ikke anses for tilstrækkeligt vægtige til, at der foreligger fumus boni juris.

- 393 Den del af argumentationen i Microsofts begæring, hvorefter den afhjælpende foranstaltning er uforholdsmæssig, er således særdeles kortfattet. Microsoft har hvad dette angår kun anført, at »den i beslutningen fastsatte afhjælpende foranstaltning er uforholdsmæssig«. Microsoft har ikke nærmere forklaret, hvorfor Retten skal fastslå, at den foranstaltning, der fastsættes i beslutningens artikel 6, litra a), er uforholdsmæssig. Den del af argumentationen, der vedrører tilsidesættelse af TRIPS-aftalen, er heller ikke tilstrækkeligt udførlig til, at Retten kan tage stilling til den. Dels har Microsoft nemlig i begæringen om foreløbige forholdsregler indskrænket sig til at gøre gældende, at »der i beslutningen ikke tages tilstrækkeligt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af [TRIPS-aftalen]«. Dels er henvisningen til argumenterne i bilag T.9 blevet fundet ikke at være i overensstemmelse med de formforskrifter, der finder anvendelse (jf. præmis 88 ovenfor).
- 394 Retten finder imidlertid, at Microsofts øvrige argumenter rejser komplicerede spørgsmål, som det tilkommer Retten at løse inden for rammerne af hovedsagen, og at de nævnte argumenter ikke uden videre kan anses for ugrundede inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler.
- 395 For det første rejser sagen et kompliceret spørgsmål vedrørende første del af Microsofts argumenter, som i det væsentlige går ud på, at Kommissionen ulovligt har baseret sig på en ny teori om koblingssalg.
- 396 Med denne argumentation har Microsoft i det væsentlige kritiseret Kommissionen for at lægge til grund, at markedet for multimedieafspillere er ved at »tippe« til fordel for Microsoft, uden at gøre noget forsøg på at bringe denne teori i overensstemmelse med markedets realiteter. Bl.a. har Microsoft påberåbt sig, at det er let for brugere af Windows-baserede klient-pc'er at benytte forskellige multimedieafspillere, som anvender forskellige formater, og at indholdsleverandørerne anvender forskellige formater. På dette punkt bygger beslutningen kun på formodninger.

397 Som grundlag for at fastslå, at det bundtede salg af Windows Media Player og Windows udgør koblingssalg, som er forbudt i henhold til artikel 82 EF, finder Kommissionen i beslutningen for det første, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er (betragtning 799), hvilket Microsoft ikke har bestridt. For det andet finder Kommissionen, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer for klient-pc'er udgør særskilte produkter (betragtning 800-825). For det tredje finder Kommissionen, at Microsoft ikke gør det muligt for sine kunder at anskaffe Windows uden Windows Media Player (betragtning 826-834). For det fjerde undersøger Kommissionen, om der foreligger en udelukkelsesvirkning på markedet. Hvad dette angår besvarer Kommissionen i beslutningens betragtning 841 Microsofts argumenter om, at den af Kommissionen kritiserede praksis ikke har en sådan virkning, således: »For så vidt angår koblingssalget af [Windows Media Player] foreligger der bestemt omstændigheder, der giver grund til en nærmere undersøgelse af, hvilken indvirkning denne praksis har på konkurrencen. Mens Kommissionen og Fællesskabets retsinstanser i de klassiske sager om koblingssalg har fundet, at koblingssalg af et særskilt produkt og det dominerende produkt er et tegn på, at udelukkelsesvirkningen af denne praksis for konkurrerende leverandører foreligger, kan det ikke nægtes, at brugerne i det foreliggende tilfælde kan skaffe sig andre multimedieafspillere over internet — hvad de i øvrigt gør — undertiden gratis. Der er gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af Windows Media Player udgør en adfærd, som efter sin art kan begrænse konkurrencen«. På baggrund af de forhold, der kendetegner det relevante marked, anerkender Kommissionen således, at det foreliggende tilfælde frembyder særlige træk i forhold til dens hidtidige praksis og i forhold til, hvad den finder udtrykker de principper, som er fastlagt i Fællesskabets retspraksis vedrørende koblingssalg.

398 Microsofts argumenter kan derfor give anledning til et eller flere vigtige principspørgsmål, der kan rejse tvivl om lovligheden af Kommissionens konklusion. Hvad dette angår fremgår det af fast retspraksis, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser

(Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91, og Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 111).

- 399 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen i det væsentlige fundet, at koblings-salgets konkurrencebegrænsende virkning skyldes de »indirekte netværkseffekter«. Disse effekter beror på, at Windows Media Players tilstedeværelse i alle de af Microsoft distribuerede operativsystemer giver indholdsleverandørerne og applika-tionsproducenterne et incitament til at udvikle deres produkter på grundlag af Windows Media Player (betragtning 842). Med henblik på at påvise denne omstændighed støtter Kommissionen sig i vid udstrækning på aktuelt eller ældre faktisk materiale om indholdsleverandørers og applikationsproducenters incita-menter (betragtning 879-896). Dette materiale anvendes ikke desto mindre til at underbygge en vurdering af den påtalte praksis' farer for konkurrencen, som i det mindste delvis er en fremtidsanalyse, hvilket navnlig fremgår af beslutningens betragtning 842 og 984.
- 400 Ganske vist er det for at fastslå en overtrædelse af artikel 82 EF tilstrækkeligt at bevise, således som Kommissionen har bemærket, at den dominerende virksomheds misbrug har til formål at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden vil eller kan have denne virkning (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 383, præmis 239, og i sagen British Airways mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 383, præmis 293). Den foreliggende sag rejser imidlertid det komplicerede spørgsmål, om Kommissionen, og i bekræftende fald på hvilke betingelser, kan lægge en sandsynlighed for, at markedet »tipper«, til grund for at straffe en dominerende virksomheds koblingssalg, når den pågældende adfærd ikke efter sin natur er konkurrencebegrænsende.
- 401 For det andet giver prøvelsen af Microsofts argument om, at Kommissionen burde have lagt større vægt på de positive virkninger af »konceptet« for opbygningen af Windows-operativsystemet, anledning til et vigtigt spørgsmål. Dette argument kunne nemlig i hovedsagen foranledige Retten til at undersøge, under hvilke betingelser en objektiv begrundelse gør det muligt at drage den konklusion, at en

praksis, der består i koblingssalg, og som har konkurrencebegrænsende virkninger, ikke er forbudt i henhold til artikel 82 EF. Ud fra en umiddelbar betragtning må det for at løse dette vanskelige spørgsmål undersøges, om de eventuelle positive virkninger af en stadig større standardisering af bestemte produkter kan være en objektiv begrundelse, eller om — således som Kommissionen har gjort gældende — standardiseringens positive virkninger kun kan anerkendes som en objektiv begrundelse, når de følger af konkurrencen eller af beslutninger truffet af standardiseringsorganer.

402 For det tredje har Microsoft ud over de principsspørgsmål, prøvelsen af ovennævnte to dele af argumenterne giver anledning til, anfægtet rækkevidden af de faktiske forudsætninger for Kommissionens vurdering. Microsoft har i forbindelse med første del af sine argumenter navnlig gjort gældende, at Kommissionens vurdering med hensyn til forekomsten af »indirekte netværkseffekter« er uforenelig med den omstændighed, at indholdsleverandørerne fremdeles benytter forskellige formater. Det må bemærkes herom, at Kommissionen ikke har bestridt, at dette er tilfældet, i det mindste i en vis udstrækning. Det tilkommer imidlertid Retten at tage stilling til disse faktiske spørgsmål i hovedsagen og til de konsekvenser, der eventuelt skal drages heraf for så vidt angår holdbarheden af Kommissionens analyse.

403 For det fjerde kan Microsofts argument om, at »Windows og Windows' multimediefunktionalitet« ikke udgør to særskilte produkter ved anvendelsen af artikel 82 EF på koblingssalg, ikke uden videre anses for ugrundede inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler, navnlig i betragtning af at Microsoft og andre producenter i mange år har indbygget multimediefunktionaliteter i deres operativsystemer for klient-pc'er.

404 De tre første dele af Microsofts argumenter rejser således flere vigtige spørgsmål, navnlig på baggrund af de komplicerede økonomiske vurderinger, de kræver, såvel retligt som faktisk. Retten finder, at Microsofts argumenter ikke uden videre kan

anses for ugrundede inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler, hvorfor fumus boni juris-betingelsen er opfyldt.

2. Uopsættelighed

- 405 Microsoft har gjort gældende, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), uopretteligt vil undergrave værdien af Windows-plattformen, hvilket vil påføre Microsoft to former for alvorlig og uoprettelig skade. Disse to skader må vurderes for sig.

a) Den påståede skade for det »grundlæggende koncept for opbygningen« af Windows-operativsystemet

- 406 Microsoft pålægges i beslutningens artikel 6, litra a), at udvikle og bringe et produkt på markedet, som selskabet ikke tilbyder på nuværende tidspunkt, og som ifølge Microsoft er uforeneligt med en grundlæggende bestanddel af selskabets forretningspolitik. Nærmere bestemt har Microsoft gjort gældende, at beslutningens artikel 6, litra a), skader det »grundlæggende koncept for opbygningen« af Windows-operativsystemet. Microsoft har derved i det væsentlige påberåbt sig, at der gøres indgreb i selskabets forretningsfrihed.

- 407 Hvad dette angår fremgår det af sagens akter, at Microsoft i mange år har markedsført et operativsystem, som ifølge Microsoft tilbyder brugerne en række almindelige funktionaliteter, som gradvis er blevet udvidet, og som siden 1992 bl.a. har omfattet en række multimediefunktionaliteter. Endvidere fremgår det klart af

sagens akter, at Microsoft, i det mindste generelt, bestræber sig for, at applikationer, som er udviklet med henblik på at fungere sammen med tidligere versioner af selskabets generelt anvendelige Windows-operativsystem, også kan fungere sammen med den seneste markedsførte version.

408 Det må herved understreges, at hvis beslutningen gennemføres, skal Microsoft ifølge den bringe et operativsystem på markedet, der ikke indeholder visse multimedie-funktionaliteter, som efter Microsofts opfattelse er en integreret del af systemet. Beslutningen udgør således et indgreb i Microsofts forretningsfrihed. Endvidere er det muligt, at visse applikationer, som udviklet med henblik på at fungere sammen med den helhed, Windows og Windows Media Player udgør, ikke vil fungere tilfredsstillende ved hjælp af artikel 6-versionen, i det mindste hvis denne ikke er forsynet med en multimedieafspiller.

409 Det bemærkes med hensyn til princippet om retten til fri erhvervsudøvelse, som ifølge Domstolens faste praksis (Domstolens dom af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, præmis 31-33, og af 9.9.2004, forenede sager C-184/02 og C-223/02, Spanien og Finland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 7789, præmis 51) er et af fællesskabsrettens almindelige principper, at virksomheder på Fællesskabets område principielt frit kan vælge den forretningspolitik, de finder hensigtsmæssig. Det betyder bl.a., at hver enkelt virksomhed i princippet frit kan bestemme de produkters beskaffenhed og egenskaber, den ønsker at bringe på markedet. I relation til begæringer om foreløbige forholdsregler kan man dog ikke gå ud fra, at et indgreb i en virksomheds forretningsfrihed altid udgør en alvorlig og uoprettelig skade for virksomheden. Om et indgreb i en virksomheds forretningsfrihed udgør en alvorlig og uoprettelig skade, skal derfor vurderes på baggrund af omstændighederne i hver enkelt sag (jf. præmis 292 ovenfor).

410 I den foreliggende sag må det på baggrund af omstændighederne lægges til grund, at indgrebet i Microsofts forretningsfrihed, isoleret betragtet og uden hensyn til dets konkrete indvirkning på markedet, ikke kan anses for uopretteligt. Hvis der ses bort

fra beslutningens eventuelle følger på markedet, før den eventuelt annulleres, er det nemlig ikke fremgået, at Microsoft i den situation, hvor selskabet har fået medhold i hovedsagen, ikke på ny kan basere alle de produkter, det bringer på markedet efter annullationen, på sit »grundlæggende koncept for opbygningen«. Hvis dette kan antages, forekommer indgrebet i Microsofts forretningsfrihed ikke at være uopretteligt, selv hvis Microsoft anses for at have påvist, at det i sig selv udgør en alvorlig skade.

- 411 Det skal dog prøves, om indgrebet i Microsofts forretningsfrihed under hensyn til dets konkrete indvirkning på markedet i perioden indtil der træffes afgørelse i hovedsagen, kan påføre Microsoft alvorlig og uoprettelig skade. Der skal i den forbindelse tages hensyn til de følger, det kan have for Microsoft, for det første, at artikel 6-versionen udarbejdes som påbudt, for det andet, at den bringes på markedet, og for det tredje, at Microsofts kunder eventuelt køber den.
- 412 For det første gjorde Microsoft gældende under retsmødet, at Microsofts »koncept« vil blive undergravet, selv hvis artikel 6-versionen ikke bliver solgt i større mængder, navnlig på grund af det »overflødige arbejde«, udarbejdelsen af artikel 6-versionen vil udgøre.
- 413 For så vidt Microsoft derved har henvist til nødvendigheden af at fremstille artikel 6-versionen, har Microsoft ikke tilstrækkeligt udførligt forklaret, hvilke ulemper denne forpligtelse medfører. For fuldstændighedens skyld bemærkes, at der desuden er al mulig grund til at tro, at den skade, Microsoft vil lide som følge heraf, i det væsentlige vil bestå i udviklingsomkostninger. Medmindre andet påvises, udgør en sådan skade en økonomisk skade, som, medmindre der foreligger ganske usædvanlige omstændigheder — hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag —

ikke udgør en uoprettelig skade (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 18.10.1991, sag C-213/91 R, Abertal mfl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5109, præmis 24, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 28.5.2001, sag T-53/01 R, Poste Italiane mod Kommissionen, Sml. II, s. 1479, præmis 119).

414 For det andet har Microsoft, for så vidt som selskabets argument skal forstås således, at selskabet vil lide skade alene som følge af, at det skal bringe artikel 6-versionen på markedet, og uden hensyn til om denne version rent faktisk bliver købt, ikke anført tilstrækkelige enkeltheder om de påståede ulemper art, alvorlighed og uoprettelighed. For så vidt som Microsofts argument skal fortolkes således, at selskabets omdømme vil lide skade, behandles det sammen med den anden form for skade, Microsoft har påberåbt sig (jf. præmis 442-475 nedenfor).

415 Under retsmødet tilføjede Microsoft dog, at artikel 6-versionen, selv hvis den ikke bliver efterspurgt, vil skabe en vis usikkerhed hos tredjemand, navnlig indholdsleverandørerne. De vil nemlig ikke være klar over, hvor mange artikel 6-versioner, der distribueres. Det vil ifølge Microsoft gøre Windows mindre attraktiv.

416 Der skal i den forbindelse mindes om, at uopsætteligheden af en begæring om foreløbige forholdsregler skal vurderes i forhold til nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab (jf. den i præmis 240 ovenfor nævnte retspraksis). Da det er tredjemand, der, som følge af den skabte usikkerhed, kan lide det tab, Microsoft har påberåbt sig, kan denne usikkerhed ikke tages i betragtning som uopsættelighedsgrund (jf. i denne retning kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6.5.1988, sag 112/88 R, Sammenslutningen af Cedratproducenter på Kreta mod Kommissionen, Sml. s. 2597, præmis 20). Det er derimod nødvendigt at prøve Microsofts argumenter om, at den usikkerhed, der vil blive skabt hos tredjemand, vil gøre selskabets platform mindre attraktiv.

- 417 Det bemærkes for det første, at Microsoft ikke er fremkommet med mere udførlige oplysninger eller materiale, der gør det muligt at vurdere den nærmere beskaffenhed, eksistensen, alvorligheden og uopretteligheden af det tab af attraktivitet, Windows vil lide som følge af den påståede usikkerhed. Navnlig med hensyn til det forhold, at det af Microsoft påberåbte attraktivitetstab indebærer, at visse andre parter, der er afhængige af »Windows' stabilitet«, som følge af markedsføringen af artikel 6-versionen beslutter, at de ikke længere vil udvikle produkter til Windows, har Microsoft ikke fremlagt tilstrækkelige beviser for, at de pågældende erhvervsdrivende i væsentligt antal kan tænkes at træffe et sådant valg.
- 418 Endvidere bemærkes for fuldstændighedens skyld herom, at ingen af de parter, som har interveneret til støtte for Microsofts påstande, har gjort gældende, at de som følge af gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), kunne tænkes at ophøre med at udvikle produkter til Windows-plattformen. De nævnte parter har således anført, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), kan påføre dem skade, fordi de navnlig vil skulle vælge, om de skal tilpasse sig den usikkerhed, der bliver skabt på markedet, eller ej. På dette stadium er det dog for det første kun en meget hypotetisk mulighed, at de vælger ikke at tilpasse deres produkter til artikel 6-versionen. For det andet ville — således som Kommissionen har påpeget — selv den omstændighed, at der i fornødent omfang var ført bevis for, at det var sandsynligt, at de nævnte erhvervsdrivende ikke ville tilpasse deres produkter til artikel 6-versionen, ikke være bevis for, at de af den grund ville ophøre med at udvikle produkter til den Windows-version, der omfatter Windows Media Player. Ingen af de parter, der har interveneret til støtte for Microsoft, har således gjort gældende, at beslutningen kunne foranledige dem til at udvikle deres produkter til et andet operativsystem. Det er følgelig ikke godtgjort, at Windows' tab af attraktivitet, om så blot over for intervenienterne, i praksis kunne have nogen større betydning for Microsoft.
- 419 Endelig har Microsoft på intet tidspunkt konkret påvist, at usikkerhed om Windows-plattformens ensartethed vil gøre Windows mindre attraktiv for de endelige forbrugere eller selskabets kunder.

- 420 For det tredje skal det undersøges, hvilke følger det vil have for Microsoft, at artikel 6-versionen muligvis købes i større mængder.
- 421 Hvad dette angår bemærkes indledningsvis, at den afhjælpende foranstaltning, som er omhandlet i beslutningens artikel 4 og artikel 6, litra a), har til formål at bringe den af Kommissionen fastslåede overtrædelse til ophør, og at den ikke foregriber fremtidige udviklinger på markedet. Således som Kommissionen bemærkede under retsmødet, er den afhjælpende foranstaltning ikke til hinder for, at Windows Media Player på grund af sine egne kvaliteter og som følge af konkurrencen, der ifølge Kommissionen vil blive genoprettet, i praksis som hidtil vil blive købt sammen med Microsofts operativsystem.
- 422 Desuden har Microsoft selv udtrykt alvorlig tvivl om sandsynligheden af, at artikel 6-versionen bliver solgt i større mængder.
- 423 I den forbindelse fremgår det af beslutningens betragtning 69 og 70, at operativsystemer for klient-pc'er hovedsagelig afsættes gennem to distributionskanaler, nemlig dels distribution til de endelige forbrugere, dels distribution til de udstyrsproducenter, som samler klient-pc'erne og normalt installerer et operativsystem.
- 424 Hvad distribution til de endelige brugere angår har Microsoft i sine bemærkninger til interventionsindlæggene anført, at »det er vanskeligt at se, hvilke fordele en kunde i denne kanal kunne drage af at erhverve [artikel 6-versionen] i stedet for den fulde version af Windows, idet begge vil blive tilbudt til den samme pris«. I de samme bemærkninger anfører Microsoft endvidere, at »det er vanskeligt at forestille sig, hvad der skulle bringe en fornuftig endelig bruger til at vælge en sådan version«.

425 Hvad udstyrsproducenter angår bemærker Microsoft endvidere, at »det kan meget vel tænkes, at en anden producent af multimedieafspillere tilskynder en udstyrsproducent til mod en økonomisk godtgørelse at tage licens på [artikel 6-versionen] og udelukkende bundte den med sin multimedieafspiller«. Derpå kritiserer Microsoft imidlertid Kommissionen for ikke at have undersøgt, i hvilken udstrækning udstyrsproducenterne ville være indstillet på at indgå sådanne aftaler. Microsoft tilføjer, at »den omstændighed, at udstyrsproducenterne på nuværende tidspunkt installerer flere multimedieafspillere, og at ingen producenter af multimedieafspillere synes at have givet udstyrsproducenterne vederlag for at fjerne den synlige adgang til Windows Media Player [...] tyder på, at producenterne af multimedieafspillere ikke er så interesserede i at få udstyrsproducenterne til at vælge [artikel 6-versionen], at de vil betale disse for at indgå eksklusivaftaler med dem«. Desuden henviste Microsoft under retsmødet ganske vist på ny til muligheden for, at nogle af Microsofts konkurrenter indgår eksklusivaftaler med udstyrsproducenterne, men gentog også sin tvivl om, hvorvidt artikel 6-versionen vil blive solgt i større mængder.

426 Microsoft finder det således åbenbart særdeles tvivlsomt, at artikel 6-versionen vil blive solgt i større mængder.

427 Det er fast retspraksis, at det påhviler den part, som har begæret den foreløbige forholdsregel, at føre bevis for ikke at kunne afvente afgørelsen i hovedsagen uden at blive påført en alvorlig og uoprettelig skade (jf. den i præmis 240 ovenfor nævnte retspraksis). I den forbindelse behøver skaden — navnlig når en række faktorer er afgørende for, om den bliver til virkelighed — blot at kunne forudses med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed (kendelsen i sagen Tyskland mod Rådet, nævnt ovenfor i præmis 241, præmis 22 og 34, og kendelsen i sagen HFB mfl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 241, præmis 67). Sagsøgeren skal dog fortsat føre bevis for de faktiske omstændigheder, der skal begrunde, at der er udsigt til en sådan alvorlig og uoprettelig skade (kendelsen i sagen HFB mfl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 241, præmis 67).

- 428 Da Microsoft i det foreliggende tilfælde intet har fremlagt, der giver tilstrækkelig grund til at indtage en anden holdning, tilkommer det ikke Retten under sagen om foreløbige forholdsregler at foregribe, hvilken indvirkning den i beslutningens artikel 6, litra a), fastsatte afhjælpende foranstaltning vil have på markedet. Det må derfor fastslås, at muligheden for, at salget af artikel 6-versionen når et væsentligt niveau, på nuværende stadium og på grundlag af det bevismateriale, Retten råder over, i meget stor udstrækning er hypotetisk, hvilket Microsoft selv synes at være enig i.
- 429 Forudsætningen i et sådant tilfælde for den af Microsoft påståede skade kan derfor ikke anses for påvist.
- 430 Selv hvis Microsoft i fornødent omfang havde godtgjort, at det er sandsynligt, at artikel 6-versionen bliver solgt i større mængder, har Microsoft — således som Kommissionen har gjort gældende — under alle omstændigheder ikke i det foreliggende tilfælde påberåbt sig, at salget vil føre til en uigenkaldelig udvikling på markedet. Hvis beslutningen annulleres, kan Microsoft nemlig genoptage markedsføringen udelukkende af den Windows-version, der omfatter Windows Media Player, og dermed på ny udelukkende anvende, hvad Microsoft betragter som det »grundlæggende koncept for opbygningen« af Windows-operativsystemet. Det er ikke blevet påvist, at der ville foreligge hindringer for, at Microsoft genvandt den stilling, selskabet indtog på markedet før gennemførelsen af den afhjælpende foranstaltning.
- 431 På trods af ovennævnte omstændigheder har Microsoft gjort gældende, at selskabet vil lide alvorlig og uoprettelig skade af to forskellige grunde.
- 432 For det første vil, ifølge Microsoft, »fordelene ved Windows-plattformens ensartethed uigenkaldeligt gå tabt«. Microsoft har tilføjet, at en annulation af beslutningen ikke vil råde bod på den forvoldte skade, navnlig fordi »Microsofts programmører vil blive nødt til at gå ud fra, at i det mindste nogle kopier af

Windows, som er blevet distribueret inden for EØS, ikke vil omfatte en multimediefunktionalitet», hvorfor de må »tage hensyn til, at der i mange år vil findes to versioner«.

- 433 Microsoft har imidlertid ikke tilstrækkeligt udførligt angivet, hvordan den forpligtelse, der påhviler selskabets programmører, vil påvirke eller gøre det umuligt på ny at anvende Microsofts »grundlæggende koncept for opbygningen« efter den eventuelle annullation af beslutningen. Microsoft har således først og fremmest ikke forklaret, hvorfor Microsoft i tilfælde af annullation af beslutningen ikke på ny ville kunne distribuere udelukkende den Windows-version, der omfatter Windows Media Player.
- 434 Endvidere synes det at være Microsofts opfattelse, at den påberåbte skade ikke vil være tidsubegrænset, idet den ifølge Microsoft vil kunne være »i mange år«.
- 435 I øvrigt har Microsoft intet fremlagt, der gør det muligt i fornøden udstrækning at vurdere, hvor alvorlig skaden på grund af den yderligere indsats, Microsofts udviklere vil skulle gøre for at tage hensyn til, at der findes to versioner, vil være. Mangelen på nærmere oplysninger herom giver god grund til at tro, at denne indsats vil medføre en omkostningsforøgelse og dermed en økonomisk skade, som, medmindre der foreligger ganske usædvanlige omstændigheder — hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag — ikke udgør en uoprettelig skade (kendelsen i sagen Abertal mfl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 413, præmis 24, og i sagen Poste Italiane mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 413, præmis 119).
- 436 Endelig har Microsoft heller ikke bevist, hvorfor det i tilfælde af annullation af beslutningens artikel 4 og artikel 6, litra a), vil være umuligt for selskabet, eller i det mindste påføre det uoprettelig og alvorlig skade, ikke længere at tage hensyn til, at der findes kopier af artikel 6-versionen, som allerede er blevet markedsført.

- 437 Den første form for skade, Microsoft har påberåbt sig, kan derfor ikke underbygge, at der er udsigt til alvorlig og uoprettelig skade.
- 438 For det andet har Microsoft gjort gældende, at »andre parter, som er afhængige af Windows-plattformens stabilitet og sammenhæng«, ligeledes vil blive nødt til at tage hensyn til, at der i mange år vil findes to versioner, »hvilket vil forøge deres omkostninger og permanent gøre Windows mindre attraktiv«.
- 439 Hvad dette angår skal de i præmis 421-428 fremsatte bemærkninger gentages. Det er ikke blevet påvist, at der i praksis — selv hvis artikel 6-versionen bliver solgt i større mængder — vil være tilstrækkelig stor fare for, at de erhvervsdrivende, som på nuværende tidspunkt udvikler deres produkter til Windows, ophører hermed, eller for, at forbrugere, kunder og andre erhvervsdrivende, som ifølge Microsoft er afhængige af Windows' stabilitet, mindsker deres indkøb eller deres anvendelse af dette produkt.
- 440 Hvad endelig angår begge de former for skade, Microsoft har påberåbt sig, finder Retten — ud over hvad der blev anført i præmis 430 ovenfor — at Kommissionen under alle omstændigheder har fremført overbevisende argumenter for, at Microsoft, efter at beslutningen eventuelt er blevet annulleret, vil råde over forskellige metoder til at distribuere Windows Media Player — bl.a. kan Microsoft opdatere sit operativsystem — og for at Microsoft derfor, i det mindste i meget vid udstrækning, vil kunne retablere koblingen mellem Windows Media Player og selskabets operativsystem. Microsoft og de parter, som har intervenseret til støtte for Microsofts påstande, har ikke bestridt disse argumenter tilstrækkelig udførligt til, at det kan udelukkes, at der er meget stor sandsynlighed for, at Microsoft vil kunne distribuere Windows Media Player i et omfang, der er fuldt tilstrækkeligt til, at den alvorlige skade, Microsoft har påberåbt sig, kan undgås.

441 Der må derfor drages den konklusion, at Microsoft ikke har godtgjort, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), vil påføre selskabet alvorlig og uoprettelig skade på grund af indgrebet i selskabets »grundlæggende koncept for opbygning« eller, mere generelt, i dets forretningsfrihed.

b) Den påståede skade på Microsofts omdømme

442 Microsoft har gjort gældende, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), vil påføre selskabets omdømme som »producent af kvalitetsprogrammel« alvorlig og uoprettelig skade, navnlig på grund af de funktionsforstyrrelser, artikel 6-versionen ifølge Microsoft vil være berørt af.

443 I denne sag er det for en stor del en forudsætning for den af Microsoft påståede skade, at artikel 6-versionen af Windows vil forstyrre funktionen af dels applikationer og websites, som udnytter visse funktionaliteter i Windows Media Player, dels visse bestanddele af selve Windows-operativsystemet.

444 Derfor skal det først undersøges, i hvilken udstrækning de af Microsoft påberåbte problemer eksisterer, og i bekræftende fald om de let kan undgås.

445 Indledningsvis har Kommissionen anført som svar på Rettens spørgsmål, at et produkt med de af Microsoft nævnte kendetegn — dvs. et produkt, som ikke tillader operativsystemet at gøre brug af de funktionaliteter, Microsoft har omtalt som manglende — efter dens opfattelse udgør en »fuldt fungerende« version af Windows i den i beslutningens artikel 6, litra a), anvendte betydning, forudsat at de

pågældende funktionaliteter rent faktisk er dem, Windows Media Player normalt frembyder.

446 Derpå skal det særskilt undersøges, hvilke problemer der ifølge Microsoft dels vil forstyrre funktionen af Windows-operativsystemet, dels af visse applikationer og websites.

447 Hvad for det første angår de problemer, som ifølge Microsoft vil forstyrre funktionen af Windows-operativsystemet, har RealNetworks gennemført og fremlagt en række tests for at vise, at de kan løses ved at installere en anden virksomheds multimedieafspiller. Microsoft har ikke bestridt, at dette er tilfældet for så vidt angår en del af de påberåbte problemer; men har hævdet, at der stadig vil være uløste problemer; og at spørgsmålet om, i hvor stor udstrækning de kan afhjælpes, vil afhænge af, hvilken multimedieafspiller der er installeret.

448 På baggrund af hvad parterne har fremført, finder Retten, at det ikke kan anses for godtgjort, at andre virksomheders multimedieafspillere under alle forhold kan garantere fuld erstatning for de af Microsoft nævnte funktionaliteter. Om disse kan erstattes, afhænger nemlig nøje af, hvilke tekniske muligheder den installerede multimedieafspiller frembyder. Til gengæld er det muligt i ret vid udstrækning at erstatte disse forskellige funktionaliteter ved at installere en sådan multimedieafspiller.

449 Hvad for det andet angår problemerne i forbindelse med anvendelsen af visse applikationer og websites må det på baggrund af det bevismateriale, de parter har fremlagt, som har intervenseret til støtte for Kommissionens påstande, ligeledes bemærkes, at de omhandlede funktionaliteter i vid udstrækning kan erstattes ved at

installere andre virksomheders multimedieafspillere. Desuden vil udviklere af websites og applikationer, der baserer sig på Windows Media Player, selv hvis det indebærer en udgift for dem, have et stærkt incitament til at opfordre brugerne til at downloade dette programmel eller til selv at distribuere det på grundlag af sådanne licenser, som Microsoft sædvanligvis udsteder i dette øjemed.

450 De faktorer, der nævnes i de foregående tre præmisser, mindsker i væsentlig grad sandsynligheden for, at de endelige forbrugere mærker de problemer, Microsoft har påberåbt sig.

451 Microsoft har ganske vist i sine bemærkninger til interventionsindlæggene og under retsmødet gjort gældende, at de påståede problemer i de af RealNetworks gennemførte tests kun har kunnet løses ved at installere dele af Windows Media Player-koden. Dette har Kommissionen og RealNetworks ikke bestridt udtrykkeligt for så vidt angår funktionen af visse applikationer og websites. RealNetworks har dog understreget, at koden er blevet installeret af applikationerne selv eller, for websiternes vedkommende, ved hjælp af en downloadfunktion på sitene. Parterne er således delvis enige i Microsofts argument. Dette er dog under alle omstændigheder irrelevant for vurderingen af, om det er uopsætteligt at meddele den begærede udsættelse af gennemførelsen. Det er nemlig uden betydning i det foreliggende tilfælde, at nogle af de af Microsoft påståede problemer kun kan afhjælpes ved, at bestemte dele af Windows Media Player-koden, eller endog hele denne kode, installeres af den pågældende applikation eller via den pågældende website, hvis en sådan installation i praksis kan løse en tilstrækkelig stor del af de af Microsoft påståede problemer.

452 Microsofts argument om, at geninstallationen af differentierede dele af Windows Media Player-koden vil føre til sikkerheds- eller stabilitetsproblemer i artikel 6-versionen, er ligeledes irrelevant. Microsoft har nemlig ikke ført bevis for, at den

eventuelle installation af gammel Windows Media Player-kode kan føre til ustabilitet i Windows-operativsystemet eller andre problemer af denne art. Endelig føjer Microsofts påstand om, at det vil undergrave ensartetheden af Microsofts platform, at der føjes forskellig kode til forskellige kopier af artikel 6-versionerne, intet til argumentet om indgrebet i Microsofts »grundlæggende koncept for opbygning« (jf. præmis 406-441 ovenfor).

453 Det er følgelig ikke godtgjort, at de problemer, Microsoft har påberåbt sig, ikke vil kunne undgås, i det mindste i vid udstrækning.

454 For det andet har Microsoft, for så vidt nogle af de af selskabet påberåbte problemer består, under alle omstændigheder intet fremlagt for Retten, som i fornødent omfang dokumenterer, at de endelige forbrugere eller, mere generelt, Microsofts kunder vil opfatte den eventuelle mangel eller fejlagtige funktion af de omhandlede funktionaliteter som en uforudset funktionsforstyrrelse i Microsofts produkt og ikke som den naturlige følge af mangelen på en multimedieafspiller og mere specifikt på Windows Media Player. Selv hvis samtlige de af Microsoft nævnte problemer foreligger og ikke kan undgås, har Microsoft nemlig ikke ført bevis for, at det vil være umuligt for selskabet, eller forbudt ifølge beslutningen, at advare sine kunder om artikel 6-versionens objektive særegenheder og dermed gøre det muligt for dem at træffe et fuldt informeret valg.

455 Hvad dette angår har Microsoft ganske vist gjort gældende, at Microsoft ikke vil kunne foretage de tests, der gør det muligt at fastslå samtlige mangler i artikel 6-versionen, herunder navnlig samtlige de applikationer, der ikke fungerer ved hjælp af denne version. Microsoft har imidlertid intet fremlagt, som gør det muligt at

vurdere, i hvilken udstrækning det er umuligt at foretage disse tests for at fastslå de problemer, Microsofts operativsystem vil blive udsat for ifølge selskabet. Hvad dernæst angår de tests, som er nødvendige for at vurdere, om visse applikationer og websites vil fungere korrekt, har Microsoft ikke påvist, hvorfor den blotte omstændighed, at selskabets kunder er klar over, at Windows Media Player ikke indgår i artikel 6-versionen, ikke er tilstrækkelig til at gøre dem opmærksom på, at visse applikationer og websites, der baserer sig på funktionaliteterne i Windows Media Player, muligvis ikke fungerer korrekt.

456 Mere generelt bør det understreges, at Kommissionen udtrykkeligt har anført, at Microsoft efter dens opfattelse har ret til at underrette sine kunder om, at Windows Media Player ikke indgår i artikel 6-versionen. Microsoft har ikke påvist, at den omstændighed, at selskabets kunder ved dette, ikke er tilstrækkelig til, at de kan forstå de eventuelle følger af deres valg for så vidt angår tilstedeværelsen af visse multimediefunktionaliteter.

457 For så vidt angår direkte distribution af Microsofts produkter til de endelige forbrugere, har Microsoft gjort gældende, at kun få af disse forstår, hvordan Windows-applikationer gør brug af multimediefunktionaliteterne, men har intet fremlagt, der underbygger disse påstande og gør det muligt at vurdere det reelle omfang af forbrugernes mangel på viden.

458 For så vidt angår distributionen til udstyrsproducenterne er der al mulig grund til at tro, at disse købere er særligt velunderrettede og derfor kan træffe velinformerede valg. Hvis artikel 6-versionen udviser de af Microsoft påberåbte uafhjælpelige problemer, er der folgelig i mangel af bevis for det modsatte god grund til at tro, at udstyrsproducenterne ganske enkelt enten ikke vil købe denne version eller vil købe den med fuldt kendskab til omstændighederne, og dermed uden at Microsoft påføres skade.

459 Det er følgelig ikke godtgjort, at det kan ændre Microsofts omdømme, at selskabets kunder, uanset deres art, vælger artikel 6-versionen og støder på de af Microsoft påberåbte problemer.

460 For det tredje har Microsoft, selv hvis det i fornødent omfang var blevet påvist, dels at ingen af de af Microsoft påståede problemer ville kunne undgås, dels at kunderne og forbrugerne ikke vil kunne træffe et informeret valg, intet fremlagt, der gør det muligt at vurdere, hvor alvorlige disse mangler reelt er, og i særdeleshed i hvilken udstrækning de konkret kan påvirke Microsofts omdømme hos de forskellige erhvervsdrivende inden for sektoren.

461 Microsoft har således intet fremlagt, der viser, at de af selskabet angivne mangler i væsentlig grad vil kunne påvirke de endelige forbrugeres og udstyrsproducenternes opfattelse. Navnlig har Microsoft intet fremlagt om, hvordan de opfatter de funktionaliteter, Microsoft i sin begæring har beskrevet som manglende. Microsoft har i denne forbindelse flere gange som eksempel nævnt »My Music«-mappen, der giver et detaljeret overblik over filerne på klient-pc'ens harddisk og, navnlig, forskelligt digitalt multimedieindhold. Ifølge Microsoft vil et sådant detaljeret overblik ikke være muligt i artikel 6-versionen, uanset om der er installeret en konkurrerende multimedieafspiller. Alligevel har Microsoft intet fremlagt, der gør det muligt for Retten at vurdere, hvor sandsynligt det er, at forbrugerne tilstrækkelig hyppigt vil opfatte dette som et problem. Microsoft har heller ikke påvist, at problemet, hvis det generelt opfattes som sådant, kan påvirke selskabets omdømme i væsentlig grad. Da der således ikke er fremlagt tilstrækkelige beviser for, hvor meget de omhandlede funktionaliteter rent faktisk betyder for de endelige forbrugere, og om disses forventninger, kan Retten ikke vurdere, hvilke følger de af Microsoft påberåbte problemer reelt vil have for selskabets omdømme.

462 Desuden har Microsoft heller ikke bevist, at gennemførelsen af beslutningens artikel 4 og artikel 6, litra a), vil have væsentlig betydning for selskabets omdømme

hos andre erhvervsdrivende end dets kunder, herunder navnlig udviklere af websites og softwareproducenter. Det er i den forbindelse af betydning, at ingen af de parter, der har inter文neret til støtte for Microsoft, har anført, at de selv ville kunne ændre opfattelse af Microsoft, eller at de selv kunne tænkes at ophøre med at udvikle deres produkter med henblik på anvendelse sammen med Microsofts.

463 For det fjerde ses det ikke, at Windows Media Player ikke vil være let tilgængelig og ikke let vil kunne installeres i artikel 6-versionen. Selv hvis det antages, at nogle forbrugere eller kunder ikke træffer et velinformeret valg, og dette fører til, at de får anledning til en vis utilfredshed, har Microsoft ikke vist, hvorfor denne situation ikke let ville kunne afhjælpes ved at oplyse de pågældende om, at de efterfølgende vil kunne anskaffe Windows Media Player.

464 For det femte vil det, igen under forudsætning af at der i fornødent omfang føres bevis for de påståede mangler, og at disse er uoprettelige, i vid udstrækning afhænge af den faktiske udbredelse af artikel 6-versionen, hvor alvorlig skaden på Microsofts omdømme er. I den forbindelse skal de allerede foretagne konstateringer gentages (jf. præmis 421-428), hvorefter det på grund af manglen på tilstrækkeligt bevismateriale ikke tilkommer Retten ved behandlingen af begæringen om foreløbige forholdsregler at foregribe, hvilken indvirkning den afhjælpende foranstaltning vil have på markedet, og hvorefter Microsoft selv har udtrykt tvivl om, at artikel 6-versionen kan sælges i større mængder, og ikke har hævdet, at der er fare for en uigenkaldelig udvikling på markedet.

465 For det sjette har Microsoft — selv hvis selskabet uanset det ovenfor anførte i fornødent omfang havde påvist, at der er fare for alvorlig skade på dets omdømme — ikke godtgjort, at der er strukturelle eller retlige hindringer for, at Microsoft kan iværksætte oplysningsforanstaltninger, der gør det muligt for selskabet at genoprette sit omdømme.

466 Microsoft har således ikke været i stand til at godtgøre, at gennemførelsen af beslutningens artikel 4 og artikel 6, litra a), vil kunne påføre selskabets omdømme alvorlig og uoprettelig skade.

467 Microsoft har imidlertid påberåbt sig to yderligere, mere specifikke, former for skade på sit omdømme, nemlig dels krænkelse af selskabets varemærker, dels krænkelse af dets ophavsret.

1) Påstanden om krænkelse af Microsofts varemærker

468 Hvad for det første angår krænkelsen af Microsofts varemærker — for så vidt den anses for at forårsage en skade på Microsofts omdømme eller for at være et resultat af en sådan skade, navnlig som følge af artikel 6-versionens dårlige kvalitet — må argumentet herom afvises af de i præmis 454-459 ovenfor anførte grunde. Microsoft har nemlig bl.a. ikke godtgjort, at de påberåbte mangler, for så vidt de findes, i væsentlig grad vil indvirke negativt på de endelige forbrugeres opfattelse. Derfor må bl.a. argumentationen i den »Udtalelse vedrørende varemærkeret«, som er vedføjet Microsofts begæring (bilag R.6), afvises.

469 I den udstrækning Microsofts argument skal fortolkes således, at Microsofts Windows-varemærke ikke længere vil udgøre en garanti for, at produktet bygger på selskabets »grundlæggende koncept«, bemærkes, at varemærkets afgørende funktion er at garantere oprindelsen af varen eller tjenesteydelsen, der er omfattet af varemærket, over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer

eller tjenesteydelser med en anden oprindelse. For at varemærket kan udøve sin funktion som en væsentlig bestanddel af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter EF-traktaten, skal det udgøre en garanti for, at alle varer eller tjenesteydelser, der er forsynet med det, er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for deres kvalitet (jf. bl.a. Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, Sml. I, s. 5791, præmis 20). For så vidt som varemærket udgør en garanti for, at et produkt har visse objektive egenskaber, således som Microsoft synes at mene, råder Retten under alle omstændigheder ikke over et bevismateriale, der gør det muligt tilstrækkelig præcist at vurdere — ud over den opfattelse, Microsoft har af sit »grundlæggende koncept« og sit varemærke — hvordan kunderne på det relevante marked rent faktisk opfatter varemærket. Det gælder navnlig beviser, som gør det muligt at vurdere, hvilke objektive egenskaber kunderne kan tænkes at forbinde med det, og, i givet fald, hvor alvorligt det er, at disse egenskaber varierer.

- ⁴⁷⁰ Det bemærkes under alle omstændigheder, at selv hvis der var ført bevis for skaden på Microsofts varemærke, og denne var alvorlig, har Microsoft ikke godtgjort, at skaden vil være uoprettelig, eftersom Microsoft efter en annullation af beslutningens artikel 6, litra a), dels på ny vil kunne distribuere udelukkende den Windows-version, der omfatter Windows Media Player, dels ikke har påvist, at selskabet ikke i fornødent omfang kan iværksætte passende oplysningsforanstaltninger.

2) Påstanden om krænkelse af Microsofts ophavsret

- ⁴⁷¹ Hvad endelig angår den påståede krænkelse af Microsofts ophavsret bemærkes indledningsvis, at Microsoft ikke har angivet, hvordan der kan være en forbindelse mellem en krænkelse af denne ret og den påståede skade på selskabets omdømme.

472 Ud over at Microsofts argumentation på dette punkt er meget kortfattet og særdeles
 uklar, har selskabet ikke i denne forbindelse henvist til konkrete bestemmelser,
 hvorefter det udgør en krænkelse af Microsofts ophavsret, at Microsoft selv
 foretager en — ganske vist påbudt — tilpasning af sine produkter.

473 Endvidere er den blotte omstændighed, at der ved en kommissionsbeslutning i en vis
 udstrækning kan gøres indgreb i intellektuelle ejendomsrettigheder, i mangel af
 nærmere forklaringer ikke tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at der foreligger en
 alvorlig og uoprettelig skade, i hvert fald uden at tage hensyn til de konkrete
 virkninger af krænkelsen. I det foreliggende tilfælde har Microsoft ikke gjort andre
 konkrete virkninger gældende end de tidligere beskrevne, som er blevet afvist som
 utilstrækkelige til at udgøre en alvorlig og uoprettelig skade (præmis 411-466
 ovenfor).

474 I den udstrækning Microsoft endelig mener, at omsætningen af kopier af artikel 6-
 versionen, dvs. den påbudte tilpasning af selskabets produkter, vil påføre det en ikke-
 økonomisk skade, vil en sådan skade hverken være alvorlig eller uoprettelig,
 medmindre der føres bevis for det modsatte. Det gælder så meget mere, som det
 ikke er blevet påvist, således som det blev konstateret ovenfor (præmis 422-429), at
 artikel 6-versionen vil blive distribueret i større mængder, eller at en efterfølgende
 distribution af Windows Media Player ikke i vid udstrækning vil kunne afbøde
 virkningerne af distributionen af artikel 6-versionen.

475 Microsoft har således ikke påvist, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra
 a), vil kunne påføre selskabet alvorlig og uoprettelig skade som følge af en skade på
 dets omdømme.

476 Microsoft har dermed ikke godtgjort, at gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), vil kunne påføre Microsoft alvorlig og uoprettelig skade. Det følger heraf, og uden at det er nødvendigt at foretage en afvejning af de berørte interesser, at begæringen om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 6, litra a), ikke kan tages til følge.

477 Begæringen om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 4 (præmis 27 ovenfor) kan ikke tages til følge. For det første bemærkes, at der i artiklens stk. 1 henvises til beslutningens artikel 5 og 6. At det ikke er uopsætteligt at meddele udsættelse af gennemførelsen af artikel 5 og 6, indebærer med logisk nødvendighed, at begæringen om udsættelse af gennemførelsen af denne henvisningsbestemmelse må afvises. For det andet er det, for så vidt der i begæringen om foreløbige forholdsregler påstås udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 4, stk. 2, tilstrækkeligt at bemærke, at Microsoft ikke har fremført tilstrækkelige argumenter til støtte for denne begæring, og at virkningerne af det forbud, der fastsættes i dette stykke, under alle omstændigheder er rent hypotetiske på nærværende stadium.

478 Begæringen kan derfor i det hele ikke tages til følge.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 1) Microsoft Corp.'s begæring om fortrolig behandling tages til følge under sagen om foreløbige forholdsregler.

- 2) **Audiobanner.com, der driver virksomhed under navnet VideoBanner, gives tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.**
- 3) **Computer & Communications Industry Association slettes af sagen som intervenient til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.**
- 4) **Novell Inc. slettes af sagen som intervenient til støtte for Kommissionens påstande i sagen om foreløbige forholdsregler.**
- 5) **Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.**
- 6) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg den 22. december 2004.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident

Indhold

Twistens baggrund	II - 4484
Beslutningen	II - 4475
I — De i beslutningen definerede relevante markeder og Microsofts dominerende stilling på to af disse markeder	II - 4506
De i beslutningen definerede relevante markeder	II - 4517
Microsofts dominerende stilling på markedet for operativsystemer for klient-pc'er og markedet for operativsystemer for arbejdsgruppeservere	II - 4477
II — De i beslutningen fastslåede former for misbrug	II - 4479
Den i beslutningen fastslåede nægtelse	II - 4479
Det i beslutningen fastslåede koblingssalg	II - 4480
III — Afhjælpende foranstaltninger og den Microsoft pålagte bøde	II - 4482
Sager om overtrædelse af USA's antitrustlovgivning	II - 4484
Retsforhandlinger	II - 4485
Retlige bemærkninger	II - 4491
I — Begæringen om fortrolig behandling	II - 4493
II — VideoBanners interventionsbegæring	II - 4493
III — Konsekvenserne af visse intervenienters tilbagetrækning af deres intervention .	II - 4494
IV — De skriftlige indlægs overensstemmelse med formforskrifterne	II - 4495
Henvisninger til stævningen i hovedsagen	II - 4495
Fremlæggelse af dokumenter under sagen	II - 4497
Mangel på beviser	II - 4498
Manglende overholdelse af visse andre formforskrifter	II - 4499
II - 4616	

MICROSOFT MOD KOMMISSIONEN

V — Realiteten	II - 4499
Spørgsmålet om interoperabilitetsoplysninger	II - 4499
A — Parternes argumenter	II - 4499
1. Argumenter fremført af Microsoft og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande	II - 4499
a) Fumus boni juris	II - 4499
b) Uopsættelighed	II - 4504
1) Krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder	II - 4504
i) Meget værdifulde oplysninger	II - 4504
ii) Oplysninger beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder	II - 4505
Ophavsretsbeskyttelse	II - 4506
Patentbeskyttelse	II - 4507
Beskyttelse som forretningshemmeligheder	II - 4508
Oplysningernes nødvendighed	II - 4509
Alvorlig og uoprettelig skade	II - 4510
2) Indgreb i Microsofts forretningsfrihed	II - 4512
i) Friheden til at fremlægge oplysninger	II - 4512
ii) Friheden til produktudvikling	II - 4514
iii) Nødvendigheden af at gøre protokollerne »modstandsdygtige«	II - 4514
3) Uigenkaldelig ændring af markedsvilkårene	II - 4516
c) Interesseafvejningen	II - 4517
2. Argumenter fremført af Kommissionen og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for dens påstande	II - 4520
a) Indledende bemærkninger	II - 4521
1) Ophavsret	II - 4521
	II - 4617

2) Patenter	II - 4525
3) Forretningshemmeligheder	II - 4526
b) Fumus boni juris	II - 4528
c) Uopsættelighed	II - 4531
d) Interesseafvejning	II - 4531
B — Rettens bemærkninger	II - 4531
1. Fumus boni juris	II - 4531
2. Uopsættelighed	II - 4539
a) Indledende bemærkninger	II - 4540
b) Den alvorlige og uoprettelige skade som følge af forpligtelsen til at fremlægge specifikationer for server-server-protokollerne.	II - 4543
1) Den påståede krænkelse af intellektuelle ejendomsrettighe- der	II - 4544
i) Fremlæggelsen af interoperabilitetsoplysningerne	II - 4544
ii) Anvendelsen af interoperabilitetsoplysningerne	II - 4550
Påstanden om spredning af oplysningerne	II - 4550
Påstanden om produkternes fortsatte tilstedeværelse i distributionskanalerne	II - 4553
Påstanden om »kloning« af produkterne	II - 4556
2) Det påståede indgreb i forretningsfriheden	II - 4558
i) Påstanden om en fundamental ændring af forretnings- politikken	II - 4560
ii) Påstanden om vanskeligheden ved at forbedre protokol- lerne	II - 4562
iii) Påstanden om, at det er nødvendigt at gøre protokol- lerne »modstandsdygtige«	II - 4565
3) Påstanden om en uigenkaldelig ændring af markedsvilkå- rene	II - 4566
c) Den alvorlige og uoprettelige skade som følge af forpligtelsen til at fremlægge specifikationer for klient-server-protokollerne.	II - 4567

Spørgsmålet om koblingssalg	II - 4569
A — Parternes argumenter	II - 4569
1. Argumenter fremført af Microsoft og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for Microsofts påstande	II - 4569
a) Fumus boni juris	II - 4569
b) Uopsættelighed	II - 4573
1) Den af Microsoft påståede skade som følge af, at det grundlæggende koncept for opbygningen af Windows-operativsystemet ikke længere kan følges	II - 4573
2) Skaden på Microsofts omdømme	II - 4574
c) Interesseafvejning	II - 4580
1) Manglende nødvendighed af en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a)	II - 4580
2) Skader som følge af en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningens artikel 6, litra a)	II - 4583
3) Fællesskabets forpligtelser i henhold til TRIPS-aftalen	II - 4585
2. Argumenter fremført af Kommissionen og de parter, der har fået tilladelse til at intervenere til støtte for dens påstande	II - 4585
a) Fumus boni juris	II - 4585
b) Uopsættelighed	II - 4588
c) Interesseafvejning	II - 4588
B — Rettens bemærkninger	II - 4589
1. Fumus boni juris	II - 4589
2. Uopsættelighed	II - 4594
a) Den påståede skade for det »grundlæggende koncept for opbygningen« af Windows-operativsystemet	II - 4594
b) Den påståede skade på Microsofts omdømme	II - 4604
1) Påstanden om krænkelse af Microsofts varemærker	II - 4611
2) Påstanden om krænkelse af Microsofts ophavsret	II - 4612