

RETTENS DOM (Store Afdeling)

17. september 2007\*

I sag T-201/04,

**Microsoft Corp.**, Redmond, Washington (De Forenede Stater), ved advokat J.-F. Bellis og I. 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 samt solicitor B. Kilpatrick

**DMDsecure.com BV**, Amsterdam (Nederlandene)

**MPS Broadband AB**, Stockholm (Sverige)

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

\* Processprog: engelsk.

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

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

ved advokat J. Bourgeois,

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

**TeamSystem SpA**, Pesaro (Italien)

**Mamut ASA**, Oslo (Norge),

ved advokat G. Berrisch,

**Exor AB**, Uppsala (Sverige), ved advokaterne S. Martínez Lage, H. Brokelmann og R. Allendesalazar Corcho,

intervenienter,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber**, først ved R. Wainwright, F. Castillo de la Torre, P. Hellström og A. Whelan, som befuldmægtigede, derefter ved F. Castillo de la Torre, P. Hellström og A. Whelan,

sagsøgt,

støttet af:

**Software & Information Industry Association**, Washington, DC, ved J. Flynn QC, solicitors C. Simpson og T. Vinje samt advokaterne D. Paemen, N. Dodoo og M. Dolmans

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

**Audiobanner.com**, Los Angeles, Californien (De Forenede Stater), ved advokat L. Alvizar Ceballos

**European Committee for Interoperable Systems (ECIS)**, Bruxelles (Belgien), ved advokaterne D. Paemen, N. Dodoo, M. Dolmans, og J. Flynn, QC,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2007/53/EF af 24. marts 2004 vedrørende en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 indledt mod Microsoft Corp. (sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft) (EUT 2007 L 32, s. 23), eller subsidiært ophævelse eller nedsættelse af den bøde, sagsøgeren pålægges i denne beslutning,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, B. Vesterdorf, samt dommerne M. Jaeger, J. Pirrung, R. García-Valdecasas, V. Tiili, J. Azizi, J.D. Cooke, A.W.H. Meij, N.J. Forwood, E. Martins Ribeiro, I. Wiszniewska-Białocka, V. Vadapalas og I. Labucka,

justitssekretær: E. Coulon,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24., 25., 26., 27. og 28. april 2006,

afsagt følgende

## Dom

### Tvistens baggrund

- 1 Microsoft Corp., Redmond, Washington (De Forenede Stater), udformer, udvikler og markedsfører en lang række softwareprodukter til forskellige computertyper. Disse softwareprodukter omfatter bl.a. operativsystemer til personlige klient-pc'er (herefter »klient-pc'er«), operativsystemer til arbejdsgruppeservere og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold. Microsoft yder desuden teknisk bistand i relation til sine forskellige produkter.
  
- 2 Den 15. september 1998 tilsendte Richard Green, vicedirektør i Sun Microsystems, Inc. (herefter »Sun«), Palo Alto, Californien (De Forenede Stater), som bl.a. fremstiller servere og operativsystemer til servere, vicedirektør i Microsoft, Paul Maritz, en skrivelse med følgende ordlyd:

»Jeg skriver til Dem for at anmode Microsoft om at fremlægge alle de oplysninger for [Sun], som er nødvendige for, at [Sun] kan tilbyde direkte understøttelse af COM-objekter på Solaris.

Jeg anmoder ligeledes Microsoft om at fremlægge alle de oplysninger for [Sun], som er nødvendige for, at [Sun] kan tilbyde direkte understøttelse af samtlige Active Directory-teknologier på Solaris.

Vi mener, at det er i branchens interesse, at applikationer, der er udviklet med henblik på at blive afviklet på Solaris, kan kommunikere transparent via COM og/eller Active Directory med Windows-operativsystemer og/eller Windowsbaserede programmer.

Endvidere mener vi, at Microsoft ligeledes bør fremlægge en referenceimplementering og sådanne andre oplysninger for Sun, som er nødvendige for at sikre — uden at der må gribes til reverse engineering — at COM-objekter og samtlige Active Directory-teknologier kan afvikles på fuldt kompatibel måde på Solaris. Vi finder det nødvendigt, at de fremlagte oplysninger omfatter alle de COM-objekter og Active Directory-teknologier, som i øjeblikket findes på markedet. Vi finder det ligeledes nødvendigt, at oplysningerne gives uden urimelig forsinkelse og kontinuerligt for så vidt angår COM-objekter og Active Directory-teknologier, der vil blive markedsført i fremtiden.«

- 3 I det følgende henvises der til denne skrivelse som »skrivelsen af 15. september 1998«.
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- 4 Paul Maritz besvarede skrivelsen af 15. september 1998 ved skrivelse af 6. oktober 1998. I skrivelsen anførte han:

»Tak for Deres interesse for at samarbejde med Windows. Vi har fælles kunder, der anvender vore produkter, og det glæder mig, at De er interesseret i at åbne Deres system, således at det kan interoperere med Windows. Microsoft har altid gerne villet hjælpe softwareudviklere — også [vore] konkurrenter — med at udvikle de bedst mulige produkter og sikre, at disse interopererer bedst muligt med [vor] platform.

Måske er De ikke klar over, at de oplysninger, De anmoder om, med hensyn til hvordan der kan interopereres med COM- og Active Directory-teknologierne, allerede er offentliggjort og står til rådighed for Dem og enhver anden softwareudvikler i verden gennem produktet Microsoft Developer Network (MSDN) Universal. MSDN indeholder omfattende oplysninger om Windows-plattformens tjenester og grænseflader og er en righoldig oplysningskilde for udviklere, som er interesserede i at udvikle til eller interoperere med Windows. Sun råder faktisk i øjeblikket over 32 aktive licenser i tilknytning til sit MSDN Universal-abonnement. Desuden formoder jeg, at Deres virksomhed, i lighed med tidligere, sender et betydeligt antal deltagere til vor Professional Developers Conference i Denver fra den 11. til den 15. oktober 1998. Dette vil udgøre endnu en lejlighed til at få de tekniske oplysninger, De ønsker med henblik på at kunne samarbejde med vore systemteknologier. Nogle af de 23 [Sun-]medarbejdere, der deltog i sidste års konference, må kunne give nærmere information om kvaliteten og rækkevidden af de oplysninger, der drøftes på Professional Developers-konferencerne.

Det vil glæde Dem at erfare, at der allerede findes en referenceimplementering af COM på Solaris. Denne COM-implementering på Solaris er et fuldt understøttet binært produkt, som kan erhverves hos Microsoft. Der kan løses licens til COM-kildekoden hos andre kilder, bl.a. Software AG [...]

Vi påtænker ikke at udvikle en version af Active Directory, der er »portable« i forhold til Solaris [...] Med henblik på opfyldelsen af vore fælles kunders behov er der dog mange metoder — som indebærer forskellige grader af funktionalitet — hvorpå Solaris kan interoperere med Active Directory. F.eks. kan LDAP-standardprotokollen anvendes til at få adgang til Active Directory i Windows NT Server fra Solaris.

Hvis De, efter at have deltaget i [Professional Developers-konferencen] og undersøgt de offentligt tilgængelige oplysninger i MSDN, har behov for yderligere assistance, er der account managers i vor Developer Relations Group, som bestræber sig på at bistå

udviklere, der har brug for supplerende bistand i forbindelse med Microsofts platforme. Jeg har anmodet Lead Program Manager Marshall Goldberg om at stille sig til rådighed, hvis De skulle få brug for det [...]«

- 5 I det følgende henvises der til Paul Maritz' skrivelse som »skrivelsen af 6. oktober 1998«.
- 6 Den 10. december 1998 indgav Sun en klage til Kommissionen i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81).
- 7 Sun klagede over, at Microsoft havde afslået at fremlægge de oplysninger og den teknologi for Sun, som var en forudsætning for, at selskabets operativsystem til arbejdsgruppeservere kunne interoperere med Windows-operativsystemet til klient-pc'er.
- 8 Den 2. august 2000 fremsendte Kommissionen en første meddelelse af klagepunkter til Microsoft (herefter »den første meddelelse af klagepunkter«). Meddelelsen drejede sig hovedsagelig om en række spørgsmål vedrørende interoperabiliteten mellem Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og andre leverandørers serveroperativsystemer (»klient-server-interoperabiliteten«).
- 9 Microsoft besvarede den første meddelelse af klagepunkter den 17. november 2000.

- 10 I mellemtiden havde Kommissionen i februar 2000 på eget initiativ iværksat en undersøgelse, der navnlig drejede sig om Windows 2000-generationen af Microsofts operativsystemer til klient-pc'er og arbejdsgruppeservere og om Microsofts integration af selskabets multimedieafspiller Windows Media Player i Windows-operativsystemet til klient-pc'er. Operativsystemet til klient-pc'er i Windows 2000-produktrækken var bestemt til erhvervsmæssig anvendelse og var betegnet »Windows 2000 Professional«. Serveroperativsystemerne i denne produktrække blev tilbudt i følgende tre versioner: Windows 2000 Server, Windows 2000 Advanced Server og Windows 2000 Datacenter Server.
- 11 Undersøgelsen mundede ud i, at Kommissionen den 29. august 2001 fremsendte endnu en meddelelse af klagepunkter til Microsoft (herefter »den anden meddelelse af klagepunkter«). 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 til klient-pc'er.
- 12 Microsoft besvarede den anden meddelelse af klagepunkter den 16. november 2001.
- 13 I december 2001 fremsendte Microsoft en rapport, der indeholdt resultaterne af samt fremlagde en analyse af en rundspørge gennemført af Mercer Management Consulting (herefter »Mercer«), til Kommissionen.
- 14 Fra april til juni 2003 gennemførte Kommissionen en omfattende markedsundersøgelse ved at fremsende en række begæring om oplysninger til en række virksomheder og sammenslutninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 (herefter »markedsundersøgelsen fra 2003«).

- 15 Den 6. august 2003 fremsendte Kommissionen en tredje meddelelse af klagepunkter til Microsoft, som ifølge Kommissionen havde til formål at supplere de to foregående meddelelser og angive, hvilke afhjælpende foranstaltninger Kommissionen påtænkte at fastsætte (herefter »den tredje meddelelse af klagepunkter«).
- 16 Microsoft besvarede den tredje meddelelse af klagepunkter ved skrivelse af 17. oktober 2003.
- 17 Den 31. oktober 2003 tilsendte Microsoft Kommissionen en rapport, der indeholdt resultaterne af samt fremlagde en analyse af to supplerende rundspørger, som Mercer havde foretaget.
- 18 Kommissionen afholdt en høring den 12., 13. og 14. november 2003.
- 19 Den 1. december 2003 indgav Microsoft supplerende bemærkninger til den tredje meddelelse af klagepunkter.
- 20 Den 24. marts 2004 vedtog Kommissionen beslutning 2007/53/EF af 24. marts 2004 vedrørende en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 indledt mod Microsoft Corp. (sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft) (EUT 2007 L 32, s. 23, herefter »den anfægtede beslutning«).

## Den anfægtede beslutning

- 21 Ifølge den anfægtede beslutning 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.
- 22 Kommissionen definerer først tre særskilte globale 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 relevante produktmarkeder og det relevante geografiske marked*

- 23 I den anfægtede beslutning identificeres tre særskilte produktmarkeder, nemlig henholdsvis markedet for operativsystemer til klient-pc'er (betragtning 324-342), markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 343-401) og markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold (betragtning 402-425).
- 24 Det første produktmarked, der identificeres i den anfægtede beslutning, er markedet for operativsystemer til klient-pc'er. Operativsystemer defineres i den anfægtede beslutning som »systemsoftware«, der kontrollerer en computers grundlæggende funktioner og gør det muligt for brugeren at anvende den og at afvikle applikationer på den (betragtning 37). Klient-pc'er defineres som computere med mange funktioner, der er beregnet til at blive anvendt af én person ad gangen, og som kan tilsluttes et netværk (betragtning 45).

- 25 Med hensyn til det andet marked definerer den anfægtede beslutning operativsystemer til arbejdsgruppeservere som operativsystemer, der er udviklet, og som markedsføres, med henblik på kollektivt at levere »grundlæggende infrastruktur tjenester« til et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er koblet til et mindre eller mellemstort netværk (betragtning 53 og 345).
- 26 Nærmere bestemt henvises der i den anfægtede beslutning til tre former for tjenester: for det første deling af filer lagret på servere, for det andet deling af printere og for det tredje administration af brugere og grupper af brugere, dvs. administration af reglerne for de pågældendes adgang til netværkets tjenester (betragtning 53 og 345). Den sidstnævnte form for tjenester består navnlig i at sørge for sikker adgang til og sikker benyttelse af netværkets ressourcer ved først at autentificere brugerne og derpå kontrollere, at de har tilladelse til at udføre en given handling (betragtning 54). Det hedder nærmere i den anfægtede beslutning, at der i operativsystemer til arbejdsgruppeservere for at sikre effektiv lagring og kontrol af oplysninger om brugere og brugergrupper i vid udstrækning anvendes »bibliotekstjenesteteknologier« (betragtning 55). Bibliotekstjenesten i Microsofts operativsystem Windows 2000 Server benævnes »Active Directory« (betragtning 149).
- 27 Ovennævnte tre former for tjenester er ifølge den anfægtede beslutning tæt forbundet med hinanden inden for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. De kan i vid udstrækning betragtes som »én samlet tjeneste«, men set fra to forskellige synsvinkler, nemlig dels brugerens (fil- og udskriftstjenester), dels netværksadministratorens (bruger- og gruppeadministrationstjenester) (betragtning 56). I den anfægtede beslutning betegnes disse forskellige tjenester som »arbejdsgruppetjenester«.
- 28 Det tredje marked, der identificeres i den anfægtede beslutning, er markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold. Multimedieafspillere

defineres som softwareprodukter, der kan afspille digitaliseret lyd- og billedindhold, dvs. afkode de pågældende data og omsætte dem til instruktioner til hardware (f.eks. højttalere eller en skærm) (betragtning 60). Multimediaefspillere, der kan modtage en kontinuerlig datastrøm, kan afspille lyd- og billedindhold, der »streames« over internet (betragtning 63).

- 29 Hvad det relevante geografiske marked angår fastslår Kommissionen i den anfægtede beslutning, at det, således som anført i præmis 22 ovenfor, for alle de tre definerede produktmarkeders vedkommende omfatter hele verden (betragtning 427).

## II — *Dominerende stilling*

- 30 Kommissionen fastslår i den anfægtede beslutning, at Microsoft i hvert fald siden 1996 har indtaget en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er og siden 2002 på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 429-541).

- 31 For så vidt angår markedet for operativsystemer til klient-pc'er baserer Kommissionen i det væsentlige denne konklusion på følgende omstændigheder:

— Microsofts markedsandele overstiger 90% (betragtning 430-435).

- Microsofts styrke på markedet har udvist »uafbrudt stabilitet og kontinuitet« (betragtning 436).
  
- Markedet kendetegnes af betydelige adgangsbarrierer som følge af indirekte netværkseffekter (betragtning 448-464).
  
- Disse indirekte netværkseffekter beror på, dels at de endelige forbrugere værdsætter platforme, hvorpå de kan anvende et stort antal applikationer, dels at softwareudviklerne udarbejder applikationer til de operativsystemer til klient-pc'er, som er mest populære hos forbrugerne (betragtning 449 og 450).

<sup>32</sup> Kommissionen anfører i betragtning 472, at der er »det ganske særlige« ved denne dominerende stilling, at Windows ikke blot er et dominerende produkt på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, men ydermere udgør »de facto-standard« for sådanne systemer.

<sup>33</sup> For så vidt angår markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere henviser Kommissionen i det væsentlige til følgende forhold:

- Microsofts markedsandel er ud fra et forsigtigt skøn på mindst 60% (betragtning 473-499).

- Microsofts tre vigtigste konkurrenter har følgende placering på dette marked: Novell råder gennem sit program NetWare over en markedsandel på 10-25%, leverandørerne af Linux-produkter har en markedsandel på mellem 5 og 15% og leverandørerne af UNIX-produkter en markedsandel på mellem 5 og 15% (betragtning 503, 507 og 512).
  
- Markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere kendetegnes af væsentlige adgangsbARRIERER, hvilket navnlig skyldes netværkseffekter og Microsofts afvisning af at fremlægge interoperabilitetsoplysninger (betragtning 515-525).
  
- Der er tætte forretningsmæssige og teknologiske bånd mellem sidstnævnte marked og markedet for operativsystemer til klient-pc'er (betragtning 526-540).

<sup>34</sup> Linux er et »frit« operativsystem, der distribueres i henhold til »GNU GPL (General Public Licence«). Reelt er der kun tale om grundlæggende programkode, den såkaldte »kerne«, som udfører en række operativsystemtjenester. Linux kan imidlertid kombineres med andre programmer, således at der dannes et »Linux-operativsystem« (betragtning 87). Linux anvendes bl.a. som grundlag for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 101). På markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere optræder det således sammen med programmet Samba, der ligeledes distribueres i henhold til »GNU GPL«-licensen (betragtning 506 og 598).

<sup>35</sup> »UNIX« er benævnelsen for nogle operativsystemer, der har en række fælles egenskaber (betragtning 42). Sun har udviklet et UNIX-baseret operativsystem til arbejdsgruppeservere, der benævnes »Solaris« (betragtning 97).

III — *Misbrug af dominerende stilling*A — *Afslag på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger*

- <sup>36</sup> Den adfærd, der udgør det første misbrug, der foreholdes Microsoft, består i, at selskabet fra oktober 1998 til tidspunktet for meddelelsen af den anfægtede beslutning afslog at meddele sine konkurrenter »interoperabilitetsoplysninger« og at tillade, at disse oplysninger blev anvendt til at udvikle og distribuere produkter, der konkurrerede med Microsofts, på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere [den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a)]. Denne adfærd beskrives i betragtning 546-791.
- <sup>37</sup> »Interoperabilitetsoplysninger« defineres i den anfægtede beslutning som »de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige de protokoller [der er implementeret] i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, og som Windows-baserede arbejdsgruppeservere anvender til at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og [bruger]grupper, herunder Windows-domænecontrollertjenester, Active Directory-tjenester og »Group Policy«-tjenester, til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk« (den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 1).
- <sup>38</sup> »Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk« defineres som »gruppe[r] af Windows-baserede klient-pc'er og Windowsbaserede servere, der er sammenkoblet i et computernetværk« (den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 7).

- 39 »Protokoller« defineres som »et sæt regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskellige kopier af Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere og Windows-operativsystemer til klient-pc'er, som er installeret på forskellige computere i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk« (den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 2).
- 40 Kommissionen fremhæver i den anfægtede beslutning, at det afslag, det drejer sig om, ikke vedrører dele af Microsofts »kildekode«, men kun specifikationerne for de omhandlede protokoller, dvs. beskrivelser af, hvad den pågældende software skal udføre, i modsætning til »implementeringer«, dvs. den kode, der skal afvikles på computeren (betragtning 24 og 569). Kommissionen understreger navnlig, at den »ikke har til hensigt at pålægge Microsoft at tillade andre parter at kopiere Windows« (betragtning 572).
- 41 Endvidere finder Kommissionen, at det afslag, Microsoft meddelte Sun, er et udtryk for et generelt adfærdsmønster (betragtning 573-577). Den anfører ligeledes, at den adfærd, der foreholdes Microsoft, indebærer et brud i forhold til det større omfang, hvori der tidligere er fremlagt interoperabilitetsoplysninger (betragtning 578-584), medfører fare for, at konkurrencen udelukkes på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 585-692) og indvirker negativt på den teknologiske udvikling samt skader forbrugerne (betragtning 693-708).
- 42 Endelig forkaster Kommissionen Microsofts argumenter om, at selskabets afslag var objektivt begrundet (betragtning 709-778).

B — *Koblingssalg af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player*

- 43 Den adfærd, der udgør det andet misbrug, der foreholdes Microsoft, består i, at Microsoft i perioden fra maj 1999 til tidspunktet for meddelelsen af den anfægtede beslutning gjorde levering af Windows-operativsystemet til klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af programmet Windows Media Player [den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b)]. Denne adfærd beskrives i betragtning 792-989.
- 44 Kommissionen finder i den anfægtede beslutning, at denne adfærd opfylder betingelserne for at fastslå, at der foreligger retsstridigt koblingssalg som omhandlet i artikel 82 EF (betragtning 794-954). I den forbindelse gentager Kommissionen for det første, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er (betragtning 799). For det andet fastslår den, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer til klient-pc'er er særskilte produkter (betragtning 800-825). For det tredje anfører den, at Microsoft ikke giver forbrugerne mulighed for at købe Windows uden Windows Media Player (betragtning 826-834). For det fjerde gør den gældende, at koblingssalget begrænser konkurrencen på markedet for multimedieafspillere (betragtning 835-954).
- 45 Endelig forkaster Kommissionen Microsofts argumenter om, dels at det omtvistede koblingssalg medfører effektivitetsgevinster, der opvejer de konkurrencebegrænsende virkninger, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning (betragtning 955-970), dels at selskabet ikke har nogen interesse i at foretage »konkurrencebegrænsende« koblingssalg (betragtning 971-977).

IV — *Bøde og afhjælpende foranstaltninger*

<sup>46</sup> For de to former for misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutning, pålægges Microsoft en bøde på 497 196 304 EUR (den anfægtede beslutnings artikel 3).

<sup>47</sup> Endvidere pålægges det i den anfægtede beslutnings artikel 4, stk. 1, Microsoft at bringe de i artikel 2 fastslåede misbrug til ophør i overensstemmelse med bestemmelserne i beslutningens artikel 5 og 6. Desuden skal Microsoft afstå fra enhver adfærd, der kan have samme eller tilsvarende formål eller virkning som de nævnte misbrug (den anfægtede beslutnings artikel 4, stk. 2).

<sup>48</sup> Som en foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige afslag, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a), pålægges Microsoft i beslutningens artikel 5 følgende:

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

b) Microsoft [...] skal drage omsorg for, at de fremlagte interoperabilitetsoplysninger hurtigst muligt ajourføres, når dette er nødvendigt.

- c) Microsoft [...] skal senest 120 dage efter meddelelsen af [den anfægtede beslutning] 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 adgangen til interoperabilitetsoplysningerne kun gives med henblik på vurdering.

[...]«

<sup>49</sup> Som en foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige koblingssalg, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), bestemmes det i beslutningens artikel 6, at Microsoft senest 90 dage efter meddelelsen af beslutningen skal tilbyde en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem til klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player, men at Microsoft bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet til klient-pc'er koblet med Windows Media Player.

<sup>50</sup> Endelig bestemmes følgende i den anfægtede beslutnings artikel 7:

»Microsoft [...] skal senest 30 dage efter meddelelsen af [den anfægtede beslutning] forelægge Kommissionen et forslag til en ordning, der skal bidrage til, at Kommissionen kan påse, at Microsoft [...] efterlever [den anfægtede beslutning]. Ordningen skal omfatte en af Microsoft [...] uafhængig befuldmægtiget.

Finder Kommissionen, at den af Microsoft [...] foreslåede ordning ikke er fyldestgørende, kan den fastsætte en sådan ordning ved en beslutning.«

## Sager om overtrædelse af USA's antitrustlovgivning

- 51 Sideløbende med Kommissionens undersøgelse har Microsoft været genstand for en undersøgelse for overtrædelse af den amerikanske antitrustlovgivning.
- 52 I 1998 anlagde Amerikas Forenede Stater og 20 delstater sag mod Microsoft i henhold til Sherman Act. De påtalte en række foranstaltninger, Microsoft havde truffet over for Netscapes internetbrowser »Netscape Navigator« og Sun Microsystems »Java«-teknologi. De 20 delstater anlagde ligeledes sag mod Microsoft for overtrædelse af deres egne antitrustlove.
- 53 Efter at United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (herefter »appeldomstolen«), hvortil Microsoft havde appelleret den dom, United States District Court for the District of Columbia (herefter »District Court«) havde afsagt den 3. april 2000, 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.
- 54 For det første indvilligede Microsoft i at udarbejde specifikationer for de kommunikationsprotokoller, der gør det muligt for Windows-serveroperativsystemer at »interoperere«, dvs. gøre sig kompatible, med Windows-operativsystemer til klient-pc'er, og i at give tredjemand licens til disse specifikationer på nærmere fastsatte vilkår.
- 55 For det andet bestemmes det i det amerikanske forlig, at Microsoft skal gøre det muligt for producenter af originalt udstyr (Original Equipment Manufacturers,

herefter »OEM«) og endelige forbrugere at aktivere eller deaktivere adgangen til selskabets »middleware« (mellemprogrammer). Windows Media Player er et produkt i denne kategori, således som den defineres i det amerikanske forlig. Formålet med disse bestemmelser er at sikre, at leverandører af middleware kan udvikle og markedsføre produkter, der fungerer korrekt sammen med Windows.

- 56 District Court godkendte bestemmelserne ved dom af 1. november 2002.
- 57 Efter at staten Massachusetts havde appelleret den af District Court afsagte dom til appeldomstolen, stadfæstede denne den 30. juni 2004 District Courts dom af 1. november 2002.
- 58 I august 2002 etableredes Microsoft Communications Protocol Program (herefter »MCP«) for at gennemføre det amerikanske forlig.

## Retsforhandlinger

- 59 Microsoft anlagde den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 7. juni 2004.
- 60 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor den 25. juni 2004 fremsatte Microsoft i medfør af artikel 242 EF begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutnings artikel 4, artikel 5, litra a)-c), og artikel 6, litra a).

61 Ved kendelse af 22. december 2004, Microsoft mod Kommissionen (sag T-201/04 R, Sml. II, s. 4463), bestemte Rettens præsident, at begæringen ikke skulle tages til følge, og at afgørelsen om sagens omkostninger skulle udsættes.

62 Ved kendelse af 9. marts 2005 gav formanden for Rettens Fjerde Afdeling følgende sammenslutninger og selskaber tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Microsofts påstande:

— The Computing Technology Industry Association Inc. (herefter »CompTIA«)

— DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd og Tandberg Television Ltd (herefter »DMDsecure m.fl.«)

— Association for Competitive Technology (herefter »ACT«)

— TeamSystem SpA og Mamut ASA

— Exor AB.

63 Ved samme kendelse gav formanden for Rettens Fjerde Afdeling følgende sammenslutninger og selskaber tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande:

— Software & Information Industry Association (herefter »SIIA«)

— Free Software Foundation Europe eV (herefter »FSFE«)

— Audiobanner.com, som driver virksomhed under navnet »VideoBanner«

— RealNetworks, Inc.

<sup>64</sup> Ved skrivelser af 13. december 2004 og af 9. marts, 27. juni og 9. august 2005 anmodede Microsoft om, at en række fortrolige oplysninger i stævningen og svarskriftet, i replikken, i Microsofts bemærkninger til interventionsindlæggene samt i duplikken ikke blev fremlagt for intervenienterne. Microsoft fremlagde en ikke-fortrolig udgave af disse processkrifter. De intervenienter, hvortil der henvises i præmis 62 og 63 ovenfor, er kun blevet forelagt den ikke-fortrolige udgave af ovennævnte processkrifter. De berørte intervenienter har ikke rejst indvendinger vedrørende dette punkt.

<sup>65</sup> De intervenienter, hvortil der henvises i præmis 62 og 63 ovenfor, har hver indgivet deres interventionsindlæg inden for den fastsatte frist. Hovedparterne i sagen indgav deres bemærkninger til interventionsindlæggene den 13. juni 2005.

<sup>66</sup> Ved kendelse af 28. april 2005, Microsoft mod Kommissionen (sag T-201/04, Sml. II, s. 1491), gav formanden for Rettens Fjerde Afdeling European Committee for Interoperable Systems (ECIS) tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Da sammenslutningen havde indgivet sin interventionsbegæring efter udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 116, stk. 6, i Rettens procesreglement, fik den kun tilladelse til at fremsætte sine bemærkninger på grundlag af retsmøderapporten — der blev tilsendt den — under den mundtlige forhandling.

- 67 Ved beslutning truffet i plenum den 11. maj 2005 blev sagen henvist til Rettens Fjerde Udvidede Afdeling.
- 68 Ved beslutning i plenum af 7. juli 2005 blev sagen henvist til Rettens Store Afdeling og overdraget en ny refererende dommer.
- 69 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Store Afdeling den 16. januar 2006 blev RealNetworks slettet af sagen som intervenient til støtte for Kommissionens påstande.
- 70 Den 1. februar 2006 indbød Retten parterne til et uformelt møde med formanden for Rettens Store Afdeling og den refererende dommer med henblik på bl.a. at drøfte den nærmere tilrettelæggelse af retsmødet. Det uformelle møde blev afholdt i Rettens lokaler den 10. marts 2006.
- 71 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten (Store Afdeling) at indlede den mundtlige forhandling og anmodede i henhold til artikel 64 i Rettens procesreglement hovedparterne i sagen om at fremlægge en række dokumenter og besvare en række spørgsmål. Sagens hovedparter efterkom anmodningerne inden for den fastsatte frist.
- 72 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 24., 25., 26., 27. og 28. april 2006.

- 73 Under retsmødet anmodede Retten Microsoft om at tilsende den en kopi af de begæring om oplysninger vedrørende spørgsmålet om multimedieafspillere, Kommissionen havde fremsendt i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003, og af svarene på begæringerne samt en kopi af rapportererne med resultaterne og analysen af de af Mercer gennemførte rundspørger (herefter »Mercer-rapporterne«). Microsoft fremlagde dokumenterne inden for den fastsatte frist.
- 74 Ved skrivelse af 3. maj 2006 anmodede Retten Microsoft om at tilsende den en kopi af de øvrige begæring om oplysninger, Kommissionen havde fremsendt i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003, og af svarene på disse begæring. Microsoft efterkom anmodningen inden for den fastsatte frist.
- 75 Formanden for Rettens Store Afdeling afsluttede den mundtlige forhandling ved beslutning af 22. juni 2006.

### **Parternes påstande**

- 76 Microsoft har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Subsidiært ophæves bøden, eller den nedsættes væsentligt.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— SIIA, FSFE og Audiobanner.com tilpligtes at bære omkostningerne i forbindelse med deres intervention.

77 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Microsoft tilpligtes at betale sagens omkostninger.

78 CompTIA, ACT TeamSystem og Mamut har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

79 DMDsecure m.fl. har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), artikel 4, artikel 6, litra a), og artikel 7 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

80 Exor har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutnings artikel 2 og 4, artikel 6, litra a), og artikel 7 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

81 SIIA, FSFE, Audiobanner.com og ECIS har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Microsoft tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## **Retlige bemærkninger**

82 Først undersøges de anbringender, der er fremsat til støtte for påstanden om annullation af den anfægtede beslutning, og derpå de anbringender, der er fremsat til støtte for påstanden om ophævelse eller nedsættelse af bøden.

*I — Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning*

83 De anbringender, Microsoft har fremsat til støtte for sin påstand om annullation af den anfægtede beslutning, vedrører tre omtvistede spørgsmål: for det første afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger, for det andet koblingssalget af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player og for det tredje udpegelsen af en uafhængig befuldmægtiget, der skal overvåge, at Microsoft efterlever den anfægtede beslutning.

*A — Indledende spørgsmål*

84 Kommissionen har i sine skriftlige indlæg rejst en række spørgsmål om udstrækningen af Fællesskabets retsinstitansers prøvelsesret og om, hvorvidt en række bilag til stævningen og replikken kan antages til realitetsbehandling.

*1. Udstrækningen af Fællesskabets retsinstitansers prøvelsesret*

85 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning bygger på en lang række betragtninger, der indebærer komplicerede tekniske og økonomiske vurderinger. Den har bemærket, at Fællesskabets retsinstitanser ifølge retspraksis kun kan foretage en begrænset efterprøvelse af sådanne vurderinger (Domstolens dom af 21.11.1991, sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 13, og af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 279, samt Rettens dom af 21.4.2005, sag T-28/03, Holcim (Deutschland) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1357, præmis 95, 97 og 98).

- 86 Heroverfor har Microsoft, der som eksempel har henvist til Rettens dom af 6. juli 2000, Volkswagen mod Kommissionen (sag T-62/98, Sml. II, s. 2707, præmis 43), anført, at Fællesskabets retsinstanser ikke afstår fra at »foretage minutiose undersøgelser af holdbarheden af Kommissionens beslutninger, selv i komplicerede sager«.
- 87 Hertil bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at selv om Fællesskabets retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende traktatens konkurrenceregler er opfyldt, må den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller en åbenbar magtfordrejning (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 64, stadfæstet efter appel ved Domstolens kendelse af 18.10.2001, sag C-241/00 P, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. I, s. 7759; jf. også i denne retning, for så vidt angår artikel 81 EF, Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, og af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62).
- 88 Det følger tilsvarende heraf, at når Kommissionens beslutning er et resultat af komplicerede tekniske vurderinger, kan disse principielt kun underkastes en begrænset domstolskontrol, der indebærer, at Fællesskabets retsinstanser ikke kan sætte deres vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Kommissionens (jf. for så vidt angår en beslutning vedtaget efter komplicerede vurderinger inden for lægevidenskab og farmakologi kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.4.2001, sag C-459/00 P(R), Kommissionen mod Trenker, Sml. I, s. 2823, præmis 82 og 83; jf. ligeledes i denne retning Domstolens dom af 21.1.1999, sag C-120/97, Upjohn, Sml. I, s. 223, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis, samt Rettens dom af 3.7.2002, sag T-179/00, A. Menarini mod Kommissionen, Sml. II, s. 2879, præmis 44 og 45, og af 11.9.2002, sag T-13/99, Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. II, s. 3305, præmis 323).

89 Selv om Domstolen har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske og tekniske vurderinger, indebærer dette imidlertid ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af denne art. Fællesskabets retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner (jf. i denne retning, for så vidt angår fusionskontrol, Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39).

90 Det er på baggrund af disse principper, at de anbringender, Microsoft har fremført til støtte for sin påstand om annullation af den anfægtede beslutning, skal prøves.

## 2. Spørgsmålet om, hvorvidt indholdet af en række bilag kan antages til realitetsbehandling

91 Kommissionen, der på dette punkt støttes af SIIA, har anført, at Microsoft i en række bilag til stævningen og replikken har fremsat argumenter, som ikke findes i selve fremstillingen i disse processkrifter. Den har ligeledes anført, at Microsoft gentagne gange har henvist generelt til rapporter, der er bilagt selskabets skriftlige indlæg. Endvidere har Kommissionen påtalt, at nogle af de af Microsoft fremlagte udtalelser fra sagkyndige bygger på oplysninger, som hverken Kommissionen eller Retten har haft adgang til. Efter Kommissionens opfattelse kan Retten derfor ikke tage ovennævnte argumenter, rapporter og udtalelser fra sagkyndige i betragtning.

92 Microsoft har gjort gældende, at de grundlæggende faktiske og retlige omstændigheder, hvorpå søgsmålet bygger, er indeholdt i de »relevante dele af stævning[en]«. Microsoft har henvist til, at det fremgår af retspraksis, at indholdet af stævningen på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte passager

i dokumenter, der vedlægges som bilag til den (Rettens kendelse af 29.11.1993, sag T-56/92, Koelman mod Kommissionen, Sml. II, s. 1267, præmis 21). Endvidere har Microsoft anført, at selskabet bevidst besluttede at begrænse antallet af bilag for ikke at gøre sagens akter for omfattende, at det ikke er forpligtet til at fremlægge hvert enkelt af de dokumenter, hvortil der henvises i fodnoterne i dets bilag, at Kommissionen råder over en kopi af alle de dokumenter, der blev indgivet under den administrative procedure, og at det ikke kan bestrides, at Microsoft har ret til at give sine sagkyndige oplysninger.

93 På det uformelle møde den 10. marts 2006 (jf. præmis 70 ovenfor) henledte den refererende dommer Microsofts opmærksomhed på, at selskabet i nogle af bilagene til sine skriftlige indlæg syntes at påberåbe sig argumenter, der ikke udtrykkeligt var angivet i selve fremstillingen i de pågældende skriftlige indlæg, og stillede Microsoft spørgsmål herom. Som indført i referatet af mødet, anførte Microsoft følgende som svar: »Microsoft påberåber sig ikke argumenter, der ikke er udtrykkeligt er fremsat i stævningen eller replikken.«

94 Retten skal bemærke, at stævningen ifølge artikel 21 i statuten for Domstolen og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement skal indeholde søgsmålets genstand, påstandene og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Såfremt et søgsmål skal kunne admittes, er det ifølge fast retspraksis nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt fremgår af selve stævningen. Selv om dennes indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte passager i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen (Domstolens dom af 31.3.1992, sag C-52/90, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 2187, præmis 17, Rettens kendelse i sagen Koelman mod Kommissionen, nævnt i præmis 92 ovenfor, præmis 21, og Rettens kendelse af 21.5.1999, sag T-154/98, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1703, præmis 49). Det tilkommer endvidere ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender og

argumenter der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (Rettens dom af 7.11.1997, sag T-84/96, Cipeke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2081, præmis 34, og af 21.3.2002, sag T-231/99, Joynson mod Kommissionen, Sml. II, s. 2085, præmis 154).

<sup>95</sup> Denne fortolkning af artikel 21 i statuten for Domstolen og artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement gælder ligeledes de krav, som replikken — der ifølge procesreglementets artikel 47, stk. 1, er et supplement til stævningen — skal opfylde for at kunne admittes (jf. i denne retning Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 40, der efter appel ikke blev ophævet på dette punkt ved Domstolens dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375).

<sup>96</sup> I det foreliggende tilfælde finder Retten, at Microsoft i en række dokumenter, der er bilagt stævningen og replikken, har fremsat argumenter af juridisk eller økonomisk art, som ikke kun støtter eller udbygger faktiske og retlige omstændigheder, der udtrykkeligt påberåbes i selve fremstillingen i de pågældende processkrifter, men udgør nye argumenter.

<sup>97</sup> Endvidere har Microsoft flere gange suppleret indholdet af stævningen og replikken på specifikke punkter ved at henvise til dokumenter, der er bilagt stævningen og replikken. I nogle tilfælde er der imidlertid kun henvist generelt til det pågældende bilagte dokument, hvorfor Retten ikke har kunnet fastslå, hvilke argumenter den kunne anse for at supplere de i stævningen eller replikken fremsatte anbringender.

98 Det skal dog bemærkes, at Kommissionen — skønt den ikke finder, at der skal tages hensyn til argumenterne i de omhandlede bilag — ikke desto mindre har kommenteret nogle af dem i de noter, som er bilagt dens skriftlige indlæg.

99 I overensstemmelse med den retspraksis, hvortil der blev henvist i præmis 94 og 95 ovenfor, og Microsofts udtalelse på det uformelle møde den 10. marts 2006 (jf. præmis 93 ovenfor) vil Retten kun tage de bilag, hvortil der blev henvist i præmis 96-98 ovenfor, i betragtning i den udstrækning, hvori de støtter eller supplerer anbringender eller argumenter, Microsoft eller Kommissionen udtrykkeligt har fremsat som en del af hovedteksten i deres skriftlige indlæg, og hvori Retten kan fastslå, hvilke punkter i bilagene der støtter eller supplerer de pågældende anbringender eller argumenter.

100 Med hensyn til Kommissionens kritik af Microsofts manglende fremlæggelse af de oplysninger, nogle af de udtalelser af sagkyndige bygger på, som er bilagt Microsofts skriftlige indlæg, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det, i givet fald, tilkommer Retten at vurdere, om det, der anføres i udtalelserne, savner bevisværdi. Finder Retten, at det, der anføres i udtalelserne, ikke har tilstrækkelig bevisværdi, fordi bestemte oplysninger ikke er tilgængelige, tager den det ikke i betragtning.

*B — Det omtvistede spørgsmål vedrørende afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger*

101 Microsoft har i forbindelse med dette spørgsmål fremsat et enkelt anbringende, hvorefter Kommissionen har tilsidesat artikel 82 EF. Anbringendet falder i tre led. Inden for rammerne af det første led har Microsoft gjort gældende, at de kriterier, Fællesskabets retsinstanser har fastlagt for, hvornår det kan pålægges en virksomhed med en dominerende stilling at meddele licens, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

Inden for rammerne af det andet led har Microsoft i det væsentlige hævdet, at Sun ikke anmodede Microsoft om at få adgang til den »teknologi«, Kommissionen har pålagt Microsoft at fremlægge, og at skrivelsen af 6. oktober 1998 under alle omstændigheder ikke kan fortolkes således, at den indeholder et egentligt afslag fra Microsofts side. Endelig har Microsoft inden for rammerne af det tredje led gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget korrekt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i henhold til aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (»TRIPs-aftalen«) af 15. april 1994 — (bilag 1 C til overenskomsten om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen (WTO) (herefter »TRIPs-aftalen«)).

1. Første led, hvorefter de af Fællesskabets retsinstanser fastlagte kriterier for, hvornår det kan pålægges en dominerende virksomhed at meddele licens, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde

a) Indledning

- 102 Først skal der i store træk redegøres for, hvordan sagens hovedparter hver især stiller sig med hensyn til det omtvistede spørgsmål om afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger.
- 103 Ifølge den anfægtede beslutning har Microsoft misbrugt sin dominerende stilling ved at afslå dels at forsyne Sun og andre konkurrerende virksomheder med specifikationerne for de protokoller, som er implementeret i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, og som de servere, hvorpå systemerne er installeret, anvender til at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk, dels at tillade de pågældende virksomheder at anvende specifikationerne til at udvikle og markedsføre operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

104 Kommissionen har gjort gældende, at de oplysninger, Microsoft har afslået at give adgang til, udgør »interoperabilitetsoplysninger« som omhandlet i Rådets direktiv 91/250/EØF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT L 122, s. 42). Den har navnlig peget på, at interoperabilitet i direktivet defineres som evnen til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data, således at begge softwareprodukter kan fungere efter hensigten på alle påtænkte måder (jf. navnlig punkt 256 i den første meddelelse af klagepunkter, punkt 79 i den anden meddelelse af klagepunkter og punkt 143 i den tredje meddelelse af klagepunkter). Ifølge Kommissionen er det interoperabilitetsbegreb, Microsoft går ind for, ukorrekt (betragtning 749-763 til den anfægtede beslutning).

105 Kommissionen har på grundlag af en række faktuelle og tekniske faktorer fastslået, at »et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværks måde at fungere på bygger på en arkitektur af forbindelser og interaktioner mellem dels klienter og servere, dels servere og servere, som sikrer transparent adgang til de primære arbejdsgruppeservertjenester (for Windows 2000's og Windows 2003's vedkommende kan denne »Windows-domænearkitektur« betegnes som en »Active Directory«-domænearkitektur)«, og at »[d]en fælles evne til at være en del af denne arkitektur udgør et element af kompatibilitet mellem Windowsbaserede klient-pc'er og Windowsbaserede arbejdsgruppeservere« (betragtning 182 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har betegnet denne kompatibilitet som »interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen« (betragtning 182 til den anfægtede beslutning) og anført, at en sådan interoperabilitet »er nødvendig for, at leverandørerne af operativsystemer til arbejdsgruppeservere bæredygtigt kan forblive på markedet« (betragtning 779 til den anfægtede beslutning).

106 Endvidere har Kommissionen anført, at hvis Microsofts konkurrenter skal kunne udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der kan opnå en sådan grad af interoperabilitet, når de servere, de er installeret på, føjes til en Windowsbaseret arbejdsgruppe, er det afgørende, at de har adgang til oplysninger om, hvordan der interopereres med Windows-domænearkitekturen (betragtning 183 og 184 til

den anfægtede beslutning). Efter Kommissionens opfattelse udgør ingen af de fem metoder til at sikre interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer, som Microsoft har påberåbt sig, et fyldestgørende alternativ til fremlæggelse af de nævnte oplysninger (betragtning 666-687 til den anfægtede beslutning).

107 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at skønt virksomhederne ifølge retspraksis principielt frit kan vælge deres handelspartnere, kan en dominerende virksomheds afslag på at fremlægge oplysninger under visse omstændigheder udgøre misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. Kommissionen har hævdet, at der i det aktuelle tilfælde foreligger en række »særlige omstændigheder«, som betyder, at det må fastslås, at det afslag, der foreholdes Microsoft, udgør misbrug, selv når den mest restriktive — og dermed for Microsoft mest gunstige — antagelse lægges til grund, at afslaget skal betragtes som et afslag på at give licens til udnyttelse af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder (betragtning 190 og 546-559 til den anfægtede beslutning). Efter Kommissionens opfattelse har den ret til at tage andre »særlige omstændigheder« i betragtning end dem, hvortil Domstolen henviste i dom af 6. april 1995 (forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, herefter »Magill-dommen«), og som den gentog i dom af 29. april 2004 (sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039). I alle tilfælde foreligger også disse særlige omstændigheder i den aktuelle sag.

108 Microsoft har fra begyndelsen af den administrative procedure gjort gældende, at det interoperabilitetsbegreb, Kommissionen har lagt til grund i den foreliggende sag, ikke er i overensstemmelse med den »fulde interoperabilitet«, hvortil der henvises i direktiv 91/250, og ikke svarer til den måde, hvorpå virksomhederne i praksis tilrettelægger deres computernetværk (jf. navnlig punkt 151-157 i svaret af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter og side 29 og 30 i svaret af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter). Microsoft har navnlig hævdet, at »en udvikler af serveroperativsystemer har tilvejebragt fuld interoperabilitet, når der kan fås adgang til alle hans programs funktionaliteter gennem et Windows-operativsystem til klient-pc'er« (punkt 143 i svaret af 17. november 2000 på den

første meddelelse af klagepunkter; jf. i samme retning også side 29 og 63 i svaret af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter). Ifølge Kommissionen anvender Microsoft herved en »envejsdefinition«, hvorimod Kommissionen går ud fra en »tovejsrelation« (betragtning 758 til den anfægtede beslutning).

- 109 Ovennævnte fulde interoperabilitet kan ifølge Microsoft opnås som gennem den fremlæggelse af grænsefladeoplysninger, Microsoft allerede foretager, navnlig i form af produktet »MSDN«, gennem de konferencer, selskabet afholder for »Professional Developers«, og ved hjælp af en række andre metoder, der findes på markedet (jf. navnlig punkt 12, 57-63, 73-83 og 147 i svaret af 17. november 2000 på den første meddelelse af klagepunkter, punkt 6, 72, 94-96, 148 og 149 i svaret af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter og s. 31 i svaret af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter).
- 110 Ifølge Microsoft indebærer det interoperabilitetsbegreb, Kommissionen har lagt til grund, derimod, at de operativsystemer, der leveres af selskabets konkurrenter, i enhver henseende fungerer som et Windows-serveroperativsystem. Noget sådant vil kun kunne opnås ved at tillade konkurrenterne at »klone« Microsofts produkter eller nogle af deres egenskaber eller ved at give konkurrenterne oplysninger om de indre mekanismer i selskabets produkter (jf. navnlig punkt 7, 20, 27, 144-150 og 154-169 i svaret af 17. november 2000 på den første meddelelse af klagepunkter, punkt 158-161 i svaret af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter og s. 10 og 20 i svaret af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter).
- 111 Hvis det blev pålagt Microsoft at fremlægge sådanne oplysninger, ville det ifølge selskabet krænke Microsofts frie udøvelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder og undergrave selskabets tilskyndelser til at innovere (jf. navnlig punkt 162, 163 og 176 i svaret af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter og s. 3, 10 og 11 i svaret af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter).

- 112 Endelig har Microsoft hævdet, at den foreliggende sag bør bedømmes på baggrund af Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, eftersom det afslag, der foreholdes selskabet, må betragtes som et afslag på af at give licens til udnyttelse af dets intellektuelle ejendomsrettigheder, hvorfor den anfægtede beslutning indebærer udstedelse af tvangslicenser. Microsoft har gjort gældende, at ingen af de ifølge selskabet udtømmende kriterier, Domstolen fastlagde i de nævnte domme, dog er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Microsoft har afslutningsvis anført, at afslaget ikke kan kvalificeres som misbrug, og at Kommissionen følgelig ikke kan pålægge selskabet at fremlægge interoperabilitetsoplysningerne. Subsidiært har Microsoft påberåbt sig Domstolens dom af 26. november 1998, Bronner (sag C-7/97, Sml. I, s. 7791), og hævdet, at de kriterier, der blev fastlagt i denne dom, heller ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 113 Dernæst skal det angives, hvordan Microsoft har opbygget sin argumentation i forbindelse med anbringendets første led, og hvordan Retten vil undersøge denne argumentation.
- 114 Før fremsættelsen af selskabets egentlige argumentation [jf. punkt d) nedenfor] har Microsoft anført en række betragtninger vedrørende interoperabilitet, der kan sammenfattes som følger. For det første findes der ifølge Microsoft fem metoder, hvorpå der kan opnås interoperabilitet mellem på den ene side Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere og på den anden side konkurrerende serveroperativsystemer. For det andet har Microsoft anfægtet dels den grad af interoperabilitet, Kommissionen har forudsat i det foreliggende tilfælde — Microsoft har i det væsentlige hævdet, at Kommissionen reelt ønsker at tillade selskabets konkurrenter at klonе dets produkter eller nogle af deres egenskaber — dels rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5.
- 115 Ud over disse forskellige betragtninger har Microsoft fremsat en række argumenter for at påvise, at de kommunikationsprotokoller, Microsoft skal fremlægge for sine konkurrenter i medfør af den anfægtede beslutning, er teknologisk innovative, og at protokollerne, eller specifikationerne for dem, er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder.

116 Microsofts egentlige argumentation i forbindelse med det foreliggende anbringendes første led kan opstilles som følger:

- Den foreliggende sag skal bedømmes på baggrund af de forskellige omstændigheder, der blev anerkendt af Domstolen i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, og på ny anerkendt i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.
  
- De omstændigheder, der gør det muligt at kvalificere en dominerende virksomheds afslag på at give tredjemand licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder som misbrug, er for det første, at det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse er nødvendig(t) for udøvelsen af en bestemt virksomhed, for det andet at afslaget kan udelukke al konkurrence på et afledt marked, for det tredje at afslaget hindrer fremkomsten af nye produkter, hvorefter der er en potentiel efterspørgsel fra forbrugernes side, og for det fjerde at afslaget ikke er objektivt begrundet.
  
- Ingen af disse fire omstændigheder foreligger i det aktuelle tilfælde.
  
- Subsidiært er de kriterier, der skal anvendes, dem, som Domstolen fastlagde i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor, og som svarer til ovennævnte første, andet og fjerde kriterium i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.
  
- Ingen af de tre kriterier i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor, er således opfyldt i det foreliggende tilfælde.

- 117 Retten behandler først Microsofts påstande vedrørende de forskellige grader af interoperabilitet og rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5. Microsofts argumenter om, at der findes fem metoder, hvorpå der kan opnås interoperabilitet mellem Microsofts og selskabets konkurrenters operativsystemer, behandles i forbindelse med spørgsmålet om interoperabilitetsoplysningernes angivelige nødvendighed. Dernæst vil Retten tage stilling til Microsofts argumenter om, at selskabets kommunikationsprotokoller eller specifikationerne for disse er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Endelig skal den behandle Microsofts egentlige argumentation i forbindelse med anbringendets første led og først fastslå, på grundlag af hvilke omstændigheder den adfærd, der foreholdes Microsoft, skal bedømmes, og dernæst, om de pågældende omstændigheder foreligger i den aktuelle sag.

b) De forskellige grader af interoperabilitet og rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 5

#### Parternes argumenter

- 118 Microsoft finder i det væsentlige, at det interoperabilitetsbegreb, der danner grundlag for Kommissionens konklusion, hvorefter afslaget på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger udgør misbrug af dominerende stilling, og for fastsættelsen af den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 5, er fejlagtig.
- 119 Microsoft har betonet, at »interoperabilitet forekommer inden for rammerne af et kontinuum« og »ikke udgør en absolut norm«.

- 120 Microsoft har anført, at »det er muligt, at et mindsteniveau af interoperabilitet er nødvendigt for at sikre en effektiv konkurrence«, men har tilføjet, at det ikke er vanskeligt at nå et sådant niveau, idet der findes forskellige måder, hvorpå der kan tilvejebringes interoperabilitet i den forstand, at »forskellige leverandørers operativsystemer fungerer korrekt sammen«.
- 121 Efter Microsofts opfattelse lægger Kommissionen i den anfægtede beslutning et interoperabilitetsbegreb til grund, der er fuldstændig anderledes end det, der forudsættes i direktiv 91/250, og som virksomhederne i praksis anvender, når de tilrettelægger deres computernetværk. Kommissionen tilsigter i realiteten, at et operativsystem til servere, der konkurrerer med Microsofts, »i enhver henseende kan fungere« som et Windows-serveroperativsystem (dvs. have opnået »fuldstændig substituerbarhed« eller »plug-replaceability«). Noget sådant kan imidlertid kun gennemføres ved at tillade Microsofts konkurrenter at klonе selskabets produkter eller deres egenskaber. To operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan imidlertid interoperere, i den forstand at de udveksler oplysninger med og leverer tjenester til hinanden, uden nødvendigvis at være »nøjagtig ens«. Derfor skal der skelnes mellem på den ene side begrebet »interoperabilitet« og på den anden side begreberne »kloning« eller »kopiering«.
- 122 Til støtte for sine påstande har Microsoft henvist til en rapport udarbejdet af to it-sagkyndige, som var bilagt Microsofts svar af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter, og hvori de to sagkyndige forklarer begreberne »tæt kobling« og »løs kobling« samt årsagerne til, at forsøg på at opnå »tæt kobling« mellem forskellige udvikleres softwareprodukter er mislykkedes (bilag A.9.2 til stævningen). Der er såvel tekniske som forretningsmæssige årsager.
- 123 Microsoft har ligeledes anført, at selskabet under den administrative procedure fremlagde 50 erklæringer fra såvel offentlige som private virksomheder inden for alle erhvervssektorer og fra alle de daværende medlemsstater. De pågældende

virksomheder bekræftede, at der takket være brug af metoder, der allerede findes på markedet, er en høj grad af interoperabilitet mellem på den ene side Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og servere og på den anden side konkurrerende serveroperativsystemer. Desuden fremgår det af Mercer-rapporterne, at virksomhederne ikke vælger serveroperativsystem ud fra hensynet til systemets interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og servere.

124 I replikken har Microsoft som indledning til sin argumentation for, at selskabets kommunikationsprotokoller er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og i svaret på et af de skriftlige spørgsmål, Retten har stillet selskabet, fremsat en række påstande vedrørende rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5. Microsoft har også ved disse påstande anfægtet den grad af interoperabilitet, Kommissionen kræver i det foreliggende tilfælde.

125 I replikken har Microsoft således påstået, at rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning ikke er i overensstemmelse med den »interoperabilitetsnorm«, Kommissionen har lagt til grund i den anfægtede beslutning, når den har vurderet relevansen af de »alternative måder at opnå interoperabilitet på«. I sit svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål har Microsoft hævdet, at Kommissionen har givet forskellige fortolkninger af den forpligtelse til at fremlægge oplysninger, der fastsættes i den anfægtede beslutnings artikel 5.

126 I forbindelse med det sidstnævnte punkt har Microsoft peget på, at Kommissionen i betragtning 669 til den anfægtede beslutning anfører, at »de åbne industristandarder ikke gør det muligt for konkurrenterne at opnå samme grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen som Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere«. Microsoft har ligeledes peget på, at Kommissionen i betragtning 679 til den anfægtede beslutning fastslår, at »et Novell-operativsystem til arbejdsgruppeservere »uden klientmodul« ikke kan udnytte Windowsbaserede klient-pc'ers og Windowsbaserede arbejdsgruppeserveres tjenester fuldt ud, således som et

[Windows-]operativsystem til arbejdsgruppeservere kan«. Af disse bemærkninger har Microsoft udledt, at Kommissionen oprindeligt forstod interoperabilitet således, at Microsofts konkurrenter kunne bringe deres produkter til at fungere på nøjagtig samme måde som Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Kommissionen tilsigtede således, at Windows-operativsystemer til servere og konkurrerende serveroperativsystemer var »praktisk talt identiske«.

127 Ifølge Microsoft må selskabet fremlægge langt flere oplysninger end dem, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings artikel 5, hvis den af Kommissionen tilsigtede grad af interoperabilitet skal opnås (Microsoft har henvist til denne grad med forskellige udtryk: »plug replacement«, »plug-replaceability«, »drop-in«, »funktionel ækvivalent« og »funktionel klon«), navnlig oplysninger om de indre mekanismer i Microsofts serveroperativsystemer (herunder »algoritmer og beslutningsregler«).

128 Ifølge Microsoft anlagde Kommissionen senere en snæver fortolkning af den nævnte artikel 5, idet den fandt, at artiklen kun forpligter Microsoft til at give sine konkurrenter licens til Microsofts »on the wire«-kommunikationsprotokoller. Til underbygning af denne påstand har Microsoft påberåbt sig, at de parter, som på daværende tidspunkt havde fået tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande, under retsmødet i sagen om foreløbige forholdsregler, udtalte, at de ikke var interesserede i at få adgang til de indre mekanismer i Windows-serveroperativsystemerne. Microsoft har ligeledes henvist til, at Kommissionen i såvel svarskriftet som duplikken har bekræftet, at den ikke ønskede at give Microsofts konkurrenter mulighed for at klonе Windows-serveroperativsystemernes fil- og udskriftstjenester og deres tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper. De flere tusind sider specifikationer, Microsoft har fremlagt for Kommissionen i medfør af den anfægtede beslutning, vil imidlertid give selskabets konkurrenter mulighed for at kopiere en række »egenskaber« ved dets produkter, som Microsoft har udviklet gennem sin egen forsknings- og udviklingsindsats. F.eks. kan tredjeparter ved at få adgang til protokollen DRS (Directory Replication Service) foretage reverse engineering af andre dele af Windows-serveroperativsystemerne, der anvender Active Directory.

129 Endnu senere, nærmere bestemt i oktober 2005, dvs. flere måneder efter afslutningen af den skriftlige procedure i den foreliggende sag, fortolkede Kommissionen på ny den anfægtede beslutnings artikel 5 således, at de oplysninger, Microsoft skal fremlægge, skal gøre det muligt for selskabets konkurrenter at skabe funktionelle ækvi-valenter til Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere eller, med andre ord, systemer, der »fuldt ud kan træde i stedet for« disse. Microsoft har gentaget, at en sådan fortolkning af den anfægtede beslutnings artikel 5 forpligter Microsoft til at give adgang til de indre mekanismer i selskabets Windows-serveroperativsystemer.

130 Under retsmødet redegjorde Microsoft udførligt for »multimaster-replikationsmekanismen« og fremsatte i den forbindelse argumenter, der gik i samme retning som de ovenfor gengivne argumenter.

131 Microsoft anførte bl.a., at bibliotekstjenester tidligere blev udført af en enkelt meget stor og meget dyr server. I dag udføres de pågældende tjenester normalt af mange små, billigere servere, som befinder sig forskellige steder, og som er sammenkoblet, således at de danner en helhed, som Microsoft på en række transparenter, der blev fremvist under retsmødet, illustrerede ved en »blå boble«. Microsoft forklarede, at den software, der er installeret på de servere, som indgår i denne »blå boble«, og som deltager i leveringen af bibliotekstjenester, må have den samme indre opbygning, for at serverne kan arbejde sammen, som om de tilsammen kun udgør én server. Hver enkelt af de pågældende servere må således kunne gå ud fra, at de øvrige vil reagere på nøjagtig samme måde på en given forespørgsel. Microsoft har tilføjet, at den kommunikation, der finder sted mellem servere, der arbejder efter et bestemt operativsystem inden for den »blå boble«, er af en meget særlig art.

132 Microsoft forklarede ligeledes, at multimaster-replikationsmekanismen betyder, at enhver ændring af dataene (f.eks. ændring af en brugers adgangskode) på en server inden for den »blå boble«, der fungerer som domænecontroller, automatisk

»gentages« på alle de øvrige servere inden for den samme »blå boble«, der fungerer som domænecontrollere.

133 Den første virksomhed, det lykkedes at udvikle en sådan mekanisme, var Novell, nemlig i 1993. Mekanismen i Novells serveroperativsystem NetWare giver imidlertid ikke mulighed for, at flere end 150 domænecontrollere fungerer sammen fuldt synkroniseret inden for en »blå boble«, hvorimod den mekanisme, der anvendes i Active Directory i Windows 2000 Server-systemet, kan håndtere flere tusinde domænecontrollere på én gang.

134 Ligeledes inden for rammerne af sin redegørelse for multimaster-replikationsmekanismen gentog Microsoft, at den anfægtede beslutning har til formål at gøre det muligt for selskabets konkurrenter at udvikle operativsystemer til servere, der udgør funktionelle ækvivalenter af Microsofts Windows-serveroperativsystemer. Beslutningen tilsigter således, at servere, der leverer bibliotekstjenester, og hvorpå der er installeret et serveroperativsystem, der konkurrerer med Microsofts, kan træde i stedet for eksisterende servere inden for en »blå boble«, hvorpå der er installeret et Windows-serveroperativsystem, hvori der benyttes Active Directory. For at opnå dette, må de serveroperativsystemer, der konkurrerer med Microsofts, fungere på nøjagtig samme måde — og dermed have den samme indre opbygning — som de Windows-serveroperativsystemer, hvori der anvendes Active Directory. Dette kan kun lade sig gøre, hvis konkurrenterne råder over oplysninger om de indre mekanismer i Microsofts serveroperativsystemer, herunder bestemte algoritmer, dvs. oplysninger, som er klart mere vidtgående end rene interoperabilitetsoplysninger i den anfægtede beslutnings forstand.

135 Microsoft har tilføjet, at multimaster-replikation derfor ikke kan finde sted mellem servere, der arbejder efter operativsystemer fra forskellige leverandører. F.eks. kan

en server, hvorpå der er installeret et Sun-operativsystem, ikke placeres inden for en »blå boble«, der består af servere, hvorpå der benyttes et operativsystem fra Novell eller et, hvori der anvendes Active Directory. Microsoft fremhævede dog, at Active Directory godt kan fungere sammen med bibliotekstjenester udført af operativsystemer leveret af Microsofts konkurrenter inden for det samme computernetværk, eftersom Active Directory benytter standardprotokoller såsom LDAP (Lightweight Directory Access Protocol). Det er uden betydning, om interoperabiliteten fungerer mellem to individuelle servere eller mellem én server og en gruppe af servere, der befinder sig inden for en »blå boble«.

136 Kommissionen har afvist Microsofts påstande.

137 Den har indledningsvis henvist til definitionen af begreberne »interoperabilitetsoplysninger« og »protokoller« i den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 1 og 2. Ifølge beslutningen skal Microsoft fremlægge en teknisk dokumentation, som benævnes »specifikationer«, og som er en detaljeret beskrivelse af de pågældende protokoller. Specifikationerne viser, »hvordan meddelelserne skal formateres, hvornår de skal afsendes, hvordan de skal fortolkes, hvad der skal foretages med ukorrekte meddelelser osv.« Kommissionen fastholder, at der skal sondres mellem denne tekniske dokumentation og kildekoden i Microsofts produkter. En konkurrent, der ønsker at udvikle et serveroperativsystem, som »forstår« Microsofts protokoller, skal forsyne sit produkt med kildekode, der implementerer protokolspecifikationerne. To programmer, 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 til den anfægtede beslutning). Set fra denne synsvinkel kan protokollerne sammenlignes med et sprog, hvori specifikationerne udgør syntaksen og ordforrådet, idet det ikke er sikkert, at to personer anvender et sprog på samme måde, blot fordi de begge lærer dets syntaks og ordforråd. Kommissionen har tilføjet, at »der af det forhold, at to produkter leverer deres tjenester ved hjælp af kompatible protokoller, intet kan udledes om, hvordan de leverer de pågældende tjenester«.

138 Ifølge Kommissionen går Microsoft ind for et snævert interoperabilitetsbegreb, der er uforeneligt med direktiv 91/250. Den har under henvisning til betragtning 749-763 til den anfægtede beslutning bemærket, at Microsoft ikke har fremsat noget nyt argument i forhold til, hvad selskabet gjorde gældende under den administrative procedure. Under retsmødet bemærkede Kommissionen, at den ikke blot har anvendt direktivet som grundlag for påvisning af interoperabilitetens betydning inden for softwaresektoren, men også for sin fortolkning af interoperabilitetsbegrebet.

139 Endvidere har Kommissionen erkendt, at der findes en hel række mulige grader af interoperabilitet mellem Windowsbaserede pc'er og operativsystemer til arbejdsgruppereservere, og at det allerede er muligt at opnå »en vis interoperabilitet« med Windows-domænearkitekturen. Kommissionen fastlagde ikke på forhånd et bestemt interoperabilitetsniveau som nødvendigt for, at der kan opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, men konstaterede som et resultat af sin undersøgelse, at den grad af interoperabilitet, konkurrenterne kunne opnå ved hjælp af de til rådighed værende metoder, var for lav til, at de bæredygtigt kunne forblive på markedet. Kommissionen har under henvisning til det afsnit i den anfægtede beslutning, hvori den påviser, at »interoperabilitet er den væsentligste begrundelse for at vælge Microsofts operativsystemer til arbejdsgruppereservere« (betragtning 637-665), anført, at det viste sig, at de nævnte metoder »ikke gør det muligt at opnå det af kunderne krævede interoperabilitetsniveau på en økonomisk bæredygtig måde«.

140 I duplikken har Kommissionen tilføjet, at den ikke drager den konklusion i den anfægtede beslutning, at Microsofts konkurrenter må have lov til at reproducere Microsofts »interoperabilitetsløsninger«. Hvad det gælder om, er, at de gennem deres egen innovationsindsats kan opnå en tilsvarende grad af interoperabilitet.

141 Endelig har Kommissionen fremhævet, at den anfægtede beslutning, i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, ikke tilsigter, at konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppereservere i enhver henseende kan fungere som et

Windows-serveroperativsystem, og dermed at Microsofts konkurrenter skal kunne »klone« Microsoft-produkternes egenskaber. Den anfægtede beslutning tilsigter derimod at gøre det muligt for konkurrenterne at udvikle produkter, »som fungerer anderledes, men som kan forstå de meddelelser, der sendes af de pågældende Microsoft-produkter«. De interoperabilitetsoplysninger, Microsoft skal fremlægge for sine konkurrenter i medfør af den anfægtede beslutning, vil ikke gøre det muligt for disse at frembringe nøjagtig de samme produkter som Microsofts.

- 142 Kommissionen forklarede hvad dette angår under retsmødet, at der skal sondres mellem begrebet »funktionel ækvivalent« og begrebet »funktionel klon«. En funktionel ækvivalent er ikke et system, der fungerer nøjagtigt som det Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere, det træder i stedet for, men et system, som kan afgive det rigtige svar på en bestemt forespørgsel under de samme betingelser som det pågældende Windows-operativsystem og få en Windowsbaseret klient-pc eller server til at reagere på sine meddelelser på samme måde, som hvis de hidrørte fra Windows-operativsystemet.
- 143 Kommissionen har bemærket, at »tæt kobling« og »løs kobling« ikke er klart definerede tekniske termer, navnlig på operativsystemområdet. Under alle omstændigheder har den bestridt, at de »oplysninger om tæt koblede grænseflader«, der omtales i rapporten i bilag A.9.2 til stævningen, er innovative.
- 144 De kundeudtalelser, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, har Kommissionen allerede kommenteret i betragtning 357, 358, 440-444, 511, 513, 595, 602, 628 og 707 til den anfægtede beslutning. Udtalelserne, der stammer fra 2000 og 2001, drejer sig hovedsageligt om virksomheder, der i vid udstrækning havde indført Windows som »standard« for deres arbejdsgruppenetværk. Hvad Mercer-rapporterne angår har Kommissionen allerede i betragtning 645 til den anfægtede beslutning bemærket, at de oplysninger, der analyseres i rapporterne, viser nøjagtig det modsatte af, hvad Microsoft har hævdet.

145 Endvidere har Kommissionen forkastet Microsofts argument om, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, ikke er i overensstemmelse med den »interoperabilitetsnorm«, der anvendes i beslutningen ved vurderingen af relevansen af de »alternative måder at opnå interoperabilitet på«.

146 Kommissionen har hævdet, at den har svært ved at forstå meningen med argumentet. I de passager i betragtning 669 og 679 til den anfægtede beslutning, hvortil Microsoft har henvist, forkaster Kommissionen ikke bestemte alternativer til fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger med den begrundelse, at de pågældende løsninger ikke gør det muligt at klonе Microsofts produkter eller nogle af deres egenskaber. Den fastslår blot i de nævnte betragtninger, at løsningerne »tilvejebringer en lavere grad af interoperabilitet med de dominerende Microsoft-produkter (en ringere evne til at gøre brug af disse produkters funktioner) end den, Microsofts produkter sikrer«. Det, det drejer sig om, er evnen til at »arbejde sammen med« Windows-miljøet.

147 Desuden fremgår det klart af betragtning 568-572, 740 og 749-763 til den anfægtede beslutning, at denne kun tager sigte på fremlæggelse af grænsefladespecifikationer. Microsoft har ikke i fornøden udstrækning underbygget sin påstand om, at tredje-mand ved at have adgang til bestemte specifikationer for selskabets kommunikationsprotokoller kan foretage reverse engineering af andre dele af Windows-serveroperativsystemet, hvori der anvendes Active Directory.

148 Under retsmødet bestred Kommissionen, at der er grundlag for Microsofts påstande vedrørende multimaster-replikationsmekanismen. Den bekræftede, at den anfægtede beslutning bl.a. tager sigte på, at servere, hvorpå der anvendes et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, kan indgå i en »blå boble«, som består af servere, hvorpå der er installeret et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere, og at den i den anfægtede beslutnings artikel 5 fastsatte forpligtelse til at fremlægge oplysninger følgelig også omfatter oplysninger om den kommunikation, der finder sted mellem serverne inden for den »blå boble«.

Kommissionen afviste imidlertid Microsofts påstand om, at dette mål kun kan nås ved at give adgang til de indre mekanismer i selskabets produkter.

149 SIIA har fremhævet den afgørende rolle, interoperabilitet spiller inden for software-sektoren. Sammenslutningen finder, at det er ubestrideligt, at forbrugerne tillægger det stor betydning, at computerprogrammer kan fungere sammen med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er, som har en monopolagtig stilling. Under normale konkurrenceforhold er det i høj grad i softwareproducenternes interesse at fremme interoperabilitet mellem deres og deres konkurrenters produkter og at fremlægge interoperabilitetsoplysninger. Det gør det muligt for dem at konkurrere på grundlag af »normale« parametre såsom produkternes pris og sikkerhed, den hastighed, hvormed data behandles, og innovative funktionaliteter. Microsoft udnytter derimod sin monopolagtige stilling på visse markeder som »løftestang« (leveraging) på tilgrænsende markeder. Nærmere bestemt begrænser Microsoft sine konkurrenters evne til at opnå interoperabilitet med selskabets monopolagtigt stillede produkter ved ikke at overholde standardprotokollerne inden for sektoren, nemlig ved først at foretage »mindre (og overflødige) tilføjelser« til disse og derpå at nægte at give konkurrenterne oplysninger om de pågældende »udvidede protokoller«.

150 Desuden har SIIA bestridt Microsofts påstand om, at den anfægtede beslutning tager sigte på at gøre det muligt for Microsofts konkurrenter at udvikle operativsystemer til servere, der i enhver henseende fungerer som et Windows-serveroperativsystem. Formålet med den anfægtede beslutning er ifølge SIIA at gøre det muligt for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, at interopere med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og arbejdsgruppeservere på samme måde som Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

## Rettens bemærkninger

- 151 Microsoft har med de forskellige argumenter, der gengives i præmis 118-135 ovenfor, rejst to centrale spørgsmål, der dels drejer sig om den grad af interoperabilitet, Kommissionen har krævet i det foreliggende tilfælde, dels rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning, som er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5.
- 152 De to spørgsmål er snævert forbundne i den forstand, at den afhjælpende foranstaltning — således som det bl.a. fremgår af betragtning 998 til den anfægtede beslutning — har til formål at pålægge Microsoft at fremlægge, hvad Kommissionen foreholder selskabet retsstridigt at have afslået at fremlægge, og at fremlægge dette for både Sun og Microsofts øvrige konkurrenter. Rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning må derfor fastslås på baggrund af det misbrug, som foreholdes Microsoft, og som hænger sammen med den grad af interoperabilitet, Kommissionen har for øje i den anfægtede beslutning.
- 153 Inden der tages stilling til de nævnte spørgsmål, skal der gives en sammenfatning af en række faktuelle og tekniske konstateringer, der foretages i den anfægtede beslutning. Kommissionen undersøgte nemlig først navnlig Windowsbaserede arbejdsgruppenetværks opbygning og forbindelserne mellem de forskellige operativsystemer inden for disse netværk, før den tog stilling til, hvilken grad af interoperabilitet der kræves i det foreliggende tilfælde, og fastslog, at det er nødvendigt at have adgang til interoperabilitetsoplysninger. Det skal også først fastslås, af hvilken art de oplysninger er, den anfægtede beslutning tager sigte på.

## — Faktuelle og tekniske konstateringer

- 154 Kommissionen fremsætter i betragtning 21-59, 67-106 og 144-184 til den anfægtede beslutning en række faktuelle og tekniske konstateringer vedrørende de relevante produkter og teknologier.

155 Det bemærkes indledningsvis, at Microsoft i det væsentlige ikke har anfægtet disse bemærkninger. De bygger da også i vid udstrækning på udtalelser, Microsoft fremsatte under den administrative procedure, bl.a. i selskabets svar på de tre meddelelser af klagepunkter, og på dokumenter og rapporter offentliggjort på dets hjemmeside. Desuden blev konstateringerne bekræftet af de tekniske redegørelser, parternes sagkyndige (bl.a. Microsofts sagkyndige) gav under retsmødet.

156 For det første gengiver Kommissionen — efter at have anført, at teknikere anvender udtrykket »interoperabilitet« i forskellige forbindelser, og at det kan fortolkes på forskellig måde — indledningsvis 10., 11. og 12. betragtning til direktiv 91/250 (betragtning 32 til den anfægtede beslutning).

157 De nævnte betragtninger har følgende ordlyd:

»Edb-programmets funktion er at kommunikere og arbejde sammen med andre komponenter i et edb-system og med brugere, og med henblik herpå er en logisk og i givet fald en fysisk sammenkobling og interaktion nødvendig, for at alle programmel- og maskindelene kan arbejde sammen med andet programmel og maskinel samt med brugerne, på den måde det er hensigten, det skal fungere.

De dele af et edb-program, som tilvejebringer denne sammenkobling og interaktion mellem komponenterne i et system, benævnes normalt »grænseflader«.

Denne funktionelle sammenkobling og interaktion benævnes normalt »interoperabilitet«; driftskompatibilitet kan defineres som evnen til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data [...]«

158 Dernæst anfører Kommissionen, at Microsoft har kritiseret den for i det foreliggende tilfælde at have anvendt et interoperabilitetsbegreb, som er mere vidtgående end det, der anvendes i direktiv 91/250. Microsoft og Kommissionen er dog ifølge Kommissionen enige om, at »interoperabilitet er et spørgsmål om grad, og at forskellige softwareprodukter inden for et system »interopererer« (i det mindste delvis), når de kan udveksle oplysninger og gensidigt gøre brug af de udvekslede data« (betragtning 33 til den anfægtede beslutning).

159 For det andet bemærker Kommissionen, at computere i virksomheder og organisationer i dag stadig hyppigere fungerer i forbindelse med andre computere inden for et netværk. Alt efter den specifikke opgave, der skal løses, anvender brugerne af klient-pc'er ikke kun deres egen pc's ressourcer, men også de ressourcer, der stilles til rådighed af forskellige former for kraftigere »flerbruger«-computere, dvs. servere, hvortil brugerne har indirekte adgang gennem deres klient-pc (betragtning 47 til den anfægtede beslutning). For at sikre let og effektiv adgang til netværkets forskellige ressourcer skal applikationerne være fordelt på flere computere, som hver især huser forskellige komponenter, der »interopererer« med hinanden, og de computere, der er forbundet med hinanden inden for netværket, skal indgå i et sammenhængende »distribueret computersystem« (betragtning 48 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører endelig, at »et sådant distribueret system ideelt betragtet gør kompleksiteten i den underliggende hardware og software »transparent« (dvs. usynlig) for såvel brugeren som de distribuerede applikationer, således at det er let for dem at finde vej gennem denne kompleksitet og få adgang til databehandlingsressourcerne« (betragtning 48 til den anfægtede beslutning).

160 For det tredje fremhæver Kommissionen, at den foreliggende sag navnlig drejer sig om arbejdsgruppetjenester, dvs. de grundlæggende infrastrukturtjenester, kontorfunktionærer anvender i deres daglige arbejde (betragtning 53 til den anfægtede beslutning). Kommissionen henviser nærmere til følgende tre former for tjenester: for det første deling af filer lagret på servere, for det andet deling af printere og for det tredje administration af brugere og brugergrupper. Sidstnævnte form for tjenester består navnlig i at sørge for sikker adgang til og sikker benyttelse af netværkets ressourcer, hvilket nærmere bestemt sker ved, at brugerne først autentificeres, hvorefter det kontrolleres, at de har tilladelse til at udføre en given handling (betragtning 54 til den anfægtede beslutning).

161 Disse forskellige tjenester er desuden tæt forbundet med hinanden og kan derfor i vid udstrækning betragtes som »én samlet tjeneste«, men set fra to forskellige synsvinkler, nemlig dels brugerens (fil- og udskriftstjenester), dels netværksadministratorens (tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper) (betragtning 56 og 176 til den anfægtede beslutning). Skønt Microsoft i sin argumentation vedrørende spørgsmålet om udelukkelse af konkurrencen har gjort gældende, at Kommissionen ved kun at medtage ovennævnte tre former for tjenester har lagt en »kunstigt snæver« definition af det relevante produktmarked til grund (jf. præmis 443-449 nedenfor), har Microsoft ikke bestridt, at der er sådanne forbindelser mellem de nævnte tjenester.

162 På baggrund af ovennævnte faktorer definerer Kommissionen »operativsystemer til arbejdsgruppeservere« som operativsystemer, der er udformet, og som markedsføres, med henblik på kollektivt at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper til et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er koblet til et mindre eller mellemstort netværk (betragtning 53 og 345). I sådanne systemer anvendes der i vid udstrækning bibliotekstjenesteteknologier for at sikre effektiv lagring af og søgning af oplysninger om brugere og brugergrupper (betragtning 55 til den anfægtede beslutning).

- 163 For det fjerde undersøger Kommissionen, hvordan der opnås interoperabilitet inden for Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk (betragtning 144-184 til den anfægtede beslutning), dvs. »gruppe[r] af klient-pc'er [hvorpå der er installeret et Windows-operativsystem til klient-pc'er] og servere [hvorpå der er installeret et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere], der er sammenkoblet i et computernetværk« (den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 7).
- 164 Kommissionen fokuserer i dette øjemed på Microsofts Windows 2000-generation af operativsystemer, idet den anfører, at de væsentligste egenskaber i disse systemer svarer til egenskaberne i de efterfølgende systemer (dvs. operativsystemerne til klient-pc'er Windows Home Edition og Windows XP Professional og serveroperativsystemet Windows 2003 Server) (fodnote 182 til den anfægtede beslutning).
- 165 Kommissionen fremsætter for det første en række betragtninger om tjenesterne vedrørende administration af brugere og brugergrupper (betragtning 145-157 til den anfægtede beslutning). Den anfører, at »Windows-domæner« i Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk spiller en central rolle i forbindelse med leveringen af sådanne tjenester og betegner domænerne som »administrative enheder«, hvorigennem Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere administrerer klient-pc'erne og arbejdsgruppeserverne (betragtning 145 og 146 til den anfægtede beslutning). Hver enkelt »ressource« (computer, printer, bruger, applikation osv.) i et Windows-domæne har en »domænekonto«, der definerer ressourcens identitet over for domænet som helhed, og der kræves kun ét logon pr. bruger inden for domænet, hvorfor en bruger efter at have logget sig på én domæneressource (normalt den pågældendes klient-pc) vil blive »genkendt« af alle domænets øvrige ressourcer og ikke behøver at indtaste sit navn og sin adgangskode igen (betragtning 146 til den anfægtede beslutning).
- 166 Kommissionen fremhæver betydningen af den rolle, de servere, der betegnes »domænecontrollere«, spiller inden for Windows-domænerne i modsætning til de

øvrige servere, de såkaldte »medlemsservere« (betragtning 147 til den anfægtede beslutning). Domænecontrollere har til opgave at lagre domænekonti og dermed forbundne oplysninger. De fungerer med andre ord som Windows-domænets »omstillingsbord« (betragtning 147 til den anfægtede beslutning).

167 Kommissionen understreger navnlig Active Directorys centrale rolle og de forandringer i forhold til de foregående Windows-serveroperativsystemer — dvs. Windows NT-generationens systemer — indførelsen af denne »fuldt udviklede bibliotekstjeneste« i Windows 2000 Server-operativsystemet har medført af den måde, hvorpå domænecontrollerne er forbundet med hinanden i Windows 2000-domæner (betragtning 149 til den anfægtede beslutning).

168 I Windows NT 4.0-operativsystemet indgik der primære domænecontrollere og backup-domænecontrollere. I dette system kunne ændringer i domænekonti kun foretages gennem den primære domænecontroller, hvorefter ændringerne periodisk og automatisk blev overført til alle backup-domænecontrollerne. I et Windows 2000-domæne fungerer alle domænecontrollerne derimod som »peers« (sideordnede), hvorfor ændringer i domænekonti kan foretages på en hvilken som helst af dem, idet ændringerne automatisk overføres til de øvrige domænecontrollere (betragtning 150 til den anfægtede beslutning). Disse operationer udføres ved hjælp af en række synkroniseringsprotokoller, som er forskellige fra dem, der blev anvendt i Windows NT 4.0-operativsystemet.

169 En anden ny egenskab ved Windows 2000-domænerne er, at de kan organiseres hierarkisk i form af »træer« af Windows 2000-domæner, som er forbundet med hinanden gennem automatisk etablerede »trusts« (tillidsforhold), og flere »træer« kan gennem trusts være forbundet med hinanden i en »skov« (betragtning 151 til

den anfægtede beslutning). Windows 2000-domænecontrollere kan endvidere fungere som »globale katalogservere«, hvilket vil sige, at de ikke kun opbevarer oplysninger om de domæner, de kontrollerer, men også en »sammenfatning« af alle de ressourcer, som er til rådighed i »skoven«, det såkaldte »Global Catalog«. Oplysningerne i Global Catalog ajourføres ved hjælp af forskellige protokoller.

- 170 Kommissionen forklarer videre, at overgangen fra Windows NT- til Windows 2000-teknologien ligeledes har medført ændringer i Windowsbaserede arbejdsgruppenetværks sikkerhedsarkitektur (betragtning 152-154 til den anfægtede beslutning). I Windows 2000-domæner bygger autentificering ikke længere på protokollen NTLM (NT LAN Manager), men på protokollen Kerberos, hvilket medfører en række fordele med hensyn til forbindelsernes hastighed, den fælles autentificering og administrationen af trusts. Det »nøgledistributionscenter« (Key Distribution Centre), som anvendes i Kerberos-protokollen, er »integreret i andre Windows 2000-sikkerhedstjenester, der afvikles på domænecontrolleren, og anvender domænets Active Directory som database for sikkerhedskonti« (betragtning 153 til den anfægtede beslutning). Imidlertid er den Kerberos-protokol, der er implementeret i operativsystemerne Windows 2000 Professional og Windows 2000 Server, ikke den af Massachusetts Institute of Technology (MIT) udviklede standardversion, men en version, der er »udvidet« af Microsoft (betragtning 153 og 154 til den anfægtede beslutning).

- 171 Endelig anfører Kommissionen, at en af de andre forandringer, overgangen fra Windows NT-teknologien til Windows 2000-teknologien og Active Directory har medført, er, at en række funktioner nu er integreret i både Windows 2000 Professional-operativsystemet og Windows 2000 Server-operativsystemet, således at det er blevet lettere at administrere Windowsbaserede klient-pc'er i Windows-domæner (betragtning 155-157 til den anfægtede beslutning). Kommissionen nævner, at de pågældende funktioner — den henviser navnlig til »Group Policy« og »Intelli-mirror« — er »væsentligt forbedret« eller ligefrem kun til rådighed i et Windows 2000-domæne, som administreres fra en Windows 2000-domænecontroller,

hvori der anvendes Active Directory (betragtning 156 til den anfægtede beslutning). Kommissionen bemærker, at Microsoft har oplyst, at »[Group Policy] var en Windows 2000-funktion [...] der gjorde det muligt for administratorerne at administrere grupper af brugere, computere, applikationer og andre ressourcer i netværket centralt i stedet for individuelt«. Grupper kan være defineret lokalt over for en given computer eller over for hele Windows-domænet. Intellimirror, som kun er til rådighed i et Windows 2000-domæne, gør det muligt for brugerne at disponere over deres eget »arbejds miljø« (data, programmer osv.) med deres personlige indstillinger, uanset om de er koblet til netværket eller ej, og uanset hvor de befinder sig i netværket (betragtning 157 til den anfægtede beslutning).

172 For det andet fremsætter Kommissionen en række betragtninger om fil- og udskriftstjenesterne (betragtning 158-164 til den anfægtede beslutning).

173 Den anfører, at moderne operativsystemer til arbejdsgruppeservere har kapacitet til »distribuerede filsystemer«, og at Microsoft mod slutningen af 1990'erne bragte et sådant system på markedet under navnet »Dfs« (Distributed File System) i form af et tillægsprodukt, der kunne installeres på Windows NT 4.0-baserede klient-pc'er og servere. Windows 2000 udgør den første generation af Microsoft-produkter, der understøtter Dfs-systemet direkte på såvel klient-pc'erne som arbejdsgruppeserverne (betragtning 161-163 til den anfægtede beslutning).

174 I Windows 2000 kan Dfs installeres i enten »enkeltstående« eller »domænebaseret« opsætning, men sidstnævnte opsætning, som giver en række fordele i form af »intelligent« søgning efter Dfs-data på klient-pc'erne, er kun til rådighed i Windows-domæner og styrkes af, at der anvendes domænecontrollere, hvori der benyttes Active Directory (betragtning 164 til den anfægtede beslutning).

175 For det tredje anfører Kommissionen, at Microsoft har udviklet sit eget kompleks af teknologier til systemer, der bygger på distribuerede objekter; det omfatter teknologierne COM (Component Object Model) og DCOM (Distributed Component Object Model) (betragtning 166 til den anfægtede beslutning). De to teknologier er tæt forbundet med hinanden, og COM, der er implementeret i såvel Windows-operativsystemerne til klient-pc'er som Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, sammenknytter de to operativsystemer, således at de udgør en sammenhængende platform for distribuerede teknologier (betragtning 166 til den anfægtede beslutning). Kommissionen gør opmærksom på, at Microsoft i sit svar på den tredje meddelelse af klagepunkter anførte, at »COM er af grundlæggende betydning for Windows-operativsystemernes arkitektur, og [at] en lang række grænseflader i Windows [således bygger på] COM« (betragtning 167 til den anfægtede beslutning). Navnlig benyttes COM/DCOM i forbindelse med en lang række interaktioner mellem klient-pc'erne og Active Directory på Windowsbaserede arbejdsgruppeservere. Endvidere anvendes DCOM-protokollen i de klient-server-kommunikationer, hvorigennem Windowsbaserede servere leverer autentificerings- eller filtjenester til Windowsbaserede klient-pc'er (betragtning 167 til den anfægtede beslutning).

176 For det fjerde bemærker Kommissionen, at Microsoft på forskellig måde tilskynder såvel kunder som softwareudviklere til at foretage »naturlig migration« fra Windows NT- til Windows 2000-operativsystemerne (betragtning 168-175 til den anfægtede beslutning).

177 I et Windows-domæne kan computere, hvorpå der er installeret en tidligere Windowsversion, således »opgraderes« ved, at computerne »migrerer« til Windows 2000 uden at anvende Active Directory. Kunderne vil imidlertid kun kunne drage fuld nytte af opgraderingen, hvis de installerer et Windows 2000-domæne, hvori der anvendes Active Directory i »native mode«, hvilket forudsætter, at alle det pågældende domænes domænecontrollere »migrerer« til Windows 2000 og Active Directory. Ligeledes skal de arbejdsgruppeservere, der ikke fungerer som domænecontrollere, være kompatible med Windows 2000 (hvilket bl.a. forudsætter, at de implementerer Kerberos-protokollen i den af Microsoft udvidede version). Når et Windows 2000-domæne er installeret i »mixed mode« (dvs. at den primære

domænecontroller er »migreret« til Windows 2000, mens nogle af backup-domænecontrollerne stadig er baseret på Windows NT), kan brugeren ikke drage nytte af alle domænets avancerede funktioner. Bl.a. må han give afkald på størstedelen af den yderligere fleksibilitet, Active Directory tilfører administrationen af brugergrupper. Når brugeren har ladet sin primære domænecontroller skifte til »native mode«, kan han ikke længere anvende en server som domænecontroller, der kun kan interoperere med Windows NT 4.0-generationen af Microsofts produkter (herunder arbejdsgruppeservere, hvorpå der anvendes et andet system end Microsofts systemer).

178 Kommissionen bemærker, at Microsoft ihærdigt tilskynder softwareudviklerne til at anvende de nye funktionaliteter i Windows 2000-operativsystemerne, navnlig Active Directory, bl.a. ved hjælp af de certificeringsprogrammer, Microsoft har indført (betragtning 171-175 til den anfægtede beslutning).

179 For det femte drager Kommissionen en række konklusioner (betragtning 176-184 i den anfægtede beslutning).

180 Indledningsvis gentager den, at fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper leveres til brugerne af Windowsbase-rede klient-pc'er som »en række indbyrdes forbundne tjenester«. Til belysning heraf anfører den, at »klient-server-protokollen SMB (Server Message Block), der ligger til grund for [Dfs] og [DCOM], LDAP-autentificering [...] alle automatisk benytter [Microsofts] Kerberos-protokol til autentificering« (betragtning 176 til den anfægtede beslutning). Ud over autentificeringen afhænger også autorisationsprocessen af, at det er muligt at oprette, ændre og fortolke »adgangskontrollister« (ACL), hvilket

forudsætter kommunikation med domænets domænecontrollere (betragtning 176 til den anfægtede beslutning).

181 Kommissionen anfører videre, at Windowsbaserede arbejdsgruppeservere anvender bestemte dele af programkoden i Windows-operativsystemet til klient-pc'er for at kunne levere deres tjenester til brugerne af klient-pc'er på »transparent« måde (betragtning 177 til den anfægtede beslutning). Kommissionen bemærker i den forbindelse bl.a., at Microsoft har oplyst, at »Dfs indeholder en lokal komponent, som vil være aktiv, selv hvis en klient-pc, hvorpå der anvendes Windows 2000 Professional, arbejder i enkeltstående opsætning«, og at »Windows 2000 Professional indeholder kundekode, der kan anvendes til at få adgang til Active Directory« (betragtning 177 til den anfægtede beslutning). Med et citat af forfatteren til bogen »Understanding Active Directory Services«, som er udgivet af Microsoft Press, anfører Kommissionen endvidere, at »Active Directory er fuldstændigt — ofte usynligt — integreret i [den Windowsbaserede klient-pc]« (betragtning 177 til den anfægtede beslutning).

182 Kommissionen understreger imidlertid, at den sammenkobling og interaktion, der formidles ved hjælp af kildekoden i Windows 2000 Professional-operativsystemet, ikke udelukkende skal opfattes som en forbindelse, der gør det muligt for en bestemt Windowsbaseret arbejdsgruppesserver at kommunikere med en bestemt Windowsbaseret klient-pc. Det er mere korrekt at beskrive denne sammenkobling og interaktion som interoperabiliteten inden for et computersystem, der omfatter et antal Windowsbaserede klient-pc'er og et antal Windowsbaserede arbejdsgruppesservere, som er koblet sammen i et netværk. Interoperabiliteten i et sådant computersystem har således to uadskillelige aspekter, nemlig klient-server-interoperabiliteten og server-server-interoperabiliteten (betragtning 178 til den anfægtede beslutning).

183 Desuden er der ofte »symmetri mellem sammenkoblingen af og interaktionen mellem servere og sammenkoblingen af og interaktionen mellem klienter og servere« (betragtning 179 til den anfægtede beslutning). Kommissionen nævner som eksempel, at der for at håndtere adgangen til Active Directory-domænecontrollere er implementeret den samme »applikationsprogrammeringsgrænseflade« (API), nemlig »ADSI« (Active Directory Service Interface), i både Windows 2000 Professional og Windows 2000 Server. Som endnu et eksempel anfører Kommissionen, at Kerberos-protokollen, som udvidet af Microsoft, anvendes til autentificering mellem såvel en Windowsbaseret klient-pc og en Windowsbaseret arbejdsgruppeserver som mellem flere Windowsbaserede arbejdsgruppeservere.

184 Kommissionen anfører ligeledes, at »servere under visse omstændigheder kan rette forespørgsler til andre servere på vegne af en klient-pc« (betragtning 180 til den anfægtede beslutning). Som eksempel nævner den bl.a. »Kerberos-delegering«, som er en funktionalitet i Windows 2000 Server-operativsystemet, der gør det muligt for en server at anmode en anden server om en tjeneste på vegne af en klient-pc ved at benytte dennes identitet. Servere retter ofte forespørgsler til andre servere og optræder derfor som klient-pc'er (jf. ligeledes fodnote 51 til den anfægtede beslutning).

185 Endelig nævner Kommissionen, at nogle klient-server-kommunikationer finder sted under forudsætning af, at visse server-server-kommunikationer har fundet sted forinden. Når en Windows 2000 Professional-baseret klient-pc retter en forespørgsel til domænecontrolleren i et Windows 2000-domæne, vil klient-pc'en således forvente, at »en vis forberedende koordinering har fundet sted mellem de Windows 2000 Professional Server-baserede servere« (betragtning 181 til den anfægtede beslutning). Dette indebærer ifølge Kommissionen »eksempelvis både, at domænecontrollerne opbevarer en fuldstændig kopi af de i Active Directory lagrede data, som ajourføres ved hjælp af synkroniseringsprotokoller, og at Global Catalog-serverne kan lagre oplysninger om computere i skoven, der befinder sig uden for deres domæne, hvilket muliggøres af en række protokoller, som er knyttet til Global Catalog« (betragtning 181 til den anfægtede beslutning). I en sådan situation er der en »logisk forbin-

delse« mellem server-server-kommunikationen og klient-server-kommunikationen, eftersom førstnævnte kommunikation sker som forberedelse til sidstnævnte.

186 Det følger af det foranstående som helhed — som Microsoft i det væsentlige ikke har anfægtet, og hvis rigtighed i det store og hele bekræftedes af de tekniske redegørelser, der blev givet under retsmødet — at Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk, således som Kommissionen med rette anfører i betragtning 182 til den anfægtede beslutning, bygger på en arkitektur af forbindelser og interaktioner mellem dels klienter og servere, dels servere og servere, og at denne arkitektur — som Kommissionen benævner »Windows-domænearkitekturen« — sikrer »transparent adgang« til arbejdsgruppeservernes vigtigste tjenester.

187 Det fremgår ligeledes af det foranstående, at der er tæt forbindelse mellem denne sammenkobling og denne interaktion, således som det gentagne gange fastslås i den anfægtede beslutning (jf. f.eks. betragtning 279 og 689).

188 Windowsbaserede arbejdsgruppenetværks funktion bygger med andre ord både på klient-server-kommunikationsprotokoller — som naturligvis er implementeret i både Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere — og server-server-kommunikationsprotokoller. Således som Kommissionen forklarede under retsmødet, fremstår server-server-kommunikationsprotokollerne for mange opgavers vedkommende som »udvidelser« af klient-server-kommunikationsprotokollerne. En server optræder i nogle tilfælde som en klient-pc over for en anden server (jf. præmis 184 ovenfor). På samme måde må det fastslås, at selv om nogle kommunikationsprotokoller kun er implementeret

i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, er de set fra en funktionel synsvinkel knyttet til klient-pc'erne. Kommissionen har i den forbindelse — uimod-sagt af Microsoft — henvist til Global Catalog-protokollerne og de protokoller, der anvendes ved synkronisering og replikation mellem domænecontrollere.

- 189 Det må derfor anses for helt korrekt, når Kommissionen drager den konklusion, at »den fælles evne til at være en del af [Windows-domænearkitekturen] udgør et element af kompatibilitet mellem Windowsbaserede klient-pc'er og Windowsbaserede arbejdsgruppeservere« (betragtning 182 til den anfægtede beslutning).
- 190 Endelig skal det fremhæves, hvor væsentlig en rolle bibliotekstjenester spiller på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Microsoft har selv i replikken bemærket, at »bibliotekstjenesten« på markedet »er en afgørende konkurrenceparameter, som i vid udstrækning er ansvarlig for bestemte produkters succes«. Microsoft har understreget, at »Active Directory [...] spiller en central rolle i Windows-serveroperativsystemerne«, efter først at have bemærket, at det »i relation til såvel fil- og udskriftstjenesterne som tjenesterne vedrørende administration af brugere og brugergrupper [...] er vigtigt nøjagtigt at vide, hvilke brugere der har ret til at få adgang til hvilke netværksressourcer«.
- 191 Active Directory registrerer alle oplysninger om netværksobjekterne og gør det muligt at administrere oplysningerne centralt. Active Directory tilvejebringer fuld integration af brugerautentificerings- og adgangskontrolfunktionaliteterne og garanterer dermed oplysningernes sikkerhed. Endvidere gør Active Directory brug af multimaster-replikationsmekanismen.

— Karakteren af de oplysninger, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning

<sup>192</sup> Den første retsstridige adfærd, der foreholdes Microsoft, består i, at selskabet fra oktober 1998 til tidspunktet for meddelelsen af den anfægtede beslutning har afslået at meddele sine konkurrenter interoperabilitetsoplysninger og at tillade, at disse oplysninger blev anvendt til at udvikle og distribuere produkter, der konkurrerer med Microsofts, på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere [den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a)].

<sup>193</sup> Som en foranstaltning, der skal råde bod på det angivelige afslag, pålægger Kommissionen [i den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a)], navnlig Microsoft følgende:

»Microsoft [...] skal senest 120 dage efter meddelelsen af [den anfægtede beslutning] fremlægge interoperabilitetsoplysninger for enhver virksomhed, der ønsker at udvikle og distribuere operativsystemer til arbejdsgruppeservere, og på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår tillade de pågældende virksomheder at anvende interoperabilitetsoplysningerne til at udvikle og distribuere operativsystemer til arbejdsgruppeservere.«

<sup>194</sup> Det skal gentages, hvorledes Kommissionen definerer og forstår de væsentligste relevante begreber i den foreliggende sag.

<sup>195</sup> I den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 1, definerer den »interoperabilitetsoplysninger« som »de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige de protokoller [der er implementeret] i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, og som Windowsbaserede arbejdsgruppeservere anvender til at levere

fil- og udskriftstjenester samt bruger- og gruppeadministrationstjenester, herunder Windows-domænecontrollertjenester, Active Directory-tjenester og »Group Policy«-tjenester, til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk«.

196 »Protokoller« definerer Kommissionen som regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskelligt software inden for et netværk (betragtning 49 til den anfægtede beslutning). De protokoller, som er omhandlet i den foreliggende sag, defineres som »et sæt regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskellige kopier af Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere og Windows-operativsystemer til klient-pc'er, som er installeret på forskellige computere i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk« (den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 2).

197 Retten bemærker, at Microsoft ikke har anfægtet Kommissionens definition af begrebet »protokoller«. Tværtimod anfører Microsoft selv i sin beskrivelse af protokoller i stævningen, at protokoller gør det muligt for »computere, der er koblet sammen i et netværk, at udveksle oplysninger med henblik på at løse på forhånd definerede opgaver«. Microsoft skelner ganske vist i en rapport udarbejdet af en af selskabets sagkyndige, Stuart Madnick, der er bilagt Microsofts bemærkninger til interventionsindlæggene, mellem to kategorier af kommunikationsprotokoller, nemlig »simple« og »komplekse«, og betegner DRS-protokollen som tilhørende sidstnævnte kategori (bilag I.3 (Madnick, »Response to Mr. Ronald S. Alepin's Annex on Interoperability and the FSFE's Submission«)). Microsoft ønsker dog ikke ved denne sondring at anfægte førnævnte definition, men kun at fastslå, at komplekse protokoller styrer interaktionen mellem forskellige sammenlignelige elementer i et netværk, som i tæt samordning med hinanden leverer en fælles tjeneste, og at komplekse protokoller »røber« langt mere detaljerede, og mere værdifulde, oplysninger end simple protokoller.

- 198 Begrebet »specifikationer« defineres ikke i den anfægtede beslutnings dispositive del. Det er imidlertid ubestridt — og desuden i overensstemmelse med den måde, hvorpå begrebet almindeligvis forstås inden for it-branchen — at specifikationer er en form for udførlig teknisk dokumentation.
- 199 Kommissionen understreger i betragtning 24 til den anfægtede beslutning, at der skal sondres mellem begrebet »specifikationer« og begrebet »implementering«, på den måde at »[e]n specifikation i detaljer beskriver, hvad et softwareprodukt skal udføre, hvorimod implementeringen udgøres af den kode, der rent faktisk skal afvikles på computeren« (jf. i samme retning betragtning 570 til den anfægtede beslutning). Specifikationer beskriver med andre ord de grænseflader, ved hjælp af hvilke en komponent i et edb-system kan anvende en anden komponent i det samme system. Især beskriver de, på en meget abstrakt måde, hvilke funktionaliteter der er til rådighed, og hvilke regler der gør det muligt at »kontakte« og gøre brug af funktionaliteterne.
- 200 I betragtning 571 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at det er muligt at fremlægge grænsefladespecifikationer uden at afsløre detaljer om implementeringen. Ifølge Kommissionen sker dette som en almindelig praksis inden for it-sektoren, især når der vedtages åbne interoperabilitetsstandarder (jf. hvad dette angår betragtning 34 til den anfægtede beslutning). SIIA har i sit interventionsindlæg fremsat tilsvarende argumenter.
- 201 Rigtigheden af disse konstateringer bekræftes af flere faktorer. Dels underbygges det af en række eksempler — som Microsoft ikke har bestridt — i den anfægtede beslutning, at den praksis, Kommissionen har påberåbt sig, eksisterer, idet der henvises til specifikationerne for »POSIX 1« (betragtning 42 og 88,) specifikationerne for »JAVA« (betragtning 43), specifikationerne for protokollen Kerberos, version 5 (betragtning 153), specifikationerne for den af Sun udviklede protokol NFS (Network File System) (betragtning 159) og specifikationerne for det af Object Management

Group udarbejdede system »CORBA« (betragtning 165). Dels får licenshaverne inden for rammerne af MCPP-programmet, der blev etableret i medfør af det amerikanske forlig, ikke adgang til dele af Microsofts kildekode, men til specifikationerne for de pågældende protokoller, således som Kommissionen anfører i betragtning 571 til den anfægtede beslutning.

202 Endvidere har Microsoft kun bestridt ovennævnte sondring mellem begreberne »specifikationer« og »implementering« på en meget indirekte måde, idet Microsoft blot, i fodnote 74 til stævningen, har henvist generelt til en udtalelse af selskabets sagkyndige, Madnick og Nichols, som blev fremsendt til Kommissionen under den administrative procedure, og som er bilagt stævningen (bilag A.12.2 til stævningen). Retten kan af de i præmis 94 og 97 ovenfor angivne grunde ikke tage hensyn til denne udtalelse. Desuden bygger argumentationen i udtalelsen under alle omstændigheder i vidt omfang på en forkert præmis, nemlig at den grad af interoperabilitet, Kommissionen forudsætter i det foreliggende tilfælde, indebærer, at Microsofts konkurrenter skal kunne reproducere eller »klone« selskabets produkter eller nogle af deres funktionaliteter (jf. præmis 234-239 nedenfor).

203 Det må ydermere konstateres, at Kommissionen i den anfægtede beslutning udtrykkeligt anfører, at det retsstridige afslag, der foreholdes Microsoft, kun vedrører specifikationerne for bestemte protokoller, ikke dele af kildekoden (jf. bl.a. betragtning 568-572 til den anfægtede beslutning).

204 På samme måde gentager Kommissionen flere gange, at den ikke ønsker at pålægge Microsoft at fremlægge sådanne dele af protokollernes kildekode for konkurrenterne. I betragtning 999 til den anfægtede beslutning præciserer den således, at »udtrykket »specifikationer« gør det klart, at Microsoft ikke er forpligtet til at give adgang til sin egen implementering af specifikationerne, dvs. sin egen kildekode«. Ligeledes anfører den i betragtning 1004 til den anfægtede beslutning, at denne »ikke har til formål at pålægge Microsoft at give adgang til Windows' kildekode, eftersom denne kildekode

ikke er nødvendig for at udarbejde interoperable produkter«. Kommissionen anfører i samme betragtning, at »pålægget om at fremlægge interoperabilitetsoplysninger kun omfatter grænsefladespecifikationerne«.

205 I en udtalelse med titlen »Innovation in Communication Protocols that Microsoft is ordered to license to its server operating system competitors« (Det innovative ved de kommunikationsprotokoller, Microsoft pålægges at give sine konkurrenter [på markedet for] serveroperativsystemer licens til), der er vedlagt replikken som bilag C.4, sonderer en af Microsofts sagkyndige, Lees, selv mellem »de protokoller, der anvendes til kommunikation mellem servere, og de algoritmer/beslutningsregler, der anvendes internt på den enkelte server«, og bemærker derefter, at det er protokollerne, der skal fremlægges i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 5. Lees fokuserer i sin udtalelse navnlig på protokollen DRS, der bruges til multimaster-replikationsmekanismen, og anfører, at denne er en af de mange kommunikationsprotokoller, Microsoft skal give sine konkurrenter adgang til i medfør af den anfægtede beslutning.

206 De oplysninger, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning, udgør følgelig en detaljeret teknisk beskrivelse af en række regler for sammenkobling og interaktion, der anvendes i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk til levering af arbejdsgruppe-tjenester. Denne beskrivelse omfatter ikke den måde, hvorpå Microsoft implementerer de pågældende regler, dvs. navnlig gennemfører dem i sine produkters indre struktur eller kildekode.

— Den grad af interoperabilitet, Kommissionen kræver i den anfægtede beslutning

207 For at fastslå, om de omtvistede oplysninger er nødvendige, foretager Kommissionen et ræsonnement i to trin. Først undersøger den, hvilken grad af interoperabilitet med

Windows-domænearkitekturen der skal præsteres af operativsystemer til arbejdsgruppesservere leveret af Microsofts konkurrenter, for at konkurrenterne bæredygtigt kan forblive på markedet. Dernæst vurderer den, om de interoperabilitetsoplysninger, Microsoft har nægtet adgang til, er nødvendige for at opnå denne grad af interoperabilitet.

208 Retten undersøger nedenfor, hvilken grad af interoperabilitet Kommissionen stiller krav om i den anfægtede beslutning. Retten tager imidlertid ikke på dette stadium stilling til, om det var med føje, at Kommissionen fandt, at Microsofts konkurrenter kun er i stand til bæredygtigt at forblive på markedet, hvis deres produkter kan præstere denne grad af interoperabilitet. Dette spørgsmål behandles, sammen med de øvrige aspekter af Kommissionens ovenfor nævnte ræsonnement, i forbindelse med undersøgelsen af, om de omhandlede oplysninger er nødvendige, således som Kommissionen har hævdet (jf. præmis 369-436 nedenfor).

209 Indledningsvis skal det kort sammenfattes, hvilke argumenter sagens hovedparter har fremsat.

210 Microsoft deler Kommissionens opfattelse, hvorefter »interoperabilitet er et spørgsmål om grad« (betragtning 33 til den anfægtede beslutning).

211 Microsoft finder imidlertid, at den af Kommissionen krævede grad af interoperabilitet er for høj, idet den er mere vidtgående end den »fulde interoperabilitet«, hvortil der henvises i direktiv 91/250. Begrebet indebærer ifølge Microsoft — som ligeledes herfor har anvendt udtrykket »flerleverandør-interoperabilitet« — kun, at operativsystemer fra forskellige udviklere skal kunne »fungere korrekt« sammen.

- 212 Mere specifikt har Microsoft gjort gældende, at Kommissionen i realiteten tilsigter, at konkurrerende serveroperativsystemer i enhver henseende fungerer som et Windows-serveroperativsystem. Microsoft har i den forbindelse benyttet udtrykkene »plug replacement«, »plug-replaceability«, »drop-in«, »funktionel ækvivalent« og »funktionel klon«. En sådan grad af interoperabilitet kan ifølge Microsoft kun opnås, hvis den tillader selskabets konkurrenter at klonе eller reproducere dets produkter (eller disses egenskaber) og giver konkurrenterne oplysninger om produkternes indre mekanismer.
- 213 Endelig har Microsoft gjort gældende, at flerleverandør-interoperabilitet kan opnås ved hjælp af de metoder, som allerede findes på markedet.
- 214 Retten bemærker, at Microsofts standpunkt, som beskrevet ovenfor, svarer til det, selskabet indtog under hele den administrative procedure.
- 215 Microsoft anførte således i sit svar af 17. november 2000 på den første meddelelse af klagepunkter, at den grad af interoperabilitet, Kommissionen angiveligt stiller krav om, ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten og ikke eksisterer på markedet. Under påberåbelse af navnlig tiende betragtning (i den engelske og den franske udgave) til direktiv 91/250, gjorde Microsoft gældende, at »en udvikler af serveroperativsystemer råder over fuld interoperabilitet, når der kan fås adgang til hans programs funktionaliteter fra et Windows-operativsystem til klient-pc'er« (punkt 143 i svaret; jf. også betragtning 751 til den anfægtede beslutning). Ifølge Microsoft definerer Kommissionen fejlagtigt interoperabilitet langt bredere, når den mener, at interoperabilitet mellem to produkter forudsætter, at samtlige funktionaliteter i de to produkter fungerer korrekt. Det svarer reelt til at kræve »plug-replaceability« eller kloning (svarets punkt 144). Microsoft har kritiseret Kommissionen for på den måde at tilslutte sig Suns standpunkt, hvorefter en Windows 2000-baseret server i

et virksomhedscomputernetværk, der består af Windowsbaserede klient-pc'er, skal kunne udskiftes med en server, hvorpå der anvendes et Solaris-operativsystem, uden at det medfører en begrænsning i de funktionaliteter, brugerne har adgang til (svarets punkt 145 og 162). Efter Microsofts opfattelse er det for at opnå fuld interoperabilitet tilstrækkeligt, at selskabet fremlægger de grænseflader i Windows-operativsystemerne til klient-pc'er, udviklerne af konkurrerende serveroperativsystemer må have adgang til for at gøre de pågældende systemers funktionaliteter tilgængelige for brugere af Windowsbaserede klient-pc'er.

216 Tilsvarende gentog Microsoft i sit svar af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter, hvori Microsoft i det væsentlige fremførte den samme argumentation som i selskabets svar på den første meddelelse af klagepunkter, at Kommissionens kritik bygger på en »fejltagtig definition af interoperabilitet« (svarets punkt 149-163). Microsoft gentog i den forbindelse, at der i direktiv 91/250 ikke kræves »plug-replaceability«, men fuld interoperabilitet, og at den fremlæggelse af oplysninger, selskabet allerede foretager, er tilstrækkelig til at opnå en sådan.

217 I sit svar af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter fremførte Microsoft i det væsentlige den samme argumentation og gentog, at Kommissionen finder, at Microsofts konkurrenter skal have adgang til alle de oplysninger, som er nødvendige for at fremstille »kopier af Windows-serveroperativsystemerne«, og at interoperabilitet for Kommissionen således svarer til kloning (s. 29-32 i svaret). Microsoft gjorde gældende, at »interoperabilitet betyder, at der er tilstrækkelige oplysninger til rådighed om grænsefladerne i Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og servere til, at konkurrenternes produkter kan fungere sammen med disse systemer på alle de måder, de konkurrerende produkter er bestemt til at fungere« (s. 29 i svaret). I samme retning anførte Microsoft, at selskabet »lige fra begyndelsen har anerkendt, at det kunne give anledning til et konkurrenceretligt problem, hvis konkurrenterne ikke havde mulighed for at udvikle serveroperativsystemer, hvis funktionaliteter er fuldt tilgængelige fra Windows-operativsystemerne til klient-pc'er« (s. 63 i svaret). Ifølge Microsoft har Kommissionen imidlertid ikke i nogen af sine tre meddelelser af klagepunkter påvist, at der består et sådant problem.

218 Kommissionen har gjort gældende, at det interoperabilitetsbegreb, der forudsættes i den anfægtede beslutning, er i overensstemmelse med det, der anvendes i direktiv 91/250. Kommissionen har navnlig forkastet Microsofts »envejsfortolkning« af begrebet.

219 Den erkender, at en vis interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen allerede er mulig, men hævder, at det fremgår af den undersøgelse, den har foretaget, at den grad af interoperabilitet, der kan opnås ved hjælp af de eksisterende metoder, er for lav til, at Microsofts konkurrenter bæredygtigt kan forblive på markedet (fodnote 712 til den anfægtede beslutning).

220 I Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk er der ifølge Kommissionen en tæt forbindelse mellem klient-server-interoperabiliteten og server-server-interoperabiliteten, og for at der kan opnås fuld interoperabilitet mellem en Windowsbaseret klient-pc og en server, hvorpå der anvendes et operativsystem, der konkurrerer med Microsofts, skal Microsoft give adgang til både klient-server-kommunikationsprotokollerne og server-server-kommunikationsprotokollerne (betragtning 177-182 og 689 til den anfægtede beslutning), herunder de »rene« server-server-protokoller, dvs. protokoller, som ikke er implementeret på klient-pc'en, men som er »funktionelt forbundet med [denne]« (betragtning 277, 567 og 690 til den anfægtede beslutning).

221 Kommissionen har bestridt, at den anfægtede beslutning tilsigter, at Microsofts konkurrenter kan udvikle produkter, der i enhver henseende fungerer som et Windows-serveroperativsystem. Beslutningen tager faktisk sigte på at gøre det muligt at »udvikle konkurrerende produkter, som fungerer anderledes, men som kan forstå de meddelelser, der sendes af de relevante Microsoft-produkter«. Microsofts konkurrenter vil derfor ikke anvende interoperabilitetsoplysningerne til at udvikle nøjagtig de samme produkter som Microsofts, men forbedrede produkter, der repræsenterer en »værdiforøgelse«.

- 222 For det første bemærker Retten, at det fremgår af det foregående, at Microsoft og Kommissionen er uenige om, hvorvidt det interoperabilitetsbegreb, der benyttes i den anfægtede beslutning, er i overensstemmelse med det interoperabilitetsbegreb, der anvendes i direktiv 91/250.
- 223 Kommissionen forklarer i betragtning 749-763 til den anfægtede beslutning udføreligt, hvorfor den finder, at Microsofts »envejsfortolkning« af begrebet er forkert.
- 224 Retten skal først og fremmest konstatere, at Microsoft i sine skriftlige indlæg ikke har fremført nogen argumenter, der kan rejse tvivl om Kommissionens vurdering hvad dette angår. Microsoft har blot under henvisning til bestemte passager i sine svar på den anden og den tredje meddelelse af klagepunkter hævdet, at »der i den anfægtede beslutning anvendes et fuldstændig anderledes interoperabilitetsbegreb end i direktiv [91/250]« (stævningens punkt 95).
- 225 Endvidere finder Retten, at det interoperabilitetsbegreb, der anvendes i den anfægtede beslutning — hvorefter interoperabilitet mellem to softwareprodukter er disses evne til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data, således at begge softwareprodukter kan fungere efter hensigten på alle påtænkte måder — er i overensstemmelse med det, der anvendes i direktiv 91/250.
- 226 Således som Kommissionen forklarer i betragtning 752-754, 759 og 760 til den anfægtede beslutning, kan der således ikke anlægges den »envejsfortolkning« af tiende betragtning til direktiv 91/250 — hverken i den engelske eller den franske udgave — som Microsoft går ind for. Når det anføres i den nævnte betragtning, at »edb-programmets funktion er at kommunikere og arbejde sammen med andre

komponenter i et edb-system«, fremgår det tværtimod klart af den — således som Kommissionen korrekt har anført i betragtning 758 til den anfægtede beslutning — at interoperabilitet indebærer en »tovejsrelation«. På samme måde defineres interoperabilitet i 12. betragtning til direktiv 91/250 som »evnen til at udveksle data og gensidigt gøre brug af de udvekslede data«.

227 Under alle omstændigheder må det bemærkes, at den foreliggende sag drejer sig om en beslutning i henhold til artikel 82 EF, dvs. en bestemmelse, der rangerer højere end direktiv 91/250. I det foreliggende tilfælde er det ikke i så høj grad spørgsmålet, om det interoperabilitetsbegreb, som beslutningen bygger på, er i overensstemmelse med det, der forudsættes i direktivet, men om Kommissionen har fastlagt den grad af interoperabilitet, der skal kunne opnås, korrekt under hensyn til målsætningerne med artikel 82 EF.

228 For det andet bemærker Retten, at Kommissionen har fastlagt graden af interoperabilitet på grundlag af, hvad der efter dens opfattelse er nødvendigt for at gøre det muligt for udviklere af operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsoft, bæredygtigt at forblive på markedet (jf. navnlig fodnote 712 og betragtning 779 til den anfægtede beslutning).

229 Det kan ikke bestrides, at denne fremgangsmåde er korrekt. Artikel 82 omfatter nemlig en eller flere virksomheders adfærd, for så vidt som denne går ud på at misbruge en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne (Domstolens dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 34). Selv om konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, er denne virksomhed dog, uafhængigt af årsagerne til

denne stilling, særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, og Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 112). Hvis det i det foreliggende tilfælde kan fastslås, at den eksisterende grad af interoperabilitet ikke gør det muligt for udviklere af operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsoft, bæredygtigt at forblive på markedet for sådanne operativsystemer, følger det heraf, at dette forhold skader opretholdelsen af en effektiv konkurrence på dette marked.

230 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ved at anvende denne fremgangsmåde og basere sig på en faktisk og teknisk undersøgelse af de relevante produkter og teknologier og af den måde, hvorpå der opnås interoperabilitet i Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk, er kommet til den konklusion, at konkurrerende operativsystemer skal kunne interoperere med Windows-domænearkitekturen på lige fod med Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, hvis de skal kunne konkurrere bæredygtigt med disse (jf. hvad dette angår bl.a. betragtning 182 og 282 til den anfægtede beslutning).

231 Den interoperabilitet, Kommissionen således har lagt til grund, har to uadskillelige bestanddele, nemlig klient-server-interoperabilitet og server-server-interoperabilitet (betragtning 177-182 og 689 til den anfægtede beslutning).

232 Kommissionen har endvidere indtaget det standpunkt, at et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts systemer, og som er installeret på en server i et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk, ikke alene skal kunne levere alle sine funktionaliteter til Windowsbaserede klient-pc'er, men også kunne bruge alle de funktionaliteter, der tilbydes af de pågældende klient-pc'er.

- 233 På grundlag af ovennævnte faktorer er det navnlig Kommissionens opfattelse, at en server, hvorpå der er installeret et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, skal kunne fungere som domænecontroller, og ikke kun som medlemsserver, i et Windows-domæne, hvori der anvendes Active Directory, og følgelig kunne deltage i multimaster-replikationsmekanismen sammen med de øvrige domænecontrollere.
- 234 I modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, finder Retten, at det ikke kan udledes af den grad af interoperabilitet, Kommissionen således har lagt til grund, at den i realiteten tilsigter, at konkurrerende serveroperativsystemer i alle henseender fungerer som et Windows-serveroperativsystem, og at Microsofts konkurrenter derfor kan klonе eller reproducere selskabets produkter eller nogle af deres egenskaber.
- 235 Microsofts påstande herom bygger på en fejlagtig fortolkning af den anfægtede beslutning.
- 236 Ifølge betragtning 1003 til den anfægtede beslutning har denne til formål at »sikre, at Microsofts konkurrenter kan udvikle produkter, der interopererer med Windows-domænearkitekturen, som understøttes direkte i det dominerende Windows-operativsystem til klient-pc'er, og derfor kan konkurrere bæredygtigt med Microsofts operativsystem til arbejdsgruppeservere«.
- 237 Således som Kommissionen mere udførligt forklarede under retsmødet, er det en forudsætning for at gennemføre dette formål, at konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan modtage en given meddelelse fra et Windows-operativsystem til klient-pc'er eller arbejdsgruppeservere og give det foreskrevne svar på

meddelelsen på de samme betingelser som et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere, og at de kan opnå, at Windows-operativsystemer til klient-pc'er eller arbejdsgruppeservere reagerer på samme måde på svaret, som hvis det hidrørte fra et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere.

238 For at sådanne operationer kan gennemføres, er det ikke nødvendigt, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, internt fungerer på nøjagtig samme måde som Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere.

239 Disse betragtninger strider ikke imod de passager i betragtning 669 og 679 til den anfægtede beslutning, hvortil Microsoft har henvist (jf. præmis 126 ovenfor). I den første passage konstaterer Kommissionen blot, at den grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen, som operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, kan opnå ved at anvende standardprotokoller, er lavere end den, Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere opnår. I den anden passage anfører Kommissionen kun, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, ikke i samme grad som Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere kan få adgang til funktionaliteterne i Windows-operativsystemer til klient-pc'er og arbejdsgruppeservere.

240 På samme måde må Microsofts påstand om, at den anfægtede beslutning tilsigter, at selskabets konkurrenter udvikler nøjagtig de samme produkter som Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, forkastes. Således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 653-658 nedenfor i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter, har Kommissionen ønsket at fjerne den hindring, som den eksisterende og utilstrækkelige grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen repræsenterer

for Microsofts konkurrenter, således at det bliver muligt for disse at tilbyde operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der adskiller sig fra Microsofts med hensyn til væsentlige parametre såsom sikkerhed, pålidelighed, databehandlingshastighed og innovative funktionaliteter.

241 Endvidere vil Microsofts konkurrenter — således som Microsoft i øvrigt selv udtrykkeligt har indrømmet i sine skriftlige indlæg (jf. f.eks. stævningens punkt 14 og 18) — ikke kunne udvikle produkter, som udgør »kloner« eller reproduktioner af Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, fordi de har adgang til de interoperabilitetsoplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning. Som anført i præmis 192-206 ovenfor, vedrører de pågældende oplysninger ikke dele af Microsofts kildekode. Navnlig pålægges Microsoft i den anfægtede beslutnings artikel 5 ikke at fremlægge implementeringsoplysninger for sine konkurrenter.

242 Det skal tilføjes, at Microsofts konkurrenter — således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 658 nedenfor i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter — ikke har nogen interesse i at udvikle nøjagtig de samme operativsystemer til arbejdsgruppeservere som Microsofts.

243 Der kan heller ikke gives Microsoft medhold i selskabets påstand om, at det fremgår af de udtalelser fra virksomheder, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, at der takket været anvendelsen af metoder, som allerede findes på markedet, allerede er en høj grad af interoperabilitet mellem Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og servere på den ene side og konkurrerende serveroperativsystemer på den anden.

244 Hvad dette angår er det tilstrækkeligt at bemærke, at de pågældende udtalelser allerede behandles grundigt i den anfægtede beslutning (jf. navnlig betragtning 357, 358, 440-444, 511, 513, 595, 598, 602, 628, 702 og 707), og at Microsoft ikke har fremført noget konkret argument, der viser, at Kommissionens vurdering af dem er fejlagtig. Således som Kommissionen fremhæver i betragtning 707 til den anfægtede beslutning, vedrører udtalelserne organisationer, der i vidt omfang havde valgt en »Windows-løsning« til deres arbejdsgruppenetværk.

245 Microsofts påstand om, at det fremgår af Mercer-rapporterne, at virksomhederne ikke vælger serveroperativsystem ud fra hensynet til systemets interoperabilitet med Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere, er forkert, således som det nærmere vil fremgå af præmis 401-412 nedenfor.

— Rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a)

246 Den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), omhandler de fuldstændige og korrekte specifikationer for samtlige de protokoller, der er implementeret i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, og som Windowsbaserede arbejdsgruppeservere anvender til at levere arbejdsgruppetjenester til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk.

247 Således som det fremgår af de tekniske og faktuelle konstateringer i præmis 154-191 ovenfor, er et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværks måde at fungere på baseret på en sammenkoblings- og interaktionsarkitektur, der omfatter forbindelser mellem såvel klienter og servere som servere og servere.

248 Kommissionen anfører derfor i betragtning 999 til den anfægtede beslutning, at den forpligtelse til at fremlægge oplysninger, der fastsættes i beslutningen, »omfatter såvel direkte sammenkobling af og interaktion mellem en Windowsbaseret arbejdsgruppeserver og en Windowsbaseret klient-pc som indirekte sammenkobling af og interaktion mellem sådanne maskiner gennem én eller flere andre Windowsbaserede arbejdsgruppeservere«.

249 De specifikationer, Microsoft skal udarbejde og fremlægge for sine konkurrenter, omfatter såvel de klient-server-kommunikationsprotokoller, der er implementeret både i Windows-operativsystemerne til klient-pc'er og Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, som server-server-kommunikationsprotokollerne.

250 De oplysninger, Microsoft skal fremlægge for sine konkurrenter i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), skal bl.a. gøre det muligt for computere, hvorpå der anvendes et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, at fungere som medlemsserver eller domænecontroller i et Windows-domæne, hvori der anvendes Active Directory, og dermed at deltage i multimaster-replikationsmekanismen. Den afhjælpende foranstaltning, der fastsættes i bestemmelsen, vedrører derfor navnlig kommunikationen mellem servere inden for den »blå boble«.

251 Denne fastslåelse af rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 5 bygger på en række betragtninger til beslutningen, nærmere bestemt betragtning 194-198, 206, 564 og 690.

252 Kommissionen henviser således i betragtning 194-198 til den anfægtede beslutning blandt andre eksempler på interoperabilitetsoplysninger, som Microsoft har afslået

at meddele både Sun og Microsofts øvrige konkurrenter, til en række oplysninger om den multimaster-replikationsmekanisme, der anvendes i Active Directory.

253 I betragtning 206 til den anfægtede beslutning forkaster Kommissionen udtrykkeligt Microsofts påstand i selskabets svar af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter om, at »Active Directorys replikations- og Global Catalog-komponenter [ikke er] relevante for spørgsmålet om interoperabilitet«. Kommissionen anfører herom, at »en domænecontroller i et Active Directory-domæne («native mode») replikerer de i Active Directory lagrede data sammen med de data, der er lagret i Active Directory på andre domænecontrollere, ved hjælp af forskellige synkroniseringsprotokoller«. Den anfører videre, at i Global Catalog udveksles mellem domænecontrollerne i »skoven« ved hjælp af andre protokoller, hvis specifikationer udgør interoperabilitetsoplysninger.

254 På samme måde henviser Kommissionen i betragtning 564 til den anfægtede beslutning, hvori den nævner, at Microsoft efter at have modtaget Suns klage og Kommissionens tre meddelelser af klagepunkter »fastholdt sit afslag«, til betragtning 194 og de følgende betragtninger.

255 Endvidere peger Kommissionen i betragtning 690 til den anfægtede beslutning på, at MCPP »ikke løser det bredere problem, der er tale om i den foreliggende sag«, navnlig fordi MCPP ikke omfatter protokoller, som ikke er »rene« server-server-protokoller, men som funktionelt er forbundet med klient-pc'er, herunder »replikationsprotokoller og protokoller til udveksling af Global Catalog-data«.

256 Desuden har Microsoft fortolket rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), på samme måde. I stævningen påberåber Microsoft sig således netop den i Active Directory anvendte multimaster-replikationsmekanisme for at vise, at de

kommunikationsprotokoller, selskabet skal give sine konkurrenter oplysninger om, er innovative (jf. navnlig udtalelsen af Campbell-Kelly: »Commentary on Innovation in Active Directory« i bilag A.20 til stævningen). På samme måde har Microsoft i replikken, i samme øjemed, først og fremmest påberåbt sig protokollen DRS, som anvendes til replikationsfunktioner af Active Directory (jf. bl.a. den i præmis 205 ovenfor nævnte udtalelse af Lees). Lees forklarer i sin udtalelse, at den af Microsoft udviklede DRS-protokol omfatter en række nye egenskaber, nemlig: »Den kan kombinere opdateringer fra mange servere på én gang; den er integreret med standardprotokollen Domain Naming Service (DNS) (med henblik på navngivning) og Kerberos-protokollen (med henblik på gensidig autentificering); den sender oplysninger, der beskriver, hvordan en virksomhed har opbygget sin bibliotekstjeneste; den sender oplysninger om, hvilken rolle bestemte servere spiller i styringen af bibliotekstjenesten og giver automatisk serverne meddelelse om biblioteksopdateringer.« Lees nævner, at DRS-protokollen kun er én af de mange kommunikationsprotokoller, Microsoft skal fremlægge for sine konkurrenter i medfør af den anfægtede beslutning. Han henviser desuden til følgende protokoller: Microsoft Remote Procedure Call (MSRPC), Network Authentication (Kerberos extensions), Dfs og File Replication Service (FRS).

257 Endelig omfatter den således definerede rækkevidde af artikel 5 i den anfægtede beslutning også de oplysninger, Sun anmodede om i skrivelsen af 15. september 1998. Således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 737-749 nedenfor, tog Suns anmodning navnlig sigte på, at selskabets Solaris-operativsystem til arbejdsgruppeservere i Windows 2000-baserede arbejdsgruppenetværk kunne fungere som en fuldt kompatibel domænecontroller, eller som medlemsserver (navnlig som fil- eller udskriftsserver), der er fuldt kompatibel med Windows-domænearkitekturen.

258 Endvidere må Microsofts påstand om, at rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), ikke er i overensstemmelse med den »interoperabilitetsnorm«, Kommissionen har lagt til grund for sin vurdering af relevansen af de »alternative metoder at opnå interoperabilitet på« (jf. præmis 125-129 ovenfor), forkastes.

259 Påstanden bygger nemlig på den fejlagtige opfattelse, at Kommissionen forstår interoperabilitet således, at Microsofts konkurrenter kan bringe deres operativsystemer til arbejdsgruppeservere til at fungere på nøjagtig samme måde som Windows-operativsystemer, og at den ønsker at gøre det muligt for de nævnte konkurrenter at klonе sådanne systemer (jf. præmis 234-242 ovenfor).

260 Endvidere svarer, i modsætning til hvad Microsoft har hævdet, det standpunkt, Kommissionen har indtaget i sine skriftlige indlæg med hensyn til, hvilken grad af interoperabilitet, der er nødvendig i det foreliggende tilfælde, og hvilken rækkevidde den afhjælpende foranstaltning har, som er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), fuldt ud til det standpunkt, den indtog i beslutningen. Desuden kan Microsoft ikke påberåbe sig udtalelser, intervenienterne måtte have fremsat under retsmødet i sagen om foreløbige foranstaltninger, med henblik på at tillægge Kommissionen en bestemt fortolkning af den anfægtede beslutning. Lovligheden af en fællesskabsretsakt skal nemlig ifølge retspraksis bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt (Domstolens dom af 7.2.1979, forenede sager 15/76 og 16/76, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 321, præmis 7 og 8, og Rettens dom af 12.12.1996, forenede sager T-177/94 og T-377/94, Altmann m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2041, præmis 119).

261 Endelig må den argumentation, Microsoft fremførte under retsmødet, og som bygger på multimaster-replikationsmekanismen og den »blå boble«, ligeledes forkastes, da den savner grundlag.

262 Microsoft har ved denne argumentation forsøgt at påvise, at den anfægtede beslutnings formål kun kan nås fuldt ud, hvis Microsoft fremlægger en række oplysninger om de indre mekanismer i sine serveroperativsystemer, bl.a. algoritmerne, dvs. oplysninger, som går ud over dem, beslutningen tager sigte på. Microsoft har baseret

argumentationen på den påstand, at det er nødvendigt for, at en domænecontroller, der arbejder indenfor et konkurrerende operativsystem til arbejdsgruppeservere, kan indgå i en »blå boble«, der består af domænecontrollere, hvorpå der anvendes et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere, som benytter Active Directory, at de forskellige operativsystemer har den samme indre opbygning.

263 For det første må det imidlertid fastslås, at Microsoft ikke har påvist, at konkurrenternes operativsystemer til arbejdsgruppeservere for at kunne fungere sammen med Microsofts inden for en »blå boble« nødvendigvis skal have den samme indre opbygning som disse.

264 For det andet bemærkes, at selv om der måtte kræves en sådan identisk indre opbygning, er det heller ikke blevet påvist, at dette nødvendigvis ville indebære, at Microsoft skal give sine konkurrenter oplysninger om sine produkters interne mekanismer, herunder algoritmerne. I en udtalelse, der er bilagt stævningen, skelner en af Microsofts eksperter i en kommentar om DRS-protokollen, der anvendes til multimaster-replikationsmekanismen, selv mellem »protokoller, der anvendes til kommunikation mellem servere«, og »algoritmer/beslutningsregler, der anvendes internt på den enkelte server«, hvorefter han anfører, at det er protokollerne, der skal fremlægges i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 5 (jf. præmis 205 ovenfor).

265 For det tredje er det for så vidt angår algoritmen »Intersite Topology«, hvortil Microsoft specifikt henviste under retsmødet, i høj grad muligt, at konkurrenterne — således som Kommissionen forklarede under retsmødet — blot skal kunne implementere en algoritme, der fører til det samme resultat som den. Microsoft skal med andre ord ikke give nogen oplysninger om implementeringen af algoritmen i sine operativsystemer til arbejdsgruppeservere, men kun give en generel beskrivelse af

algoritmen og overlade det til konkurrenterne at udvikle deres egen implementering af den.

<sup>266</sup> Der må drages den konklusion af det foregående, at der ikke er nogen uoverensstemmelse mellem rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a), og den »interoperabilitetsnorm«, Kommissionen har opstillet i beslutningen.

c) Påstanden om, at Microsofts kommunikationsprotokoller er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder

#### Parternes argumenter

<sup>267</sup> Microsoft har først og fremmest fremsat en række argumenter for at vise, at selskabets kommunikationsprotokoller er teknologisk innovative. Ifølge Microsoft udvikles kommunikationsprotokoller ofte med henblik på udførelsen af bestemte opgaver, der skal løses af serveroperativsystemerne, og er tæt knyttet til den måde, hvorpå opgaverne løses. En udstedelse af licens på kommunikationsprotokoller er derfor uundgåeligt ensbetydende med at give konkurrenterne oplysninger om den indre opbygning af de serveroperativsystemer, de pågældende kommunikationsprotokoller anvendes i forbindelse med. Desuden anvendes der et stort antal programmører og betydelige økonomiske ressourcer til at udvikle og forbedre kommunikationsprotokollerne.

<sup>268</sup> Mere specifikt har Microsoft fremhævet Active Directory's innovative karakter efter først at have peget på, at bibliotekstjenester udgør en væsentlig konkurrenceparameter

på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Microsoft har i den forbindelse henvist til et notat udarbejdet af en af selskabets sagkyndige, Campbell-Kelly, hvori denne beskriver det innovative ved Active Directory, herunder navnlig »den metode, Active Directory anvender til replikation på forskellige servere i et computernetværk« (bilag A.20 til stævningen). Microsoft har ligeledes henvist til udtalelsen af Lees i bilag C.4 til replikken (jf. præmis 205 og 256 ovenfor), hvori denne beskriver det innovative ved en af de kommunikationsprotokoller, der anvendes i Active Directory, nemlig DRS-protokollen, som Microsoft antager at skulle give sine konkurrenter oplysninger om i medfør af den anfægtede beslutning. Endelig har Microsoft henvist til bilag C.8.1 til replikken, hvori en af selskabets programmører, Hirst, beskriver en række specifikationer vedrørende multimaster-replikationsmekanismen i Active Directory, hvilke specifikationer Microsoft hævder at have måttet udarbejde i medfør af den anfægtede beslutning.

269 Endelig har Microsoft fremsat en lang række argumenter for at vise, at selskabets kommunikationsprotokoller er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder.

270 For det første er kommunikationsprotokollernes innovative aspekter patenterbare. Microsoft har opnået flere patenter på dem i Europa og De Forenede Stater, og ca. 20 patentansøgninger afventer afgørelse de nævnte steder. Desuden underbygger to udtalelser af advokat Knauer, som er specialist i patentret (bilag A.21 til stævningen og bilag C.6 til replikken), at den anfægtede beslutnings artikel 5 indebærer en forpligtelse til at meddele patentlicenser.

271 For det andet har Microsoft gjort gældende, at specifikationerne for de server-server-kommunikationsprotokoller, Microsoft skal udarbejde og fremlægge for sine konkurrenter i medfør af den anfægtede beslutning, er beskyttet af ophavsret.

272 I replikken har Microsoft behandlet spørgsmålet om ophavsretsbeskyttelse ud fra to forskellige synsvinkler. Dels har Microsoft anvendt begreberne »påbudt udarbejdelse« og »påbudt offentliggørelse«, idet selskabet har hævdet, at det hverken ville have udarbejdet de pågældende specifikationer eller givet sine konkurrenter licens på dem, hvis det ikke var blevet pålagt at gøre det i den anfægtede beslutning. Dels har Microsoft under påberåbelse af artikel 4 i direktiv 91/250 rejst spørgsmålet om, hvorvidt der vil være tale om »bearbejdelse eller omformet gengivelse af beskyttede værker«. Microsoft har navnlig gjort gældende, at en konkurrent, som anvender specifikationerne til at gøre det muligt for sit serveroperativsystem at interoperere med de dele af Windows-serveroperativsystemerne, som leverer arbejdsgruppetjenester, ikke derved skaber et »særskilt værk«.

273 For det tredje har Microsoft gjort gældende, at kommunikationsprotokollerne udgør forretningshemmeligheder af stor værdi. Microsoft fremlægger således kun sine klient-server-kommunikationsprotokoller i henhold til licensaftaler, hvori der er fastsat en fortrolighedsforpligtelse, og hvori det fastslås, at Microsoft ejer den pågældende teknologi. Ifølge Microsoft er forretningshemmeligheder en form for industriel ejendomsret, og beskyttelsen af sådanne rettigheder henhører under national ret. Endelig har Microsoft afvist Kommissionens opfattelse, hvorefter en virksomhed lider en mindre alvorlig skade, når den skal afsløre en forretningshemmelighed, end når den skal acceptere, at dens patenter eller ophavsret krænktes.

274 Under henvisning til de ovenfor anførte synspunkter har Microsoft sammenfattende anført, at det vil fratage selskabet udbyttet af de store investeringer og den omfattende forsknings- og udviklingsindsats, det foretager med henblik på at udvikle og forbedre sine kommunikationsprotokoller, hvis det pålægges at give selskabets konkurrenter licens på dem. Desuden vil det mindske såvel Microsofts som konkurrenternes tilskyndelser til at investere i kommunikationsprotokoller.

275 Kommissionen har afvist de forskellige argumenter, der er gengivet i præmis 267-274 ovenfor.

276 I første række har den forkastet Microsofts påstande om, dels at de omtvistede kommunikationsprotokoller er innovative, dels at det indebærer fremlæggelse af oplysninger om den indre opbygning af Microsofts serveroperativsystemer at give licens på dem. Navnlig fremgår det ikke af de af Lees (bilag C.4 til replikken) og Hirst (bilag C.8.1 til replikken) udarbejdede dokumenter, at de pågældende oplysninger omfatter »nogen form for opfindelser, der har en egenverdi«. Kommissionen har henvist til to notater udfærdiget af dens konsulent OTR (bilag D2 og D3 til duplikken), hvori denne kommenterer de af Lees og Hirst udarbejdede dokumenter og forklarer, hvorfor de tanker og principper, som danner grundlag for de pågældende protokoller, ikke er nye.

277 Endvidere har Kommissionen forkastet Microsofts argumentation om, dels at selskabets kommunikationsprotokoller er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, dels at den anfægtede beslutning indebærer en forpligtelse til at give licens.

278 For det første har Microsoft efter Kommissionens opfattelse ikke dokumenteret, at den innovation, de pågældende kommunikationsprotokoller angiveligt repræsenterer, er patenteret. Desuden viser flere faktorer, at Microsofts afslag ikke var begrundet i hensynet til beskyttelsen af selskabets patenter. Kommissionen har navnlig peget på, at Microsoft først mod slutningen af den administrative procedure, nærmere bestemt et par uger før den anfægtede beslutning blev vedtaget, og efter at Kommissionen udtrykkeligt havde anmodet om det, henviste til et patent (patent EP 0669020).

279 For det andet har Kommissionen afvist Microsofts påstande vedrørende ophavsret. Den har navnlig anført, at de specifikationer, der er omhandlet i den anfægtede beslutning, som sådanne godt kan være omfattet af ophavsret. Det indebærer imidlertid ikke, at det udgør en ophavsretskrænkelse at anvende de »således dokumenterede« oplysninger, når de implementeres i et operativsystem. Implementeringen af en specifikation er nemlig ikke en kopi, men fører til et klart særskilt værk. Desuden

er spørgsmålet om, hvorvidt specifikationerne er omfattet af ophavsret, i sagens natur af underordnet betydning, idet det centrale i den foreliggende sag er pålægget til Microsoft om at fremlægge og tillade anvendelse af oplysninger, hvilket nødvendigvis kræver, at der udfærdiges et dokument. Endelig har Microsoft i replikken fremsat to nye argumenter vedrørende spørgsmålet om ophavsret (jf. præmis 272 ovenfor), som efter Kommissionens opfattelse må afvises fra realitetsbehandling i medfør af procesreglementets artikel 48, stk. 2. Kommissionen finder dem under alle omstændigheder grundløse.

280 For det tredje har Kommissionen taget til efterretning, at de oplysninger, Microsoft skal fremlægge i henhold til den anfægtede beslutning, hidtil er blevet holdt hemmelige over for selskabets konkurrenter på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Derimod finder den det på ingen måde indlysende, at »forretningshemmeligheder« og »lovskabte« intellektuelle ejendomsrettigheder kan sidestilles, således som Microsoft har gjort gældende. Retspraksis vedrørende pligt til at give licens omfatter som sådan ikke forretningshemmeligheder, og sådanne nyder i national ret normalt en mere begrænset beskyttelse end ophavsret og patenter. Selv om der er en formodning om, at det er lovligt at nægte at give licens til udnyttelse af en »lovskabt« intellektuel ejendomsrettighed, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt det i relation til konkurrenceretten er lovligt at nægte at afsløre en hemmelighed, der udelukkende består som følge en ensidig forretningsmæssig beslutning, snarere af omstændighederne i det pågældende tilfælde, herunder navnlig de interesser, der står på spil. I det foreliggende tilfælde beror værdien af den pågældende »hemmelighed« ikke på, at den vedrører innovation, men at den tilhører en dominerende virksomhed.

281 SIIA har i det væsentlige fremsat de samme argumenter som dem, Kommissionen har fremført vedrørende dette punkt, og gjort gældende, at Microsoft ikke har påvist, at den anfægtede beslutning krænker selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder og indebærer en meddelelse af tvangslicens.

282 FSFE har gjort gældende, at den »teknologi«, Microsoft har afslået at fremlægge for sine konkurrenter, hverken er ny eller innovativ. Ifølge FSFE er det Microsofts politik at anvende allerede eksisterende protokoller, men foretage mindre og unødvendige ændringer i dem for at forhindre interoperabilitet. FSFE har navnlig henvist til følgende protokoller: CIFS/SMB (Common Internet File System/Server Message Block), DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), Kerberos 5 og LDAP.

### Rettens bemærkninger

283 Skønt parterne både i deres skriftlige indlæg og under retsmødet indgående har drøftet spørgsmålet om, hvorvidt Microsofts kommunikationsprotokoller eller specifikationer for dem er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, finder Retten ikke, at det er nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål for at afgøre den foreliggende sag.

284 De argumenter, Microsoft har baseret på de angivelige intellektuelle ejendomsrettigheder, kan nemlig ikke som sådanne påvirke lovligheden af den anfægtede beslutning. Kommissionen vedtog beslutningen uden at have taget stilling til, om der er grundlag for argumenterne, men forudsatte, at Microsoft i det foreliggende tilfælde kunne gøre sådanne rettigheder gældende. Kommissionen gik med andre ord ud fra, at den adfærd, den foreliggende sag drejer sig om for så vidt angår det første omtvistede spørgsmål, muligvis ikke kun består i at nægte at levere et produkt eller en tjenesteydelse, som er nødvendig for udøvelsen af en bestemt aktivitet, men er et afslag på at give tredjemand licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder; Kommissionen valgte således det snævraste kriterium, der er opstillet i retspraksis, og dermed det for Microsoft gunstigste kriterium (jf. præmis 312-336 nedenfor). Kommissionen hverken fastslog eller udelukkede, at den adfærd, den foreholdt Microsoft, var et afslag på at meddele licens, og at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, indebærer en forpligtelse til at give licens.

285 I betragtning 190 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen således, at Microsoft under den administrative procedure påberåbte sig intellektuelle ejendomsrettigheder og hævdede, at de omtvistede interoperabilitetsoplysninger udgør forretningshemmeligheder. Det kan ifølge Kommissionen ikke udelukkes, at Microsoft påberåbte sig disse rettigheder som grundlag for at forhindre Sun i at implementere specifikationerne i Suns egne produkter. Kommissionen har ligeledes medgivet, at specifikationerne kan indeholde innovation og udgøre forretningshemmeligheder. Mere generelt har den anført, at det ikke kan udelukkes, at pålægget til Microsoft om at fremlægge interoperabilitetsoplysningerne for tredjemand og tillade, at de anvendes, griber ind i Microsofts frie udøvelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder. Kommissionen gentager dette i sidste punktum i betragtning 546 til den anfægtede beslutning. I fodnote 249 til beslutningen forklarer den, at den »under alle omstændigheder [ikke kan] fastslå, om Microsofts påstande vedrørende selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder er korrekte, eftersom de relevante specifikationer ikke er tilgængelige«.

286 Ydermere understreger Kommissionen i betragtning 1003 og 1004 til den anfægtede beslutning som led i en beskrivelse af rækkevidden af den foranstaltning, der skal råde båd på det retsstridige afslag, som foreholdes Microsoft, dels at foranstaltningen kun vedrører grænsefladespecifikationerne og ikke dele af kildekoden, dels at formålet er, at Microsofts konkurrenter skal have ret til at implementere de fremlagte specifikationer i deres operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Kommissionen anfører bl.a., at »specifikationerne [heller ikke må] reproduceres, tilpasses, arrangeres eller ændres; tredjemand må kun anvende dem til at udvikle sine egne grænseflader i overensstemmelse med specifikationerne« (betragtning 1004 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører afslutningsvis: »Hvis den anfægtede beslutning indebærer et krav om, at Microsoft afstår fra at håndhæve sine intellektuelle ejendomsrettigheder fuldt ud, vil nødvendigheden af at bringe det fastslåede misbrug til ophør under alle omstændigheder gøre dette berettiget« (betragtning 1004 til den anfægtede beslutning).

287 I sine skriftlige indlæg har Kommissionen fremsat tilsvarende argumenter. I duplikken har den således betegnet Microsofts påstand i replikken om, at »Microsoft i [den anfægtede beslutning] pålægges at give licens til udnyttelse af alle de

intellektuelle ejendomsrettigheder, det måtte være nødvendige for, at specifikationerne kan implementeres i Microsofts egne produkter«, som »fejlagtig«. Den har nærmere anført herom, at »Microsoft i den anfægtede beslutning pålægges at give ret til at anvende specifikationerne med henblik på udvikling af interoperable produkter«, og at »foranstaltningen i den udstrækning, [dette pålæg] måtte begrænse Microsofts muligheder for at fuldt ud at håndhæve nogle af sine [intellektuelle ejendomsrettigheder], er berettiget under hensyn til nødvendigheden af at bringe overtrædelsen til ophør«. Kommissionen har fremhævet, at der i den anfægtede beslutning »ikke tages stilling til, om beslutningen påvirker Microsofts [intellektuelle ejendomsrettigheder] eller ej«. Endvidere har den understreget, at det dog hverken kan udledes heraf, at det afslag, der foreholdes Microsoft, er berettiget, fordi det udgør udøvelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, eller at der i den foreliggende sag er tale om et pålæg om at give licens. Hverken sagens akter eller stævningen indeholder således noget, der viser, at dette er tilfældet, herunder navnlig at »Microsofts konkurrenter for at kunne tilvejebringe interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen har brug for en licens, der giver adgang til nogle af Microsofts [intellektuelle ejendomsrettigheder]«.

288 Endvidere har Kommissionen som svar på et af skriftlige spørgsmål, Retten har stillet den, bekræftet, at det ikke fastslås i den anfægtede beslutning, at interoperabilitetsoplysningerne ikke er omfattet af patenter eller ophavsret, eller at de tværtimod er det. Kommissionen fandt det ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, eftersom »betingelserne for at fastslå, at der forelå et misbrug, og for at pålægge den afhjælpende foranstaltning [i den anfægtede beslutnings artikel 5], var opfyldt« under alle omstændigheder, »uanset om oplysningerne er beskyttet af patenter eller ophavsret«.

289 Det følger af det foregående, at holdbarheden af anbringendets første led må prøves ud fra den antagelse, at de protokoller, der er tale om, eller specifikationerne for dem, er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder eller udgør forretningshemmeligheder, og at de pågældende forretningshemmeligheder skal behandles som intellektuelle ejendomsrettigheder.

290 Det centrale spørgsmål, der skal løses inden for rammerne af dette led, er, om betingelserne for at kunne pålægge en virksomhed med en dominerende stilling at give licens til udnyttelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, således som Kommissionen har påstået og Microsoft bestridt.

d) Den egentlige argumentation til støtte for anbringendets første led

i) Spørgsmålet om, på baggrund af hvilke omstændigheder den påtalte adfærd skal bedømmes

#### Parternes argumenter

291 Microsoft har, støttet af CompTIA og ACT, principalt gjort gældende, at det første spørgsmål skal bedømmes på baggrund af de kriterier, Domstolen fastlagde i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, og som den gentog i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.

292 Til støtte herfor har Microsoft som det første anbringende gentaget, at den anfægtede beslutnings artikel 5 indebærer en forpligtelse til at give licens på selskabets kommunikationsprotokoller, som er teknologisk innovative og omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder.

293 Som det andet anbringende har Microsoft fortolket det i præmis 302 nedenfor gengivne argument fra Kommissionens side således, at det betyder, at Kommissionen finder, at den ikke behøver at lægge de nævnte kriterier til grund, når der er tale om »teknologisk koblingssalg«. Microsoft mener imidlertid ikke, at der er nogen støtte for et sådant argument i den sag, der førte til Rettens dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen (sag T-83/91, Sml. II, s. 755), stadfæstet efter appel ved Domstolens dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen (sag C-333/94 P, Sml. I, s. 5951) (herefter »Tetra Pak II-sagen«).

294 Som det tredje anbringende har Microsoft afvist Kommissionens argumenter til støtte for, at omstændighederne i den foreliggende sag er forskellige fra omstændighederne i den sag, der førte til IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.

295 For det første var der efter Microsofts opfattelse i IMS-sagen tale om betydelige netværkseffekter, og det var netop på grund af tilstedeværelsen af sådanne effekter, at den af IMS Health skabte struktur på 1 860 segmenter blev anset for at udgøre en industriel standard. Dernæst anfører Microsoft, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har påberåbt sig, at Microsoft ved at nægte at »muliggøre kompatibilitet« har undergravet de almene hensyn, der er opstillet som målsætning i direktiv 91/250. Under alle omstændigheder kan ikke nærmere definerede almene hensyn ikke begrunde, at det pålægges en virksomhed at give licens. Endelig fastsættes der ifølge Microsoft ikke nogen konkret forpligtelse til at fremlægge oplysninger i direktiv 91/250.

296 For det andet har Microsoft afvist Kommissionens påstand om, at Microsoft har udnyttet den styrkeposition, selskabet indtager på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, til at erobre markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Hverken i den anfægtede beslutning eller svarskriftet angives det klart, hvilken styrkeposition på markedet Microsoft skulle have udnyttet, eller hvorledes Microsoft skulle have udnyttet den.

297 For det tredje finder Microsoft, at Kommissionens påstand om, at selskabet er ophørt med at fremlægge interoperabilitetsoplysninger i det hidtidige omfang, er både retligt og faktisk forkert, og at Kommissionen ikke har taget hensyn til de principper, der blev fastlagt i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor. Microsoft har på intet tidspunkt givet Sun eller nogen anden konkurrerende leverandør af operativsystemer licens til specifikationerne for sine kommunikationsprotokoller. I 1994 gav Microsoft AT&T licens til en netværksteknologi for at gøre det muligt at udvikle et produkt med navnet »Advanced Server for UNIX« (»AS/U«), og førende UNIX-leverandører udviklede en række produkter baseret på AS/U, bl.a. Suns »PC Netlink«-system. I 2001 blev det aftalt med AT&T ikke at udvide licensaftalen til også at omfatte nye teknologier, men »AS/U-teknologien« og de produkter, der bygger på den, er stadig til rådighed. At Microsoft for over ti år siden således gav AT&T licens til en bestemt teknologi, kan ikke betyde, at Microsoft for fremtiden, på ubestemt tid, er forpligtet til at give licens til alle hermed beslægtede teknologier, herunder kommunikationsprotokollerne.

298 For det fjerde har Microsoft bemærket, at Kommissionen i betragtning 577 til den anfægtede beslutning anfører, at »Microsofts afslag på at meddele Sun interoperabilitetsoplysninger er et udtryk for et generelt adfærdsmønster, der går ud på ikke at fremlægge bestemte interoperabilitetsoplysninger for leverandørerne af operativsystemer til arbejdsgruppeservere«. Ifølge Microsoft svarer det adfærdsmønster, der på denne måde bebrejdes selskabet, til »en ikke-diskriminerende politik, som praktisk taget alle teknologivirksomheder fører for at beskytte frugterne af deres forsknings- og udviklingsindsats«, og en sådan adfærd kan ikke udgøre en »særlig omstændighed« som omhandlet i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.

299 Subsidiært har Microsoft, støttet af CompTIA og ACT, gjort gældende, at de kriterier, der skal lægges til grund, hvis Retten finder, at der ikke er tale om intellektuelle ejendomsrettigheder i den foreliggende sag, er de kriterier, som Domstolen fastlagde i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor, og som svarer til første, andet og fjerde kriterium i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, som beskrevet i præmis 116 ovenfor.

- 300 Endelig har Microsoft, CompTIA og ACT påstået, at ingen af de fire kriterier i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor — og dermed ingen af de tre kriterier i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor — er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 301 Kommissionen har, støttet af SIIA og FSFE, principalt gjort gældende, at selv hvis Retten finder, at det omtvistede afslag var berettiget, fordi der var tale om udøvelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, og at den anfægtede beslutning indebærer en forpligtelse til at give licens, skal det her drøftede omtvistede spørgsmål ikke uden videre bedømmes på baggrund af de kriterier, der blev opstillet i »den i IMS Health-dommen fastlagte retspraksis«.
- 302 Kommissionen har hvad dette angår som det første argument anført, at den i retspraksis fastlagte »regel om særlige omstændigheder« ikke »som sådan, uden en nærmere præcisering« kan anvendes på afslag på at oplyse forretningshemmeligheder, der skaber et »teknologisk bånd« mellem et dominerende produkt og et særskilt produkt.
- 303 Som det andet argument har Kommissionen hævdet, at der i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, ikke opstilles en udtømmende liste over særlige omstændigheder. Ifølge Kommissionen fastlagde Domstolen i denne dom, ligesom i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, på baggrund af de specifikke omstændigheder i de sager, der førte til dommene, på hvilke betingelser der kan vedtages en beslutning, hvori der fastsættes en forpligtelse til at give licens. I IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, opstillede Domstolen således kun en række kriterier, som det var »tilstrækkeligt« at opfylde. Før Kommissionen kan fastslå, om en adfærd udvist af en dominerende virksomhed, der består i, at den har afslået at meddele oplysninger, har karakter af misbrug, skal den i realiteten undersøge alle de med afslaget forbundne faktorer, bl.a. den økonomiske og retlige sammenhæng, det indgår i.
- 304 Som det tredje argument har Kommissionen opregnet de faktorer, hvorved omstændighederne i den foreliggende sag adskiller sig fra omstændighederne i den, der førte til IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, hvilke faktorer begrundet konklusionen om, at det afslag, der foreholdes Microsoft, udgør misbrug af en dominerende stilling.

305 For det første har Kommissionen bemærket, at der er det særlige ved den anfægtede beslutning, at den drejer sig om afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger inden for softwaresektoren. Beslutningen har til formål at gøre det muligt at udvikle produkter, som er kompatible med Microsofts, hvorimod de fortilfælde, hvortil Microsoft har henvist, vedrører situationer, hvor det »beskyttede produkt« skulle inkorporeres i de konkurrerende produkter af grunde, som var mere vidtgående end blot at sikre kompatibilitet mellem to forskellige produkter. Desuden drejer de nævnte fortilfælde sig ikke om de særlige problemer, der gør sig gældende inden for sektorer, hvor der overalt udspiller sig netværkseffekter. Til forskel fra den sektor, der er tale om i den foreliggende sag, var de erhvervssektorer, det drejede sig om i fortilfældene, ikke »sektorer, hvorom lovgiver klart havde fastslået, at kompatibilitet er til gavn for samfundet i almindelighed«. Mere specifikt har Kommissionen under henvisning til betragtning 745-763 til den anfægtede beslutning fremhævet den betydning, fællesskabslovgiver har tillagt interoperabilitet, navnlig i direktiv 91/250, og at det er fællesskabslovgivers holdning, at fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger gavner konkurrencen og innovationen.

306 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at det her drøftede omtvistede spørgsmål drejer sig om en leverandør med en dominerende stilling, som udnytter den magtposition, virksomheden har på ét marked, i det foreliggende tilfælde markedet for operativsystemer til klient-pc'er, til at udelukke konkurrencen på et nabomarked, nemlig markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, »og derved forstærker barriererne for adgang til det oprindelige marked og samtidig sikrer sig en supplerende monopolgevinst«. Denne situation forværrer den skade, forbrugerne allerede lider som følge af begrænsningen af udviklingen af nye produkter.

307 For det tredje har Kommissionen anført, at det her drøftede omtvistede spørgsmål drejer sig om en leverandør med en dominerende stilling, der er ophørt med at fremlægge interoperabilitetsoplysninger i det hidtidige omfang (betragtning 578-584 til den anfægtede beslutning). Oprindeligt var det Microsofts politik at fremlægge, ikke tilbageholde, interoperabilitetsoplysninger; det gjorde det bl.a. lettere for selskabet at

bringe sine egne operativsystemer til arbejdsgruppeservere på markedet og afholdt det ingenlunde fra at innovere. Da Microsofts »serverprodukter« havde vundet tilstrækkeligt indpas på markedet, ændrede selskabet imidlertid holdning og valgte at udelukke sine konkurrenter ved at nægte at give dem adgang til sådanne oplysninger (betragtning 587, 588 og betragtning 637 ff. til den anfægtede beslutning).

308 Efter Kommissionens opfattelse kan Microsoft ikke bestride at være ophørt med at fremlægge interoperabilitetsoplysninger i det hidtidige omfang. Indledningsvis drejede den aftale mellem Microsoft og AT&T, der gjorde det muligt for AT&T at udvikle AS/U, sig ikke blot om fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger af den art, der er tale om i den anfægtede beslutning, men også om andre oplysninger. Endvidere finder Kommissionen ikke, at den omstændighed, at AS/U stadig er til rådighed, er relevant. Under henvisning til betragtning 580-583 til den anfægtede beslutning har den anført herom, at det, der blev fremlagt »i forbindelse med AS/U«, nu er forældet, idet Microsoft har ændret de relevante protokoller i senere versioner af Windows. Endelig er Microsofts påstand om, at det forhold, at Microsoft for over ti år siden gav AT&T licens til en bestemt teknologi, ikke kan betyde, at Microsoft i fremtiden, på ubestemt tid, er forpligtet til at give licens til alle beslægtede teknologier, efter Kommissionens opfattelse irrelevant for den fremgangsmåde, der følges i den anfægtede beslutning. I beslutningen behandles spørgsmålet om bruddet i forhold til det omfang, hvori der tidligere er meddelt interoperabilitetsoplysninger, nemlig ikke som et misbrug i sig selv, men som en faktor, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af det afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, som foreholdes Microsoft (betragtning 578 ff. til den anfægtede beslutning).

309 For det fjerde har Kommissionen anført, at den ikke finder, at det forhold alene, at et afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder er udtryk for et generelt adfærdsmønster, i sig selv udgør en »særlig omstændighed«, der er tilstrækkelig til, at afslaget udgør misbrug. Den finder blot, at det forhold, at Sun ikke er den eneste konkurrent, Microsoft har nægtet adgang til interoperabilitetsoplysninger, er en omstændighed, som er relevant for vurderingen af, om Microsofts adfærd var forenelig med artikel 82 EF.

310 Efter Kommissionens opfattelse er det ikke muligt at tiltræde Microsofts subsidiære argumentation, hvorefter den foreliggende sag skal bedømmes på baggrund af de kriterier, Domstolen fastlagde i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor. Bronner-dommen drejer sig om adgang til en infrastruktur, der havde krævet betydelige investeringer, og hvis det fastslås, at de oplysninger, som er omhandlet i den foreliggende sag, ikke er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, men består i helt tilfældigt valgte kombinationer af meddelelser, vil den nævnte dom givet ikke udgøre et »passende sammenligningsgrundlag«.

311 Subsidiært har Kommissionen, støttet af SIIA og FSFE, gjort gældende, at selv hvis den anfægtede beslutnings lovlighed for så vidt angår det første omtvistede spørgsmål skal bedømmes på baggrund af de kriterier, Domstolen fastlagde i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, er de pågældende kriterier opfyldt i det foreliggende tilfælde.

### Rettens bemærkninger

312 Det bemærkes, at det er Microsofts opfattelse, at det afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, der foreholdes selskabet, ikke kan udgøre misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF, dels fordi oplysningerne er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder — eller udgør forretningshemmeligheder — dels fordi de i retspraksis fastlagte kriterier for, hvornår det kan pålægges en virksomhed med en dominerende stilling at give tredjemand licens, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

313 Det bemærkes ligeledes, at Kommissionen ikke har fundet det nødvendigt at tage stilling til, om den adfærd, der foreholdes Microsoft, udgør afslag på at give tredjemand licens til udnyttelse af selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder, og om der

for forretningshemmeligheder gælder samme grad af beskyttelse som for sådanne rettigheder, idet de snævre kriterier for, hvornår et sådant afslag udgør misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF, er opfyldt i det foreliggende tilfælde (jf. præmis 284-288 ovenfor).

314 Skønt Microsoft og Kommissionen således er enige om, at det ved bedømmelsen af det omtvistede afslag på grundlag af artikel 82 EF kan formodes, at det udgør et afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, er de derimod uenige om, hvilke af de i retspraksis fastlagte kriterier der i så fald skal anvendes.

315 Microsoft har således principalt påberåbt sig de kriterier, der blev fastlagt i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, subsidiært de kriterier, der blev opstillet i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor.

316 Kommissionen finder, at det i det foreliggende tilfælde ville være »problematisk« at foretage en »automatisk« anvendelse af de kriterier, der blev fastlagt i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor. Den har gjort gældende, at det for at afgøre, om et sådant afslag har karakter af misbrug, påhviler den at tage alle de særlige omstændigheder i forbindelse med afslaget i betragtning, og at disse ikke nødvendigvis er de samme som dem, Domstolen henviste til i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor. Kommissionen anfører således i betragtning 558 til den anfægtede beslutning, at »Domstolens praksis [...] peger i retning af, at Kommissionen skal undersøge samtlige omstændigheder i forbindelse med et givet afslag på at fremlægge oplysninger og træffe sin afgørelse på grundlag af resultaterne af en sådan fuldstændig undersøgelse«.

317 Under retsmødet bekræftede Kommissionen som svar på et spørgsmål fra Retten herom, at den i den anfægtede beslutning finder, at den adfærd, Microsoft lægges til last, udviser tre aspekter, som gør det muligt at kvalificere den som misbrug. Det første aspekt er det forhold, at de oplysninger, Microsoft nægter at fremlægge for

sine konkurrenter, vedrører interoperabilitet inden for softwaresektoren, hvilket er et spørgsmål, fællesskabslovgiver tillægger særlig betydning. Det andet aspekt er det forhold, at Microsoft udnytter sin meget betydelige styrke på markedet for operativsystemer til klient-pc'er til at udelukke konkurrencen på nabomarkedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Det tredje aspekt er det forhold, at den pågældende adfærd indebærer et brud i forhold til det omfang, hvori interoperabilitetsoplysninger hidtil er blevet fremlagt.

318 Under alle omstændigheder finder Kommissionen, at de kriterier, Domstolen fastlagde i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

319 Det bemærkes vedrørende disse forskellige argumenter, at skønt virksomhederne — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 547 til den anfægtede beslutning — i princippet frit kan vælge deres handelspartnere, kan en dominerende virksomheds afslag på at fremlægge oplysninger under visse omstændigheder, og for så vidt afslaget ikke er objektivt begrundet, udgøre misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF.

320 Domstolen har således fundet, at et selskab med en dominerende stilling på et marked for råmaterialer, som med henblik på at forbeholde de pågældende råmaterialer sin egen produktion af følgeprodukter nægtede at levere til en kunde, der selv fremstillede sådanne følgeprodukter, skønt dette indebar fare for, at enhver konkurrence fra denne kunde ville blive udelukket, misbrugte sin dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223; jf. med hensyn til nægtelse af at levere en tjenesteydelse Domstolens dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261).

321 I den sag, der førte til Domstolens dom af 5. oktober 1988, Volvo (sag 238/87, Sml. s. 6211), og hvori Domstolen var blevet forelagt et præjudicielt spørgsmål i medfør af artikel 234 EF, var den blevet anmodet om at tage stilling til, om en automobilproducent, som var indehaver af et registreret mønster, der omfattede karrosseridele, og som havde nægtet at give tredjemand licens til at levere dele, der var fremstillet på grundlag af det beskyttede mønster, havde misbrugt sin dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. I dommen fremhævede Domstolen, at den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør det egentlige indhold af hans eneret. Domstolen drog den konklusion (præmis 8), at »en forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til — selv mod betaling af en rimelig licensafgift — at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling«. Domstolen tilføjede dog, at »indehaverens udøvelse af eneretten til et mønster for karrosseridele til automobiler kan være omfattet af forbuddet i artikel [82 EF], hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f.eks. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater« (præmis 9).

322 I Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, var Domstolen ligeledes, efter en appel, blevet anmodet om at tage stilling til en dominerende virksomheds nægtelse af at give tredjemand licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsret. Sagen, der førte til denne dom, drejede sig om en af Kommissionen vedtaget beslutning, hvori Kommissionen havde fundet, at tre tv-selskaber havde misbrugt deres dominerende stilling på det marked, deres egentlige programoversigter repræsenterede, og på markedet for de tv-programblade, hvori oversigterne blev offentliggjort, ved at påberåbe sig deres ophavsret til oversigterne med henblik på at forhindre andre i at offentliggøre de komplette egentlige programmer på de forskellige tv-kanaler. Kommissionen havde derfor pålagt de tre tv-selskaber efter anmodning og på et ikke-diskriminerende grundlag at levere deres egne egentlige forhåndsoversigter over programmer til hinanden og andre interesserede parter og tillade, at disse parter

gengav oversigterne. Kommissionen havde desuden bestemt, at de licensafgifter, der måtte blive opkrævet, hvis de tre selskaber valgte at give tilladelse til gengivelse af programoversigterne mod betaling af en licens, skulle være rimelige.

323 Domstolen anførte i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor (præmis 49), under henvisning til Volvo-dommen, nævnt i præmis 321 ovenfor, at »eneretten til reproduktion er en af ophavsmandens væsentligste særrettigheder, hvorfor en nægtelse af at give en licens, selv om der er tale om en virksomhed i en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug heraf«. Domstolen tilføjede dog, ligeledes under henvisning til Volvo-dommen, nævnt i præmis 321 ovenfor, at »indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre under særlige omstændigheder [kan] føre til, at der foreligger et misbrug« (præmis 50).

324 Domstolen fandt, at følgende omstændigheder var relevante for afgørelsen af, om den påtalte adfærd, de tre tv-selskaber havde udvist, havde karakter af misbrug. For det første vedrørte deres nægtelse et produkt — de ugentlige oversigter over programmerne på de forskellige tv-kanaler — hvis levering var nødvendig for udøvelsen af den erhvervmæssige virksomhed, det udgjorde at udgive en komplet ugentlig oversigt over tv-programmerne (præmis 53). For det andet udgjorde nægtelsen en hindring for skabelsen af et nyt produkt, nemlig en komplet ugentlig oversigt over tv-programmerne, som de nævnte tv-selskaber ikke tilbød, og som der var en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side, hvilket udgjorde et misbrug i henhold til artikel 82, stk. 2, litra b), EF (præmis 54). For det tredje var der ingen begrundelse for nægtelsen (præmis 55). Endelig havde, for det fjerde, tv-selskaberne ved deres adfærd forbeholdt et afledt marked, nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv og dermed udelukket enhver konkurrence på dette marked (præmis 56).

325 I den sag, der førte til Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor, og hvori Domstolen var blevet forelagt et præjudicielt spørgsmål i medfør af artikel 234 EF, var den blevet anmodet om at tage stilling til, om det udgjorde misbrug af dominerende

stilling i strid med artikel 82 EF, at et bladhus, som rådede over en meget stor andel af det østrigske marked for dagblade, og som drev Østrigs eneste landsdækkende avisudbringningsordning, nægtede at give udgiveren af et konkurrerende dagblad adgang til ordningen mod et rimeligt vederlag eller kun ville gøre det, hvis udgiveren købte forskellige supplerende ydelser af bladhuset.

326 I dommen (præmis 38) bemærkede Domstolen for det første, at selv om den i dommene i sagerne *Istituto Chemioterapico Italiano* og *Commercial Solvents* mod Kommissionen og *CBEM*-sagen, nævnt i præmis 320 ovenfor, havde fastslået, at det var udtryk for misbrug, at en virksomhed, der indtog en dominerende stilling på et bestemt marked, tilkendegav, at den til en virksomhed, som den konkurrerede med på et beslægtet marked, nægtede at levere henholdsvis råstoffer og tjenesteydelser, som var absolut nødvendige for den anden virksomheds udøvelse af aktiviteter, skete det med en bemærkning om, at den pågældende adfærd kunne udelukke al konkurrence fra denne virksomheds side.

327 Retten bemærkede derpå (præmis 39), at den i *Magill*-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, præmis 49 og 50, havde understreget, at den omstændighed, at indehaveren af en intellektuel ejendomsret nægter at give en licens, selv om der er tale om en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug heraf, men at indehaverens udøvelse af eneretten under særlige omstændigheder kan føre til, at der foreligger et misbrug.

328 Endelig gentog Domstolen, hvilke særlige omstændigheder den havde lagt til grund i *Magill*-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, og fastslog derpå følgende (præmis 41):

»Selv om det antages, at den nævnte afgørelse vedrørende udøvelsen af en intellektuel ejendomsret kan anvendes på udøvelsen af en hvilken som helst ejendomsret, er det desuden ikke alene en betingelse for, at [denne dom] med føje kan påberåbes til støtte for, at der i en situation som den, det [...] præjudicielle spørgsmål vedrører,

er tale om misbrug som omhandlet i [artikel 82 EF], at nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører, at enhver konkurrence på dagblads-markedet fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.«

329 I IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, tog Domstolen på ny stilling til, på hvilke betingelser en dominerende virksomheds nægtelse af at give tredjemand licens til anvendelse af et produkt, der er beskyttet af intellektuel ejendomsret, kan udgøre misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

330 Domstolen gentog indledningsvis (præmis 34) under henvisning til Volvo-dommen, nævnt i præmis 321 ovenfor, og Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, at eneretten til reproduktion ifølge fast retspraksis er en af de væsentligste særrettigheder, der tilkommer indehaveren af en intellektuel ejendomsret, hvorfor en nægtelse af at meddele en licens, selv om der er tale om en virksomhed i en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af denne ret. Domstolen bemærkede ligeledes (præmis 35), at det fremgår af samme retspraksis, at indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre under særlige omstændigheder kan føre til, at der foreligger et misbrug. Endelig anførte Domstolen (præmis 38) efter at have gentaget, hvilke særlige omstændigheder den havde lagt til grund i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, at det fremgår af denne retspraksis, 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 tre kumulative betingelser er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked.

331 Det fremgår af den ovenfor gengivne retspraksis, at det forhold, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, nægter at give tredjemand licens til at anvende et produkt, som er omfattet af en intellektuel ejendomsret, ikke i sig selv udgør misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. Det er kun under særlige omstændigheder, at det kan udgøre et sådant misbrug, at indehaveren af den intellektuelle ejendomsret udøver eneretten.

332 Det fremgår ligeledes af den nævnte retspraksis, at navnlig følgende omstændigheder skal anses for særlige:

— For det første vedrører nægtelsen et produkt eller en tjenesteydelse, som er nødvendig for at udøve en given aktivitet på et beslægtet marked.

— For det andet kan nægtelsen føre til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på det beslægtede marked.

— For det tredje er nægtelsen til hinder for fremkomsten af nye produkter, som der er en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side.

333 Er det blevet påvist, at der foreligger sådanne omstændigheder, vil det udgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF, at indehaveren af en intellektuel ejendomsret, som indtager en dominerende stilling, nægter at meddele en licens, medmindre det er begrundet i objektive forhold.

334 Det bemærkes, at det kun er i retspraksis vedrørende udøvelsen af en intellektuel ejendomsret, der henvises til den omstændighed, at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af nye produkter, som der er en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side.

335 Endelig skal det tilføjes, at der, for at en nægtelse af at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, kan anses for misbrug, må skelnes mellem to markeder, nemlig et marked, der består af det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse, og hvorpå den virksomhed, der har nægtet at give adgang, indtager en dominerende stilling, og et beslægtet marked, hvorpå det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse anvendes til fremstilling af et andet produkt eller til levering af en anden tjenesteydelse. Den omstændighed, at det nødvendige produkt eller den nødvendige tjenesteydelse ikke markedsføres særskilt, udelukker ikke uden videre, at det kan lægges til grund, at der foreligger et særskilt marked (jf. i denne retning IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, præmis 43). I præmis 44 i IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, anførte Domstolen således, at det er tilstrækkeligt, at der kan identificeres et potentielt, endog hypotetisk, marked, og at dette er tilfældet, når produkter eller tjenesteydelser er nødvendige for at udøve en given aktivitet, og når der er en effektiv efterspørgsel efter disse fra virksomheder, som påtænker at udøve den aktivitet, hvortil disse er nødvendige. Domstolen drog i den følgende præmis i dommen den konklusion, at det er afgørende, at der kan identificeres to forskellige produktionstrin, der er forbundet med hinanden ved, at det forudgående produkt er et nødvendigt element ved leveringen af det efterfølgende produkt.

336 På baggrund af det ovenstående finder Retten, at det først og fremmest skal undersøges, om de omstændigheder, hvortil der blev henvist i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, således som de blev beskrevet i præmis 332 og 333 ovenfor, også foreligger i det aktuelle tilfælde. Kun hvis det må fastslås, at en eller flere af disse omstændigheder ikke foreligger, vil Retten derpå vurdere de særlige omstændigheder, Kommissionen har gjort gældende (jf. præmis 317 ovenfor).

## ii) Interoperabilitetsoplysningernes nødvendighed

## Parternes argumenter

337 Microsoft har hævdet, at de interoperabilitetsoplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, ikke er nødvendige for udøvelsen af den aktivitet, der består i at levere operativsystemer til arbejdsgruppeservere. En given teknologi kan ikke betegnes som nødvendig, hvis det er »økonomisk bæredygtigt« for den dominerende virksomheds konkurrenter at udvikle og markedsføre deres produkter uden at have adgang til teknologien.

338 Ifølge Microsoft er den anfægtede beslutning på dette punkt behæftet med en retlig og en faktuel fejl.

339 Microsoft har for det første anført, at den retlige fejl består i, at Kommissionen har anvendt et fejlagtigt, usædvanligt og absolut kriterium ved »vurderingen af, om der kan finde konkurrence sted«. Under henvisning til betragtning 176-184 til den anfægtede beslutning har Microsoft hævdet, at det er Kommissionens standpunkt, at serveroperativsystemer, der konkurrerer med Microsofts, skal kunne kommunikere med Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere på nøjagtig samme måde som Windows-serveroperativsystemer. At der gives en sådan »optimal adgang« til markedet, er imidlertid ikke et krav ifølge retspraksis.

340 I replikken har Microsoft kritiseret Kommissionen for at have baseret sin vurdering af, hvilken grad af interoperabilitet der kræves, på, hvad der er nødvendigt for, at selskabets konkurrenter bæredygtigt kan forblive på markedet. Det interoperabilitetsbegreb, Kommissionen anvender i betragtning 666-687 til den anfægtede beslutning,

er urimeligt, fordi det indebærer, at Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere og konkurrerende operativsystemer er »praktisk talt identiske«. Microsoft har under henvisning til de passager i betragtning 669 og 679 til den anfægtede beslutning, der blev gengivet i præmis 126 ovenfor, hævdet, at »enhver teknologi ville være nødvendig«, hvis et sådant begreb skulle lægges til grund. Endvidere gives der i den anfægtede beslutning kun den ene begrundelse for, at et sådant »niveau« af interoperabilitet er nødvendigt, for at konkurrenterne bæredygtigt kan forblive på markedet, at adgang til de specifikationer, det drejer sig om, kunne gøre det muligt for dem at undgå, at brugerne skal »logge sig på to gange« (betragtning 183 til den anfægtede beslutning). Denne begrundelse er fejlagtig, for det første fordi mange leverandører allerede tilbyder løsninger, der kun kræver ét logon, for det andet fordi det at skulle logge på to gange klart er en alternativ (om end en lidt mindre fordelagtig) løsning, og for det tredje fordi den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, er langt mere vidtgående, end den havde behøvet at være for at løse dette meget begrænsede problem.

341 Ligeledes i replikken har Microsoft efter at have henvist til de argumenter, der blev gengivet i præmis 125-128 ovenfor, og gentaget, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, ikke vil gøre det muligt for selskabets konkurrenter at udvikle produkter, som er »praktisk talt identiske« med Windows-serveroperativsystemerne, hævdet, at Kommissionen ikke har påvist, at der er en årsagsforbindelse mellem det forhold, at specifikationerne for Microsofts kommunikationsprotokoller »ikke er tilgængelige«, og det forhold, at selskabets konkurrenter angiveligt ikke er i stand til bæredygtigt at forblive på markedet.

342 I sine bemærkninger til interventionsindlæggene har Microsoft bestridt, at markedets aktører og forbrugerne kræver »fuldstændig substituerbarhed«, og hævdet, at et sådant krav er langt mere vidtgående end det »kriterium om nødvendighed«, Domstolen fastlagde i Bronner-dommen, nævnt i præmis 112 ovenfor, og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor. Microsoft har bl.a. anført, at selskabets konkurrenter »ikke har brug for Active Directory«, eftersom deres serveroperativsystemer har deres egne bibliotekstjenester, der kan levere arbejdsgruppetjenester til Windows-operativsystemer til klient-pc'er og arbejdsgruppeservere.

- 343 For det andet finder Microsoft, at den anfægtede beslutning er behæftet med en faktisk fejl, fordi Kommissionen ikke har taget i betragtning, at der findes flere forskellige serveroperativsystemer på markedet. Europæiske virksomheder har ifølge selskabet stadig heterogene computernetværk, dvs. netværk, der indeholder operativsystemer fra forskellige leverandører.
- 344 Hvad dette angår fremlagde Microsoft under den administrative procedure rapporter, hvori it-sagkyndige beskriver, »på hvilke måder der kan tilvejebringes interoperabilitet inden for computernetværk«. Desuden bekræfter svarene på Kommissionens begæring om oplysninger, at der almindeligvis er interoperabilitet mellem forskellige operativsystemtyper i europæiske computernetværk. 47% af de selskaber, der besvarede begæringerne om oplysninger, anførte således, at de anvendte serveroperativsystemer, der konkurrerer med Microsofts, til at levere fil- og udskriftstjenester til Windows-operativsystemer til klient-pc'er. Der foreligger dokumentation med et tilsvarende indhold for så vidt angår bruger- og gruppeadministrationstjenester. Endelig har Microsoft gentaget, at det fremgår af Mercer-rapporterne, at virksomhederne ikke vælger serveroperativsystem ud fra interoperabilitetshensyn.
- 345 Microsoft har ligeledes gjort gældende, at der kan opnås interoperabilitet mellem konkurrerende operativsystemer til servere og Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere ved hjælp af fem forskellige metoder. Hver af disse metoder udgør et alternativ til fremlæggelsen af de omtvistede kommunikationsprotokoller og gør det muligt for de pågældende operativsystemer at »fungere korrekt sammen«. Det er ganske vist ikke muligt at opnå den »fuldstændige substituerbarhed«, Kommissionen finder er nødvendig, ved hjælp af de nævnte forskellige metoder, men de gør det muligt let at opnå det »mindsteniveau af interoperabilitet, [som] er nødvendigt for at sikre en effektiv konkurrence«.

346 De fem metoder, Microsoft har omtalt, er følgende: for det første anvendelse af standardkommunikationsprotokoller såsom TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) og HTTP (HyperText Transfer Protocol), for det andet tilføjelse af programkode til et Windows-operativsystem til klient-pc'er eller servere, som gør det muligt for dette system at kommunikere med et konkurrerende serveroperativsystem ved hjælp af kommunikationsprotokoller, som er særlige for det sidstnævnte operativsystem, for det tredje tilføjelse af programkode til et konkurrerende serveroperativsystem, som gør det muligt for dette system at kommunikere med et Windows-operativsystem til klient-pc'er eller servere ved hjælp af kommunikationsprotokoller, som er særlige for Windows-operativsystemerne, for det fjerde anvendelse af et serveroperativsystem som »bro« mellem to forskellige rækker kommunikationsprotokoller og for det femte tilføjelse af en »blok« programkode til samtlige operativsystemer til klient-pc'er og servere i et netværk for at tilvejebringe interoperabilitet ved hjælp af kommunikation mellem de forskellige »blokke« af programkode. I samme forbindelse har Microsoft kritiseret Kommissionen for ikke at have bevist i den anfægtede beslutning, at det er »teknisk eller økonomisk umuligt« at foretage reverse engineering af Microsofts kommunikationsprotokoller.

347 Microsoft har tilføjet, at det fremgår af det materiale, Kommissionen indsamlede under den administrative procedure, at ovennævnte metoder fungerer i praksis for Linux og for de øvrige operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Leverandørerne af Linuxprodukter har til stadighed vundet markedsandele på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere uden at have haft adgang til specifikationerne for Microsofts kommunikationsprotokoller. Endvidere har Microsoft under henvisning til afsnit D og E i en rapport udarbejdet af Evans, Nichols og Padilla (bilag C.11 til replikken) anført, at Linuxprodukter vil fortsætte med at vinde terræn på bekostning af Windows-serveroperativsystemerne. Det er almindelig kendt, at Linux er en seriøs konkurrent til Microsoft, og at de ti største leverandører af servere til under 25 000 amerikanske dollars (USD) tilbyder arbejdsgruppeservere, hvorpå der er installeret Linux.

348 CompTIA og ACT har i det væsentlige fremsat de samme argumenter som Microsoft.

349 CompTIA har især kritiseret Kommissionens vurdering, hvorefter konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere skal kunne præstere en grad af interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er, som er »lige så høj som den, Microsoft selv har opnået«.

350 ACT har under henvisning til de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende dette punkt i sine skriftlige indlæg, hævdet, at der findes flere metoder, hvormed der kan sikres tilstrækkelig interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer. Desuden frygter ACT, at Kommissionens måde at fortolke kriteriet om nødvendighed på vil have negative virkninger for innovationen.

351 Kommissionen har gjort gældende, at det er nødvendigt for, at Microsofts konkurrenter fortsat kan deltage i konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, at Microsoft meddeler dem interoperabilitetsoplysninger.

352 Kommissionen har som det første anbringende anført for så vidt angår den angivelige retlige fejl, at Microsofts påstande bygger på en fejlagtig fremstilling af dens standpunkt og på en sammenblanding af forskellige spørgsmål, der behandles i den anfægtede beslutning. Kriteriet om nødvendighed kræver, at det undersøges, dels hvor høj en grad af interoperabilitet der er nødvendig for, at en konkurrent bæredygtigt kan forblive på markedet, dels om de oplysninger, hvortil der nægtes adgang, udgør den eneste økonomisk bæredygtige mulighed for at tilvejebringe denne grad af interoperabilitet.

353 Kommissionen har understreget, at de oplysninger, Microsoft nægter at fremlægge, »set fra en funktionel synsvinkel er forbundet med klient-pc'erne«, og fremhævet, at oplysningerne er nødvendige på grund af betydningen af, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan interoperere med klient-pc'erne (betragtning 383-386 til

den anfægtede beslutning), og den monopolagtige stilling, Microsoft indtager på markedet for operativsystemer til klient-pc'er.

354 Kommissionen har ligeledes bemærket, at den i betragtning 666-686 til den anfægtede beslutning foretager en undersøgelse i relation til kriteriet om nødvendighed, således som det er defineret i retspraksis, og herunder navnlig undersøger, om der findes andre løsninger end fremlæggelse af de omtvistede oplysninger, som ville gøre det muligt for virksomheder at konkurrere bæredygtigt med Microsoft på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

355 Ifølge Kommissionen er det Microsofts opfattelse, at den blotte eksistens af ineffektive interoperabilitetsløsninger, der kun gør det muligt for selskabets konkurrenter at opnå eller forsvare en minimal markedsandel, viser, at kriteriet om nødvendighed ikke er opfyldt. Denne opfattelse kan ikke godtages, eftersom det er i relation til det mål at bevare en effektiv konkurrencestruktur, der gavner forbrugerne, at det skal prøves, om kriteriet er opfyldt. Det drejer sig således om, hvorvidt de oplysninger, der nægtes fremlagt, er nødvendige for at udøve erhvervsmæssig virksomhed på det relevante marked »som en aktør, der øver et bæredygtigt konkurrencepres, og ikke som en minimal aktør, der reelt har forladt markedet med henblik på at udfylde en »niche««.

356 I duplikken har Kommissionen gjort klart, at dens standpunkt går ud på, at en dominerende virksomhed ikke har ret til at undergrave den effektive konkurrence på et afledt marked ved retsstridigt at nægte sine konkurrenter adgang til et »input«, som er nødvendigt for deres levedygtighed. Hvis der ikke er noget alternativ til det »input«, hvortil der nægtes adgang, som gør det muligt for konkurrenterne at øve et effektivt konkurrencepres på den dominerende virksomhed på det afledte marked, står det klart, at det pågældende »input« er nødvendigt for, at der kan opretholdes en effektiv konkurrence.

357 Ligeledes i duplikken har Kommissionen gentaget, at der findes en hel række mulige grader af interoperabilitet mellem Windowsbaserede pc'er og operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Kommissionen har ikke på forhånd fastsat et bestemt interoperabilitetsniveau som værende nødvendigt for, at der kan opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, men har baseret sin konklusion vedrørende dette punkt på, at de alternative metoder, Microsofts konkurrenter allerede har gjort brug af, og som »ikke har gjort det muligt at opnå det af kunderne krævede interoperabilitetsniveau på en økonomisk bæredygtig måde«, er klart utilfredsstillende. Kommissionen har på ny benægtet at have lagt en grad af interoperabilitet til grund, som gør det muligt at frembringe »praktisk talt identiske« produkter, således som Microsoft har påberåbt sig, og anført, at det ikke er nødvendigt, at Microsofts konkurrenter får tilladelse til at reproducere de interoperabilitetsløsninger, Microsoft har implementeret, men at det er nødvendigt, at de får mulighed for at tilvejebringe »en tilsvarende grad af interoperabilitet gennem deres egen innovationsindsats«. Endelig har Kommissionen anført, at den i betragtning 590-692 til den anfægtede beslutning undersøger de »alvorlige konsekvenser«, den begrænsede grad af interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er har for konkurrenterne og kunderne. Navnlig fører den adfærd, der foreholdes Microsoft, til, at alle selskabets konkurrenter gradvis fortrænges fra markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, endog på trods af at nogle dem oprindeligt har haft et betydeligt salgsmæssigt eller teknologisk forspring for Microsoft på dette marked (betragtning 587 og 688 til den anfægtede beslutning).

358 Som det andet anbringende har Kommissionen afvist påstandene om, at der foreligger en faktisk fejl.

359 For det første er det ikke blevet godtgjort, at de løsninger, hvortil de it-sagkyndige henviser i de rapporter, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, udgør økonomisk bæredygtige alternativer til fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger.

360 For det andet er det argument, Microsoft har fremført på grundlag af svarene på Kommissionens begæring om oplysninger, irrelevant, idet det »indebærer, at det er tilstrækkeligt, at der er interoperabilitet med mindre betydningsfulde aktører, eller at der allerede foreligger en vis interoperabilitet«. Microsoft har i realiteten set bort fra, at selskabets konkurrenter trådte ind på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, før Microsoft selv begyndte at sælge denne form for produkter. Da de omtvistede oplysninger er nødvendige for, at Microsofts konkurrenter fortsat kan repræsentere et bæredygtigt konkurrencepres i forhold til Microsofts produkter, er følgen den, at konkurrenterne gradvis vil blive fortrængt fra markedet. At fortrængningen endnu ikke er fuldført, er ikke ensbetydende med, at kriteriet om nødvendighed ikke er opfyldt, eftersom det afgørende er, om oplysningerne er nødvendige for bæredygtigt at kunne forblive på markedet som konkurrent.

361 For det tredje har Kommissionen med hensyn til de fem alternative metoder, hvormed der kan opnås interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer, og som Microsoft har påberåbt sig, anført, at selskabet ikke har bestridt de konstateringer, der foretages i den anfægtede beslutning vedrørende dette punkt, men blot har hævdet, at metoderne er »gennemførlige«, og at de gør det muligt for Microsofts og konkurrenternes produkter at »fungere korrekt sammen«.

362 Kommissionen har henvist til, at den allerede undersøgte metoderne i den anfægtede beslutning — herunder navnlig også spørgsmålet om, hvorvidt reverse engineering kunne udgøre et alternativ til fremlæggelse af interoperabilitetsoplysninger (betragtning 683-687 til den anfægtede beslutning) — og påviste, at de ikke udgør »bæredygtige erstatninger« for fremlæggelse af de omtvistede interoperabilitetsoplysninger.

363 Endelig har Kommissionen afvist Microsofts påstand om, at Linux' indtræden og angivelige vækst på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere strider imod vurderingen i den anfægtede beslutning.

364 Indledningsvis »[repræsenterer] tallene for Linux ikke en enkelt virksomheds markedsandel, men den indsats, som er gjort af en række konkurrerende leverandører, der baserer sig på Linux (Red Hat, Novell/SuSE, IBM, Sun m.fl.)«. De pågældende leverandørers respektive markedsandele er derfor »forsvindende små«.

365 Desuden har Kommissionen anfægtet konstateringerne i afsnit D i rapporten udarbejdet af Evans, Nichols og Padilla i bilag C.11 til replikken, idet den har gjort gældende, at:

- de data fra International Data Corporation (IDC), de nævnte sagkyndige har anvendt ved udarbejdelsen af rapporten, er omtrentlige og derfor ikke egnede til at være det eneste grundlag for en evaluering af markedsudviklingen, således som det anføres i betragtning 487-490 til den anfægtede beslutning
  
- dette »i endnu højere grad gælder de årlige ændringer, som er fuldstændig marginale set i forhold til markedets samlede størrelse«
  
- der ikke er nogen dokumentation for, at Linux' markedsandel på 6,75% af de solgte enheder, som Microsoft har beregnet ved at anvende en ekstrapoleringsfaktor, der vedrører samtlige servere, har gyldighed for markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere
  
- de to eksempler på svar på markedsundersøgelsen fra 2003, hvortil de sagkyndige henviser for at påvise, at der for Linux' vedkommende kan anvendes interoperabilitetsløsninger, der bygger på reverse engineering, ikke er repræsentative,

idet de pågældende virksomheder af de i alt over hundrede, der deltog i undersøgelsen, kun udgør to af tre virksomheder, der »havde anvendt Linux/Samba i ikke ubetydeligt omfang«

- de sagkyndige intet oplyser om, hvordan de fire andre metoder, hvormed der ifølge Microsoft kan sikres interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer, skulle have muliggjort Linux' påståede vækst på markedet i den periode, hvori det er blevet fastslået, at Microsoft retsstridigt har afslået at fremlægge interoperabilitetsoplysninger.

<sup>366</sup> Kommissionen har ligeledes anfægtet konstateringerne i afsnit E i samme rapport. Den har anført, at:

- den allerede i betragtning 605-610 til den anfægtede beslutning har afvist de argumenter, Microsoft har baseret på IDC's prognoser og resultaterne af Mercers tredje rundspørge
- IDC har tendens til at overvurdere, hvor store Linux' markedsandele kan forventes at blive inden for underkategorierne »netværksadministration« og »fil- og printerdeling«
- den »migration« fra Windows NT-operativsystemet til Linux-operativsystemet, der omtales i Merrill Lynch-rapporten af 8. marts 2004 (bilag 7 til bilag C.11 til replikken), formentlig er et isoleret fænomen, idet Windows NT er et »forældet produkt, i relation til hvilket Microsoft ikke længere yder support«

- Yankee Groups rapport af 25. maj 2004 (bilag 9 til bilag C.11 til replikken) drejer sig om serveroperativsystemer i almindelighed, ikke om operativsystemer til arbejdsgruppeservere, og derfor for en stor dels vedkommende er irrelevant for den foreliggende sag
  
- Forrester Researchs rapport af 27. maj 2004 (bilag 10 til bilag C.11 til replikken) ikke primært drejer sig om operativsystemer til arbejdsgruppeservere og indeholder konstateringer, der strider imod Microsofts argument, navnlig konstateringen af, at 92% af de adspurgte vil anvende Active Directory i 2006.

<sup>367</sup> SIIA har i det store og hele fremsat de samme argumenter som Kommissionen. SIIA har fremhævet, at det er af væsentlig betydning for konkurrencen på kvalitet inden for it-sektoren, at leverandørerne af operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan tilvejebringe interoperabilitet med Microsofts monopolagtigt stillede produkter »på lige vilkår« med Microsoft. Ifølge SIIA er det for at kunne konkurrere effektivt på markedet nødvendigt for leverandørerne at have adgang til de omtvistede interoperabilitetsoplysninger.

<sup>368</sup> FSFE har afvist Microsofts argument om, at der findes fem alternative metoder, hvormed der kan sikres interoperabilitet. FSFE har navnlig anført, at alle metoderne »angiver realistiske scenarier set fra en teknisk synsvinkel«, men at der »ses bort fra et grundlæggende element, nemlig autentificeringen«. Microsoft har sikret, at der er en »tæt kobling« mellem selskabets Windows-operativsystemer til klient-pc'er og dets egne »autentificeringsservere«, således at det ganske enkelt er umuligt at adskille autentificeringsfunktionen fra de øvrige funktioner, Windowsbaserede arbejdsgruppeservere udfører.

## Rettens bemærkninger

369 Som anført i præmis 207 ovenfor, foretog Kommissionen for at fastslå, om de omtvistede oplysninger er nødvendige, et ræsonnement i to trin, idet den først undersøgte, hvilken grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen operativsystemer til arbejdsgruppeservere leveret af Microsofts konkurrenter skulle præstere, for at konkurrenterne bæredygtigt kunne forblive på markedet, og derpå vurderede, om de interoperabilitetsoplysninger, Microsoft har afslået at give adgang til, er nødvendige for at opnå denne grad af interoperabilitet.

370 Microsoft har påstået, at dette ræsonnement er retligt og faktisk fejlagtigt.

## — Den påståede retlige fejl

371 Microsofts argumenter om Kommissionens påståede retlige fejl vedrører første trin i dens ræsonnement.

372 Microsoft har indledningsvis anfægtet den grad af interoperabilitet, Kommissionen har lagt til grund i det foreliggende tilfælde, da den efter Microsofts opfattelse er ensbetydende med at kræve, at konkurrenternes operativsystemer til arbejdsgruppeservere skal kunne kommunikere med Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere på nøjagtig samme måde som Windows-serveroperativsystemer. Microsoft har gentaget, at en sådan grad af interoperabilitet indebærer, at de sidstnævnte systemer og konkurrenternes systemer er praktisk talt identiske.

373 Disse påstande må forkastes.

374 Retten har i den forbindelse allerede i præmis 207-245 ovenfor beskrevet, hvilken grad af interoperabilitet Kommissionen lægger til grund i den anfægtede beslutning. Retten har bl.a. bemærket, at Kommissionen finder, at konkurrerende operativsystemer for at kunne konkurrere bæredygtigt med Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere skal kunne interoperere med Windows-domænearkitekturen på lige fod med Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere (jf. præmis 230 ovenfor). Retten har fastslået, at den interoperabilitet, Kommissionen lægger til grund, har to uadskillelige bestanddele, nemlig klient-server-interoperabilitet og server-server-interoperabilitet, og at den navnlig indebærer, at en server, hvorpå der anvendes et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, kan fungere som domænecontroller i et Windows-domæne, hvori der anvendes Active Directory, og følgelig kunne deltage i multimaster-replikationsmekanismen sammen med de øvrige domænecontrollere (jf. præmis 231 og 233 ovenfor).

375 Retten har ligeledes fastslået, i modsætning til, hvad Microsoft har gjort gældende, at Kommissionen ved at lægge en sådan grad af interoperabilitet til grund ikke har tilsigtet, at konkurrerende serveroperativsystemer i alle henseender fungerer som et Windows-serveroperativsystem, og at Microsofts konkurrenter følgelig skal være i stand til at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der er identiske eller »praktisk talt identiske« med Microsofts (jf. præmis 234-242 ovenfor).

376 Endelig har Microsoft rejst indvending mod, at Kommissionen har baseret sin vurdering af, hvilken grad af interoperabilitet der kræves, på, hvad der efter Kommissionens opfattelse er nødvendigt for, at udviklere af konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere bæredygtigt kan forblive på markedet.

377 Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at Retten allerede i præmis 229 ovenfor fastslog, at Kommissionens fremgangsmåde er korrekt.

378 Endelig har Microsoft gjort gældende, at det ikke er nødvendigt, at de operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som udbydes af Microsofts konkurrenter, præsterer den grad af interoperabilitet, Kommissionen har lagt til grund, for at konkurrenterne bæredygtigt kan forblive på markedet.

379 Det skal understreges, at Kommissionens vurdering af dette spørgsmål i den anfægtede beslutning bygger på komplicerede økonomiske vurderinger, hvorfor Retten kun kan underkaste vurderingen en begrænset kontrol (jf. præmis 87 ovenfor).

380 Det følger af de nedenstående betragtninger, at Microsoft ikke har påvist, at Kommissionens vurdering er åbenbart fejlagtig.

381 For det første har Microsoft ikke påvist, at Kommissionens vurdering, hvorefter »interoperabilitet med operativsystemet til klient-pc'er er af væsentlig konkurrencemæssig betydning på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere« (betragtning 586 til den anfægtede beslutning), er åbenbart fejlagtig.

382 Tværtimod bekræftes rigtigheden af denne vurdering af flere faktorer.

383 Således som det bl.a. fremgår af den tekniske redegørelse for de relevante produkter i betragtning 21-59 til den anfægtede beslutning, og således som det fremgik af de forklaringer, parternes sagkyndige gav under retsmødet, fungerer computerprogrammer ifølge deres karakter ikke isoleret, men er udformet med henblik på at kunne kommunikere og fungere sammen med andre computerprogrammer og anden hardware, bl.a. i netværksmiljøer (jf. desuden, i præmis 157 ovenfor, tiende betragtning til direktiv 91/250).

384 På samme måde er nødvendigheden af, at operativsystemer til klient-pc'er på den ene side og operativsystemer til arbejdsgruppeservere på den anden side kan fungere sammen, særlig stor i computernetværk, der er oprettet inden for en organisation. Således som Kommissionen fremhæver i betragtning 383 til den anfægtede beslutning, og således som det blev fastslået i præmis 161 ovenfor, er fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper tæt forbundet med anvendelsen af klient-pc'erne og leveres til klient-pc'erne som en helhed af indbyrdes forbundne funktioner. Således som parternes sagkyndige forklarede under retsmødet, »aktiveres« forbindelserne mellem arbejdsgruppeserverne på den ene side og klient-pc'erne på den anden side i et computernetværk af handlinger eller anmodninger fra brugerne af klient-pc'erne, eksempelvis indtastning af et navn eller en adgangskode, oprettelse af en fil eller anmodning om udskrivning af et dokument. Det er ligeledes korrekt, når Kommissionen i betragtning 532 til den anfægtede beslutning anfører, at »[k]lient-pc'er og arbejdsgruppeservere udgør noder (knudepunkter) i et computernetværk og [derfor er] fysisk forbundet med hinanden«. Endelig er en af de væsentligste funktioner, der udføres af operativsystemer til arbejdsgruppeservere, netop at administrere klient-pc'er.

385 Det skal tilføjes, at betydningen af, at der er interoperabilitet mellem operativsystemer til arbejdsgruppeservere og operativsystemer til klient-pc'er, bekræftes af nogle resultaterne af Mercers rundspørger, således som det anføres i betragtning 383-386 til den anfægtede beslutning. Ud over resultaterne af Mercers anden og tredje

rundspørge, som behandles i præmis 401-412 nedenfor, og som specifikt vedrører interoperabilitet med klient-pc'er, hvorpå der anvendes et Windows-operativsystem, fremgår det af Mercers første rundspørge, at den lethed, hvormed et produkt kan indpasses i et eksisterende eller planlagt computermiljø, er en af de væsentligste faktorer, it-ansvarlige tager i betragtning, når de træffer beslutning om anskaffelse af edb-produkter. Ligeledes fremgår det af en sammenligning af nogle af resultaterne af denne undersøgelse og nogle af resultaterne af den tredje Mercer-undersøgelse, at betydningen af, at der er interoperabilitet mellem med operativsystemerne til klient-pc'er, er mere udtalt, når der er tale om operativsystemer til arbejdsgruppeservere, end når der er tale om andre former for serverprodukter (betragtning 386 til den anfægtede beslutning).

386 For det andet anser Retten det for endnu mere betydningsfuldt, at der er interoperabilitet mellem operativsystemer til arbejdsgruppeservere og operativsystemer til klient-pc'er, når de sidstnævnte systemer er Windows-systemer.

387 Således som Kommissionen anfører i betragtning 429 og 472 til den anfægtede beslutning, udviser den dominerende stilling, Microsoft indtager på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, nemlig nogle »ganske særlige træk«, navnlig fordi Microsofts markedsandele på dette marked udgør over 90% (betragtning 430-435 til den anfægtede beslutning), og Windows repræsenterer »de facto-standard« for sådanne operativsystemer.

388 Eftersom Windows-operativsystemet således findes på næsten alle de klient-pc'er, der er installeret i organisationerne, er det ikke bæredygtigt at fortsætte med at markedsføre konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere, hvis de ikke kan præstere en høj grad af interoperabilitet med Windows.

389 For det tredje bemærker Retten, at det ifølge den anfægtede beslutning er væsentligt, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, ikke blot kan interoperere med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er, men også med Windows-domænearkitekturen mere generelt.

390 Kommissionen finder nærmere bestemt, at konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere for at kunne markedsføres bæredygtigt skal kunne deltage i Windows-domænearkitekturen — som er en »arkitektur« af tæt sammenhængende forbindelser og interaktioner mellem både klienter og servere og servere og servere (jf. præmis 179-189 ovenfor) — på lige fod med Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Dette forudsætter navnlig, at en server, hvorpå der anvendes et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, kan fungere som domænecontroller i et Windows-domæne, hvori der anvendes Active Directory, og følgelig kunne deltage i multimaster-replikationsmekanismen sammen med de øvrige domænecontrollere.

391 Microsoft har ikke påvist, at denne vurdering er åbenbart fejlagtig.

392 For det første er det i betragtning dels af de særligt tætte bånd, Microsoft har knyttet mellem på den ene side sine Windows-operativsystemer til klient-pc'er og på den anden side sine operativsystemer til arbejdsgruppeservere, dels af det forhold, at Windows-operativsystemet findes på næsten alle de klient-pc'er, som er installeret i organisationerne, velbegrunder, når Kommissionen i betragtning 697 til den anfægtede beslutning finder, at Microsoft har kunnet gøre Windows-domænearkitekturen til »de facto-standard for databehandling inden for arbejdsgrupper« (jf. ligeledes

herom betragtning 779 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen anfører, at den monopolagtige stilling, Microsoft i årevis har rådet over på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, betyder, at Microsoft »i vid udstrækning, og uafhængigt af sine konkurrenter, kan fastsætte, hvorledes det sammenhængende system af kommunikationsregler skal være, der er bestemmende for de facto-standarden for interoperabilitet inden for arbejdsgruppenetværk«).

393 For det andet godtgør, således som Kommissionen anfører i betragtning 637 til den anfægtede beslutning, oplysninger fra flere forskellige kilder, herunder Microsofts eget markedsføringsmateriale, rapporter fra analytikere og oplysninger indsamlet inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003 og Mercers rundspørger, at interoperabilitet med Windowsmiljøet udgør en væsentlig begrundelse for at vælge Microsofts operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

394 Kommissionen henviser således i betragtning 638-641 til den anfægtede beslutning til forskellige data, der viser, at Microsoft i sin markedsføring systematisk anvender interoperabilitet med Windowsmiljøet som et central argument for at anskaffe selskabets operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Disse data er ikke blevet anfægtet af Microsoft.

395 På samme måde henviser Kommissionen i betragtning 642-646 til den anfægtede beslutning til nogle af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 til underbygning af, at interoperabilitet med Windowsmiljøet spiller en væsentlig rolle, når de adspurgte organisationer træffer afgørelser om anskaffelse af operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

396 I stævningen nøjes Microsoft med at hævde, at organisationerne ikke vælger serveroperativsystemer ud fra hensynet til systemernes interoperabilitet med Windowsoperativsystemerne, og henviser generelt til to dokumenter, der er bilagt stævningen

[bilag A.12.1 (Matthews: »The Commission's Case on Microsoft's Interoperability: An Examination of the Survey Evidence«) og bilag A.22 (Evans, Nichols et Padilla: »The Commission Has Failed to Address Major Flaws in the Design, Conduct, and Analyses of Its Article 11 Inquiries«)]. Retten kan af de grunde, der blev angivet i præmis 94-99 ovenfor, ikke tage hensyn til disse bilag.

397 Under alle omstændigheder bekræfter resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 Kommissionens opfattelse.

398 Under undersøgelsen anmodede Kommissionen således de adspurgte virksomheder om at oplyse, om de havde installeret (eller besluttet at installere) Active Directory i størstedelen af Windows-domænerne i deres computernetværk (spørgsmål 15). Den anmodede ligeledes de virksomheder, der havde svaret bekræftende på dette spørgsmål, nemlig 61 af 102 virksomheder, om at angive, hvilke af de på en liste opførte faktorer, der havde haft væsentlig betydning for deres beslutning om at vælge Active Directory (spørgsmål 16). Af de 61 virksomheder anførte 52 (dvs. ca. 85,2%) som en sådan faktor, at »Active Directory frembyder en bedre integration med Windowsbaserede arbejdsstationer, herunder med de applikationer, som anvendes på klient-pc'erne, eller som er integreret i klient-pc'erne (f.eks. Outlook, Office), end konkurrerende bibliotekstjenester«, eller at »de applikationer, der anvendes i [deres] organisation, kræver Active Directory« (spørgsmål 16). Derimod angav kun 17 virksomheder (dvs. ca. 27,9%), at en af følgende faktorer havde haft væsentlig betydning for deres beslutning om at vælge Active Directory: »Active Directory giver en bedre integration med webtjenester end konkurrerende bibliotekstjenester«, »Active Directory er et mere veludviklet produkt end de konkurrerende bibliotekstjenester«, og »Active Directory udviser en højere grad af overensstemmelse med biblioteksstandarderne og en kvalitativt bedre implementering af standarderne end de konkurrerende bibliotekstjenester.«

399 På samme måde blev de af markedsundersøgelsen fra 2003 omfattede virksomheder ligeledes spurgt, om de primært anvendte Windowsbaserede servere til levering af fil- og udskriftstjenester (spørgsmål 13). I bekræftende fald skulle de oplyse, om en række interoperabilitetsrelaterede faktorer, der var angivet i spørgsmålet, havde haft væsentlig betydning for deres beslutning om at benytte sådanne servere. Af de 77 virksomheder, der besvarede spørgsmålet, angav 58 (dvs. ca. 75,3%) mindst én af de pågældende faktorer.

400 I fodnote 101 til stævningen og i fodnote 68 til replikken har Microsoft hævdet — idet selskabet dog kun har henvist generelt til, hvad der anføres i to bilag (bilag A.22 til stævningen og afsnit A i bilag C.13 til replikken (Evans, Nichols og Padilla: »Response to the Commission's Annex B.6 Regarding Its Article 11 Inquiries«)) — at flere af de spørgsmål, Kommissionen stillede inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003, var »fejlbehæftede« eller »ensidige«. Dette argument kan ikke tiltrædes. Bortset fra at en sådan generel henvisning til bilag ikke kan antages til realitetsbehandling af de grunde, der blev angivet i præmis 94-99 ovenfor, indeholder Microsofts argument den indre modsigelse, at selskabet i de passager i sine indlæg, de pågældende fodnoter knytter sig til, netop påberåber sig nogle af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 til støtte for sin egen opfattelse.

401 Desuden leder resultaterne af Mercers anden og tredje rundspørge for så vidt angår den betydning, interoperabilitet med Windows-operativsystemerne har for forbrugerne, til de samme konklusioner som markedsundersøgelsen fra 2003, i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende.

402 Idet Mercer anførte de samme interoperabilitetsfaktorer som i spørgsmål 13 i markedsundersøgelsen fra 2003 (jf. præmis 399 ovenfor), anmodede selskabet således inden for rammerne af sin anden rundspørge en række it-ansvarlige, i hvis

organisation der primært anvendtes Windows-operativsystemer til levering af fil- og udskriftstjenester, om at oplyse, om en eller flere af disse faktorer havde haft væsentlig betydning for deres beslutning om at vælge sådanne operativsystemer, idet de skulle tildele faktorerne en karakter på en progressiv skala, der gik fra 1 (ringe betydning) til 5 (stor betydning). Af de 134 it-ansvarlige, det drejede sig om, angav 99 (dvs. ca. 73,9%), at mindst én af faktorerne havde haft en sådan betydning. Ydermere tildelte 91 it-ansvarlige (dvs. ca. 67,9%) mindst én af faktorerne karakteren 4 eller 5.

403 Inden for rammerne af samme rundspørge blev de adspurgte it-ansvarlige ligeledes anmodet om at vurdere, hvor stor betydning 21 forskellige faktorer havde haft for deres beslutninger om, hvilke operativsystemer de skulle anskaffe til at udføre fil- og udskriftstjenester, idet de skulle tildele faktorerne en karakter på en progressiv skala, der gik fra 0 (ingen betydning) til 5 (stor betydning). Faktoren »interoperabilitet med (Windowsbaserede) arbejdsstationer« blev tildelt gennemsnitskarakteren 3,78 og placeret på fjerdepladsen efter faktorerne »pålidelighed/tilgængelighed« (gennemsnitskarakter 4,01), »disponible funktioner og muligheder for (intern eller ekstern) hjælp« (gennemsnitskarakter 3,93) og »sikkerhed« (gennemsnitskarakter 3,80).

404 Endvidere fremgår det af resultaterne af Mercers anden rundspørge, at de pågældende it-ansvarlige, som var blevet anmodet om at vurdere betydningen af 18 faktorer for deres beslutninger om anskaffelse af bibliotekstjenester, tildelte faktoren »interoperabilitet med (Windowsbaserede) arbejdsstationer« gennemsnitskarakteren 3,94 (førstepladsen).

405 Inden for rammerne af Mercers tredje rundspørge blev de it-ansvarlige anmodet om at vurdere, hvor stor betydning 13 forskellige faktorer havde haft for deres beslutninger om, hvilke operativsystemer til arbejdsgruppeservere de skulle anskaffe, idet de skulle tildele faktorerne en karakter på en progressiv skala, der gik fra 0 (ingen betydning) til 5 (stor betydning). I svarene på denne anmodning opnåede faktoren

»interoperabilitet med Windowsbaserede arbejdsstationer« gennemsnitskarakteren 4,25. Skønt denne faktor kun blev placeret på andenpladsen, nemlig mellem faktorerne »serveroperativsystemets pålidelighed/tilgængelighed« (gennemsnitskarakter 4,47) og »serveroperativsystemets indbyggede sikkerhed« (gennemsnitskarakter 4,04), viser de resultater, den opnåede, at de beslutninger, der træffes af køberne af operativsystemer til arbejdsgruppeservere, i vid udstrækning dikteres af hensynet til interoperabiliteten med Windows-baserede klient-pc'er.

406 Ganske vist blev de it-ansvarlige inden for rammerne af Mercers tredje rundspørge ligeledes anmodet om at vurdere den relative betydning af ovennævnte 13 faktorer, og på dette grundlag var der en klart større forskel mellem faktorerne »serveroperativsystemets pålidelighed/tilgængelighed« (der nåede førstepladsen med 34%) og faktoren »interoperabilitet med Windowsbaserede arbejdsstationer« (som nåede andenpladsen med 9%). Disse resultater skal dog fortolkes under hensyn til, at interoperabilitet — således som Kommissionen forklarer i betragtning 643 og 649 til den anfægtede beslutning — er en faktor, der påvirker andre faktorer, som køberne tager i betragtning, når de vælger operativsystem til arbejdsgruppeservere. Køberne kan f.eks. tro, at et operativsystem til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, er mangelfuldt med hensyn til sikkerhed eller databehandlingshastighed, skønt manglerne i realiteten skyldes mangelfuld interoperabilitet med Windows-operativsystemerne (jf. hvad dette angår de to eksempler, Kommissionen anfører i fodnote 786 til den anfægtede beslutning). De pågældende købere vil derfor være tilbøjelige til at undervurdere betydningen af denne interoperabilitet.

407 Resultaterne af Mercers tredje rundspørge er ligeledes betydningsfulde, idet de viser, at Microsofts åbenbare og stadig større forspring for konkurrenterne på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (jf. hvad dette angår undersøgelsen i præmis 479-620 nedenfor af omstændigheden vedrørende udelukkelse af konkur-

rencen) i mindre grad skyldes kvaliteten af selskabets produkter end den fordel, de råder over med hensyn til interoperabilitet.

408 De pågældende it-ansvarlige blev således ikke alene anmodet om at vurdere den relative betydning af 13 forskellige faktorer for deres beslutninger om anskaffelse af operativsystemer til arbejdsgruppeservere (jf. præmis 406 ovenfor), men også for hver enkelt af disse faktorer at vurdere den præstation, operativsystemerne Linux, NetWare, UNIX og Windows hver især ydede.

409 Windows opnåede herved den laveste gennemsnitskarakter (3,63) for faktoren »serveroperativsystemets pålidelighed/tilgængelighed«, skønt de adspurgte it-ansvarlige havde placeret denne faktor på førstepladsen (34%). UNIX-systemer nåede en klar førsteplads (gennemsnitskarakter 4,55), fulgt af Linux-systemer (gennemsnitskarakter 4,10) og NetWare (gennemsnitskarakter 4,01).

410 På samme måde opnåede Windows den laveste gennemsnitskarakter for sin præstation med hensyn til »serveroperativsystemets indbyggede sikkerhed« (gennemsnitskarakter 3,14), langt efter systemerne UNIX (gennemsnitskarakter 4,09), NetWare (gennemsnitskarakter 3,82) og Linux (gennemsnitskarakter 3,73), skønt denne faktor spiller en meget væsentlig rolle, når organisationerne træffer beslutninger om anskaffelse af operativsystemer til arbejdsgruppeservere (jf. præmis 405 ovenfor). Disse resultater er så meget mere bemærkelsesværdige, som køberne — som anført i præmis 406 ovenfor — vil være tilbøjelige til at tro, at problemer, der reelt skyldes mangel på interoperabilitet med Windows-systemerne, vedrører sikkerheden.

- 411 Det er omvendt slående, at Windows for sin præstation for så vidt angår faktoren »interoperabilitet med Windowsbaserede arbejdsstationer« blev tildelt den højeste gennemsnitskarakter (4,87) af alle de gennemsnitskarakterer, der blev tildelt de forskellige serveroperativsystemer, det drejede sig om, for hver af de 13 faktorer, Mercer havde valgt. Desuden er det med hensyn til denne faktor, at forskellen mellem Microsofts og konkurrenternes operativsystemer er mest markant, idet NetWare opnåede gennemsnitskarakteren 3,78, Linux gennemsnitskarakteren 3,43 og UNIX gennemsnitskarakteren 3,29.
- 412 Ligeledes i denne retning bemærkes — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 662 til den anfægtede beslutning — at hvis der foretages en vejning af de gennemsnitskarakterer for præstation, der blev tildelt Linux, NetWare, UNIX og Windows for så vidt angår hver af de 13 faktorer på grundlag af deres procentuelle »relative betydning«, og de vejede karakterer derpå lægges sammen, er det UNIX, der opnår det bedste resultat, fulgt først af Windows og derpå — med meget sammenlignelige resultater, som ikke er kendeligt dårligere end Windows' — Linux og NetWare.
- 413 For det tredje bemærker Retten, at Kommissionen i betragtning 183 til den anfægtede beslutning anfører, at »[n]år en arbejdsgruppeserver [som ikke er Windowsbaseret] føjes til et Windowsbaseret arbejdsgruppenetværk, vil den grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen, den pågældende arbejdsgruppeserver kan opnå, indvirke på, hvor effektivt serveren kan levere sine tjenester til netværkets brugere«.
- 414 Rigtigheden af denne konstatering bekræftes af flere forhold, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning. Heri beskrives nemlig en række problemer, som operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, støder på, fordi de ikke kan interoperere med Windows-domænearkitekturen i samme grad som Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

415 Kommissionen nævner som et første eksempel herpå, at hvis en arbejdsgruppesserver ikke interopererer med det Windowsbaserede arbejdsgruppenetværks »sikkerhedsarkitektur« i tilstrækkeligt omfang, kan en bruger, der ønsker adgang til både »Windowsbaserede ressourcer« og »ressourcer, der tilbydes af arbejdsgruppesservere [hvorpå der anvendes konkurrerende operativsystemer]«, være nødt til at logge på to gange (betragtning 183 til den anfægtede beslutning). Microsoft har i sine skriftlige indlæg ikke bestridt eksistensen af dette problem, men kun forsøgt at bagatellisere det (jf. præmis 340 ovenfor). Under retsmødet fremhævede en af Microsofts sagkyndige dog selv de risici, flere brugernavne og adgangskoder repræsenterer for sikkerheden i netværket, og de ulemper med hensyn til effektivitet og produktivitet, som er forbundet med, at brugerne skal indtaste flere brugernavne og adgangskoder.

416 Endnu et eksempel anføres i betragtning 196 til den anfægtede beslutning. Heri gengiver Kommissionen en udtalelse, Microsoft fremsatte i selskabets svar af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter, og ifølge hvilken »der er flere muligheder for regelbaseret administration [af brugergrupper], når en Windows 2000 Professional-baseret klient-pc er koblet til en Windows 2000-baseret server, hvorpå der anvendes Active Directory, end når serveren fungerer i enkeltstående opsætning eller udgør en del af et domæne eller en partition, som ikke er baseret på Windows 2000«.

417 I betragtning 240 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at Microsoft over et år efter udsendelsen af Windows 2000 endnu ikke havde fremlagt en opdateret udgave af specifikationerne for CIFS/SMB-protokollen for konkurrenterne. I fodnote 319 bemærker den med rette, at selv om Microsoft havde fremlagt specifikationerne, ville det ikke have været tilstrækkeligt til at sikre »tilfredsstillende administration af filtjenesten«.

418 Endvidere skal der henvises til de betragtninger, Kommissionen helt korrekt har fremsat vedrørende ADSI-grænsefladen, som Microsoft har udviklet for at gøre det muligt for softwareleverandører at få adgang til LDAP-protokollen, som Active

Directory bygger på (betragtning 243-250 til den anfægtede beslutning). Mere specifikt henvises til de begrænsninger, den af Novell udviklede »ADSI provider« udviser (betragtning 250 til den anfægtede beslutning).

419 I betragtning 251-266 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at Microsoft har foretaget »ejerskabsbaserede« udvidelser af Kerberos-standardprotokollen, og at operativsystemer til arbejdsgruppeservere, hvori der benyttes den »ikke-udvidede« version af denne protokol, støder på vanskeligheder i forbindelse med autentificeringen, når de anvendes i et Windowsmiljø (jf. desuden fodnote 786 til den anfægtede beslutning). Der skal i den forbindelse mindes om, at der ved anvendelse af Kerberos-protokollen, som ændret af Microsoft, opnås fordele, navnlig med hensyn til forbindelsernes hastighed og effektivitet (jf. betragtning 52 til den anfægtede beslutning og præmis 170 ovenfor).

420 Kommissionen anfører i betragtning 283-287 til den anfægtede beslutning korrekt, at de »værktøjer til synkronisering af biblioteker«, hvortil Microsoft har henvist, kun gør det muligt for bibliotekstjenesterne i konkurrenternes systemer at gennemføre en begrænset synkronisering med Active Directory. Den peger navnlig på, at værktøjerne »kun synkroniserer en begrænset del af oplysningerne i et bibliotek« og »ikke ophæver nødvendigheden af separat administration af brugere, tilladelser, gruppetilhørsforhold og sikkerhedsregler for henholdsvis de Windowsbaserede og de ikke-Windowsbaserede arbejdsgruppeservere« (betragtning 285 til den anfægtede beslutning).

421 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsoft ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en åbenbar fejl, da den fandt, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerer med Microsofts, må kunne interoperere med Windows-domænearkitekturen på lige fod med Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere for at kunne markedsføres bæredygtigt på markedet.

422 Det må ligeledes udledes af det foranstående, at denne manglende interoperabilitet styrker Microsofts konkurrencemæssige stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, navnlig fordi den får forbrugerne til at foretrække Microsofts operativsystem til arbejdsgruppeservere frem for konkurrenternes, skønt deres systemer har egenskaber, som forbrugerne tillægger stor betydning.

— Den påståede retlige fejl

423 Microsoft har fremsat to typer af anbringender vedrørende den retlige fejl, Kommissionen påstås at have begået.

424 Som det første anbringende har Microsoft gjort gældende, at Kommissionens opfattelse står i modsætning til, dels at der findes flere operativsystemer til arbejdsgruppeservere på markedet, og at computernetværkene i europæiske virksomheder er heterogene, dels at leverandørerne af Linuxprodukter for nylig er trådt ind på markedet og til stadighed vinder nye markedsandele uden at have adgang til de omtvistede interoperabilitetsoplysninger.

425 Det første af de argumenter, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, er ikke tilstrækkeligt til at rejse tvivl om det velbegrundede i Kommissionens opfattelse.

426 Først og fremmest har, i modsætning til, hvad Microsoft har gjort gældende, hensynet til interoperabiliteten stor betydning, når der træffes beslutning om anskaffelse af operativsystemer til arbejdsgruppeservere (jf. præmis 381-412 ovenfor).

427 Ligeledes fremgår det af Mercers tredje rundspørge, at faktoren »interoperabilitet med Windowsbaserede arbejdsstationer« er den faktor, hvor der viser sig den klareste forskel mellem Microsofts operativsystem til arbejdsgruppeservere og konkurrenternes (jf. præmis 411 ovenfor).

428 Endvidere havde, således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 569-582 nedenfor, Microsofts konkurrenter, bortset fra leverandørerne af Linux-produkter, været til stede på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere i flere år, da Microsoft begyndte at udvikle og markedsføre sådanne systemer. Ganske vist var konkurrenterne stadig til stede på markedet, da den anfægtede beslutning blev vedtaget, men deres markedsandel er faldet mærkbart, samtidig med at Microsofts er steget, på trods af at nogle af dem, navnlig Novell, havde et betydeligt teknologisk forspring for Microsoft. At udelukkelsen af konkurrencen sker gradvis og ikke straks, strider ikke mod Kommissionens opfattelse, hvorefter de omtvistede oplysninger er nødvendige.

429 Således som Kommissionen har anført som svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål, beror den omstændighed, at Microsofts konkurrenter kunne fortsætte med at sælge deres operativsystemer til arbejdsgruppeservere i årene forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, derfor dels på, at der på dette tidspunkt var installeret en ikke ubetydelig bestand af klient-pc'er i organisationerne, hvorpå der anvendtes et Windows-operativsystem, som tilhørte en ældre produktrække end Windows 2000-produktrækken (jf. betragtning 441-444 til den anfægtede beslutning). Det fremgår f.eks. af tabellen i betragtning 446 til den anfægtede beslutning, at der endnu

i 2001 blev udstedt et stort antal nye licenser til operativsystemerne til klient-pc'er Windows 98, Windows Millenium Edition (Windows Me) og Windows NT. Det var netop i relation til Windows 2000-produktrækken, at interoperabilitetsproblemerne blev særligt påtrængende for Microsofts konkurrenter (jf. præmis 571-573 nedenfor). Ligeledes var der på samme tidspunkt endnu installeret en ikke ubetydelig bestand af arbejdsgruppeservere, hvorpå der anvendtes Windows NT-operativsystemerne, som gav anledning til færre interoperabilitetsproblemer end de systemer, der har efterfulgt dem. Det skal nævnes i den forbindelse, at der går flere år imellem, at organisationerne foretager ændringer i deres arbejdsgruppenetværk, og at det kun sker skridt for skridt (jf. betragtning 590 til den anfægtede beslutning).

430 Det andet af de argumenter, hvortil der blev henvist i præmis 424 ovenfor, nemlig argumentet om Linux-produkternes indtræden og vækst på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, må ligeledes forkastes.

431 Det bemærkes herom først og fremmest, at de data fra IDC, Microsoft har lagt til grund for sin beskrivelse af udviklingen i Linux-produkters stilling på markedet, er behæftet med en række fejl, således som Kommissionen anfører i betragtning 487 og 488 til den anfægtede beslutning, og således som det vil fremgå af præmis 502 og 553 nedenfor. Disse data hidrører nemlig fra en database, IDC etablerede ved at opstille otte hovedkategorier af arbejdsopgaver, serverne løser inden for organisationerne, idet hovedkategorierne omfattede flere »underkategorier«. De to underkategorier af arbejdsopgaver, som er mest sammenlignelige med de arbejdsgruppeopgaver, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning, nemlig fil- og printerdelingsopgaver samt opgaver vedrørende bruger- og gruppeadministration, benævnes henholdsvis »fil/printerdeling« og »netværksadministration« (betragtning 486 til den anfægtede beslutning). De arbejdsopgaver, som henhører under de to underkategorier, svarer imidlertid ikke fuldstændig til de tjenester, som udgør markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Ydermere kræver nogle af de pågældende arbejdsopgaver

en lavere grad af interoperabilitet mellem klient-pc'er og servere end de arbejdsgruppeopgaver, Kommissionen har lagt til grund, og der er derfor større sandsynlighed for, at disse arbejdsopgaver vil blive løst af operativsystemer, der konkurrerer med Microsofts.

432 Endvidere udviste Linux-produkter i årene forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning kun en beskeden vækst på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppe-servere. Anvendt i kombination med programmet Samba (der er udviklet ved hjælp af reverse engineering) kunne Linux-produkterne opnå en vis grad af interoperabilitet med Windows-operativsystemerne. Graden af interoperabilitet blev imidlertid væsentligt mindre efter udsendelsen af Windows 2000-generationen. Først i oktober 2003 — dvs. på et tidspunkt, hvor Microsoft allerede i flere måneder havde markedsført Windows 2003 Server-operativsystemet, som efterfulgte Windows 2000 Server — gjorde den grad af interoperabilitet, det var lykkedes Linux-produkter at opnå, det kun muligt for sådanne produkter at fungere som medlemsservere i et domæne, hvori der anvendtes Active Directory (jf. betragtning 296 og 297 til den anfægtede beslutning).

433 Endelig er, således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 595-605 nedenfor, Linux-produkters forventede vækst på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppe-servere mindre, end Microsoft har påstået, og vil ikke finde sted på bekostning af Microsofts systemer, men på bekostning navnlig af systemer fra Novell og leverandørerne af Linux-produkter.

434 For det andet har Microsoft gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at der ud over fremlæggelse af de omtvistede oplysninger kan sikres tilstrækkelig interoperabilitet mellem forskellige leverandørers operativsystemer ved hjælp af flere andre metoder.

435 Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at Microsoft både i sine skriftlige indlæg og som svar på et spørgsmål, der blev stillet selskabet under retsmødet, selv har indrømmet, at ingen af de metoder eller løsninger, hvortil det har henvist, gør det muligt at opnå den høje grad af interoperabilitet, Kommissionen med rette har forudsat i det aktuelle tilfælde.

436 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsoft ikke har godtgjort, at der ikke foreligger den omstændighed i den aktuelle sag, at interoperabilitetsoplysningerne er nødvendige.

### iii) Udelukkelse af konkurrencen

#### Parternes argumenter

437 Microsoft har hævdet, at det afslag, der foreholdes selskabet, ikke kan føre til udelukkelse af enhver konkurrence på et afledt marked, i det foreliggende tilfælde markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

438 Til underbygning heraf har Microsoft for det første gjort gældende, at Kommissionen i dette tilfælde har lagt et forkert retligt kriterium til grund.

439 Microsoft har anført, at Kommissionen i betragtning 589 til den anfægtede beslutning kun henviser til, at der er »fare« for, at konkurrencen udelukkes på markedet. I sager, der vedrører pligt til at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder,

har Domstolen imidlertid altid efterprøvet, om det afslag, der var tale om, kunne »føre til udelukkelse af enhver konkurrence«, og hvad dette angår stillet den betingelse, at dette var »næsten sikkert«. Kommissionen burde derfor have lagt et snævrere kriterium til grund, nemlig at der var »stor sandsynlighed for« udelukkelse af en effektiv konkurrence. I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, betyder udtrykkene »fare«, »mulighed« og »sandsynlighed« ikke det samme.

440 Microsoft har tilføjet, at henvisningen i den anfægtede beslutning til dommene i sagen Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen og i CBEM-sagen, nævnt i præmis 320 ovenfor, er irrelevant. De sager, der førte til disse domme, drejede sig nemlig ikke om afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. Desuden var der i begge sager en reel udsigt til umiddelbar udelukkelse af konkurrencen, da der ikke var nogen alternativ forsyningskilde.

441 For det andet har Microsoft gjort gældende, at Kommissionens opfattelse, hvorefter Microsofts afslag på at fremlægge sine kommunikationsprotokoller for konkurrenterne kan føre til udelukkelse af konkurrencen på markedet for serveroperativsystemer, strider imod de forhold, der kan iagttages på markedet. Microsoft har således gentaget, dels at europæiske virksomheder almindeligvis har heterogene it-miljøer, der består af både Windows-operativsystemer til klient-pc'er og servere og konkurrerende serveroperativsystemer, dels at det fremgår af Mercer-rapporterne, at erhvervskunder træffer afgørelse om indkøb af serveroperativsystemer ud fra en hel række kriterier, såsom pålidelighed, skalerbarhed og applikationskompatibilitet, og ikke betragter interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er som et afgørende kriterium.

442 Microsoft har ligeledes bemærket, at selskabet seks år efter det påståede afslag stadig har mange konkurrenter på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, bl.a. IBM, Novell, Red Hat og Sun samt en række leverandører af Linux-produkter.

Microsoft har gentaget, at Linux er indtrådt på markedet for nylig og har oplevet en hurtig vækst, og at det er ubestridt, at Linux-produkterne, alene eller i kombination med Samba-produkterne eller Novells serverprogrammer Nterprise, konkurrerer direkte med Windows-serveroperativsystemerne med henblik på løsning af en lang række opgaver, bl.a. levering af arbejdsgruppetjenester til Windows-operativsystemerne til klient-pc'er. Desuden har IDC, der beskriver sig selv som verdens førende markedsundersøgelser- og rådgivningsvirksomhed inden for it- og telekommunikationsbranchen, vurderet, at der ikke er fare for, at konkurrencen udelukkes. Det fremgår af IDC's prognoser, at Microsofts markedsandel på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der anvendes på servere til under 25 000 USD, vil være så godt som stabil i perioden 2003-2008, mens Linux' markedsandel vil blive fordoblet.

443 For det tredje har Microsoft kritiseret Kommissionens »kunstigt snævre« definition af det andet produktmarked.

444 Ifølge Microsoft er »konkurrencen med Windows-serveroperativsystemerne« nemlig »endnu stærkere«, hvis definitionen også omfatter andre opgaver end de fil- og udskriftstjenester samt bruger- og gruppeadministrationstjenester, som Windows-serveroperativsystemerne kan levere.

445 Ifølge Microsoft har Kommissionen hvad dette angår ikke bestridt, at basisversionen af Microsofts operativsystem Windows 2003 Server gør det muligt at løse en lang række opgaver, hvoraf mange ikke er omfattet af det andet produktmarked som defineret i den anfægtede beslutning. Ifølge Kommissionens fremgangsmåde er det samme Windows-serveroperativsystem omfattet af det relevante marked, når det leverer fil- og udskriftstjenester til Windows-operativsystemer til klient-pc'er, men ikke, når det leverer proxy- og firewall-tjenester til de samme operativsystemer.

446 Efter Microsofts opfattelse kan Kommissionen ikke påberåbe sig, at Microsofts Windows 2003 Server-operativsystem foreligger i forskellige versioner, for hvilke der opkræves forskellige priser, til støtte for, at basisversionen af systemet er omfattet af et andet marked end de andre versioner. De »dyrere« versioner af systemet leverer nemlig de samme arbejdsgruppetjenester som basisversionen.

447 I replikken har Microsoft i et vist omfang uddybet sin indsigelse om, at det andet produktmarked er blevet defineret forkert. For det første har Microsoft anført, at selskabet på markedet for serveroperativsystemer i almindelighed har en markedsandel på ca. 30%. Endvidere har Microsoft anført, at »[i]ngen i branchen bruger udtrykket »arbejdsgruppesserver« i den betydning, Kommissionen anvender det i sin definition af [dette produktmarked]«, og at når »iagttagerne inden for branchen« fra tid til anden henviser til »arbejdsgruppesservere«, medtager de heri servere, der løser en lang række opgaver, bl.a. webservere, databaseservere og applikationsservere. Endelig har Microsoft hævdet, at ingen af de væsentligste serverleverandører på markedet sælger arbejdsgruppesservere, der kun kan løse de af Kommissionen angivne opgaver.

448 Endvidere har Microsoft afvist den redegørelse i svarskriftet, hvormed Kommissionen har begrundet sin definition af markedet. Indledningsvis har Microsoft påpeget, at »leverandørerne ikke opkræver forskellige priser af forskellige personer for den samme version af et serveroperativsystem, alt efter hvordan de pågældende skal bruge det«. Endvidere har Microsoft bestridt, at de serveroperativsystemer, Kommissionen har taget i betragtning som operativsystemer til arbejdsgruppesservere, er »optimerede til« at levere arbejdsgruppetjenester. Det fremgår således af de IDC-data, Kommissionen har anvendt ved beregningen af markedsandelene, at »de pågældende operativsystemer«, med Novells NetWare som den eneste undtagelse, »anvender langt mere tid på opgaver, som ikke vedrører arbejdsgrupper, end på arbejdsgruppeopgaver«. Endelig har Microsoft hævdet, at »[t]ilpasningsomkostningerne ville være nul i mange tilfælde [og] ubetydelige i andre«.

449 Desuden har Microsoft henvist generelt til to rapporter udarbejdet af Evans, Nichols og Padilla, der er vedlagt stævningen som bilag A.23 og replikken som bilag C.12.

450 For det fjerde har Microsoft i replikken kritiseret den metode, Kommissionen har anvendt til beregning af virksomhedernes markedsandele på det andet produktmarked, og som består i kun at tage hensyn til den tid, serveroperativsystemerne bruger på at løse arbejdsgruppeopgaver, og kun medregne salget af serveroperativsystemer til servere til under 25 000 USD. Metoden har den absurde konsekvens, at »et eksemplar af et operativsystem anses for at være både uden for og inden for markedet, alt efter hvilke opgaver det løser på et givet tidspunkt«, hvilket »ikke giver nogen relevante oplysninger om en dominerende stilling«.

451 CompTIA har primært hævdet, at Kommissionen benyttede et fejlagtigt kriterium ved undersøgelsen af, om Microsofts afslag blot indebar »fare for, at enhver effektiv konkurrence ville blive udelukket«, idet den burde have undersøgt, om det var sandsynligt, at afslaget ville udelukke enhver konkurrence på det andet marked. Endvidere har CompTIA gjort gældende, at bevismaterialet i sagens akter ikke godtgør, at afslaget ville kunne få en sådan konsekvens. CompTIA har navnlig fremhævet Linux' »voksende succes«.

452 ACT har fremhævet, at der er en meget tæt forbindelse mellem kriteriet om nødvendighed og kriteriet om udelukkelse af konkurrencen. ACT har navnlig gjort gældende, at den anfægtede beslutning er selvmodsigende i den forstand, at det i beslutningen dels anerkendes, at konkurrenter til Microsoft, der kan levere substitutionsprodukter uden at have haft adgang til interoperabilitetsoplysningerne, råder over indtil 40% af markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, dels angives, at konkurrence er umulig på dette marked, medmindre der gives adgang til oplysningerne, eftersom de er nødvendige.

453 Endvidere er ACT uenig i Kommissionens opfattelse, hvorefter det ikke er nødvendigt at tage hensyn til konkurrencen fra »minimale aktører«. ACT har ligeledes gjort indvending imod, at Kommissionen nøjes med ét kriterium om, at der er »fare« for, at konkurrencen udelukkes, og fremhævet, at Linux' stilling på markedet bliver stadig stærkere.

454 Kommissionen har gjort gældende, at der er fare for, at det omtvistede afslag udelukker enhver effektiv konkurrence på det afledte marked for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

455 Til støtte herfor har Kommissionen for det første anført, at det materiale, der gennemgås i betragtning 585-692 til den anfægtede beslutning, klart viser, at der er »stor sandsynlighed« for, at faren »bliver til virkelighed i nær fremtid«. Kommissionen har under henvisning til betragtning 700 til beslutningen anført, at der er betydelig fare for, at konkurrenternes produkter bliver henvist til »nicher« eller slet ikke vil være rentable, hvis Microsofts adfærd fortsætter uhindret.

456 Efter Kommissionens opfattelse giver dommene i sagen Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen og i CBEM-sagen, præmis 320 ovenfor, gyldige anvisninger på, hvordan Microsofts adfærd skal bedømmes i relation til artikel 82 EF, også selv om de nævnte sager ikke drejede sig om afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder. I den sammenhæng betyder udtrykkene »fare«, »mulighed« og »sandsynlighed«, som Domstolen har anvendt i sin praksis vedrørende retsstridig leveringsnægtelse, det samme.

457 Kommissionen har gjort gældende, at de fleste af Microsofts argumenter bygger på den fejlagtige forudsætning, at det påhviler Kommissionen at føre bevis for, at konkurrencen allerede er udelukket, eller at udelukkelsen i det mindste er nært

forestående. Kommissionen har påvist i den anfægtede beslutning, at »den grad af interoperabilitet, der kan opnås på grundlag af de af Microsoft fremlagte oplysninger, ikke er tilstrækkelig til, at konkurrenterne bæredygtigt kan forblive på markedet« (fodnote 712 til den anfægtede beslutning). Microsoft har ikke ført bevis for, at denne konklusion er behæftet med en åbenbar fejlurdering.

- 458 For det andet har Kommissionen behandlet Microsofts argumenter om de forhold, der kan iagttages på markedet.
- 459 Den har indledningsvis anført, at »der allerede i 1998 var fare for udelukkelse af enhver konkurrence, på samme måde som der er fare for det i dag«, og at den eneste forskel er, at »udelukkelsen af konkurrencen i dag er endnu mere nært forestående end i 1998«.
- 460 Endvidere har Kommissionen anfægtet de konklusioner, Microsoft har draget af Mercer-rapporterne, og anført, at rapporterne viser, at kunderne vælger Windows som operativsystem til arbejdsgruppeservere på grund af den »unfair fordel«, Microsoft har med hensyn til interoperabilitet, og på trods af, at Windows »er bagefter« andre produkter for så vidt angår en række egenskaber, som kunderne lægger vægt på.
- 461 Kommissionen finder ikke, at der er grundlag for Microsofts argument om Linux-produkternes vækst, og har henvist til betragtning 506 og 632 til den anfægtede beslutning, hvori det klart påvises, at »den vækst, Linux har oplevet, er minimal«. Desuden fremgår det af Mercers to seneste rundspørger, at Linux kun har en meget lille markedsandel, nemlig i størrelsesordenen 5%, på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

- 462 Hvad IDC's prognoser angår har Kommissionen gentaget, at de er overdrevne og bygger på ufuldstændige data (jf. præmis 365 og 366 ovenfor). I realiteten fremgår det af IDC-dataene, at Microsoft på kort tid har opnået en dominerende stilling på det relevante marked, fortsætter med at øge sin markedsandel og står over for en stadig mere fragmenteret gruppe aktører, som kun udfylder nogle meget afgrænsede niches.
- 463 For det tredje har Kommissionen afvist Microsofts kritik af Kommissionens definition af det andet produktmarked.
- 464 Kommissionen nåede frem til denne definition ved først at opstille »en række grundlæggende arbejdsgruppetjenester, der nøje svarer til specifikke behov hos kunderne«. Der er tale om centrale tjenester, som kunderne tager i betragtning, når de køber et operativsystem til arbejdsgruppeservere. Kommissionen lagde et forskelligartet materiale til grund for sin vurdering, herunder de oplysninger, der blev indsamlet under markedsundersøgelsen fra 2003 (betragtning 349-352 til den anfægtede beslutning), den »statistiske korrelation« mellem det omfang, hvori et givet operativsystem anvendes til udførelse af en af de centrale arbejdsgruppeopgaver, og det omfang, hvori systemet anvendes til udførelse af de øvrige centrale opgaver (betragtning 353 til den anfægtede beslutning) og Microsofts beskrivelse og prissætning af sine produkter (betragtning 359-382 til den anfægtede beslutning).
- 465 Kommissionen har gjort gældende, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere er »optimerede til« at levere arbejdsgruppetjenester, og at den måde, hvorpå de leverer tjenesterne, spiller en afgørende rolle, når der træffes beslutning om køb af sådanne systemer. At arbejdsgruppeservere undertiden anvendes til at afvikle en applikation, bevirker ikke, at serverne »midlertidigt« ikke er en del af markedet, eller at virksomhedsservere, som er »optimerede til« at afvikle virksomhedsapplikationer, »midlertidigt« er det.

466 Over for Microsofts argument om, at selskabets Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan anvendes til at levere proxy- og firewall-tjenester, har Kommissionen under henvisning til betragtning 58 til den anfægtede beslutning anført, at disse opgaver løses af særlige »perifere servere«. Sådanne servere kan derfor ikke øve et konkurrencepres på Microsoft på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

467 I duplikken har Kommissionen indledningsvis gjort gældende, at den terminologi, den har anvendt til at definere produktmarkedet, er irrelevant for, om den har defineret det korrekt. Desuden anvendes udtrykket »operativsystem til arbejdsgruppeservere« rent faktisk inden for branchen til at angive »den form for produkter, som er omhandlet i den [anfægtede] beslutning«.

468 Endvidere har Kommissionen afvist Microsofts kritik af redegørelsen i svarskriftet (jf. præmis 448 ovenfor).

469 Indledningsvis opkræver såvel Microsoft som selskabets konkurrenter, i modsætning til, hvad Microsoft har hævdet, »forskellige priser af kunderne for det samme operativsystem, alt efter hvordan de pågældende skal bruge det«. Priserne varierer nemlig, alt efter hvor mange klient-pc'er, der har adgang til den pågældende server. Endvidere tilbyder leverandørerne af serveroperativsystemer flere forskellige versioner — til forskellige priser — af systemer, der tilhører den samme »familie«. Mere generelt »giver Microsoft Windows-serveroperativsystemerne i licens til kunderne, og der er principielt ikke nogen grund til, at Microsoft ikke skulle kunne behandle produkterne forskelligt, alt efter hvad de skal anvendes til«.

470 Videre har Kommissionen hævdet, at Microsofts påstand om, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere »anvender langt mere tid på opgaver, som ikke vedrører arbejdsgrupper, end på arbejdsgruppeopgaver«, bygger på IDC-data, der er blevet behandlet efter en forkert metode.

471 Dernæst har Kommissionen over for Microsofts påstand om, at »tilpasningsomkostningerne ville være nul i mange tilfælde« henvist til betragtning 334-341 og 388-400 til den anfægtede beslutning, hvori det påvises, at der på udbudssiden hverken findes produkter, der kan substituere operativsystemer til klient-pc'er, eller produkter, der kan substituere operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

472 Endvidere har Kommissionen ligeledes i duplikken fremhævet, at Microsoft ikke har bestridt, at interoperabilitet med klient-pc'er — herunder navnlig Windowsbaserede pc'er — er af særlig betydning, når et serveroperativsystem skal løse arbejdsgruppeopgaver. Microsofts afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger skader i betydelig grad konkurrenternes muligheder for at imødekomme forbrugernes forventninger med hensyn til udførelsen af sådanne opgaver og ændrer således konkurrencevilkårene for serveroperativsystemer, der sælges til at løse dem, i forhold til serveroperativsystemer, der sælges til at løse andre opgaver. Ifølge Kommissionen »gælder dette også, selv hvis [...] de forskellige versioner af de serveroperativsystemer, der i øjeblikket findes på markedet, for både Microsofts og konkurrenternes vedkommende alle er lige egnede [...] til at løse såvel arbejdsgruppeserveropgaver som en række andre, »low-end«, opgaver (ikke-opgavekritiske applikationer såsom e-mail osv.)«.

473 Kommissionen har tilføjet, »[at det] på udbudssiden er [...] åbenbart — hvis man i den forbindelse går ud fra dels kundernes behov med hensyn til arbejdsgruppetjenester på efterspørgselssiden (som Microsoft ikke har bestridt), dels Microsofts

egen forudsætning om, at de forskellige versioner af hver enkelt leverandørs server-operativsystemer er lige egnede til at løse arbejdsgruppeopgaver — at de samme markedsforvridninger, der fortrænger Microsofts konkurrenter fra salget af server-operativsystemer, der skal løse arbejdsgruppeopgaver, vil hindre udbudssubstitution ved, at de samme operativsystem-»familier« (gen)indtræder i skikkelse af deres »high end«-versioner«.

474 Endelig har Kommissionen henvist til bilag B.11 til svarskriftet og bilag D.12 til duplikken, hvori den har kommenteret bemærkningerne i henholdsvis bilag A.23 til stævningen og bilag C.12 til replikken.

475 For det fjerde har Kommissionen afvist Microsofts kritik af den metode, den har anvendt til beregning af markedsandelene. Indledningsvis er det ikke nødvendigt for dens vurdering, at Microsoft allerede har opnået en dominerende stilling på det relevante afledte marked ved hjælp af det misbrug, der foreholdes selskabet; det, der har betydning, er, at der er fare for, at konkurrencen udelukkes på dette marked. Endvidere gør metoden det muligt at »tegne et tilstrækkeligt pålideligt billede af virksomhedernes ulige stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere«. Kommissionen har ikke taget den tid i betragtning, en given server bruger på at løse de forskellige opgaver, men har for de virksomheder, der deltog i markedsundersøgelsen fra 2003 og Mercers anden og tredje rundspørge, undersøgt, hvor stor en del af arbejdsgruppeopgaverne der blev løst af servere fra forskellige leverandører. Det fremgår hverken af markedsundersøgelsen eller rundspørgerne, at Microsoft for nogen af de forskellige arbejdsgruppeopgavers vedkommende har en markedsandel på under 60%.

476 Kommissionen har tilføjet, at »de af Microsoft nævnte »filtre« betyder, at [IDC]-dataene kan anvendes som et tilnærmelsesvist skøn over salget af de versioner af forskellige leverandørers operativsystemer, der beskrives som operativsystemer til

arbejdsgruppesservere«. Den har anført, at »da Microsofts egen udelukkelsesadfærd fører til, at salget opdeles på serveroperativsystemer, der primært købes med henblik på arbejdsgruppeopgaver, og serveroperativsystemer, der primært købes med henblik på andre opgaver, vil et »arbejdsopgavefilter« gøre det muligt at danne sig et billede af Microsofts relative styrke inden for det salg, der primært sker med henblik på de førstnævnte opgaver«. Selv om der kun anvendes filtret »25 000 USD« og ikke sondres på grundlag af arbejdsopgaver, er Windows' andel under alle omstændigheder på 65% målt på volumen og på 61% målt på omsætning (betragtning 491 til den anfægtede beslutning).

477 SIIA har gjort gældende, at det omtvistede afslag i sagens natur, på grund af interoperabilitetsoplysningers nødvendighed, kan udelukke konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppesservere. SIIA har navnlig fremhævet, at Microsofts markedsandel på dette marked voksede markant og hurtigt, da selskabets operativsystem Windows 2000 Server blev sendt på markedet. Endvidere er der ifølge SIIA ikke grundlag for Microsofts argumenter om Linux-produkternes angivelige vækst på markedet.

478 FSFE har hævdet, at Linux-produkter ikke repræsenterer nogen konkurrencemæssig trussel på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppesservere.

## Rettens bemærkninger

479 Retten behandler de fire rækker argumenter, Microsoft har fremsat til underbygning af sin påstand om, at omstændigheden vedrørende udelukkelse af konkurrencen ikke foreligger i det aktuelle tilfælde, i følgende rækkefølge: for det første spørgsmålet om definitionen af det relevante produktmarked, for det andet spørgsmålet om den

metode, der er anvendt til at beregne markedsandelene, for det tredje spørgsmålet om, hvilket kriterium der finder anvendelse, for det fjerde spørgsmålet om, hvordan markedsdataene og konkurrenceforholdene skal vurderes.

— Definitionen af det relevante produktmarked

480 De argumenter, Microsoft har fremført vedrørende definitionen af produktmarkedet, drejer sig om det andet af de tre markeder, Kommissionen definerer i den anfægtede beslutning (jf. præmis 23 og 25-27 ovenfor), nemlig markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Kommissionen beskriver sådanne systemer som udviklet og markedsført med henblik på kollektivt at levere fil- og udskriftstjenester samt bruger- og gruppeadministrationstjenester til et relativt begrænset antal klient-pc'er, der er koblet til et mindre eller mellemstort netværk (betragtning 53 og 345 til den anfægtede beslutning).

481 Microsoft finder i det væsentlige, at Kommissionen ved kun at medtage serveroperativsystemer, der anvendes til at levere de tjenester, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, nemlig de såkaldte »arbejdsgruppetjenester«, har defineret det andet marked for snævert. Microsoft har i det væsentlige anfægtet Kommissionens definition med henblik på at påvise, at markedsudviklingen er anderledes end beskrevet i betragtning 590-636 til den anfægtede beslutning, og at den ikke er udtryk for udelukkelse af enhver konkurrence.

482 Det bemærkes indledningsvis, at Fællesskabets retsinstanser kun kan foretage en begrænset prøvelse af definitionen af produktmarkedet, i den udstrækning denne definition indebærer komplekse økonomiske vurderinger fra Kommissionens side (jf. i denne retning Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 26). De kan dog ikke afholde sig fra at kontrollere

Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Det påhviler dem at efterprøve, om Kommissionen har baseret sin vurdering på beviser, som er nøjagtige, troværdige og sammenhængende, og om beviserne udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om oplysningerne taler til støtte for Kommissionens konklusioner (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 39).

483 Endvidere bemærkes, at Microsoft i det væsentlige kun dels har gentaget argumenter, som selskabet fremsatte under den administrative procedure, og som Kommissionen udtrykkeligt afviser i den anfægtede beslutning, uden at angive, på hvilken måde Kommissionens vurdering er forkert, dels har henvist generelt til to rapporter, der er vedlagt henholdsvis stævningen som bilag A.23 og replikken som bilag C.12. Af de grunde, der blev angivet i præmis 94-99 ovenfor, vil Retten kun tage disse rapporter i betragtning, i den udstrækning de støtter eller og udbygger anbringender eller argumenter, Microsoft udtrykkeligt har påberåbt sig i selve fremstillingen i sine skriftlige indlæg.

484 Kommissionen nåede frem til den anfægtede definition af produktmarkedet ved at tage produkternes substituerbarhed dels på efterspørgselsiden, dels på udbudssiden i betragtning. Det fremgår i den forbindelse af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, punkt 7), at der »[v]ed det relevante produktmarked [skal forstås] markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål«. Det bemærkes ligeledes, at det i samme meddelelses punkt 20 angives, at udbudssubstitution ligeledes kan tages i betragtning ved afgrænsning af det relevante marked i de situationer, hvor den har de samme effektive og direkte virkninger som efterspørgsels substitution. Dette forudsætter, at leverandørerne som reaktion

på små, varige ændringer i de relative priser omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici.

485 Det bemærkes indledningsvis, at Kommissionens definition af det andet marked ikke bygger på, at der findes en særskilt kategori af serveroperativsystemer, der udelukkende løser opgaver med hensyn til fil- og printerdeling og administration af brugere og brugergrupper. Kommissionen anerkender tværtimod flere gange i den anfægtede beslutning, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere ligeledes kan anvendes til at løse andre opgaver, bl.a. afvikling af ikke-opgavekritiske applikationer (jf. bl.a. betragtning 59, 335, 356 og 379 til den anfægtede beslutning). Den anfører nærmere i betragtning 59 til den anfægtede beslutning, at ikke-opgavekritiske applikationer er applikationer, hvor forstyrrelser »indvirker på nogle brugeres aktivitet [men] ikke påvirker organisationens samlede aktivitet«. Kommissionen har i den forbindelse mere specifikt henvist til afvikling af intern e-mail. Således som det vil fremgå mere udførligt nedenfor, bygger Kommissionens definition i realiteten på den konstatering, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere har den væsentlige egenskab, at de ud over de andre opgaver, de kan løse, kollektivt kan levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper, og at de udvikles, markedsføres, købes og anvendes med henblik på at levere de nævnte tjenester.

486 Hvad for det første angår efterspørgselssubstitution fastslår Kommissionen i betragtning 387 til den anfægtede beslutning, at »der [ikke findes] produkter [...] der kan øve et sådant konkurrencemæssigt pres på operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, at de bør anses for at tilhøre det samme relevante produktmarked«.

487 Kommissionen nåede frem til denne konklusion efter for det første at have konstateret, at det fremgik af de oplysninger, der blev indsamlet inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003, at arbejdsgruppeservere løser en særskilt gruppe opgaver, som er indbyrdes forbundne, og som efterspørges af forbrugerne (betragtning 348-358 til den anfægtede beslutning).

488 Denne konstatering bekræftes efter Rettens opfattelse af materialet i sagens akter, og Microsoft har ikke fremsat noget argument, der drager den i tvivl.

489 I Kommissionens begæring om oplysninger af 4. juni 2003 spurgte den de berørte organisationer, om der i deres organisation fandtes en særlig form for servere, der blev anvendt til levering af fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper (første del af spørgsmål 1). Af de 85 organisationer, der besvarede spørgsmålet, angav 70 (ca. 82,3%), at dette var tilfældet.

490 Kommissionen spurgte ligeledes organisationerne, om de betragtede de pågældende tjenester som »en sammenhængende helhed af opgaver« (anden del af spørgsmål 1). Af de 83 organisationer, der besvarede spørgsmålet, godkendte 51 (dvs. 61,4%) denne beskrivelse.

491 De nævnte resultater kan navnlig forklares med, at de pågældende tjenester er grundlæggende tjenester, som brugere af klient-pc'er anvender i deres daglige arbejde. F.eks. begrundede virksomhed I 06 sit bekræftende svar på begge dele af spørgsmål 1 ved at beskrive servere, der leverer arbejdsgruppetjenester, som »infrastrukturservere« og de pågældende tjenester som »standardtjenester for arbejdsstationer«. Virksomheden anførte herom, at »den enkelte bruger skal identificeres/autentificeres; brugeren opretter/ændrer filer, udskriver filer, udveksler/deler filer«. Andre organi-

sationer henviste på samme måde til de pågældende servere som »leverandører af infrastruktur tjenester« (jf. svarene fra virksomhed I 13 og I 30).

492 I denne forbindelse er det ligeledes af betydning — således som Kommissionen anfører i betragtning 352 til den anfægtede beslutning — at flere organisationer begrundede deres bekræftende svar på begge dele af ovennævnte spørgsmål 1 med, at det er nødvendigt, at de brugere, der ønsker adgang til nettets ressourcer, kun skal logge sig på én gang, eller at netværket kan administreres fra kun ét sted (jf. svarene fra virksomhed I 30, I 46-16, I 46-37 og selskabet Inditex). Andre organisationer nævnte hensynet til omkostningerne, idet de bl.a. anførte, at det mindsker administrationsudgifterne, hvis arbejdsgruppetjenesterne kan leveres af det samme operativsystem (jf. bl.a. svarene fra virksomhed I 49-19 og Inditex).

493 Det er rigtigt, at Kommissionen i beskrivelsen af »arbejdsgruppeopgaver« i begæringen om oplysninger af 4. juni 2003 også medtog »afvikling af intern e-mail og andre ikke-opgavekritiske applikationer«, og at en række af de adspurgte organisationer kunne tilslutte sig dette. Det er ligeledes rigtigt, at 62 af 85 organisationer (ca. 72,9%) anførte, at de værdsatte den fleksibilitet, der frembydes af et operativsystem til arbejdsgruppeservere, som ud over at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper også kan afvikle ikke-opgavekritiske applikationer.

494 Det kan imidlertid ikke udledes alene af disse konstateringer, at Kommissionen har defineret det andet produktmarked for snævert.

495 Dels må konstateringerne nemlig præciseres nærmere. Flere organisationer anførte således i deres svar på spørgsmål 1 i begæringen om oplysninger af 4. juni 2003, at deres interne e-mail- eller samarbejdstjenester blev afviklet på særskilte servere, og drog en skillelinje mellem disse tjenester og de øvrige af Kommissionen angivne tjenester (jf. bl.a. svarene fra virksomhed I 09-1, I 11, I 22, I 37, I 53, I 46-13, I 46-15, I 59 og I 72 samt fra selskaberne Danish Crown, Spardat og Stork Food & Dairy Systems). F.eks. betragtede virksomhed I 37 de af Kommissionen definerede arbejdsgruppeopgaver som en gruppe opgaver, der er indbyrdes forbundne, men anførte, at »fil/udskrifts[-tjenester] og administration af arbejdsstationer [hører] sammen«, mens »intern e-mail [hører til] en anden gruppe servere«. På samme måde anførte virksomhed I 46-15, at den havde »en server, som udelukkende leverede fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af arbejdsstationer«.

496 Dels fremgår det ligeledes af markedsundersøgelsen fra 2003 — således som Kommissionen bemærker i betragtning 353 og 354 til den anfægtede beslutning, og således som den har gentaget i sit svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål — at når organisationerne anvender et bestemt operativsystem til levering af fil- og udskriftstjenester, anvender de normalt det samme operativsystem til levering af tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper. Microsoft har ikke bestridt konstateringerne i fodnote 436 og 438 til den anfægtede beslutning vedrørende de »korrelationskoefficienter«, Kommissionen beregnede på grundlag af svarene på spørgsmål 5 i dens begæring om oplysninger af 16. april 2003. Kommissionen anfører i fodnoterne, at der er en meget høj »korrelationskoefficient« mellem et NetWare-systems eller et Windows-systems andel af arbejdsopgaverne for én arbejdsgruppetjenestes vedkommende (fildeling, udskrivning eller bruger- og brugergruppeadministration) og det samme systems andel af arbejdsopgaverne for en anden af de samme opgavers vedkommende. Til gengæld er »korrelationskoefficienten« meget lavere mellem et NetWare-systems eller Windows-systems andel af arbejdsopgaverne for én af arbejdsgruppetjenesternes vedkommende og det samme systems andel af arbejdsopgaverne for en anden tjenestetypes vedkommende, navnlig intern e-mail

eller andre ikke-opgavekritiske applikationer. Kommissionen har tilføjet, at der kan drages de samme konklusioner af nogle af resultaterne af Mercers anden og tredje rundspørge. Det fremgår med andre ord af det omtalte materiale, som Microsoft ikke har anfægtet, at de arbejdsgruppetjenester, Kommissionen har lagt til grund, langt hyppigere samles på den samme server end én af disse tjenester og en tjeneste af en anden type.

497 Skønt det er rigtigt, at brugerne tillægger det en vis betydning, at operativsystemerne til arbejdsgruppeservere ud over arbejdsgruppetjenesterne også kan anvendes til at løse en række ikke-opgavekritiske opgaver, rejser dette derfor ikke tvivl om den konklusion, at der er en særskilt efterspørgsel efter serveroperativsystemer, der leverer arbejdsgruppetjenester. Når det er fastslået, at det er de omhandlede tre kategorier af tjenester, der dikterer de efterspørgendes valg, er det uden betydning, at de serveroperativsystemer, der tilhører det relevante marked, også kan løse en række andre opgaver.

498 Hertil kommer, som anført i betragtning 357, 358 og 628 til den anfægtede beslutning, at de kundeudtalelser, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, bekræfter rigtigheden af Kommissionens vurdering.

499 Det fremgår af udtalelserne, at virksomhederne — således som Microsoft flere gange har påpeget i sine skriftlige indlæg — ganske vist ofte har »heterogene« computer-netværk, dvs. netværk, hvori der anvendes operativsystemer til servere og klient-pc'er fra forskellige producenter, men at de ikke desto mindre anvender forskellige server-typer til at løse forskellige former for opgaver. Udtalelserne viser nærmere bestemt, at arbejdsgruppetjenester som defineret af Kommissionen generelt udføres af andre servertyper end dem, hvorpå der afvikles opgavekritiske applikationer. Det fremgår således af den beskrivelse, de pågældende organisationer giver af deres it-miljø, at arbejdsgruppetjenester normalt udføres af »entry-level«-servere (basisservere),

hvorpå der anvendes et Windows-system eller et NetWare-system, hvorimod opgavekritiske applikationer afvikles på dyrere, større servere, hvorpå der anvendes et UNIX-operativsystem, eller på mainframes.

500 F.eks. oplyste en større kemisk-farmaceutisk koncern, at de opgavekritiske applikationer, den anvendte til udbetaling af personalelønninger, blev afviklet på mainframes. Andre opgavekritiske applikationer, der bl.a. anvendtes til administrativ og teknisk ledelse af nogle af koncernens divisioner, blev afviklet på UNIX-baserede servere. Derimod løstes ikke-opgavekritiske opgaver, navnlig fil- og udskriftsopgaver samt opgaver vedrørende administration af brugere og brugergrupper, i denne koncern af særskilte servere, hvorpå der for størstedelens vedkommende anvendtes Windows-operativsystemer. På samme måde oplyste et stort luftfartsselskab, at de applikationer, det anvendte til bl.a. planlægning af flyvninger og reservationsfunktioner, blev afviklet på UNIX-baserede servere, hvorimod ikke-opgavekritiske applikationer blev afviklet på Windowsbaserede servere. Som et andet relevant eksempel oplyste en bankkoncern, at den anvendte UNIX-baserede servere til vigtige finansielle applikationer, Solarisbaserede servere til andre finansielle applikationer og internt udviklede applikationer og Windows NT-baserede servere til »infrastrukturfunktionaliteter såsom domænetjenester (navnlig logon og autorisation) og fil- og udskriftstjenester«.

501 Som anført bl.a. i betragtning 58 og 346 til den anfægtede beslutning, er det ikke alle low-end servere, der anvendes til at levere arbejdsgruppetjenester. Nogle af disse servere er installeret »i periferien« af netværket og anvendes til særlige funktioner såsom webserver, webcache og firewall.

502 Endelig kan Microsofts argument om, at det fremgår af IDC-dataene, at de operativsystemer, Kommissionen betegner som »operativsystemer til arbejdsgruppeservere«, med Novells Netware-system som den eneste undtagelse anvender langt mindre tid på at løse arbejdsgruppeopgaver end til at løse andre opgaver, ikke tiltrædes. Argumentet bygger på IDC-data, der viser, at kun 24% af salget af servere inden for samtlige prisspænd, hvorpå der er installeret et Windows-operativsystem, anvendes til at løse opgaver, der vedrører »filer«, »udskrivning« og »netværksadministration« (jf. fodnote 93 til replikken). Den metode, IDC har anvendt til beregning af markedsandelene, er imidlertid behæftet med visse mangler, således som det bl.a. fremgår af betragtning 487 og 488 til den anfægtede beslutning, og således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 553 nedenfor. Men selv hvis de førnævnte opgaver blev anset for at svare til de arbejdsgruppetjenester, der er omhandlet i den anfægtede beslutning, ville den på grundlag af IDC-dataene beregnede procentdel under alle omstændigheder kun repræsentere Microsofts andel af salget af serveroperativsystemer, i alle versioner tilsammen, der relaterer sig til markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. I modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, er den pågældende procentdel nemlig ikke begrænset til operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

503 For det andet fastslog Kommissionen, bl.a. på grundlag af Microsofts egen beskrivelse af sine produkter, at serveroperativsystemer er »optimerede til« at håndtere de opgaver, de skal løse (betragtning 359-368 til den anfægtede beslutning).

504 Retten finder, at rigtigheden af denne konstatering bekræftes af materialet i sagens akter.

505 Med hensyn til serveroperativsystemerne i Windows 2000-produktrækken fremgår det således af de oplysninger, Microsoft har offentliggjort på sin website, at de markedsføres i tre forskellige versioner, nemlig Windows 2000 Server, Windows

2000 Advanced Server og Windows 2000 Datacenter Server, og at hver enkelt af disse versioner er bestemt til at opfylde et specifikt brugerbehov for løsning af opgaver.

- 506 Microsoft beskriver Windows 2000 Server som »entry-level«-versionen af Windows 2000-serveroperativsystemerne og som »den rigtige løsning til fil-, udskrifts- og kommunikationsservere for arbejdsgrupper« (betragtning 361 til den anfægtede beslutning). Windows 2000 Server »har en kapacitet på 1-4 processorer og indtil 4 gigabytes« (betragtning 364 til den anfægtede beslutning).
- 507 Windows 2000 Advanced Server beskriver Microsoft som »det ideelle operativsystem til vigtige forretnings- og e-handels-applikationer, der skal håndtere store arbejdsbyrder og højtprioriterede processer« (betragtning 362 til den anfægtede beslutning). Windows 2000 Advanced Server indeholder alle Windows 2000 Servers funktionaliteter og tilbyder derudover »større skalerbarhed og egenskaber, der sikrer pålidelighed, såsom »clustering«, der skal garantere, at opgavekritiske applikationer fungerer i de mest krævende situationer« (betragtning 362 til den anfægtede beslutning). Microsoft angiver ligeledes, at Windows 2000 Server »har en kapacitet på 1-8 processorer og indtil 64 gigabytes« (betragtning 364 til den anfægtede beslutning).
- 508 Endelig beskriver Microsoft Windows 2000 Datacenter som et system, der »tilbyder maksimal pålidelighed og tilgængelighed«, og som er »det ideelle operativsystem til opgavekritiske databaser og software til planlægning af virksomhedens ressourcer« (betragtning 363 til den anfægtede beslutning). Windows 2000 Datacenter er »bestemt til virksomheder, der har brug for meget pålidelige high-end drivere og software«, og »har en kapacitet på 1-32 processorer og indtil 64 gigabytes« (betragtning 363 og 364 til den anfægtede beslutning).

- 509 Microsoft beskriver på lignende måde de forskellige versioner af de serveroperativsystemer, der har efterfulgt Windows 2000-produktrækken, nemlig Windows Server 2003 Standard Edition, Windows Server 2003 Enterprise Edition, Windows Server 2003 Datacenter Edition og Windows Server 2003 Web Edition.
- 510 Windows Server 2003 Standard Edition beskrives således som »det ideelle netværksoperativsystem til mange forskellige anvendelser, som dækker de daglige behov hos organisationer af enhver størrelse, men især mindre virksomheder og arbejdsgrupper«; systemet »[muliggør] intelligent deling af filer og printere [og tilbyder] sikker internetkonnektivitet, central administration af personlige computere og webløsninger, der forbinder medarbejdere, forretningsforbindelser og kunder med hinanden« (betragtning 365 til den anfægtede beslutning).
- 511 Om Windows Server 2003 Enterprise Edition anfører Microsoft, at dette system ud over funktionaliteterne i Windows Server 2003 Standard Edition tilbyder »de egenskaber med hensyn til pålidelighed, der kræves af opgavekritiske virksomhedsapplikationer« (betragtning 366 til den anfægtede beslutning).
- 512 Om Windows Server 2003 Datacenter Edition anfører Microsoft, at dette operativsystem er »udformet med henblik på opgavekritiske applikationer, der kræver det højeste niveau af skalerbarhed, tilgængelighed og pålidelighed« (betragtning 366 til den anfægtede beslutning).
- 513 Endelig beskriver Microsoft Windows Server 2003 Web Edition som »bestemt til oprettelse og lagring af webapplikationer, websider og webtjenester« og som »særligt udformet med henblik på dedikerede webtjenester« (betragtning 367 til den anfægtede beslutning). Microsoft fremhæver, at systemet »kun kan anvendes til visning og

afvikling af websider, websites, webapplikationer og webtjenester« (betragtning 367 til den anfægtede beslutning).

514 Det fremgår af det ovenstående, at Microsoft selv beskriver de forskellige versioner af sine serveroperativsystemer som bestemt til at opfylde specifikke brugerbehov for løsning af opgaver. Det fremgår ligeledes af det ovenstående, at de forskellige versioner ikke er bestemt til at blive afviklet på den samme hardware.

515 Desuden er de produkter, der tilbydes af andre leverandører af serveroperativsystemer, ligeledes »optimerede til« at levere arbejdsgruppetjenester. Det gælder bl.a. produkter fra virksomheden Red Hat, hvis operativsystemer Red Hat Enterprise Linux ES og Red Hat Enterprise Linux AS klart er bestemt til at opfylde specifikke brugerbehov. Kommissionen anfører således i fodnote 463 til den anfægtede beslutning, at Red Hat på sin website beskriver Red Hat Enterprise Linux ES som »perfekt til netværk, filer, udskrivning, mail, web og særligt tilpassede eller pakkede erhvervsapplikationer«. Virksomhedens Red Hat Enterprise Linux AS-system beskrives derimod som bestemt til »high-end og opgavekritiske systemer« og som »den optimale løsning til store afdelingsservere og datacenterservere«. Dette stemmer overens med konstateringen af, at operativsystemer installeret på high-end servere er bestemt til at varetage opgavekritiske funktioner og derfor skal være mere pålidelige og have flere funktionaliteter end operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 57 og 346 til den anfægtede beslutning).

516 For det tredje har Kommissionen henvist til »Microsofts prisstrategi«, herunder navnlig det forhold, at Microsoft opkræver forskellige priser for de forskellige versioner af sine serveroperativsystemer (betragtning 369-382 til den anfægtede beslutning).

- 517 Hvad dette angår fremgår det indledningsvis af oplysningerne i betragtning 370-373 til den anfægtede beslutning, som Microsoft ikke har bestridt, at der er betydelige prisforskelle mellem de forskellige versioner af selskabets serveroperativsystemer i såvel Windows 2000 Server- som Windows 2003 Server-produktrækken.
- 518 Således er salgsprisen for Windows 2000 Advanced Server-systemet på grundlag af 25 »klientadgangslicenser« (Client Access Licences — CAL) 2,22 gange højere end prisen for Windows 2000 Server-systemet. For Windows 2000 Datacenter Server er salgsprisen 5,55 gange højere end for Windows 2000 Server (på grundlag af 25 CAL).
- 519 På samme måde er salgsprisen for Windows Server 2003 Enterprise Edition på grundlag af 25 CAL 2,22 gange højere end prisen for Windows Server 2003 Standard Edition. Salgsprisen for Windows Server 2003 Datacenter Edition er 5,55 gange højere end prisen for Windows Server 2003 Standard Edition (på grundlag af 25 CAL). Windows 2003 Web Edition, der kun kan anvendes til at løse en række specifikke opgaver (jf. præmis 513 ovenfor), sælges til en væsentligt lavere pris end Windows Server 2003 Standard Edition.
- 520 I øvrigt er det, i modsætning til, hvad Microsoft synes at mene (jf. præmis 446 ovenfor), ikke alene på basis af det forhold, at Microsoft opkræver forskellige priser for de forskellige versioner af sit serveroperativsystem, at Kommissionen har udledt, at versionerne tilhører forskellige produktmarkeder. I relation til substitution på efterspørgselsiden har Kommissionen ikke kun taget denne faktor i betragtning, men også, og især, den omstændighed, at hver enkelt version er bestemt til at opfylde et specifikt brugerbehov.

521 Endvidere kan Microsoft ikke bygge sin argumentation på, at de »dyrere« versioner af selskabets produkter i Windows Server 2003-serien, dvs. Windows Server 2003 Enterprise Edition og Windows Server 2003 Datacenter Edition, gør det muligt at løse de samme arbejdsgruppeopgaver som Windows Server 2003 Standard Edition. Skønt dette er korrekt, er de to førstnævnte systemer ikke desto mindre bestemt til at opfylde andre behov end det sidstnævnte, og det er lidet sandsynligt, at en bruger, der kun er interesseret i arbejdsgruppetjenester, anskaffer et markant dyrere system i dette øjemed end Windows Server 2003 Standard Edition.

522 Således som Kommissionen med rette anfører i betragtning 376 til den anfægtede beslutning, giver Microsoft selv udtryk for denne opfattelse, når Microsoft under henvisning til systemerne i Windows 2000-produktrækken anfører i sit eget markedsføringsmateriale:

»[D]e tre produkter i familien — Windows 2000 Server, [Windows 2000] Advanced Server og [Windows 2000] Datacenter Server — gør det muligt for Dem at tilpasse Deres investering, således at De opnår det tilgængelighedsniveau, som passer til Deres forskellige forretningsaktiviteter, uden at skulle betale for meget for operationer, der ikke kræver maksimal opetid.«

523 Microsoft kan i samme forbindelse heller ikke påberåbe sig, at Windows Server 2003 Standard Edition ligeledes gør det muligt at løse andre opgaver end arbejdsgruppeopgaver. Ved dette argument ses der nemlig bort fra, at Microsoft opkræver forskellige priser for dette operativsystem, alt efter om det skal anvendes til at levere arbejdsgruppetjenester eller andre former for tjenester. Som anført i betragtning 84 og 380 til den anfægtede beslutning, omfatter de priser, Microsoft har fastsat for Windows Server 2003 Standard Edition-operativsystemet, en afgift for hver server, hvorpå systemet er installeret, og en afgift (CAL) for hver klient-pc, den pågældende server

leverer arbejdsgruppetjenester til. Derimod skal brugeren ikke købe en CAL, hvis han ønsker at bruge operativsystemet til at løse opgaver, der ikke kræver autentificering, såsom firewall, proxy eller cache. Disse omstændigheder viser desuden, at Microsofts påstand om, at »leverandørerne ikke opkræver forskellige priser af forskellige personer for den samme udgave af et serveroperativsystem, alt efter hvordan de pågældende skal bruge det«, er forkert.

524 Endelig har Kommissionen for det fjerde anført, at det ikke er nødvendigt, at andre serveroperativsystemer end operativsystemer til arbejdsgruppeservere interopererer lige så fuldstændigt med klient-pc'erne inden for en organisation som de sidstnævnte systemer (betragtning 346 og 383-386 til den anfægtede beslutning).

525 Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at det allerede blev fastslået i præmis 385 ovenfor, at Kommissionens vurdering på dette punkt er korrekt. Under alle omstændigheder har Microsoft ikke bestridt den.

526 Det følger af det foranstående, at Microsoft ikke har godtgjort, at Kommissionens konklusion, hvorefter der ikke findes nogen produkter, der på efterspørgselsiden kan øve et sådant konkurrencemæssigt pres på operativsystemer til arbejdsgruppeservere, at de bør anses for at tilhøre det samme relevante produktmarked (betragtning 387 til den anfægtede beslutning), er åbenbart fejlagtig.

527 For det andet behandler Kommissionen spørgsmålet om udbudssubstitution i betragtning 388-400 til den anfægtede beslutning.

528 Den finder hvad dette angår, at »andre leverandører af operativsystemer, herunder navnlig leverandører af serveroperativsystemer, ikke inden for et tidsrum, der er tilstrækkeligt kort til at gøre betragtninger om udbudssubstitution relevante i den foreliggende sag, er i stand til at omlægge deres produktions- og distributionsaktiver med henblik på at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere uden at påtage sig væsentlige yderligere omkostninger og risici« (betragtning 399 til den anfægtede beslutning). Mere specifikt har Kommissionen afvist den opfattelse, Microsoft gav udtryk for i sit svar af 16. november 2001 på den anden meddelelse af klagepunkter, og hvorefter der »foreligger praktisk talt øjeblikkelig udbudssubstitution«, idet man for at opnå et produkt, der er sammenligneligt med et operativsystem til arbejdsgruppeservere, kun behøver at »deaktivere [...] de mest komplekse funktionaliteter« i high-end serveroperativsystemerne.

529 Microsoft har i selve fremstillingen i sine skriftlige indlæg ikke fremsat noget konkret argument, der kan rejse tvivl om Kommissionens vurdering i de førnævnte betragtninger i den anfægtede beslutning. I replikken har Microsoft blot fremsat den generelle påstand, at »tilpasningsomkostningerne ville være nul i mange tilfælde [og] ubetydelige i andre«, helt uden at angive, om Microsoft derved ønsker at bestride Kommissionens konklusion, hvorefter der ikke foreligger udbudssubstitution.

530 På den baggrund finder Retten, at Microsoft ikke har godtgjort, at Kommissionens konklusion, hvorefter der i det aktuelle tilfælde ikke foreligger udbudssubstitution, er åbenbart fejlagtig.

531 Der må drages den konklusion af det foregående, at det er med rette, at Kommissionen har defineret det andet produktmarked som markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

532 Microsofts argument om, at »[i]ngen i branchen bruger udtrykket »arbejdsgruppesserver« i den betydning, hvori Kommissionen anvender det i sin definition af [det relevante produktmarked]«, kan ikke rejse tvivl om denne konklusion. Dels er det nemlig, således som Kommissionen helt korrekt har anført, irrelevant for, om den har defineret markedet korrekt, hvilken terminologi den har anvendt. Dels er der under alle omstændigheder ikke faktisk grundlag for Microsofts argument, eftersom det fremgår af sagens akter, at udtrykkene »arbejdsgruppesserver« og »operativsystem til arbejdsgruppesservere« anvendes inden for branchen til at betegne den form for produkter, som er omhandlet i den anfægtede beslutning. Sun anførte således i sin klage af 10. december 1998 udtrykkeligt, at den vedrørte Microsofts adfærd »inden for sektoren vedrørende operativsystemer til arbejdsgruppesservere«. På samme måde beskriver Microsoft i sit markedsføringsmateriale selv selskabets Windows 2000 Server-operativsystem som »den rigtige løsning til fil-, udskrifts- og kommunikationsservere for arbejdsgrupper« (jf. præmis 506 ovenfor).

— Metoden til beregning af markedsandelene

533 Microsoft kritiserer Kommissionen for at have anvendt en ukorrekt metode til beregning af de forskellige erhvervsdrivendes markedsandele på det andet produktmarked. Bl.a. har bl.a. selskabet gjort gældende, at denne metode »ikke giver nogen relevante oplysninger om den dominerende stilling«.

534 Retten finder af de nedenfor anførte grunde, at Microsoft ikke har påvist, at den metode, Kommissionen har anvendt, er behæftet med en åbenbar fejlbedømmelse.

535 I betragtning 473-490 til den anfægtede beslutning forklarer Kommissionen metoden udførligt.

536 Først anfører Kommissionen, at den har anvendt to grupper »vejledende værdier« (»proxies«) til at vurdere de forskellige erhvervsdrivendes stilling på markedet: dels IDC's skøn over antallet af nysolgte produkter på grundlag af vejledende værdier for hardwareprisspænd og fordelingen af forskellige opgaver, som løses af serverne, dels skøn over markedsandelene baseret på resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 og Mercers anden og tredje rundspørge (betragtning 473 til den anfægtede beslutning).

537 Først og fremmest viser det anførte i den foregående præmis, at Microsofts påstand om, at Kommissionen ved beregningen af markedsandelene kun tog den tid, serveroperativsystemerne bruger på at løse arbejdsgruppeopgaver, og salget af serveroperativsystemer til servere til under 25 000 USD i betragtning, er åbenbart forkert. Microsoft har undladt at nævne, at Kommissionen ligeledes tog data fra andre kilder end IDC i betragtning. Som anført i præmis 556 nedenfor, svarer de markedsandele, der blev fastslået på grundlag af sidstnævnte data, i det store og hele til dem, der blev bestemt på grundlag af IDC-dataene.

538 Endvidere anfører Kommissionen, at markedsandelene bør anslås under hensyn til både antallet af solgte produktenheder og omsætningen ved salg af software sammen med hardware (betragtning 474-477 til den anfægtede beslutning).

539 Endelig finder Kommissionen, at IDC-dataene bør justeres ved hjælp af to »filtre« (betragtning 478-489 til den anfægtede beslutning). Dels tager den kun servere, hvis salgspris er under 25 000 USD eller 25 000 EUR, i betragtning — hvorved bemærkes,

at 1 EUR på det pågældende tidspunkt omtrentligt svarede til 1 USD, således som det fremgår af fodnote 6 til den anfægtede beslutning. Dels tager den kun nogle af de af IDC definerede kategorier af opgaver i betragtning.

540 Microsofts indvending gælder anvendelsen af disse to filtre.

541 Hvad det første filter angår har Microsoft kun anfægtet dets relevans helt generelt i selve fremstillingen i replikken. I bilag C.12 til replikken har Microsoft i et vist omfang uddybet sin argumentation ved dels at påstå, at markedsundersøgelsen fra 2003 — Kommissionen har anført nogle af resultaterne af undersøgelsen som begrundelse for at anvende det nævnte filter — drejer sig om »en særlig kundegrupes adfærd«, dels at kritisere, at Kommissionen har lagt servernes, og ikke operativsystemernes, salgspris til grund. Hvad det sidstnævnte punkt angår har Microsoft peget på, at det samme operativsystem til arbejdsgrupper kan afvikles på servere til meget forskellige priser, herunder også servere til over 25 000 USD.

542 Disse argumenter kan ikke tiltrædes.

543 Indledningsvis bemærkes, at de virksomheder, Kommissionen udspurgte inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003, ikke repræsenterer en »særlig kundegruppe«. Som anført i betragtning 8 til den anfægtede beslutning, udvalgte Kommissionen de pågældende virksomheder, der var hjemmehørende i forskellige medlemsstater, som var af forskellig størrelse, og som drev virksomhed inden for forskellige erhvervssektorer, efter tilfældighedsprincippet.

544 Endvidere gælder prisgrænsen på 25 000 USD eller 25 000 EUR »den samlede pris for systemet (dvs. både hardwaren og softwaren)«, således som Kommissionen har oplyst som svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål. Retten finder, at det var med føje, at Kommissionen lagde hardwarens og softwarens samlede pris til grund ved beregningen af de erhvervsdrivendes markedsandele på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Som anført i betragtning 69 og 474 til den anfægtede beslutning, udvikler og markedsfører flere leverandører, bl.a. Sun og størstedelen af leverandørerne af UNIX-produkter, nemlig serveroperativsystemer og hardware samlet. Desuden gik Microsoft under den administrative procedure selv ind for den fremgangsmåde, Kommissionen fulgte (jf. betragtning 476 til den anfægtede beslutning).

545 Endelig var det med god grund, at Kommissionen gik ud fra en prisgrænse på 25 000 USD eller 25 000 EUR, hvilket beløb svarer til den maksimale salgspris for serverne i den første af de tre kategorier, hvori IDC inddeler markedet med henblik på sine analyser (betragtning 480 til den anfægtede beslutning). Det fremgår nemlig af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003, at operativsystemer til arbejdsgruppeservere almindeligvis afvikles på forholdsvis billige servere i modsætning til opgavekritiske applikationer, som afvikles på high-end servere.

546 Som led i undersøgelsen spurgte Kommissionen bl.a. de pågældende organisationer, hvilken pris de var villige til at betale for en arbejdsgruppeserver (spørgsmål 3 i begæringen om oplysninger af 4.6.2003). Af de 85 organisationer, der besvarede spørgsmålet, anførte 83 (ca. 97,6%), at de ikke ville betale over 25 000 EUR.

547 På samme måde stillede Kommissionen i sin begæring om oplysninger af 16. april 2003 organisationerne en række spørgsmål om deres hidtidige og planlagte køb af

servere, der skulle levere fil- og udskriftstjenester (spørgsmål 8 og 9). Det fremgår af svarene på spørgsmålene, at 8 001 (ca. 97,1%) af de 8 236 servere, organisationerne havde indkøbt til disse formål, havde kostet under 25 000 EUR, og at 2 683 (ca. 99,6%) af de 2 695 planlagte køb af sådanne servere ville koste under 25 000 EUR (betragtning 479 til den anfægtede beslutning).

548 Med hensyn til det andet filter har Microsoft i selve fremstillingen i replikken kun bemærket, at anvendelsen af det har den absurde konsekvens, at »en kopi af et operativsystem anses for at være både uden for og inden for markedet, alt efter hvilke opgaver det løser på et givet tidspunkt«. I bilag C.12 til replikken har Microsoft tilføjet, at »det er så godt som sikkert, at en stor del af de solgte servere, der er blevet udelukket (kunstigt) [på grund af anvendelsen af filtret], repræsenterer solgte versioner af [serveroperativsystemer], der tilhører det marked, Kommissionen tager sigte på [dvs. markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere]«.

549 Heller ikke disse argumenter kan tiltrædes.

550 Ikke alene var det nemlig fuldt berettiget, at Kommissionen anvendte dette andet filter; Microsoft har også i høj grad overdrevet følgerne af at anvende det.

551 Der skal i den forbindelse mindes om, hvorfor Kommissionen fandt det nødvendigt at anvende filtret. Således som det fremgår af betragtning 482 til den anfægtede beslutning, var grunden den, at det ikke er alle de operativsystemer, der er installeret på servere til under 25 000 USD eller 25 000 EUR, der leverer arbejdsgruppetjenester. Nogle af systemerne er udelukkende bestemt til at løse særlige opgaver uden for eller i periferien af arbejdsgruppenetværkene, såsom web- og firewalltjenester. Det gælder eksempelvis Windows Server 2003 Web Edition, som ifølge licensvilkårene ikke må

anvendes til levering af arbejdsgruppetjenester, og som normalt installeres på servere til under 25 000 USD eller 25 000 EUR.

552 Det var derfor med rette, at Kommissionen drog den konklusion, at IDC's data vedrørende salget af servere til under 25 000 USD eller 25 000 EUR burde justeres, således at der også blevet taget hensyn til de forskellige former for opgaver, der blev løst på de pågældende servere (betragtning 483 til den anfægtede beslutning). I dette øjemed anvendte Kommissionen IDC-dataene i en database, der benævntes »IDC Server Workloads 2003 Model«. Der er tale om data indsamlet hos forbrugerne, som IDC har anmodet om at oplyse, hvilke »arbejdsopgaver« der løses af de servere, de anvender i deres organisation. Som anført i præmis 431 ovenfor, opstillede IDC otte hovedkategorier af arbejdsopgaver og sondrede inden for disse mellem en række underkategorier. Kommissionen anvendte underkategorierne »fil/printerdeling« og »netværksadministration«, som var dem, der bedst svarede til de »fil- og udskriftstjenester« og »tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper«, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning (betragtning 486 til beslutningen).

553 De arbejdsopgaver, der henhører under ovennævnte to underkategorier, svarer imidlertid ikke fuldstændig til de tjenester, som udgør markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Dette var Kommissionen dog fuldt opmærksom på, således som det fremgår af de eksempler, den anfører i betragtning 487 og 488 til den anfægtede beslutning, og som bl.a. viser, at nogle af de opgaver, der løses på high-end servere, kan henføres til en af de nævnte underkategorier, om end de klart ikke repræsenterer arbejdsgruppeopgaver.

554 Det er imidlertid netop kombinationen af de to af Microsoft kritiserede filtre, der gør det muligt at mindske problemet med hensyn til overensstemmelsen mellem de af IDC definerede opgaver og de tjenester, Kommissionen har lagt til grund.

555 Under alle omstændigheder er de markedsandele, der opnås ved kun at anvende det første filter, ikke mærkbart forskellige fra dem, der opnås ved at anvende begge filtre i forening. I 2002 var Microsofts markedsandel på grundlag af samtlige servere, der blev solgt til under 25 000 USD, således på 64,9% målt på antallet af solgte enheder og på 61% målt på omsætningen (betragtning 491 til den anfægtede beslutning). Hvis der for de samme servere kun tages underkategorierne »fil/printerdeling« og »netværks-administration« i betragtning, var Microsofts markedsandele som følger: 66,4% målt på antallet af solgte enheder (65,7% målt på omsætningen) for førstnævnte underkategoris vedkommende og 66,7% målt på antallet af solgte enheder (65,2% målt på omsætningen) for sidstnævntes (betragtning 493 til den anfægtede beslutning).

556 Mere generelt svarer — som anført i betragtning 473 til den anfægtede beslutning — de procentdele, der blev opnået ved at benytte IDC's data med anvendelse af begge filtre i forening, i det store og hele til dem, der blev opnået på grundlag af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 og Mercers anden og tredje rundspørge (jf. f.eks. betragtning 495, 497 og 498 til den anfægtede beslutning). Det skal fremhæves i denne forbindelse, at Kommissionen i begge tilfælde anlagde et forsigtigt skøn. For Microsofts vedkommende valgte den således den mindste markedsandel, nemlig »mindst 60%« (betragtning 499 til den anfægtede beslutning).

557 Der må drages den konklusion af det foregående, at Microsoft hverken har påvist, at den metode, Kommissionen har anvendt til at beregne markedsandelene, er behæftet med en åbenbar fejlsvurdering, eller at de skøn over markedsandelene, som er indeholdt i betragtning 491-513 til den anfægtede beslutning, må anses for åbenbart fejlagtige.

558 Det skal tilføjes, at Kommissionen ikke udelukkende lagde Microsofts markedsandele på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere til grund for fastslåelsen af, at Microsoft indtager dominerende stilling på dette marked. Den tog ligeledes i

betragtning, at markedet kendetegnes af adgangsbarrierer (betragtning 515-525 til den anfægtede beslutning), navnlig som følge af netværkseffekter og hindringer for interoperabilitet samt de tætte forretningsmæssige og teknologiske forbindelser mellem dette marked og markedet for operativsystemer til klient-pc'er (betragtning 526-540 til den anfægtede beslutning).

559 Endelig bemærkes med hensyn til det i denne sag omtvistede retsstridige afslag, at Kommissionen i den anfægtede beslutning foreholder Microsoft, at selskabet har udnyttet sin monopolagtige stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er som »løftestang« (leveraging) til at påvirke markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 533, 538, 539, 764-778, 1063, 1065 og 1069 til den anfægtede beslutning). Det misbrug, der foreholdes Microsoft, har med andre ord baggrund i Microsofts dominerende stilling på det første produktmarked (betragtning 567 og 587 til den anfægtede beslutning). Selv hvis det var fejlagtigt, at Kommissionen havde fastslået, at Microsoft indtager en dominerende stilling på det andet marked (jf. bl.a. betragtning 491-541, 781 og 788), ville dette derfor ikke i sig være tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at det er fejlagtigt, at Kommissionen har fastslået, at Microsoft har begået misbrug af dominerende stilling.

— Det kriterium, der finder anvendelse

560 Kommissionen undersøger i den anfægtede beslutning, om der er »fare for«, at det omtvistede afslag fører til udelukkelse af konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 585, 589, 610, 622, 626, 631, 636, 653, 691, 692, 712, 725, 781, 992 og 1070). Efter Microsofts opfattelse er dette kriterium ikke tilstrækkelig snævert, idet Kommissionen ifølge retspraksis vedrørende udøvelsen af en intellektuel ejendomsrettighed skal påvise, at nægtelse af at give tredjemand licens »kan føre til udelukkelse af enhver konkurrence«, eller at der med andre ord er »stor sandsynlighed for«, at nægtelsen får et sådant resultat.

561 Retten finder, at Microsofts indvending er af rent terminologisk art og helt irrelevant. Udtrykkene »fare for, at konkurrencen udelukkes« og »kan føre til udelukkelse af enhver konkurrence« anvendes uden forskel af Fællesskabets retsinstanter for at udtrykke det samme princip, nemlig at artikel 82 EF ikke kun finder anvendelse fra det øjeblik, hvor der ikke længere foregår, eller næsten ikke foregår, nogen konkurrence på markedet. Hvis Kommissionen skulle vente, indtil konkurrenterne var fortrængt fra markedet, eller indtil fortrængningen af dem var umiddelbart forestående, før den kunne gribe ind i medfør af denne bestemmelse, ville det indlysende være i strid med dens formål, som er at bevare en ufordrejet konkurrence på det fælles marked, herunder navnlig at beskytte den endnu eksisterende konkurrence på det relevante marked.

562 I det foreliggende tilfælde var der så meget mere grund til at anvende artikel 82 EF, før udelukkelsen af konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere fuldt ud var blevet til virkelighed, fordi dette marked kendetegnes af betydelige netværkseffekter, og fordi udelukkelsen af konkurrencen derfor vil være vanskelig at vende (jf. betragtning 515-522 og 533 til den anfægtede beslutning).

563 Desuden er det ikke nødvendigt at påvise, at enhver konkurrence på markedet vil blive udelukket. Det, der har betydning, når det skal påvises, om der foreligger en tilsidesættelse af artikel 82 EF, er nemlig, om der er fare, eller sandsynlighed, for, at afslaget fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet. Det skal i den forbindelse understreges, at det ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at en sådan konkurrence foreligger, at den dominerende virksomheds konkurrenter fortsat er marginalt til stede på markedet inden for bestemte »nicher«.

564 Endelig bemærkes, at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at der er fare for, at afslaget på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence. Som anført i præmis 482 ovenfor, skal Kommissionen basere sin vurdering på beviser, som er nøjagtige, troværdige og sammenhængende, og som

udgør alle de relevante oplysninger, der skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og oplysningerne skal tale til støtte for Kommissionens konklusioner.

— Vurderingen af markedsdataene og konkurrenceforholdene

<sup>565</sup> Retten bemærker, at Kommissionen i den anfægtede beslutning på samme tid undersøger omstændigheden vedrørende interoperabilitetsoplysningernes nødvendighed og omstændigheden vedrørende faren for, at det omtvistede afslag fører til udelukkelse af konkurrencen (betragtning 585-692 til den anfægtede beslutning). Kommissionens undersøgelse falder i fire dele. For det første undersøger den udviklingen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 590-636 til den anfægtede beslutning). For det andet fastslår den, at interoperabilitet er en faktor, som er afgørende for, at der vælges Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 637-665 til den anfægtede beslutning). For det tredje angiver den, at der ikke findes løsninger, som kan træde i stedet for, at Microsoft fremlægger interoperabilitetsoplysninger (betragtning 666-687 til den anfægtede beslutning). For det fjerde fremsætter den en række bemærkninger vedrørende MCP (betragtning 688-691 til den anfægtede beslutning).

<sup>566</sup> De argumenter, Microsoft har fremsat til støtte for sin indsigelse på dette punkt, vedrører hovedsagelig ovennævnte første del af Kommissionens undersøgelse. Microsoft har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionens opfattelse, hvorefter der er fare for, at afslaget fører til udelukkelse af konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, strider imod markedsdataene.

<sup>567</sup> Kommissionen undersøgte inden for rammerne af undersøgelsens første del indledningsvis, hvordan Microsofts og konkurrenternes markedsandele havde udviklet

sig på det andet produktmarked. Den fastslog i det væsentlige, at Microsofts markedsandel havde udvist en hurtig og betydelig vækst, og at den stadig voksede, på bekostning af især Novell. Derpå bemærkede Kommissionen, at leverandørerne af UNIX-produkter kun havde en ubetydelig markedsandel. Endelig fandt den, at Linux-produkter kun var til stede på markedet i meget begrænset omfang, at de ikke havde udvist nogen fremgang på markedet i årene forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og at det ikke kunne rejse tvivl om dens konklusion, hvorefter den effektive konkurrence kunne blive udelukket på markedet, at der forelå en række prognoser om deres fremtidige vækst.

568 Retten finder, at de nævnte konstateringer bekræftes af materialet i sagens akter, og at Microsofts argumenter ikke kan rejse tvivl om dem.

569 For det første fremgår det af sagens akter, at Microsoft oprindeligt kun leverede operativsystemer til klient-pc'er, og at selskabet først på et ret sent tidspunkt trådte ind på markedet for operativsystemer til servere (jf. bl.a. punkt 47 i svaret af 17. november 2000 på den første meddelelse af klagepunkter). Først i begyndelsen af 1990'erne begyndte Microsoft at udvikle et serveroperativsystem — det første system, »Windows NT 3.5 Server«, blev bragt på markedet i juli 1992 — og det var først med produktet »Windows NT 4.0«, der blev bragt på markedet i juli 1996, at Microsoft for første gang opnåede en reel afsætningsmæssig succes (jf. bl.a. punkt 50 i svaret af 17. november 2000 på den første meddelelse af klagepunkter og punkt 50 og 56 i stævningen).

570 Det fremgår af IDC's data, som gengivet i betragtning 591 til den anfægtede beslutning, at Microsofts markedsandel, målt på antallet af solgte enheder, på markedet for operativsystemer installeret på servere til under 25 000 USD steg fra 25,4% (24,5% målt på omsætningen) i 1996 til 64,9% (61% målt på omsætningen) i 2002, dvs. en fremgang på næsten 40% på kun seks år.

- 571 Det fremgår ligeledes af de IDC-data, hvortil der henvises i betragtning 592 til den anfægtede beslutning, at Microsofts markedsandel er vokset konstant efter udsendelsen af Windows 2000-generationen af selskabets operativsystemer. Således som Kommissionen flere gange fastslår i den anfægtede beslutning (jf. f.eks. betragtning 578-584, 588 og 613), er det netop i relation til operativsystemerne i denne produkt-række, at interoperabilitetsproblemerne er blevet særligt påtrængende for Microsofts konkurrenter.
- 572 F.eks. gjorde softwareproduktet »NDS for NT«, som Novell havde udviklet ved hjælp af reverse engineering, det muligt for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der konkurrerede med Microsofts, at interoperere med Windows-domænearkitekturen, i det pågældende tilfælde Windows NT. NDS for NT kunne installeres på en Windows NT-domænecontroller og gjorde det muligt for klienterne at anvende NDS (Novell Directory Service, senere benævnt eDirectory) til at administrere de forskellige aspekter af Windows NT-domænerne. Derimod kan NDS for NT ikke fungere sammen med Windows 2000 Server-operativsystemet, da Microsoft har undladt at fremlægge en række oplysninger for Novell (jf. betragtning 301 til den anfægtede beslutning).
- 573 Produktet »AS/U«, som det lykkedes AT&T at udvikle i 1990'erne ved at anvende visse dele af kildekoden til Windows, som Microsoft havde indvilliget i at fremlægge for selskabet inden for rammerne af en licens, udgør et andet eksempel. Dette produkt betød, at en server, hvorpå der blev anvendt et UNIX-system, kunne fungere som primær domænecontroller i et Windows NT-domæne (jf. betragtning 211 til den anfægtede beslutning). På samme måde var det lykkedes Sun at udvikle et produkt, der benævntes »PC NetLink«, og som kunne sammenlignes med AS/U, på grundlag af kildekoden til AS/U, hvortil AT&T havde givet Sun licens. Når PC NetLink blev installeret på en server, hvorpå der blev anvendt et Solaris-operativsystem, kunne serveren dels »på transparent måde levere Windows NT-fil-, udskrifts-, biblioteks- og sikkerhedstjenester til Windows 3.X/95/98/NT-baserede klienter« og gøre dette »direkte«, dvs. uden at brugerne skulle installere supplerende software på deres

klient-pc'er, dels fungere som primær eller backup-domænecontroller i et Windows NT-domæne (jf. betragtning 213 til den anfægtede beslutning). I 2001 besluttede Microsoft og AT&T ikke at udvide deres licensaftale til også at omfatte en række nye teknologier til serveroperativsystemer. Microsoft stillede derfor ikke den kildekode til rådighed for AT&T, som vedrørte de systemer, der afløste Windows NT 4.0. PC NetLink kunne følgelig derefter kun fungere sammen med Windows NT-baserede klient-pc'er — systemet fungerede navnlig ikke sammen med Windows 2000-systemerne — og interessen for det forsvandt gradvis.

574 I denne forbindelse er det ligeledes relevant at henvise til de forskellige ændringer, overgangen fra Windows NT-teknologien til Windows 2000- og Active Directory-teknologien har medført (jf. præmis 167-171 ovenfor).

575 For det andet fremgår det af sagens akter, at Novell sideløbende med den ovenfor beskrevne udvikling i Microsofts stilling har oplevet en konstant tilbagegang på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere og på få år er blevet en mindre betydningsfuld aktør herpå. Da Microsoft trådte ind på markedet for serveroperativsystemer, var Novells system NetWare det førende produkt inden for levering af arbejdsgruppetjenester (jf. stævningens punkt 56); produktet havde været til stede på dette marked siden midten af 1980'erne.

576 Det fremgår således af de IDC-data, hvortil der henvises i betragtning 593 til den anfægtede beslutning, at Novells markedsandel på grundlag af underkategorien »fil/printerdeling« og servere til under 25 000 USD faldt fra 33% i 2000 til 23,6% i 2002 målt på antallet af solgte enheder og fra 31,5% i 2000 til 22,4% i 2002 målt på omsætningen.

- 577 Novells tilbagegang bekræftes af såvel udtalelser fra markedsanalytikere som Microsoft selv (jf. betragtning 596 til den anfægtede beslutning).
- 578 På samme måde anfører Mercer i rapporten, der indeholder en analyse af resultaterne af den tredje rundspørge, udtrykkeligt, at talrige organisationer har indskrænket deres anvendelse af NetWare. Mercer anfører navnlig, at »[n]år organisationerne blev anmodet om at oplyse, i hvilken udstrækning de havde anvendt hvert enkelt serveroperativsystem til arbejdsgruppeservertjenester i de seneste fem år, oversteg antallet af organisationer, der havde mindsket deres anvendelse af NetWare, antallet af organisationer, der havde øget den, næsten i forholdet 7:1« (jf. s. 25 og tabel 16 i rapporten).
- 579 Desuden viser nogle af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 og en række kundeudtalelser fremlagt af Microsoft under den administrative procedure klart — således som Kommissionen korrekt bemærker i betragtning 594 og 595 til den anfægtede beslutning — at der er tendens til, at NetWare i organisationerne udskiftes med Windows 2000 Server. Derimod er der kun meget få eksempler på »migration« fra Windows til NetWare (jf. betragtning 594 og 632 til den anfægtede beslutning).
- 580 For det tredje viser materialet i sagens akter for så vidt angår Microsofts øvrige konkurrenter, at de kun har kunnet opretholde en helt marginal stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.
- 581 Hvad først angår leverandørerne af UNIX-produkter (herunder Sun) fremgår det således af de IDC-data, hvortil der henvises i betragtning 508 til den anfægtede beslutning, at deres samlede markedsandel i 2002 på grundlag af underkategorien

»fil/printerdeling« og servere til under 25 000 USD kun repræsenterede 4,6% målt på antallet af solgte enheder og 7,4% målt på omsætningen. Med hensyn til underkategorien »netværksadministration« var de tilsvarende tal 6,4% målt på antallet af solgte enheder og 10,8% målt på omsætningen.

582 Det fremgår af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 og de af Microsoft fremlagte kundeudtalelser, at UNIX-systemer i det væsentlige ikke anvendes til at levere arbejdsgruppetjenester, men til at afvikle opgavekritiske web- og firewallapplikationer samt, i mindre udstrækning, intern e-mail (jf. betragtning 509-511 til den anfægtede beslutning).

583 Hvad dernæst angår Linux-produkter fremgår det af IDC-dataene, resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 og de af Microsoft fremlagte kundeudtalelser, at også de, i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, ligeledes kun havde en marginal position på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

584 Det fremgår således af de IDC-data, der gengives i betragtning 599 til den anfægtede beslutning, at Linux-leverandørernes samlede markedsandel målt på antallet af solgte enheder for så vidt angår underkategorien »fil/printerdeling« og servere til under 25 000 USD faldt fra 5,1% i 2000 til 4,8% i 2002. Målt på omsætningen forblev den samlede markedsandel 3,9% i samme periode.

585 For så vidt angår underkategorien »netværksadministration« og servere til under 25 000 USD steg Linux-leverandørernes samlede markedsandel ifølge de IDC-data, hvortil der henvises i fodnote 728 til den anfægtede beslutning (jf. også betragtning

505 til beslutningen), ganske vist fra 10,1% i 2000 til 13,4% i 2002 målt på antallet af solgte enheder (og i samme periode fra 8% til 10,8% målt på omsætningen). Denne stigning skal imidlertid ses på baggrund af, at denne underkategori, således som Kommissionen bemærker i betragtning 488 og den førnævnte fodnote til den anfægtede beslutning, omfatter tjenester, som ikke udgør arbejdsgruppetjenester som omhandlet i den anfægtede beslutning. Underkategorien beskrives af IDC som »[omfattende] følgende netværksapplikationer: bibliotek, sikkerhed/autentificering, overførsel af data og filer via netværket, kommunikation og overførsel af systemdata og filer« (betragtning 488 til den anfægtede beslutning). Det er sandsynligt, at denne beskrivelse har ledt de adspurgte brugere til i denne underkategori at medtage en række opgaver, som hverken tilhører denne kategori eller det relevante produktmarked, og som almindeligvis løses af Linux- eller UNIX-systemer. Beskrivelsen kan f.eks. fortolkes således, at den omfatter opgaver »i netværkenes periferi« såsom firewall, der kunne anses for omfattet af »sikkerhed« og routing, der kunne anses for omfattet af »overførsel af data og filer via netværket«. Som det imidlertid er anført i bl.a. betragtning 58, 346, 482, 600 og 601 til den anfægtede beslutning, løses denne form for opgaver almindeligvis af Linuxsystemer på low-end servere. IDC's data for underkategorien »netværksadministration« overvurderer derfor salget af Linuxsystemer på operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

586 Kommissionen bemærker ganske vist i betragtning 487 til den anfægtede beslutning, at IDC's data for underkategorien »fil/printerdeling« ligeledes er mangelfulde, bl.a. fordi de adspurgte brugere som følge af, at high-end servere, hvorpå der afvikles opgavekritiske applikationer, kan udskrive visse dokumenter såsom fakturaer, kan ledes til at angive, at sådanne servere løser opgaver tilhørende den nævnte underkategori, skønt de klart ikke udgør arbejdsgruppeservere. Denne unøjagtighed kan imidlertid mindskes ved at anvende filtret 25 000 USD eller 25 000 EUR (jf. betragtning 489 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen anfører, at mainframes, der udskriver fakturaer, normalt koster mere end dette beløb). IDC's data for underkategorien »netværksadministration« er således mere mangelfulde end for underkategorien »fil/printerdeling«.

587 Resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 udviser ikke mangler som dem, der blev omtalt i den foregående præmis. Disse resultater bekræfter, at Linux kun havde en marginal position på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Kommissionen havde således i begæringen om oplysninger af 16. april 2003 spurgt de pågældende organisationer, om de anvendte Linuxbaserede servere kombineret med programmet Samba til at løse arbejdsgruppeopgaver (spørgsmål 25). Af de 102 organisationer, der deltog i undersøgelsen, anvendte kun 19 sådanne servere til løsning af arbejdsgruppeopgaver og i de fleste tilfælde kun i meget begrænset omfang (betragtning 506 til den anfægtede beslutning). Af de i alt over 1 200 000 klient-pc'er, der var omfattet af markedsundersøgelsen fra 2003, blev således færre end 70 000 (under 5,8%) betjent af Linux-baserede servere i kombination med Samba med henblik på løsning af fil- og printerdelingsopgaver (betragtning 506 og 599 til den anfægtede beslutning).

588 På samme måde fremgår det af den anden Mercer-rundspørge — således som Kommissionen har forklaret i svarskriftet (punkt 140) — at Linux-produkter for så vidt angår fil- og printerdelingsopgaver havde en samlet markedsandel på 4,8% og på 5,2% for så vidt angår opgaver vedrørende administration af brugere og brugergrupper, ligesom det for de samme produkters vedkommende fremgår af den tredje Mercer-rundspørge, at markedsandelen var på 5,4% for så vidt angår fil- og printerdelingsopgaver og på 4,5% for så vidt angår opgaver vedrørende administration af brugere og brugergrupper.

589 I realiteten viser resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003, at Linux-produkter, i lighed med UNIX-systemer, i almindelighed anvendes til at løse andre opgaver end arbejdsgruppeopgaver, nærmere bestemt levering af web- og firewalltjenester og afvikling af opgavekritiske applikationer (jf. betragtning 600 og 601 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen kommenterer svarene på spørgsmål 5 og 6 i begæringen om oplysninger af 16. april 2003).

590 Denne konstatering bekræftes desuden af de kundeudtalelser, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 602 til den anfægtede beslutning.

591 Ydermere er den stilling, leverandørerne af Linux-produkter indtager på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere — bortset fra at den på ingen måde kan sammenlignes med den, det er lykkedes Microsoft at nå på kun få år — ikke opnået på bekostning af Microsoft, men på bekostning af Novell og leverandørerne af UNIX-produkter. Således som Kommissionen har anført i duplikken (punkt 104), havde 67% af de virksomheder, Mercer udspurgte inden for rammerne af sin tredje rundspørge, og som i de foregående fem år havde øget anvendelsen af Linux-systemer til løsning af arbejdsgruppeopgaver, mindsket anvendelsen af NetWare- og UNIX-systemer, mens kun 14% havde mindsket anvendelsen af Windows-systemer. Desuden blev der under markedsundersøgelsen fra 2003 — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 632 til den anfægtede beslutning — kun konstateret to tilfælde af migration fra Windows-systemer til Linux-systemer med henblik på løsning af arbejdsgruppeopgaver.

592 De modsatrettede påstande, Microsoft har fremsat i bilag C.11 til replikken, er lidet troværdige, navnlig i betragtning af den konstante stigning i selskabets markedsandel på det relevante produktmarked i hele den periode, som er omfattet af det retsstridige afslag.

593 Ovenstående faktorer bekræfter, at afslaget fører til, at de produkter, Microsofts konkurrenter udbyder, henvises til marginale positioner eller endog gøres urentable. At der eventuelt finder en marginal konkurrence sted mellem de erhvervsdrivende på markedet, kan derfor ikke rejse tvivl om Kommissionens standpunkt, hvorefter der er fare for udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet.

594 På baggrund af de faktorer, hvortil der blev henvist i præmis 583-593 ovenfor, er det med rette, når Kommissionen i betragtning 603 til den anfægtede beslutning anfører, at leverandørerne af Linux-produkter ikke repræsenterer en seriøs trussel mod Microsoft på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

595 Microsoft har ligeledes gjort gældende, at Linux-produkter i fremtiden vil få en stadig mere betydningsfuld stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Microsoft har fremsat dette argument i bilag A.19 til stævningen og bilag C.11 til replikken. Kommissionen har taget udførligt stilling til dette argument i bilag B.10 til svarskriftet og bilag D.11 til duplikken.

596 Til støtte for argumentet har Microsoft indledningsvis henvist til nogle af resultaterne af Mercers tredje rundspørge.

597 Inden for rammerne af denne rundspørge havde Mercer bl.a. spurgt de it-ansvarlige, hvis organisation allerede anvendte Linux-systemer til løsning af arbejdsgruppeopgaver, om de forventede at forøge anvendelsen af Linux-produkter i de følgende fem år. Således som det fremgår af tabel 19 i Mercer-rapporten, hvori resultaterne af rundspørgen analyseres, svarede 53 af de 70 it-ansvarlige, for hvem spørgsmålet var relevant, bekræftende.

598 Det er efter Rettens opfattelse korrekt, når Kommissionen i betragtning 605 til den anfægtede beslutning finder, at denne omstændighed ikke er et afgørende bevis. Dels repræsenterede de nævnte 53 it-ansvarlige nemlig kun ca. 17,9% af de 296 it-ansvarlige, der deltog i den tredje Mercer-rundspørge, mens 226 it-ansvarlige havde angivet, at deres organisation ikke anvendte Linux-systemer til at levere

arbejdsgruppetjenester. Dels angav de 53 it-ansvarlige hverken nogen tal for, i hvilket omfang de agtede at forøge anvendelsen af Linux-systemer til løsning af arbejdsgruppeopgaver, eller oplyste, om det ville ske på bekostning af Windows-systemer.

599 Desuden fremgår det af tabel 18 i den samme Mercer-rapport, at 58 it-ansvarlige vurderede, at Linux-systemer i de følgende fem år ikke engang ville være »bæredygtige«, når det gjaldt om at løse arbejdsgruppeopgaver.

600 Det fremgår ganske vist af den samme tabel, at 60% af de adspurgte it-ansvarlige anførte, at deres organisation forventede at indføre Linux-systemer i de følgende fem år med henblik på at levere arbejdsgruppetjenester. De pågældende it-ansvarlige var imidlertid — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 606 til den anfægtede beslutning — hverken blevet anmodet om at angive tal for, i hvilket omfang de forventede, at det ville ske, eller at oplyse, om det ville blive på bekostning af Windows-systemer.

601 Endvidere har Microsoft påberåbt sig en række prognoser udarbejdet af IDC, hvorefter Linux-systemers markedsandel vil vokse til det dobbelte i perioden 2003-2008.

602 Hvad dette angår skal det på den ene side gentages, at IDC's data udviser en række mangler, idet de underkategorier, IDC har anvendt, omfatter opgaver uden for det marked for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som er omhandlet i den anfægtede beslutning. IDC's vækstprognoser må derfor nuanceres.

603 På den anden side vil, således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 609 til den anfægtede beslutning, den begrænsede vækst, Linux-systemer ifølge IDC's prognoser forventes at udvise på markedet, ikke ske på bekostning af Windows, men på bekostning af konkurrerende systemer, navnlig NetWare. Det bemærkes i den forbindelse, at Novell har meddelt, at selskabets operativsystem »NetWare 7.0« fra og med 2005 vil blive markedsført i to forskellige versioner: én baseret på den traditionelle NetWare-platform og én baseret på Linux-operativsystemet (jf. betragtning 95 til den anfægtede beslutning).

604 Endelig har Microsoft i bilag A.19 til stævningen og bilag C.11 til replikken påberåbt sig den vurdering, der er fremsat af en række »kyndige observatører inden for branchen«. Microsoft har nærmere bestemt henvist til en række passager i Merrill Lynch-rapporten af 8. marts 2004 (bilag 7 til bilag C.11 til replikken), som indeholder resultaterne af en rundspørge, dette selskab havde foretaget blandt 50 it-ansvarlige. Microsoft har peget på, at halvdelen af de pågældende it-ansvarlige forventede at forøge anvendelsen af Linuxsystemer i deres organisation, og at 34% af denne halvdel forventede at gøre det med henblik på at afløse Windows NT i forbindelse med løsning af fil- og printerdelingsopgaver.

605 Dette argument er ikke overbevisende. Det betyder nemlig kun, at 17% af de adspurgte it-ansvarlige havde til hensigt at udskifte Windows NT med Linux-systemer med henblik på løsning af de opgaver, der blev nævnt i den foregående præmis, men det fremgår ikke, hvilket omfang udskiftningen ville få. Eftersom Windows NT-teknologien allerede var »forældet« på det tidspunkt, hvor Merrill Lynch-rundspørgen fandt sted (jf. betragtning 583 til den anfægtede beslutning), er det i realiteten højst sandsynligt, at den installerede bestand af Windows NT-baserede servere var forholdsvis begrænset, og at ovennævnte migration derfor kun ville antage et beskedent omfang. Desuden kunne de serveroperativsystemer, der konkurrerede med Microsofts, præstere en højere grad af interoperabilitet med Windows NT-generationens systemer end med Microsofts senere Windows-generationer. Således som Kommissionen har påpeget i forbindelse med sin vurdering i relation til omstændigheden

vedrørende interoperabilitetsoplysningernes nødvendighed (jf. præmis 366 ovenfor), er den migration, hvortil der henvises i Merrill Lynch-rapporten, et isoleret fænomen og kan derfor ikke rejse tvivl om Kommissionens konklusioner om faren for, at konkurrencen udelukkes.

606 Inden for rammerne af første del af sin undersøgelse (den del, der drejer sig om udviklingen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere) konstaterede Kommissionen ligeledes, at Active Directory »på kort tid [havde] opnået en position på markedet, der blev stadig stærkere« (betragtning 613-618 og 781 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anførte videre, at »det som følge af Microsofts ophør med at fremlægge interoperabilitetsoplysninger i det hidtidige omfang er vanskeligere for operativsystemer til arbejdsgruppeservere [der konkurrerer med Microsofts] at opnå interoperabilitet med Windows 2000's egenskaber end med de tilsvarende teknologier i Windows NT«, og bemærkede afslutningsvis, at »indførelsen af [nye egenskaber i Windows-domænet, som er særlige for Windows 2000] bidrager til at fastlåse kunderne i en homogen Windows-løsning til deres arbejdsgruppenetværk« (betragtning 613 til den anfægtede beslutning).

607 Rigtigheden af ovenstående vurderinger bekræftes efter Rettens mening af flere af sagens akter.

608 IDC udtalte således i en bulletin offentliggjort i november 2001: »For langt størstedelen af brugerne er spørgsmålet ikke, om, men hvornår, de skal implementere bibliotekstjenester, der kan arbejde med Windows 2000 Server og fremtidige Windows-serveroperativsystemer«, og at »den bibliotekstjeneste, brugerne af Windows 2000 vil vælge [...], i overvældende grad [vil] være Active Directory« (betragtning 614 til den anfægtede beslutning).

- 609 På samme måde fremgår det af en rundspørge gennemført af Evans Data Corporation i 2002 — således som Kommissionen anfører i betragtning 616 til den anfægtede beslutning — at 50,3% af de interne udviklere, der var blevet spurgt om, til hvilke bibliotekstjenester deres applikationer var udviklet, angav Active Directory.
- 610 Nogle af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003 bekræfter ligeledes den bemærkelsesværdige interesse for Active Directory. Kommissionen havde således i sin begæring om oplysninger af 16. april 2003 spurgt de pågældende virksomheder, om de havde implementeret (eller besluttet at implementere) Active Directory i hovedparten af Windows-domænerne i deres it-netværk (spørgsmål 15). Af de 102 virksomheder, spørgsmålet blev stillet til, svarede 61 bekræftende på dette spørgsmål.
- 611 Interessen for Active Directory fremgår ligeledes af nogle af resultaterne af Mercers anden rundspørge, således som Kommissionen bemærker i betragtning 618 til den anfægtede beslutning.
- 612 Endvidere er, som omtalt i præmis 571-574 ovenfor, den grad af interoperabilitet, konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere kan opnå med Windows 2000-generationens produkter, langt lavere end den, de kunne opnå med den foregående generations systemer.
- 613 Endelig afsluttede Kommissionen første del af undersøgelsen med at afvise tre grupper argumenter, som Microsoft havde fremsat under den administrative procedure med henblik på at anfægte Kommissionens opfattelse, hvorefter der var fare for, at konkurrencen blev udelukket. Microsoft havde henvist til en række udtalelser

af selskabets konkurrenter, påberåbt sig, at computernetværkene i virksomhederne er heterogene, og gjort gældende, at der findes løsninger, der kan erstatte Windows.

614 I sine skriftlige indlæg har Microsoft under henvisning til de udtalelser fra sine kunder, selskabet fremlagde under den administrative procedure, gentaget sit argument om, at virksomhedernes netværk er heterogene.

615 Det er tilstrækkeligt at bemærke herom, at det allerede er blevet fastslået i præmis 498-500 ovenfor, at udtalelserne bekræfter, at de pågældende kunders computernetværk for så vidt angår arbejdsgruppeserverne navnlig bestod af Windows-systemer.

616 I sine skriftlige indlæg har Microsoft ligeledes påberåbt sig, at erhvervskunder træffer afgørelse om indkøb af serveroperativsystemer ud fra en hel række kriterier, og at spørgsmålet om interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er ikke er en afgørende faktor i den forbindelse. Som påvist i præmis 426 ovenfor, er denne påstand forkert.

617 Microsofts argument om, at selskabet seks år efter det påståede afslag stadig har mange konkurrenter på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (jf. præmis 442 ovenfor), må forkastes af de grunde, der blev nævnt i præmis 429 ovenfor.

618 Det følger af det foranstående som helhed, at Kommissionen ikke har begået en åbenbar fejlsvurdering ved at finde, at markedsudviklingen viser, at der er fare for, at konkurrencen på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere udelukkes.

619 Kommissionen havde så meget mere grundlag for at fastslå, at der er fare for, at konkurrencen udelukkes på dette marked, som at dette har en række kendetegn, der er tilbøjelige til at tilskynde organisationer, som allerede har valgt at anvende Windows på deres arbejdsgruppeservere, til ikke at migrere til konkurrerende operativsystemer i fremtiden. Således som Kommissionen med rette anfører i betragtning 523 til den anfægtede beslutning, fremgår det af en række resultater af Mercers tredje rundspørge, at et »veletableret omdømme som en teknologi, der har bestået sin prøve«, for et stort flertal af de adspurgte it-ansvarlige udgør en væsentlig faktor. Da den anfægtede beslutning blev vedtaget, havde Microsoft, ud fra et forsigtigt skøn, en markedsandel på mindst 60% på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere (betragtning 499 til den anfægtede beslutning). På samme måde viser en række resultater af den samme rundspørge, at størstedelen af de adspurgte it-ansvarlige betragter »disponible kompetencer samt omkostningerne ved og tilgængeligheden af (intern eller ekstern) support« som en væsentlig faktor. Således som Kommissionen helt korrekt anfører i betragtning 520 til den anfægtede beslutning, »[betyder det], at jo lettere det er at finde kompetente teknikere til et bestemt operativsystem til arbejdsgruppeservere, i desto højere grad er kunderne tilbøjelige til at indføre det«, og »omvendt, i jo højere grad kunderne anvender et bestemt operativsystem til arbejdsgruppeservere, desto lettere er det for teknikerne at erhverve kompetencer, der vedrører dette produkt (og desto mere tilbøjelige er de til at gøre det)«. Den meget store markedsandel, Microsoft råder over på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, betyder netop, at et meget stort antal teknikere har kompetencer, der specifikt vedrører Windows-operativsystemer.

620 Der må følgelig drages den konklusion, at den omstændighed, at der er fare for, at det omtvistede afslag fører til, at konkurrencen udelukkes, foreligger i denne sag.

## iv) Nye produkter

## Parternes argumenter

- 621 Microsoft har under henvisning til præmis 48 og 49 i IMS Health-dommen, præmis 107 ovenfor, gjort gældende, at det ikke er blevet påvist, at det afslag, der foreholdes selskabet, har forhindret fremkomsten af nye produkter, som der er en udækket efterspørgsel efter fra forbrugernes side.
- 622 Microsoft markedsfører allerede serveroperativsystemer, hvori de omtvistede kommunikationsprotokoller er implementeret, og selskabets konkurrenter markedsfører deres egne serveroperativsystemer, hvori der anvendes de kommunikationsprotokoller, de har valgt med henblik på levering af arbejdsgruppetjenester.
- 623 Endvidere har Microsoft under henvisning til betragtning 669 til den anfægtede beslutning på ny påstået, at den anfægtede beslutning tager sigte på at gøre det muligt for selskabets konkurrenter at bringe deres produkter til at fungere på nøjagtig samme måde som Windows-serveroperativsystemerne. Microsoft har gentaget, at Kommissionen tilsigter, at konkurrenterne anvender Microsofts kommunikationsprotokoller til at frembringe serveroperativsystemer, der konkurrerer direkte med Microsofts produkter ved at efterligne deres funktionaliteter.
- 624 Microsoft har ligeledes gjort gældende, at der i den anfægtede beslutning ikke henvises til noget nyt produkt, selskabets konkurrenter ønsker at udvikle ved at benytte dets kommunikationsprotokoller, og at det heller ikke påvises, at der er en

efterspørgsel efter et sådant produkt. Kommissionen lader det blive ved en påstand om, at Microsofts konkurrenter »kunne anvende de fremlagte oplysninger til at udvikle deres egne produkters avancerede egenskaber« (betragtning 695 til den anfægtede beslutning).

625 Ifølge Microsoft er der hverken i skrivelsen af 15. september 1998 eller Suns klage af 10. december 1998 noget som helst, der indikerer, at Sun ønskede at anvende »Microsofts teknologi« til at skabe noget andet produkt end et operativsystem til arbejdsgruppeservere.

626 Microsoft har bestridt Kommissionens påstand om, at det er tilstrækkeligt til at anse et produkt for nyt, at væsentlige bestanddele af det er et resultat af licenshaverens egen indsats. Ifølge Microsoft er det nemlig »vanskeligt at anse det for at udgøre frembringelse af et nyt produkt, at et produkt er blevet tilført en egenskab, der hidrører fra en konkurrents produkter«.

627 Microsoft har ligeledes anfægtet Kommissionens påstand om, at det afslag, der foreholdes Microsoft, er et »afslag på at tillade ny innovation« (jf. præmis 632 nedenfor). Microsoft har bestridt, at der er grundlag for bemærkningerne i betragtning 696 til den anfægtede beslutning, og anført, at Novell aldrig har anvendt AS/U, og at der altid kun har været et beskedent salg af de operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der er blevet udbudt af Sun og »flere andre leverandører«, som har opnået en licens til anvende AS/U. I realiteten er det den forpligtelse til at give licens, som fastsættes i den anfægtede beslutning, der kan begrænse innovationen, eftersom Microsoft vil være mindre tilbøjelig til at udvikle en bestemt teknologi, hvis den skal stilles til rådighed for konkurrenterne.

628 Endelig har Microsoft bestridt, at det omtvistede afslag skader forbrugerne. Den Mercer-rapport, Kommissionen har påberåbt sig (jf. præmis 635 nedenfor), vedrører produkter, som er på markedet i øjeblikket, og er derfor ikke relevant for spørgsmålet

om, hvorvidt afslaget har forhindret nye produkter i at fremkomme, som der er en udækket efterspørgsel efter fra forbrugernes side. Desuden påvises det ikke i Mercer-rapporterne, at Microsoft »er bagefter« konkurrenterne. Nærmere bestemt har Kommissionen undladt at nævne, at Windows-serveroperativsystemerne blev tildelt højere karakterer end NetWare- og Linuxsystemerne i ti af tretten kategorier og højere karakterer end UNIX-systemerne i ni af tretten kategorier. Desuden var der under den administrative procedure ingen kunder, der hævdede, at de var blevet tvunget til at anvende Windows-serveroperativsystemer, fordi Microsoft angiveligt havde afslået at fremlægge interoperabilitetsoplysninger for sine konkurrenter.

629 CompTIA har gjort gældende, at Kommissionen ikke har påvist i den anfægtede beslutning, at det afslag, Microsoft påstår at have gjort sig skyldig i, har forhindret fremkomsten af nye produkter.

630 Kommissionen er uenig i Microsofts påstand om, at selskabets afslag ikke har forhindret fremkomsten af nye produkter, hvorefter der er en udækket efterspørgsel efter forbrugernes side.

631 Den har i den forbindelse for det første peget på, at det fremgår af præmis 49 i IMS Health-dommen, præmis 107 ovenfor, at »et nyt produkt« er et produkt, der ikke i det væsentlige kun er en reproduktion af produkter, som indehaveren af ophavsretten allerede tilbyder på markedet. Det er derfor tilstrækkeligt, at det pågældende produkt indeholder nogle bestanddele af betydning, der er et resultat af licenshaverens egen indsats. Microsoft skal kun fremlægge specifikationerne for sine grænseflader og ikke implementeringen af dem, og Microsofts konkurrenter har derfor ifølge Kommissionen ikke blot til hensigt at reproducere Microsofts produkter, hvilket de i øvrigt heller ikke vil kunne. Konkurrenterne vil, i stedet for at være udelukket af markedet på grund af Microsofts afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, anvende

oplysningerne til konstant at markedsføre forbedrede produkter »og tilbyde en værdiforøgelse i forhold til deres egne og Microsofts tidligere produkter« (betragtning 695 til den anfægtede beslutning). Desuden vil ingen bestanddele af Microsofts produkter, herunder navnlig dele af programkoden, blive integreret i andre operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

632 For det andet nøjedes Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke med at foretage en vurdering i relation til kriteriet om nye produkter som defineret i IMS Healthdommen, nævnt i præmis 107 ovenfor. Dens undersøgelse i relation til dette kriterium blev foretaget på baggrund af forbuddet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF mod at begrænse den tekniske udvikling til skade for forbrugerne. Den efterprøvede derfor omhyggeligt, om Microsofts afslag var et »afslag på at tillade ny innovation«, dvs. udvikling af nye produkter, og ikke blot et afslag på at tillade reproduktion.

633 Til støtte for disse anbringender har Kommissionen for det første anført, at den undersøgte, hvilken adfærd Microsofts konkurrenter tidligere havde udvist, når Microsoft havde meddelt dem interoperabilitetsoplysninger eller uforvarende tilladt nogle af dem at benytte »omveje« (betragtning 696 til den anfægtede beslutning). Over for Microsofts kritik på dette punkt (jf. præmis 627 ovenfor) har Kommissionen anført, at Novell, som ikke er »UNIX-leverandør«, ikke har interesseret sig for »UNIX-baserede applikationer« såsom AS/U. Sun og andre UNIX-leverandører har imidlertid tilbudt innovative produkter, hvori der er anvendt AS/U til at opnå interoperabilitet med Windows-systemerne, og som ville have kunnet imødekomme en efterspørgsel fra kundernes side, hvis Microsoft ikke havde nægtet at meddele interoperabilitetsoplysninger.

634 For det andet har Kommissionen peget på, at den i betragtning 698 til den anfægtede beslutning har bemærket, at der kan foretages flere forskellige implementeringer af den samme specifikation.

635 For det tredje har Kommissionen under henvisning til betragtning 699 til den anfægtede beslutning anført, at det fremgår af resultaterne af Mercers tredje rundspørge, at forbrugerne af serveroperativsystemer »på grund af den hindring for at vælge alternative løsninger, den manglende interoperabilitet udgør«, stiller sig tilfreds med Microsofts produkter, selv om »Microsoft er bagefter sine konkurrenter« for så vidt angår flere væsentlige egenskaber, som forbrugerne lægger vægt på. Microsoft opnår kun en højere placering end konkurrenterne, hvis interoperabilitet med Windows er en faktor, der tages i betragtning, og hvis sekundære faktorer tillægges samme vægt som væsentlige faktorer. Over for Microsofts argument om, at ingen kunder har klaget over at have måttet indføre et Windows-operativsystem som følge af det omtvistede afslag, har Kommissionen henvist til betragtning 702-708 til den anfægtede beslutning.

636 For det fjerde har Kommissionen anført, at Microsofts konkurrenter foretager forskning og udvikling, men at de har brug for adgang til Microsofts protokoller for at gøre det muligt for organisationer, der anvender Windowsbaserede pc'er og arbejdsgruppeservere, at drage nytte af deres innovation uden at blive straffet med mangel på interoperabilitet. Ifølge Kommissionen »[påvirker afslaget i sig selv] ikke direkte konkurrenternes evne til at innovere, men snarere forbrugerens mulighed for at drage nytte af denne innovation og konkurrenternes mulighed for at opnå en fortjeneste ved den — og dermed på længere sigt deres tilskyndelser til at innovere«.

637 Endelig har Kommissionen for det femte gjort gældende, at de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende sine egne tilskyndelser til at innovere, ikke er relevante for spørgsmålet om, hvilke konsekvenser den retsstridige praksis har for konkurrenternes innovationstilskyndelser.

638 For det tredje har Kommissionen hævdet, at Microsofts påstand om, at kriteriet om nye produkter ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, bygger på en fejlagtig fortolkning af retspraksis.

639 Kommissionen har herom for det første anført, at det efter dette kriterium ikke kræves, at det konkret påvises, at licenshaverens produkt vil tiltrække kunder, der ikke køber de produkter, der tilbydes af den eksisterende dominerende leverandør. I IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, fokuserede Domstolen på, om der var forskelle mellem produkterne, som kunne påvirke forbrugernes valg, eller, med andre ord, om der forelå en »potentiel efterspørgsel« efter det nye produkt. Kommissionen har understreget, at kriteriet om nye produkter ikke udelukkende henviser til restriktioner for produktionen. I duplikken har Kommissionen anført, at de nye produkter, der er planer om, klart vil imødekomme en potentiel efterspørgsel, og at de vil være baseret på de operativsystemer, som Microsofts konkurrenter markedsfører i øjeblikket, og som har egenskaber, forbrugerne ofte værdsætter mere end de tilsvarende egenskaber hos Microsofts operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

640 For det andet kan Microsoft efter Kommissionens mening ikke påberåbe sig, at den anfægtede beslutning fokuserer på konkurrenternes muligheder for at tilpasse deres egne »eksisterende produkter«. Det relevante spørgsmål er nemlig, om konkurrenterne hovedsageligt vil begrænse sig til at reproducere de eksisterende produkter, indehaveren af den intellektuelle ejendomsret har udviklet. I de produkter, Microsofts konkurrenter udvikler, vil der være implementeret den samme række protokoller som i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, men konkurrenternes produkter vil være meget anderledes med hensyn til ydelse, sikkerhed og funktionaliteter.

641 For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at retspraksis ikke udelukker, at licenshaverens fremtidige produkter kommer til at konkurrere med produkter frembragt af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, således som det fremgår af de faktiske omstændigheder i de sager, der førte til Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.

642 SIIA har gjort gældende, at Microsofts omtvistede afslag har forhindret fremkomsten af »nye og innovative operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som Microsoft ikke [fremstiller], og som opfylder kundernes behov for interoperabilitet«. Hvis

Microsofts konkurrenter råder over interoperabilitetsoplysninger, vil de kunne tilbyde produkter, som ikke blot frembyder »forbedrede funktionelle egenskaber«, men som også, og især, kan interoperere. Desuden ville det ikke give Microsofts konkurrenter nogen konkurrencefordel blot at »kopiere Microsofts produkter«, og konkurrenterne ville heller ikke kunne gøre det, selv om de havde adgang til de oplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning.

### Rettens bemærkninger

- <sup>643</sup> Den omstændighed, at den påtalte adfærd forhindrer fremkomsten af nye produkter, skal bedømmes på baggrund af artikel 82, stk. 2, litra b), EF, der fastsætter forbud mod misbrug, der består i »begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugere«.
- <sup>644</sup> I præmis 54 i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, fastslog Domstolen således, at de berørte tv-selskabers nægtelse måtte anses for at udgøre misbrug som omhandlet i denne bestemmelse, fordi den forhindrede, at der blev skabt et nyt produkt, som selskaberne ikke udbød til salg, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side.
- <sup>645</sup> Det fremgår af den beslutning, som den sag drejede sig om, der førte til denne dom, at Kommissionen nærmere bestemt havde fundet, at tv-selskaberne ved deres afslag begrænsede produktionen eller markederne til skade for forbrugere (jf. betragtning 23, første afsnit, til Kommissionens beslutning 89/205/EØF af 21.12.1988 om en procedure i henhold til artikel [82 EF] (IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC og RTE) (EFT 1989 L 78, s. 43)). Kommissionen havde således fastslået, at afslaget forhindrede udgiverne i at fremstille og offentliggøre en samlet ugentlig tv-guide for forbrugere i Irland og Nordirland — en guide af en art, som ikke fandtes på det geografiske

marked på det pågældende tidspunkt. De berørte tv-selskaber udgav ganske vist hver en ugentlig tv-guide, men den omfattede kun deres egne programmer. Kommissionen havde som begrundelse for at lægge tv-selskaberne til last, at de havde begået misbrug af dominerende stilling, henvist til den skade, manglen på en samlet ugentlig tv-guide på det irske og nordirske marked påførte forbrugerne, som, hvis de ønskede at orientere sig om programudbuddet i den følgende uge, ikke havde anden mulighed end at købe begge stationers ugentlige guider og selv uddrage de oplysninger, der var relevante for at drage sammenligninger.

646 I IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, vurderede Domstolen ligeledes omstændigheden vedrørende fremkomsten af et nyt produkt i sammenhæng med den skade, der var blevet påført forbrugernes interesser. Den fremhævede således i dommens præmis 48, idet den henviste til punkt 62 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i sagen (Sml. 2004 I, s. 5042), at denne betingelse imødekom det forhold, at der ved afvejningen mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder og hensynet til rettighedsindehaverens frie næringsret og på den anden side hensynet til beskyttelsen af den frie konkurrence kun kunne lægges afgørende vægt på sidstnævnte hensyn i tilfælde, hvor nægtelsen af at meddele licens var til hinder for udviklingen af det afledte marked til skade for forbrugerne.

647 Omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter, således som den blev taget i betragtning i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, kan ikke være den eneste parameter, der kan afgøre, om afslag på at meddele licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed kan skade forbrugerne som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF. Således som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, kan en sådan skade ikke alene forekomme, når der er tale om begrænsning af produktionen eller afsætningen, men også, når der er tale om begrænsning af den tekniske udvikling.

- 648 Det er på grundlag af den sidstnævnte mulighed, Kommissionen tager stilling i den anfægtede beslutning. Den finder således, at Microsofts påtalte afslag begrænser den tekniske udvikling til skade for forbrugerne som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF (betragtning 693-701 og 782 til den anfægtede beslutning), og forkaster Microsofts påstand om, at det ikke er godtgjort, at afslaget skader forbrugerne (betragtning 702-708 til den anfægtede beslutning).
- 649 Retten finder, at de konklusioner, Kommissionen drager i de i den foregående præmis nævnte betragtninger, ikke er åbenbart fejlagtige.
- 650 For det første er det velbegrundet, når Kommissionen i betragtning 694 til den anfægtede beslutning anfører: »[p]å grund af de manglende muligheder, konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere har for at opnå interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen, fastlåses stadig flere forbrugere i en homogen Windows-løsning med hensyn til operativsystemer til arbejdsgruppeservere«.
- 651 Som det allerede er anført i præmis 371-422 ovenfor, har det afslag, der foreholdes Microsoft, hindret selskabets konkurrenter i at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der kan præstere en tilfredsstillende grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen, hvilket har tilskyndet forbrugerne til at købe Microsoft-produkter, når de har skullet træffe beslutning om anskaffelse af operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Som Retten allerede har anført i præmis 606-611 ovenfor, fremgår det af flere akter i sagen, at organisationerne i stigende omfang har indført Windows 2000-produktrækkens teknologier, navnlig Active Directory. Da interoperabilitetsproblemerne er blevet mere påtrængende i relation til denne produktrækkes operativsystemer til arbejdsgruppeservere, end de var i relation til den foregående generations systemer (jf. præmis 571-574 ovenfor og betragtning

578-584, 588 og 613 til den anfægtede beslutning), styrker den stigende indførelse af de førstnævnte systemer kun den »fastlåsningsvirkning«, hvortil der blev henvist i den foregående præmis.

652 Den begrænsning, der således er sket af forbrugernes valgmuligheder, er så meget mere skadelig for dem, som at de, som anført i præmis 407-412 ovenfor, betragter de konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere som bedre end Microsofts systemer for så vidt angår en række egenskaber, de tillægger stor betydning, såsom »serveroperativsystemets pålidelighed/tilgængelighed« og »serveroperativsystemets indbyggede sikkerhed«.

653 For det andet er det med rette, at Kommissionen har fundet, at den kunstige interoperabilitetsfordel, Microsoft har skaffet sig gennem sit afslag, har afskrækket konkurrenterne fra at udvikle og markedsføre operativsystemer til arbejdsgruppeservere med innovative egenskaber, hvilket navnlig er til skade for forbrugerne (jf. herom betragtning 694 til den anfægtede beslutning). Afslaget har stillet konkurrenterne ugunstigt i forhold til Microsoft for så vidt angår deres produkters kvalitet, navnlig med hensyn til parametre som sikkerhed, pålidelighed, letanvendelighed og databehandlingshastighed (betragtning 699 til den anfægtede beslutning).

654 Kommissionens vurdering, hvorefter »Microsofts konkurrenter kunne anvende de interoperabilitetsoplysninger, Microsoft nægter at fremlægge for dem, til at gøre de avancerede funktioner i deres produkter tilgængelige inden for rammerne af det system af interoperabilitetsforhold, Windows-domænearkitekturen bygger på, hvis de havde adgang til oplysningerne« (betragtning 695 til den anfægtede beslutning), bekræftes af den adfærd, konkurrenterne tidligere har udvist, når de har haft adgang til visse oplysninger om Microsofts produkter. Produkterne »PC NetLink« og »NDS for NT«, hvortil Kommissionen henviser i betragtning 696 til den anfægtede beslutning, er to klare eksempler herpå. PC NetLink er et program udviklet af Sun på basis

af AS/U, som AT&T havde udviklet ved at anvende kildekode, Microsoft i 1990'erne havde stillet til rådighed for selskabet inden for rammerne af en licens (betragtning 211-213 til den anfægtede beslutning). Det fremgår af et dokument, Microsoft fremlagde under den administrative procedure, at de innovative egenskaber og den værdiforøgelse, PC NetLink tilførte Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk, blev fremhævet af Sun som et argument for at købe produktet (fodnote 840 til betragtning). På samme måde betonedes Novell i sit markedsføringsmateriale de nye egenskaber, NDS for NT — et program, Novell havde udviklet gennem reverse engineering — ville tilføre den domænearkitektur, der byggede på Windows, i det pågældende tilfælde Windows NT (fodnote 841 til den anfægtede beslutning).

655 Kommissionen har i denne forbindelse lagt vægt på at fremhæve, at der »ud over at udvikle grænsefladespecifikationer er rige muligheder for differentiering og innovation« (betragtning 698 til den anfægtede beslutning). Softwareudviklerne kan med andre ord implementere den samme specifikation på mange forskellige og innovative måder.

656 Der ligger således den opfattelse til grund for den anfægtede beslutning, at Microsofts konkurrenter efter fjernelsen af den hindring, som den utilstrækkelige grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen stiller dem over for, vil kunne tilbyde operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som på ingen måde blot er reproduktioner af Windows-systemer, der allerede findes på markedet, men som adskiller sig fra disse for så vidt angår parametre, som forbrugerne finder væsentlige (jf. herom betragtning 699 til den anfægtede beslutning).

657 Det bemærkes i den forbindelse, at Microsofts konkurrenter heller ikke vil kunne klonе eller reproducere Microsofts produkter blot ved at have adgang til de

interoperabilitetsoplysninger, der er omhandlet i den anfægtede beslutning. Bortset fra at Microsoft selv i sine skriftlige indlæg har medgivet, at den i beslutningens artikel 5 fastsatte afhjælpende foranstaltning ikke muliggør noget sådant (jf. præmis 241 ovenfor), omfatter de pågældende oplysninger som tidligere nævnt ikke enkeltheder om implementeringen eller andre dele af Microsofts kildekode (jf. præmis 194-206 ovenfor). Det bemærkes ligeledes, at de protokoller, for hvilke Microsoft skal fremlægge specifikationer i medfør af den anfægtede beslutning, kun repræsenterer en ubetydelig del af samtlige de protokoller, der er implementeret i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere.

658 Desuden vil Microsofts konkurrenter ikke have nogen interesse i blot at reproducere Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere. Når de ved hjælp af de oplysninger, som vil blive fremlagt for dem, er blevet i stand til udvikle systemer, der i tilstrækkelig grad kan interoperere med Windows-domænearkitekturen, vil de, hvis de ønsker at have en konkurrencefordel i forhold til Microsoft og fortsat opnå fortjeneste på markedet, ikke have andet valg end at differentiere deres produkter fra Microsofts for så vidt angår en række parametre og egenskaber. Det skal understreges i den forbindelse, at implementering af specifikationer er en vanskelig opgave, der kræver omfattende økonomiske og tidsmæssige investeringer, således som Kommissionen anfører i betragtning 719-721 til den anfægtede beslutning.

659 Endelig er det med hensyn til Microsofts argument om, at selskabet vil være mindre tilbøjeligt til at udvikle en bestemt teknologi, hvis den skal stilles til rådighed for konkurrenterne (jf. præmis 627 ovenfor), tilstrækkeligt at bemærke, at dette er irrelevant for vurderingen i relation til omstændigheden vedrørende nye produkter, idet denne indebærer, at det skal undersøges, hvordan Microsofts afslag påvirker konkurrenternes, og ikke Microsofts, tilskyndelser til at innovere. Sidstnævnte spørgsmål vil blive behandlet i forbindelse med vurderingen i relation til omstændigheden vedrørende mangel på en objektiv begrundelse.

- 660 For det tredje er det ligeledes med rette, at Kommissionen har afvist, at der er grundlag for den påstand, Microsoft fremsatte under den administrative procedure, og hvorefter det ikke er påvist, at det afslag, der foreholdes selskabet, har skadet forbrugerne (betragtning 702-708 til den anfægtede beslutning).
- 661 For det første fremgår det, som nævnt i præmis 407-417 ovenfor, af resultaterne af Mercers tredje rundspørge, at forbrugerne — i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende — anser konkurrerende operativsystemer til arbejdsgruppeservere for at være bedre end Microsofts operativsystemer til arbejdsgruppeservere for så vidt angår en række egenskaber, de lægger stor vægt på.
- 662 Endvidere kan Microsoft ikke påberåbe sig, at forbrugerne ikke på noget tidspunkt under den administrative procedure hævdede, at de var blevet tvunget til at indføre et Windows-operativsystem til arbejdsgruppeservere, fordi Microsoft havde afslået at fremlægge interoperabilitetsoplysninger for sine konkurrenter. Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at Microsoft ikke har bestridt Kommissionens bemærkninger i betragtning 705 og 706 til den anfægtede beslutning. I betragtning 705 anfører Kommissionen således, at det er udviklere af supplerende software, der skal interoperere med Microsofts systemer, som er »afhængige af, at Microsoft fremlægger interoperabilitetsoplysningerne«, og at »forbrugerne [ikke altid er klar] over, nøjagtig hvad Microsoft fremlægger eller ikke fremlægger for andre leverandører af operativsystemer til arbejdsgruppeservere«. I betragtning 706 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at »[h]vis forbrugerne skal vælge imellem at tåle interoperabilitetsproblemer, der gør deres arbejde mere besværligt, ineffektivt eller bekosteligt, og et homogent Windowsmiljø, vil de være tilbøjelige til at vælge det sidstnævnte«, og at »[n]år de først har tilpasset sig Windows, er det lidet sandsynligt, at de melder om interoperabilitetsproblemer mellem deres klient-pc'er og arbejdsgruppeserverne«.

- 663 Desuden fremgår det af det, Microsoft selv har anført om den fremlæggelse af oplysninger, der er sket i medfør af det amerikanske forlig, at den har ført til, at forbrugerne har fået flere valgmuligheder (jf. betragtning 703 til den anfægtede beslutning).
- 664 Endelig er det fast retspraksis, at artikel 82 EF ikke alene vedrører en praksis, som direkte kan forvolde forbrugerne skade, men også adfærdsmåder, som indirekte forvolde dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 125, og dommen i sagen Irish Sugar mod Kommissionen, nævnt i præmis 229 ovenfor, præmis 232). I det foreliggende tilfælde har Microsoft påvirket den effektive konkurrencestruktur på markedet for operativsystemer til arbejdsgrupper ved at erhverve en betydelig markedsandel på dette marked.
- 665 Der må drages den konklusion af det foranstående som helhed, at Kommissionens konklusion, hvorefter det afslag, der forholdes Microsoft, begrænser den tekniske udvikling til skade for forbrugerne som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF, ikke er åbenbart fejlagtig. Omstændigheden vedrørende fremkomsten af nye produkter må følgelig anses for at foreligge i det aktuelle tilfælde.

v) Mangel på en objektiv begrundelse

#### Parternes argumenter

- 666 Microsoft har, for det første, gjort gældende, at det afslag, der foreholdes selskabet, var objektivt begrundet i de intellektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft besidder

til den »teknologi«, det drejer sig om. Microsoft har gjort gældende, at selskabet har foretaget betydelige investeringer i udviklingen af sine kommunikationsprotokoller, og at den salgssucces, det har opnået, er det rimelige udbytte heraf. Microsoft har ligeledes hævdet, at det er almindelig anerkendt, at en virksomheds afvisning af at fremlægge en given teknologi for sine konkurrenter kan retfærdiggøres af, at virksomheden ikke ønsker, at konkurrenterne anvender teknologien til at påføre den konkurrence.

667 I replikken har Microsoft påberåbt sig, at den teknologi, selskabet skal fremlægge, er hemmelig, af stor værdi for licenshaverne og indeholder betydningsfuld innovation.

668 I sit svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål har Microsoft tilføjet, at selskabet havde en objektiv grund til ikke at give licens på den pågældende teknologi, nemlig »den skade, Microsofts tilskyndelser til at innovere ville have lidt, hvis Sun (eller andre) havde udnyttet teknologien til at udvikle en funktionel ækvivalent, der konkurrerede med Microsofts produkter på det samme marked«.

669 For det andet har Microsoft hævdet, at Kommissionen har forkastet selskabets argumenter på grundlag af et nyt, retligt fejlagtigt kriterium, som afviger klart fra de kriterier, der er fastlagt i retspraksis. I betragtning 783 til den anfægtede beslutning fastslår Kommissionen således, at afslag på at fremlægge oplysninger, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, udgør en tilsidesættelse af artikel 82 EF, hvis den negative indvirkning på den dominerende virksomheds tilskyndelser til at innovere alt taget i betragtning opvejes af den positive indvirkning på innovationen inden for sektoren som helhed.

670 Hvis der skal gælde et sådant »afvejningskriterium«, vil det efter Microsofts opfattelse føre til, at dominerende virksomheder vil være mindre tilskyndet til at investere

i forskning og udvikling, da de ville skulle dele frugten af deres indsats med deres konkurrenter. Intellektuelle ejendomsrettigheder tilskynder deres indehaver til at fortsætte med at innovere og får konkurrerende virksomheder til selv at gøre en innovationsindsats for ikke at »sakke agterud«. Endvidere har Microsoft kritiseret Kommissionen for ikke at have forsøgt at vurdere betydningen af den negative indvirkning, som den forpligtelse til at give licens, der fastsættes i den anfægtede beslutning, vil have på Microsofts konkurrenter, som snarere end at gøre sig den ulempe at udvikle deres egen teknologi vil vente og se, hvilken teknologi de vil kunne råde over ved hjælp af en licens.

671 Microsoft har ligeledes fremført den indvending, at kriteriet er upræcist og dets konsekvenser uforudsigelige, og bl.a. anført, at Kommissionen ikke har givet nogen rettesnor, der gør det muligt for dominerende virksomheder at vurdere, »om hensynet til bevarelsen af [deres] tilskyndelse til at innovere kan begrunde en beslutning om, at [deres] intellektuelle ejendomsret kun skal udnyttes af [dem] selv«. Mere generelt er der i den anfægtede beslutning hverken nogen oplysninger om, hvordan kriteriet er blevet anvendt i det foreliggende tilfælde, eller hvordan det vil blive anvendt i fremtiden.

672 For det tredje har Microsoft bestridt, at Kommissionens henvisninger til det amerikanske forlig og forliget med Sun (jf. præmis 687 nedenfor) er relevante.

673 Ifølge det amerikanske forlig er Microsoft forpligtet til at give licens til de kommunikationsprotokoller, der er implementeret i Windows-operativsystemerne til klient-pc'er, udelukkende for at de kan implementeres i serverprogrammer. Derimod skal Microsoft i medfør af den anfægtede beslutning give licens til sine server-server-kommunikationsprotokoller, for at de kan implementeres i serveroperativsystemer, der konkurrerer direkte med Microsofts. Desuden er Microsofts forpligtelser i medfør af det amerikanske forlig begrænset til en periode på fem år, og en virksomhed har en større tilskyndelse til at fortsætte med at udvikle en teknologi, hvis den efter en given periode igen vil have eneretten til at anvende forbedringer af teknologien.

674 I forliget med Sun er der fastsat en gensidig forpligtelse til at dele teknologi og intellektuelle ejendomsrettigheder på betingelser, der er kommet i stand efter en forhandling, i en periode, der er begrænset til seks år. Derimod kan Microsoft i medfør af den anfægtede beslutning ikke frit vælge licenshaverne, og disse skal ikke indrømme Microsoft en licens til gengæld; afgifter og andre licensvilkår vil være undergivet Kommissionens kontrol, og Microsofts forpligtelse til at give licens vil være »uden tidsbegrænsning«.

675 CompTIA har indledningsvis fremhævet innovationens betydning for konkurrencen inden for it- og kommunikationssektoren og nødvendigheden af, at der i denne sektor findes et »robust system til beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder«. CompTIA har navnlig peget på, at sådanne rettigheder tilskynder selskaberne til at forbedre eksisterende produkter og bringe nye på markedet.

676 Endvidere har CompTIA under henvisning til betragtning 783 til den anfægtede beslutning hævdet, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har anvendt et nyt afvejningskriterium, og at dette ikke er i overensstemmelse med retspraksis.

677 Kommissionen har som det første anbringende gjort gældende, at den har taget den af Microsoft fremførte begrundelse behørigt i betragtning.

678 Kommissionen har indledningsvis peget på, at Microsoft medgiver i stævningen, at selskabet kun har påberåbt sig én begrundelse, nemlig at det har intellektuelle ejendomsrettigheder til den »teknologi«, det drejer sig om. En sådan begrundelse kan

ikke accepteres, navnlig i betragtning af at Domstolen i den sag, der førte til Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, og hvori der ikke var tvivl om, at det i den beslutning, der blev anfægtet, blev pålagt de berørte selskaber at give licens til at udnytte en ophavsret, fastslog, at det afslag, det drejede sig om, ikke var objektivt begrundet. Kommissionen støttes på dette punkt af SIIA.

679 Endvidere har Kommissionen forstået Microsofts argument således, at det hermed siges, at omstændighederne i den foreliggende sag, herunder navnlig »den indvirkning, et pålæg om at fremlægge oplysninger sandsynligvis vil have på Microsofts tilskyndelser til at innovere«, er så usædvanlige, at Kommissionen ikke kunne anvende de løsninger, der er anvist i retspraksis.

680 Kommissionen minder i den forbindelse om, at det var Microsoft, det påhvilede at bevise, at det misbrug, der blev foreholdt selskabet, var objektivt begrundet. Mere specifikt skulle Microsoft i det mindste have påvist, dels at pålægget til selskabet om at fremlægge interoperabilitetsoplysninger ville have en negativ indvirkning på dets tilskyndelser til at innovere, dels at der var fare for, at denne negative indvirkning ville mere end opveje »de af Kommissionen angivne faktorer, som betød, at den påtalte adfærd udgjorde misbrug«. Microsoft fremsatte imidlertid kun rent teoretiske og helt uunderbyggede argumenter om dette spørgsmål.

681 Desuden kan Microsoft ikke kan begrunde sit afslag med, at den pågældende teknologi er hemmelig, af stor værdi og indeholder betydningsfuld innovation. Denne begrundelse er desuden ikke blevet påberåbt i stævningen.

682 Som det andet anbringende har Kommissionen benægtet, at den har anvendt et nyt kriterium i det foreliggende tilfælde.

683 Den har for det første afvist Microsofts påstand om, at en virksomhed har fornødent grundlag for at nægte at stille en given teknologi til rådighed for sine konkurrenter, hvis den ønsker at undgå, at de kan påføre den konkurrence. Påstanden kan fortolkes således, at den betyder, at afslaget på at give licens er lovligt, selv om de tre første kriterier, Domstolen fastlagde i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, er opfyldt, hvis konkurrenterne agter at anvende licensen til at påføre den dominerende virksomhed konkurrence. Denne opfattelse er åbenlyst forkert. Påstanden kan også fortolkes således, at den betyder, at de principper, der blev fastlagt i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, ikke gælder, når den intellektuelle ejendomsret vedrører en teknologi. Men bortset fra at Microsoft ikke har forklaret, hvad selskabet i denne forbindelse forstår ved »teknologi«, ville det være yderst vanskeligt at skelne mellem »teknologiske« og »ikke-teknologiske« intellektuelle ejendomsrettigheder. Det er heller ikke sikkert, at de omtvistede interoperabilitetsoplysninger udgør en sådan teknologi, navnlig hvis de kun repræsenterer simple, tilfældigt valgte konventioner, som ikke har karakter af innovation.

684 For det andet har Kommissionen bestridt Microsofts påstand om, at selskabets konkurrenter på grund af den anfægtede beslutning ikke længere vil have nogen tilskyndelse til at udvikle deres egen teknologi. Microsoft har ikke forholdt sig til vurderingen i betragtning 697 til den anfægtede beslutning, hvorefter konkurrenterne på grund af Microsofts monopolagtige stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er ikke er i stand til at udvikle bæredygtige alternativer til Microsofts kommunikationsprotokoller.

685 For det tredje har Kommissionen anført, at Microsoft kun har henvist til sine innovationstilskyndelser i relation til udviklingen af protokoller og har set bort fra sine øvrige produkter. Kommissionen har, idet den har henvist til betragtning 724 til den anfægtede beslutning, gjort gældende, at denne synsmåde er fejlagtig.

686 For det fjerde har Kommissionen anført, at Microsoft har set bort fra, at de omtvistede oplysninger er oplysninger, der er nødvendige for at tilvejebringe interoperabilitet som omhandlet i direktiv 91/250. Det fremgår af direktivets artikel 6, at fællesskabslovgiver finder, at sådanne oplysninger gavner innovationen.

687 Som det tredje anbringende har Kommissionen henvist til en række udtalelser, Microsoft har fremsat under den administrative procedure og efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Under høringen anførte Microsoft således som svar på et spørgsmål fra Kommissionens tjenestegrene, at selskabet ikke havde bemærket, at det amerikanske forlig havde haft negativ indvirkning på selskabets tilskyndelser til at innovere. På samme måde udtalte Microsoft under en pressekonference, der blev afholdt sammen med Sun efter indgåelsen af forliget med dette selskab, at de to virksomheder ville fortsætte med at konkurrere med hinanden og med at innovere, og at »virkningen af forliget ikke [ville blive] mindre innovation, men mere innovation«. Efter Kommissionens opfattelse er Microsofts argument om, at der er fastsat gensidige forpligtelser i forliget, ikke relevant. Da Sun indgik forliget, var det allerede selskabets politik at stille de relevante protokoller til rådighed for branchen som helhed.

## Rettens bemærkninger

688 Indledningsvis bemærkes, at skønt det påhviler Kommissionen at bevise, at de omstændigheder foreligger, der udgør gerningsindholdet i en tilsidesættelse af artikel 82 EF, er det den berørte dominerende virksomhed, og ikke Kommissionen, det påhviler i givet fald at gøre en eventuel objektiv begrundelse gældende inden afslutningen af den administrative procedure og i den forbindelse fremsætte argumenter og fremlægge beviser. Hvis Kommissionen ønsker at fastslå, at der er begået misbrug af en dominerende stilling, påhviler det derefter den at påvise, at de argumenter og beviser, den berørte virksomhed har påberåbt sig, ikke er holdbare, og at den anførte begrundelse derfor ikke kan tiltrædes.

689 Som anført i betragtning 709 til den anfægtede beslutning, og således som Microsoft udtrykkeligt bekræfter i stævningen, har Microsoft i det foreliggende tilfælde kun påberåbt sig som begrundelse for sin adfærd, at den omtvistede teknologi er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Microsoft har nærmere anført herom, at en forpligtelse til at give tredjemand adgang til denne teknologi, ville »fratage selskabets dets tilskyndelser til at investere i at skabe intellektuel ejendom i fremtiden« (betragtning 709 til den anfægtede beslutning). Desuden har Microsoft anført i replikken, at teknologien er hemmelig, af stor værdi og indeholder betydningsfuld innovation.

690 At de kommunikationsprotokoller, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, eller specifikationerne for dem, er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder, kan, selv hvis dette er korrekt, ikke i sig selv udgøre en objektiv begrundelse som omhandlet i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor. Microsofts opfattelse er uforenelig med begrundelsen for den undtagelse, der anerkendes i retspraksis på området til gavn for den frie konkurrence, idet undtagelsen aldrig ville kunne gælde, hvis blot dette at være indehaver af intellektuelle ejendomsrettigheder i sig selv kunne udgøre en objektiv begrundelse for at nægte at meddele licens. Afslag på at give licens til udnyttelse af en intellektuel ejendomsrettighed ville således aldrig kunne anses for at udgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF, skønt Domstolen netop fastslog det modsatte i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor.

691 Det bemærkes i den forbindelse, at ifølge Fællesskabets retsinstanser — således som det fremgår af præmis 321, 323, 327 og 330 ovenfor — udgør den eneret, der tilkommer indehaveren af en intellektuel ejendomsret til at udnytte denne ret udelukkende til sin egen fordel, selve kernen i denne eneret. Selv hvis det er en dominerende virksomhed, der afslår at meddele tredjemand en licens, kan dette derfor ikke i sig selv udgøre misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. Det er først, når der i forbindelse med afslaget foreligger særlige omstændigheder som dem, der er blevet omhandlet i hidtidig retspraksis, at afslaget kan karakteriseres som misbrug, og at der derfor på grund af almenhedens interesse i, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, kan gribes ind i den eneret, der

tilkommer den intellektuelle ejendomsrets indehaver, ved at det pålægges denne at give licens til tredjeparter, som ønsker at træde ind på markedet eller forblive derpå. Som fastslået ovenfor, foreligger der sådanne særlige omstændigheder i det aktuelle tilfælde.

<sup>692</sup> Microsofts argument i replikken om, at den teknologi, det drejer sig om, er hemmelig, af stor værdi og indeholder betydningsfuld innovation, kan heller ikke tiltrædes.

<sup>693</sup> For det første skyldes det forhold, at den pågældende teknologi er hemmelig, en ensidig forretningsmæssig beslutning fra Microsofts side. Endvidere kan Microsoft ikke på én gang påberåbe sig interoperabilitetsoplysningernes angiveligt hemmelige karakter som begrundelse for, at selskabet ikke er forpligtet til at fremlægge dem, medmindre de særlige omstændigheder, hvortil Domstolen henviste i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, foreligger, og samtidig begrunde sit afslag med, at oplysningerne er hemmelige. Endelig er der ikke nogen grund til, at en hemmelig teknologi skulle nyde en højere grad af beskyttelse end f.eks. en teknologi, som en opfinder har måttet fremlægge for offentligheden som led i en patentansøgningsprocedure.

<sup>694</sup> For det andet er interoperabilitetsoplysningerne nødvendigvis af stor værdi for konkurrenter, som ønsker at have adgang til dem, når det — som i det foreliggende tilfælde — er blevet fastslået, at oplysningerne er nødvendige.

<sup>695</sup> For det tredje hænger det naturligt sammen med, at en virksomhed besidder en intellektuel ejendomsret, at genstanden for denne er innovativ eller original. Der kan nemlig hverken foreligge et patent, hvis der ikke er nogen opfindelse, eller en ophavsret, hvis der ikke er noget originalt værk.

<sup>696</sup> I øvrigt bemærker Retten, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke nøjes med at afvise den af Microsoft anførte begrundelse, hvorefter den pågældende teknologi er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Den undersøger ligeledes Microsofts argument om, at det vil indvirke negativt på selskabets tilskyndelser til at innovere, hvis det pålægges det at give tredjemand adgang til teknologien (betragtning 709 og 712 til den anfægtede beslutning).

<sup>697</sup> Således som Kommissionen med rette har anført, påviste Microsoft, som den oprindelige bevisbyrde påhviler i denne forbindelse (jf. præmis 688 ovenfor), ikke i fornødent omfang, at det ville have en væsentlig negativ indvirkning på selskabets tilskyndelser til at innovere, hvis det blev pålagt det at fremlægge interoperabilitetsoplysningerne.

<sup>698</sup> Microsoft fremsatte nemlig på dette punkt kun upræcise, generelle og teoretiske argumenter. Således som Kommissionen anfører i betragtning 709 til den anfægtede beslutning, udtalte Microsoft i sit svar af 17. november 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter blot, at det »ville fratage selskabet dets tilskyndelser til at investere i at skabe intellektuel ejendom i fremtiden, hvis det skulle fremlægge [interoperabilitetsoplysningerne]«, men konkretiserede ikke, hvilke teknologier eller produkter det derved sigtede til.

<sup>699</sup> I visse passager i det svar, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, forventer Microsoft en negativ indvirkning på sine tilskyndelser til at innovere inden for operativsystemer generelt, dvs. operativsystemer til såvel klient-pc'er som servere.

<sup>700</sup> Hvad dette angår er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen i betragtning 713-729 til den anfægtede beslutning helt korrekt afviste Microsofts argumenter om, at selskabet frygtede, at dets produkter ville blive klonet. Navnlig giver den

afhjælpende foranstaltning, der fastsættes i den anfægtede beslutnings artikel 5, ikke Microsofts konkurrenter mulighed for, og har ikke til formål at give dem mulighed for, at kopiere selskabets produkter (jf. præmis 198-206, 240-242 og 656-658 ovenfor).

701 Det er følgelig ikke er blevet påvist, at fremlæggelsen af de oplysninger, som er omhandlet i den nævnte afhjælpende foranstaltning, i væsentlig grad vil mindske — endsige tilintetgøre — Microsofts tilskyndelser til at innovere.

702 Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen korrekt anfører i betragtning 730-734 til den anfægtede beslutning, at det er almindelig praksis blandt de erhvervsdrivende inden for den branche, der er tale om, at fremlægge oplysninger for tredje-parter, der skal gøre det lettere at sikre interoperabilitet med deres produkter, og at Microsoft selv fulgte denne praksis, indtil selskabet fandt, at det var blevet tilstrækkeligt etableret på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Fremlæggelsen af oplysninger gør nemlig de erhvervsdrivendes egne produkter mere tiltrækkende og dermed mere værdifulde. Ingen af parterne i den foreliggende sag har således hævdet, at en sådan fremlæggelse har haft negativ indvirkning på de pågældende erhvervsdrivendes tilskyndelser til at innovere.

703 Hertil kommer, at når den fremlæggelse af oplysninger, der er sket i medfør af det amerikanske forlig og inden for rammerne af MCPD for så vidt angår server-klient-protokollerne, ikke har haft nogen negativ indvirkning på Microsofts tilskyndelser til at innovere (betragtning 728 til den anfægtede beslutning), er der ikke nogen åbenlys grund til at tro, at fremlæggelse af server-server-protokollerne ville have andre konsekvenser.

704 Endelig bygger Microsofts påstand om, at Kommissionen i den anfægtede beslutning afviser den objektive begrundelse, Microsoft havde givet, på grundlag af et nyt bedømmelseskriterium, på en fejlfortolkning af beslutningen.

705 Påstanden bygger på en enkelt sætning i betragtning 783 til den anfægtede beslutning, som indgår i den del af beslutningen, der indeholder konklusionen på Kommissionens vurdering i betragtning 560-578 af det omtvistede afslag.

706 Denne sætning har følgende ordlyd:

»Det kan udledes af en nærmere undersøgelse af rækkevidden af den fremlæggelse af oplysninger, det drejer sig om, at den eventuelle negative indvirkning på Microsofts tilskyndelser til at innovere alt taget i betragtning opvejes af den positive indvirkning på innovationen inden for sektoren som helhed (inklusive Microsoft).«

707 Sætningen skal imidlertid læses i sammenhæng med den umiddelbart følgende sætning i den samme betragtning, hvorefter »nødvendigheden af at beskytte Microsofts tilskyndelser til at innovere ikke kan udgøre en objektiv begrundelse, der opvejer de ovenfor angivne særlige omstændigheder«.

708 Sætningen skal ligeledes sammenholdes med betragtning 712 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen anfører følgende:

»Det blev fastslået ovenfor [...], at Microsofts afslag kan føre til udelukkelse af konkurrencen på det relevante marked for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, at dette skyldes, at det »input«, hvortil der nægtes adgang, er nødvendigt for at drive forretning på dette marked, og at Microsofts afslag indvirker negativt på den tekniske udvikling til skade for forbrugerne. På grund af disse særlige forhold

udgør den blotte omstændighed, at Microsofts afslag er et afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, ikke en objektiv begrundelse. Det skal derfor vurderes, om de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende sine tilskyndelser til at innovere, vejer tungere end de nævnte særlige omstændigheder.«

- 709 Kommissionen undersøgte med andre ord, efter først at have fastslået, at der forelå de særlige omstændigheder, Domstolen angav i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, og i overensstemmelse med de i retspraksis fastlagte principper (jf. præmis 331-333 ovenfor), om den begrundelse, Microsoft havde givet, nemlig den angivelige indvirkning på selskabets tilskyndelser til at innovere, eventuelt var mere tungtvejende end de nævnte særlige omstændigheder, herunder den omstændighed, at det omtvistede afslag begrænsede den tekniske udvikling til skade for forbrugerne som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra b), EF.
- 710 Kommissionen drog en benægtende konklusion på dette punkt, ikke efter at have afvejet den negative indvirkning på Microsofts tilskyndelser til at innovere, det kunne have at pålægge selskabet at fremlægge de omtvistede oplysninger, mod den positive indvirkning, pålægget ville have på innovationen inden for sektoren som helhed, men efter at have forkastet Microsofts argumenter om, at selskabet frygtede, at dets produkter ville blive klonet (betragtning 713-729 til den anfægtede beslutning), hvorefter den fastslog, at det i den branche, der er tale om, er en udbredt praksis at fremlægge interoperabilitetsoplysninger (betragtning 730-735 til den anfægtede beslutning), og påviste, at IBM's tilsagn over for Kommissionen i 1984 ikke var væsentligt forskelligt fra det pålæg til Microsoft, der fastsættes i den anfægtede beslutning (betragtning 736-742 til den anfægtede beslutning), og at Kommissionens fremgangsmåde var i overensstemmelse med direktiv 91/250 (betragtning 743-763 til den anfægtede beslutning).
- 711 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsoft ikke har påvist, at selskabets afslag på at fremlægge de omtvistede interoperabilitetsoplysninger på noget punkt var objektivt begrundet.

712 Da de særlige omstændigheder, hvortil Domstolen henviste i Magill-dommen og IMS Health-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, desuden foreligger i denne sag, må anbringendets første led forkastes i det hele.

2. Andet led, hvorefter Sun ikke har anmodet Microsoft om at få adgang til den teknologi, Kommissionen har pålagt Microsoft at fremlægge

a) Parternes argumenter

713 Microsoft har, for det første, gjort gældende, at Sun ikke har anmodet Microsoft om at få adgang til interoperabilitetsoplysninger som omhandlet i den anfægtede beslutning.

714 Under henvisning til en passage i Suns klage har Microsoft hævdet, at den anmodning, der var indeholdt i skrivelsen af 15. september 1998, ikke vedrørte »de fuldstændige og korrekte specifikationer« for Microsofts kommunikationsprotokoller, men detaljerede oplysninger om den indre opbygning af Microsofts Windows-serveroperativsystemer.

715 Selv hvis skrivelsen af 6. oktober 1998 kunne fortolkes således, at den indeholder et afslag — hvad den ikke kan — kan det derfor ikke hævdes, at Microsoft nægtede at fremlægge den teknologi for Sun, det i den anfægtede beslutning forholdes selskabet, at det ikke har fremlagt.

716 Endvidere »var Suns anmodning formuleret så bredt, at Microsoft ikke kunne vide, at Sun ønskede at få licens [til] Microsofts kommunikationsprotokoller«.

717 Ydermere har Sun i sin klage ikke henvist til kommunikationsprotokoller.

718 Endelig anførte Sun i skrivelsen af 15. september 1998, at Microsoft efter Suns opfattelse »[burde] fremlægge en referenceimplementering og sådanne andre oplysninger for Sun, som [var] nødvendige for at sikre — uden at der [måtte] gribes til reverse engineering — at COM-objekter og samtlige Active Directory-teknologier [kunne] afvikles på fuldt kompatibel måde på Solaris«. Ifølge Microsoft ville adgang til en sådan »teknologi« have gjort det muligt for Sun at »efterligne« næsten alle Windows-serveroperativsystemernes egenskaber. Desuden vedrørte Suns anmodning en »teknologi, der endnu ikke var færdigudviklet«, idet Windows 2000 Server og Active Directory først blev markedsført i december 1999.

719 For det andet har Microsoft gjort gældende, at selskabet i skrivelsen af 6. oktober 1998 ikke »fuldstændig afslø« Suns anmodning, men opfordrede Sun til sammen med Microsoft at undersøge, »hvordan de to virksomheder kunne forbedre interoperabiliteten mellem deres respektive produkter til gavn for deres fælles kunder«. I skrivelsen anviste Microsoft ligeledes Sun forskellige måder, hvorpå der kunne »opnås interoperabilitet«. Under henvisning til betragtning 565 til den anfægtede beslutning har Microsoft tilføjet, at Kommissionen ikke kan hævde, at de pågældende teknologier er så komplekse, at Sun ikke kunne forventes at vide, hvad selskabet havde behov

for. Sun er nemlig en højt specialiseret leverandør af serveroperativsystemer, og det påhvilede under alle omstændigheder Sun at præcisere anmodningen.

720 Endvidere efterkom Sun ikke Microsofts opfordring og deltog navnlig ikke i et møde, der var blevet arrangeret for at drøfte spørgsmålet om interoperabiliteten mellem deres respektive produkter.

721 Endelig finder Microsoft ikke, at der er et modsætningsforhold mellem Microsofts standpunkt, hvorefter det ikke er sikkert, at Microsoft ville have afslået at fremlægge specifikationerne for sine kommunikationsprotokoller, hvis Sun »eller en hvilken som helst anden virksomhed« havde anmodet selskabet om det, og den omstændighed, at Microsoft har anlagt sag med henblik på annulation af den anfægtede beslutning. Der er nemlig en betydelig forskel mellem »en aftale om krydslicenser, der er kommet i stand efter forhandling med en anden større leverandør af serveroperativsystemer«, og »en forpligtelse til at stille den teknologi, Microsoft har ejendomsretten til, til rådighed for hele verden på den måde, de offentlige myndigheder har anvist«.

722 For det tredje har Microsoft gjort gældende, at Sun ikke har anmodet Microsoft om licens til udnyttelse af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder med henblik på at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere inden for EØS. Da Microsoft besvarede skrivelsen af 15. september 1998, var selskabet derfor ikke forpligtet til at tage hensyn til det særlige ansvar for ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence, der påhviler det i medfør af artikel 82 EF.

723 Microsoft har i den forbindelse henvist til, at Sun er et amerikansk selskab, og at skrivelsen af 15. september 1998 blev afsendt fra Suns hovedsæde i De Forenede Stater til Microsofts hovedsæde i De Forenede Stater, og at Microsoft ligeledes er et amerikansk selskab. Da der ikke var nogen forbindelse til EØS, og da det ikke var angivet

i skrivelsen, at den pågældende teknologi var nødvendig for at udvikle og afsætte operativsystemer til arbejdsgruppeservere i EØS-området, havde Microsoft ikke nogen grund til at tro, at Sun ønskede en licens, der omfattede dette område.

724 Kommissionen har afvist Microsofts argumentation i det hele.

725 Den har for det første gjort gældende, at Suns anmodning i skrivelsen af 15. september 1998 »ganske vist i nogle henseender var bredere formuleret end anvendelsesområdet for [den anfægtede beslutning]«, men at den var tilstrækkeligt klar til, at Microsoft kunne forstå, for det første, at Sun ønskede at få adgang til interoperabilitetsoplysninger, og, for det andet, at nogle af de pågældende oplysninger vedrørte en række egenskaber ved Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk (Active Directory-domænearkitekturen), som var nødvendige for Sun, hvis Sun skulle kunne konkurrere bæredygtigt på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.

726 Ifølge Kommissionen giver Microsoft en forkert fremstilling af Suns anmodning, når selskabet hævder, at den vedrørte kildekode og ikke grænsefladeoplysninger. I anmodningen gav Sun udtryk for et ønske om, at selskabets produkter blev i stand til at »kommunikere transparent« med Windowsmiljøet, og i skrivelsen af 6. oktober 1998 angav Paul Maritz klart, at han opfattede anmodningen således, at den vedrørte interoperabilitetsoplysninger. Desuden anførte Sun i sin klage, at selskabet ønskede adgang til »oplysninger om grænsefladerne«.

727 Under henvisning til betragtning 713-722 til den anfægtede beslutning har Kommissionen videre anført, at Microsofts konkurrenter ikke bliver i stand til at »klone« eller »efterligne« funktionaliteterne i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, fordi de får til adgang til interoperabilitetsoplysninger.

- 728 Det er irrelevant, at Sun ikke anvendte udtrykket »kommunikationsprotokol«, da en anmodning om adgang til de oplysninger, som er nødvendige for at muliggøre sammenkobling og interaktion med Windowsprogrammel, er »det samme som« en anmodning om adgang til protokolspecifikationerne.
- 729 Kommissionen har ligeledes bemærket, at Microsoft i skrivelsen af 6. oktober 1998 ikke henviste til, at Suns anmodning vedrørte en »teknologi, der endnu ikke var færdigudviklet«. Under alle omstændigheder kan et sådant argument ikke tiltrædes, idet den første betaversion af Windows 2000 Server allerede havde været på markedet i et år, da Sun sendte skrivelsen af 15. september 1998 til Microsoft.
- 730 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at Microsoft ikke kan bestride at have afslået Suns anmodning.
- 731 Indledningsvis strider Microsofts standpunkt imod selskabets påstand om, at den anfægtede beslutnings artikel 5 annulleres.
- 732 Endvidere har Kommissionen hævdet, idet den har henvist til betragtning 194-198 til den anfægtede beslutning, at Microsoft udtrykkeligt har bekræftet over for Kommissionen, at selskabet afslog at give adgang til visse interoperabilitetsoplysninger. Som anført i betragtning 573-577 til den anfægtede beslutning, er afslaget et udtryk for et generelt adfærdsmønster. På samme måde oplyste Microsoft under sagen om foreløbige foranstaltninger, at afslaget var et led i selskabets »forretningsmodel«.

733 Endelig tvivler Kommissionen på, at Microsoft ville have meddelt Sun de ønskede oplysninger, hvis Sun havde reageret mere positivt på Microsofts angivelige forslag om at indlede drøftelser om interoperabilitet. Kommissionen har i den forbindelse henvist til en række udtalelser af medlemmer af Microsofts ledelse, der gengives i betragtning 576 og 778 til den anfægtede beslutning. Det er tvivlsomt, om den Microsoft-medarbejder, hvortil der henvises i skrivelsen af 6. oktober 1998, nemlig Marshall Goldberg, havde beføjelse til at træffe afgørelser vedrørende dette spørgsmål. Endvidere mødtes Suns medarbejder, Terranova, med Goldberg den 25. november 1998, og Microsoft har ikke forklaret, hvordan den omstændighed, at Terranova måtte aflyse et yderligere møde, der var berammet til den 8. marts 1999, var til hinder for, at der blev ført drøftelser vedrørende interoperabilitet. Endelig indeholdt den af Goldberg foreslåede dagsorden for det sidstnævnte møde ingen henvisninger overhovedet til de relevante teknologier såsom Active Directory.

734 For det tredje er det efter Kommissionens opfattelse irrelevant, at Sun i skrivelsen af 15. september 1998 ikke udtrykkeligt henviste til EØS. Dels var EØS nødvendigvis omfattet af den i skrivelsen indeholdte anmodning, eftersom det relevante geografiske marked er globalt, dels indgav Sun den 10. december 1998 en klage til Kommissionen.

#### b) Rettens bemærkninger

735 Microsoft har med sin argumentation til støtte for det andet led af det ene anbringende, selskabet har fremsat, villet påvise, at Kommissionen ikke med føje kan fastslå i den anfægtede beslutning, at Microsoft har misbrugt sin dominerende stilling ved at nægte at fremlægge interoperabilitetsoplysningerne, eftersom Microsoft ikke kan beskyldes for at have givet et reelt afslag. Til støtte herfor har Microsoft i det væsentlige påberåbt sig den korrespondance, der fandt sted mellem Microsoft og Sun mod slutningen af 1998. Microsofts argumentation omfatter tre hovedpunkter. For det første har Microsoft hævdet, at Suns anmodning i skrivelsen af 15. september 1998

ikke gjaldt interoperabilitetsoplysninger som omhandlet i den anfægtede beslutning. For det andet har Microsoft under alle omstændigheder bestridt, at selskabet i skrivelsen af 6. oktober 1998 afslog anmodningen. For det tredje har Microsoft gjort gældende, at Sun i skrivelsen af 15. september 1998 ikke anmodede Microsoft om en licens til udnyttelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft er indehaver af i EØS.

736 Hvert enkelt af disse punkter må undersøges for sig.

#### Rækkevidden af Suns anmodning

737 Det skal indledningsvis gentages, hvad skrivelsen af 15. september 1998 i enkeltheder indeholdt, og sammenfattes, hvordan Kommissionen behandler indholdet i den anfægtede beslutning.

738 I skrivelsen angiver Sun med følgende ordlyd, hvilke oplysninger selskabet ønsker, at Microsoft meddeler det:

— dels alle de oplysninger, som er nødvendige for, at Sun kan tilbyde direkte understøttelse af COM-objekter på Solaris

— dels alle de oplysninger, som er nødvendige for, at Sun kan tilbyde direkte understøttelse af samtlige Active Directory-teknologier på Solaris.

739 I samme skrivelse angiver Sun udstrækningen af de oplysninger, der anmodes om, og formålet med anmodningen ved at anføre:

- at applikationer, der er udviklet med henblik på at blive afviklet på Solaris, bør kunne kommunikere transparent via COM og/eller Active Directory med Windows-operativsystemer og/eller Windowsbaserede programmer
  
- at Microsoft i samme forbindelse bør fremlægge en referenceimplementering og sådanne andre oplysninger for Sun, som er nødvendige for at sikre, uden at der må gribes til reverse engineering, at COM-objekter og samtlige Active Directory-teknologier kan afvikles på fuldt kompatibel måde på Solaris
  
- at de fremlagte oplysninger bør omfatte alle de COM-objekter og Active Directory-teknologier, som i øjeblikket findes på markedet
  
- at oplysningerne bør gives uden urimelig forsinkelse og kontinuerligt for så vidt angår COM-objekter og Active Directory-teknologier, der vil blive markedsført i fremtiden.

740 I betragtning 186 til den anfægtede beslutning fortolker Kommissionen det andet punkt i Suns anmodning i skrivelsen af 15. september 1998 (jf. præmis 738, andet led, ovenfor) således, at det tager sigte på, at »Solaris kan fungere som en fuldt kompatibel domænecontroller i Windows 2000-baserede arbejdsgruppenetværk eller som en medlemsserver (herunder som fil- og printserver), der er

fuldt kompatibel med Active Directory-domænearkitekturen (sikkerhed, bibliotekstjeneste)«. Kommissionen tilføjer, at det forhold, at anmodningen omfatter såvel klient-server-interoperabilitet som server-server-interoperabilitet, stemmer overens med, at disse to former for interoperabilitet er tæt forbundet med hinanden inden for »Windows-domænearkitekturen«. »Suns anmodning« omfatter således ifølge Kommissionen »specifikationerne for de protokoller, Windows[baserede] arbejdsgruppesservere anvender til at levere fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og [bruger]grupper til Windowsbaserede arbejdsgruppenetværk«, hvilket omfatter »såvel direkte sammenkobling af og interaktion mellem en Windows[baseret] arbejdsgruppesserver og en Windows[baseret] klient-pc som indirekte sammenkobling af og interaktion mellem sådanne maskiner gennem en eller flere andre Windows[baserede] arbejdsgruppesservere« (betragtning 187 til den anfægtede beslutning).

741 I betragtning 188 til den anfægtede beslutning behandler Kommissionen det første punkt i Suns anmodning (jf. præmis 738, første led, ovenfor). Den anfører, at COM/DCOM er en teknologi, som »i Windowsprodukter er nødvendig for leveringen af fil- og udskriftstjenester samt tjenester vedrørende administration af brugere og brugergrupper«, og at der er overlapning mellem dette punkt i Suns anmodning og anmodningens andet punkt vedrørende Active Directory. I den følgende betragtning tilføjer Kommissionen imidlertid, at det »dog kun er den del af anmodningen vedrørende COM-teknologien, som er omfattet af Suns ønske om kompatibilitet med Active Directory, der er relevant i forbindelse med det afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, som er omhandlet i [den anfægtede beslutning]«. Denne præcisering skal sammenholdes med Kommissionens bemærkning i betragtning 566 til den anfægtede beslutning, hvorefter »[beslutningen kun drejer sig] om den del af Microsofts afslag, der vedrører fremlæggelse af en fuld specifikation for de protokoller i Windows-domænearkitekturen, som bestemmer, hvordan Windows[baserede] arbejdsgruppesservere leverer arbejdsgruppetjenester til Windows[baserede] klient-pc'er«, og hvorefter »[d]et forhold, at Microsoft også afslog Suns anmodning om at fremme COM-objekters portabilitet mellem forskellige platforme, ikke er en del af den for [beslutningen] relevante adfærd«.

742 Kommissionen tilføjer i betragtning 190 til den anfægtede beslutning, at Suns anmodning indebærer, at Sun ønsker adgang til specifikationer med henblik på at implementere specifikationerne i sine produkter.

743 I betragtning 199-207 til den anfægtede beslutning fremsætter Kommissionen en række betragtninger for at vise, at de oplysninger, Sun anmodede om adgang til i skrivelsen af 15. september 1998, vedrører interoperabilitet. For det første afviser den Microsofts påstand i selskabets svar af 17. oktober 2003 på den tredje meddelelse af klagepunkter, hvorefter Sun anmodede Microsoft om at fremstille en version af Active Directory, der kunne afvikles på Solaris. For det andet afviser den et argument, Microsoft ligeledes fremsatte under den administrative procedure, og hvorefter Suns anmodning drejede sig om »Windows-serveroperativsystemernes indre opbygning« og derfor omfattede mere end interoperabilitetsoplysninger. Hvad sidstnævnte punkt angår bemærker Kommissionen, at Sun i skrivelsen af 15. september 1998 udtrykkeligt nævner, at selskabet ønsker at kunne gennemføre »transparent kommunikation« mellem Solarismiljøet og Windowsmiljøet (betragtning 207 til den anfægtede beslutning). Kommissionen bemærker ligeledes, at det fremgår af skrivelsen af 6. oktober 1998, at Microsoft fuldt ud havde forstået, at Sun ønskede adgang til oplysninger om »en række egenskaber ved Windows« (betragtning 207 til den anfægtede beslutning).

744 På baggrund af det ovennævnte bemærkes dernæst for det første, at skrivelsen af 15. september 1998 ganske vist i visse henseender havde et bredere sigte end den anfægtede beslutning — således som Kommissionen i øvrigt selv har medgivet i svarskriftet — men at Sun i den samme skrivelse præciserede sigtet nærmere ved at anføre, at Sun ønskede, at selskabets produkter skulle kunne »kommunikere transparent« med Windowsmiljøet. Sun anførte ligeledes i skrivelsen, at de oplysninger, selskabet anmodede om, skulle gøre det muligt at »sikre — uden at der [måtte] gribes til reverse engineering — at COM-objekter og samtlige Active Directory-teknologier

[kunne] afvikles på fuldt kompatibel måde på Solaris«. Det fremgår med andre ord klart af ordlyden af skrivelsen af 15. september 1998, at Sun ønskede adgang til oplysninger, og at oplysningerne skulle gøre muligt for Sun at gennemføre interoperabilitet mellem Suns produkter og Windowsmiljøet.

745 Endvidere fremgår det af ordlyden af skrivelsen af 15. september 1998, at Sun ønskede at kunne gennemføre et højt niveau af interoperabilitet mellem sine produkter og Windows-domænearkitekturen. Da Paul Maritz i skrivelsen af 6. oktober 1998 anførte, at Microsoft ikke påtænkte »at udvikle en Solarisversion af Active Directory«, og at der kunne interopereres med Active Directory med »forskellige grader af funktionalitet«, sondrede han klart mellem den høje grad af interoperabilitet, som kan opnås, når dele af et operativsystem udvikles med henblik på »portabilitet« i forhold til et andet operativsystem, og de lavere eller »varierende« grader af interoperabilitet, som kan opnås ved hjælp af de andre i skrivelsen nævnte metoder.

746 For det andet kan Microsoft ikke med rimelighed påberåbe sig, at Sun ikke anvendte udtrykket »kommunikationsprotokoller« i sin klage. Således som det anføres i betragtning 49 til den anfægtede beslutning, og således som Kommissionen korrekt har anført i sine skriftlige indlæg, repræsenterer en »protokol« en række regler for sammenkobling af og interaktion mellem forskellige softwarekomponenter inden for et netværk (jf. også præmis 196 og 197 ovenfor). Som anført i præmis 740 ovenfor, var det netop denne form for regler, Sun ønskede at få oplysninger om. Det gør ikke Microsofts argument mere acceptabelt, at det er rent formalistisk. I skrivelsen af 6. oktober 1998 henviser Maritz således flere gange til interoperabiliteten mellem på den ene side Microsofts og på den anden Suns eller andre softwareleverandørers produkter. Det viser, at Microsoft fuldt ud havde forstået rækkevidden af Suns anmodning på trods af, at der i skrivelsen af 15. september 1998 ikke udtrykkeligt tales om »kommunikationsprotokoller«.

747 For det tredje kan Microsofts påstand om, at Sun ville have fået mulighed for at »efterligne« næsten alle funktionaliteterne i Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, hvis selskabet havde fået adgang til den ønskede teknologi, ikke tiltrædes. Således som det fremgår af det foranstående, ønskede Sun nemlig adgang til de oplysninger, som var nødvendige for at kunne opnå interoperabilitet mellem sine produkter og Windows-domænearkitekturen. Dette kan opnås — således som det bl.a. fremgår af betragtning 34, 570 og 571 til den anfægtede beslutning, og således som det allerede er blevet nævnt i præmis 199-206 ovenfor — ved kun at meddele specifikationerne for visse protokoller, dvs. uden at afsløre enkeltheder om implementeringen. Eftersom Microsofts påstand bygger på, at Sun i skrivelser af 15. september 1998 anførte, at Microsoft navnlig burde fremlægge en »referenceimplementering« for selskabet, kan det — selv hvis Sun anvendte dette udtryk for at anmode om at få meddelt dele af Microsofts kildekode — i betragtning af den nærmere præcisering, Sun foretog af anmodningen (jf. præmis 744 ovenfor), ikke udledes, at selskabets anmodning ikke også omfattede de protokolspecifikationer, som er omhandlet i den anfægtede beslutning. Den adfærd, for hvilken Microsoft pålægges en sanktion i beslutningen, omfatter i øvrigt også kun selskabets afslag på at meddele disse specifikationer, således som det anføres i betragtning 569 til den anfægtede beslutning.

748 For det fjerde kan Microsoft heller ikke med føje påstå, at Suns anmodning i skrivelser af 15. september 1998 vedrørte en »teknologi, der endnu ikke var færdigudviklet«. Denne påstand er nemlig på den ene side irrelevant for, om anmodningen vedrørte interoperabilitetsoplysninger som omhandlet i den anfægtede beslutning. På den anden side er der ved påstanden ikke taget hensyn til, at Microsoft — således som det anføres i betragtning 398 og 790 til den anfægtede beslutning — allerede den 23. september 1997, dvs. næsten et år før skrivelsen blev afsendt, havde udsendt den første betaversion af Windows 2000 Server.

749 Der må drages den konklusion af det foranstående som helhed, at Suns anmodning i skrivelser af 15. september 1998 — i modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende — klart drejede sig om de interoperabilitetsoplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, og som er genstanden for den i beslutningens artikel 5 fastsatte afhjælpende foranstaltning.

## Rækkevidden af skrivelsen af 6. oktober 1998

750 Det andet punkt i Microsofts argumentation til støtte for anbringendets andet led, dvs. det punkt, der vedrører indholdet af skrivelsen af 6. oktober 1998, kan heller ikke tiltrædes.

751 I betragtning af selve ordlyden af skrivelsen, set på baggrund af den sammenhæng, hvori den blev affattet, afsenderens identitet, udstrækningen af dennes kendskab til de teknologier, det drejede sig om, og Microsofts holdning frem til vedtagelsen af den anfægtede beslutning, havde Kommissionen fornødent grundlag for at fortolke skrivelsen således i beslutningen, at den indeholdt et afslag på at fremlægge de oplysninger for Sun, selskabet havde anmodet om.

752 Indledningsvis bygger den argumentation, Microsoft har fremført i forbindelse med spørgsmålet om afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger — således som det blev fastslået inden for rammerne af anbringendets første led — for en stor del på spørgsmålet om, hvilken grad af interoperabilitet det er nødvendigt at opnå mellem Microsofts produkter og konkurrenternes. Under hele den administrative procedure og under den foreliggende sag har det været Microsofts standpunkt, at det er tilstrækkeligt, at de forskellige operativsystemer kan udveksle oplysninger med eller levere tjenester til hinanden eller med andre ord »fungere korrekt sammen«. Dette resultat kan ifølge Microsoft opnås ved hjælp af de oplysninger og metoder, som allerede er til rådighed på markedet, og det kan derfor ikke pålægges Microsoft at fremlægge yderligere oplysninger, herunder navnlig oplysninger om den kommunikation, der finder sted inden for den »blå boble«. Microsoft har navnlig hævdet, at Kommissionen kræver en grad af interoperabilitet, som er langt mere vidtgående end foreskrevet i direktiv 91/250, og som ikke svarer til den måde, hvorpå virksomhederne i praksis tilrettelægger deres computernetværk. Ifølge Microsoft tilsigter Kommissionen i realiteten, at de operativsystemer, der konkur-

rerer med Microsofts, i enhver henseende fungerer som et Windows-serveroperativsystem, hvilket ville kræve, at Microsoft måtte meddele sine konkurrenter langt flere oplysninger om sine produkters grænseflader, gøre indgreb i Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder og indvirke negativt på selskabets tilskyndelser til at innovere.

753 Som det allerede er fastslået i præmis 207-245 ovenfor, har Microsoft fortolket den grad af interoperabilitet, Kommissionen kræver, og dermed omfanget af de oplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, forkert.

754 Disse faktorer skal tages i betragtning ved vurderingen af den måde, hvorpå Kommissionen fortolkede skrivelsen af 6. oktober 1998, og af de argumenter, Microsoft har fremsat i den forbindelse.

755 Som påvist i præmis 746 ovenfor, havde Microsoft fuldt ud forstået rækkevidden af Suns anmodning i skrivelsen af 15. september 1998, herunder navnlig at Sun ønskede at modtage de oplysninger, som var nødvendige for, at selskabets produkter kunne »kommunikere transparent« med Windowsmiljøet, eller med andre ord nødvendige for, at der kunne tilvejebringes et højt niveau af interoperabilitet mellem Suns produkter og dette miljø.

756 Endvidere er det åbenbart, at formålet med at tilsende Microsoft skrivelsen af 15. september 1998 var at få adgang til oplysninger, som ikke allerede var alment tilgængelige, eller som kunne erhverves gennem licenser, der blev udbudt på markedet.

757 Svaret i skrivelsen af 6. oktober 1998 indeholder følgende seks punkter:

- For det første takker Maritz Richard Green for skrivelsen af 15. september 1998 og meddeler ham, at Microsoft altid gerne har villet hjælpe sine konkurrenter med »at udvikle de bedst mulige produkter og sikre, at disse interopererer bedst muligt med [Microsofts] platform«.
- For det andet henleder Maritz Greens opmærksomhed på, at oplysninger om »Windows-plattformens« tjenester og grænseflader allerede er til rådighed gennem produktet »MSDN«.
- For det tredje opfordrer han Sun til at deltage i en konference, Microsoft afholder i Denver fra den 11. til den 15. oktober 1998.
- For det fjerde henviser han til en allerede eksisterende referenceimplementering af COM på Solaris og anfører, at der kan løses licens til COM-kildekoden hos bl.a. Software AG.
- For det femte udtaler han, at Microsoft ikke påtænker at udvikle en version af Active Directory, der er »portable« i forhold til Solaris, og nævner, at der findes flere metoder — som indebærer forskellige grader af funktionalitet — hvorpå Solaris kan interoperere med Active Directory; bl.a. kan standardprotokollen LDAP anvendes.
- For det sjette opfordrer han Sun til at henvende sig til de »account managers«, som indgår i Microsofts »Developer Relations Group«, hvis Sun skulle få brug for

»yderligere assistance«, og oplyser, at de pågældende »account managers« har til opgave at bistå udviklere, der har brug for »supplerende bistand« i forbindelse med Microsofts platforme; endelig angiver han Marshall Goldberg som kontaktperson i dette øjemed.

- 758 For det første bemærkes, at Maritz i skrivelsen af 6. oktober 1998 langt fra imødekom de konkrete anmodninger, Sun havde fremsat i skrivelsen af 15. september 1998, men kun henviste Sun til oplysningskilder og metoder, der allerede var alment tilgængelige eller tilgængelige gennem licenser. Eftersom Maritz klart havde forstået betydningen af Greens konkrete anmodninger, kan en sådan henvisning ikke fortolkes på anden måde end som et afslag på at meddele de oplysninger, der var blevet anmodet om.
- 759 Maritz' bemærkning i skrivelsen af 6. oktober 1998 om, at Microsoft ikke påtænkte at udvikle en version af Active Directory, der er »portable« i forhold til Solaris, bekræfter rigtigheden af denne fortolkning, for den viste, at Maritz fuldt ud var klar over, at Microsofts konkurrenter, herunder Sun, kunne have forventninger om at opnå en højere grad af interoperabilitet end den, der kunne tilvejebringes ved hjælp af de metoder, hvortil der blev henvist i skrivelsen (jf. præmis 745 ovenfor).
- 760 Dette underbygges desuden først og fremmest af, at Microsoft for så vidt angår MSDN ikke inden for rammerne af dette led i anbringendet har anfægtet Kommissionens vurdering i den anfægtede beslutning, hvorefter denne foranstaltning ikke gør det muligt for Microsofts konkurrenter at opnå en tilstrækkelig høj grad af interoperabilitet med Windows-operativsystemerne til klient-pc'er (betragtning 563 til den anfægtede beslutning, hvori der henvises til afsnit 4.1.3 og navnlig betragtning 209 og 210).
- 761 Hvad endvidere angår den mulighed, hvortil Microsoft ligeledes henviste i skrivelsen af 6. oktober 1998, at Sun kunne benytte en frit tilgængelig referenceimplementering af COM, har Microsoft heller ikke gjort gældende inden for rammerne af dette

led i anbringendet, at Kommissionen har begået en fejl i den anfægtede beslutning ved at finde, at dette produkt ikke udgør en tilstrækkelig løsning (betragtning 563 til den anfægtede beslutning, hvori der henvises til afsnit 4.1.3 og navnlig betragtning 218-230; jf. også betragtning 288-291).

762 Hvad endelig angår den mulighed, hvortil Microsoft ligeledes udtrykkeligt henviste i skrivelsen af 6. oktober 1998, at Sun kunne anvende LDAP-protokollen, har Microsoft inden for rammerne af dette led i anbringendet hverken hævdet eller påvist, at Kommissionen har begået en fejl ved at finde, navnlig i betragtning 194 og 195 og 243-250 til den anfægtede beslutning, at denne protokol ikke er tilstrækkelig til at opnå et passende niveau af interoperabilitet med Active Directory.

763 For det andet kan Microsoft ikke påberåbe sig, at Maritz i skrivelsen af 6. oktober 1998 tilbød, at Marshall Goldberg kunne yde supplerende bistand, til støtte for, at skrivelsen ikke indeholder noget afslag. Den supplerende bistand, hvortil der henvises i skrivelsens sidste afsnit, relaterer sig nemlig kun til de oplysninger og metoder, der nævnes i skrivelsens andet og tredje afsnit. Microsoft tilbyder på den anførte måde i realiteten kun at bistå Sun på samme måde, som de account managers, der indgår i »Developer Relations Group«, bistår enhver udvikler, som har brug for bistand vedrørende »Microsofts platforme«.

764 Microsoft kan heller ikke med føje påberåbe sig, at Sun — således som det fremgår af et referat, Microsoft udarbejdede med en sammenfatning af sine drøftelser med selskabet — ikke agtede at følge op på Goldbergs forslag. Således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 193 til den anfægtede beslutning, henvises der nemlig intet sted i referatet til et formelt tilbud fra Microsofts side om at stille de oplysninger til rådighed, Sun havde anmodet om, dvs. mere vidtgående oplysninger end dem, der var offentligt tilgængelige.

765 Desuden havde Kommissionen, for det tredje, så meget mere grund til at fortolke skrivelsen af 6. oktober 1998 således i den anfægtede beslutning, at den indeholder et afslag på at give adgang til de interoperabilitetsoplysninger, Sun havde anmodet om, som at Microsoft under den administrative procedure udtrykkeligt havde medgivet, at Microsoft ikke havde fremlagt en række af disse oplysninger og fortsat afviste at gøre det (jf. herom betragtning 194-198 til den anfægtede beslutning). Skønt Microsoft påberåbte sig under retsmødet, at et af citaterne i betragtning 195 til den anfægtede beslutning ikke er fuldstændigt, hverken benægtede eller bekræftede Microsoft under den administrative procedure, at replikationen mellem forskellige kopier af Active Directory er omfattet af ejendomsret.

766 Microsofts argumentation for, at skrivelsen af 6. oktober 1998 ikke udgør et afslag, må derfor forkastes.

767 Desuden skal skrivelsen af 6. oktober 1998 ansues på baggrund af den bredere sammenhæng, der beskrives i den anfægtede beslutning. I beslutningen, som ikke kun bygger på denne skrivelse, finder Kommissionen, således som det navnlig fremgår af betragtning 194-198 og 573-577, at den adfærd, Microsoft udviste, var et udtryk for et generelt adfærdsmønster.

768 I betragtning 573 til den anfægtede beslutning, hvori der bl.a. henvises til betragtning 194, anfører Kommissionen således, at flere af Microsofts konkurrenter har bekræftet, at de ikke har modtaget tilstrækkelige interoperabilitetsoplysninger, og at nogle af dem ligeledes har angivet, at Microsoft har afslået at fremlægge de oplysninger, de havde anmodet om, eller undladt at svare på deres anmodninger.

769 Desuden gengiver Kommissionen i betragtning 576 til den anfægtede beslutning dele af et vidneudsagn aflagt for de amerikanske domstole af et medlem af ledelsen af Windows Source Licencing Program, hvoraf det ifølge Kommissionen fremgår, at Microsoft har fastsat restriktioner for licensaftaler vedrørende teknologi, der er nødvendig for at tilvejebringe interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen.

770 Microsoft har ikke specifikt bestridt disse oplysninger for Retten.

771 Ydermere gengiver Kommissionen med henblik på at tilbagevise Microsofts benægtelser af, at selskabet gav et afslag, idet det ikke havde nogen grund til udelukke konkurrenter ved hjælp af en løftestangsstrategi (leveraging), i betragtning 778 til den anfægtede beslutning et uddrag af en tale, som Microsofts bestyrelsesformand, Bill Gates, holdt for Microsofts salgsstyrke i februar 1997. Uddraget bekræfter, at der har været tale om et generelt adfærdsmønster, som har haft til formål at begrænse meddelelsen af interoperabilitetsoplysninger, idet det indeholder følgende passage:

»Vi forsøger at udnytte vort herredømme på serverområdet til at udvikle nye protokoller og mere specifikt udelukke Sun og Oracle [...] Om det vil lykkes os, ved jeg ikke, men det er i hvert fald, hvad vi prøver at gøre.«

Den geografiske rækkevidde af anmodningen i skrivelsen af 15. september 1998

772 Det tredje punkt i den argumentation, Microsoft har fremført til støtte for det andet led af det ene anbringende, selskabet har fremsat, bygger på, at Sun i skrivelsen af 15. september 1998 ikke udtrykkeligt anmodede om en licens til udnyttelse af de intel-

lektuelle ejendomsrettigheder, Microsoft er indehaver af i EØS, med henblik på at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere i EØS. Microsoft har udledt heraf, at selskabet ikke var forpligtet til at tage hensyn til sit særlige ansvar for ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence.

773 Disse argumenter er rent formalistiske og må forkastes.

774 Det er korrekt, at Sun i skrivelsen af 15. september 1998 ikke udtrykkeligt anmodede Microsoft om at give Sun licens til udnyttelse af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder i EØS. Imidlertid behøvede Sun ikke at overveje i sin anmodning, om de oplysninger, selskabet ønskede adgang til, var beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, og om anvendelse af oplysningerne forudsatte, at Microsoft meddelte en licens. Endvidere står det klart, at Sun ønskede, at Microsoft meddelte selskabet de pågældende oplysninger, for at Sun kunne implementere dem i sine egne operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Da det relevante geografiske marked for sådanne systemer desuden er globalt (jf. herom betragtning 427 til den anfægtede beslutning), var EØS-området nødvendigvis omfattet af Suns generelt formulerede anmodning. Endelig kunne — således som Kommissionen har påpeget i sine skriftlige indlæg — Microsoft under alle omstændigheder ikke længere være uvidende om, at anmodningen ligeledes omfattede EØS, da Sun nogle uger senere indgav en klage til Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17.

775 Heraf følger, at det er med rette, når Kommissionen i betragtning 787 til den anfægtede beslutning finder, at Microsoft ikke i tilstrækkelig grad tog sit særlige ansvar for ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence i fællesmarkedet i betragtning, da selskabet besvarede skrivelsen af 15. september 1998. Det er ligeledes med rette, når Kommissionen i den samme betragtning finder, at dette særlige ansvar følger af Microsofts monopolagtige stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er. Således som det bl.a. fremgår af præmis 740 ovenfor, drejede Microsofts afslag sig

nemlig om »specifikationerne for de grænseflader, som danner grundlag for kommunikationen inden for et netværk af Windows[baserede] arbejdsgruppeservere og Windows[baserede] klient-pc'er, og som ikke som sådanne kan henføres til en af de to [produkttyper] (klient-pc'er eller arbejdsgruppeservere), men som snarere udgør en norm for kompatibilitet mellem de to [produkttyper]« (betragtning 787 til den anfægtede beslutning).

<sup>776</sup> Det følger af det foranstående som helhed, at det andet led af det ene anbringende, Microsoft har fremsat i forbindelse med det omtvistede spørgsmål om afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger, må forkastes.

3. Tredje led, hvorefter Kommissionen ikke har taget korrekt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i henhold til TRIPs-aftalen

a) Parternes argumenter

<sup>777</sup> Microsoft har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er i strid med artikel 13 i TRIPs-aftalen, idet Microsoft i beslutningen forpligtes til at meddele sine konkurrenter licens til specifikationerne for de kommunikationsprotokoller, selskabet ejer. De i den nævnte bestemmelse fastsatte betingelser, som er kumulative, er nemlig ikke opfyldt i denne sag.

<sup>778</sup> For det første går denne forpligtelse ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå interoperabilitet, og udgør dermed en tilsidesættelse af betingelsen om, at intellektuelle

ejendomsrettigheder kun i »særlige tilfælde« kan være genstand for »begrænsninger« eller »undtagelser«. Kommissionen har nemlig fastsat forpligtelsen for derved at gøre det muligt for andre leverandører af serveroperativsystemer at frembringe produkter, der »efterligner« funktionaliteterne i Windows-serveroperativsystemer. Microsoft har ligeledes gjort indvendinger mod den forpligtelse, der pålægges selskabet, til at stille sine kommunikationsprotokoller til rådighed for konkurrenterne, uanset om protokollerne er berørt af dets angiveligt konkurrencebegrænsende adfærd eller ej.

779 For det andet griber den forpligtelse til at give licens, der pålægges Microsoft, direkte ind i den »normale udnyttelse« af selskabets intellektuelle ejendomsrettigheder. Leverandører af kommerciel software såsom Microsoft giver normalt ikke tredjemand licens til udnyttelse af deres innovative teknologier, men udnytter selv deres intellektuelle ejendomsrettigheder ved at udvikle og markedsføre produkter, hvori teknologierne er implementeret. Forpligtelsen vil ligeledes indvirke negativt på Microsofts salg, eftersom konkurrenterne vil kunne anvende kommunikationsprotokollerne til at udvikle serveroperativsystemer, der kan træde i stedet for Microsofts produkter.

780 For det tredje »skader« den forpligtelse, der pålægges Microsoft, »i urimelig grad [selskabets] berettigede interesser«, da den ikke står i forhold til Kommissionens erklærede mål, nemlig at ophæve virkningerne af en konkurrencebegrænsende adfærd. Kommissionens nye afvejningskriterium synes at retfærdiggøre, at det gøres pligtigt at give licens, hver gang en dominerende virksomheds konkurrenter kan opnå en fortjeneste ved at få adgang til virksomhedens intellektuelle ejendom, uanset om en sådan foranstaltning er nødvendig for at råde bod på en konkurrencebegrænsende adfærd.

- 781 Endelig indrømmer Microsoft, at det er muligt, at TRIPs-aftalen ikke finder direkte anvendelse i fællesskabsretten. Domstolen har imidlertid principielt fastslået, at fællesskabsretten, herunder også artikel 82 EF, skal fortolkes på baggrund af de internationale aftaler, Fællesskabet har indgået, herunder TRIPs-aftalen (Domstolens dom af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, præmis 52).
- 782 ACT finder indledningsvis, at det fortolkningsprincip, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, ikke alene må gælde for forskrifter i den afledte fællesskabsret, men også for forskrifter i den primære fællesskabsret.
- 783 Endvidere har ACT gjort gældende, at Kommissionens fortolkning af artikel 82 EF i den anfægtede beslutning i tre henseender ikke er i overensstemmelse med Fællesskabets internationale forpligtelser i henhold til TRIPs-aftalen.
- 784 For det første er den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 5, uforenelig med aftalens artikel 13.
- 785 For det andet er den afhjælpende foranstaltning i strid med aftalens artikel 31, da den indebærer meddelelse af tvangslicens på Microsofts patenter.

786 ACT har nærmere henvist til, at der i denne artikel bl.a. fastsættes følgende:

»Dersom et medlems lovgivning tillader anden brug af genstanden for et patent uden rettighedsindehaverens tilladelse, herunder brug fra regeringens side eller fra tredje-parters side med regeringens tilladelse, skal følgende bestemmelser overholdes:

a) [T]illadelsen til en sådan brug skal baseres på individuelle saglige hensyn.«

787 Denne bestemmelse indebærer ifølge ACT, at der kun skal meddeles licens i konkrete tilfælde. I den anfægtede beslutnings artikel 5 fastsættes der imidlertid en forpligtelse til at give licens, »der omfatter udstedte patenter, patenter, der er ansøgt om, og alle de patenter, der vil blive ansøgt om, og som vil blive udstedt, i fremtiden«. Beslutningen indebærer, at der meddeles tvangslicenser på »hele kategorier af opfindelser«.

788 For det tredje har ACT under henvisning til TRIPs-aftalens artikel 39 (den eneste artikel i aftalens afsnit 7) anført, at Microsoft i den anfægtede beslutnings artikel 5 forpligtes til at afsløre forretningshemmeligheder for sine konkurrenter, og at artiklen derfor ikke kun fører til tab af retten til at kontrollere, hvordan forretningshemmelighederne anvendes, men også til, at de »fuldstændig tilintetgøres«.

789 Kommissionen har indledningsvis mindet om, at det er fast retspraksis, at »WTO-aftalerne efter deres art og opbygning ikke udgør regler, hvis overholdelse i fællesskabsinstitutionernes retsakter er genstand for efterprøvelse ved Domstolen« (Domstolens dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Rådet, Sml. I, s. 8395,

præmis 47). I dom af 14. december 2000, Dior m.fl. (forenede sager C-300/98 og C-392/98, Sml. I, s. 11307, præmis 44), fastslog Domstolen, at »TRIPs-aftalens bestemmelser, der findes som bilag til WTO-aftalen, efter deres karakter [ikke skaber nogen] rettigheder for borgerne, som disse i medfør af fællesskabsretten kan påberåbe sig direkte for de nationale domstole«. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i præmis 781 ovenfor, ikke er relevant i det foreliggende tilfælde, da den ikke drejer sig om fortolkningen af en bestemmelse i EF-traktaten, men af en bestemmelse i den afledte fællesskabsret. Under alle omstændigheder går Microsofts argument i det væsentlige ud på, at den anfægtede beslutning er ulovlig, fordi den strider imod TRIPs-aftalen.

790 Endvidere gør Kommissionen gældende, at Microsofts argumentation bygger på den fejlagtige forudsætning, at Microsoft i den anfægtede beslutning forpligtes til at meddele sine konkurrenter licens til de ophavsretsbeskyttede specifikationer for kommunikationsprotokoller, Microsoft ejer. Spørgsmålet om ophavsret er højst »af underordnet betydning« i det foreliggende tilfælde, og da den »fremlæggelsesret«, Microsoft har påberåbt sig, er en »droit moral«, kan den ikke være omfattet af TRIPs-aftalen.

791 Endelig bygger Microsofts påstand om, at de betingelser, der opstilles i TRIPs-aftalens artikel 13, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, på »fejlagtige antagelser«. Kommissionen har i den forbindelse gjort gældende, at den forpligtelse til at give licens, der angiveligt er fastsat i den anfægtede beslutning, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå interoperabilitet, og gentaget, at den ikke har anvendt noget nyt afvejningskriterium i det foreliggende tilfælde.

792 De af ACT fremsatte argumenter må efter Kommissionens opfattelse afvises fra realitetsbehandling, i den udstrækning de bygger på TRIPs-aftalens artikel 31 og 39, da de ikke er blevet fremsat af Microsoft. Under alle omstændigheder er der intet som helst grundlag for sammenslutningens argumenter.

793 SIIA har tilsluttet sig Kommissionens argumenter.

b) Rettens bemærkninger

794 Microsoft har inden for rammerne af det tredje led af det ene anbringende, selskabet har fremsat, beskyldt Kommissionen for at have fortolket artikel 82 EF på en måde, som ikke er i overensstemmelse med artikel 13 i TRIPs-aftalen. Microsoft har gjort gældende, at hvis Kommissionen havde taget korrekt hensyn til denne bestemmelse, ville den hverken have kunnet finde i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a), at det omtvistede afslag udgjorde misbrug af dominerende stilling, eller fastsætte den afhjælpende foranstaltning i beslutningens artikel 4, 5 og 6, i den udstrækning foranstaltningen vedrører interoperabilitetsoplysninger.

795 Microsofts argumentation bygger på præmis 52 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i præmis 781 ovenfor, hvori Domstolen ifølge Microsoft fastslog, at fællesskabsretten, herunder artikel 82 EF, skal fortolkes på baggrund af bindende internationale aftaler såsom TRIPs-aftalen. Under retsmødet understregede Microsoft, at selskabet ikke påstod, at bestemmelserne i denne aftale har direkte virkning.

796 Microsoft kan ikke med føje påberåbe sig dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i præmis 781 ovenfor.

797 Det hedder bl.a. således i dommens præmis 52:

»[D]et forhold, at de internationale aftaler, Fællesskabet har indgået, har forrang frem for den afledte fællesskabsret, [medfører] at sidstnævnte så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med disse aftaler.«

798 Det af Domstolen fastlagte princip om overensstemmende fortolkning finder således kun anvendelse, når den pågældende internationale aftale har forrang for den pågældende bestemmelse i fællesskabsretten. Da en international aftale, såsom TRIPs-aftalen, ikke har forrang for den primære fællesskabsret, kan princippet ikke finde anvendelse, når, som i det foreliggende tilfælde, den bestemmelse, der skal fortolkes, er artikel 82 EF.

799 Endvidere har Kommissionen, til forskel fra situationen i præmis 52 i dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, nævnt i præmis 781 ovenfor, ikke i egentlig forstand skullet træffe et valg mellem flere mulige fortolkninger af en bestemmelse i fællesskabsretten. Den foreliggende sag drejer sig nemlig om en situation, hvori Kommissionen skulle anvende artikel 82 EF på de faktiske og retlige omstændigheder i et konkret tilfælde, og hvori det må antages — så længe der ikke er ført bevis for det modsatte — at de konklusioner, den nåede frem til, var de eneste, den med føje kunne drage.

800 Desuden har Microsoft, under dække af princippet om overensstemmende fortolkning, i realiteten blot rejst tvivl om lovligheden af den anfægtede beslutning med den begrundelse, at den er i strid med TRIPs-aftalens artikel 13.

801 Det er fast retspraksis, at WTO-aftalerne efter deres art og opbygning ikke hører til de regler, på grundlag af hvilke Fællesskabets retsinstanser prøver lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter (dommen i sagen Portugal mod Rådet, nævnt i præmis 789 ovenfor, præmis 47, Domstolens dom af 12.3.2002, forenede sager C-27/00 og C-122/00, Omega Air m.fl., Sml. I, s. 2569, præmis 93, af 9.1.2003, sag C-76/00 P, Petrotub og Republica mod Rådet, Sml. I, s. 79, præmis 53, og af 30.9.2003, sag C-93/02 P, Biret International mod Rådet, Sml. I, s. 10497, præmis 52).

802 Kun såfremt Fællesskabet har ønsket at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtaget forpligtelse, eller når den pågældende fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til bestemte bestemmelser i WTO-aftalerne, tilkommer det Fællesskabets retsinstanser at prøve den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed efter WTO-bestemmelserne (dommen i sagen Portugal mod Rådet, nævnt i præmis 789 ovenfor, præmis 49, og i sagen Biret International mod Rådet, nævnt i præmis 801 ovenfor, præmis 53).

803 Da det er åbenbart, at omstændighederne i det foreliggende tilfælde ikke svarer til nogen af de to situationer, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, kan Microsoft ikke påberåbe sig TRIPs-aftalens artikel 13 til støtte for sit krav om, at den anfægtede beslutnings artikel 2, 4, 5 og 6 annulleres. Det er derfor ikke fornødent at behandle de argumenter, Microsoft, støttet af ACT, har fremsat til underbygning af sin påstand om, at de betingelser, der er fastsat i den nævnte artikel 13, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

804 ACT's argument om, at den anfægtede beslutnings artikel 5 er uforenelig med TRIPs-aftalens artikel 31 og 39 (jf. præmis 785-788 ovenfor), må forkastes af de grunde, der blev anført i præmis 796-803 ovenfor.

805 Endvidere bygger ACT's argument om, at den anfægtede beslutnings artikel 5 er i strid med TRIPs-aftalens artikel 31, litra a), på den helt fejlagtige opfattelse, at den

afhjælpende foranstaltning indeholder et pålæg om at give licens til »hele kategorier af opfindelser« og indebærer, at der ikke kan træffes individuelle afgørelser. Selv hvis Microsoft for at efterkomme den anfægtede beslutnings artikel 5 skulle tillade nogle af sine konkurrenter at udnytte et eller flere af selskabets patenter i henhold til licens, forhindrer intet i beslutningen Microsoft i at fastsætte betingelserne for denne licens ved forhandling fra tilfælde til tilfælde.

806 Det følger af den anfægtede beslutning, at den afhjælpende foranstaltning, der er omhandlet i beslutningens artikel 5, skal gennemføres efter en procedure, som omfatter tre trin, og som opfylder betingelserne i beslutningens betragtning 1005-1009.

807 Microsoft skal herefter som første trin udarbejde interoperabilitetsoplysningerne som omhandlet i den anfægtede beslutnings artikel 1, stk. 1, og etablere den i beslutningens artikel 5, litra c), nævnte vurderingsordning.

808 Som andet trin skal Microsoft give virksomheder, der ønsker at udvikle og distribuere operativsystemer til arbejdsgruppesservere, adgang til interoperabilitetsoplysningerne med henblik på at gøre det muligt for dem at vurdere den økonomiske værdi, det ville have for dem at implementere oplysningerne i deres produkter [betragtning 1008, nr. i), til den anfægtede beslutning]. Microsoft skal give mulighed for denne vurdering på rimelige og ikke-diskriminerende betingelser.

809 Som tredje trin skal Microsoft give virksomheder, der er interesserede i alle eller nogle af interoperabilitetsoplysningerne, adgang til de pågældende oplysninger og tillade de pågældende virksomheder at implementere dem i operativsystemer til arbejdsgruppesservere (betragtning 1003 til den anfægtede beslutning). Også i denne forbindelse skal de betingelser, Microsoft måtte ønske at fastsætte, være rimelige og ikke-diskriminerende (betragtning 1005-1008 til den anfægtede beslutning).

- 810 Det fremgår klart af disse forskellige bestemmelser i den anfægtede beslutning, at der ikke er noget til hinder for, at Microsoft i tilfælde, hvor de interoperabilitetsoplysninger, en given virksomhed anmoder om, vedrører en teknologi, som er genstand for et patent (eller omfattet af en anden intellektuel ejendomsrettighed), giver adgang til og tillader anvendelse af oplysningerne i henhold til en licens, blot Microsoft fastsætter rimelige og ikke-diskriminerende licensbetingelser.
- 811 Den anfægtede beslutnings bestemmelse om, at de betingelser, hvorpå eventuelle licenser meddeles, skal være rimelige og ikke-diskriminerende, betyder ikke i sig selv, at Microsoft skal fastsætte de samme betingelser over for enhver virksomhed, der anmoder om en sådan licens. Det er ikke udelukket, at betingelserne tilpasses den enkelte virksomheds særlige forhold og f.eks. afhænger af udstrækningen af de oplysninger, virksomheden ønsker adgang til, eller den type produkter, virksomheden agter at implementere dem i.
- 812 Det følger af det foranstående, at det tredje led af det ene anbringende, Microsoft har fremsat, må forkastes.
- 813 Det ene anbringende, Microsoft har fremsat i forbindelse med det første omtvistede spørgsmål, må derfor forkastes i det hele.

*C — Det omtvistede spørgsmål vedrørende koblingssalget af Windows Media Player og Windows-operativsystemet til klient-pc'er*

- 814 I forbindelse med dette andet omtvistede spørgsmål har Microsoft fremsat to anbringender; ifølge det første er artikel 82 EF blevet tilsidesat, og ifølge det andet

er proportionalitetsprincippet blevet tilsidesat. Det første anbringende drejer sig om Kommissionens fastslåelse af, at den adfærd fra Microsofts side, der har bestået i at gøre levering af operativsystemet Windows for klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af programmet Windows Media Player, udgør retsstridigt koblingssalg [beslutningens artikel 2, litra b)]. Det andet anbringende vedrører den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6.

815 Inden anbringenderne prøves, skal der gives en sammenfatning af en række faktuelle og tekniske konstateringer i den anfægtede beslutning vedrørende baggrunden for ovennævnte adfærd. Disse konstateringer har Microsoft i det væsentlige ikke anfægtet.

## 1. Faktuelle og tekniske konstateringer

816 I betragtning 60-66 til den anfægtede beslutning beskriver Kommissionen digitale medier.

817 Indledningsvis definerer den multimedieafspillere som softwareprodukter, der kan »afspille« digitaliseret lyd- og billedindhold, dvs. afkode de pågældende data og omsætte dem til instruktioner til hardware såsom højttalere eller en skærm (betragtning 60 til den anfægtede beslutning).

818 Derpå forklarer den i betragtning 61 til den anfægtede beslutning, at lyd- og billedindholdet lagres i digitale multimediefiler i overensstemmelse med bestemte formater, og at der er udviklet kompressions- og dekompressionsalgoritmer for at mindske den til indholdet krævede lagerplads, uden at det medfører tab af kvaliteten

af lyden eller billederne. Algoritmerne er implementeret i multimedieafspillere og kodningssoftware, hvormed der kan dannes komprimerede filer. Den del af koden i en multimedieafspiller, som implementerer en kompressions- og dekompressionsalgoritme, kaldes et »codec«, og for at kunne udføre en korrekt behandling af et digitalt medieindhold, der er komprimeret i et givet format ved hjælp af en given kompressions- og dekompressionsalgoritme, skal en multimedieafspiller »forstå« det pågældende format og den pågældende kompressions- og dekompressionsalgoritme, dvs. kunne implementere det dertil svarende codec.

819 I den følgende betragtning til den anfægtede beslutning forklarer Kommissionen, at den endelige bruger kan få adgang til lyd- og billedindhold på internet ved at downloade den pågældende fil til sin klient-pc, dvs. ved at kopiere og overføre filen til den. Når filen er blevet downloadet, kan den afspilles af en multimedieafspiller, som er kompatibel med dens format.

820 I betragtning 63 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at den endelige bruger ligeledes kan modtage lyd- og billedindhold, der »streames« over internettet. I sådanne tilfælde er det ikke nødvendigt at afvente, at hele den pågældende fil downloades, da den sendes til klient-pc'en i form af en sekvens af små brudstykker — dvs. en »strøm« af data — som multimedieafspilleren afspiller, efterhånden som den modtager dem. Denne transmissionsmåde forudsætter, at der på klient-pc'en er installeret en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold.

821 Kommissionen peger på, at streaming af lyd- og billedindhold ofte indebærer anvendelse af specifikke streamingprotokoller, der styrer kommunikationen mellem multimedieafspilleren og det serverprogrammel, der distribuerer indholdet over internettet. For at kunne få adgang til lyd- og billedindhold, der sendes i overens-

stemmelse med en given protokol, skal brugeren råde over en multimedieafspiller, der »forstår« denne protokol (betragtning 64 til den anfægtede beslutning).

822 Endelig forklarer Kommissionen i betragtning 66 til den anfægtede beslutning, at der ved at kombinere kodningssoftware, streaming media-servere og multimedieafspillere, som er kompatible med hinanden med hensyn til understøttelse af codecs, formater og streamingprotokoller, kan opbygges en softwareinfrastruktur, der gør det muligt at levere og modtage streamet digitalt lyd- og billedindhold over it-netværk. En sådan infrastruktur vil ligeledes kunne udgøre en platform for udvikling af andre applikationer, som gør brug af de tjenester, platformen leverer. Multimedieafspillere kan navnlig indeholde API'er, som kan anvendes af andre applikationer, f.eks. til at starte afspilning af en fil på afspilleren.

823 I betragtning 107-120 til den anfægtede beslutning beskriver Kommissionen kort de økonomiske faktorer, der kendetegner udbuddet, konkurrencen og forbruget inden for branchen vedrørende digitale medier.

824 I begyndelsen af distributionskæden for digitalt medieindhold findes, for det første, indholdets ejere, som normalt har ophavsret til indholdet og derfor kan kontrollere dets reproduktion og distribution (betragtning 108 til den anfægtede beslutning).

825 Dernæst samles, for det andet, indholdet af indholdsleverandører, som distribuerer det til forbrugerne, bl.a. ved at lagre det på servere koblet til internet, hvortil forbrugerne kan få adgang fra deres klient-pc (betragtning 109-111 til den anfægtede beslutning).

826 For det tredje leveres den softwareinfrastruktur, der gør det muligt at udvikle, sende og afspille digitalt indhold, af softwareudviklere, bl.a. Microsoft, RealNetworks og Apple (betragtning 112 til den anfægtede beslutning). Der er det særlige ved de nævnte tre selskaber, at de, ud over at understøtte en række af branchens standardiserede formater, tilbyder en komplet løsning, der omfatter hele kæden fra kodningssoftwaren til afspilleren, på grundlag af deres egne digitale medieteknologier og filformater, hvortil de har ejendomsret (betragtning 113 til den anfægtede beslutning). Microsoft ejer således følgende formater: Windows Media Audio (WMA), Windows Media Video (WMV) og Advanced Streaming Format (ASF). RealNetworks' formater benævnes »RealAudio« og »RealVideo«. Apples QuickTime-formater omfatter filtypebetegnelserne ».qt«, ».mov« og ».moov«. Der findes andre softwareudviklere, som ikke tilbyder en komplet løsning, der omfatter hele distributionskæden for digitalt medieindhold, men som normalt erhverver licenser til et af førnævnte tre selskabers teknologi eller anvender åbne branchestandarder (betragtning 117 til den anfægtede beslutning).

827 For det fjerde distribueres multimedieafspillerne til de endelige brugere gennem forskellige kanaler (betragtning 119-120 til den anfægtede beslutning).

828 Dels kan afspillerne installeres af OEM (computerproducenter) i henhold til aftaler, OEM har indgået med softwareudviklerne. Herefter vil der på den endelige brugers klient-pc, ud over et operativsystem og eventuel anden software, være præinstalleret en multimedieafspiller. OEM er ifølge betragtning 68 til den anfægtede beslutning virksomheder, der bygger computere af forskellige komponenter leveret af forskellige fabrikanter. Normalt installeres der også et operativsystem, som leveres af en softwareudvikler eller er udviklet af producenten selv, samt en række applikationer, der efterspørges af den endelige bruger. Det således opbyggede udstyr købes derpå af »videreforhandlere«, som videresælger det efter at have installeret supplerende software.

829 Dernæst kan de endelige brugere downloade multimedieafspillere til deres klient-pc over internettet.

830 Endelig kan multimedieafspillere sælges i detailforretninger eller distribueres sammen med andre softwareprodukter.

831 I betragtning 121-143 til den anfægtede beslutning beskriver Kommissionen de af Microsoft og konkurrenterne udviklede relevante produkter.

832 Microsofts multimedieafspiller kaldes »Windows Media Player«, og da den anfægtede beslutning blev truffet, var »Windows Media Player 9 Series« (WMP 9) den seneste version. WMP 9, der kan afspille både downloadet og streamet lyd- og billedindhold, har kunnet erhverves siden den 7. januar 2003 og har siden begyndelsen af november 2003 også kunnet fungere sammen med operativsystemerne Mac OS og UNIX. WMP 9 tager ikke formaterne Real og QuickTime.

833 For så vidt angår Microsofts konkurrenter beskriver Kommissionen nærmere RealNetworks' produkter (betragtning 125-134 til den anfægtede beslutning) og Apples produkter (betragtning 135-140 til den anfægtede beslutning).

834 Den anfører bl.a., at RealNetworks — som på daværende tidspunkt hed Progressive Networks Inc. — i 1995 var det første større selskab, der markedsførte produkter, der kunne afspille streamet digitalt lydindhold, bl.a. RealAudio Player. I februar 1997

udsendte RealNetworks RealPlayer 4.0, der kunne afspille lyd- og videofiler direkte og på anfordring (on-demand).

835 Apple udviklede i begyndelsen af 1990'erne en multimedieafspiller, som benævntes »QuickTime Player«, og som oprindeligt kun kunne anvendes på Macintosh-pc'er. I november 1994 udsendte Apple afspilleren »QuickTime 2.0 for Windows« og i april 1999 afspilleren »QuickTime 4.0«, der kunne modtage streamet multimedieindhold.

836 Desuden omtaler Kommissionen MusicMatch' multimedieafspiller MusicMatch Jukebox og Nullsofts multimedieafspiller Winamp Media Player og anfører, at disse ikke bygger på deres egne codecs eller filformater, men på teknologier, hvortil Microsoft, Apple eller RealNetworks har ejendomsret, eller åbne formater (betragtning 141-143 til den anfægtede beslutning).

837 Betragtning 302-314 til den anfægtede beslutning indeholder en kronologisk redegørelse for Microsofts virksomhed inden for multimedieprogrammer, der kan sammenfattes som følger:

— I august 1991 udsendte Microsoft en version af sit operativsystem Windows 3.0, som indeholdt »multimedieudvidelser«, der gjorde det muligt for brugerne at se fastbilleder og høre lyd, men ikke at modtage streamet multimedieindhold.

- I 1993 udsendte Microsoft produktet »Video for Windows«, som omfattede multimedieafspilleren Media Player 2.0, og som gav brugerne mulighed for at afspille downloadede videofiler på deres klient-pc.
  
- I august 1995 bragte Microsoft operativsystemet Windows 95 på markedet; heri integrerede Microsoft senere sin webbrowser Internet Explorer, hvori indgik RealNetworks' lydafspiller RealAudio Player.
  
- I september 1996 udsendte Microsoft programmet NetShow 1.0, der var udviklet med henblik på at fungere sammen med Windows 95, og som kunne afspille lyd og billeder, der blev streamet over intranet.
  
- Den 21. juli 1997 meddelte Microsoft og RealNetworks, at de havde indgået en samarbejdsaftale vedrørende streaming af multimedieindhold, ifølge hvilken Microsoft bl.a. skulle tage licens fra RealNetworks på selskabets codecs for henholdsvis RealAudio og RealVideo 4.0, med henblik på integration i NetShow, og RealPlayer 4.0 med henblik på integration i Internet Explorer.
  
- I oktober 1997 gav Microsoft meddelelse om RealPlayer 4.0's integration i Internet Explorer 4.0.
  
- Den 4. maj 1998 udsendte Microsoft betaversionen af Microsoft Media Player, som kunne afspille multimedieindhold, der blev streamet over internettet, og som navnlig kunne tage formaterne MPEG, QuickTime, RealAudio og RealVideo, og betaversionen af Microsofts program Netshow 3.0 Server.

- Den 25. juni 1998 bragte Microsoft operativsystemet Windows 98 på markedet; på installations-CD'en hertil fandtes multimedieafspilleren NetShow 2.0, som kunne afspille streamet indhold, men som ikke indgik i de standardkonfigurationer, Windows 98 tilbød brugerne.
  
- Den 7. juli 1998 udsendte Microsoft multimedieafspilleren Windows Media Player 6 (WMP 6), som kunne afspille indhold streamet over internettet; den fungerede sammen med Windows 95, Windows 98 og Windows NT 4.0 og kunne tage formaterne RealAudio 4.0, RealVideo 4.0, ASF, AVI, WAV, MPEG og QuickTime.
  
- Den 5. maj 1999 udsendte Microsoft operativsystemet til klient-pc'er Windows 98 Second Edition, hvori multimedieafspilleren WMP 6 var integreret; denne, som ikke kunne fjernes af OEM eller brugerne, er ligeledes blevet integreret i de senere Windows-versioner Windows Me, Windows 2000 Professional og Windows XP.
  
- I august 1999 udsendte Microsoft »Windows Media Technologies 4«-arkitekturen, som omfattede Windows Media Services, Windows Media Tools og Microsofts egen DRM-teknologi (Digital Rights Management, kopispærring).
  
- Dette program kunne ikke længere tage Real Networks- og QuickTime-formaterne direkte.
  
- I september 2002 gav Microsoft meddelelse om udsendelsen af betaversionen af sin »Windows Media 9 Series«-teknologi, der bl.a. omfattede multimedieafspilleren WMP 9.

838 Det skal nævnes, at Microsoft har efterlevet den forpligtelse til at gøre det muligt for OEM og endelige brugere at aktivere eller fjerne adgangen til Microsofts middleware (mellemprogrammer), der blev pålagt selskabet inden for rammerne af det amerikanske forlig, ved den 1. august 2002 og den 9. september 2002 at bringe henholdsvis Windows 2000 Professional Service Pack 3 og Windows XP Service Pack 1 på markedet (betragtning 315 til den anfægtede beslutning).

## 2. Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 82 EF

839 Det første anbringende, Microsoft har fremsat i forbindelse med det dette omtvistede spørgsmål, falder i fire led. Inden for rammerne af det første led har Microsoft gjort gældende, at Kommissionen har fastslået, at koblingssalget bevirker, at konkurrenterne udelukkes fra markedet, på grundlag af en ny, spekulativ teori, for hvilken der ikke er noget retsgrundlag. Inden for rammerne af det andet led har Microsoft hævdet, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til fordelene ved det »arkitekturkoncept«, Microsofts operativsystem bygger på. Inden for rammerne af det tredje led har Microsoft påstået, at Kommissionen ikke har påvist, at der foreligger en overtrædelse af artikel 82 EF, navnlig artikel 82, stk. 2, litra d). Endelig har Microsoft inden for rammerne af fjerde led gjort gældende, at Kommissionen ikke har taget hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPs-aftalen.

840 Endvidere har Microsoft som indledning til sine argumenter vedrørende dette omtvistede spørgsmål fremsat en række påstande om, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at der foreligger et retsstridigt koblingssalg.

841 Retten behandler først de påstande, der er henvist til i den foregående præmis. Derpå undersøger den på baggrund af de konklusioner, den når frem til på dette punkt (jf. præmis 869 nedenfor), de argumenter, Microsoft har fremsat inden for rammerne af de tre første led af det første anbringende. Endelig tager den stilling til anbringendets fjerde led.

a) Betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan konstateres et retsstridigt koblingssalg

### Parternes argumenter

<sup>842</sup> Microsoft har under henvisning til betragtning 794 til den anfægtede beslutning gjort gældende, at Kommissionen har lagt følgende faktorer til grund for sin fastslåelse af, at der er tale om et retsstridigt koblingssalg i det foreliggende tilfælde:

- For det første er hovedproduktet og det tilknyttede produkt to særskilte produkter.
- For det andet indtager den berørte virksomhed en dominerende stilling på markedet for hovedproduktet.
- For det tredje giver den berørte virksomhed ikke forbrugerne mulighed for at vælge at anskaffe hovedproduktet uden det tilknyttede produkt.
- For det fjerde udelukker den pågældende praksis konkurrencen.

<sup>843</sup> Under henvisning til betragtning 961 til den anfægtede beslutning har Microsoft anført, at Kommissionen ligeledes har taget i betragtning, at der angiveligt ikke er nogen objektiv begrundelse for koblingssalget.

844 Ifølge Microsoft afviger disse faktorer fra de betingelser, der er fastsat i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, i to henseender.

845 Dels har Kommissionen udskiftet den betingelse, »at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelse, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand«, med den betingelse, at den dominerende virksomhed »ikke giver forbrugerne mulighed for at vælge at anskaffe hovedproduktet uden det tilknyttede produkt«.

846 Dels har Kommissionen tilføjet en betingelse om udelukkelse af konkurrenterne fra markedet, som ikke er udtrykkeligt angivet i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, og som normalt ikke tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger retsstridigt koblingssalg. Nærmere bestemt har Kommissionen efter i betragtning 841 til den anfægtede beslutning at have medgivet, at den foreliggende sag ikke udgør »et klassisk tilfælde af koblingssalg«, fastslået, at koblingssalget bevirker, at konkurrenterne udelukkes fra markedet, på grundlag af en ny, »højest spekulativ« teori, hvor efter den omfattende udbredelse af mediefunktionaliteten i Windows nødsager indholdsleverandørerne til at kode deres indhold i Windows Media-formaterne, hvilket indebærer, at alle konkurrerende multimedieafspillere udelukkes fra markedet, og, indirekte, medfører, at forbrugerne nødsages til kun at anvende denne multimediefunktionalitet.

847 Endvidere har Microsoft gjort gældende, at den anfægtede beslutning er selvmodsigende, eftersom Kommissionen i betragtning 792 fastslår, at betingelserne i artikel 82, stk. 2, litra d), EF er opfyldt i det foreliggende tilfælde, mens den samtidig anvender nogle betingelser, der afviger fra disse.

848 ACT har hævdet, at Kommissionen har anvendt tre forskellige grupper betingelser til støtte for sin fastslåelse af, at der er tale om et retsstridigt koblingssalg i

det foreliggende tilfælde, nemlig før det første betingelserne i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, for det andet betingelserne i artikel 82 EF generelt og for det tredje de fire betingelser, hvortil der henvises i betragtning 794 til den anfægtede beslutning. Efter ACT's opfattelse er Kommissionens vurdering forkert, uanset hvilken gruppe betingelser der lægges til grund.

849 Kommissionen har under henvisning til betragtning 831 til den anfægtede beslutning gjort gældende, at det omtvistede koblingssalg udgør en tilsidesættelse af »artikel 82 [EF] generelt og artikel 82 [stk. 2] litra d), [EF] i særdeleshed«. Kommissionen har henvist til begge bestemmelser på grund af de argumenter, Microsoft fremsatte under den administrative procedure, og for at »udelukke enhver tvivl« og »undgå en semantisk strid om fortolkningen af [artikel 82, stk. 2, litra d), EF]«. Desuden er de betingelser, Kommissionen i det foreliggende tilfælde har anvendt til støtte for sin fastslåelse af, at der er tale om retsstridigt koblingssalg, i overensstemmelse med dem, som er blevet fastlagt i retspraksis.

### Rettens bemærkninger

850 Retten finder, at Microsofts argumenter er af rent semantisk karakter, og at de ikke kan tiltrædes.

851 Der skal gives en sammenfatning af, hvordan Kommissionen har opbygget sin argumentation vedrørende det omtvistede koblingssalg i den anfægtede beslutning.

852 I betragtning 794 til beslutningen anfører Kommissionen, at det er en forudsætning for, at der er tale om retsstridigt koblingssalg som omhandlet i artikel 82 EF, at der foreligger de fire faktorer, der er nævnt i præmis 842 ovenfor.

853 Derpå undersøger Kommissionen Microsofts adfærd på baggrund af disse fire faktorer (betragtning 799-954 til den anfægtede beslutning).

854 For det første anfører Kommissionen, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er (betragtning 799 til den anfægtede beslutning). Det bemærkes, at Microsoft ikke har bestridt denne faktiske omstændighed.

855 For det andet anfører den, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer til klient-pc'er er to særskilte produkter (betragtning 800-825 til den anfægtede beslutning).

856 For det tredje påpeger den, at Microsoft ikke giver forbrugerne mulighed for at anskaffe selskabets Windows-operativsystem til klient-pc'er uden Windows Media Player (betragtning 826-834 til den anfægtede beslutning).

857 For det fjerde gør Kommissionen gældende, at koblingssalget af Windows Media Player udgør en hindring for konkurrencen på markedet for multimedieafspillere (betragtning 835-954 til den anfægtede beslutning). Den peger i den forbindelse bl.a. på, at Kommissionen og Fællesskabets retsinstanser i de klassiske sager om koblingssalg »har fundet, at koblingssalg af et særskilt produkt og det dominerende produkt er ensbetydende med, at denne adfærd har en udelukkelsesvirkning for konkurrerende leverandører« (betragtning 841 til den anfægtede beslutning). Kommissionen finder dog, 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, der på grund af selve sin karakter kan udelukke konkurrencen (samme betragtning). Kommissionen er i det væsentlige at den opfattelse, at »koblingen af [Windows Media Player] og det dominerende produkt Windows gør

[Windows Media Player] til den foretrukne platform for komplementært indhold og komplementære applikationer, og at koblingen derfor kan føre til udelukkelse af konkurrencen på markedet for multimedieafspillere« (betragtning 842 til den anfægtede beslutning). Kommissionen tilføjer, at koblingssalget »også har virkninger for konkurrencen på beslægtede markeder, ikke kun markederne for software til multimediekodning og -administration (som ofte anvendes på servere), men også markedet for operativsystemer til klient-pc'er, for hvilke multimedieafspillere, som er kompatible med kvalitetsindhold, udgør en væsentlig applikation« (samme betragtning).

858 Endelig undersøger Kommissionen de faktorer, Microsoft har påberåbt sig for at vise, at den adfærd, der foreholdes selskabet som ulovlig, var objektivt begrundet (betragtning 955-970 til den anfægtede beslutning).

859 Retten finder, at Kommissionens vurdering med hensyn til, hvilke faktorer der skal foreligge, for at der kan være tale om koblingssalg, er korrekt og i overensstemmelse med såvel artikel 82 EF som retspraksis. Det var med rette, at Kommissionen lagde de faktorer, hvortil der henvises i betragtning 794 til den anfægtede beslutning, og den omstændighed, at koblingssalget ikke var objektivt begrundet, til grund for sin vurdering af, om den adfærd, der foreholdes Microsoft, udgjorde retsstridigt koblingssalg. De pågældende faktorer kan ikke blot udledes af selve begrebet koblingssalg, men også af retspraksis (jf. navnlig Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, bekræftet ved Domstolens dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, samt dommene af 6.10.1994 og 14.11.1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor).

860 Det skal bemærkes, at opregningen af former for misbrug i traktatens artikel 82, stk. 2, EF ikke er udtømmende, og de former, der nævnes heri, er således kun eksempler på misbrug af en dominerende stilling (jf. i denne retning dom af 14.11.1996, Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 37). Ifølge fast retspraksis angiver opregningen af forskellige former for misbrug i denne bestemmelse nemlig ikke udtømmende de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til traktaten (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26, og dommen i sagen Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 229 ovenfor, præmis 112).

- 861 Heraf følger, at en dominerende virksomheds koblingssalg ligeledes kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF, selv om det ikke svarer til det eksempel, der anføres i artikel 82, stk. 2, litra d), EF. Kommissionen kunne derfor i den anfægtede beslutning med føje henvise til hele artikel 82 EF til støtte for fastslåelsen af, at der forelå retsstridigt koblingssalg, i stedet for kun at basere sig på artiklens stk. 2, litra d).
- 862 Under alle omstændigheder er de faktorer, hvortil Kommissionen henviser i betragtning 794 til den anfægtede beslutning, i det væsentlige sammenfaldende med de i artikel 82, stk. 2, litra d), EF angivne betingelser for, at der kan være tale om retsstridigt koblingssalg.
- 863 På den baggrund må Microsofts argument om, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har anvendt nogle betingelser, som i to henseender afviger fra betingelserne i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, forkastes.
- 864 For det første udtrykker Kommissionen ved at anføre, at det skal undersøges, om den dominerende virksomhed »ikke giver forbrugerne mulighed for at vælge at anskaffe hovedproduktet uden det tilknyttede produkt«, blot med andre ord, at begrebet koblingssalg forudsætter, at forbrugerne, direkte eller indirekte, er tvunget til at acceptere »tillægsydelse« som dem, hvortil der henvises i artikel 82, stk. 2, litra d), EF.
- 865 Således som det vil fremgå mere udførligt af præmis 962-965 nedenfor, retter denne tvang sig i det foreliggende tilfælde hovedsagelig først mod OEM, som derpå viderefører den til den endelige bruger. Den endelige bruger udsættes direkte for tvangen i den — mindre hyppigt forekommende — situation, hvor han anskaffer et Windows-operativsystem til klient-pc'er direkte hos en detailhandler.

866 For det andet kan det ikke påstås, at Kommissionen har indført en ny betingelse for, at det kan fastslås, at der foreligger retsstridigt koblingssalg som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, nemlig at konkurrenterne udelukkes fra markedet.

867 Dels forholder det sig nemlig således, at skønt der hverken i denne bestemmelse eller, mere generelt, i artikel 82 EF henvises til den omhandlede praksis' konkurrencebegrænsende virkning, kan en adfærd principielt ikke anses for misbrug, medmindre den kan begrænse konkurrencen (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, herefter »Michelin II-dommen«, præmis 237).

868 Dels kan Kommissionen, således som det nærmere vil fremgå af præmis 1031-1058 nedenfor, ikke hævdes at have fastslået, at koblingssalget i det foreliggende tilfælde bevirker, at konkurrenterne udelukkes fra markedet, på grundlag af en ny, højst spekulativ teori. Således som det fremgår af betragtning 841 til den anfægtede beslutning, fandt Kommissionen, at den i betragtning af de konkrete omstændigheder i den foreliggende sag ikke kunne nøjes med at antage — således som den normalt gør i sager om retsstridigt koblingssalg — at koblingssalg af et dominerende produkt og et andet produkt i sig selv har en udelukkelsesvirkning på markedet. Den undersøgte derfor nærmere, hvilke konkrete virkninger koblingssalget allerede havde haft på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og hvordan dette marked kunne forventes at udvikle sig.

869 Retten finder under hensyn til det foranstående, at spørgsmålet om koblingssalget skal vurderes på grundlag af de fire betingelser, der angives i betragtning 794 til den anfægtede beslutning (jf. præmis 842 ovenfor), og betingelsen vedrørende den manglende objektive begrundelse.

- 870 Den anden betingelse, der nævnes i betragtning 794 til den anfægtede beslutning, må anses for opfyldt, idet det er ubestridt, at Microsoft indtager en dominerende stilling på markedet for hovedproduktet i det angivelige koblingssalg, nemlig operativsystemer til klient-pc'er. De argumenter, Microsoft har fremsat inden for rammerne af de tre første led af det første anbringende (jf. præmis 839 ovenfor), vil blive undersøgt i forbindelse med de fire andre betingelser, der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at der foreligger retsstridigt koblingssalg. Undersøgelsen vil finde sted på følgende måde. For det første vil Retten undersøge, om betingelsen om, at der foreligger to særskilte produkter, er opfyldt, på baggrund af de betragtninger, Microsoft har fremsat inden for rammerne af det andet og det tredje led. For det andet vil den undersøge, om betingelsen om, at det stilles som vilkår for indgåelse af aftaler, at der modtages tillægsydelse, er opfyldt, på baggrund af de argumenter, Microsoft har fremsat til underbygning af det tredje led. For det tredje vil den undersøge, om betingelsen om begrænsning af konkurrencen på markedet er opfyldt, på baggrund af de betragtninger, Microsoft har fremsat inden for rammerne af det første led. For det fjerde vil den undersøge de objektive begrundelser, Microsoft har fremført, bl.a. i lyset af de argumenter, selskabet har fremsat inden for rammerne af det andet led.
- 871 Til sidst behandles fjerde led om den angivelige manglende hensyntagen til de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i medfør af TRIPs-aftalen.

b) Tilstedeværelsen af to særskilte produkter

Den anfægtede beslutning

- 872 I betragtning 800-825 til den anfægtede beslutning undersøger Kommissionen, om denne første betingelse er opfyldt. Dens undersøgelse falder i tre dele. Først vil den påvise, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer til klient-pc'er udgør særskilte produkter (betragtning 800-813 til den

anfægtede beslutning). Dernæst afviser den Microsofts argument om, at koblingen af selskabets multimedieafspillerteknologi og dets Windows-operativsystem begyndte før 1999 (betragtning 814-820 til den anfægtede beslutning). Endelig afviser den Microsofts argument om, at koblingssalg af en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, og et operativsystem til klient-pc'er udgør normal handelssædvane (betragtning 821-824 til den anfægtede beslutning).

873 Inden for rammerne af første del af sin undersøgelse anfører Kommissionen for det første, at det forhold, at der findes uafhængige producenter, der har specialiseret sig i at fremstille det tilknyttede produkt, ifølge retspraksis er udtryk for, at der findes en særskilt forbrugerefterspørgsel efter og dermed et særskilt marked for dette produkt (betragtning 802 til den anfægtede beslutning). Ved en vurdering i relation til artikel 82 EF af, om der er tale om to særskilte produkter, må der derfor efter Kommissionens opfattelse tages hensyn til efterspørgslen blandt forbrugerne, i den forstand at de pågældende produkter ikke er særskilte, hvis der ikke er en selvstændig efterspørgsel efter det angiveligt koblede produkt (betragtning 803 til den anfægtede beslutning).

874 For det andet anfører Kommissionen, at »multimedieafspillere udbydes separat på markedet«, og at der findes virksomheder, der udvikler og leverer multimedieafspillere uafhængigt, uden forbindelse med operativsystemerne (betragtning 804 til den anfægtede beslutning).

875 For det tredje henviser Kommissionen til Microsofts praksis med hensyn til at udvikle og distribuere versioner af Windows Media Player til Apples operativsystem Mac og Suns operativsystem Solaris (betragtning 805 til den anfægtede beslutning). Den henviser ligeledes til, at Microsoft udsender opdateringer af sin multimedieafspiller, der er forskellige fra de versioner og opdateringer, der udsendes til Windows-operativsystemerne (samme betragtning).

- 876 For det fjerde anfører Kommissionen, at et ikke ubetydeligt antal forbrugere vælger at anskaffe multimedieafspillere separat i forhold til deres operativsystem, bl.a. RealPlayer-afspilleren, der fremstilles af RealNetworks, som ikke udvikler og markedsfører operativsystemer (betragtning 806 til den anfægtede beslutning).
- 877 For det femte gør Kommissionen gældende, at nogle brugere af operativsystemer ikke har brug for eller ikke ønsker en multimedieafspiller (betragtning 807 til den anfægtede beslutning).
- 878 For det sjette afviser Kommissionen Microsofts argument om, at der ikke er nogen væsentlig efterspørgsel efter operativsystemer, som ikke omfatter multimedieafspilerteknologi (betragtning 809 til den anfægtede beslutning).
- 879 For det syvende peger Kommissionen på, at Microsoft reklamerer for Windows Media Player uafhængigt af operativsystemet (betragtning 810 til den anfægtede beslutning).
- 880 For det ottende anfører Kommissionen, at operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, også er forskellige med hensyn til funktionaliteter (betragtning 811 til den anfægtede beslutning).
- 881 For det niende bemærker Kommissionen, at der til de to produkter »svarer« forskellige branchestrukturer — herom vidner den omstændighed, at Microsoft stadig har nogle konkurrenter på markedet for multimedieafspillere — hvorimod Microsofts konkurrenter på markedet for operativsystemer til klient-pc'er kun har en ubetydelig markedsandel (betragtning 812 til den anfægtede beslutning). Desuden gælder der forskellige prisniveauer for de to produkter (samme betragtning).

882 For det tiende anfører Kommissionen, at Microsoft tilbyder licensaftaler (software developer's kit licences, herefter »SDK-licensaftaler«), som er forskellige, alt efter om det pågældende »software developer's kit« (»værktøjskasse« for softwareudviklere, herefter »SDK«) vedrører Windows-operativsystemet eller Windows Media-teknologierne (betragtning 813 til den anfægtede beslutning).

883 Inden for rammerne af anden del af sin undersøgelse gør Kommissionen gældende, at Microsofts argument om, at selskabets multimedieafspillerteknologi har været koblet med Windows siden 1992, ikke kan omstøde dens konklusion, hvorefter der er tale om to særskilte produkter. Kommissionen anfører bl.a., at den »foreholder Microsoft selskabets adfærd fra et tidspunkt, hvor koblingssalget blev mere skadeligt, end det tidligere havde været«, og peger i den forbindelse på, at Microsoft i 1999 »begyndte at foretage koblingssalg af et produkt (WMP 6), der svarede til de øvrige leverandørers for så vidt angår den væsentlige funktionalitet, størstedelen af forbrugerne forventede af en multimedieafspiller (nemlig evnen til at afspille indhold streamet over internettet), og med hvilket Microsoft i 1998 trådte ind på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold« (betragtning 816 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører ligeledes, at den første multimedieafspiller, der kunne afspille streamet indhold, og som Microsoft distribuerede sammen med Windows i 1995, var RealNetworks' RealAudio Player, idet Microsoft på dette tidspunkt endnu ikke rådede over en »levedygtig« multimedieafspiller (betragtning 817 til den anfægtede beslutning). Programkoden til RealAudio Player kunne afinstalleres fuldt ud (samme betragtning).

884 Inden for rammerne af tredje del af sin undersøgelse afviser Kommissionen Microsofts argument om, at kobling af en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, og et operativsystem til klient-pc'er udgør en normal handelssædvane. Med det nævnte argument tages der ikke hensyn til, for det første at der findes uafhængige producenter af det tilknyttede produkt, for det andet at Sun og leverandørerne af Linux-produkter ikke foretager koblingssalg af deres egne, men af andre leverandørers multimedieafspillere, og for det tredje at ingen af disse operativsystemleverandører kobler multimedieafspilleren med operativsystemet på en sådan måde, at den ikke kan afinstalleres (betragtning 823 til den anfægtede beslutning).

## Parternes argumenter

885 Indledningsvis har Microsoft, støttet af CompTIA, DMDsecure m.fl., ACT, Team-System, Mamut og Exor, gjort gældende, at det ikke påvises i den anfægtede beslutning, at Windows og systemets multimediefunktionalitet tilhører to særskilte produktmarkeder.

886 Ifølge Microsoft har denne multimediefunktionalitet »længe været en bestanddel af Windows-operativsystemet«. I Windows adskiller den programkode, der gør det muligt for brugerne at afspille lyd- og billedindhold, sig ikke fra den, der giver dem adgang til andre former for information, såsom tekst og grafik. Desuden gør andre dele af Windows og applikationer udviklet af andre virksomheder, som afvikles på basis af Windows-operativsystemet, brug af den samme programkode.

887 Microsoft har kritiseret, at Kommissionen i den anfægtede beslutning kun undersøger, om det, den hævder er det tilknyttede produkt, dvs. multimediefunktionaliteten, kan erhverves separat i forhold til det, den hævder er hovedproduktet i koblingssalget, nemlig operativsystemet til klient-pc'er. Det korrekte spørgsmål er i realiteten, om sidstnævnte produkt regelmæssigt markedsføres uden det tilknyttede produkt. Der er imidlertid ingen virkelig efterspørgsel blandt forbrugerne efter et operativsystem til klient-pc'er, som ikke indeholder nogen multimediefunktionalitet, og ingen erhvervsdrivende markedsfører derfor et sådant system.

888 Efter Microsofts opfattelse straffer Kommissionen dominerende virksomheder, der forbedrer deres produkter ved at tilføje dem nye funktionaliteter, når den kræver, at disse skal kunne fjernes, når en anden virksomhed sender et selvstændigt produkt på markedet, der tilbyder de samme eller sammenlignelige funktionaliteter.

889 Kommissionens standpunkt er så meget mindre acceptabelt, som det påståede misbrug ikke skyldes integrationen af multimediefunktionaliteten i Windows — der oprindeligt skete i 1992 og siden er blevet kontinuerligt forbedret — men den forbedring af funktionaliteten, Microsoft foretog i 1999, da selskabet tilførte den sin egen teknologi til afspilning af streamet indhold. Kommissionen har med andre ord kun rejst indvending imod tilstedeværelsen af en multimediefunktionalitet i Windows i den udstrækning, hvori funktionaliteten gør det muligt at afspille lyd- og billedindhold fundet på internettet, før indholdet er downloadet fuldt ud.

890 Microsoft har tilføjet, at alle de øvrige væsentlige operativsystemer til klient-pc'er, bl.a. Mac OS, Linux, OS/2 og Solaris, indeholder en multimediefunktionalitet, der kan afspille indhold, der streames over internettet. Microsofts konkurrenter anser alle integration af en sådan funktionalitet i operativsystemer til klient-pc'er for at udgøre en normal handelssædvane, der imødekommer forbrugernes efterspørgsel. Dette viser, at evne til at afspille streamet indhold er en »naturlig funktion« i et operativsystem til klient-pc'er og ikke udgør et særskilt produkt. Microsoft har i den forbindelse fremhævet, at »et produkt først og fremmest skal defineres ud fra, hvad forbrugerne forventer og ønsker«. Efter hvad der udtales i betragtning 824 til den anfægtede beslutning, synes Kommissionen da også at have medgivet, at forbrugerne netop ønsker, at operativsystemer er forsynet med en multimediefunktionalitet.

891 Endvidere har Microsoft peget på, at Kommissionen i betragtning 1013 til den anfægtede beslutning udtrykkeligt anerkender, at Microsoft ikke ville have begået noget misbrug, hvis selskabet i 1999 havde tilbudt to versioner af Windows til den samme pris, hvoraf den ene omfattede Windows Media Player, mens den anden ikke gjorde. Der er ikke noget bevis for, at der var efterspørgsel efter en Windowsversion til den samme pris, som indeholdt færre egenskaber. Denne manglende efterspørgsel viser ligeledes, at »Windows med en multimediefunktionalitet« udgør ét enkelt produkt.

892 Dernæst har Microsoft, på dette punkt støttet af DMDsecure m.fl. og ACT, gjort gældende, at Kommissionen ikke kan lægge Tetra Pak II-dommen, nævnt i præmis 293 ovenfor, og dommene af 12. december 1991 og 2. marts 1994 i sagen Hilti mod Kommissionen, nævnt i præmis 859 ovenfor (herefter »Hilti-sagen«), til grund for sin påstand om, at Windows og systemets multimediefunktionalitet tilhører to særskilte produktmarkeder. Dels drejede disse sager sig om forbrugsgods, som blev anvendt sammen med varigt udstyr i hele udstyrets levetid, og som var »fysisk adskilt« fra dette. I begge disse sager var der, i modsætning til den foreliggende, bevis for, at der var efterspørgsel efter hovedproduktet uden det tilknyttede produkt. Dels har Kommissionen i den foreliggende sag aldrig henvist til nogen kunde, der har ønsket at anskaffe det angivelige hovedprodukt i koblingen uden det angivelige tilknyttede produkt.

893 Endelig har Microsoft gjort indvendinger mod en række argumenter, Kommissionen i svarskriftet har fremsat for at vise, at Windows udgør et særskilt produkt i forhold til Windows Media Player. Microsoft har for det første peget på, at de amerikanske domstole på intet tidspunkt fastslog, at Windows Media Player tilhører et i forhold til Windows-operativsystemet særskilt marked. For det andet beviser den omstændighed, at Microsoft markedsfører versioner af Windows Media Player separat i forhold til Windows, ikke, at der er efterspørgsel efter Windows uden Windows Media Player. Endvidere er de pågældende versioner reelt kun opdateringer af multimediefunktionaliteten i Windows. For det tredje er Kommissionens påstand om, at de filer, der udgør Windows Media Player, er lette at identificere, irrelevant. Under alle omstændigheder er den forkert.

894 Microsoft har videre hævdet, at Kommissionen ikke har påvist, at multimediefunktionaliteter efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke er knyttet til operativsystemer til klient-pc'er.

895 Integrationen af en multimediefunktionalitet udgjorde et »naturligt trin« i operativsystemernes udvikling, således som det forhold vidner om, at alle leverandører af

sådanne systemer lader en funktionalitet af denne art indgå i deres produkter. Microsoft tilstræber konstant at forbedre Windows i takt med de teknologiske fremskridt og ændringerne i forbrugernes efterspørgsel, og Windows og de øvrige operativsystemer til klient-pc'er har gradvist udviklet sig, således at de er blevet i stand til at understøtte et stadig større antal filformater. For softwareudviklerne og forbrugerne er der ikke nogen grundlæggende forskel mellem filer, der indeholder tekst eller grafik, og filer, der indeholder lyd eller billeder. Det forventes i realiteten af et moderne operativsystem, at det understøtter begge filtyper.

<sup>896</sup> Microsoft har tilføjet, at operativsystemer og multimediefunktionaliteter ligeledes er blevet »tæt koblet med hinanden« som følge af handelssædvaner. Microsoft integrerede således en multimediefunktionalitet i Windows i 1992 og har siden forbedret den kontinuerligt. Evnen til at afspille streamet indhold, der blev indbygget i 1999, er »kun én af de mange egenskaber, Microsoft har tilføjet for at holde trit med de hurtige teknologiske fremskridt«.

<sup>897</sup> Endelig gør Microsoft gældende, at Kommissionen ikke i det foreliggende tilfælde kan påberåbe sig Domstolens udtalelse i præmis 37 i dommen af 14. november 1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, hvorefter koblingssalg af to produkter godt kan udgøre misbrug i artikel 82 EF's forstand, selv om salget er i overensstemmelse med handelssædvane, hvis det ikke er objektivt begrundet. I den forbindelse har Microsoft anført, at i denne sag — i modsætning til situationen i Tetra Pak II-sagen — udelukker det ikke andre leverandører af multimedieafspillere fra markedet, at Windows indeholder en multimediefunktionalitet.

<sup>898</sup> I replikken har Microsoft tilføjet, at Kommissionens argument om, at en virksomhed med en dominerende stilling kan have mistet retten til anlægge en adfærd, der ikke ville have været retsstridig, hvis den var blevet anlagt af en ikke-dominerende virksomhed, og hvorefter det under visse omstændigheder ikke er acceptabelt at

henholde sig til praksis inden for branchen, ikke er relevant for, om Kommissionen har påvist, at betingelserne i artikel 82, stk. 2, litra d), EF var opfyldt.

899 Kommissionen er, støttet af SIIA, uenig i Microsofts påstand om, at det ikke påvises i den anfægtede beslutning, at Windows og dette systems »multimediefunktionalitet« tilhører to forskellige markeder.

900 Kommissionen har indledningsvis bemærket, at Microsofts argumentation bygger på »en uklar definition af begrebet »multimediefunktionalitet««. Det, Microsoft benævner »multimediefunktionalitet«, er ikke en samlet og udelelig blok kode. Microsoft skelner i praksis selv mellem den multimedieinfrastruktur, som er indbygget i operativsystemet, og som fungerer som platform for multimedieapplikationer og leverer grundlæggende systemtjenester til resten af operativsystemet, og den multimedieafspillerapplikation, som afvikles på basis af operativsystemet, og som afkoder, dekomprimerer og afspiller digitale lyd- og videofiler, som er downloadet fra eller streames over internettet. Kommissionen har som eksempel henvist til Microsofts produkt »Windows XP Embedded«. Den har understreget, at den anfægtede beslutning drejer sig om Microsofts koblingssalg af multimedieafspilleren Windows Media Player, der kan afspille streamet indhold, ikke om den indbyggede multimedieinfrastruktur.

901 Kommissionen har under henvisning til betragtning 902 til den anfægtede beslutning peget på, at Fællesskabets retsinstanser har fastslået, at tilstedeværelsen af uafhængige producenter, der har specialiseret sig i at fremstille det tilknyttede produkt i koblingen, er et tegn på, at der er en særskilt efterspørgsel blandt forbrugerne og dermed et særskilt marked for det tilknyttede produkt. Microsofts sondring mellem den foreliggende sag og Tetra Pak II- og Hilti-sagerne, der bygger på, at de sidstnævnte sager drejede sig om forbrugsgods, der var fysisk adskilt fra det udstyr, de blev anvendt sammen med, er ikke overbevisende. Desuden kan dommene i Tetra Pak II- og Hilti-sagerne, nævnt i præmis 293 og 859 ovenfor, ikke fortolkes således, at anvendelsen af artikel 82 EF skal begrænses til kun at omfatte koblingssalg af forbrugsgods.

- 902 Kommissionen er uenig i Microsofts påstand om, at den i stedet burde have undersøgt, om der var efterspørgsel efter hovedproduktet uden det tilknyttede produkt, idet dette efter Kommissionens opfattelse er ensbetydende med at hævde, at komplementære produkter ikke kan udgøre særskilte produkter ved anvendelsen af artikel 82 EF. De amerikanske domstole forkastede lignende argumenter fra Microsofts side og fastholdt konsekvent, at der var et særskilt marked for Intel-kompatible operativsystemer til klient-pc'er, og de holdt »middleware«-produkter (herunder Windows Media Player) uden for dette marked.
- 903 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at Microsofts handelspraksis med hensyn til at udvikle og distribuere versioner til Apples Mac og Suns Solaris og endog til andre platforme end klient-pc'er — bl.a. tv-dekodere — er et yderligere tegn på, at operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere ikke blot er dele af det samme produkt (betragtning 805 til den anfægtede beslutning). Ligeledes udsender Microsoft opgraderinger af Windows Media Player særskilt i forhold til opgraderinger eller nye versioner af Windows-operativsystemet, reklamerer for multimedieafspilleren særskilt og tilbyder SDK-licensaftaler, som er forskellige, alt efter om SDK'et vedrører Windows-operativsystemet eller Windows Media-teknologierne (betragtning 805 og 813 til den anfægtede beslutning).
- 904 Endvidere bør der lægges særlig vægt på OEM's specielle rolle, idet OEM i forhold til softwareleverandørerne fungerer som et mellemlid, der handler på vegne af de endelige brugere og forsyner disse med et produkt, der er »klar til brug«, ved at kombinere hardware, operativsystem til klient-pc'er og applikationer i overensstemmelse med brugernes efterspørgsel (betragtning 68 og 119 til den anfægtede beslutning). Størstedelen (75%) af Microsofts salg af operativsystemer til klient-pc'er sker gennem OEM. At forbrugerne ønsker en computer med en præinstalleret multimedieafspiller, nødsager ikke Microsoft til at koble sin egen multimedieafspiller til sit operativsystem til klient-pc'er. OEM kunne tilfredsstille en sådan forbrugerefterspørgsel

ved at føje en multimedieafspiller til de klient-pc'er, de sælger, på samme måde som de tilbyder andre softwareapplikationer. Microsoft ser ved sit argument om, at der ikke er nogen efterspørgsel efter et Windows-operativsystem uden en multimedieafspiller, bort fra OEM's rolle som beskrevet ovenfor.

905 Det fremgår af det bevismateriale, Kommissionen råder over, at brugerne af operativsystemer ikke nødvendigvis ønsker, at systemerne er forsynet med en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold (betragtning 807 til den anfægtede beslutning), og at »deres efterspørgsel efter multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold — i den udstrækning den foreligger — er særskilt i forhold til efterspørgselen efter operativsystemer«.

906 Kommissionen har under henvisning til betragtning 814-820 til den anfægtede beslutning gjort gældende, at Microsofts argument om, at det påståede misbrug er en følge af den forbedring, Microsoft foretog af sin multimedieafspiller i 1999, er vildledende.

907 Over for Microsofts argument om, at andre operativsystemleverandører følger nøjagtig samme fremgangsmåde som Microsoft, har Kommissionen bemærket, at koblingssalg har forskellig indvirkning, alt efter om det foretages af en dominerende eller en ikke-dominerende virksomhed. Desuden kobler nogle operativsystemleverandører, såsom Sun og leverandørerne af Linux-produkter, ikke deres operativsystem med deres egen multimedieafspiller, men med en multimedieafspiller udbudt af en uafhængig leverandør, og kobler ikke den pågældende multimedieafspiller med deres operativsystem på en sådan måde, at det er umuligt at afinstallere den (betragtning 822 og 823 til den anfægtede beslutning).

908 Kommissionen har benægtet, at den i betragtning 1013 til den anfægtede beslutning eller noget andet sted heri har anerkendt, at Microsoft ikke ville have begået noget misbrug, hvis selskabet i 1999 havde tilbudt to versioner af Windows til den samme pris, hvoraf den ene omfattede Windows Media Player, mens den anden ikke gjorde. Beslutter Microsoft nu at sælge den ukoblede version af Windows til samme pris som den koblede, vil Kommissionen undersøge denne pris på baggrund af den aktuelle situation på markedet og under hensyn til den forpligtelse, der er pålagt Microsoft, til at afholde sig fra enhver foranstaltning med tilsvarende virkning som koblingssalget, og om nødvendigt vedtage endnu en beslutning i medfør af artikel 82 EF.

909 Endelig har Kommissionen bestridt Microsofts påstand om, at det ikke er påvist, at multimediefunktionaliteter efter deres natur eller ifølge handels sædvane ikke er knyttet til operativsystemer til klient-pc'er.

910 Hvad dette angår har den under henvisning til betragtning 961 til den anfægtede beslutning anført, at en virksomhed med en dominerende stilling kan have mistet retten til anlægge en adfærd, der ikke ville have været retsstridig, hvis den var blevet anlagt af en ikke-dominerende virksomhed. Domstolen fastslog i dommen i Tetra Pak II-sagen, nævnt i præmis 293 ovenfor, at koblingssalg af to produkter godt kan udgøre misbrug i artikel 82 EF's forstand, selv når salget er i overensstemmelse med handels sædvane, hvis det ikke er objektivt begrundet. Det er »tautologisk« at tale om handels sædvane eller handelspraksis i en branche, der for 95%'s vedkommende kontrolleres af Microsoft, og det er fast retspraksis, at det ikke er acceptabelt at henvise til praksis inden for branchen, når der er tale om et marked, hvor konkurrencen allerede er begrænset, fordi der findes en dominerende virksomhed.

911 Endelig har Kommissionen bestridt Microsofts argument om, at integrationen af en multimediefunktionalitet i operativsystemerne til klient-pc'er er et led i en naturlig udvikling. Dels har den peget på, at Microsoft ikke kunne udvikle en multimedieafspiller, der kunne afspille streamet indhold, ved hjælp af sin egen teknologi, og først efter i 1997 at have erhvervet selskabet Vxtreme blev i stand til at frembringe en multimedieafspiller, der kunne konkurrere med RealNetworks' afspiller. Dels har

den henvist til en e-mail, en af Microsofts ledende medarbejdere, Bay, i januar 1997 sendte til Bill Gates, og hvori Bay foreslår at »ændre streaming media-krigen fra at være en konfrontation mellem NetShow og Real til at være en konfrontation mellem Windows og Real« og at »følge [Internet Explorer-]strategien alle de steder, hvor det er hensigtsmæssigt«.

### Rettens bemærkninger

- 912 Microsoft har i det væsentlige gjort gældende, at multimediefunktionaliteten ikke er et produkt, der er særskilt i forhold til Windows-operativsystemet til klient-pc'er, men at den udgør en integrerende del heraf. Der er følgelig kun tale om ét produkt, nemlig operativsystemet Windows til klient-pc'er, som konstant udvikler sig. Ifølge Microsoft forventer forbrugerne nemlig, at ethvert operativsystem til klient-pc'er indeholder de funktionaliteter, de finder nødvendige, herunder lyd- og videofunktionaliteter, og at disse funktionaliteter konstant opdateres.
- 913 Indledningsvis bemærkes, at it- og kommunikationssektoren udvikler sig konstant og hurtigt, hvorfor produkter, der oprindeligt fremtræder som særskilte, senere kan blive betragtet som ét enkelt produkt ud fra såvel et teknologisk som et konkurrence-retligt synspunkt.
- 914 Retten må ved sin undersøgelse af, om det var med rette, at Kommissionen fandt, at multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og operativsystemer til klient-pc'er udgør to særskilte produkter, henholde sig til den faktiske og tekniske situation, som den forelå på det tidspunkt, hvor den påtalte adfærd blev skadelig, dvs. perioden siden maj 1999.

915 Retten skal således efterprøve, om Kommissionen havde grundlag for at fastslå i den anfægtede beslutning, at Microsofts adfærd i perioden fra maj 1999, hvor selskabet udsendte den version af Windows, hvori Windows Media Player var integreret, indebar koblingssalg af to særskilte produkter som omhandlet i artikel 82 EF.

916 Som en yderligere indledende bemærkning skal det anføres, at den argumentation, Microsoft har fremført i forbindelse med spørgsmålet om koblingssalg af Windows og Windows Media Player, for en stor dels vedkommende bygger på det uklare begreb »multimediefunktionalitet«, således som Kommissionen med rette har påpeget. Det bemærkes herom, at det klart fremgår af den anfægtede beslutning, at den påtalte adfærd for så vidt angår dette spørgsmål kun vedrører den applikationssoftware, Windows Media Player udgør, og ikke nogen anden multimedietechnologi, som indgår i Windows-operativsystemet til klient-pc'er (jf. bl.a. betragtning 1019 og 1020 til den anfægtede beslutning). Således som Kommissionen og de parter, der har interveneret i sagen til støtte for dens påstande, har påpeget i deres skriftlige indlæg, og således som de påpegede under retsmødet, sonderer Microsoft selv i sin tekniske dokumentation mellem de filer, der udgør Windows Media Player, og de øvrige multimedie-filer, navnlig dem, der vedrører operativsystemets grundlæggende multimedieinfrastruktur. Endvidere henvises til det eksempel, Microsoft-produktet »Windows XP Embedded« udgør; det omtales i betragtning 1028-1031 til den anfægtede beslutning og blev beskrevet under retsmødet. I teknisk henseende repræsenterer dette produkt et egentligt operativsystem til klient-pc'er, men i medfør af Microsofts licensbetingelser kan det kun anvendes på en række maskiner til særlige formål, såsom bankautomater og dekodere. Produktet har den særlige egenskab, at det gør det muligt for it-ingeniører at udvælge komponenter til operativsystemet. Udvalget sker ved hjælp af et værktøj, der kaldes »Target Designer«, og som indeholder en menu over komponenter, der kan medtages i eller udelades af det pågældende operativsystem. Windows Media Player er netop en af disse komponenter. Desuden er der særskilte punkter i denne menu for henholdsvis multimedieinfrastrukturen og multimedieaplikationer, og Windows Media Player indgår udtrykkeligt i de sidstnævnte.

- 917 Det bemærkes først og fremmest, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om særskilte produkter i forbindelse med en vurdering i henhold til artikel 82 EF, skal afgøres under hensyn til, hvad forbrugerne efterspørger, således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 803 til den anfægtede beslutning. Denne opfattelse deles af Microsoft (jf. præmis 890 ovenfor).
- 918 Det er ligeledes korrekt, når Kommissionen i samme betragtning anfører, at der hverken kan være tale om særskilte produkter eller, følgelig, retsstridigt koblingssalg, hvis der ikke er en selvstændig efterspørgsel efter det angiveligt tilknyttede produkt.
- 919 Microsofts argument om, at Kommissionen dermed anvendte et forkert kriterium og i stedet burde have undersøgt, om hovedproduktet i det angivelige koblingssalg regelmæssigt blev udbudt uden det tilknyttede produkt, eller om forbrugerne »ønske[de] Windows uden en mediefunktionalitet«, kan ikke tiltrædes.
- 920 For det første er der belæg for Kommissionens standpunkt i retspraksis (jf. i denne retning dommen af 14.11.1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 36, dommen af 12.12.1991 i sagen Hilti mod Kommissionen, nævnt i præmis 859 ovenfor, præmis 67, og dommen af 6.10.1994 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 82).
- 921 For det andet er — således som Kommissionen med rette har gjort gældende i sine skriftlige indlæg — Microsofts argument om, at der ikke er nogen efterspørgsel efter et Windows-operativsystem til klient-pc'er uden en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, i realiteten ensbetydende med at hævde, at komplementære produkter ikke kan udgøre særskilte produkter ved anvendelsen af artikel 82 EF, hvilket strider imod retspraksis vedrørende koblingssalg. Med hensyn til Hilti-sagen, f.eks., kan det antages, at der ikke var nogen efterspørgsel efter et patronmagasin til bolte-pistoler uden en komplementær forsyning af bolte, fordi et magasin uden bolte

er uanvendeligt. Det forhindrede imidlertid ikke Fællesskabets retsinstanser i at fastslå, at de to produkter tilhørte særskilte markeder.

922 Når der er tale om komplementære produkter såsom operativsystemer til klient-pc'er og applikationssoftware, er det absolut muligt, at forbrugerne ønsker at erhverve produkterne samlet, men fra forskellige kilder. F.eks. betyder den omstændighed, at de fleste brugere af klient-pc'er ønsker, at deres operativsystem til klient-pc'er ledsages af et tekstbehandlingsprogram, ikke, at disse særskilte produkter udgør ét produkt ved anvendelsen af artikel 82 EF.

923 Microsoft tager i sin argumentation ikke hensyn til den særlige rolle som mellemed, der spilles af OEM, som kombinerer hardware og software fra forskellige kilder med henblik på at tilbyde den endelige bruger et produkt, der er klar til brug. Hvis det, således som Kommissionen meget rigtigt anfører i betragtning 809 til den anfægtede beslutning, var muligt for OEM og forbrugerne at erhverve Windows uden Windows Media Player, ville det ikke nødvendigvis betyde, at de ville vælge et Windows-system uden en multimedieafspiller, der kunne afspille streamet indhold. OEM ville imødekomme efterspørgslen efter en multimedieafspiller, der var præinstalleret på basis af operativsystemet, og tilbyde en softwarepakke, der omfattede en sammen med Windows fungerende multimedieafspiller, der kunne afspille streamet indhold, men med den forskel, at afspilleren ikke nødvendigvis ville være Windows Media Player.

924 Under alle omstændigheder kan, for det tredje, Microsofts argument ikke tiltrædes, fordi der, således som Kommissionen anfører i betragtning 807 til den anfægtede beslutning, er en efterspørgsel efter klient-pc'er, som ikke omfatter multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, f.eks. blandt virksomheder, der frygter, at deres personale vil anvende afspillerne til formål, som ikke vedrører arbejdet. Dette er ikke blevet bestridt af Microsoft.

925 Endelig foreligger der efter Rettens opfattelse en række faktorer vedrørende de relevante produkters art og tekniske egenskaber, de forhold, som kan iagttages på markedet, produkternes udviklingshistorie samt Microsofts handelspraksis, der viser, at der er en særskilt forbrugerefterspørgsel efter multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold.

926 For det første er det i den forbindelse væsentligt at erindre om, at Windows-operativsystemet til klient-pc'er er systemsoftware, hvorimod Windows Media Player er applikationssoftware. Således som Kommissionen forklarer i betragtning 37 til den anfægtede beslutning, »[kontrollerer »systemsoftware«] computerens hardware, hvortil det sender instruktioner på vegne af »applikationssoftware«, der er udviklet med henblik på at opfylde et specifikt behov hos brugeren, f.eks. tekstbehandling«, mens »operativsystemer er systemsoftware, der kontrollerer en computers grundlæggende funktioner og gør det muligt for brugeren at anvende computeren og afvikle applikationssoftware på den«. Mere generelt fremgår det af beskrivelsen af de nævnte produkter i betragtning 324-342 og 402-425 til den anfægtede beslutning, at operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, adskiller sig klart fra hinanden med hensyn til funktionaliteter.

927 For det andet findes der leverandører, som udvikler og leverer multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold selvstændigt, uafhængigt af operativsystemerne til klient-pc'er. Apple leverer således sin multimedieafspiller QuickTime separat i forhold til sine operativsystemer til klient-pc'er. Et andet, meget overbevisende, eksempel er Microsofts vigtigste konkurrent på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, nemlig RealNetworks, der hverken udvikler eller sælger operativsystemer til klient-pc'er. Det bemærkes i den forbindelse, at eksistensen af uafhængige virksomheder, der har specialiseret sig i fremstilling og salg af det tilknyttede produkt, ifølge retspraksis udgør et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked for dette produkt (jf. i denne retning dommen af 14.11.1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 36,

dommen af 12.12.1991 i sagen Hilti mod Kommissionen, nævnt i præmis 859 ovenfor, præmis 67, og dommen af 6.10.1994 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 82).

928 For det tredje bemærkes, at Microsoft tilsvarende udvikler og markedsfører — hvilket selskabet bekræftede som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten — af Windows Media Player, der er bestemt til at fungere sammen med operativsystemer til klient-pc'er, der konkurrerer med Microsofts, nærmere bestemt Apples Mac OS X og Suns Solaris. Ligeledes fungerer RealNetworks' RealPlayer bl.a. sammen med Windows, Mac OS X, Solaris og en række UNIX-operativsystemer.

929 For det fjerde kan Windows Media Player uafhængigt af Windows-operativsystemet downloades fra Microsofts website. Tilsvarende opgraderer Microsoft Windows Media Player uafhængigt af udsendelsen og opgraderingen af selskabets Windows-operativsystem til klient-pc'er.

930 For det femte reklamerer Microsoft særskilt for Windows Media Player i forhold til operativsystemet (jf. betragtning 810 til den anfægtede beslutning).

931 For det sjette tilbyder Microsoft, således som Kommissionen relevant anfører i betragtning 813 til den anfægtede beslutning, SDK-licensaftaler, som er forskellige, alt efter om de vedrører Windows-operativsystemet eller Windows Media-teknologierne. Der findes således en specifik SDK-licensaftale for Windows Media Player.

- 932 Endelig fortsætter, for det syvende, et ikke ubetydeligt antal forbrugere på trods af Microsofts koblingssalg med at anskaffe multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player, hvilket viser, at de betragter de to produkter som særskilte.
- 933 Det fremgår i fornødent omfang af det foranstående, at Kommissionen havde grundlag for at fastslå, at operativsystemer til klient-pc'er på den ene side og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, på den anden udgør to særskilte produkter ved anvendelsen af artikel 82 EF.
- 934 Microsofts øvrige argumenter afkræfter ikke denne konklusion.
- 935 For det første er det med hensyn til Microsofts argument om, at integrationen af Windows Media Player i Windows-operativsystemet i maj 1999 udgjorde et naturligt og nødvendigt trin i udviklingen af Windows og var et led i den stadige forbedring af selskabets multimediefunktionalitet, tilstrækkeligt at bemærke, at den omstændighed, at et koblingssalg sker ved en teknisk integration af et produkt i et andet, ikke har til følge, at integrationen ved vurderingen af dens virkning på markedet ikke kan kvalificeres som et koblingssalg af to særskilte produkter.
- 936 Således som Microsoft selv indrømmede som svar på et spørgsmål, Retten stillede selskabet under retsmødet, skyldtes Microsofts beslutning om at levere WMP 6 som en i Windows-operativsystemet integreret funktionalitet fra maj 1999 ikke et teknisk krav. På dette tidspunkt var der intet, der hindrede Microsoft i at distribuere Windows Media Player på samme måde, som selskabet siden juni 1998 havde distribueret sin foregående afspiller, nemlig NetShow, der fandtes på installations-CD'en for Windows 98, hvorved bemærkes, at NetShow ikke blev installeret gennem nogen

af de fire standardinstallationer af Windows 98, men skulle installeres af brugerne, hvis de ønskede at bruge den.

937 Endvidere forekommer Microsofts argument om, at integrationen af Windows Media Player var dikteret af tekniske grunde, lidet troværdigt på baggrund af en række af selskabets egne interne meddelelser. Det fremgår således af Bays e-mail af 3. januar 1997 til Bill Gates (jf. præmis 911 ovenfor), at integrationen af Windows Media Player i Windows først og fremmest havde til formål at styrke Windows Media Player i konkurrencen over for RealPlayer ved at beskrive Windows Media Player som en del af Windows, og ikke som applikationssoftware, der kunne sammenlignes med RealPlayer.

938 For det andet kan Microsoft ikke hævde, at Kommissionen ikke har påvist, at multimediefunktionaliteter efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke er knyttet til operativsystemer til klient-pc'er.

939 Indledningsvis fremgår det af, hvad der blev anført i præmis 925-932 ovenfor, at operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, ikke efter deres natur er produkter, som det er umuligt at skille fra hinanden. Selv om der ganske vist er en forbindelse mellem et operativsystem til klient-pc'er såsom Windows og applikationssoftware såsom Windows Media Player, derved at begge produkter set fra brugerens synspunkt findes på den samme computer, og selv om en multimedieafspiller ikke kan fungere, uden at der findes et operativsystem, indebærer dette ikke, at de to produkter ved anvendelsen af konkurrencereglerne ikke kan adskilles økonomisk og i henseende til markedsføring.

- 940 Videre er det, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, vanskeligt at tale om handelssædvane i en branche, der for 95%'s vedkommende kontrolleres af Microsoft.
- 941 Dernæst kan Microsoft ikke påberåbe sig, at konkurrerende leverandører af operativsystemer til klient-pc'er også kobler disse med en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold. Microsoft har nemlig på den ene side ikke ført bevis for, at selskabets konkurrenter allerede fulgte en sådan praksis, da det retsstridige koblingsalg begyndte. På den anden side svækker de pågældende konkurrenters handelspraksis på ingen måde Kommissionens argumentation, men styrker den derimod. Således som det bl.a. fremgår af betragtning 822 og 823 til den anfægtede beslutning, og således som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, gør nogle af de leverandører af operativsystemer, der konkurrerer med Microsofts, og som leverer operativsystemet sammen med en multimedieafspiller, det nemlig valgfrit, om den skal installeres, eller gør det muligt fuldstændigt at afinstallere den, eller de tilbyder et udvalg af forskellige multimedieafspillere.
- 942 Endvidere fremgår det under alle omstændigheder af retspraksis, at selv når koblingsalg af to produkter er i overensstemmelse med handelssædvane, eller når der er en naturlig forbindelse mellem de pågældende to produkter, kan det alligevel udgøre misbrug i artikel 82 EF's forstand, hvis det ikke er objektivt begrundet (dommen af 14.11.1996 i sagen Tetra Pak mod Kommissionen, nævnt i præmis 293 ovenfor, præmis 37).
- 943 Endelig må, for det tredje, det argument, Microsoft fremsatte under retsmødet, om den manglende succes for den ukoblede Windowsversion, selskabet har sendt på markedet i medfør af den afhjælpende foranstaltning, ligeledes forkastes. Som nævnt i præmis 260 ovenfor, skal lovligheden af en fællesskabsretsakt nemlig ifølge retspraksis bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsaken blev udstedt. Den omstændighed, at der eventuelt kan være tvivl om effektiviteten af den afhjælpende foranstaltning, Kommissionen har fastsat, beviser heller ikke i sig selv, at dens konklusion om, at der er tale om to særskilte produkter, er forkert.

944 Der må drages den konklusion af det foranstående som helhed, at det er med rette, når Kommissionen har fastslået, at operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, udgør særskilte produkter.

c) Forbrugernes manglende mulighed for at erhverve hovedproduktet i koblingen uden det tilknyttede produkt

#### Den anfægtede beslutning

945 I betragtning 826-834 til den anfægtede beslutning har Kommissionen sat sig for at påvise, at den tredje betingelse for at fastslå, at der foreligger retsstridigt koblingssalg, nemlig betingelsen om tvang, er opfyldt i det foreliggende tilfælde, eftersom Microsoft ikke giver forbrugerne mulighed for at erhverve operativsystemet Windows til klient-pc'er uden multimedieafspilleren Windows Media Player.

946 Kommissionen anfører, for det første, at OEM, der tager licens på Windows-operativsystemet fra Microsoft med henblik på at præinstallere afspilleren på en klient-pc, normalt er det »direkte mål« for denne tvang, som de viderefører til de endelige brugere (betragtning 827 til den anfægtede beslutning). Ifølge Microsofts licensordning må OEM tage licens på Windows-operativsystemet med Windows Media Player præinstalleret. Microsoft giver ikke licens til systemet uden multimedieafspilleren. OEM, der ønsker at installere en anden multimedieafspiller sammen med Microsoft, kan kun gøre det ved at installere den i tillæg til Windows Media Player. Kommissionen tilføjer i betragtning 829 til den anfægtede beslutning, at der ikke er teknisk muligt at afinstallere Windows Media Player.

- 947 For det andet gør Kommissionen gældende, at det amerikanske forlig ikke har ændret denne situation, eftersom »[f]jernelsen af den endelige brugers adgang til programmet [ikke genskaber] den mulighed, Microsofts kunder tidligere har haft for at erhverve Windows uden [Windows Media Player]« (betragtning 828 til den anfægtede beslutning).
- 948 For det tredje finder Kommissionen ikke, at Microsoft kan påberåbe sig, at kunderne ikke skal betale et tillæg for Windows Media Player, idet der i forbindelse med henvisningen til »tillægsydelser« i artikel 82, stk. 2, litra d), EF intet nævnes om »betaling« (betragtning 831 til den anfægtede beslutning). Desuden er prisen for Windows Media Player formentlig »skjult« i den samlede pris for Windows koblet med afspilleren (fodnote 971 til den anfægtede beslutning).
- 949 For det fjerde giver intet i ordlyden af artikel 82 EF grund til at antage, at forbrugerne skal være tvunget til at bruge det tilknyttede produkt. Da der er fare for, at koblings-salget begrænser konkurrencen, er det ikke nødvendigt at fastslå, om forbrugerne er tvunget til at købe eller anvende Windows Media Player (betragtning 832 og 833 til den anfægtede beslutning).

### Parternes argumenter

- 950 Microsoft har, støttet af CompTIA, DMDsecure m.fl., ACT, TeamSystem, Mamut og Exor, gjort gældende, at der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om »supplerende ydelser« som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra d), EF.

- 951 Til støtte herfor har Microsoft indledningsvis gjort gældende, at forbrugerne ikke skal betale noget tillæg for Windows' multimediefunktionalitet. Den er en egenskab ved Windows og er omfattet af den samlede pris for operativsystemet. I modsætning til situationen i sagen Hoffmann La Roche mod Kommissionen, præmis 664, og Hilti-sagen stiller Microsoft ikke noget økonomisk krav, der kunne afholde forbrugerne fra at anvende konkurrerende produkter.
- 952 Endvidere er forbrugerne ikke forpligtede til at anvende multimediefunktionaliteten i Windows. De kan endog gøre brug af funktionen »Set Program Access & Defaults« i Windows, som Microsoft oprettede i medfør af det amerikanske forlig, og som District Court godkendte den 1. november 2002, til at fjerne enhver adgang til denne funktionalitet for den endelige bruger og installere en konkurrerende multimedieafspiller som standardprogram til håndtering af forskellige multimediefiltyper.
- 953 Endelig har Microsoft gjort gældende, at forbrugerne i modsætning til situationen i Tetra Pak II- og Hilti-sagerne ikke er forhindret i at installere og anvende andre virksomheders multimedieafspillere i stedet for eller sammen med Windows' multimediefunktionalitet. Desuden anfører Kommissionen i betragtning 860 til den anfægtede beslutning, at forbrugerne gennemsnitligt anvender 1,7 multimedieafspillere om måneden, og at dette tal er stigende.
- 954 I replikken har Microsoft tilføjet, at Kommissionens argumentation indebærer, at artikel 82 EF fratages sin praktiske betydning. Hvis den blev tiltrådt, ville det nemlig bevirke, at kravet om »tvang« i forbindelse med retsstridigt koblingssalg blev fjernet, hvilket ville være i strid med normale økonomiske principper.

955 Kommissionen har gjort gældende, at de argumenter, Microsoft har fremsat til støtte for sin argumentation om, at der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om »supplerende ydelser« som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra d), EF, allerede afvises i betragtning 826-834, 960 og 961 til den anfægtede beslutning. Der er ikke belæg for argumenterne i retspraksis, og de er ensbetydende med, at artikel 82 EF fratages sin praktiske betydning. Tvang foreligger, når en dominerende virksomhed fratager sine kunder den reelle mulighed for at købe hovedproduktet i koblingen uden det tilknyttede produkt.

956 Der nævnes intet om »betaling« i artikel 82, stk. 2, litra d), EF. Microsoft har ved sin argumentation hævdet, at der ikke kan være tale om, at konkurrencen skades, når en dominerende virksomhed opkræver én ensartet pris, og ikke to særskilte priser, for to produkter eller påtvinger forbrugerne et produkt uden at opkræve et tillæg. Microsoft sammenblander derved spørgsmålet om tvang og spørgsmålet om skade på konkurrencen.

957 Det fremgår ifølge Kommissionen heller ikke af ordlyden af artikel 82 EF, at kunderne skal være tvunget til at anvende det tilknyttede produkt eller forhindret i at anvende konkurrerende produkter i stedet for det tilknyttede produkt. Derimod er spørgsmålet om, hvorvidt det er sandsynligt, at forbrugerne eller leverandørerne af supplerende software og indhold vil eller ikke vil anvende det tilknyttede produkt på bekostning af konkurrerende produkter, der ikke er koblet med Windows, klart relevant ved undersøgelsen af, om betingelsen om udelukkelse af konkurrencen er opfyldt.

958 Over for Microsofts bemærkning om, at forbrugerne gennemsnitligt anvender 1,7 multimedieafspillere om måneden, har Kommissionen anført, at de ikke kan udskifte Windows Media Player med en anden multimedieafspiller på deres pc, men kun installere endnu en multimedieafspiller på den. Det anførte tal bør ikke tilsøre, at Windows Media Player altid er præinstalleret på Windowsbaserede pc'er.

959 Endelig har Kommissionen som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten anført, at det amerikanske forlig ikke forpligtede Microsoft til at fjerne den endelige brugers adgang til Windows Media Player, men kun til at skjule denne adgang, hvorfor Windows Media Player fremdeles var præinstalleret og fuldt aktiv på pc'en. OEM og de endelige brugere er derfor fortsat tvunget til at anskaffe Windows Media Player sammen med Windows. I sit svar har Kommissionen ligeledes anført — idet den har henvist til betragtning 852 til den anfægtede beslutning — at Microsoft udformede måden at skjule adgangen til Windows Media Player således, at afspilleren kunne tilsidesætte standardparametrene og blive aktiveret, når brugeren gennem Internet Explorer skaffede sig adgang til multimediefiler, der blev streamet over internettet.

## Rettens bemærkninger

960 Microsoft finder i det væsentlige, at det forhold, at selskabet har integreret Windows Media Player i Windows-operativsystemet til klient-pc'er, ikke indebærer nogen tvang eller tillægsydelse som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra d), EF. Til støtte for sin argumentation har Microsoft fremhævet, at forbrugerne for det første ikke betaler noget tillæg for multimediefunktionaliteten i Windows, for det andet ikke er tvunget til at bruge den og for det tredje ikke er forhindret i at installere og anvende konkurrerende multimedieafspillere.

961 Det kan ikke bestrides, at forbrugerne som følge af den påtalte adfærd ikke har mulighed for at erhverve Windows-operativsystemet til klient-pc'er uden samtidig at anskaffe Windows Media Player, hvilket betyder (jf. præmis 864 ovenfor), at betingelsen om, at det stilles som vilkår for indgåelse af aftaler, at der accepteres nogle tillægsydelser, må anses for opfyldt.

962 Således som Kommissionen korrekt har anført i betragtning 827 til den anfægtede beslutning, retter denne tvang sig i de fleste tilfælde først mod OEM, hvorefter den videreføres til forbrugerne. OEM, der sammensætter klient-pc'er, installerer normalt på pc'erne et operativsystem til klient-pc'er, som er leveret af en softwareleverandør, eller som de selv har udviklet. OEM, der ønsker at installere et Windows-operativsystem på de klient-pc'er, de sammensætter, skal i dette øjemed tage en licens fra Microsoft. Ifølge Microsofts licensordning kan der ikke fås licens på Windows-operativsystemet uden Windows Media Player. Det er i den forbindelse ubestridt, at langt størstedelen af salget af Windows-operativsystemerne til klient-pc'er sker gennem OEM, dvs. i forbindelse med købet af en klient-pc; kun 10% af salget af Windows-systemerne sker gennem salg af individuelle licenser.

963 Den tvang, der således udøves over for OEM, er ikke kun af aftalemæssig, men også af teknisk karakter. Det er således ubestridt, at det er teknisk umuligt at afinstallere Windows Media Player.

964 Da OEM i forhold til softwareleverandørerne fungerer som et mellemlid, der handler på vegne af de endelige brugere og forsyner disse med et produkt, der er »klar til brug«, videreføres den manglende mulighed for at erhverve Windows-operativsystemet til klient-pc'er uden samtidig at anskaffe Windows Media Player i sidste instans til disse brugere.

965 I de, mindre hyppige, tilfælde, hvor den endelige bruger erhverver et Windows-operativsystem til klient-pc'er direkte hos en detailhandler, udøves ovennævnte aftalemæssige og tekniske tvang direkte over for den endelige bruger.

- 966 De argumenter, Microsoft har fremsat, må efter Rettens mening forkastes.
- 967 For det første kan Microsoft ikke med føje påberåbe sig, at forbrugerne ikke skal betale noget tillæg for Windows Media Player.
- 968 Dels er det ganske vist rigtigt, at Microsoft ikke opkræver en separat pris for Windows Media Player, men det kan ikke udledes heraf, at multimedieafspilleren leveres gratis. Således som det fremgår af punkt 232 i stævningen, omfatter den samlede pris for Windows-operativsystemet til klient-pc'er prisen for Windows Media Player.
- 969 Dels fremgår det under alle omstændigheder hverken af artikel 82, stk. 2, litra d), EF eller retspraksis vedrørende koblingssalg, at forbrugerne nødvendigvis skal betale en bestemt pris for det tilknyttede produkt, for at de kan anses for at være pålagt at modtage tillægsydelse som omhandlet i denne bestemmelse.
- 970 For det andet er det ved undersøgelsen af, om den her omhandlede betingelse er opfyldt, heller ikke relevant, at forbrugerne, således som Microsoft har gjort gældende, ikke er forpligtede til at anvende den Windows Media Player, der er præinstalleret på deres klient-pc, og at de på pc'en kan installere og anvende andre virksomheders multimedieafspillere. For at betingelsen om, at det stilles som vilkår for indgåelse af aftaler, at der modtages tillægsydelser, kan anses for opfyldt, forudsættes det nemlig heller ikke i artikel 82, stk. 2, litra d), EF eller i retspraksis vedrørende koblingssalg, at forbrugerne skal være nødsaget til at anvende det tilknyttede produkt eller forhindret

i at anvende det samme produkt leveret af en virksomhed, der konkurrerer med den dominerende virksomhed. F.eks. var — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 832 til den anfægtede beslutning — forbrugerne i Hilti-sagen ikke forpligtede til at anvende de bolte af mærket Hilti, som de modtog sammen med en boltepistol af samme mærke.

971 Endvidere tilskyndes OEM — således som det vil fremgå mere udførligt i forbindelse med undersøgelsen af, om betingelsen om begrænsningen af konkurrencen på markedet er opfyldt — på grund af det omtvistede koblingssalg til ikke at præinstallere endnu en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, på klient-pc'erne, og forbrugerne tilskyndes til at anvende Windows Media Player på bekostning af konkurrerende multimedieafspillere, også selv om disse måtte være af bedre kvalitet.

972 Microsofts argument om visse foranstaltninger, selskabet traf i medfør af det amerikanske forlig (jf. præmis 952 ovenfor), må ligeledes forkastes.

973 Dels blev forliget nemlig først indgået i november 2001, og Microsoft traf først i august og september 2002 de i forliget fastsatte foranstaltninger vedrørende middleware (herunder Windows Media Player). Det retsstridige koblingssalg begyndte i maj 1999. Desuden havde det amerikanske forlig en begrænset varighed, nemlig indtil 2007.

974 Dels har de foranstaltninger, Microsoft traf i medfør af det amerikanske forlig, ikke ført til — således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 828 til den anfægtede beslutning — at forbrugerne har kunnet erhverve Windows-operativsystemet til klient-pc'er uden samtidig at skulle anskaffe Windows Media Player. Microsoft skulle ifølge forliget kun fjerne den Windows Media Player-ikon, der var synlig på

skærmen, og lignende menupunkter samt deaktivere den automatiske start af multimedieafspilleren. Da Windows Media Player således fortsat var præinstalleret og fuldt aktiv, var OEM og forbrugerne stadig tvunget til at erhverve de to produkter sammen. Desuden udformede Microsoft, som anført i betragtning 852 til den anfægtede beslutning, mekanismen på en sådan måde, at Windows Media Player kunne tilsidesætte standardindstillingerne og blive reaktiveret, når brugeren gennem Internet Explorer skaffede sig adgang til multimediefiler, der blev streamet over internettet.

<sup>975</sup> Det fremgår af det foranstående som helhed, at det var med rette, at Kommissionen fastslog, at betingelsen om, at det pålægges at modtage tillægsydelse, var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

#### d) Udelukkelse af konkurrencen

#### Den anfægtede beslutning

<sup>976</sup> Kommissionen undersøger i betragtning 835-954 til den anfægtede beslutning, om den fjerde betingelse for, at det kan fastslås, at der foreligger retsstridigt koblingssalg, nemlig betingelsen om udelukkelse af konkurrencen, er opfyldt.

<sup>977</sup> Undersøgelsen tager sit udgangspunkt i betragtning 841, som har følgende ordlyd:

»For så vidt angår koblingssalget af [Windows Media Player] foreligger der [...] omstændigheder, der giver grund til nærmere at undersøge, 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 ensbetydende med, at der foreligger den udelukkende virkning, denne praksis har for konkurrerende leverandører, kan det ikke nægtes, at brugerne i det foreliggende tilfælde kan skaffe sig andre multimedieafspillere over internettet — hvad de i øvrigt gør — undertiden gratis. Der er derfor gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af [Windows Media Player] udgør en adfærd, som på grund af selve sin karakter kan udelukke konkurrencen.«

978 Derpå foretager Kommissionen i den anfægtede beslutning et ræsonnement i tre trin.

979 Først fastslår den, at koblingssalget har medført, at Windows Media Player generelt findes på klient-pc'er overalt i verden (betragtning 843-878 til den anfægtede beslutning).

980 Den peger i den forbindelse på, for det første, at Windows-operativsystemet til klient-pc'er er præinstalleret på over 90% af de klient-pc'er, der sælges i verden, hvorfor Microsoft gennem koblingen af Windows Media Player og Windows sikrer sin multimedieafspiller den samme almindelige udbredelse på klient-pc'er som Windows. Brugere med en klient-pc, hvorpå Windows Media Player er præinstalleret, er generelt mindre tilbøjelige til at anvende en anden multimedieafspiller (betragtning 843-848 til den anfægtede beslutning).

981 For det andet finder Kommissionen, at muligheden for at indgå distributionsaftaler med OEM ikke udgør et lige så effektivt middel til at distribuere multimedieafspillere som Microsofts koblingssalg (betragtning 849-857 til den anfægtede beslutning).

982 For det tredje vurderer den, at hverken download af andre multimedieafspillere fra internettet, andre distributionskanaler — herunder salg af multimedieafspillere koblet med anden software eller med internetadgang — eller detailsalg af multimedieafspillere kan danne modvægt mod den almindelige udbredelse af Windows Media Player (betragtning 858-876 til den anfægtede beslutning).

983 Dernæst undersøger Kommissionen koblingssalgets virkninger for indholdsleverandører og softwareudviklere og for en række tilgrænsende markeder (betragtning 879-899 til den anfægtede beslutning). Den konkluderer i det væsentlige, at »den almindelige udbredelse af [Windows Media Player]-koden« som følge af de indirekte netværkseffekter, der kendetegner markedet for multimedieafspillere, »giver denne multimedieafspiller en væsentlig fordel frem for konkurrerende produkter, hvilket kan have en skadelig indvirkning på konkurrencestrukturen på dette marked« (betragtning 878 til den anfægtede beslutning).

984 Kommissionen fremhæver i den forbindelse indledningsvis, at indholdsleverandører og softwareudviklere vælger, hvilken teknologi de skal udvikle deres komplementære software til, på grundlag af de forskellige multimedieafspilleres andel af alle installerede og anvendte afspillere. De nævnte erhvervsdrivende er tilbøjelige til at udvikle deres løsninger på grundlag af Windows Media Player, eftersom denne multimedieafspiller gør det muligt for dem at nå samtlige Windowsbrugere, dvs. over 90% af brugerne af klient-pc'er. Desuden vil den komplementære software efter at være blevet kodet i de Windows Media-multimedieformater, hvortil Microsoft har ejendomsret, kun kunne fungere sammen med konkurrerende multimedieafspillere, hvis Microsoft giver licens til den pågældende teknologi.

985 I betragtning 883-891 til den anfægtede beslutning foretager Kommissionen en nærmere undersøgelse af indholdsleverandørernes situation. Den anfører bl.a., at indholdsleverandørerne på grund af de yderligere udviklings-, infrastruktur- og administrationsomkostninger, der er forbundet med at arbejde med flere forskellige teknologier, er tilbøjelige til kun at satse på et enkelt teknologisystem. Endvidere

udgør det forhold, at en bestemt multimedieafspiller, der omfatter en række multimedieteknologier, er installeret på et meget stort antal computere, en væsentlig faktor, som er egnet til at overbevise indholdsleverandørerne om, at de skal udvikle medieindhold til de teknologier, der anvendes af denne multimedieafspiller. Ved at basere sig på den mest udbredte multimedieafspiller maksimerer de nemlig det potentielle antal brugere af deres produkter. Den almindelige udbredelse af Windows Media Player på Windowsbaserede klient-pc'er sikrer følgelig Microsoft en konkurrencefordel, der ikke knytter sig til produktets egne kvaliteter.

986 I betragtning 892-896 til den anfægtede beslutning undersøger Kommissionen softwareudviklernes situation. Den anfører i det væsentlige, at softwareudviklerne er tilskyndet til at udvikle applikationer, der er bestemt til kun at blive afviklet på Windows Media Player, og ikke på flere forskellige platforme, idet de på den måde kan nå praktisk taget samtlige potentielle brugere af deres produkter, dække deres omkostninger og gøre anvendelsen af deres begrænsede udviklingsressourcer rentabel. Kommissionen peger på, at det fremgår af nogle af resultaterne af markedsundersøgelsen fra 2003, at det medfører meromkostninger at udvikle applikationer, der kan arbejde med flere forskellige multimedieteknologier.

987 I betragtning 897-899 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at den almindelige udbredelse af Windows Media Player på klient-pc'er har virkninger på en række tilgrænsende markeder, såsom markederne for multimedieafspillere installeret på mobilt it-udstyr, set-top bokse, DRM-løsninger (Digital Rights Management, kopispærring) og onlinemusikdistribution.

988 Endelig undersøger Kommissionen markedsudviklingen på baggrund af markedsundersøgelser foretaget af Media Metrix, Synovate og Nielsen/NetRatings (betragtning 900-944 til den anfægtede beslutning). Den drager i det væsentlige den konklusion, at de data, der blev indsamlet inden for rammerne af de pågældende undersøgelser, »konsekvent viser, at der er tendens til, at [Windows Media Player] og Windows Media-formater anvendes på bekostning af de vigtigste konkurrerende multimedieafspillere og de dermed forbundne teknologier« (betragtning 944 til den anfægtede beslutning).

## Parternes argumenter

- 989 Microsoft har først og fremmest gjort gældende, at Kommissionen har tilføjet en betingelse om, at konkurrenterne udelukkes fra markedet, som normalt ikke tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger retsstridigt koblingssalg. I betragtning 841 til den anfægtede beslutning medgiver Kommissionen, at den foreliggende sag ikke udgør »et klassisk tilfælde af koblingssalg«, og at der er »gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af [Windows Media Player] udgør en adfærd, som på grund af selve sin karakter kan udelukke konkurrencen«. Kommissionen drager derpå på grundlag af en ny, højst spekulativ teori den konklusion, at koblingssalget bevirker, at konkurrenterne udelukkes fra markedet (jf. præmis 846 ovenfor).
- 990 Under henvisning til betragtning 842 til den anfægtede beslutning har Microsoft peget på, at Kommissionens nye teori bygger på tilstedeværelsen af indirekte netværkseffekter og den opfattelse, at konkurrencen kan blive udelukket på et ikke nærmere bestemt tidspunkt i fremtiden, hvis softwareudviklerne og indholdsleverandørerne på grund af den store udbredelse af Windows' multimediefunktionalitet tilskyndes til at udvikle deres produkter udelukkende til Windows Media Player. Teorien bygger således på den ene antagelse, at der vil forekomme konkurrencebegrænsende virkninger, og denne antagelse bygger alene på en forventning om, hvilken adfærd andre parter, som Microsoft ikke har nogen indflydelse på, vil udvise.
- 991 Microsoft har videre gjort gældende, at selskabet har truffet alle de foranstaltninger, der er nødvendige for, at integrationen af Windows' multimediefunktionalitet ikke bevirker, at konkurrerende multimedieafspillere udelukkes fra markedet. Desuden blev en række af disse foranstaltninger »kodificeret« i District Courts dom af 1. november 2002.

992 Til underbygning af dette argument har Microsoft for det første fremsat en række betragtninger om den måde, hvorpå selskabet udformer Windows.

993 For det første sikrer Microsoft sig, at integrationen af multimediefunktionaliteten ikke forstyrrer konkurrerende multimedieafspillers funktion. Det er følgelig teknisk muligt — og faktisk almindeligt i praksis — på en Windowsbaseret klient-pc at anvende en eller flere andre multimedieafspillere ud over Windows' multimediefunktionalitet. For det andet er det let at få adgang til andre multimedieafspillere fra Windows' brugergrænseflade. For det tredje udformer Microsoft Windows på en sådan måde, at andre multimedieafspillere automatisk kan levere aspekter af den multimediefunktionalitet, som Windows også selv kan levere. For det fjerde kan OEM og forbrugerne ved hjælp af et værktøj, Microsoft har udviklet i dette øjemed, fjerne den endelige brugers adgang til Windows Media Player. For det femte letter Microsoft udviklingen af applikationer, der konkurrerer med multimediefunktionaliteten i Windows, ved at fremlægge oplysninger om denne i form af offentliggjorte API'er.

994 For det andet har Microsoft hævdet, at selskabet i de kontrakter, det indgår med distributørerne af Windows, dvs. i det væsentlige OEM, drager omsorg for, at leverandørerne af konkurrerende multimedieafspillere fortsat kan distribuere deres produkter. Microsoft bestemmer således udtrykkeligt, at OEM frit kan installere softwareprodukter efter eget valg på Windowsbaserede klient-pc'er, herunder multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player. Desuden tillader Microsoft OEM at tilbyde internetadgang ved at anbringe ikoner på Start-menuen og Windows-»skrivebordet« eller ved at vise tilbuddene herom på skærmen, første gang Windows startes. Det forekommer hyppigt, at udbydere af internetadgang distribuerer og promoverer multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player.

- 995 For det tredje har Microsoft anført, at selskabet i sine kontrakter med softwareudviklere, indholdsleverandører eller andre aldrig stiller krav om, at de distribuerer eller promoverer Windows Media Player eksklusivt eller i et omfang svarende til en bestemt procentdel af deres samlede salg af multimediesoftware.
- 996 For det fjerde har Microsoft gjort gældende, at multimediefunktionalitetens integration i Windows ikke er til hinder for, at der anvendes multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player, sammen med dette system, eller for, at der kan ske en »omfattende distribution« af sådanne multimedieafspillere. De konkurrerende multimedieafspillere kan distribueres på flere forskellige måder, bl.a. ved at OEM præinstallerer dem på nye pc'er, ved at de downloades fra internettet eller virksomheders intranet, ved at andre udviklere integrerer dem i deres softwareprodukter, og ved at de distribueres af indholdsleverandører eller udbydere af internetadgang til brugerne af de pågældendes produkter eller tjenester.
- 997 I samme forbindelse har Microsoft peget på — under henvisning til en undersøgelse, der er gengivet i bilag A.24.1 til stævningen — at det fremgår af en nyligt gennemført rundspørge, at størstedelen af OEM, i såvel USA som Vesteuropa, installerer multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player, såsom RealPlayer og QuickTime, på de klient-pc'er, de fremstiller. Kommissionens påstand om, at OEM kun vil installere andre multimedieafspillere på en klient-pc, hvis de kan fjerne Windows Media Player, er derfor forkert. Desuden viser selv de markedsdata, der er anført i den anfægtede beslutning, at konkurrerende multimedieafspillere anvendes i stadig stigende omfang og undertiden i samme eller større omfang end det, hvori Windows' multimediefunktionalitet anvendes.
- 998 Endelig har Microsoft, der på dette punkt støttes af ACT, hævdet, at der i Kommissionens teori om udelukkelse af konkurrenterne fra markedet ikke tages hensyn til en række relevante faktorer, og at teorien bygger på forudsigelser, der står i modsætning til de faktiske omstændigheder. Efter Microsofts opfattelse påhviler der Kommissionen er særlig tung bevisbyrde, når det er den fremtidige situation, den vurderer.

999 Hvad dette angår har Microsoft for det første gjort gældende, at Kommissionen har »set bort fra de faktorer, der får indholdsleverandører til at anvende andre formater end Windows Media-formatet«. Der er ikke grundlag for at antage, at det er omfanget af distributionen af det multimedieprogrammel, der knytter sig til et bestemt format, som er den faktor, der afgør indholdsleverandørernes valg af, i hvilket format de skal kode deres produkter. Microsoft har i den forbindelse kritiseret Kommissionen for, at den inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003 ikke spurgte indholdsleverandørerne om, hvorvidt andre faktorer påvirkede deres beslutninger om, hvilket format de skulle kode til.

1000 Microsoft er uenig i Kommissionens påstand om, at det medfører meromkostninger for indholdsleverandørerne at skulle gøres deres produkter tilgængelige i mere end ét format. Kommissionen burde have ført bevis for, at de omkostninger, der er forbundet med at levere indhold i yderligere et format, overstiger fordelene derved. Kommissionen indsamlede i realiteten beviser for — men så bort fra — at omkostningerne ved at stille indhold til rådighed i et givet multimedieformat kun repræsenterer en ubetydelig del af de samlede omkostninger. Under henvisning til betragtning 894 til den anfægtede beslutning har Microsoft tilføjet, at »[k]odning i yderligere en multimedieteknologi [kun koster] det halve af, hvad det har kostet at kode i den første teknologi«. Microsoft, der på dette punkt støttes af CompTIA og ACT, har udledt heraf, at det medfører stordriftsbaserede besparelser at tilbyde flere multimedieformater, og at endnu et format vil blive tilbudt, selv om det er klart mindre populært hos brugerne.

1001 Microsoft har ligeledes anført, at der, endda længe efter at det angivelige misbrug begyndte, er indholdsleverandører, der kun baserer sig på ét format, og som ikke har valgt Windows Media. Apple anvender således hverken Windows' multimedieteknologi til sin iPod eller sin onlinemusikbutik iTunes. Desuden har softwareudviklerne oplyst Kommissionen om, at de i gennemsnit anvender »to af de tre vigtigste API-sæt (Windows, Real eller QuickTime)«.

- 1002 I replikken har Microsoft, på dette punkt støttet af DMDsecure m.fl. og under henvisning til en rapport udarbejdet af en af selskabets sagkyndige (bilag C.16 til replikken), gjort gældende, at markedet for multimedieafspillere kun vil »tippe«, hvis, for det første, det medfører væsentlige omkostninger for brugerne eller indholdsleverandørerne at anvende flere forskellige multimedieafspillere, og, for det andet, multimedieafspillere opfattes som ens for så vidt angår deres grundlæggende egenskaber og det indhold, hvortil de giver adgang. Ingen af disse to betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde.
- 1003 For det andet har Microsoft gjort gældende, at forudsigelsen i betragtning 984 til den anfægtede beslutning om, at markedet i nær fremtid vil »tippe« til fordel for Windows Media-formatet, strider imod de faktiske omstændigheder og oplysninger i sagens akter. De pågældende omstændigheder og oplysninger viser nemlig, at indholdsleverandørerne fortsat benytter forskellige formater, at andre multimedieafspillere på ingen måde er forsvundet fra markedet, men nyder stadig større udbredelse, og at forbrugerne ikke er tvunget til at bruge Windows Media Player.
- 1004 Microsoft har i den forbindelse peget på, for det første, at det fremgår af markedsundersøgelsen fra 2003, at ti af de tolv indholdsleverandører, der kodede deres indhold i Windows Media-formaterne, også kodede det i andre formater. Mange indholdsleverandører fortsætter således med at anvende de formater, Apple, RealNetworks eller andre leverandører har udviklet. Det fremgår af en undersøgelse, som omfatter de 1 000 mest besøgte websites i USA i perioden 2001-2004, at antallet af sites »med en eller anden form for multimedieindhold« steg med 47%, mens antallet af sites, hvorpå der blev anvendt RealNetworks' formater og QuickTime-formaterne, steg med henholdsvis 59% og 79%.
- 1005 For det andet har Microsoft anført, at OEM fortsat tilbyder flere forskellige multimedieafspillere på de pc'er, de sælger. I maj 2004 udgjorde antallet af multimedieafspillere fra andre virksomheder, som de vigtigste OEM havde installeret på de computere, de solgte til brug i hjemmet eller på mindre kontorer, gennemsnitligt 4,3 for så vidt angår amerikanske mærker og 2,4 for så vidt angår europæiske mærker.

- 1006 For det tredje har Microsoft peget på, at det gennemsnitlige antal multimedieafspillere, hver enkelt person anvender på en måned, steg fra 1,5 ved slutningen af 1999 til 2,1 i 2004. Kommissionen kan ikke påberåbe sig, at antallet af brugere af Windows Media Player stiger. Det, der betyder noget, er, om antallet af brugere af andre formater er tilstrækkeligt stort til, at det kan betale sig for indholdsleverandørerne at kode deres produkter i de pågældende formater. Endvidere mener Microsoft ikke, at den parallel, Kommissionen har draget til Netscape Navigator, er relevant.
- 1007 Endelig er det efter Microsofts opfattelse åbenbart, at Kommissionens teori om udelukkelse af konkurrenterne fra markedet ikke er objektiv. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at teorien kun gælder, når det er Microsoft, der har udviklet den multimediefunktionalitet, der er koblet med Windows. Teorien gjaldt således ikke i perioden 1995-1998, hvor det var RealNetworks, der havde udviklet den i Windows integrerede multimedieafspillere, som kunne afspille streamet indhold.
- 1008 DMDsecure m.fl., ACT, TeamSystem, Mamut og Exor har i det væsentlige fremsat de samme argumenter som Microsoft.
- 1009 Kommissionen har først og fremmest henvist til de konklusioner, der drages i betragtning 841 til den anfægtede beslutning, og gjort gældende, at det følger af en række »velkendte fortilfælde«, at en dominerende virksomheds koblingssalg af et særskilt produkt og et dominerende produkt i sig selv giver grundlag for at konkludere, at koblingssalget bevirker, at konkurrenterne udelukkes fra markedet. I det foreliggende tilfælde fandt Kommissionen imidlertid, at der på grund af de særlige forhold på markedet var »gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af [Windows Media Player] [udgjorde] en adfærd, som på grund af selve sin karakter [kunne] udelukke konkurrencen«. Det var ikke Kommissionens opfattelse, at den påtalte adfærd var retsstridig i sig selv, men den fandt, at adfærden måtte anses »på baggrund af den særlige markedssammenhæng, hvori den [indgik]«. Kommissionen er overrasket over, at Microsoft har kritiseret den for

at have gjort sig den ulempe at undersøge, om det omtvistede koblingssalg rent faktisk havde udelukket konkurrenterne, og finder ikke, at den omstændighed, at den påviste en sådan udelukkelsesvirkning i et tilfælde, hvor den normalt formodes at foreligge, indebærer, at den anvendte en ny retlig teori.

1010 Kommissionen har anført, at den drog den konklusion af sin undersøgelse, at »Microsoft [havde forstyrret] den normale konkurrenceproces« (betragtning 980 til den anfægtede beslutning), og at »[der derfor var] en reel sandsynlighed for, at koblingssalget af Windows Media Player og Windows [ville] føre til afsvækkelse af konkurrencen, således at der i nær fremtid ikke længere [ville] være sikkerhed for, at der [var] bevaret en effektiv konkurrencestruktur« (betragtning 984 til den anfægtede beslutning). I modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, påstår Kommissionen hverken i betragtning 984 til den anfægtede beslutning eller noget andet sted i beslutningen, at den retsstridige adfærd vil føre til fortrængning af alle andre virksomheders multimedieafspillere i nær fremtid. Kommissionen finder, at den har påvist, at Microsoft »ved sit koblingssalg har forvredet markedsdeltagernes valgmuligheder og tilskyndelser«, og at en sådan konkurrenceforvridning svarer til en hindring for konkurrencen som omhandlet i retspraksis, »eftersom den kan føre til, at konkurrencen udelukkes«. Kommissionen undersøgte ligeledes på grundlag af data om markedsudviklingen, hvilke udelukkelsesvirkninger Microsofts retsstridige adfærd rent faktisk havde haft for konkurrenterne. Den har anført, idet den har henvist til betragtning 944 til den anfægtede beslutning, at dataene konsekvent viser, at der er tendens til at anvende Windows Media Player og Windows Media-formater, og at de bekræfter, at en udelukkelse på markedet allerede er forekommet i et vist omfang.

1011 Endvidere har Kommissionen bestridt Microsofts påstand om, at Microsoft har truffet alle de foranstaltninger, der er nødvendige for, at det omtvistede koblingssalg ikke fører til, at multimedieafspillere, der konkurrerer med Windows Media Player, udelukkes fra markedet. Den retsstridige adfærd begyndte i maj 1999 og foregik endnu, da svarskriftet blev indgivet. Det amerikanske forlig blev først indgået i november 2001, og de foranstaltninger, der skulle træffes i medfør heraf, blev først truffet i august og september 2002. Desuden er foranstaltningerne klart utilstrækkelige til at råde bod på det misbrug, som det koblingssalg udgør, der fastslås i den

anfægtede beslutning. Kommissionen har under henvisning til betragtning 849-877 til den anfægtede beslutning anført, at de forskellige måder, hvorpå konkurrerende multimedieafspillere distribueres, og hvortil Microsoft har henvist, ikke gør det muligt for de pågældende multimedieafspillere at nå den almindelige udbredelse, Microsoft kan sikre Windows Media Player gennem det omtvistede koblingssalg.

<sup>1012</sup> Desuden har Kommissionen henvist til de konklusioner vedrørende udelukkelse af konkurrencen, den har draget i den anfægtede beslutning, navnlig i betragtning 844-846 og 879-882.

<sup>1013</sup> Kommissionen, der på dette punkt støttes af SIIA, er uenig i, at dens konklusion om, at det omtvistede koblingssalg kan føre til udelukkelse af konkurrencen, er spekulativ, men finder, at den bygger på en faktisk vurdering af de særlige forhold på det pågældende marked og indholdsleverandørernes og softwareudviklernes tilskyndelser. Det følger af Rettens dom af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen (sag T-65/98, Sml. II, s. 4653), at det ved vurderingen af, om en dominerende virksomheds ensidige handling kan føre til, at konkurrencen udelukkes, er rimeligt at tage hensyn til, hvordan andre parter, herunder navnlig konkurrenterne eller kunderne, sandsynligvis vil reagere på den pågældende handling. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at Microsoft ikke giver kunderne mulighed for at erhverve Windows uden Windows Media Player. Desuden indvirker koblingssalget direkte på andre parter og griber derfor ind i deres frie valg (betragtning 845, 851, 870, 883, 884 og 895 til den anfægtede beslutning).

<sup>1014</sup> Kommissionen har i den forbindelse bemærket, idet den har henvist til betragtning 879-896 til den anfægtede beslutning, at den foretog en detaljeret vurdering af den påtalte adfærds virkninger, bl.a. ved at fremsende omfattende spørgeskemaer til et stort antal indholdsleverandører, softwareudviklere og indholdsejere.

1015 På grundlag af besvarelserne af spørgeskemaerne kunne den konstatere:

- at alle de indholdsleverandører, der havde besvaret skemaerne, havde oplyst, at det medfører meromkostninger, hvis et givet indhold skal udvikles til mere end én teknologi (betragtning 884 til den anfægtede beslutning)
  
- at de samme indholdsleverandører havde oplyst, at antallet af brugere af en bestemt teknologi og det forhold, at der findes multimedieklientprogrammel på pc'erne, er faktorer, som er afgørende for valget af, hvilken teknologi der skal tilpasses til (betragtning 886 til den anfægtede beslutning)
  
- at nogle af de pågældende leverandører endog havde anført, at antallet af brugere af en given teknologi udgjorde »langt den vigtigste faktor« (betragtning 889 til den anfægtede beslutning)
  
- at det i forhold til omkostningerne kan være fordelagtigt for indholdsleverandørerne at tilpasse til supplerende formater, så længe konkurrerende multimedieafspillere anvendes i væsentligt omfang (betragtning 890 til den anfægtede beslutning)
  
- at softwareudviklerne havde afgivet svar, der var på linje med indholdsleverandørernes (betragtning 893-896 til den anfægtede beslutning)

- at 12 af 13 softwareudviklere således havde svaret bekræftende på spørgsmålet om, hvorvidt det var sandsynligt, at de meromkostninger, der var forbundet med at tilpasse sig til flere formater, i fremtiden ville påvirke deres beslutninger om, hvorvidt de skulle udvikle applikationer til andre teknologier end Windows Media (betragtning 890 til den anfægtede beslutning)
  
- at Microsoft ved at koble Windows Media Player til Windows giver indholdsleverandørerne og softwareudviklerne sikkerhed for, at de endelige brugere vil kunne afspille deres indhold — at de med andre ord vil kunne nå et større publikum; den almindelige udbredelse af Windows Media Player på Windowsbaserede klient-pc'er sikrer følgelig Microsoft en konkurrencefordel, der ikke knytter sig til produktets egne kvaliteter (betragtning 891 til den anfægtede beslutning).

<sup>1016</sup> Endelig har Kommissionen afvist Microsofts påstand om, at der i den teori, som er lagt til grund i det foreliggende tilfælde, ikke tages hensyn til en række relevante faktorer, og at den bygger på forudsigelser, der står i modsætning til de faktiske omstændigheder.

<sup>1017</sup> Kommissionen har i den forbindelse for det første bestridt, at den har »set bort fra de faktorer, der får indholdsleverandører til at anvende andre formater end Windows Media-formatet«. I de begæringer om oplysninger, den fremsendte til de pågældende indholdsleverandører, rejste den ikke kun spørgsmålet om antallet af brugere af en multimedieafspiller, og i den anfægtede beslutning siger den ikke, at udbredelsen er den eneste relevante faktor, men fastslår blot, at den er en vigtig faktor. Under alle omstændigheder har Microsoft indrømmet, at indholdsleverandørerne tager den i betragtning, når de vælger, hvilket format de skal kode deres produkter i, og har dermed stiltiende anerkendt, at »den almindelige udbredelse, koblingssalget har givet Windows Media Player, og som ingen anden multimedieafspiller har opnået, fordrejer dette [valg]«.

1018 Endvidere fremgår det af de spørgsmål, Kommissionen har stillet indholdsleverandørerne og softwareudviklerne, at disse tredjeparter rent faktisk foretager en afvejning og lægger større vægt på omkostningerne end på fordelene ved at være tilpasset til flere forskellige teknologier. Kommissionen har peget på, at Microsoft selv har anført, at »det er bekosteligt og tidkrævende for indholdsleverandørerne at kode streamet medieindhold i flere forskellige formater« (betragtning 883 til den anfægtede beslutning), og den har henvist til en række oplysninger indsamlet i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003 (betragtning 884 til den anfægtede beslutning). Selv om omkostningerne ved at tilpasse sig til flere forskellige teknologier ikke er den eneste faktor, der dikterer indholdsleverandørernes valg med hensyn til, om de skal kode i et eller flere formater, er det åbenbart, at de tager disse omkostninger i betragtning som en væsentlig faktor. Kommissionen har ligeledes bestridt, at den i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003 indsamlede beviser for, at omkostningerne ved at stille indhold til rådighed i et givet multimedieformat kun repræsenterer en ubetydelig del af de samlede omkostninger. Tværtimod fremgår det af de oplysninger, Kommissionen indhentede, at de omkostninger, der er forbundet med at gøre indholdet disponibelt, er betydelige.

1019 Desuden har Kommissionen bestridt rigtigheden af konklusionerne i bilag C.16 til replikken (jf. præmis 1002 ovenfor). Indledningsvis fremgår det af den anfægtede beslutning, at download ikke kan opveje den almindelige udbredelse, Windows Media Player har opnået som følge af det omtvistede koblingssalg, og at denne almindelige udbredelse fordrejer indholdsleverandørernes tilskyndelser. Endvidere bygger Kommissionens fastslåelse af, at der foreligger misbrug af dominerende stilling, ikke på en konstatering af, at konkurrencen fuldstændig vil blive udelukket, eller at markedet vil »tippe«. Endelig har rapportens forfatter for det første ikke underbygget sin påstand, for det andet ikke taget hensyn til forskellige væsentlige aspekter af det foreliggende tilfælde såsom »den fordrejning af netværkseffekterne, det medfører at anvende et monopol som løftestang«, og for det tredje ikke påvist, at de betingelser, der ifølge forfatteren skal være opfyldt, for at markedet kan »tippe«, ikke er det.

1020 For det andet har Kommissionen, der på dette punkt støttes af SIIA, bestridt Microsofts påstand om, at den vurdering angående udelukkelse af konkurrencen, der foretages i den anfægtede beslutning, strider imod de faktiske omstændigheder.

- 1021 Først og fremmest har Kommissionen gentaget, at Microsoft har gengivet betragtning 984 til den anfægtede beslutning forkert, idet Kommissionen ikke har henvist til, at markedet vil »tippe«, men kun anført, at der er fare for, at Microsofts koblingsalg påvirker konkurrencestrukturen på markedet for multimedieafspillere.
- 1022 Dernæst har Kommissionen gjort gældende, at de handelsdata, den har anvendt i den anfægtede beslutning, konsekvent viser, at der er tendens til, at Windows Media Player og Windows Media-formater anvendes på bekostning af de vigtigste konkurrerende multimedieafspillere (betragtning 906-942 til den anfægtede beslutning). Det fremgår af dataene, at RealPlayer indtil andet kvartal 1999 var førende på markedet med næsten dobbelt så mange brugere som Windows Media Player og QuickTime (betragtning 906 til den anfægtede beslutning). Derimod steg det samlede antal brugere af Windows Media Player fra andet kvartal 1999 til andet kvartal 2002 med omkring 39 mio., dvs. en vækst, der omtrent svarede til den samlede vækst i antallet af brugere af RealNetworks' og Apples multimedieafspiller (betragtning 907 til den anfægtede beslutning). Mere nylige data fra Nielsen/Netratings viser, at Windows Media Player fører meget klart over for RealPlayer (over 50% flere enkeltbrugere) og QuickTime (over tre gange så mange enkeltbrugere), og at føringen blev øget i perioden fra oktober 2002 til januar 2004 (betragtning 922 til den anfægtede beslutning). Den ovenfor beskrevne udvikling er sammenlignelig med situationen på markedet for webbrowsere, som sagen om overtrædelse af den amerikanske antitrustlovgivning drejede sig om.
- 1023 Ifølge Kommissionen har Microsoft ikke bestridt disse forskellige oplysninger, men fremlagt nye, hvoraf nogle vedrører perioden efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning og derfor ikke kan tages i betragtning.
- 1024 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at den udelukkelsesvirkning, der fastslås i den anfægtede beslutning, under alle omstændigheder bekræftes af nyere data.

1025 For det første er de data vedrørende indholdsleverandørerne, Microsoft har fremlagt (jf. præmis 1004 ovenfor), ikke underbyggede og er blevet fremstillet på en vildledende måde af Microsoft. Det står klart, at antallet af websites »med en eller anden form for multimedieindhold« steg i perioden 2001-2004, og det er derfor ikke overraskende, at der er flere websites, som tilbyder andre formater end Windows Media. Microsoft har undladt at nævne, at antallet af websites, der er tilpasset til Windows Media-formatet, i den samme periode steg med 141%. Microsoft har heller intet oplyst om, hvor meget indhold i andre formater end Windows Media, der faktisk blev tilbudt på de pågældende websites, eller om, hvor meget af indholdet i de pågældende multimedieformater, der faktisk blev anvendt.

1026 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at dataene for, hvor mange multimedieafspillere, OEM havde præinstalleret på klient-pc'er, ikke er overbevisende (jf. præmis 1005 ovenfor). Under alle omstændigheder fremgår det af de af Microsoft fremlagte oplysninger, at over 70% af de pc'er, der sælges i Europa, og over 80% af de pc'er, der sælges i verden, normalt kun indeholder én multimedieafspiller, og at denne som følge af det omtvistede koblingssalg altid er Windows Media Player. Endvidere »bliver« tallene for, hvor mange konkurrerende multimedieafspillere OEM præinstallerer på pc'erne, i den udstrækning de gør det, »overskygget« af den kendsgerning, at Windows Media Player automatisk findes på 95% af de pc'er, der sælges i verden. Endelig er Microsofts data ikke pålidelige, da de navnlig vedrører konkurrerende multimedieafspillere, der er blevet præinstalleret i henhold til »legacy deals« (udløbende aftaler), som ikke er blevet fornyet, og software, der ikke kan betegnes som multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold.

1027 For det tredje har Kommissionen hævdet, at der er en klar tendens til, at Windows Media Player og Windows Media-formaterne anvendes stadig mere. Nielsen/NetRatings-dataene vedrørende anvendelsen af multimedieafspillere i USA viser, at Windows Media Players andel i marts 2005 oversteg 80%, at RealPlayers andel var faldet til under 40%, og at QuickTimes andel kun udgjorde lidt over 10%. Det fremgår

ligeledes af nylige Nielsen/NetRatings-data, at den del af brugerne, der udelukkende anvender Windows Media Player, er steget konstant, idet mellem 53 og 55% af brugerne i dag udelukkende anvender denne multimedieafspiller, mens mellem 10 og 13% og mellem 3 og 4% udelukkende anvender henholdsvis RealPlayer og Quick-Time Player.

1028 Over for Microsofts påstand om, at teorien om udelukkelse af konkurrenterne fra markedet ikke er objektiv, da den ikke gælder for den periode, hvor det var RealNetworks' multimedieafspiller, der var integreret i Windows (jf. præmis 1007 ovenfor), har Kommissionen henvist til betragtning 818 til den anfægtede beslutning og bemærket, at det ikke kan være til hinder for, at den forfølger en bestemt overtrædelse, at den ikke har forfulgt en anden eventuel overtrædelse.

1029 SIIA har i det væsentlige fremsat de samme argumenter som Kommissionen.

1030 Audiobanner.com har gjort gældende, at det omtvistede koblingssalg har negative virkninger for andre virksomheders investeringer i teknologier, der konkurrerer med Microsofts, innovationen inden for sektoren vedrørende digitale streamede medier og forbrugerne. Audiobanner.com har for dette punkts vedkommende lagt vægt på, at koblingssalget hindrer konkurrence på kvalitet.

## Rettens bemærkninger

1031 Microsoft har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke har bevist, at integrationen af Windows Media Player i Windows-operativsystemet til klient-pc'er

fører til udelukkelse af konkurrencen, og at den fjerde af de betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan være tale om retsstridigt koblingssalg, som angivet i betragtning 794 til den anfægtede beslutning, derfor ikke kan anses for at være opfyldt i det aktuelle tilfælde.

- 1032 Microsoft har navnlig hævdet, at Kommissionen efter at have medgivet, at den foreliggende sag ikke udgør et klassisk tilfælde af koblingssalg, måtte anvende en ny, højest spekulativ teori og basere sig på en fremtidsvurdering af andre parters eventuelle reaktioner for at nå frem til den konklusion, at det omtvistede koblingssalg kunne udelukke konkurrencen.
- 1033 Retten finder, at der ikke er grundlag for Microsofts argumenter, og at de bygger på en selektiv og fejlagtig fortolkning af den anfægtede beslutning. Argumenterne vedrører navnlig det andet af de tre trin i Kommissionens ræsonnement, for hvilket der redegøres i betragtning 835-954 til den anfægtede beslutning.
- 1034 I realiteten fremgår det klart af den anfægtede beslutning, at Kommissionen har påvist, at den omstændighed, at Microsoft siden maj 1999 kun har tilbudt OEM den med Windows Media Player koblede version af Windows til præinstallation på klient-pc'er, ikke har kunnet undgå at påvirke forholdet på markedet mellem Microsoft, OEM og leverandørerne af multimedieafspillere fra andre virksomheder, idet den mærkbart har ændret den konkurrencemæssige balance til fordel for Microsoft og til ugunst for de øvrige markedsdeltagere.
- 1035 Det forhold, at Kommissionen undersøgte, hvilke konkrete virkninger koblingssalget allerede havde haft på markedet, og hvordan dette kunne forventes at udvikle sig, i stedet for blot at fastslå — således som den normalt gør i sager om retsstridigt

koblingssalg — at koblingssalget i sig selv fører til, at konkurrenterne udelukkes fra markedet, er ikke ensbetydende med, at den indførte en ny retlig teori, således som det allerede blev anført i præmis 868 ovenfor.

1036 Kommissionens undersøgelse i relation til betingelsen om udelukkelse af konkurrencen indledes i betragtning 841 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen anfører, at der i den foreliggende sag er gode grunde til ikke uden yderligere undersøgelse at anse det for sikkert, at koblingssalget af Windows og Windows Media Player udgør en adfærd, som på grund af selve sin karakter kan udelukke konkurrencen (jf. præmis 977 ovenfor). Den konklusion, Kommissionen når frem til, bygger i det væsentlige på konstateringen af, at koblingen af Windows Media Player og Windows-operativsystemet til klient-pc'er — dette operativsystem er præinstalleret på langt størstedelen af de klient-pc'er, der sælges i verden — og den manglende mulighed for at fjerne multimedieafspilleren fra operativsystemet betyder, at afspilleren drager fordel af den almindelige udbredelse, systemet har på klient-pc'er, og som de andre måder at distribuere multimedieafspillere på ikke kan opveje.

1037 Denne konstatering, som er genstand for første trin i Kommissionens ræsonnement (jf. betragtning 843-878 til den anfægtede beslutning som sammenfattet i præmis 979-982 ovenfor), er velbegrundet.

1038 For det første er det åbenbart, at koblingssalget har givet Windows Media Player en udbredelse uden sidestykke på klient-pc'er over hele verden, idet det har betydet, at denne multimedieafspiller automatisk har opnået en udbredelse på markedet, der svarer til den, Windows-operativsystemet til klient-pc'er har, uden at den har skullet konkurrere på kvalitet med konkurrerende produkter. Det er ubestridt, at Microsofts markedsandel på markedet for operativsystemer til klient-pc'er er på over 90%, og at langt størstedelen af salget af operativsystemer til klient-pc'er (ca. 75%) sker gennem OEM, der præinstallerer systemerne på de klient-pc'er, de sammensætter og distribuerer. Det fremgår således af de tal, hvortil der henvises i betragtning 843

til den anfægtede beslutning, at Microsoft i 2002 havde en markedsandel på 93,8% målt på antallet af solgte enheder på markedet for operativsystemer til klient-pc'er (jf. også betragtning 431 til den anfægtede beslutning), og at Windows — og dermed Windows Media Player — var præinstalleret på 196 mio. af de 207 mio. klient-pc'er, der blev solgt i verden i perioden fra oktober 2001 til marts 2003.

1039 Således som det vil fremgå mere udførligt nedenfor, ville ingen multimedieafspiller fra en anden virksomhed kunne opnå en så stor udbredelse på markedet uden at have den distributionsmæssige fordel, Windows Media Player nyder som følge af Microsofts måde at anvende sit Windows-operativsystem til klient-pc'er på.

1040 Det skal tilføjes, at Microsofts koblingssalg af Windows-operativsystemet og multimedieafspilleren NetShow 2.0 fra juni 1998 ikke sikrede denne afspiller den samme udbredelse på klient-pc'er. Som anført i præmis 837 og 936 ovenfor, fandtes NetShow 2.0 på installations-CD'en for Windows 98, men multimedieafspilleren indgik ikke i nogen af de fire standardinstallationer af dette system. Brugerne skulle med andre ord selv påtage sig det arbejde at installere NetShow 2.0 særskilt og kunne beslutte ikke at gøre det. På samme måde hindrede dette koblingssalg hverken leverandørerne af andre multimedieafspillere i at konkurrere med Microsoft på grundlag af deres produkters egne kvaliteter eller OEM i at drage fordel af denne konkurrence.

1041 For det andet er det klart — således som Kommissionen med rette anfører i betragtning 845 til den anfægtede beslutning — at »[b]rugere, der finder [Windows Media Player] præinstalleret på deres klient-pc, generelt er mindre tilbøjelige til at anvende en alternativ multimedieafspiller, idet de allerede har en applikation, der leverer den funktionalitet at afspille streamet multimedieindhold«. Det må derfor antages, at

forbrugere, der ønsker at råde over en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, ville have været tilskyndet til at vælge en af de afspillere, der udbydes på markedet, hvis koblingssalget ikke havde fundet sted.

1042 Det bemærkes i den forbindelse, at forbrugerne — således som Kommissionen anfører i betragtning 119, 848, 869 og 956 til den anfægtede beslutning — lægger vægt på at kunne købe et produkt, der er »klar til brug« (out-of-the-box), dvs. at det kun kræver en meget begrænset indsats at installere og anvende. Det er klart, at den leverandør, hvis software er præinstalleret på klient-pc'en og starter automatisk, når pc'en gør det, har en konkurrencemæssig fordel i forhold til enhver anden leverandør af et lignende produkt.

1043 For det tredje finder Retten, at Kommissionen med rette anfører i betragtning 857 til den anfægtede beslutning, at den påtalte adfærd har tilskyndet OEM til ikke at præinstallere konkurrerende multimedieafspillere på de klient-pc'er, de sælger.

1044 Dels er OEM nemlig, således som det anføres i betragtning 851 til den anfægtede beslutning, utilbøjelige til at føje endnu en multimedieafspiller til den kombination, de tilbyder forbrugerne, da denne yderligere multimedieafspiller tilbyder funktionaliteter, som i det væsentlige svarer til dem, Windows Media Player tilbyder, men beslaglægger harddiskkapacitet på klient-pc'en, og da det er usandsynligt, at forbrugerne er villige til at betale en merpris for et sådant yderligere produkt.

1045 Dels kan det skabe forvirring hos brugerne og medføre større omkostninger til kundesupport og test, at der på den samme klient-pc findes flere multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold (jf. betragtning 852 til den anfægtede beslutning). Det bemærkes i den forbindelse, at Microsoft under den administrative proces

dure selv fremhævede, at OEM generelt opererer med snævre avancer og derfor helst undgår sådanne omkostninger (jf. fodnote 1006 til den anfægtede beslutning).

1046 Udsendelsen af den med Windows Media Player koblede version af Windows som den eneste version af Windows-operativsystemet, OEM kunne præinstallere på nye klient-pc'er, havde derfor den direkte og umiddelbare konsekvens for dem, at de blev frataget den mulighed, de tidligere havde haft for at sammensætte produkterne i overensstemmelse med, hvad de vurderede var mest tiltrækkende for forbrugerne, og navnlig forhindret i at vælge en med Windows Media Player konkurrerende afspiller som den eneste multimedieafspiller. Det bemærkes i den forbindelse, at RealPlayer på det pågældende tidspunkt nød godt af den væsentlige kommercielle fordel at være det førende produkt på markedet. Således som Microsoft selv har medgivet, var det først i 1999, det lykkedes Microsoft at udvikle en tilstrækkeligt velfungerende multimedieafspiller, der kunne afspille streamet indhold, idet Microsofts foregående afspiller NetShow »ikke var populær hos kunderne, fordi den ikke fungerede særlig godt« (betragtning 819 til den anfægtede beslutning). Endvidere bemærkes, at det fra august 1995 til juli 1998 var RealNetworks' produkter — først RealAudioPlayer og siden RealPlayer — der blev distribueret sammen med Windows. Der er derfor grund til at antage, at konkurrencen mellem RealPlayer og Windows Media Player ville være blevet afgjort på grundlag af de to produkters grundlæggende kvaliteter, hvis Microsoft ikke havde udvist den påtalte adfærd.

1047 Det skal tilføjes, at leverandørerne af de multimedieafspillere, der konkurrerer med Microsofts, også vil være ugunstigt stillet i konkurrencen med Microsoft, selv om det lykkedes dem at indgå en aftale med OEM om at præinstallere deres produkt. Dels kan den konkurrerende multimedieafspiller aldrig være den eneste på klient-pc'en, da OEM eller brugerne ikke kan fjerne Windows Media Player fra kombinationen af den og Windows. På dette punkt hindrer koblingssalget navnlig leverandørerne af andre multimedieafspillere i at konkurrere med Microsoft på grundlag af produkternes individuelle kvaliteter. Dels konkurrerer leverandørerne af andre multimedieafspillere med hinanden om at opnå, at deres produkt præinstalleres, idet OEM kun

er villige til at præinstallere et begrænset antal multimedieafspillere på klient-pc'erne, hvorimod Microsoft som følge af koblingssalget undgår denne konkurrence og de betydelige meromkostninger, den medfører. Hvad sidstnævnte punkt angår henvises til betragtning 856 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen omtaler den distributionsaftale om RealPlayer, der i 2001 blev indgået mellem RealNetworks og Compaq, og den omstændighed, at Microsoft under den administrative procedure medgav, at RealNetworks har betalt OEM for at præinstallere sine produkter.

1048 Det fremgår af det foranstående, at Kommissionen havde grundlag for at konkludere, at »muligheden for at indgå distributionsaftaler med OEM ikke udgør en måde at distribuere multimedieafspillere på, der er lige så effektiv som Microsofts koblingssalg« (betragtning 859 til den anfægtede beslutning).

1049 For det fjerde var det ligeledes med rette, når Kommissionen fandt, at andre måder at distribuere multimedieafspillere på end OEM's præinstallation ikke kunne opveje den almindelige udbredelse af Windows Media Player (betragtning 858-876 til den anfægtede beslutning).

1050 Hvad indledningsvis angår download af multimedieafspillere fra internettet gør denne distributionsmåde det ganske vist muligt at nå et meget stort antal brugere, men den er ikke så effektiv som præinstallation af OEM. For det første sikrer download ikke konkurrerende multimedieafspillere en distribution, der svarer til Windows Media Players (betragtning 861 til den anfægtede beslutning). For det andet opfattes download, i modsætning til at anvende et præinstalleret produkt, af et ikke ubetydeligt antal brugere som en vanskelig fremgangsmåde. For det tredje mislykkes mange downloadforsøg — over 50% ifølge test udført af RealNetworks i 2003 — således som Kommissionen anfører i betragtning 866 til den anfægtede

beslutning. Bredbåndsoverførsel gør ganske vist download hurtigere og nemmere, men i 2002 rådede kun en sjettedel af de husholdninger i Europa, der havde adgang til internettet, over en bredbåndsforbindelse (betragtning 867 og fodnote 1037 til den anfægtede beslutning). For det fjerde vil brugerne formentlig være tilbøjelige til at anse en multimedieafspiller, som er integreret på den klient-pc, de har købt, for at fungere bedre end et produkt, de selv har installeret (betragtning 869 til den anfægtede beslutning). Endelig har de ansatte i de fleste virksomheder ikke ret til at downloade software fra internettet, da det vanskeliggør netværksadministratorernes arbejde (samme betragtning).

1051 En række data, som Microsoft selv fremlagde under den administrative procedure, og hvortil der henvises i betragtning 909-911 til den anfægtede beslutning, bekræfter, at download fra internettet ikke er en lige så effektiv distributionsmåde som præinstallation af OEM. Microsoft oplyste således, at der blev downloadet 8,8 mio. eksemplarer af selskabets multimedieafspiller WMP 6 i de 12 måneder, der fulgte, efter at den var sendt på markedet, og at Microsoft solgte 7,9 mio. Windows 98 SE-operativsystemer fra juli til september 1999. Som følge af koblingssalget med Windows opnåede WMP 6 med andre ord på tre måneder næsten den samme udbredelse, som afspilleren opnåede på et år ved at blive downloadet.

1052 Ganske vist er download — således som Kommissionen anfører i betragtning 870 til den anfægtede beslutning — en i teknisk henseende billig måde at distribuere multimedieafspillere på, men leverandørerne skal mobilisere betydelige ressourcer for at »overvinde de endelige brugeres passivitet og overtale dem til at se bort fra tilstedeværelsen af den præinstallerede [Windows Media Player]«.

1053 Hvad endvidere angår de øvrige måder, hvorpå multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, kan distribueres, og hvortil der henvises i den anfægtede beslutning, nemlig kobling med anden software eller internetadgang samt detailsalg, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Microsoft ikke har fremsat noget argument, der kan rejse tvivl om Kommissionens vurdering, hvorefter disse kun udgør en »nødløsning, der ikke kan konkurrere med effektiviteten af at præinstallere programmet på [Windowsbaserede] klient-pc'er« (betragtning 872-876 til den anfægtede beslutning).

1054 Det følger af det foregående, at Kommissionen i vurderingen i betragtning 843-878 til den anfægtede beslutning, som udgør første trin i dens ræsonnement, i fornødent omfang har godtgjort, at koblingssalget af Windows og Windows Media Player fra maj 1999 uundgåeligt havde betydelige følger for konkurrencestrukturen. Denne praksis betød nemlig, at Microsoft med hensyn til at distribuere Windows Media Player og sikre produktet almindelig udbredelse på klient-pc'erne over hele verden opnåede en fordel uden sidestykke, at brugerne blev tilskyndet til ikke at anvende multimedieafspillere fra andre virksomheder, og at OEM blev tilskyndet til ikke at præinstallere sådanne afspillere på klient-pc'erne.

1055 Således som Microsoft har gjort gældende, fortsætter flere OEM ganske vist med at føje multimedieafspillere fra andre virksomheder til de pakker, de tilbyder deres kunder. Det er ligeledes ubestridt, at antallet af multimedieafspillere og det omfang, hvori der anvendes mere end én multimedieafspiller, til stadighed stiger. Disse faktorer afkræfter imidlertid ikke Kommissionens konklusion, hvorefter den påtalte adfærd har kunnet svække konkurrencen som omhandlet i retspraksis. Leverandørerne af andre multimedieafspillere har således siden maj 1999 ikke kunnet konkurrere gennem OEM om, at det er deres produkt, der installeres som eneste multimedieafspiller i stedet for Windows Media Player på de klient-pc'er, OEM sammensætter og sælger.

- 1056 Desuden bekræftes rigtigheden af de ovenstående konstateringer af en række data, Kommissionen undersøgte på tredje trin i sit ræsonnement. Nærmere bestemt viser de data, hvortil der henvises i betragtning 905-926 til den anfægtede beslutning, således som det vil fremgå af præmis 1080-1084 nedenfor, at der er en klar tendens til, at Windows Media Player anvendes på bekostning af konkurrerende multimedieafspillere.
- 1057 Det skal tilføjes, at det fremgår af oplysninger, som Microsoft selv meddelte under den administrative procedure, og hvortil der henvises i betragtning 948-951 til den anfægtede beslutning, at den markante vækst i anvendelsen af Windows Media Player ikke kan tilskrives, at denne multimedieafspiller er af højere kvalitet end de konkurrerende afspillere, eller at disse, navnlig RealPlayer, udviser mangler.
- 1058 På baggrund af det foranstående som helhed må der drages den konklusion, at de konstateringer, Kommissionen foretog på første trin af sit ræsonnement, i sig selv er tilstrækkelige til, at det kan fastlås, at den fjerde betingelse, der skal være opfyldt, for at der kan være tale om retsstridigt koblingssalg, er opfyldt i det aktuelle tilfælde. Konstateringerne bygger ikke på en ny eller højst spekulativ teori, men på den påtalte adfærds karakter, markedsforholdene og de relevante produkters grundlæggende egenskaber. De bygger på nøjagtige, troværdige og sammenhængende beviser, som Microsoft ved kun at hævde, at der er tale om rene formodninger, ikke har kunnet påvise er fejlagtige.
- 1059 Det følger af det foranstående, at det ikke er fornødent at behandle de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende de konstateringer, Kommissionen foretog på de to andre trin i sit ræsonnement. De skal alligevel behandles kort.

- 1060 Som andet trin af sit ræsonnement vil Kommissionen påvise, at den almindelige udbredelse af Windows Media Player, der skyldes dens kobling med Windows, kan have ikke ubetydelige virkninger for indholdsleverandører og softwareudviklere.
- 1061 Kommissionens argumentation bygger på, at markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, er kendetegnet af væsentlige indirekte netværkseffekter eller, med Bill Gates' udtryk, en »cirkel med positiv feedback« (betragtning 882 til den anfægtede beslutning). Dette udtryk beskriver det forhold, at jo flere brugere, der er af en given softwareplatform, desto mere vil der blive investeret i udvikling af produkter, som er kompatible med platformen, hvilket på sin side styrker dens popularitet hos brugerne.
- 1062 Retten finder, at det var med rette, når Kommissionen fandt, at en sådan omstændighed foreligger i det aktuelle tilfælde, og at indholdsleverandører og softwareudviklere vælger den teknologi, hvortil de skal udvikle deres produkter, på grundlag af de forskellige multimedieafspilleres andel af alle installerede og anvendte afspillere (betragtning 879 til den anfægtede beslutning). Kommissionen fastslog korrekt, dels at de pågældende erhvervsdrivende er tilbøjelige til fortrinsvis at anvende Windows Media Player, da det gør det muligt for dem at nå langt de fleste brugere af klient-pc'er i verden, dels at udbredelsen af indhold og applikationer, som er kompatible med en given multimedieafspiller, i sig selv udgør en væsentlig konkurrencefaktor, idet den øger den pågældende multimedieafspillers popularitet, hvilket på sin side fremmer anvendelsen af den multimedieteknologi, den bygger på, herunder codecs, formater (bl.a. DRM-formatet) og serverprogrammel (betragtning 880 og 881 til den anfægtede beslutning).
- 1063 Hvad for det første angår koblingssalgets virkninger for indholdsleverandørerne er Kommissionens vurdering af dette spørgsmål i betragtning 883-891 til den anfægtede beslutning velunderbygget.

1064 Det er nærmere bestemt velbegrunder, når Kommissionen bemærker, at det øger indholdsleverandørernes udviklings-, infrastruktur- og administrationsomkostninger at arbejde med flere forskellige teknologier, og at de derfor er tilbøjelige til kun at anvende én teknologi til deres produkter, hvis den gør det muligt for dem at nå et stort publikum.

1065 Det fremgår således af det af Kommissionen indsamlede materiale, herunder navnlig svarene på de begæring om oplysninger, den fremsendte til indholdsleverandørerne i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003, at det er bekosteligt og tidskrævende at kode streamet medieindhold i flere forskellige formater. I begæringen om oplysninger af 16. april 2003 anmodede Kommissionen således indholdsleverandørerne om at oplyse, om det medførte meromkostninger at udvikle et bestemt indhold til mere end én teknologi (spørgsmål 19). Alle de virksomheder, der besvarede spørgsmålet, angav, at det forholdt sig således, og henviste først og fremmest til yderligere udgifter til personalearbejdstimer i forbindelse med udformningen af indholdet og til udstyr, infrastruktur og licenser. På spørgsmålet om, hvor store de vurderede de nævnte meromkostninger til at være, svarede de pågældende virksomheder, at de befandt sig inden for et interval på fra 20 til 100% af de oprindelige omkostninger ved kun at stille indholdet til rådighed i ét format, dvs. en meromkostning på gennemsnitligt omkring 50% (spørgsmål 20). Således som Kommissionen anfører i betragtning 884 til den anfægtede beslutning, svarede en af de adspurgte virksomheder endog, at »de forholdsvis store omkostninger, der er forbundet med at udarbejde indholdet, kan mindske pladeselskabernes og/eller onlineportalernes økonomiske interesse i at betjene flere forskellige formater med forskellige antal brugere«, og at »[n]ogle pladeselskaber afvejer de pågældende meromkostninger mod den fortjeneste, de opnår ved at kunne nå et større antal brugere og ved at understøtte flere forskellige teknologier«.

1066 I modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, undersøgte Kommissionen, om fordelene ved at kode i flere forskellige formater overstiger de dermed forbundne meromkostninger. Kommissionen udspurgte indholdsleverandørerne herom i forbindelse med markedsundersøgelsen fra 2003, og indholdsleverandørerne udtalte sig om spørgsmålet (jf. betragtning 884, 887, 889 og 890 til den anfægtede beslutning).

- 1067 Det fremgår ligeledes af de af Kommissionen indsamlede beviser, at jo mere udbredt en multimedieafspiller er, desto mere er indholdsleverandørerne tilbøjelige til at udvikle indhold til den teknologi, som er implementeret i den. Således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 885 til den anfægtede beslutning, maksimerer indholdsleverandørerne det potentielle antal brugere af deres produkter ved at basere sig på den mest udbredte multimedieafspiller.
- 1068 Som anført i betragtning 886 til den anfægtede beslutning, spurgte Kommissionen således i sin begæring om oplysninger af 16. april 2003 de pågældende indholdsleverandører, om antallet af brugere af en bestemt teknologi og tilstedeværelsen af multimedieklientprogrammet på klient-pc'er var faktorer, der spillede en afgørende rolle ved valget af, hvilken teknologi der skulle understøttes (spørgsmål 33 og 34). Alle de indholdsleverandører, der besvarede de to spørgsmål, gjorde det bekræftende (betragtning 886 til den anfægtede beslutning).
- 1069 På baggrund af det foranstående og i betragtning af, at Windows findes på praktisk taget alle pc'er i verden, må det fastslås, at Kommissionen havde grundlag for at drage den konklusion i betragtning 891 til den anfægtede beslutning, »at Microsoft ved at koble salget af [Windows Media Player] til salget af Windows kan give indholdsleverandørerne og softwareudviklerne sikkerhed for, at de endelige brugere vil kunne afspille deres indhold — at de med andre ord vil kunne nå et større publikum«, at »[d]en almindelige udbredelse af denne multimedieafspiller [...] på Windows[baserede] klient-pc'er sikrer Microsoft en konkurrencefordel, der ikke knytter sig til produktets egne kvaliteter«, og at »kompatible multimedieafspilleres konkurrencemæssige stilling vil blive styrket, og nye konkurrenters indtræden blive vanskeligere, så snart indhold, der bygger på et bestemt format, har opnået stor udbredelse«.
- 1070 Det bemærkes i den forbindelse, at det er hensigten med artikel 82 EF at forbyde en dominerende virksomhed at styrke sin stilling ved anvendelse af andre midler end en

konkurrence på ydelser (Retten dom af 21.10.1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689, præmis 78, og dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, nævnt i præmis 1013 ovenfor, præmis 157).

- 1071 For det andet finder Retten, at Kommissionens vurdering af koblingssalgets virkninger for softwareleverandørerne i betragtning 892-896 til den anfægtede beslutning er korrekt.
- 1072 Navnlig er det velbegrunder, når Kommissionen i betragtning 892 til den anfægtede beslutning anfører, at softwareudviklerne er tilbøjelige til at udvikle applikationer til kun én platform, hvis dette betyder, at de kan nå praktisk taget samtlige potentielle brugere af deres produkter, da det medfører meromkostninger at udarbejde versioner til andre platforme, markedsføre disse versioner og yde kundesupport i forbindelse med dem.
- 1073 Det fremgår nemlig af besvarelserne af en række spørgsmål, Kommissionen stillede softwareudviklerne i forbindelse med af markedsundersøgelsen fra 2003 (jf. navnlig spørgsmål 8 og 48 i begæringen om oplysninger af 16. april 2003), at det medfører meromkostninger at udvikle applikationer til flere forskellige multimedieteknologier i form af udgifter til personalearbejdstimer, licenser og kundesupport. De pågældende softwareudviklerne oplyste, at de nævnte meromkostninger befinder sig inden for et interval på fra 1 til 100% af de omkostninger, der er forbundet med at udvikle applikationer til kun én teknologi, dvs. en meromkostning på gennemsnitligt ca. 58% (jf. betragtning 894 til den anfægtede beslutning).
- 1074 Ligeledes fremgår det af svarene på begæringen om oplysninger af 16. april 2003, at den omstændighed, at udviklingen af applikationer til teknologier ud over Microsofts medfører meromkostninger for softwareudviklerne, er tilbøjelig til at påvirke deres beslutning om, hvorvidt der skal udvikles applikationer for yderligere teknologier

(jf. betragtning 894 til den anfægtede beslutning; jf. desuden det i betragtning 893 gengivne udsagn fra virksomhed nr. 30).

- 1075 På baggrund af det ovenstående og i betragtning af, at Windows Media Player på grund af det omtvistede koblingssalg findes på langt de fleste klient-pc'er i verden, er det med rette, når Kommissionen i betragtning 895 til den anfægtede beslutning anfører, at softwareudviklere, der udvikler applikationer, som er baseret på kun én multimedieafspiller, er tilskyndet til navnlig at gøre det til Windows Media Player. Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen inden for rammerne af markedsundersøgelsen fra 2003 havde anmodet de adspurgte softwareudviklere om at oplyse, hvilke faktorer der var afgørende for, hvilken teknologi de valgte at udvikle deres applikationer til (spørgsmål 7 i begæringen om oplysninger af 16. april 2003). Af de 14 virksomheder, der besvarede spørgsmålet, angav 10 omfanget af en multimedieafspillers tilstedeværelse på klient-pc'erne som den vigtigste eller næstvigtigste faktor (betragtning 896 til den anfægtede beslutning). Kommissionen havde ligeledes spurgt softwareudviklerne, om det var af betydning for dem, at Windows Media Players grænseflader findes på næsten alle Windowsbaserede pc'er (spørgsmål 14 i begæringen om oplysninger af 16. april 2003). Af de 13 virksomheder, der besvarede spørgsmålet, gjorde 10 det bekræftende (betragtning 896 til den anfægtede beslutning).
- 1076 For det tredje anfører Kommissionen i betragtning 897-899 til den anfægtede beslutning, at den almindelige udbredelse, Windows Media Player nyder som følge af koblingssalget, har virkninger på en række tilgrænsende markeder, såsom markederne for multimedieafspillere installeret på mobilt it-udstyr, set-top bokse, DRM-løsninger og onlinemusikdistribution. Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at Microsoft ikke har fremsat noget argument, der kan rejse tvivl om denne vurdering.
- 1077 På baggrund af det foranstående som helhed må der drages den konklusion, at andet trin af Kommissionens ræsonnement er velbegrundet.

- 1078 På tredje trin af sit ræsonnement undersøger Kommissionen markedsudviklingen på baggrund af markedsundersøgelser foretaget af Media Metrix, Synovate og Nielsen/NetRatings og konkluderer, at de data, som er indeholdt i de nævnte undersøgelser, »konsekvent viser, at der er tendens til, at [Windows Media Player] og Windows Media-formater anvendes på bekostning af de vigtigste konkurrerende multimedieafspillere og de dermed forbundne teknologier« (betragtning 944 til den anfægtede beslutning).
- 1079 Retten finder, at den konklusion, der er nævnt i den foregående præmis, er korrekt.
- 1080 Hvad således for det første angår brugsmønstret for multimedieafspillere, fremgår det af de af Media Metrix indsamlede data, at Windows Media Player indtil andet kvartal 1999, hvor koblingssalget begyndte, var langt bagefter markedslederen, nemlig RealPlayer, der havde næsten dobbelt så mange brugere (betragtning 905 og 906 til den anfægtede beslutning). Derimod steg det samlede antal brugere af Windows Media Player fra andet kvartal 1999 til andet kvartal 2002 med ca. 39 mio., dvs. i et omfang, der omtrent svarede til den samlede vækst i antallet af brugere af RealPlayer og QuickTime Player (jf. tabel 8 og 9 i betragtning 907 til den anfægtede beslutning).
- 1081 De data, Synovate har indsamlet på Microsofts vegne, og hvortil der henvises i betragtning 918-920 til den anfægtede beslutning, afspejler ligeledes klart en tendens til at anvende Windows Media Player på bekostning af RealPlayer og QuickTime Player.
- 1082 Det fremgår således af de data fra Synovate, der gengives i betragtning 920 til den anfægtede beslutning, at en del brugere ganske vist anvender mere end én multimedieafspiller, men at 45% af de brugere af denne art, der blev spurgt, i august 2003

angav, at den multimedieafspiller, de anvendte oftest, var Windows Media Player, mens 19% angav, at de oftest anvendte RealPlayer, og 11%, at de oftest anvendte QuickTime Player. Til sammenligning var den multimedieafspiller, der oftest blev anvendt af de brugere, som anvendte mere end én afspiller, i oktober 1999 RealPlayer (50%), fulgt først af Windows Media Player (22%) og derpå af QuickTime Player (15%).

1083 I denne forbindelse bør Microsofts bemærkning om, at forbrugerne gennemsnitligt anvender 1,7 multimedieafspillere om måneden — hvilket tal var steget til 2,1 i 2004 — anskues i den rette sammenhæng. Således som Kommissionen korrekt anfører i betragtning 860 til den anfægtede beslutning, tillader download fra internettet — som ikke udgør en lige så effektiv distributionsmåde som præinstallation af OEM — kun brugeren at føje en multimedieafspiller til sin klient-pc, ikke at udskifte Windows Media Player. Denne multimedieafspiller findes altid på klient-pc'en, mens den yderligere multimedieafspiller i nogle tilfælde er RealPlayer og i andre QuickTime Player eller en anden multimedieafspiller, som ikke er udviklet af Microsoft.

1084 Endelig viser de af Nielsen/NetRatings indsamlede oplysninger (jf. betragtning 921 og 922 til den anfægtede beslutning) ligeledes, at Windows Media Player fra oktober 2002 til januar 2004 klart øgede sit forspring for såvel RealPlayer som QuickTime Player.

1085 Hvad for det andet angår anvendelsen af formater viser de data fra Nielsen/NetRatings, der nævnes i betragtning 930-932 til den anfægtede beslutning, at der er tendens til, at Windows Media-formaterne anvendes på bekostning af RealNetworks' formater og Apples QuickTime-formater.

1086 For det tredje er det velbegrunder, når Kommissionen i betragtning 934-942 til den anfægtede beslutning finder, at de data om anvendelsen af multimedieformater på

websites, som er indsamlet af Netcraft — en virksomhed, der leverer internettjenester — og som Microsoft fremlagde under den administrative procedure, ikke er overbevisende. Navnlige godtgør Kommissionen i fornødent omfang, at de metodologiske mangler, hvormed Netcrafts undersøgelser er behæftet, og hvortil der henvises i betragtning 940-942 til den anfægtede beslutning, svækker Microsofts påstand om, at »RealNetworks-formaterne i november 2002 stadig var lang mere udbredt på [internettet]« (betragtning 937 til den anfægtede beslutning).

1087 Endelig bemærkes for det fjerde, at det er med rette, når Kommissionen i betragtning 943 til den anfægtede beslutning forkaster Microsofts argument om, at RealPlayer i 2001 fandtes på 92% af hjemme-pc'erne i USA og dermed var installeret i en mængde, der er sammenlignelig med den, hvori Windows Media Player findes på klient-pc'er. Dels fandtes RealPlayer i 2003 nemlig kun på 60-70% af hjemme-pc'erne i USA, således som det anføres i samme betragtning. Dels skal det tages i betragtning, at installationsgraden for Windows Media Players vedkommende er 100% for så vidt angår Windowsbaserede klient-pc'er og over 90% på verdensplan for så vidt angår klient-pc'er til anvendelse enten i hjemmet eller erhvervsmæssigt.

1088 Det følger af det foranstående som helhed, at den endelige konklusion om koblingsalgets konkurrencebegrænsende virkninger, som Kommissionen drager i betragtning 978-984 til den anfægtede beslutning, er velunderbygget. Det er således med føje, når Kommissionen heri opregner følgende aktører:

— Microsoft anvender Windows-operativsystemet til klient-pc'er som distributionskanal for at sikre sig en betydelig konkurrencefordel på markedet for multimedieafspillere (betragtning 979 til den anfægtede beslutning).

- På grund af koblingssalget er Microsofts konkurrenter stillet ugunstigt på forhånd, selv om deres produkter måtte være af bedre kvalitet end Windows Media Player (samme betragtning).
  
- Microsoft griber ind i den normale konkurrence, som ville være til fordel for forbrugerne, fordi den muliggør hurtigere innovationsfaser på grund af uhindret konkurrence på kvalitet (betragtning 980 til den anfægtede beslutning).
  
- Koblingssalget forstærker de med indhold og applikationer forbundne adgangsbarrierer, som beskytter Windows, og letter opbygningen af sådanne barrierer til fordel for Windows Media Player (samme betragtning).
  
- Microsoft afskærmer sig imod den effektive konkurrence, der kunne påføres selskabet af leverandører af potentielt mere effektive multimedieafspillere, og mindsker dermed den mængde talent og den kapital, der investeres i innovation inden for multimedieafspillere (betragtning 981 til den anfægtede beslutning).
  
- Gennem koblingssalget kan Microsoft øge sin indflydelse på tilgrænsende markeder for multimediesoftware og svække den effektive konkurrence herpå til skade for forbrugerne (betragtning 982 til den anfægtede beslutning).
  
- Med koblingssalget udsender Microsoft signaler, der modvirker innovationen inden for alle de teknologier, Microsoft kunne tænkes at fatte interesse for og koble med Windows i fremtiden (betragtning 983 til den anfægtede beslutning).

1089 Det er derfor med føje, når Kommissionen i betragtning 984 til den anfægtede beslutning anfører, at der er en reel sandsynlighed for, at koblingssalget af Windows Media Player og Windows fører til afsvækkelse af konkurrencen, således at der i nær fremtid ikke længere vil være sikkerhed for, at der er bevaret en effektiv konkurrencestruktur. Det skal understreges, at Kommissionen ikke har fastslået, at koblingssalget fører til udelukkelse af enhver konkurrence på markedet for multimedieafspillere, som kan afspille streamet indhold. Microsofts argument om, at der flere år efter, at det omtvistede misbrug begyndte, stadig findes flere multimedieafspillere fra andre virksomheder på markedet, modsiger derfor ikke Kommissionens standpunkt.

1090 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsoft ikke har fremsat noget argument, der kan rejse tvivl om det velbegrundede i de konklusioner, Kommissionen drager i den anfægtede beslutning angående betingelsen om udelukkelse af konkurrencen. Det må derfor fastslås, at Kommissionen i fornødent omfang har påvist, at betingelsen er opfyldt i det foreliggende tilfælde.

e) Mangel på en objektiv begrundelse

#### Den anfægtede beslutning

1091 I betragtning 955-970 til den anfægtede beslutning behandler Kommissionen Microsofts argumentation om, at det omtvistede koblingssalg medfører effektivitetsgevinster, som opvejer de påviste konkurrencebegrænsende virkninger.

1092 For det første afviser Kommissionen Microsofts argument om, at koblingssalget medfører effektivitetsgevinster i forbindelse med distributionen (betragtning 956-961 til den anfægtede beslutning).

- 1093 Den finder i første række, at Microsoft ikke kan hævde, at det forhold, at der på en »klar til brug«-computer som standard er defineret en række valgmuligheder, frembyder fordele for forbrugerne i form af sparet tid og færre muligheder for misforståelser. Ifølge Kommissionen sammenblander Microsoft på denne måde »den fordel, forbrugerne opnår ved, at der sammen med operativsystemet til klient-pc'er er præinstalleret en multimedieafspiller, og betydningen af, at det er Microsoft, der vælger multimedieafspilleren for forbrugerne« (betragtning 956 til den anfægtede beslutning).
- 1094 Dernæst betoner Kommissionen OEM's rolle, herunder navnlig at de sammensætter klient-pc'erne individuelt med hensyn til både hardware og software for at differentiere dem fra konkurrerende produkter og imødekomme forbrugernes behov. Den anfører, at »[m]arkedet [derfor ville] reagere på den effektivitet, der er forbundet med at købe en fuld pakke, som omfatter både hardware, operativsystem og applikationssoftware såsom multimedieafspillere, og [at markedet derudover frit ville] kunne tilbyde den mangfoldighed af produkter, forbrugerne ønsker« (betragtning 957 til den anfægtede beslutning). Af de kombinationer af operativsystemer til klient-pc'er og multimedieafspillere, OEM tilbød, ville forbrugerne kunne vælge den, der passede dem bedst.
- 1095 Efter Kommissionens opfattelse kan Microsoft heller ikke påberåbe sig, at de besparelser, der opnås ved koblingssalg af to produkter, betyder, at det ikke er nødvendigt at anvende de økonomiske ressourcer, der ellers ville være blevet anvendt til at opretholde et distributionssystem for det tilknyttede produkt, og at sådanne besparelser vil gå videre til forbrugerne, »som ikke vil skulle bære omkostningerne ved endnu en købshandling, herunder udvælgelsen og installationen af produktet« (betragtning 958 til den anfægtede beslutning). Kommissionen sammenligner navnlig de meget begrænsede distributionsomkostninger, der er forbundet med at give licens til software, med betydningen af forbrugernes valgmuligheder og innovationen inden for software såsom multimedieafspillere.
- 1096 Endelig afviser Kommissionen Microsofts påstand om, at den ved at forbyde det omtvistede koblingssalg stiller Microsoft ugunstigt i forhold til de fleste af selskabets

konkurrenter, som leverer multimediefunktionaliteter sammen med deres operativsystemer. Den anfører dels, at den anfægtede beslutning ikke forhindrer Microsoft i at indgå aftaler med OEM om at præinstallere Windows-operativsystemet sammen med en multimedieafspiller — eventuelt Windows Media Player — på klient-pc'erne for at imødekomme efterspørgslen blandt forbrugerne. Kommissionen understreger, at »det, som udgør misbruget, er, at Microsoft altid kræver, at det er selskabets egen multimedieafspiller, der anskaffes gennem koblingssalget« (betragtning 959 til den anfægtede beslutning). Desuden undlader Microsoft at tage hensyn til, at et koblingssalg indvirker forskelligt på markedet, alt efter om det foretages af en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, eller en virksomhed, som ikke gør det. Ydermere kan en virksomhed med en dominerende stilling have mistet retten til anlægge en adfærd, der ikke ville have været kritisabel, hvis den var blevet anlagt af ikke-dominerende virksomheder.

1097 For det andet afviser Kommissionen Microsofts argument om, at koblingssalget medfører effektivitetsgevinster ved, at Windows Media Player kan fungere som platform for indhold og applikationer (betragtning 962-969 til den anfægtede beslutning).

1098 Kommissionen gør i det væsentlige gældende, at Microsoft hverken har fremlagt beviser for, at Windows Media Players integration i Windows øger produktets præstation i teknisk henseende, eller beviser for, at koblingssalget mere generelt er nødvendigt for at opnå de konkurrencefremmende virkninger, Microsoft har påberåbt sig. Navnlig har Microsoft hverken hævdet eller påvist, at softwareudviklerne ikke ville have kunnet udvikle applikationer, hvis Windows Media Player var blevet distribueret uafhængigt af Windows-operativsystemet til klient-pc'er (betragtning 965 til den anfægtede beslutning).

1099 Kommissionen anfører ligeledes, at den omstændighed, at multimedieafspillere af forskellige mærker kan fungere sammen med Windows, i betydelig grad har bidraget

til udbredelsen af teknologien vedrørende streamede medier og til den deraf følgende udvikling af en mængde multimedieapplikationer (betragtning 966 til den anfægtede beslutning).

- 1100 For det tredje drager Kommissionen i betragtning 970 til den anfægtede beslutning den konklusion, at Microsoft ikke i fornødent omfang har godtgjort, at koblingssalget var objektivt begrundet i konkurrencefremmende virkninger, der ville mere end opveje den hindring for konkurrencen, denne praksis indebærer. De fordele, Microsoft fremstiller som et resultat af koblingssalget, kunne lige så vel være opnået uden dette. Desuden består de andre fordele, Microsoft har påberåbt sig, i det væsentlige i rentabilitetsgevinster for Microsoft og står ikke i forhold til koblingssalgets konkurrencebegrænsende virkninger.
- 1101 I betragtning 1026-1042 til den anfægtede beslutning behandler Kommissionen Microsofts argumenter om de angivelige afhængighedsforhold mellem dels Windows og Windows Media Player, dels Windows og applikationer udviklet af andre virksomheder.

#### Parternes argumenter

- 1102 Forud for sin argumentation vedrørende spørgsmålet om koblingssalget af Windows og Windows Media Player har Microsoft fremsat en række faktuelle bemærkninger.
- 1103 For det første har Microsoft gjort gældende, at integrationen af nye funktionaliteter i de successive versioner af selskabets Windows-operativsystem til klient-pc'er generelt er fordelagtig for softwareudviklerne, OEM og forbrugerne.

- 1104 Indledningsvis giver Windows-operativsystemet til klient-pc'er softwareudviklerne en stabil og veldefineret platform for den software, der skal udvikles. Integrationen af nye funktionaliteter i systemet gør det lettere og hurtige at udvikle software, der fungerer sammen med det. At softwareudviklerne kan udnytte funktionaliteterne i Windows, betyder, at de kan begrænse antallet af funktionaliteter, der skal udformes, udvikles og testes, i deres egne produkter og den samlede størrelse af disse produkter. Endelig er det således, at jo mindre programkode en applikation indeholder, desto mindre risiko er der for, at den ikke fungerer korrekt og kræver teknisk support.
- 1105 OEM er ifølge Microsoft »afhængige af, at der føjes funktionaliteter til Windows, således at der kan bygges pc'er, som appellerer til forbrugerne og gør det muligt at udvikle nye interessante applikationer«.
- 1106 Forbrugerne forventer, at Windows kontinuerligt forbedres. Desuden ønsker nye pc-brugere, især brugere med begrænset teknisk viden, at pc'er er lette at konfigurere og anvende.
- 1107 For det andet har Microsoft givet en mere udførlig beskrivelse af fordelene ved integrationen af en multimediefunktionalitet i Windows. Selskabet har i den forbindelse først gjort gældende, at denne funktionalitet kan anvendes af applikationer udviklet af andre virksomheder, hvilket gør det lettere for softwareudviklerne at medtage lyd- og billedindhold i deres produkter. At der findes en ensartet multimediefunktionalitet i Windows, som stilles til rådighed for softwareudviklerne i form af offentliggjorte API'er, har fremmet udviklingen af talrige applikationer, der bygger på denne form for indhold. Endvidere indeholder multimediefunktionaliteten i Windows en række funktioner såsom afspilning af audio-CD'er og video-DVD'er samt download

af musik fra internettet, der efterspørges af forbrugerne og bidrager til at øge salget af klient-pc'er. Endelig gør multimediefunktionaliteten i Windows pc'er mere tiltrækkende og lettere at anvende for forbrugerne.

1108 Microsoft har anført, at den væsentligste begrundelse for selskabets adfærd er, at integrationen af nye funktionaliteter i operativsystemerne i overensstemmelse med den teknologiske udvikling og udviklingen i forbrugerefterspørgslen er et hovedelement i konkurrencen inden for sådanne systemer og har været til gavn for branchen i over 20 år. Indbygningen af muligheden for at håndtere streamede medier i Windows er et led i Microsofts »succesrige forretningsmodel« og har bidraget til den øgede anvendelse af digitale medier. Microsoft, der på dette punkt støttes af DMDsecure m.fl. og Exor, finder, at Kommissionen har begået en åbenbar fejlvurdering ved ikke i tilstrækkelig grad at tage de reelle fordele ved indbygningen af nye funktionaliteter i Windows-operativsystemet i betragtning.

1109 Til underbygning af den argumentation, der blev gengivet i den foregående præmis, har Microsoft fremsat tre rækker betragtninger.

1110 For det første har Microsoft, støttet af DMDsecure m.fl., TeamSystem, Mamut og Exor, gjort gældende, at integrationen af en multimediefunktionalitet i Windows er en forudsætning for, at software- og websiteudviklere effektivt kan drage nytte af den »stabile og veldefinerede« Windows-plattform. Ved at gøre brug af denne funktionalitet kan de let medtage lyd- og billedindhold i deres produkter og behøver derfor ikke udvikle den komplicerede programkode, der kræves for at afspille et sådant indhold, men vil i stedet kunne koncentrere sig om at forbedre deres produkters egenskaber.

- 1111 Microsoft har afvist Kommissionens bemærkning i betragtning 1031 til den anfægtede beslutning om, at det er uden betydning, om den med Windows koblede multimediefunktionalitet leveres af Microsoft eller en anden virksomhed, idet det ifølge Kommissionen er muligt enten at redistribuere den programkode, som tilvejebringer denne funktionalitet, eller at basere sig på en funktionalitet, der stilles rådighed af en multimedieafspiller fra en anden virksomhed. Hvis softwareudviklerne ikke rådede over en ensartet platform, der stillede en pålidelig række systemtjenester til rådighed, ville de i hvert enkelt tilfælde være nødt til at fastslå, hvilke funktionaliteter der fandtes i forbindelse med den Windowsversion, der var installeret på en given brugers pc, og derpå i givet fald tilvejebringe de manglende funktionaliteter. Dette ville gøre applikationerne større og mere komplekse og dermed mere bekostelige at udvikle, teste og supportere.
- 1112 Microsoft, som på dette punkt støttes af Exor, har gjort gældende, at »stykvist« tilføjelse af komponenter til Windows kan skabe konflikter mellem de forskellige versioner af de pågældende komponenter, hvilket kan medføre funktionsforstyrrelser i Windows eller den installerede applikation.
- 1113 Microsoft har ligeledes gjort gældende, at der for så vidt angår applikationer, »der allerede anvendes i vidt omfang«, ikke findes nogen måde, hvorpå de Windowskomponenter kan distribueres, de bygger på for at opnå multimediefunktionalitet. De pågældende applikationer vil ikke fungere korrekt sammen med en Windowsversion uden Windows Media Player. Desuden er multimediefunktionaliteten i Windows ikke »fungibel«, hvorfor en applikation, der er udformet med henblik på at gøre brug af den, ikke kan anvende en tilsvarende funktionalitet, der leveres af en konkurrerende multimedieafspiller, uden at blive ændret i betydelig grad.
- 1114 Endvidere er Microsoft uenig i Kommissionens påstand om, at konkurrerende multimedieafspillere kan træde i stedet for Windows Media Player for så vidt angår en stor del af dennes funktionaliteter. Navnlig har Kommissionen efter Microsofts opfattelse

ikke godtgjort, at nogen anden virksomhed vil beslutte at tilbyde »en funktionalitet, der kan træde i stedet for hele den i Windows integrerede multimediefunktionalitet«.

- 1115 Ifølge Microsoft vil mangel på multimediefunktionalitet i nogle Windowskopier ligeledes være skadelig for websiteudviklere, der baserer deres distribution af lyd- og billedindhold på, at funktionaliteten er til stede. Hvis de ikke længere kan regne med, at der findes en ensartet multimediefunktionalitet i Windows, vil de skulle indbygge mekanismer i deres produkter, som kan registrere, om den multimediefunktionalitet, der kræves, er til stede, og som giver mulighed for at downloade den nødvendige programkode til brugerens pc, hvis den mangler.
- 1116 Endelig har Microsoft i replikken bestridt Kommissionens standpunkt, hvorefter fordelene ved, at der er indbygget en ensartet multimediefunktionalitet i Windows, ikke kan udgøre en objektiv begrundelse i henhold til fællesskabsretten. Dels kan Kommissionen nemlig ved anvendelsen af artikel 82 EF ikke undlade at tage fordelene ved den adfærd i betragtning, der anses for retsstridig. Dels er det ikke korrekt at hævde, at den standardisering, der finder sted i det aktuelle tilfælde, ikke er resultatet af en konkurrence.
- 1117 For det andet har Microsoft gjort gældende, at integrationen af multimediefunktionaliteten i Windows er nødvendig for, at »andre fordele« kan opnås.
- 1118 Microsoft har i den forbindelse forklaret, at Windows består af et stort antal specialiserede blokke af programkode, der udfører specifikke funktioner. For ikke at skulle gentage den samme funktionalitet i hver af disse blokke, gør særlige blokke af programkode — »komponenterne« — gensidigt brug af hinanden til at løse specifikke opgave. En enkelt komponent kan således bruges til at udføre mange funktioner. F.eks. kan en komponent, der afspiller lydindhold, anvendes til såvel hjælpesystemet i Windows

som den tekst-til-tale-oplæsningsfacilitet, der gør Windows mere tilgængeligt for synshandicappede. Denne måde at designe software på, der benævnes »komponentisering«, bygger på, at komponenterne er indbyrdes afhængige, hvorfor fjernelse af en af dem medfører, at mange andre komponenters funktion forstyrres. F.eks. vil mange af Windows XP's bestanddele, herunder hjælpesystemet, ikke længere fungere, hvis multimediefunktionaliteten fjernes fra operativsystemet. Desuden vil Microsoft på grund af komponenternes gensidige afhængighed ikke kunne udvikle andre dele af Windows, der skal kunne gøre brug af multimediefunktionaliteten, hvis det er usikkert, om denne findes på alle Windowsbaserede klient-pc'er. Det må derfor ikke stå computerfabrikanterne frit at fjerne komponenter i Windows, herunder navnlig de komponenter, der tilvejebringer multimediefunktionaliteten.

1119 I replikken har Microsoft benægtet aldrig at have gjort gældende, at integrationen af Windows Media Player i Windows medfører tekniske effektivitetsgevinster. Microsoft har udførligt forklaret, hvorfor det er »teknisk hensigtsmæssigt, at der i Windows indgår en multimediefunktionalitet, som både andre dele af operativsystemet og applikationer, der benytter systemet som platform, kan gøre brug af«. Endvidere er den omstændighed, at mange softwareudviklere frit vælger at gøre brug af multimediefunktionaliteten i Windows, i sig selv bevis for, at det forhold, at der er »integreret en ensartet multimediefunktionalitet«, medfører tekniske effektivitetsgevinster. Endelig har Microsoft hævdet, at selskabet under den administrative procedure påviste, at Windows fungerer »hurtigere«, når en sådan funktionalitet er integreret i systemet.

1120 For det tredje har Microsoft gjort gældende, at det vil have en række skadelige konsekvenser, hvis den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), gennemføres.

- 1121 Dels vil det forringe operativsystemet at fjerne en række komponenter i kombinationen af Windows og Windows Media Player, især når der er tale om komponenter, som anvendes til at udføre grundlæggende funktioner såsom at afspille lyd- og billedindhold.
- 1122 Dels ville det hurtigt blive umuligt at udforme, udvikle og teste Microsofts Windows-operativsystem, hvis den anfægtede beslutning kom til at danne en præcedens, der var til hinder for, at andre funktionaliteter blev indbygget i systemet i fremtiden. For hver blok programkode, der ville skulle kunne fjernes, ville Microsoft stå over for en eksponentiel forøgelse af sin arbejdsbyrde. Hvis Kommissionen f.eks. besluttede at anvende de samme principper som dem, der fastslås i den anfægtede beslutning, på endnu en blok programkode, ville Microsoft skulle tilbyde fire forskellige versioner af Windows. Som følge af denne »fragmentering« ville det være umuligt at vide, om en given kopi af operativsystemerne indeholdt de funktionaliteter, softwareudviklerne, fabrikanterne af perifert udstyr og brugerne ønskede at anvende. Derfor ville der for hver computerfabrikant findes en version, eller endog flere versioner, af Windows, som indeholdt en forskellig række funktionaliteter. I det lange løb ville muligheden for at fjerne funktionaliteter i Windows give forbrugerne færre valgmuligheder, idet de ville være bundet til bestemte mærker af klient-pc'er, hvorpå der blev afviklet specifikke versioner af Windows, uden at have sikkerhed for, at applikationerne, f.eks. grafikprogrammer, fungerede i forbindelse med andre Windowsversioner. Det ville ligeledes blive langt vanskeligere at blande og få klient-pc'er af forskellige mærker til at fungere sammen inden for det samme computernetværk. Den eneste måde at undgå en sådan fragmentering på ville efter Microsofts opfattelse være at »fastfryse« Windows i systemets nuværende version.
- 1123 Kommissionen har, til at begynde med, afvist Microsofts indledende faktuelle bemærkninger. Den har navnlig anført, at Microsofts generelle påstande om de fordele, det medfører at integrere nye funktionaliteter i operativsystemer til klient-pc'er, og som ikke har noget med Windows Media Player at gøre, er irrelevante.

1124 Endvidere har Kommissionen, støttet af SIIA, hævdet, at Microsoft ikke har godtgjort, at den påtalte adfærd er objektivt begrundet.

1125 For det første afviste den i betragtning 955-970 til den anfægtede beslutning Microsofts argumentation om, at det omtvistede koblingssalg medfører effektivitetsgevinster, der opvejer de påviste konkurrencebegrænsende virkninger. Hvad nærmere angår de påståede distributionsmæssige effektivitetsgevinster bygger Microsofts argumentation ifølge Kommissionen på en sammenblanding af »den fordel, forbrugerne opnår ved, at der sammen med operativsystemet til klient-pc'er er præinstalleret en multimedieafspiller, og betydningen af, at det er Microsoft, der vælger multimedieafspilleren for forbrugerne«. Kommissionen har under henvisning til betragtning 962 til den anfægtede beslutning tilføjet, at Microsoft ikke har påvist nogen teknisk effektivitetsgevinst, der forudsætter, at Windows Media Player er integreret i Windows. Microsofts påstand om, at Windows fungerer hurtigere, når en multimediefunktionalitet er integreret i systemet, der er blevet fremsat for første gang i replikken, underbygges ikke af noget bevis. Endelig afskærmer Microsoft ved koblingssalget sig mod den effektive konkurrence, der kunne påføres selskabet af leverandører af potentielt mere effektive multimedieafspillere, som kunne udfordre Microsofts stilling. Derved begrænser Microsoft den mængde talent og den kapital, der investeres i innovation inden for multimedieafspillere, og mindsker sin egen tilskyndelse til at innovere på dette område.

1126 For det andet har Kommissionen taget stilling til de tre rækker betragtninger, Microsoft har fremsat.

1127 Indledningsvis har Kommissionen peget på, at multimedieafspillere frembyder egenskaber som både applikations- og platformsoftware. Multimedieafspillere kan, med andre ord, selv om de er baseret på klient-pc'ens operativsystem, selv fungere som grundlag for andre applikationer. Multimedieafspillere leverer deres platformstjenester, uanset om de er koblet til et pc-operativsystem eller ej.

- 1128 Den fordel, koblingssalget indebærer for softwareudviklerne og indholdsleverandørerne, består efter Kommissionens opfattelse i, at det gør det muligt for dem at undgå at gøre »den indsats, som er forbundet med at konkurrere«, hvilket ikke kan udgøre en gyldig begrundelse i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler. På grund af Windows Media Players kobling med det »monopolagtigt allestedsnærværende« Windows-operativsystem behøver softwareudviklere og indholdsleverandører, der baserer deres produkter på denne multimedieafspiller, ikke at overbevise brugerne om, at de skal installere den. Modsat tilskynder softwareudviklere og indholdsleverandører, der anvender en multimedieafspiller fra en anden virksomhed som platform, normalt brugerne til at installere den pågældende multimedieafspiller på deres computer, f.eks. ved at tilbyde links, hvorigennem den kan downloades fra internet.
- 1129 Endvidere har Kommissionen anført, at koblingssalget medfører omkostningsforøgelser for leverandørerne af konkurrerende multimedieafspillere og andre softwareudviklere, der baserer sig på disse, fordi de skal overbevise brugerne om, at de skal installere de pågældende multimedieafspillere; dette skyldes, at »konkurrenterne skal overvinde de tilskyndelser til ikke at installere en anden multimedieafspiller med i det væsentlige de samme egenskaber som Windows Media Player, som den automatiske tilstedeværelse af denne multimedieafspiller har skabt (oplærings-, support- og lageromkostninger er eksempler på sådanne tilskyndelser)«.
- 1130 Ligeledes finder Kommissionen, at Microsofts argumentation om den ensartede platform svarer til at kræve, at Microsoft får tilladelse til at udvide Windows-monopolet ved at koble andre softwareprodukter til systemet, blot fordi de pågældende produkter også tilbyder platformsfunktioner til uafhængige softwareudviklere. Microsoft har i det væsentlige gjort gældende, at indbygningen af Windows Media Player i Windows fører til en de facto-standardisering, og at dette er fordelagtigt for andre virksomheder, fordi de ved, at Windows Media Player altid findes i dette system. En standardisering kan imidlertid ikke indføres ensidigt af en dominerende virksomhed ved hjælp af koblingssalg (betragtning 969 til den anfægtede beslutning).

1131 Endvidere har Kommissionen anført, at selv om en programkode ikke er fuldstændig fungibel (jf. præmis 1113 ovenfor), er det dog alligevel således, at konkurrerende multimedieafspillere kan træde i stedet for Windows Media Player for så vidt angår en stor del af dennes funktionaliteter. Hvad de øvrige funktionaliteter angår kan leverandørerne af konkurrerende multimedieafspillere vælge ikke at implementere dem umiddelbart, da de ved, at de er til rådighed i Windows Media Player. Dette er dog ikke til hinder for, at de udvikler de pågældende funktionaliteter umiddelbart efter gennemførelsen af den afhjælpende foranstaltning for at drage fordel af den ukoblede version af Windows og imødekomme efterspørgslen fra softwareudviklerne.

1132 I duplikken har Kommissionen tilføjet, at den aldrig har påstået, at multimedieafspillere fra andre virksomheder udgør »fuldkomne substitutter« for multimediefunktionaliteten i Windows. Den forklarer blot i den anfægtede beslutning, at multimedieafspillere, der fungerer sammen med en ukoblet udgave af Windows, i vid udstrækning kan »erstatte Windows Media Players egenskaber«. Multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, konkurrerer med hinanden på en række parametre såsom streaming'ens kvalitet, måden, hvorpå indholdet er arrangeret, og det format, hvori filen skal foreligge.

1133 Endelig har Kommissionen bestridt Microsofts påstand om, at nogle applikationer ikke længere vil fungere korrekt, når de anvendes sammen med den version af Windows, der skal tilbydes i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a). Desuden har Kommissionen under henvisning til det eksempel, der anføres i betragtning 1038 til den anfægtede beslutning, bemærket, at professionelle websites normalt indeholder mekanismer, der automatisk registrerer, om de komponenter, der kræves for at gengive en webside, ikke er til stede, og giver mulighed for at downloade disse. I duplikken har Kommissionen tilføjet, at der under alle omstændigheder er flere forskellige måder, hvorpå udviklere, der baserer deres produkter på Windows Media Player, kan løse det problem, at en pc-bruger ikke har installeret denne multimedieafspiller.

- 1134 Dernæst har Kommissionen afvist de af Microsofts argumenter, der bygger på komponentiseringen.
- 1135 Den har indledningsvis gjort gældende, at argumenterne er fuldstændig abstrakte, idet Microsoft har henvist generelt til begrebet »multimediefunktionalitet«. Kommissionen har gentaget, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), ikke påvirker den grundlæggende multimediefunktionalitet i Windows.
- 1136 Endvidere har den peget på, at Microsoft med hensyn til de filer, der skal fjernes i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), klart har angivet, hvilke filer Windows Media Player udgøres af. Kommissionen har i den forbindelse henvist til en skrivelse af 13. september 2004 fra Microsofts medarbejder Heiner og anført, at Microsoft ikke kan hævde, at det ikke er »teknisk muligt« at udforme en ukoblet version af Windows.
- 1137 Desuden har Kommissionen bemærket, at Microsoft ifølge den anfægtede beslutning skal udforme og tilbyde en version af Windows, som ikke er koblet med Windows Media Player, idet Microsoft skal drage omsorg for, at denne version fungerer fuldt ud og er af god kvalitet. Beslutningen er ikke til hinder for, at Microsoft fortsat tilbyder en version af Windows, som er koblet med Windows Media Player »i overensstemmelse med Microsofts nuværende måde at udforme software på«.
- 1138 Endelig har Kommissionen peget på, at Microsoft kun har givet ét eksempel på »komponenternes gensidige afhængighed«, nemlig hjælpesystemet i Windows XP. Dette hjælpesystem bygger, i den udstrækning det gør brug af lyd eller billeder, på en multimedieinfrastruktur, som også vil findes i den version af Windows, der ikke er koblet med Windows Media Player. Det vil derfor fungere korrekt, uanset om denne multimedieafspiller er til stede eller ej, således som det fremgår af en testrapport,

RealNetworks fremlagde under den administrative procedure. Der er ikke grundlag for Microsofts påstand om, at mange andre dele af Windows XP ikke længere vil fungere, hvis Windows Media Player fjernes fra kombinationen af Windows og Windows Media Player.

- 1139 Kommissionen har tilføjet, at den i betragtning 1026-1042 til den anfægtede beslutning foretog en detaljeret undersøgelse af spørgsmålet om de påståede afhængighedsforhold mellem Windows og Windows Media Player. Den fandt, at nogle af funktionaliteter, denne multimedieafspiller normalt leverer, naturligvis ikke vil være til stede, hvis den fjernes fra Windows (betragtning 1033 til den anfægtede beslutning). Det betyder imidlertid ikke, at operativsystemet ikke vil fungere korrekt, eller at det vil være »forninget«. Desuden viser det eksempel, Windows XP Embedded udgør, at det er teknisk muligt for Windows at fungere uden at kunne afspille multimedieindhold — fordi koden er blevet fjernet — uden at det fører til, at operativsystemets funktionaliteter blokeres (betragtning 1028-1030 til den anfægtede beslutning).
- 1140 Endelig er de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende fremtidige skadelige virkninger af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), efter Kommissionens opfattelse hypotetiske, baseret på formodninger og irrelevante.
- 1141 For det første bevarer Microsoft ifølge den anfægtede beslutning retten til fortsat at tilbyde den koblede version af Windows.
- 1142 Endvidere har Kommissionen, på dette punkt støttet af SIIA, påpeget, at Microsoft allerede markedsfører flere forskellige versioner af sit operativsystem til klient-pc'er, som ikke alle kan træde i stedet for hinanden, såsom Windows 98, Windows 2000, Windows Millenium Edition, Windows NT og Windows XP. Disse forskellige versioner af Windows understøtter ikke de samme applikationer.

1143 Endelig har Kommissionen afvist Microsofts påstand om, at Microsoft må »fast-fryse« Windows i systemets nuværende version. Kommissionen har gjort gældende, at den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), på ingen måde påvirker Microsofts tilskyndelser til at innovere, hverken på markedet for multimedieafspillere eller på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, og at foranstaltningen gør det muligt for forbrugerne at træffe deres valg på grundlag af produkternes kvalitet. Ifølge Kommissionen, der på dette punkt støttes af Audio-banner.com, er det i realiteten koblingssalget, der modvirker innovation, navnlig på markedet for multimedieafspillere (betragtning 981 til den anfægtede beslutning). Desuden tilskynder det til ikke at investere i nogen af de teknologier, Microsoft kunne tænkes at fatte interesse for i fremtiden (betragtning 983 til den anfægtede beslutning).

#### Rettens bemærkninger

1144 Indledningsvis bemærkes, at det ganske vist er Kommissionen, der skal bevise, at de omstændigheder foreligger, som udgør en tilsidesættelse af artikel 82 EF, men at det er den pågældende dominerende virksomhed, og ikke Kommissionen, der i givet fald skal gøre en eventuel objektiv begrundelse gældende inden afslutningen af den administrative procedure og underbygge begrundelsen med argumenter og beviser. Hvis Kommissionen agter at fastslå, at der foreligger misbrug af dominerende stilling, påhviler det den derefter at godtgøre, at de argumenter og beviser, den pågældende virksomhed har påberåbt sig, ikke kan tages til følge, og at den angivne begrundelse derfor ikke kan tiltrædes.

1145 Som begrundelse for sin adfærd har Microsoft i sine skriftlige indlæg i det væsentlige fremsat to rækker argumenter, som for en stor del er sammenfaldende med dem, Microsoft gjorde gældende under den administrative procedure, og som Kommissionen behandler og med rette forkaster i betragtning 955-970 og 1026-1042 til den anfægtede beslutning, således som det vil fremgå af de følgende præmisser.

- 1146 For det første har Microsoft kritiseret Kommissionen for ikke at have taget fordelene ved Microsofts forretningsmodel, som indebærer, at der til stadighed indbygges nye funktionaliteter i Windows, i betragtning. Microsoft har i den forbindelse nærmere gjort gældende, at indbygningen af en multimediefunktionalitet i Windows er nødvendig for, at software- og websiteudviklere fortsat kan drage nytte af de store fordele ved den »stabile og veldefinerede« Windows-plattform.
- 1147 For det andet har Microsoft gjort gældende, at fjernelse af multimediefunktionaliteten fra kombinationen af Windows og Windows Media Player vil medføre en række problemer, der vil gå ud over forbrugerne, softwareudviklerne og websiteudviklerne. Microsoft har navnlig påberåbt sig, at selskabets Windows-operativsystem bygger på den såkaldte komponentiseringsmetode (jf. præmis 1118 ovenfor), og at fjernelsen vil medføre, at systemet forringes og »fragmenteres«.
- 1148 For så vidt angår Microsofts første række argumenter er det nødvendigt indledningsvis at klarlægge den nøjagtige rækkevidde af det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), og af den afhjælpende foranstaltning, der fastsættes i beslutningens artikel 6, litra a).
- 1149 Hvad Kommissionen foreholder Microsoft i den anfægtede beslutning, er ikke selve den omstændighed, at Microsoft har integreret Windows Media Player i Windows, men at Microsoft på markedet udelukkende tilbyder en version af Windows, hvori Windows Media Player er integreret, dvs. at Microsoft ikke gør det muligt for OEM og forbrugerne at erhverve en version af Windows, som ikke omfatter Windows Media Player, eller i det mindste at fjerne denne multimedieafspiller fra kombinationen af Windows og Windows Media Player. Skønt Microsoft i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), pålægges at tilbyde »en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem til klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media

Player«, angives det således også udtrykkeligt deri, at »Microsoft [...] bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet til klient-pc'er koblet med Windows Media Player« (jf. i overensstemmelse hermed betragtning 1011 og 1023 til den anfægtede beslutning).

1150 Kommissionen kritiserer således hverken Microsofts forretningsmodel for, at der i selskabets operativsystem til klient-pc'er er indbygget en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, eller dette system for, at det giver software- og websideudviklere mulighed for at drage nytte af fordelene ved den »stabile og veldefinerede« Windows-plattform. Kommissionen kritiserer, at Microsoft ikke parallelt med den version af systemet, der svarer til selskabets forretningsmodel, markedsfører en version uden Windows Media Player og dermed gør det muligt for OEM eller de endelige brugere at installere et produkt efter deres valg som den primære multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold.

1151 Endvidere kan Microsoft efter Rettens opfattelse ikke påberåbe sig, at det omtvistede koblingssalg giver sikkerhed for, at der findes en bestemt multimediefunktionalitet i Windows, hvilket indebærer, at software- og websideudviklere ikke behøver at lade mekanismer indgå i deres produkter, der gør det muligt at fastslå, hvilken multimedieafspiller der findes på en given klient-pc, og om nødvendigt at installere den nødvendige funktionalitet (jf. præmis 1107, 1111 og 1115 ovenfor). Det forhold, at software- og websideudviklerne på grund af koblingssalget har sikkerhed for, at Windows Media Player findes på praktisk talt samtlige klient-pc'er i verden, er netop en af de vigtigste grunde til, at Kommissionen har fundet, at koblingssalget fører til, at konkurrerende multimedieafspillere udelukkes fra markedet. Selv om denne altovervejende tilstedeværelse, hvortil Microsoft har henvist, eventuelt medfører fordele for de nævnte erhvervsdrivende, er denne omstændighed ikke tilstrækkelig til at opveje koblingssalgets konkurrencebegrænsende virkninger.

- 1152 Således som Kommissionen med rette har gjort gældende (jf. præmis 1130 ovenfor), hævder Microsoft ved et sådant argument i realiteten, at indbygningen af Windows Media Player i Windows og markedsføringen af Windows udelukkende i denne form fører til en de facto-standardisering af Windows Media Player-plattformen, hvilket har gavnlige virkninger på markedet. Selv om standardisering i almindelighed faktisk kan medføre en række fordele, kan det ikke accepteres, at en virksomhed med en dominerende stilling ensidigt gennemfører en standardisering ved hjælp af koblingsalg.
- 1153 Endvidere kan det ikke udelukkes, at andre virksomheder ikke ønsker den de facto-standardisering, Microsoft gør sig til talsmand for, men foretrækker, at der stadig er konkurrence mellem forskellige platforme, fordi dette fremmer innovationen på det område, der udgøres af platformene.
- 1154 Desuden kan de andre fordele, Microsoft har påberåbt sig, lige så vel opnås uden den påtalte adfærd, således som Kommissionen og SIIA med rette har gjort gældende.
- 1155 For så vidt angår forbrugerne kan disses efterspørgsel efter en pc, som er »klar til brug«, og som bl.a. indeholder en multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, således fuldt ud tilfredsstilles af OEM, hvis virksomhed netop består i at sammensætte sådanne pc'er ved at kombinere bl.a. et operativsystem til klient-pc'er og de applikationer, forbrugerne ønsker (betragtning 68 og 119 til den anfægtede beslutning). Den anfægtede beslutning er heller ikke til hinder for, at Microsoft fortsat til de forbrugere, der foretrækker den løsning, tilbyder den med Windows Media Player koblede version af Windows.
- 1156 Microsoft kan heller ikke påberåbe sig, at OEM er »afhængige af, at der føjes funktionaliteter til Windows, således at der kan bygges pc'er, som appellerer til forbrugerne

og gør det muligt at udvikle nye interessante applikationer«. Klient-pc'er med sådanne egenskaber kan OEM nemlig tilbyde ved på pc'erne at præinstallere applikationer, som de har erhvervet hos softwareudviklere. På samme måde kan Microsoft levere Windows Media Players funktionaliteter særskilt, dvs. uden at koble multimedieafspilleren med Windows-operativsystemet.

1157 Microsoft kan heller ikke hævde, at det er nødvendigt at indbygge en multimedie-funktionalitet i Windows, hvis software- og websiteudviklerne skal kunne drage effektivt nytte af Windows-plattformen, og at Microsoft fritager dem for selv at udvikle den nødvendige programkode.

1158 Dette argument må nemlig forkastes af de grunde, der anføres i betragtning 962-967 til den anfægtede beslutning. Det bemærkes i den forbindelse, at skønt multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, udgør applikationssoftware, indeholder de API'er, hvorfor de ligeledes kan fungere som platform for applikationer fra andre virksomheder; dette gælder både Windows Media Player og konkurrerende multimedieafspillere. En multimedieafspiller, der kan afspille streamet indhold, behøver ikke at være integreret i et operativsystem til klient-pc'er for at kunne levere sådanne platformsfunktioner. At der ikke er sket en sådan integration, betyder navnlig ikke — i modsætning til hvad Microsoft synes at mene — at uafhængige softwareudviklere selv skal skrive den nødvendige kode. Som anført i betragtning 966 til den anfægtede beslutning, udvikler et stort antal softwareudviklere og leverandører af internetindhold således deres produkter på grundlag af API'er, der er indeholdt i multimedieafspilleren RealPlayer, selv om den ikke er integreret i noget operativsystem til klient-pc'er. På samme måde kan softwareudviklerne udvikle applikationer — hvilket de gør — som er bestemt til at fungere sammen med WMP 9, selv om denne multimedieafspiller ikke blev præinstalleret på basis af Windows (betragtning 965 til den anfægtede beslutning).

1159 Endelig konstaterer Retten, at Microsoft — således som Kommissionen har gjort gældende såvel i den anfægtede beslutning som i sine skriftlige indlæg — ikke har påvist, at integrationen af Windows Media Player i Windows medfører tekniske effektivitetsgevinster, eller, med andre ord, at den »medfører, at produktet præsterer en bedre ydelse i teknisk henseende« (betragtning 962 til den anfægtede beslutning).

1160 I replikken har Microsoft — for første gang — påberåbt sig, at »Windows fungerer hurtigere, når en multimediefunktionalitet er integreret i systemet«. Det er tilstrækkeligt at bemærke herom, at denne påstand ikke er underbygget.

1161 Ligeledes i replikken har Microsoft hævdet, at den omstændighed, at mange softwareudviklere frit vælger at gøre brug af multimediefunktionaliteten i Windows, viser, at en sådan funktionalitet medfører tekniske effektivitetsgevinster. Denne påstand må forkastes. Dels vedrører den anfægtede beslutning multimedieafspilleren Windows Media Player og ikke multimediefunktionalitet i almindelighed. Dels beviser den omstændighed, at der er softwareudviklere, der baserer sig på Windows Media Player, ikke i sig selv, at koblingssalget medfører tekniske effektivitetsgevinster.

1162 Microsofts anden række argumenter må ligeledes forkastes.

1163 Hvad disse argumenter angår er det for det første med hensyn til Microsofts påstand om, at applikationer, »der allerede anvendes i vidt omfang«, ikke længere vil fungere korrekt, hvis de afvikles sammen med en Windowsversion uden Windows Media Player, tilstrækkeligt at bemærke, at denne påstand ikke er blevet godtgjort i fornødent omfang.

1164 Endvidere bemærkes, at Microsofts påstand om, at fjernelsen af multimediefunktionaliteten fra kombinationen af Windows og Windows Media Player vil påvirke funktionen af dele af selve Windows-operativsystemet, ikke er underbygget. De eneste eksempler, Microsoft har anført i denne forbindelse, nemlig de eksempler, der udgøres af hjælpesystemet og tekst-til-tale-oplæsningsfaciliteten i Windows, er ikke overbevisende. De nævnte systemer gør nemlig brug af den grundlæggende multimedieinfrastruktur i Windows-operativsystemet, ikke af Windows Media Player. Således som det blev anført i præmis 916 ovenfor, vedrører den påtalte adfærd for så vidt angår spørgsmålet om koblingsalg kun den applikationssoftware, Windows Media Player udgør, og ikke nogen anden multimedieteknologi, som indgår i Windows-operativsystemet til klient-pc'er, og den grundlæggende infrastruktur i dette system vil fortsat være til stede i den version af Windows, der skal tilbydes i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a). Det anførtes ligeledes i præmis 916 ovenfor, at Microsoft i sin tekniske dokumentation selv sondrer mellem de filer, der udgør Windows Media Player, og de øvrige multimediefiler, herunder dem, der vedrører den nævnte grundlæggende multimedieinfrastruktur i operativsystemet.

1165 Endvidere bemærkes, at Microsoft heller ikke kan hævde, at fjernelse af Windows Media Player fra kombinationen af denne multimedieafspiller og Windows vil føre til forringelse af operativsystemet. Windows XP Embedded kan således konfigureres på en sådan måde, at operativsystemet ikke indeholder Windows Media Player, uden at det skader integriteten af dets øvrige funktionaliteter. Desuden tilbød Microsoft i hele perioden fra juni 1998 til maj 1999, hvor Microsoft for første gang integrerede WMP 6 i sit operativsystem til klient-pc'er uden at gøre det muligt for OEM og brugerne at fjerne den fra systemet, sin afspiller til streamede medier som separat applikationssoftware, uden at det påvirkede Windows-operativsystemets funktion. Ydermere har Microsoft i medfør af den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), sendt en version af Windows på markedet, som ikke indeholder Windows Media Player, og denne version fungerer fuldt ud.

- 1166 Endelig må Microsofts argument om faren for, at selskabets Windows-operativsystem »fragmenteres« (jf. præmis 1122 ovenfor), ligeledes forkastes. Dels er argumentet hypotetisk og spekulativt, således som Kommissionen har anført i svarskriftet. Dels står det i modsætning til Microsofts egen forretningspraksis. Microsoft har således i de senere år successivt sendt flere forskellige versioner af Windows-operativsystemet på markedet, som ikke alle kan træde i stedet for hinanden, nemlig Windows 98, Windows 2000, Windows Me, Windows NT og Windows XP. Desuden foreligger f.eks. Windows XP i syv forskellige versioner.
- 1167 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsoft ikke har godtgjort, at der er en objektiv begrundelse for det retsstridige koblings salg af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player.

f) Manglende hensyntagen til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i medfør af TRIPs-aftalen

#### Den anfægtede beslutning

- 1168 Kommissionen behandler i betragtning 1049-1053 til den anfægtede beslutning Microsofts argument om, at den foranstaltning, der skal råde bod på selskabets retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, strider imod de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i henhold til TRIPs-aftalen, såvel som Microsofts argument om, at den foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige koblings salg, strider imod de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i henhold til aftalen om tekniske handelshindringer af 15. april 1994 (bilag 1 A til overenskomsten om oprettelse af WTO).

- 1169 Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at den anfægtede beslutning er fuldt forenelig med de forpligtelser, der påhviler Fællesskabet i henhold til TRIPs-aftalen og aftalen om tekniske handelshindringer (betragtning 1052 til den anfægtede beslutning).
- 1170 Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at Microsoft af de grunde, der blev anført i præmis 801 og 802 ovenfor, ikke kan påberåbe sig de nævnte aftaler som grundlag for at anfægte lovligheden af den anfægtede beslutning (betragtning 1053 til den anfægtede beslutning).

#### Parternes argumenter

- 1171 Microsoft har gjort gældende, at selskabet i den anfægtede beslutning pålægges at udvikle en version af sit Windows-operativsystem, hvori »næsten hele« multimediefunktionaliteten er fjernet, og at tilbyde dette »forringede produkt« til forbrugerne i Europa under varemærkerne Microsoft og Windows. Derved skader beslutningen Microsofts varemærkerettigheder og ophavsrettigheder — to grupper rettigheder, som Fællesskaberne er retligt forpligtede til at beskytte i henhold til TRIPs-aftalen.
- 1172 Hvad for det første angår selskabets varemærkerettigheder har Microsoft hævdet, at den anfægtede beslutning begrænser disse i strid med TRIPs-aftalens artikel 17 og 20. Ifølge TRIPs-aftalens artikel 17 kan der kun fastsættes begrænsede undtagelser fra de rettigheder, der indrømmes ved et varemærke, og der skal i sådanne undtagelser tages hensyn til varemærkeindehaverens og tredjeparters legitime interesser. Ifølge TRIPs-aftalens artikel 20 må anvendelsen af et varemærke ikke i urimelig udstrækning hæmmes af særlige krav såsom »anvendelse i en særlig form eller anvendelse på en måde, der skader muligheden for ved hjælp af varemærket at sondre en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders«.

1173 Ifølge Microsoft har Kommissionen ved at bestemme, at Microsoft under licens skal tilbyde en Windowsversion uden multimediefunktionalitet, pålagt selskabet at forsyne et produkt, det ikke har udformet, og som det ved ikke vil fungere som tilsigtet, med sit »højest værdifulde« varemærke. Desuden kan der være fare for, at denne version forveksles med den, som indeholder multimediefunktionaliteten. Microsoft finder ligeledes, at den anfægtede beslutning krænker selskabets ret til at kontrollere kvaliteten af de produkter, som bærer dets varemærke, og har i den forbindelse gentaget, at den version af Windows, der skal tilbydes i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), vil påvirke funktionen af dels en række dele af selve Windows-operativsystemet, dels applikationer og websites, der gør brug af denne multimediefunktionalitet. Efter Microsofts opfattelse falder de »hindringer«, der på denne måde skabes af den anfægtede beslutning, ikke ind under den form for »begrænsede« undtagelser, der er omhandlet i TRIPs-aftalens artikel 17. Endvidere strider den forpligtelse, der pålægges Microsoft, til at anbringe sine Windows- og Microsoft-varemærker på produkter af ringere kvalitet, hvis udformning selskabet ikke kan kontrollere, direkte imod ikke blot selskabets egne, men også forbrugernes og softwareudviklernes, interesser.

1174 TRIPs-aftalens artikel 20 tilsidesættes ved, at Kommissionen, på trods af at der kunne være truffet andre, lige så virkningsfulde foranstaltninger, har forpligtet Microsoft til at skade Microsoft-varemærket på en måde, der mindsker dets betydning som indikator for oprindelse og kvalitet, hvilket skaber forvirring hos forbrugerne og undergraver den »goodwill«, der knytter sig til dette varemærke.

1175 Hvad for det andet angår Microsofts ophavsrettigheder har selskabet hævdet, at den anfægtede beslutning krænker dets — af TRIPs-aftalen beskyttede — enerettigheder med hensyn til at give tilladelse til, at dets værker tilpasses, arrangeres, på anden måde omformes eller reproduceres, uanset på hvilken måde eller i hvilken form det sker, og med hensyn til at distribuere kopier af Windows til offentligheden. I beslutningen pålægges Microsoft nemlig dels at tilvejebringe en tilpasset version af Windows, som ikke er i overensstemmelse med selskabets egen udformning af systemet, og som udgør en væsentlig omformning af dets beskyttede værk, dels at give licens til at anvende kopier af denne »påbudt tilpassede version af sit beskyttede

værk«. Microsoft har gjort gældende, at det ifølge TRIPs-aftalen kun kan pålægges at give licens til at anvende et ophavsretsbeskyttet værk, hvis de i aftalens artikel 13 fastsatte betingelser er opfyldt, hvilket de ikke er i det foreliggende tilfælde.

- 1176 Kommissionen har principalt gjort gældende, at lovligheden af den anfægtede beslutning ikke kan efterprøves på grundlag af TRIPs-aftalen (jf. præmis 789 ovenfor).
- 1177 Subsidiært har Kommissionen hævdet, at der under alle omstændigheder ikke er grundlag for Microsofts argumenter.
- 1178 Kommissionen har i denne forbindelse for det første afvist Microsofts argumenter vedrørende selskabets varemærkerettigheder.
- 1179 Den har indledningsvis anført, at argumenterne er vanskelige at forstå, og at Microsoft ikke har gjort klart, om den påståede tilsidesættelse af TRIPs-aftalen vedrører fastslåelsen i den anfægtede beslutning af, at der er begået misbrug i form af koblingsalg, eller den foranstaltning, der skal råde bod på dette misbrug.
- 1180 Endvidere har Kommissionen peget på, at indehaveren af et registreret varemærke ifølge TRIPs-aftalens artikel 16, stk. 1, har eneret til at forhindre alle tredjeparter, som ikke har indehaverens samtykke, i erhvervsmæssigt at anvende identiske eller lignende mærker. Microsoft har hverken forklaret, hvordan denne ret påvirkes af den anfægtede beslutning, eller på hvilken måde anvendelsen af selskabets varemærker som følge af beslutningen i urimelig udstrækning hæmmes af særlige krav som omhandlet i TRIPs-aftalens artikel 20. Ifølge Kommissionen er førnævnte eneret, på samme måde som varemærkets funktion som garanti for produkternes oprindelse, derfor bevaret i det foreliggende tilfælde.

- 1181 Kommissionen har endvidere anført, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), ikke griber ind i Microsofts ret til at kontrollere kvaliteten af de med varemærket forsynede produkter, eftersom Microsoft bevarer »den fulde kontrol med sine egne produkter«. Desuden har den allerede tilbagevist argumentet om, at den version af Windows, der ikke er koblet med Windows Media Player, udgør et forringet produkt. Den fare for forvirring, Microsoft har påberåbt sig, kan undgås ved tilstrækkelig information og mærkning.
- 1182 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at selv hvis det er korrekt, at den anfægtede beslutning krænker Microsofts varemærkerettigheder, gør undtagelsesbestemelsen i TRIPs-aftalens artikel 17, sammenholdt med aftalens artikel 8, stk. 2, og artikel 40, stk. 2, det muligt at bringe den overtrædelse af konkurrencereglerne til ophør, der fastslås i den anfægtede beslutning.
- 1183 For det andet har Kommissionen afvist Microsofts argumenter vedrørende selskabets ophavsrettigheder.
- 1184 Den har herom indledningsvis anført, at den anfægtede beslutning ikke giver nogen tredjepart tilladelse til at tilpasse eller reproducere Microsofts ophavsretsbeskyttede værker, og finder ikke, at Microsoft kan påberåbe sig nogen »ret til integritet«, hvilket er en »droit moral«, som derfor ikke er omfattet af TRIPs-aftalen.
- 1185 Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at de argumenter, Microsoft har baseret på TRIPs-aftalens artikel 13, ikke kan tiltrædes. Den har nærmere anført, at den anfægtede beslutning vedrører et »særligt tilfælde« som omhandlet i denne artikel, da den drejer sig om »tilfælde af koblingssalg, der udgør misbrug af dominerende stilling«.

- 1186 Endelig finder Kommissionen, at selv hvis det er korrekt, at den anfægtede beslutning krænker Microsofts ophavsrettigheder, gør undtagelsesbestemmelsen i TRIPs-aftalens artikel 13, sammenholdt med artikel 8, stk. 2, og artikel 40, stk. 2, det muligt at bringe den overtrædelse af konkurrencereglerne, der fastslås i den anfægtede beslutning, til ophør.
- 1187 SIIA har i det væsentlige fremsat de samme argumenter som Kommissionen.

#### Rettens bemærkninger

- 1188 Retten bemærker, at Microsoft har anfægtet lovligheden af den anfægtede beslutning med den begrundelse, at den strider imod en række bestemmelser i TRIPs-aftalen, navnlig aftalens artikel 13, 17 og 20.
- 1189 Som allerede anført i præmis 801 ovenfor, er det imidlertid fast retspraksis, at WTO-aftalerne efter deres art og opbygning ikke hører til de regler, på grundlag af hvilke Fællesskabets retsinstanter prøver lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter.
- 1190 Således som det også allerede er anført i præmis 802 ovenfor, er det kun, såfremt Fællesskabet har ønsket at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtaget forpligtelse, eller når den pågældende fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til bestemte bestemmelser i WTO-aftalerne, at det tilkommer Fællesskabets retsinstanter at prøve den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed efter WTO-bestemmelserne. Da det er åbenbart, omstændighederne i den foreliggende sag ikke svarer til

nogen af disse situationer, kan Microsoft ikke påberåbe sig TRIPs-aftalen, herunder navnlig dens artikel 13, 17 og 20, til støtte for sin påstand om annullation af den anfægtede beslutning, i den udstrækning den vedrører spørgsmålet om koblingssalg af Windows og Windows Media Player.

1191 Heraf følger, at dette led af det første anbringende må forkastes, idet det er uforholdende at behandle de argumenter, Microsoft har fremsat til støtte derfor.

1192 Det skal tilføjes, at der under alle omstændigheder ikke er noget i TRIPs-aftalen, som er til hinder for, at WTO-medlemmernes konkurrencemyndigheder træffer bestemmelse om afhjælpende foranstaltninger, der begrænser eller regulerer udnyttelsen af en dominerende virksomheds intellektuelle ejendomsrettigheder, når virksomheden udøver disse rettigheder på en konkurrencebegrænsende måde. Således som Kommissionen korrekt har anført, fremgår det udtrykkeligt af TRIPs-aftalens artikel 40, stk. 2, at WTO's medlemmer har ret til at fastsætte regler om tilfælde af misbrug af sådanne rettigheder for at undgå ugunstige følger for konkurrencen. Bestemmelsen har således følgende ordlyd:

»Intet i denne aftale forhindrer medlemmerne i at specificere de licensmetoder eller -betingelser i deres lovgivning, som i særlige tilfælde kan udgøre et misbrug af intellektuelle ejendomsrettigheder med ugunstige følger for konkurrencen på det relevante marked. Som fastsat ovenfor kan et medlem i overensstemmelse med de øvrige bestemmelser i denne aftale træffe passende foranstaltninger til at forhindre eller kontrollere sådanne metoder, f.eks. eksklusive »grantback«-betingelser, betingelser, der forhindrer anfægtelse af gyldigheden, og tvungen pakke-licensgivning, i lyset af det pågældende medlems relevante love og forskrifter.«

1193 Det følger af det foranstående som helhed, at det første anbringende må forkastes i det hele.

### 3. Det andet anbringende: tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

#### a) Den anfægtede beslutning

1194 Som en foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige koblingssalg, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings 2, litra b), pålægges Microsoft i beslutningens artikel 6 senest 90 dage efter meddelelsen af beslutningen at tilbyde en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem til klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player, men Microsoft bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet til klient-pc'er koblet med Windows Media Player. Det fastsættes ligeledes i artikel 6, at Microsoft inden for samme frist skal give Kommissionen meddelelse om alle de foranstaltninger, selskabet har truffet for at efterkomme pålægget.

1195 I betragtning 1011-1042 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen nærmere enkeltheder om denne afhjælpende foranstaltning.

1196 For det første beskriver Kommissionen den rækkevidde af den afhjælpende foranstaltning (betragtning 1011-1014 til den anfægtede beslutning).

1197 Den anfører bl.a., at pålægget til Microsoft om at tilbyde en version af Windows, der ikke omfatter Windows Media Player, både gælder tilfælde, hvor Windows gives i

licens direkte til endelige brugere, og tilfælde, hvor Windows gives i licens til OEM. På samme måde gælder den mulighed, Microsoft har for at tilbyde en med Windows Media Player koblet version af Windows, både i forhold til endelige brugere og OEM.

- 1198 Endvidere forbyder Kommissionen Microsoft at træffe nogen teknologisk, kommerciel, kontraktmæssig eller anden foranstaltning, som har en virkning, der svarer til koblingssalg af Windows og Windows Media Player, og understreger navnlig, at den version af Windows, som ikke omfatter Windows Media Player, skal fungere lige så godt som den, der omfatter denne multimedieafspiller. Betragtning 1013 til den anfægtede beslutning indeholder en ikke-udtømmende liste over de former for praksis, der er forbudt af denne grund.
- 1199 For det andet fastsætter Kommissionen den frist, inden for hvilken Microsoft skal gennemføre den afhjælpende foranstaltning, til 90 dage (betragtning 1015-1017 til den anfægtede beslutning).
- 1200 For det tredje afviser Kommissionen Microsofts påstand om, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), ikke er tilstrækkeligt præcis, fordi Microsoft ikke nøjagtigt ved, hvilken programkode selskabet skal fjerne fra sit produkt (betragtning 1018-1021 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører som eksempel bl.a. Windows XP Embedded og fremhæver, at det ikke pålægges Microsoft i den anfægtede beslutning at fjerne samtlige multimediefiler fra Windows, men kun dem, der udgør Windows Media Player.
- 1201 For det fjerde fremsætter Kommissionen en række betragtninger for at vise, at den afhjælpende foranstaltning er forholdsmæssig (betragtning 1022-1042 til den anfægtede beslutning).

- 1202 Den anfører i den forbindelse indledningsvis, at foranstaltningen er nødvendig for at råde bod på den konkurrencebegrænsning, den påtalte adfærd har ført til (betragtning 1022 til den anfægtede beslutning).
- 1203 Den fremhæver videre, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), hverken er til hinder for, at Microsoft markedsfører sin multimedieafspiller, eller indeholder andre restriktioner end forbuddet mod at fortsætte det omtvistede koblingssalg eller træffe foranstaltninger, der har tilsvarende virkning som dette salg (betragtning 1023 til den anfægtede beslutning). Kommissionen gentager, at Microsoft har ret til at fortsætte med at markedsføre en version af Windows, der er koblet med Windows Media Player (samme betragtning).
- 1204 Dernæst afviser Kommissionen Microsofts argument om, at der ikke er nogen forbrugerefterspørgsel af betydning efter operativsystemer til klient-pc'er, som ikke indeholder nogen multimediefunktionalitet (betragtning 1024 og 1025 til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører i det væsentlige, at OEM kan imødekomme forbrugernes forventninger ved at præinstallere den multimedieafspiller, de ønsker, på de klient-pc'er, de sælger.
- 1205 Endvidere behandler Kommissionen i betragtning 1026-1034 til den anfægtede beslutning Microsofts argumenter om det angivelige indbyrdes afhængighedsforhold mellem Windows og Windows Media Player. Idet den på ny anfører Windows XP Embedded som eksempel, afviser den påstanden om, at fjernelse af Windows Media Player-koden vil skade operativsystemets integritet. Endvidere gør den gældende, at Microsoft ikke har påvist, at integrationen af Windows Media Player i Windows er en forudsætning for at opnå effektivitetsgevinster. Den bemærker i den forbindelse bl.a., at »[h]vis softwareudviklerne udvikler deres egne multimedieløsninger eller integrerer en af tredjemand leveret redistribuerbar kode i deres produkter, er de ikke afhængige af, at der findes en multimedieafspiller på brugerens klient-pc« (betragtning 1032 til den anfægtede beslutning).

1206 Endelig behandler Kommissionen i betragtning 1035-1042 til den anfægtede beslutning Microsofts argumenter om de angivelige afhængighedsforhold mellem Windows og applikationer udviklet af andre virksomheder. Den afviser i den forbindelse påstanden om, at fjernelsen af Windows Media Player-koden vil have skadelige konsekvenser for indholdsleverandørerne og softwareudviklerne. Hvad indholdsleverandørerne angår anfører den, at det ikke er ualmindeligt, at de anvender mekanismer, der viser, hvilken multimedieafspiller der er installeret på en given klient-pc, og at de er forberedt til de foranstaltninger, der skal træffes, hvis gengivelsen af deres indhold kræver en bestemt afspiller eller en bestemt version af en given afspiller (betragtning 1037 til den anfægtede beslutning). Hvad softwareudviklerne angår afviser Kommissionen Microsofts argument om fordelene ved at bevare Windows som en »ensartet platform« (betragtning 1041 til den anfægtede beslutning). Kommissionen finder i det væsentlige, at Microsoft ikke kan påberåbe sig, at den omstændighed, at selskabets praksis giver softwareudviklere, hvis produkter bygger på multimedieafspillere, mulighed for at have et »fast holdepunkt« hvad dette angår, da den nævnte praksis fordrejer konkurrencen på kvalitet (betragtning 1042 til den anfægtede beslutning).

b) Parternes argumenter

1207 Microsoft har gjort gældende, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet i tre henseender.

1208 For det første indebærer foranstaltningen en tilsidesættelse af software- og websideudviklernes berettigede interesse i, at »Windows bevares som en stabil, ensartet platform«.

1209 For det andet krænker den anfægtede beslutning Microsofts immaterielle rettigheder, idet det kræves i den, at Microsoft forringer sit Windows-operativsystem og

giver tredjemand licens til denne forringede version af sit produkt. Foranstaltningen krænker navnlig Microsofts ret til at modsætte sig, at selskabets værk ændres, deformerer, forringes eller forvanskes på anden måde.

- 1210 For det tredje har Microsoft gjort gældende, at den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), er »selvmodsigende« og umulig for Microsoft at efterleve, eftersom det på én gang kræves, at Microsoft fjerner vigtige funktionaliteter fra Windows og sikrer, at den forringede version af Windows ikke fungerer dårligere end den version af systemet, der er koblet med Windows Media Player.
- 1211 Kommissionen finder, at den afhjælpende foranstaltning er forholdsmæssig, navnlig fordi Microsoft bevarer retten til at tilbyde en version af Windows, der er koblet med Windows Media Player. Ligeledes er foranstaltningen hverken til hinder for, at Microsoft markedsfører sin multimedieafspiller eller fortsætter med at tilbyde den separat til download.
- 1212 Kommissionen afviser Microsofts påstand om, at det er umuligt at identificere Windows Media Player-programkoden og at efterkomme den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), og har i den forbindelse peget på, at Microsoft selv har meddelt, at selskabet har udarbejdet en ukoblet version af Windows, der er klar til at blive sendt på markedet. Desuden har den henvist til betragtning 1018-1021 til den anfægtede beslutning.
- 1213 Endvidere har Kommissionen gjort gældende, at Microsoft ikke har fremlagt noget bevis for, at den afhjælpende foranstaltning påfører tredjemand skade eller fører til forringelse af operativsystemet.

- 1214 Med hensyn til den påståede krænkelse af Microsofts »droit moral« har Kommissionen gjort gældende, at Microsoft »normalt ikke anses for at være indehaver af immaterielle rettigheder i Europa«. Desuden er den afhjælpende foranstaltning ikke til hinder for, at værkets ophavsmand hævder sit »forfatterskab« til det, og den indebærer ikke på nogen måde, at der skal fremlægges kode.
- 1215 Endelig finder Kommissionen, støttet af SIIA på dette punkt, at de foranstaltninger, District Court fastsatte i sin dom af 1. november 2002, ikke er tilstrækkelige til at råde bod på det misbrug i form af koblingssalg, der påvises i den anfægtede beslutning. Microsoft pålægges nemlig ikke i dommen at fjerne Windows Media Player-koden fra Windows-operativsystemet til klient-pc'er, men kun at tilvejebringe en metode, der gør det muligt for OEM og de endelige brugere at skjule den ikon og de menu-punkter, der giver adgang til Windows Media Player-programmet. I øvrigt udførte Microsoft måden at skjule adgangen til Windows Media Player på således, at Windows Media Player kan reaktiveres, og brugernes standardindstillinger tilside-sættes. De i dommen fastsatte foranstaltninger påvirker således hverken den almindelige udbredelse af Windows Media Player-koden på klient-pc'er eller, følgelig, softwareudviklernes og indholdsleverandørernes tilskyndelser til »fortrinsvis at fokusere på Windows Media Player som platformteknologi for deres supplerende software«.

c) Rettens bemærkninger

- 1216 Det bemærkes indledningsvis, at Microsoft i det væsentlige har fremsat de samme argumenter til støtte for det foreliggende anbringende, som selskabet fremsatte i forbindelse med det første anbringende for så vidt angår betingelsen om mangel på en objektiv begrundelse (jf. præmis 1102-1112 ovenfor).

- 1217 Rettens begrundelse for at fastslå, at der ikke var grundlag for de sidstnævnte argumenter, må ligeledes gælde ved prøvelsen af det foreliggende anbringende.
- 1218 Hvad for det første angår argumentet om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til software- og websiteudviklernes interesse i råde over en stabil og veldefineret platform, er det tilstrækkeligt at henvise til præmis 1148-1153 ovenfor.
- 1219 For det andet er Microsofts argument om, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), forpligter selskabet til at forringe sit Windows-operativsystem og give tredjemand licens til denne forringede version af sit produkt, allerede blevet forkastet i præmis 1165 ovenfor.
- 1220 Det bemærkes i den forbindelse, at det i den anfægtede beslutning ikke pålægges Microsoft at tilbyde en version af Windows, hvori samtlige multimediefiler — herunder de filer, der vedrører den grundlæggende multimedieinfrastruktur i operativsystemet — er fjernet. Det er nemlig kun de filer, som udgør Windows Media Player, og som Microsoft selv adskiller fra de øvrige filer i sin tekniske dokumentation (jf. præmis 916 og 1164 ovenfor), der er tale om. Det bemærkes ligeledes, at eksemplet vedrørende Windows XP Embedded viser, at det ikke virker forstyrrende for operativsystemets øvrige funktionaliteter, at systemet ikke indeholder Windows Media Player (jf. præmis 1165 ovenfor).
- 1221 Desuden tilbød Microsoft i hele perioden fra juni 1998 til maj 1999 sin afspiller til streamede medier som separat applikationssoftware, uden at det påvirkede Windows-operativsystemets funktion. Som nævnt i præmis 936 ovenfor, indrømmede Microsoft under retsmødet, at der i maj 1999 ikke var noget teknisk til hinder

for, at selskabet fortsatte med at levere sin multimedieafspiller på denne måde, dvs. uden at integrere den i sit operativsystem Windows 98 Second Edition.

1222 For det tredje følger det af de betragtninger, der blev fremsat i præmis 1219-1221 ovenfor, at der ikke er grundlag for Microsofts påstand om, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), er selvmodsigende og umulig for Microsoft at efterkomme. Påstanden bygger nemlig på den fejlagtige præmis, at den version af Windows, der skal tilbydes i medfør af denne bestemmelse, er en forringet version af Microsofts operativsystem. Således som Kommissionen korrekt har anført i sine skriftlige indlæg, er det indlysende, at de funktionaliteter, Windows Media Player tilbyder, ikke vil være til rådighed i en version af Windows, hvori multimedieafspilleren er fjernet, men det ikke kan udledes heraf, at en sådan version er forringet, eller at den i alle andre henseender fungerer dårligere end den version af systemet, der er koblet med afspilleren. Kravet om, at Microsoft tilbyder en »fuldt fungerende« version af sit Windows-operativsystem til klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player [den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a)], skal navnlig forstås på baggrund af bemærkningen i betragtning 1012 til den anfægtede beslutning om, at »[d]en version af Windows, som ikke er koblet med [Windows Media Player], [navnlig ikke må] fungere dårligere end den version af Windows, der er koblet med [Windows Media Player], under hensyn til at den ukoblede version af Windows pr. definition ikke vil omfatte den funktionalitet, [Windows Media Player] repræsenterer«.

1223 Endvidere bemærkes, at den afhjælpende foranstaltning, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), på ingen måde er uforholdsmæssig, men udgør en passende måde at bringe det misbrug, det drejer sig om, til ophør på og løse de påviste konkurrenceproblemer, samtidig med at der forvoldes Microsoft og selskabets forretningsmodel færrest mulige vanskeligheder.

- 1224 Bortset fra udviklingen af den Windows-version, som skal tilbydes i medfør af den anfægtede beslutnings artikel 6, litra a), kræver gennemførelsen af foranstaltningen således ingen ændringer i Microsofts nuværende praksis på det tekniske plan.
- 1225 Navnlig bevarer Microsoft retten til fortsat at tilbyde en version af Windows, der er koblet med Windows Media Player. Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen ene og alene vil give forbrugerne mulighed for at erhverve dette operativsystem uden den nævnte multimedieafspiller.
- 1226 Desuden er den afhjælpende foranstaltning, således som Kommissionen korrekt har anført, ikke til hinder for, at Microsoft markedsfører sin multimedieafspiller og, navnlig, tilbyder den til download fra internet.
- 1227 Endelig bemærkes, at Kommissionen af de grunde, der blev anført i præmis 974 ovenfor, havde fornødent grundlag for at finde, at de foranstaltninger, Microsoft har truffet i medfør af det amerikanske forlig, ikke er tilstrækkelige til at bringe det omhandlede misbrug til ophør og løse de påviste konkurrenceproblemer.
- 1228 Det følger af det foranstående som helhed, at det andet anbringende må forkastes.
- 1229 Følgelig må påstanden om annullation af den anfægtede beslutning forkastes, i den udstrækning den vedrører det omtvistede spørgsmål om koblingsalget af Windows og Windows Media Player.

D — *Den uafhængige befuldmægtigede*

## 1. Den anfægtede beslutning

<sup>1230</sup> Ifølge den anfægtede beslutnings artikel 4, stk. 1, skal Microsoft bringe de i artikel 2 fastslåede misbrug til ophør i overensstemmelse med bestemmelserne i beslutningens artikel 5 og 6. Desuden skal Microsoft afstå fra enhver adfærd, der kan have samme eller tilsvarende formål eller virkning som de nævnte misbrug (artikel 4, stk. 2).

<sup>1231</sup> Som en foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, pålægges Microsoft i beslutningens artikel 5 senest 120 dage efter meddelelsen af beslutningen at fremlægge sådanne oplysninger for enhver virksomhed, der ønsker at udvikle og distribuere operativsystemer til arbejdsgruppeservere, og på rimelige, ikke-diskriminerende vilkår tillade de pågældende virksomheder at anvende oplysningerne til at udvikle og distribuere operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Microsoft skal ligeledes drage omsorg for, at de fremlagte interoperabilitetsoplysninger hurtigst muligt ajourføres, når dette er nødvendigt. Endelig pålægges Microsoft i artikel 5 senest 120 dage efter meddelelsen af beslutningen at 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.

<sup>1232</sup> Som en foranstaltning, der skal råde bod på det retsstridige koblingssalg af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player, bestemmes det i den anfægtede beslutnings artikel 6, at Microsoft senest 90 dage efter meddelelsen af beslutningen skal tilbyde en fuldt fungerende version af sit Windows-operativsystem

til klient-pc'er, som ikke omfatter Windows Media Player, men at Microsoft bevarer retten til at tilbyde Windows-operativsystemet til klient-pc'er koblet med Windows Media Player.

- 1233 Endvidere bestemmes det i den anfægtede beslutnings artikel 7, at der skal etableres en kontrolordning, der skal bidrage til, at Kommissionen kan påse, at Microsoft efterlever den anfægtede beslutning, og som navnlig omfatter udpegelse af en af Microsoft uafhængig befuldmægtiget. Ifølge artiklen skal Microsoft fremsætte forslag til ordningen senest 30 dage efter meddelelsen af beslutningen, idet Kommissionen »kan fastsætte en sådan ordning ved en beslutning«, hvis den finder, at den foreslåede ordning ikke er fyldestgørende.
- 1234 I betragtning 1043-1048 til den anfægtede beslutning beskriver Kommissionen mere udførligt den kontrolordning, der er omhandlet i den foregående præmis, og angiver navnlig, »hvilke principper Microsoft skal iagttage [i forbindelse med udarbejdelsen af sit forslag vedrørende udpegelsen af en uafhængig befuldmægtiget]« (betragtning 1044 til den anfægtede beslutning).
- 1235 Kommissionen anfører således i betragtning 1045 til den anfægtede beslutning, at den befuldmægtigedes »primære opgave« er at afgive udtalelser efter anmodning fra tredjemand eller Kommissionen eller på eget initiativ om, »hvorvidt Microsoft i en konkret forbindelse har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til [den anfægtede beslutning], og om ethvert andet relevant spørgsmål om, hvordan denne kan gennemføres effektivt«.
- 1236 I betragtning 1046 og 1047 til den anfægtede beslutning giver Kommissionen en nærmere beskrivelse af den befuldmægtigedes hverv i forbindelse med hvert af de to misbrug, der er tale om (jf. præmis 1261 nedenfor).

1237 I betragtning 1048 til den anfægtede beslutning fastlægger den, hvilke principper Microsoft skal iagttage i sit forslag vedrørende den befuldmægtigede. Den anfører for det første, at denne skal udpeges af Kommissionen ud fra en af Microsoft opstillet liste over personer. Microsoft skal udarbejde en procedure, der gør det muligt for Kommissionen at udpege en befuldmægtiget efter eget valg, hvis Kommissionen finder, at ingen af de foreslåede personer er egnet til at varetage de nødvendige funktioner. For det andet anfører Kommissionen, at den befuldmægtigede skal være uafhængig af Microsoft, og at »der skal træffes alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre, at den pågældende ikke er, eller bliver, udsat for en interessekonflikt«. Den befuldmægtigede skal besidde de kvalifikationer, som er nødvendige for, at han kan opfylde sit mandat, og skal kunne engagere eksperter til på hans vegne at løse bestemte, nærmere definerede opgaver. For det tredje angiver Kommissionen, at der skal træffes foranstaltninger til at sikre, at den befuldmægtigede har »adgang til bistand og oplysninger fra Microsoft og til Microsofts dokumenter, lokaler og ansatte, i den udstrækning han med rimelighed kan kræve dette som led i opfyldelsen af sit mandat«. For det fjerde anser Kommissionen det for nødvendigt, at den befuldmægtigede har fuld adgang til de relevante Microsoft-produkters kildekode. Endelig anfører Kommissionen, at »samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder et rimeligt vederlag for udførelsen af hans opgaver, skal bæres af Microsoft«.

## 2. Parternes argumenter

1238 Efter Microsofts opfattelse er den forpligtelse, der i den anfægtede beslutnings artikel 7 pålægges selskabet til at udpege en uafhængig befuldmægtiget, retsstridig, eftersom Kommissionen ikke har ret til dels at delegerer de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges den i artikel 17 i forordning nr. 17, til en privatperson, dels at pålægge Microsoft at afholde de omkostninger, der er forbundet med at kontrollere, at den anfægtede beslutning efterkommes, herunder den uafhængige befuldmægtigedes vederlag.

1239 Indledningsvis er Microsoft uenig i, at selskabets krav om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 7 er fremsat for tidligt. Navnlige kan Kommissionen ikke

påberåbe sig, at den kunne have fastsat en kontrolordning ved en særskilt beslutning, hvis den ikke havde været tilfreds med Microsofts forslag, og at Microsoft derefter kunne have anlagt sag om annullation af denne beslutning.

1240 Videre har Microsoft for det første gjort gældende, at det klart fremgår af betragtning 1043-1048 til den anfægtede beslutning, at de beføjelser, der i det foreliggende tilfælde delegeres til den uafhængige befuldmægtigede, er undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser, som normalt tilkommer Kommissionen. Skønt den befuldmægtigede primært har til opgave at fremsætte udtalelser om overholdelsen af den anfægtede beslutning, har han ligeledes beføjelse til at undersøge de foranstaltninger, Microsoft har truffet for at efterleve den. Microsoft har peget på, at det angives i fodnote 1317 til den anfægtede beslutning, at »[d]en befuldmægtigede [ikke kun skal] være reaktiv, men han skal også spille en proaktiv rolle ved kontrollen af, om Microsoft overholder sine forpligtelser«. Den anfægtede beslutning har således til formål, at der etableres en uafhængig kilde til undersøgelses- og gennemførelsesforanstaltninger.

1241 Ifølge artikel 11 og 14 i forordning nr. 17 og artikel 18 og 21 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1) tilkommer undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelserne i forbindelse med disse regler udelukkende Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder. I ingen af de to forordninger bemyndiges Kommissionen til at delegere beføjelserne til tredjemand, endsige til en privatperson.

1242 Endvidere fratager Kommissionen ved en sådan delegering af sine beføjelser virksomhederne de garantier for beskyttelse af deres ret til kontradiktion, der tilkommer dem ifølge retspraksis.

1243 I replikken har Microsoft gjort det klart, at selskabet ikke har nogen indvendinger imod, at en uafhængig befuldmægtiget rådgiver Kommissionen om tekniske spørgsmål. Det finder dog, at Kommissionen burde have udpeget sin egen sagkyndige i dette øjemed.

1244 For det andet har Microsoft peget på, at selskabet i den anfægtede beslutnings artikel 7, sammenholdt med betragtning 1048, punkt v), pålægges at bære »samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder et rimeligt vederlag for udførelsen af hans opgaver«. Kommissionen kan imidlertid ved anvendelsen af konkurrencereglerne ikke pålægge den berørte virksomhed andre økonomiske byrder end bøder og tvangsbøder.

1245 Efter Microsofts opfattelse kan Kommissionen ikke påberåbe sig sin beføjelse til at pålægge en virksomhed at bringe en overtrædelse til ophør som begrundelse for at pålægge virksomheden at afholde de omkostninger, der er forbundet med den befuldmægtigede. Hverken i forordning nr. 17, forordning nr. 1/2003 eller nogen anden retsforskrift er der noget retsgrundlag for at pålægge en sådan byrde,

1246 Kommissionen har principalt gjort gældende, at de argumenter, Microsoft har fremsat vedrørende spørgsmålet om den befuldmægtigede, ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi de er fremsat for tidligt, er baseret på formodninger og er utilstrækkelige til at føre til annullation af den anfægtede beslutnings artikel 7. Kommissionen minder om, at Microsoft i denne artikel pålægges at stille forslag om en kontrolordning, dog således at Kommissionen ifølge artiklen kan fastsætte en sådan ordning ved en beslutning, hvis den finder, at den af Microsoft foreslåede ordning ikke er fyldestgørende. Det angives i betragtning 1044-1048 til den anfægtede beslutning, hvilke principper Microsoft skal iagttage ved udarbejdelsen af forslaget, men størstedelen af disse principper pålægges ikke Microsoft i den anfægtede beslutnings artikel 7. Navnlig angiver artiklen hverken, hvilke præcise funktioner den befuldmægtigede skal have, eller hvori »kilden« til hans vederlag skal bestå. Det står derfor Microsoft frit at foreslå, at den befuldmægtigede får et snævrere mandat end angivet i den anfægtede beslutning, og at der fastsættes andre regler for vederlaget. Kommissionen vil derpå kunne forkaste disse forslag og ved en beslutning fastsætte et anderledes formuleret mandat. En sådan beslutning vil ikke kun udgøre en bekræftelse af den anfægtede beslutning, men være en retsakt, som kan prøves.

- 1247 Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at der ikke er grundlag for Microsofts argumenter.
- 1248 For det første følger det ikke af betragtning 1044-1048 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen har delegeret de undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser, den råder over med henblik på gennemførelsen af artikel 81 EF og 82 EF, til en privatperson. Ifølge Kommissionen fastsættes der i den anfægtede beslutning for så vidt angår »indsamling af oplysninger« kun en »konsensusbaseret ordning«, som gør det muligt hurtigt at løse en lang række af de tekniske spørgsmål, der kan tænkes at opstå vedrørende gennemførelsen af de afhjælpende foranstaltninger. Kommissionen erkender, at det fastsættes i betragtning 1048 og fodnote 1317 til den anfægtede beslutning, at den befuldmægtigede skal kunne stille Microsoft spørgsmål og have adgang til dokumenter og de relevante produkters kildekode, men påpeger, at der intet er til hinder for, at Microsoft anfører i sit forslag til mandat, at selskabet kan nægte at besvare sådanne spørgsmål eller at give adgang til de ønskede oplysninger. Hvis Kommissionen bliver stillet over for en sådan afvisning, vil den overveje, om det vil være hensigtsmæssigt at træffe foranstaltninger i henhold til kapitel V i forordning nr. 1/2003, og vil dermed bevare sin fulde skønsfrihed med hensyn til, hvordan den skal udnytte sine undersøgelsesbeføjelser.
- 1249 Som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten har Kommissionen oplyst, at den anfægtede beslutnings artikel 7 er baseret på artikel 3 i forordning nr. 17, og at den udgør et »udtryk« for den beføjelse, Kommissionen i denne artikel tillægges til at vedtage beslutninger, hvori det pålægges en virksomhed at bringe en overtrædelse til ophør.
- 1250 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at det er åbenbart, at pålægget til Microsoft om at betale de omkostninger, der er forbundet med den befuldmægtigedes vederlag, ikke er omfattet af de sanktioner, der er omhandlet i forordning nr. 17 og forordning nr. 1/2003. I den udstrækning den anfægtede beslutnings artikel 7 skal forstås således, at den indeholder et pålæg om den uafhængige befuldmægtigedes vederlag, har den artikel 3 i forordning nr. 17 som retsgrundlag. En beslutning, der træffes på grundlag af denne artikel, kan indeholde såvel et pålæg om at foretage bestemte handlinger eller levere bestemte ydelser, der retsstridigt ikke er

blevet leveret, som et forbud mod at fortsætte med bestemte handlinger, en bestemt praksis eller opretholde en bestemt tilstand, der strider imod traktaten, og beslutningen kan medføre visse omkostninger for adressaten. Kommissionen har henvist til betragtning 1044 til den anfægtede beslutning og bemærket, at gennemførelsen af de afhjælpende foranstaltninger forudsætter en effektiv kontrol af, at de forpligtelser, Microsoft pålægges i beslutningen, overholdes.

### 3. Rettens bemærkninger

1251 Microsoft påstår den anfægtede beslutnings artikel 7 annulleret under anbringende af, at Kommissionen ved at delegere sine undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser til tredjemand har overskredet sine beføjelser i medfør af artikel 82 EF og forordning nr. 17. Ifølge Microsoft er der ikke retsgrundlag i fællesskabsretten for at pålægge en virksomhed en kontrolordning som den, der er omhandlet i den anfægtede beslutnings artikel 7, og for at pålægge virksomheden at bære vederlaget til en tredjepart, Kommissionen har udpeget til at yde den bistand ved løsningen af dens opgave med hensyn til at påse, at de afhjælpende foranstaltninger, der fastsat i en beslutning vedrørende en overtrædelse, efterleves.

1252 Kommissionen finder, at annullationspåstanden er fremsat for tidligt og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom der i den anfægtede beslutnings artikel 7 ikke pålægges Microsoft nogen forpligtelse, men kun fremsættes en anmodning til selskabet om at fremsætte forslag til etablering af en eventuel kontrolordning. Under alle omstændigheder indebærer artiklen ikke nogen delegering af Kommissionens beføjelser. Kommissionen har gjort gældende, at kontrolordningen og pålægget til Microsoft om at bære vederlaget til den uafhængige befuldmægtigede har hjemmel i artikel 3 i forordning nr. 17, der gør det muligt for Kommissionen at pålægge en berørt virksomhed at bringe en fastslået overtrædelse til ophør.

1253 Det bemærkes, at lovligheden af den anfægtede beslutnings artikel 7 skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da beslutningen blev vedtaget. På det pågældende tidspunkt var forordning nr. 17 stadig gældende, idet forordning nr. 1/2003, som har afløst den, først har fundet anvendelse siden den 1. maj 2004.

1254 Det bemærkes ligeledes, at de undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser, Kommissionen rådede over på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, bestod i dens beføjelser i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 til at pålægge de berørte virksomheder at bringe den fastslåede overtrædelse til ophør, dens beføjelser i henhold til forordningens artikel 11 til at indhente oplysninger, dens beføjelser i henhold til forordningens artikel 14 til at foretage kontrolundersøgelser samt dens beføjelse i henhold til forordningens artikel 16 til at pålægge virksomheder tvangsbøder for at tvinge dem til at bringe den fastslåede overtrædelse til ophør.

1255 Indledningsvis må Kommissionens argument om, at kravet om annullation af artikel 7 er fremsat for tidligt, idet der i artiklen kun fremsættes en anmodning til Microsoft om at fremsætte et forslag, før Kommissionen vedtager en endelig beslutning om etablering af en kontrolordning, forkastes. Den omstændighed, at den anfægtede beslutnings artikel 7 indeholder en anmodning om at fremsætte et forslag, ændrer nemlig ikke artiklens karakter af et pålæg som led i Kommissionens udøvelse af sin beføjelse til at påbyde, at en overtrædelse bringes til ophør.

1256 Når Kommissionen fastslår i en beslutning, at en virksomhed har overtrådt artikel 82 EF, skal virksomheden snarest muligt træffe alle de foranstaltninger, som er nødvendige, for at bringe sin adfærd i overensstemmelse med denne bestemmelse, også selv om Kommissionen ikke har fastsat nogen specifikke foranstaltninger i beslutningen. Når der er fastsat afhjælpende foranstaltninger i beslutningen, skal den berørte virksomhed gennemføre dem — og afholde alle de dermed forbundne omkostninger — idet den i modsat fald kan pålægges tvangsbøder i overensstemmelse med artikel 16 i forordning nr. 17 (jf. præmis 1259 nedenfor).

1257 Det fremgår af ordlyden af den anfægtede beslutnings artikel 7, herunder navnlig den frist på 30 dage, der pålægges Microsoft, at det netop er en sådan bindende foranstaltning, der fastsættes i denne bestemmelse. Selv om den første reaktion, der imødeses, hvis Microsoft ikke fremsætter et fyldestgørende forslag, er den, hvortil der

henvises i artikel 7, stk. 2, nemlig fastsættelse af en kontrolordning ved en beslutning, forholder det sig ikke desto mindre således, at manglende opfyldelse af forpligtelsen til at fremlægge et forslag ligeledes vil udsætte Microsoft for at blive pålagt tvangsbøder. Alene det forhold, at Kommissionen forbeholder sig ret til selv at fastsætte en sådan ordning, hvis den finder Microsofts forslag ufyldestgørende, betyder, at der ikke kan være tvivl om, at den fastsatte foranstaltning er af bindende karakter. Manglende gennemførelse af en sådan specifik foranstaltning, der er fastsat i en beslutning, som har til formål at bringe en overtrædelse af artikel 82 EF til ophør, udgør en særskilt overtrædelse af fællesskabsretten, i det foreliggende tilfælde af artikel 3 i forordning nr. 17.

<sup>1258</sup> Kommissionens argument om, at Microsoft kunne have fremsat et andet forslag, som i højere grad var i overensstemmelse med Microsofts opfattelse af, hvad Kommissionen har ret til at pålægge selskabet, kan ikke anfægte denne vurdering. Det må i den forbindelse bemærkes, at det er fast retspraksis, at man ikke kan udskille en retsakts konklusion fra dens betragtninger, hvorfor den om nødvendigt må fortolkes under hensyntagen til de betragtninger, som har ført til dens vedtagelse (Domstolens dom af 15.5.1997, sag C-355/95 P, TWD mod Kommissionen, Sml. I, s. 2549, præmis 21, og af 29.4.2004, sag C-91/01, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4355, præmis 49, samt Rettens dom af 14.10.2004, sag T-137/02, Pollmeier Malchow mod Kommissionen, Sml. II, s. 3541, præmis 60).

<sup>1259</sup> Retten finder, at den anfægtede beslutnings artikel 7, i betragtning dels af de opgaver, Kommissionen ønsker, at den befuldmægtigede skal løse, således som de sammenfattes i præmis 1261 nedenfor, dels de beføjelser, Kommissionen tillægges i artikel 3 og 16 i forordning nr. 17, indebærer, at Microsoft overtræder den nævnte bestemmelse, hvis selskabet ikke inden for den fastsatte frist på 30 dage fremsætter et forslag, som er i overensstemmelse med de principper, hvortil der navnlig henvises i betragtning 1045-1048 til beslutningen, og at Microsoft udsætter sig for den risiko at blive pålagt tvangsbøder i medfør af artikel 16 i forordning nr. 17. Microsofts retsstilling var således direkte påvirket af den anfægtede beslutnings artikel 7, hvorfor påstanden om annullation af denne bestemmelse ikke kan anses for at være blevet fremsat for tidligt eller for at være baseret på en hypotetisk situation, således som Kommissionen har gjort gældende.

1260 Endvidere finder Retten, at det bør undersøges, om den anfægtede beslutnings artikel 7 har retsgrundlag i forordning nr. 17, eller om Kommissionen, således som Microsoft har gjort gældende, har overskredet sine undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser ved at pålægge selskabet at acceptere, at der udpeges en uafhængig befuldmægtiget med den nævnte rolle og de nævnte beføjelser.

1261 Det fremgår af betragtning 1043-1048 til den anfægtede beslutning, at den uafhængige befuldmægtigedes hverv navnlig omfatter følgende opgaver:

- Den pågældendes »primære opgave« er at udtale sig om, hvorvidt Microsoft i konkrete tilfælde har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler selskabet i medfør af den anfægtede beslutning (herunder forpligtelsen til at gennemføre de afhjælpende foranstaltninger korrekt).
- Disse udtalelser skal afgives efter anmodning af enten tredjemand eller Kommissionen eller på den befuldmægtigedes eget initiativ.
- Den befuldmægtigede skal i den forbindelse ikke kun være reaktiv, men også spille en proaktiv rolle ved kontrollen af, om Microsoft overholder sine forpligtelser (fodnote 1317 til den anfægtede beslutning).
- For så vidt angår det retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger skal den befuldmægtigede vurdere, om de af Microsoft fremlagte oplysninger er fuldstændige og nøjagtige, om de vilkår, hvorpå Microsoft giver adgang til specifikationerne og tillader, at de anvendes, er rimelige og ikke-diskriminerende, og om fremlæggelsen sker uden forsinkelse.

- For så vidt angår det retsstridige koblingssalg skal den befuldmægtigede rådgive Kommissionen om, hvorvidt der er teknisk grundlag for eventuelle klager fra tredjemand over Microsofts overholdelse af sine forpligtelser, og, navnlig, om den version af Windows, der ikke omfatter Windows Media Player, fungerer dårligere end de med Windows Media Player koblede versioner af Windows, som Microsoft måtte fortsætte med at markedsføre. Den befuldmægtigede skal ligeledes rådgive Kommissionen om, hvorvidt Microsoft hæmmer konkurrerende multimediaefspillers præstation ved selektiv, ufyldstgørende eller for sen fremlæggelse af Windows-API'erne.

<sup>1262</sup> I betragtning 1048 til den anfægtede beslutning angiver Kommissionen, hvilke principper Microsoft skal iagttage i sit forslag vedrørende den uafhængige befuldmægtigede i henhold til beslutningens artikel 7. Det drejer sig navnlig om følgende principper:

- Den befuldmægtigede skal udpeges af Kommissionen på grundlag af en liste over personer, der forelægges af Microsoft [betragtning 1048, nr. i)].
- Den befuldmægtigede skal være uafhængig af Microsoft, og der skal træffes alle de foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre, at den pågældende ikke er, eller bliver, udsat for en interessekonflikt; den befuldmægtigede skal besidde de kvalifikationer, som er nødvendige for, at han kan opfylde sit hverv, og han skal have adgang til at engagere eksperter til på hans vegne at løse bestemte, nærmere definerede opgaver [betragtning 1048, nr. ii)].
- Der skal træffes foranstaltninger til at sikre, at den befuldmægtigede har adgang til bistand og oplysninger fra Microsoft og til Microsofts dokumenter, lokaler og ansatte, i den udstrækning han med rimelighed kan kræve dette som led i opfyldelsen af sit mandat [betragtning 1048, nr. iii)].

- Den befuldmægtigede skal have fuld adgang til de relevante Microsoft-produkters kildekode (enhver strid om nøjagtigheden og fuldstændigheden af de af Microsoft fremlagte specifikationer kan kun løses ved at sammenholde den tekniske dokumentation og Microsoft-produkternes kildekode [betragtning 1048, nr. iv]).
  
- Samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder et rimeligt vederlag for udførelsen af hans opgaver, skal bæres af Microsoft [betragtning 1048, nr. v)].

1263 Det fremgår af denne beskrivelse, at Kommissionen opfatter den uafhængige befuldmægtigedes rolle således, at den består i at vurdere og kontrollere gennemførelsen af de afhjælpende foranstaltninger, om nødvendigt ved at den befuldmægtigede får adgang til de hjælpemidler, hvortil der blev henvist i den foregående præmis' tredje og fjerde led, idet den pågældende optræder uafhængigt og endog kan tage egne initiativer.

1264 Kommissionen har i sine skriftlige indlæg udtrykkeligt erkendt, at den ikke har ret til at delegere de undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser, den tillægges i forordning nr. 17, til en tredjepart. Den har imidlertid bestridt, at den kontrolordning, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, indebærer en sådan delegering af beføjelser.

1265 På den anden side har — hvilket Microsoft erkender — Kommissionen ret til at overvåge den berørte virksomheds gennemførelse af de afhjælpende foranstaltninger, der er fastsat i en beslutning vedrørende en overtrædelse, og at sikre sig, at de øvrige foranstaltninger, som er nødvendige for at bringe overtrædelsens konkurrencebe-grænsende virkninger til ophør, gennemføres fuldt ud uden forsinkelse. Kommissi-onen har i dette øjemed ret til at anvende de undersøgelsesbeføjelser, der fastsættes i artikel 14 i forordning nr. 17, og om nødvendigt at gøre brug af en ekstern sagkyndig for bl.a. at skaffe sig klarhed vedrørende tekniske spørgsmål.

- 1266 Det kan heller ikke bestrides, at Kommissionen kan fremlægge oplysninger og dokumenter, den har indsamlet som led i udøvelsen af sine beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17, for en ekstern sagkyndig, hvis den beslutter at lade sig bistå af en sådan.
- 1267 Ifølge artikel 11, stk. 4, og artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 skal virksomhederne give Kommissionen de oplysninger, den anmoder om, og underkaste sig de kontrolundersøgelser, den træffer bestemmelse om. Sådanne anmodninger og kontrolundersøgelser kan dog i givet fald prøves af Fællesskabets retsinstanser.
- 1268 Ved at etablere en kontrolordning, der omfatter en uafhængig befuldmægtiget som omhandlet i den anfægtede beslutnings artikel 7, som skal løse de opgaver, der navnlig er angivet i nr. iii) og iv) i betragtning 1048 til beslutningen, er Kommissionen efter Rettens opfattelse gået langt ud over den situation, hvor den udpeger sin egen eksterne sagkyndige, for at denne kan rådgive den, når den undersøger, om de afhjælpende foranstaltninger, der er fastsat i den anfægtede beslutnings artikel 4, 5 og 6, gennemføres.
- 1269 Kommissionen bestemmer nemlig i den anfægtede beslutnings artikel 7, at der skal udpeges en selvstændig person, som ved løsningen af sine opgaver ikke alene er uafhængig af Microsoft, men også af Kommissionen selv, idet den pågældende ved udøvelsen af sine beføjelser forventes at handle på eget initiativ såvel som efter anmodning af tredjemand. Således som Kommissionen anfører i betragtning 1043 til den anfægtede beslutning, går dette krav videre end blot en forpligtelse til at aflægge rapport til Kommissionen om de foranstaltninger, Microsoft har truffet.
- 1270 Desuden er den uafhængige befuldmægtigedes rolle ikke begrænset til at stille spørgsmål til Microsoft og aflægge rapport til Kommissionen om svarene og i den forbindelse give den råd vedrørende gennemførelsen af de afhjælpende

foranstaltninger. For så vidt angår pålægget til Microsoft om, uafhængigt af Kommissionen, at give den befuldmægtigede adgang til oplysninger, dokumenter, lokaler, ansatte og relevante Microsoft-produkters kildekode er der ikke fastsat nogen tidsfrist for, hvor længe den pågældende skal fortsætte med at medvirke ved overvågningen af Microsofts aktiviteter vedrørende de afhjælpende foranstaltninger. Det fremgår i den forbindelse af betragtning 1002 til den anfægtede beslutning, at forpligtelsen til at fremlægge interoperabilitetsoplysninger efter Kommissionens opfattelse skal gælde »i et fremadskuende perspektiv« for fremtidige generationer af Microsofts produkter.

- 1271 Kommissionen har følgelig ved udøvelsen af de beføjelser, der tillægges den i artikel 3 i forordning nr. 17, ikke kompetence til at pålægge Microsoft at overdrage sådanne beføjelser til en uafhængig befuldmægtiget, som den ikke selv har bemyndigelse til at overdrage til tredjemand. Den anfægtede beslutnings artikel 7, stk. 2, savner derfor retsgrundlag, navnlig for så vidt som den indebærer, at der til en uafhængig befuldmægtiget delegeres undersøgelsesbeføjelser, som kun Kommissionen kan udøve i henhold til forordning nr. 17.
- 1272 Det bemærkes endvidere, at hvis det var Kommissionens hensigt — således som den har anført — at der skulle etableres en rent konsensusbaseret ordning, var det ikke nødvendigt at fastsætte en sådan ordning i den anfægtede beslutnings artikel 7.
- 1273 Endelig overskrider Kommissionen sine beføjelser, når den i den anfægtede beslutnings artikel 7, sammenholdt med nr. v) i betragtning 1048 til beslutningen, pålægger Microsoft at bære samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder dennes vederlag og de udgifter, der er forbundet med udførelsen af hans opgaver.
- 1274 Forordning nr. 17 indeholder ikke nogen bestemmelse, hvori Kommissionen bemyndiges til at pålægge virksomhederne at bære de omkostninger, Kommissionen selv pådrager sig som følge af overvågningen af, om afhjælpende foranstaltninger gennemføres.

- 1275 Som myndighed, der er ansvarlig for at anvende konkurrencereglerne, påhviler det Kommissionen at følge gennemførelsen af beslutninger vedrørende overtrædelser uafhængigt, objektivt og upartisk. Det ville være uforeneligt med Kommissionens ansvar i så henseende, om den effektive gennemførelse af fællesskabsretten afhang eller var påvirket af, om den virksomhed, hvortil en sådan beslutning var rettet, var villig eller havde evne til at bære sådanne omkostninger.
- 1276 Endvidere fremgår det af retspraksis, at Kommissionen ikke råder over et ubegrænset skøn, når den fastsætter afhjælpende foranstaltninger, der skal pålægges virksomheder med henblik på at bringe en overtrædelse til ophør. I forbindelse med en anvendelse af artikel 3 i forordning nr. 17 indebærer proportionalitetsprincippet, at de byrder, som pålægges virksomhederne med henblik på at bringe en overtrædelse af konkurrenceretten til ophør, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes (Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, præmis 93).
- 1277 Når Kommissionen ikke har beføjelse til ved en beslutning i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17 at pålægge en virksomhed, der har overtrådt artikel 82 EF, afhjælpende foranstaltninger, herunder også de dermed forbundne omkostninger, som overskrider grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt, har den så meget mindre beføjelse til at pålægge virksomheden at afholde de omkostninger, det påhviler Kommissionen at betale i forbindelse med opfyldelsen af dens egne undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser.
- 1278 Det følger af det foranstående som helhed, at der ikke er noget retsgrundlag i artikel 3 i forordning nr. 17 for den anfægtede beslutnings artikel 7, og at denne artikel derfor udgør en overskridelse af grænserne for Kommissionens undersøgelses- og gennemførelsesbeføjelser i henhold til forordning nr. 17, i den udstrækning det i artiklen pålægges Microsoft at fremsætte forslag til en ordning, der dels omfatter udpegelse af en uafhængig befuldmægtiget, som har beføjelse til, uafhængigt af Kommissionen, at få adgang til bistand og oplysninger fra Microsoft samt til Microsofts dokumenter,

lokaler, ansatte og de relevante Microsoft-produkters kildekode, dels indebærer, at Microsoft betaler samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder udgifterne til dennes vederlag. Kommissionen kan følgelig ikke forbeholde sig ret til at fastsætte en sådan ordning ved en beslutning, hvis den finder, at den af Microsoft foreslåede ordning ikke er fyldestgørende.

1279 Den anfægtede beslutnings artikel 7 må følgelig annulleres i den udstrækning, det angives i den foregående præmis.

## II — Påstandene om ophævelse eller nedsættelse af bøden

### A — Den anfægtede beslutning

1280 De to misbrug, der påvises i den anfægtede beslutning, straffes med en samlet bøde på 497 196 304 EUR (den anfægtede beslutnings artikel 3).

1281 Kommissionen behandler spørgsmålet om bøden i betragtning 1054-1080 til den anfægtede beslutning.

1282 Den anfører for det første, at den har taget hensyn til bestemmelserne i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 (betragtning 1054 til den anfægtede beslutning), og at den ved fastsættelsen af bøden skal tage hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed samt eventuelle skærpende eller formildende omstændigheder (betragtning 1055 til den anfægtede beslutning).

- 1283 For det andet afviser Kommissionen de argumenter, Microsoft under den administrative procedure fremsatte til støtte for sin påstand om, at der ikke burde pålægges selskabet nogen bøde i det foreliggende tilfælde (betragtning 1056-1058 til den anfægtede beslutning).
- 1284 Kommissionen anfører hvad dette angår indledningsvis, at det i fornødent omfang fremgår af den anfægtede beslutning, at Microsoft forsætligt, eller i det mindste uagtsomt, har overtrådt artikel 82 EF og EØF-aftalens artikel 54 (betragtning 1057 til den anfægtede beslutning). Dernæst afviser Kommissionen, at den har indført »nye retsregler«, og bemærker, at Microsoft derfor burde have været klar over, at selskabet overtrådte førnævnte bestemmelser (samme betragtning). Endelig forkaster den Microsofts argument om, at det retsstridige koblingssalg ikke kan være begyndt i 1999, eftersom visse multimediefunktionaliteter har været integreret i Windows-operativsystemet siden 1992 (samme betragtning).
- 1285 For det tredje angiver Kommissionen, hvordan den har beregnet bøden (betragtning 1059-1079 til den anfægtede beslutning).
- 1286 Den har først fastsat bødens grundbeløb under hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed (betragtning 1059-1078 til den anfægtede beslutning).
- 1287 Den anfører med hensyn til overtrædelsens grovhed, at den ved vurderingen af denne faktor skal tage overtrædelsens art, dens virkninger for markedet og det relevante markeds geografiske udstrækning i betragtning (betragtning 1060 til den anfægtede beslutning).

1288 Med hensyn til overtrædelsens art fremhæver Kommissionen i betragtning 1061-1068 til den anfægtede beslutning følgende faktorer:

- Domstolen har flere gange udtalt, at det er retsstridigt, når virksomheder, der har en dominerende stilling, nægter at levere og foretager koblingssalg.
- Microsoft indtager med en markedsandel på over 90% en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er.
- Dette marked og de to andre markeder, der defineres i den anfægtede beslutning, kendetegnes af væsentlige direkte og indirekte netværkseffekter.
- På baggrund af disse forhold har Microsoft fulgt en løftestangsstrategi, som udgør to særskilte misbrug.
- For så vidt angår det retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger har Microsoft fulgt et generelt adfærdsmønster med det formål at skabe, og til sin fordel udnytte, en række særligt tætte forbindelser mellem sit operativsystem til klient-pc'er og sit operativsystem til arbejdsgruppeservere; dette adfærdsmønster udgør et brud i forhold til det større omfang, hvori der tidligere er meddelt interoperabilitetsoplysninger.
- Denne retsstridige praksis har gjort det muligt for Microsoft at udstrække sin dominerende stilling til også at omfatte markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, som har en »betydelig værdi«.

- Erobringen af dette marked kan have andre skadelige virkninger for konkurrencen.
  
- For så vidt angår det retsstridige koblingssalg sikrer det Microsoft, at den almindelige udbredelse af selskabets operativsystem til klient-pc'er overføres på dets multimedieafspiller Windows Media Player, hvilket tilskynder OEM til ikke at installere multimedieafspillere fra andre virksomheder på klient-pc'erne og skader konkurrencen på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold.
  
- Endvidere har denne retsstridige praksis mærkbare virkninger for konkurrencen inden for levering af indhold over internettet og inden for multimedieprogrammel.
  
- Endelig kan en dominerende stilling på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, give en strategisk åbning til en række beslægtede markeder, hvoraf nogle er meget indbringende.

<sup>1289</sup> Kommissionen finder på baggrund af de faktorer, der er nævnt den foregående præmis, at overtrædelsen på grund af sin art må betegnes som »meget alvorlig« (betragtning 1068 til den anfægtede beslutning).

<sup>1290</sup> Med hensyn til overtrædelsens virkninger på markedet fastslår Kommissionen, at »det adfærdsmønster, Microsoft har fulgt, og som består i at anvende selskabets dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er som løftestang til at udelukke konkurrencen, har en betydelig indvirkning på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere og på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold« (betragtning 1069 til den anfægtede beslutning).

1291 Denne konklusion baserer Kommissionen på følgende faktorer:

- Det retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger har allerede gjort det muligt for Microsoft at erhverve en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere og indebærer fare for, at konkurrencen på dette marked udelukkes (betragtning 1070 til den anfægtede beslutning).
  
- Det retsstridige koblingssalg har allerede gjort det muligt for Microsoft at blive førende på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, og det fremgår af de beviser, der gennemgås i den anfægtede beslutning, at »markedet muligvis allerede er ved at »tippe« til fordel for [Windows Media Player]« (betragtning 1071 til den anfægtede beslutning).

1292 Med hensyn til den geografiske udstrækning af de relevante produktmarkeder anfører Kommissionen, at de tre markeder, der defineres i den anfægtede beslutning, omfatter hele EØS (betragtning 1073 til den anfægtede beslutning).

1293 I betragtning 1074 til den anfægtede beslutning drager Kommissionen den konklusion af den ovenstående vurdering, at Microsoft har begået en meget alvorlig overtrædelse af artikel 82 EF og EØF-aftalens artikel 54, for hvilken der kan pålægges en bøde på over 20 mio. EUR. I den følgende betragtning fastsætter den udgangsbøden under hensyn til grovheden til 165 732 101 EUR; dette beløb udgør udgangspunktet for bødens grundbeløb (herefter »udgangsbøden«).

1294 I betragtning 1076 til den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at udgangsbøden for at have en tilstrækkelig afskrækkende virkning for Microsoft og i betragtning af selskabets betydelige økonomiske ressourcer bør fordobles, hvorefter bøden på dette stadium andrager 331 464 203 EUR.

- 1295 Videre fastslår Kommissionen for så vidt angår overtrædelsens varighed, at det retsstridige afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger begyndte i oktober 1998 og ikke er ophørt endnu, og at det retsstridige koblingssalg begyndte i maj 1999 og heller ikke er ophørt endnu (betragtning 1077 til den anfægtede beslutning). Kommissionen konkluderer, at den samlede varighed af den af Microsoft begåede overtrædelse således er på fem år og fem måneder, hvilket svarer til en overtrædelse af lang varighed (samme betragtning). Kommissionen forhøjer følgelig det beløb, der blev anført i den foregående præmis, med 50% og fastsætter dermed bødens grundbeløb til 497 196 304 EUR (betragtning 1078 til den anfægtede beslutning).
- 1296 Derpå vurderer Kommissionen, at der i det foreliggende tilfælde ikke er nogen skærpende eller formildende omstændigheder, der skal tages i betragtning (betragtning 1079 til den anfægtede beslutning). Den fastsætter herefter bødens endelige beløb til 497 196 304 EUR (betragtning 1080 til den anfægtede beslutning).

## B — Parternes argumenter

- 1297 Microsoft har principalt gjort gældende, at der ikke er grundlag for den bøde, der pålægges i den anfægtede beslutnings artikel 3, da der ikke er begået nogen overtrædelse af artikel 82 EF.
- 1298 Subsidiært har Microsoft gjort gældende, at bøden er urimelig høj og uforholdsmæssig, og at den derfor bør annulleres eller nedsættes væsentligt.
- 1299 Microsoft for det første gjort gældende, at det ikke er berettiget at pålægge selskabet en bøde, når de overtrædelser, der foreholdes det, skyldes en »ny fortolkning af retsreglerne«. Til støtte for denne påstand har Microsoft påberåbt sig uddrag af en række af Kommissionens pressemeddelelser vedrørende konkurrencesager

(pressemeldelse IP/01/584 af 20.4.2001 og pressemeldelse IP/04/705 af 2.6.2004) og dens praksis med hensyn til ikke at pålægge bøder i sager, der rejser nye eller komplicerede spørgsmål. Microsoft har ligeledes påberåbt sig, at Kommissionen i nogle sager kun har pålagt de berørte virksomheder en symbolsk bøde, fordi det ikke var let for dem at udlede af Kommissionens tidligere praksis, at den adfærd, der blev foreholdt dem, udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne.

- 1300 Microsoft har hævdet, at de principper, Kommissionen har lagt til grund i det foreliggende tilfælde, afviger betydeligt fra dem, der er fastlagt i retspraksis, og at de er et resultat af, »at Kommissionens teorier har ændret sig væsentligt, efterhånden som sagen er skredet frem de sidste fem år«.
- 1301 Microsoft har således dels gjort gældende med hensyn til det misbrug, der består i selskabets afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger for konkurrenterne og at tillade dem at anvende sådanne oplysninger, at Kommissionen aldrig klart har angivet, hvilke oplysninger det drejer sig om. Endvidere har Microsoft gentaget, at Sun aldrig har anmodet Microsoft om licens til udnyttelse af Microsofts intellektuelle ejendomsrettigheder med henblik på at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere i EØS. Endelig har Microsoft hævdet, at Kommissionen ved at fastsætte en forpligtelse til at give licens til udnyttelse af meget værdifulde intellektuelle ejendomsrettigheder med henblik på at lette udviklingen af produkter, der konkurrerer direkte med Windows-operativsystemerne til arbejdsgruppeservere, har indtaget en helt ny holdning. På baggrund af disse forhold havde Microsoft god grund til at tro, at det foreliggende tilfælde ikke frembød de særlige omstændigheder, Domstolen forudsætter.
- 1302 Dels har Microsoft med hensyn til det misbrug, der består i, selskabet har gjort levering af Windows-operativsystemet til klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af Windows Media Player, indledningsvis anført, at Kommissionens teori om koblingsalg ikke engang blev nævnt i den første meddelelse af klagepunkter. Endvidere er det første gang, Kommissionen har fundet, at det kan udgøre en overtrædelse af artikel

82 EF at forbedre et produkt ved at indbygge en »forbedret« funktionalitet i det — i det foreliggende tilfælde en multimediefunktionalitet, som gør det muligt at afspille streamet indhold — uden samtidig, og til den samme pris, at tilbyde en version af produktet, som ikke indeholder denne funktionalitet.

1303 For det andet har Microsoft hævdet, at den bøde, selskabet er blevet pålagt, er urimelig høj. Til underbygning af denne påstand har Microsoft fremsat tre rækker argumenter.

1304 Indledningsvis har Microsoft gjort gældende, at bødens udgangsbeløb er uberettiget. Fastsættelsen af beløbet til 165 732 101 EUR er vilkårlig og ukorrekt begrundet. Endvidere er Kommissionens vurdering, hvorefter Microsoft har begået en »meget alvorlig« overtrædelse, ikke velbegrundet. Kommissionen var fem år om at nå til den konklusion, at Microsofts adfærd var forkastelig, og endnu længere om at beslutte, hvilke afhjælpende foranstaltninger der burde træffes. Endelig kunne Microsoft ikke forudse, at selskabets adfærd kunne anses for at udgøre en overtrædelse af konkurrencereglerne, og slet ikke en »meget alvorlig« overtrædelse.

1305 I replikken har Microsoft anfægtet Kommissionens vurdering, hvorefter de omhandlede misbrug har en mærkbar indvirkning på de relevante markeder.

1306 Ligeledes i replikken har Microsoft gjort gældende, at Kommissionen ved bødefastsættelsen ikke kun lagde »de af misbrugene berørte produkter« til grund. Den lagde nemlig Microsofts omsætning på markedet for operativsystemer til servere i almindelighed til grund. Det er imidlertid under en fjerdedel af de af Microsofts indtægter, der hidrører fra sådanne systemer, der kan henføres til markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere, således som Kommissionen har defineret det.

1307 Endvidere finder Microsoft ikke, at Kommissionen med føje kunne fordoble udgangsbeløbet under henvisning til Microsofts »betydelige økonomiske ressourcer« og hensynet til at opnå en tilstrækkelig afskrækkende virkning. Kommissionen har ikke beskyldt Microsoft for ikke at ville overholde retsfor skrifterne; tværtimod roste det daværende medlem af Kommissionen med ansvar for konkurrencespørgsmål, Mario Monti, de bestræbelser, Microsoft havde udfoldet for at nå frem til en mindelig løsning på sagen, og den professionalisme, medlemmerne af Microsofts team havde udvist. Kommissionen kan heller ikke påberåbe sig nødvendigheden af at afskrække andre virksomheder fra at begå lignende overtrædelser. Endelig er udgangsbeløbet baseret på Microsofts omsætning og fortjeneste på verdensplan, og de samme tal er anvendt som begrundelse for at forhøje beløbet under hensyn til den afskrækkende virkning (fodnote 1342 til den anfægtede beslutning), hvilket er ensbetydende med, at »den samme faktor er taget i betragtning to gange«. De øvrige faktorer, hvortil der henvises i fodnote 1342 til den anfægtede beslutning, giver ikke grundlag for at fordoble grundbeløbet.

1308 Endelig har Microsoft gjort gældende, at forhøjelsen af udgangsbeløbet med 50% under hensyn til overtrædelsens varighed er urimeligt stor. Indledningsvis har Kommissionen hverken taget de foranstaltninger i betragtning, Microsoft traf for at råde bod på de problemer, Kommissionen havde rejst under drøftelserne med selskabet og i meddelelserne af klagepunkter, eller de forpligtelser, det påtog sig inden for rammerne af det amerikanske forlig. Endvidere har Kommissionen ikke taget hensyn til varigheden af den administrative procedure, og det ikke kan lægges Microsoft til last, at selskabet har forsøgt at nå frem til et forlig med Kommissionen. Endelig kunne Microsoft ikke have bragt de påståede misbrug til ophør på et tidligere tidspunkt, eftersom »Kommissionens teorier har ændret sig væsentligt i løbet af de sidste seks år«.

1309 Kommissionen finder, at Microsofts principale argument må forkastes, eftersom Microsoft ikke har bevist, at Kommissionen har begået en fejl ved at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af artikel 82 EF.

1310 Kommissionen har ligeledes bestridt Microsofts subsidiære påstand.

1311 Herom hævder Kommissionen først, at bøden er berettiget.

1312 For det første har den ikke anvendt nogen ny retsregel i det foreliggende tilfælde.

1313 Med hensyn til det retsstridige afslag har den således taget hensyn til, at der kunne »være tale om intellektuelle ejendomsrettigheder«. Den har derfor på grundlag af domme som Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, anvendt en stor del af den anfægtede beslutning til at vise, at afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder kan udgøre misbrug af dominerende stilling. Da det desuden udtrykkeligt angives i betragtningerne til direktiv 91/250, at afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger kan udgøre misbrug af dominerende stilling, kan Microsoft ikke for alvor hævde, at selskabet ikke var klar over, at det overtrådte artikel 82 EF.

1314 Desuden finder Kommissionen, at den allerede har tilbagevist Microsofts argumenter om udstrækningen af Suns anmodning og angivet, at det ikke udelukkes i retspraksis, at ophavsretsindehaverens produkter og licenstagernes fremtidige produkter konkurrerer med hinanden. I duplikken har Kommissionen tilføjet, at den allerede i den første meddelelse af klagepunkter henviste til »en række oplysninger, som Microsoft uretmæssigt tilbageholdte«, og gentaget, at Microsoft fuldt ud var klar over, at selskabet nægtede at give sine konkurrenter adgang til de interoperabilitetsoplysninger, som er omhandlet i den anfægtede beslutning.

1315 Med hensyn til det retsstridige koblingssalg har Kommissionen medgivet, at den foreliggende sag eventuelt adskiller sig fra tidligere sager om koblingssalg ved, at den i den anfægtede beslutning foretager en vurdering af de faktiske virkninger af den

pågældende adfærd. Det kan dog ikke udledes heraf, at Kommissionen har udviklet en ny teori; dens vurderinger bygger på velkendte retlige og økonomiske principper.

1316 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at Microsoft i betragtning af de økonomiske og juridiske ressourcer, selskabet råder over, kunne forudse, at dets adfærd, som har bestået i at udnytte dets dominerende stilling på ét marked til at erobre et andet, ville blive karakteriseret som misbrug. Fællesskabets retsinstanter har konsekvent afvist argumentet om, at der ikke kan pålægges en bøde, når den berørte virksomhed ikke har kunnet vide, at den overtrådte konkurrencereglerne. Endelig kan Microsoft ikke påberåbe sig, at Kommissionen ikke har pålagt virksomheder bøder i andre sager.

1317 Dernæst finder Kommissionen, at bøden ikke er urimeligt stor, idet den kun repræsenterer 1,62% af Microsofts omsætning på verdensplan i det regnskabsår, der sluttede den 30. juni 2003.

1318 Kommissionen har for det første anført, at den råder over et skøn ved fastsættelsen af bøden, og at den ikke er forpligtet til at anvende præcise matematiske formler. Dens forpligtelse til at angive en begrundelse indebærer ikke, at det påhviler den i sin beslutning at angive de tal, den har anvendt i forbindelse med bodeberegningsmetoden. Desuden har den i overensstemmelse med retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i [KS]-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) taget hensyn til overtrædelsens grovhed, art og konkrete indvirkning på markedet samt det berørte markeds geografiske udstrækning.

1319 Kommissionen fastsatte ikke bødens grundbeløb på basis af Microsofts omsætning på verdensplan, men på basis af selskabets omsætning i EØS på markedet for operativsystemer til klient-pc'er og markedet for arbejdsgruppeservere. I fodnote 217 til svarskriftet har Kommissionen oplyst, at udgangsbeløbet repræsenterer 7,5% af denne omsætning. Heraf har Kommissionen draget den konklusion, at der ikke er grundlag for Microsofts påstand om, at Kommissionen tog den samme faktor i betragtning to gange. Over for Microsofts påstand om, at Kommissionen lagde omsætningen på markedet for operativsystemer til servere i almindelighed til grund, har den anført, at den lagde de tal til grund, Microsoft havde meddelt den som svar på en begæring om oplysninger, der drejede sig om operativsystemer til arbejdsgruppeservere. Den har i den forbindelse henvist til en skrivelse, Microsoft tilsendte Kommissionen den 9. marts 2004 (bilag D.16 til duplikken).

1320 For det andet har Kommissionen hævdet, at den havde ret til at anvende en multiplikator på 2 på bødens udgangsbeløb. Dette beløb svarede til under 1% af Microsofts omsætning i det sidste regnskabsår og havde ikke givet bøden en tilstrækkeligt afskrækkende virkning. Ved fastsættelsen af multiplikatoren tog Kommissionen hensyn til, at store virksomheder normalt råder over ressourcer, der gør det muligt for dem at have et bedre kendskab til konkurrencereglernes krav og konsekvenser end mindre virksomheder.

1321 Kommissionen har ligeledes anført, at det fremgår af retspraksis, at den afskrækkende virkning, som er et formål, Kommissionen har ret til at forfølge ved fastsættelsen af bødebøbeløbet, tilsigter at sikre, at virksomhederne respekterer konkurrencereglerne i traktaten ved udøvelsen af deres aktiviteter i Fællesskabet eller EØS (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingrediens mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597, præmis 110 og 111). Det følger heraf, at den afskrækkende karakter af en bøde pålagt for overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler ikke kan fastsættes udelukkende på baggrund af den dømte virksomheds

konkrete situation. Det er ikke blot nødvendigt at afskrække denne virksomhed fra at begå den samme overtrædelse igen, men også at afskrække andre virksomheder »af lignende størrelse og med lignende ressourcer« fra at gøre sig skyldige i sammenlignelige overtrædelser.

1322 Desuden har Kommissionen understreget, at den ikke har påstået, at Microsoft lagde hindringer i vejen for dens undersøgelse, og at den ikke har gjort nogen skærpende omstændigheder gældende over for selskabet.

1323 For det tredje finder Kommissionen ikke, at den forhøjelse, den for at tage hensyn til overtrædelsens varighed foretog af det på grundlag af grovheden fastlagte beløb, er urimeligt stor. Den fulgte den normale praksis, som består i for overtrædelser af lang varighed at foretage en forhøjelse på 10% for hvert års deltagelse i overtrædelsen.

1324 Efter Kommissionens opfattelse kan Microsoft ikke påberåbe sig de foranstaltninger, selskabet har truffet for at råde bod på de problemer, Kommissionen har rejst, eller som blev rejst i forbindelse med det amerikanske forlig, eftersom de ikke er relevante for beregningen af overtrædelsens varighed. Kommissionen har under henvisning til betragtning 241, 242 og 270-279 til den anfægtede beslutning tilføjet, at Microsoft ikke bragte overtrædelsen til ophør ved hjælp af disse foranstaltninger.

1325 Endelig har Kommissionen afvist Microsofts argument om varigheden af den administrative procedure, idet den navnlig har anført, at varigheden var objektivt begrundet i sagens komplicerede karakter og nødvendigheden af at sikre Microsofts ret til kontradiktion.

C — *Retten's bemærkninger*

- 1326 Som følge af de ovenstående anbringender skal Retten prøve lovligheden af den anfægtede beslutnings artikel 3 og i givet fald — i medfør af sin fulde prøvelsesret — ophæve eller nedsætte den bøde, Microsoft pålægges i artiklen.
- 1327 Kommissionen har pålagt Microsoft en samlet bøde for de to misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 2. Det fremgår af bl.a. betragtning 1061-1069 til beslutningen, at Kommissionen har konstateret to særskilte misbrug, men at den finder, at Microsoft kun har begået én overtrædelse, nemlig at have fulgt en strategi, der består i at anvende selskabets dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er som løftestang (jf. navnlig betragtning 1063 til den anfægtede beslutning).
- 1328 Det fremgår af betragtning 1054-1080 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen har beregnet bødebøbet i overensstemmelse med den metode, der er angivet i retningslinjerne, om end der ikke udtrykkeligt henvises til disse i beslutningen.
- 1329 Microsoft har principalt gjort gældende, at den anfægtede beslutnings artikel 3 må annulleres, da der ikke er grundlag for den pålagte bøde, eftersom der ikke er begået nogen overtrædelse af artikel 82 EF.
- 1330 Dette argument må forkastes. Det fremgår nemlig af den vurdering, der er foretaget af det omtvistede spørgsmål om afslaget på at fremlægge og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger og af det omtvistede spørgsmål om koblingsalget

af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player, at det var med rette, at Kommissionen fandt, at Microsoft havde overtrådt artikel 82 EF ved at udvise disse to former for adfærd.

1331 Subsidiært har Microsoft gjort gældende, at bøden er urimelig høj og uforholdsmæssig, og at den derfor bør annulleres eller nedsættes væsentligt. Microsoft har navnlig hævdet, at de to former for adfærd, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings artikel 2, udgør helt nye former for misbrug af dominerende stilling, og at Microsoft ikke kunne forudse, at Kommissionen ville fortolke selskabets adfærd, der har bestået i dels at udøve sine intellektuelle ejendomsrettigheder til en af selskabet udviklet meget værdifuld teknologi, dels at foretage en teknologisk forbedring af et eksisterende produkt, som en overtrædelse af artikel 82 EF.

1332 Der er ikke er grundlag for Microsofts subsidiære argumenter, og Microsoft har navnlig ikke påvist, at Kommissionen har fejlvurderet overtrædelsens grovhed og varighed eller begået en fejl ved fastsættelsen af bøden.

1333 Det bemærkes hvad dette angår, at Retten ved behandlingen af de omtvistede forhold i forbindelse med den første form for misbrug har bekræftet holdbarheden af Kommissionens vurdering, hvorefter det afslag, der foreholdes Microsoft — selv ud fra den forudsætning, at det eventuelt udgjorde et afslag på at give licens til udnyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder — havde karakter af misbrug, eftersom det dels blev givet under særlige omstændigheder som dem, hvortil der er blevet henvist i retspraksis, og som gør det muligt ud fra almene hensyn at gribe ind i den eneret, der tilkommer indehaveren af den intellektuelle ejendomsret eneret, dels ikke var objektivt begrundet.

1334 Det bemærkes ligeledes, at Retten i forbindelse med behandlingen af det andet omtvistede misbrug har fastslået, at Kommissionen i fornødent omfang har godtgjort, at den omstændighed, at Microsoft havde gjort levering af Windows-operativsystemet til klient-pc'er betinget af samtidig anskaffelse af programmet Windows Media Player, betød, at betingelserne for at fastslå, at der forelå et retsstridigt koblingssalg som omhandlet i artikel 82 EF, var opfyldt, og at Microsofts adfærd ikke var objektivt begrundet.

1335 Hvad for det første angår Microsofts argument om, at fastslåelsen af de to misbrug i den anfægtede beslutnings artikel 2 skyldes en »ny fortolkning af retsreglerne« (jf. præmis 1299-1302 ovenfor), er det tilstrækkeligt at bemærke, at Retten allerede i forbindelse med undersøgelsen af de to første omtvistede spørgsmål har fastslået, at det savner grundlag. Det fremgår af denne undersøgelse, at Kommissionen ikke har anvendt nogen ny retsregel i det foreliggende tilfælde.

1336 Det er således hvad indledningsvis angår det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a), allerede blevet anført, at Domstolen på det tidspunkt, da forholdene fandt sted, allerede havde fastslået i Magill-dommen, nævnt i præmis 107 ovenfor, at den omstændighed, at indehaveren af en intellektuel ejendomsret nægter at give licens, ikke, selv når indehaveren som virksomhed indtager en dominerende stilling, i sig selv kan udgøre misbrug af dominerende stilling, men at indehaverens udøvelse af eneretten under særlige omstændigheder kan udgøre misbrug.

1337 Desuden er Microsofts påstand om, at det ikke var let for selskabet at vide, at den påtalte adfærd udgjorde en overtrædelse af konkurrencereglerne, vanskeligt at forene med det standpunkt, Microsoft indtog under den administrative procedure. Microsoft gjorde således gældende, at hvis Kommissionen fastslog, at det omtvistede afslag udgjorde misbrug, kunne det undergrave »den omhyggelige afvejning af ophavsret og konkurrencepolitik« i direktiv 91/250 (betragtning 743 til den anfægtede beslutning). Det skal tilføjes, at det i 26. betragtning til nævnte direktiv angives, at dets bestem-

melser »[ikke berører] anvendelsen af konkurrencereglerne i [artikel 81 EF og 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«.

1338 Det var følgelig med rette, at Kommissionen fandt, at Microsoft burde have vidst, at afslaget kunne være i strid med konkurrencereglerne.

1339 Hvad dernæst angår det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), gælder det samme, idet argumenterne om anvendelse af en ny teori allerede blev forkastet i forbindelse med undersøgelsen af det andet omtvistede spørgsmål (jf. navnlig præmis 859 og 863-868 ovenfor). Retten finder derfor, at det er med rette, når Kommissionen i betragtning 1057 til den anfægtede beslutning anfører, at dens undersøgelse af spørgsmålet om koblingssalg og dens konklusion på undersøgelsen, hvorefter Microsofts adfærd udgjorde misbrug, bygger på en fast praksis, der bl.a. blev fastlagt i Hilti- og Tetra Pak II-sagerne.

1340 Den omstændighed, at det retsstridige koblingssalg ikke blev nævnt i den første meddelelse af klagepunkter, er irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen har anvendt en ny retlig teori.

1341 Påstanden om, at den anfægtede beslutning er den første beslutning, hvori Kommissionen har fundet, at det udgør misbrug at forbedre et produkt ved at integrere en »forbedret« funktionaltet i det, kan heller ikke tiltrædes. Som fastslået i præmis 936, 937 og 1221 ovenfor, var integrationen ikke dikteret af tekniske motiver. Desuden svækker påstanden af de grunde, der blev anført navnlig i præmis 935 ovenfor, ikke Kommissionens vurdering, hvorefter der er tale om to særskilte produkter, hvilket ifølge den retspraksis, hvortil der blev henvist i præmis 859 ovenfor, er et af de kriterier, der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at der foreligger retsstridigt koblingssalg.

- 1342 Det følger af det foranstående, at Microsoft ikke har grundlag for at påstå, at Kommissionen ikke burde have pålagt selskabet en bøde, eller at den kun burde have pålagt det en symbolsk bøde.
- 1343 For det andet må Microsofts argument om, at bøden er urimeligt stor, ligeledes forkastes. Kommissionen foretog nemlig en korrekt vurdering af overtrædelsens grovhed og varighed.
- 1344 Det bemærkes i første række vedrørende overtrædelsens grovhed, at de to misbrug, der er tale om, udgør dele af en overtrædelse, som består i, at Microsoft har fulgt en løftestangsstrategi, dvs. anvendt sin dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er til at udstrække denne stilling til også at omfatte to nabomarkeder, nemlig markedet for arbejdsgruppeservere og markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold.
- 1345 Hvad for det første angår det misbrug, der fastslås i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra a), har Kommissionen vurderet dets grovhed under hensyn til dets art (betragtning 1064 og 1065 til den anfægtede beslutning), dets konkrete indvirkning på markedet (betragtning 1069 og 1070 til den anfægtede beslutning) og udstrækningen af det relevante geografiske marked (betragtning 1073 til den anfægtede beslutning). Den har karakteriseret den overtrædelse, misbruget er en del af, som »meget alvorlig«, hvorfor den kan medføre en bøde på over 20 mio. EUR.
- 1346 Retten finder, at de faktorer, Kommissionen lagde til grund i de betragtninger, hvortil der blev henvist i den foregående præmis, gør det berettiget at kvalificere overtrædelsen som »meget alvorlig«. Microsofts argumenter kan ikke rejse tvivl om denne vurdering.

1347 Således bekræfter flere interne Microsoft-dokumenter, at selskabet har udnyttet sin dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er som løftestang til at styrke sin stilling på markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere. I betragtning 774 til den anfægtede beslutning citerer Kommissionen således et uddrag af en e-mail fra Doug Bayer, en ledende Microsoft-medarbejder, til Steve Madigan, en anden ledende Microsoft-medarbejder, hvori førstnævnte anfører, at »[Microsoft] har den meget store fordel på markedet for databehandling i virksomheder, at selskabet kan anvende Windows' dominerende stilling inden for personlige computere som løftestang«.

1348 I den følgende betragtning til den anfægtede beslutning henviser Kommissionen til en sætning i en anden e-mail fra den ene af de to ovennævnte ledende Microsoft-medarbejdere til den anden, hvoraf det fremgår, at erobringen af markedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere blev betragtet som et middel til at iværksætte den samme løftestangsstrategi på internettet. Sætningen har følgende ordlyd:

»Det bliver ikke let at komme til at dominere serverinfrastrukturen på internettet, [men] vi vil måske kunne gøre det med udgangspunkt i virksomhedsnetværkene, hvis det lykkes os at dominere disse (hvad jeg tror det gør).«

1349 Desuden fremgår det, således som Kommissionen med rette anfører i betragtning 778 til den anfægtede beslutning, af et uddrag af en tale, Bill Gates holdt i februar 1997, at de øverste Microsoft-ledere betragtede interoperabilitet som et redskab for denne løftestangsstrategi. Uddraget har følgende ordlyd:

»Vi forsøger at udnytte vort herredømme på serverområdet til at udvikle nye protokoller og mere specifikt udelukke Sun og Oracle [...] Om det vil lykkes os, ved jeg ikke, men det er i hvert fald, hvad vi prøver at gøre.«

- 1350 Bill Gates' tale blev holdt i februar 1997, dvs. længe før Microsoft afslog anmodningen i skrivelsen af 15. september 1998. Det var derfor med rette, at Kommissionen fandt, at det omtvistede afslag var et led i samlet strategi, der bestod i, at Microsoft anvendte sin dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er som løftestang til at styrke sin konkurrencemæssige stilling på nabomarkedet for operativsystemer til arbejdsgruppeservere.
- 1351 Hvad dernæst angår koblingssalget af Windows og Windows Media Player, hvortil der henvises i den anfægtede beslutnings artikel 2, litra b), finder Retten, at Kommissionen ved at kvalificere overtrædelsen som »meget alvorlig« ligeledes har foretaget en korrekt vurdering for så vidt angår kriteriet om overtrædelsens grovhed.
- 1352 I den forbindelse bemærkes for det første, at det fremgår af en e-mail, Microsofts medarbejder Bay sendte til Bill Gates i januar 1999 (jf. præmis 911 ovenfor), at dette andet misbrug ligeledes var et led i en løftestangsstrategi.
- 1353 For det andet er det korrekt, når Kommissionen i betragtning 1068 til den anfægtede beslutning fastslår, at misbruget på grund af sin art udgjorde en meget alvorlig overtrædelse af artikel 82 EF og artikel 54 i EØS-aftalen.
- 1354 Indledningsvis havde Fællesskabets retsinstanser nemlig allerede i bl.a. Hilti- og Tetra Pak II-sagerne fastslået, at koblingssalg er retsstridigt, og den påtalte adfærd opfylder de betingelser, som er fastlagt i denne retspraksis. Som nævnt i præmis 859 og 863-868 lagde Kommissionen navnlig ikke nogen ny teori til grund i det forelig-

gende tilfælde, da den undersøgte, om betingelsen om udelukkelse af konkurrenterne var opfyldt.

- 1355 Endvidere er det helt korrekt, når Kommissionen i betragtning 1066 til den anfægtede beslutning anfører, at koblingssalget sikrer Windows Media Player almindelig udbredelse på klient-pc'er over hele verden, og at dette tilskynder OEM til ikke at præinstallere konkurrerende multimedieafspillere på deres klient-pc'er og skader konkurrencen på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold (jf. præmis 1031-1058 ovenfor).
- 1356 Endelig har det omhandlede retsstridige koblingssalg — således som Kommissionen med rette fremhæver i betragtning 1067 til den anfægtede beslutning — mærkbare virkninger for konkurrencen inden for levering af indhold over internet og inden for multimedieprogrammer, som udgør betydningsfulde sektorer, der befinder sig i en stadig udvikling. Som anført i præmis 1060-1075 ovenfor, tilskynder den almindelige udbredelse, koblingssalget giver Windows Media Player, indholdsleverandørerne til at distribuere deres indhold i Windows Media-formaterne og softwareleverandørerne til at udvikle deres produkter således, at de bygger på en række funktionaliteter i Windows Media Player, skønt konkurrerende multimedieafspillere er af sammenlignelig eller endog bedre kvalitet end denne multimedieafspiller. Det blev ligeledes påvist i præmis 1076 ovenfor, at det var korrekt, når Kommissionen fandt, at koblingssalget også har virkninger på visse nabomarkeder.
- 1357 For det tredje er det korrekt, når Kommissionen i betragtning 1069-1071 til den anfægtede beslutning anfører, at koblingssalget har betydelig indvirkning på markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold. Navnlig har koblingssalget gjort det muligt for Microsoft at blive førende på dette marked med selskabets afspiller, Windows Media Player.

1358 For det fjerde er det ubestridt, at markedet for multimedieafspillere, der kan afspille streamet indhold, omfatter hele EØS (betragtning 1073 til den anfægtede beslutning).

1359 Det følger af, hvad der blev anført i præmis 1344-1358 ovenfor, at det var med føje, at Kommissionen anvendte et mindstebeløb på 20 mio. EUR som udgangspunkt for fastsættelsen af bøden for overtrædelsen.

1360 Kommissionen fastsatte i den foreliggende sag, efter først at have taget hensyn til overtrædelsens art, dens virkninger på de relevante produktmarkeder og den geografiske udstrækning af disse markeder, som udgangspunkt et samlet beløb på 165 732 101 EUR for de to misbrug (betragtning 1075 til den anfægtede beslutning). Kommissionen angiver ikke i den anfægtede beslutning, hvad dette beløb står for, eller hvordan det fordeler sig mellem de to misbrug. Det fremgår imidlertid af fodnote 217 til svarskriftet, sammenholdt med Microsofts skrivelse af 9. marts 2004 (jf. præmis 1319 ovenfor), at beløbet repræsenterer 7,5% af Microsofts samlede omsætning i EØS på markedet for operativsystemer til klient-pc'er og markedet for arbejdsgruppeservere i det regnskabsår, der sluttede den 30. juni 2003. I modsætning til hvad Microsoft har gjort gældende, kan dette udgangsbeløb derfor ikke betragtes som fastsat vilkårligt.

1361 Med hensyn til Microsofts påstand om, at der ikke er angivet nogen begrundelse for, at bødens udgangsbeløb er blevet fastsat til 165 732 101 EUR, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det er fast retspraksis, at det ikke i henhold til begrundelsespligten påhviler Kommissionen at angive tallene i forbindelse med metoden for bødeudmålingen i sin beslutning (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod

Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 76 og 80, og dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 95 ovenfor, præmis 464).

1362 Microsofts påstand om, at Kommissionen har lagt omsætningen på markedet for operativsystemer til servere i almindelighed til grund, dvs. et større marked end det andet marked, der defineres i den anfægtede beslutning, kan heller ikke tiltrædes. Kommissionen har nemlig lagt de tal til grund, Microsoft meddelte den i sin skrivelse af 9. marts 2004 som svar på en begæring om oplysninger af 2. marts 2004, hvori der udtrykkeligt blev henvist til de Windows-operativsystemer til arbejdsgruppeservere, Microsoft stadig leverede på dette tidspunkt (bilag D.16 til duplikken).

1363 Endvidere finder Retten, at der var med rette, at Kommissionen har anvendt en multiplikator på to på dette udgangsbeløb for at sikre bøden en tilstrækkelig afskrækkende virkning og for at tage hensyn til Microsofts betydelige økonomiske ressourcer. Dels kan det ikke udelukkes, at Microsoft får mulighed for at gøre brug af løftestangsstrategien i relation til andre nabomarkeder, da selskabet efter al sandsynlighed stadig vil have en dominerende stilling på markedet for operativsystemer til klient-pc'er, i hvert fald i de nærmeste år. Dels er Microsoft allerede blevet retsforfulgt i USA for en praksis, der svarer til det retsstridige koblingssalg, som er omhandlet i den foreliggende sag, nemlig koblingssalget af selskabets webbrowser Internet Explorer og dets Windows-operativsystem til klient-pc'er, og det kan ikke udelukkes, at Microsoft i fremtiden begår den samme form for overtrædelse i relation til anden applikationssoftware.

1364 Hvad dernæst angår overtrædelsens varighed må Microsofts argument om, at forhøjelsen på 50% af bødens udgangsbeløb er urimeligt stor, forkastes. Således som Retten fastslog i forbindelse med behandlingen af det andet led af det omtvistede spørgsmål om afslaget på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger, var det korrekt, når Kommissionen fandt, at skrivelsen af 6. oktober 1998 indeholdt et afslag på at

meddele Sun de oplysninger, selskabet havde anmodet om. Heraf følger, at det var korrekt, når Kommissionen fastslog, at Microsoft fra dette tidspunkt havde gjort sig skyldig i en tilsidesættelse af artikel 82 EF. Det er blevet påvist, at overtrædelsen fortsatte indtil vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og at overtrædelsen blev udvidet med endnu et misbrug fra maj 1999.

1365 Endelig finder Retten, at det var korrekt, når Kommissionen fandt, at der i det foreliggende tilfælde ikke er nogen skærpende eller formildende omstændigheder at tage i betragtning.

1366 Det følger af det foranstående som helhed, at Microsofts argument om, at bøden er urimelig stor og uforholdsmæssig, må forkastes.

1367 Kommissionen må følgelig frifindes, i den udstrækning der er nedlagt påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden.

## **Sagens omkostninger**

1368 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

- 1369 I det foreliggende tilfælde har Microsoft tabt sagen for så vidt angår påstanden om annullation af hele den anfægtede beslutning og påstanden om ophævelse eller nedsættelse af bøden. Kommissionen har tabt sagen for så vidt angår påstanden om fuldstændig frifindelse.
- 1370 Under disse omstændigheder bør der for hovedsagens vedkommende ske en fordeling af sagsomkostningerne. Microsoft bør bære 80% af sine egne omkostninger og betale 80% af Kommissionens omkostninger, bortset fra de omkostninger, Kommissionen har afholdt som følge af CompTIA's, ACT's, TeamSystems, Mamuts, DMDsecure m.fl.'s og Exors intervention. Kommissionen bør bære 20% af sine egne omkostninger og betale 20% af Microsofts omkostninger, bortset fra de omkostninger, Microsoft har afholdt som følge af SIIA's, FSFE's, Audiobanner.com's og ECIS' intervention.
- 1371 I sagen om foreløbige forholdsregler bør Microsoft bære sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger, bortset fra de omkostninger, Kommissionen har afholdt som følge af CompTIA's, ACT's, TeamSystems, Mamuts, DMDsecure m.fl.'s og Exors intervention.
- 1372 CompTIA, ACT, TeamSystem, Mamut, DMDsecure m.fl. og Exor bør bære deres egne omkostninger, herunder deres omkostninger i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler. Da Kommissionen ikke har nedlagt påstand om, at disse interventioner tilpligtes at betale de omkostninger, Kommissionen har afholdt som følge af deres intervention, bør de kun bære deres egne omkostninger.
- 1373 SIIA's, FSFE's, Audiobanner.com's og ECIS' omkostninger, herunder de omkostninger, der vedrører sagen om foreløbige forholdsregler, bør betales af Microsoft.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Store Afdeling)

- 1) **Artikel 7 i Kommissionens beslutning 2007/53/EF af 24. marts 2004 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 indledt mod Microsoft Corp. (sag COMP/C-3/37.792 — Microsoft) annulleres, for så vidt som det bestemmes i artiklen:**
  - **at Microsoft skal fremsætte forslag til en ordning, der omfatter udpegelse af en uafhængig befuldmægtiget med beføjelse til, uafhængigt af Kommissionen, at få adgang til bistand og oplysninger fra Microsoft samt til Microsofts dokumenter, lokaler, ansatte og de relevante Microsoft-produkters kildekode**
  
  - **at forslaget til denne ordning skal indeholde en bestemmelse om, at samtlige omkostninger i forbindelse med udpegelsen af den befuldmægtigede, herunder dennes vederlag, skal bæres af Microsoft**
  
  - **at Kommissionen kan fastsætte en ordning som den, hvortil der henvises i første og andet led ovenfor, ved en beslutning.**

- 2) **I øvrigt frifindes Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.**
  
- 3) **Microsoft bærer 80% af sine egne omkostninger og betaler 80% af Kommissionens omkostninger, bortset fra Kommissionens omkostninger som følge af intervention fra The Computing Technology Industry Association, Inc., Association for Competitive Technology, Inc., TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd, Tandberg Television Ltd og Exor AB.**
  
- 4) **Microsoft bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger i sag T-201/04 R om foreløbige forholdsregler, bortset fra Kommissionens omkostninger som følge af intervention fra The Computing Technology Industry Association, Association for Competitive Technology, TeamSystem, Mamut, DMDsecure.com, MPS Broadband, Pace Micro Technology, Quantel, Tandberg Television og Exor.**
  
- 5) **Microsoft betaler de omkostninger, der er afholdt af Software & Information Industry Association, Free Software Foundation Europe, Audiobanner.com og European Committee for Interoperable Systems (ECIS), herunder disse omkostninger i sagen om foreløbige forholdsregler.**
  
- 6) **Kommissionen bærer 20% af sine egne omkostninger og betaler 20% af Microsofts omkostninger, bortset fra Microsofts omkostninger som følge af intervention fra Software & Information Industry Association, Free Software Foundation Europe, Audiobanner.com og ECIS.**

- 7) **The Computing Technology Industry Association, Association for Competitive Technology, TeamSystem, Mamut, DMDsecure.com, MPS Broadband, Pace Micro Technology, Quantel, Tandberg Television og Exor bærer hver deres egne omkostninger, herunder deres omkostninger i sagen om foreløbige forholdsregler.**

Vesterdorf

Jaeger

Pirrung

García-Valdecasas

Tiili

Azizi

Cooke

Meij

Forwood

Martins Ribeiro

Wiszniewska-Białecka

Vadapalas

Labucka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. september 2007.

E. Coulon

B. Vesterdorf

Justitssekretær

Præsident

## Indhold

Tvistens baggrund .....	II - 3623
Den anfægtede beslutning .....	II - 3629
I — De relevante produktmarkeder og det relevante geografiske marked .....	II - 3629
II — Dominerende stilling .....	II - 3631
III — Misbrug af dominerende stilling .....	II - 3634
A — Afslag på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger .	II - 3634
B — Koblingssalg af Windows-operativsystemet til klient-pc'er og Windows Media Player .....	II - 3636
IV — Bøde og afhjælpende foranstaltninger .....	II - 3637
Sager om overtrædelse af USA's antitrustlovgivning .....	II - 3639
Retsforhandlinger .....	II - 3640
Parternes påstande .....	II - 3644
Retlige bemærkninger .....	II - 3646
I — Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning .....	II - 3647
A — Indledende spørgsmål .....	II - 3647
1. Udstrækningen af Fællesskabets retsinstansers prøvelsesret .....	II - 3647
2. Spørgsmålet om, hvorvidt indholdet af en række bilag kan antages til realitetsbehandling .....	II - 3649
B — Det omtvistede spørgsmål vedrørende afslaget på at meddele og tillade anvendelse af interoperabilitetsoplysninger .....	II - 3652
	II - 4029

1. Første led, hvorefter de af Fællesskabets retsinstanser fastlagte kriterier for, hvornår det kan pålægges en dominerende virksomhed at meddele licens, ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde .....	II - 3653
a) Indledning .....	II - 3653
b) De forskellige grader af interoperabilitet og rækkevidden af den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 5 ....	II - 3659
Parternes argumenter .....	II - 3659
Rettens bemærkninger .....	II - 3670
— Faktuelle og tekniske konstateringer .....	II - 3670
— Karakteren af de oplysninger, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning .....	II - 3684
— Den grad af interoperabilitet, Kommissionen kræver i den anfægtede beslutning .....	II - 3688
— Rækkevidden af den anfægtede beslutnings artikel 5, litra a) .....	II - 3699
c) Påstanden om, at Microsofts kommunikationsprotokoller er omfattet af intellektuelle ejendomsrettigheder .....	II - 3705
Parternes argumenter .....	II - 3705
Rettens bemærkninger .....	II - 3710
d) Den egentlige argumentation til støtte for anbringendets første led ..	II - 3713
i) Spørgsmålet om, på baggrund af hvilke omstændigheder den påtalte adfærd skal bedømmes .....	II - 3713
Parternes argumenter .....	II - 3713
Rettens bemærkninger .....	II - 3719

ii) Interoperabilitetsoplysningernes nødvendighed .....	II - 3728
Parternes argumenter .....	II - 3728
Rettens bemærkninger .....	II - 3739
— Den påståede retlige fejl .....	II - 3739
— Den påståede retlige fejl .....	II - 3754
iii) Udelukkelse af konkurrencen .....	II - 3758
Parternes argumenter .....	II - 3758
Rettens bemærkninger .....	II - 3769
— Definitionen af det relevante produktmarked .....	II - 3770
— Metoden til beregning af markedsandelene .....	II - 3786
— Det kriterium, der finder anvendelse .....	II - 3793
— Vurderingen af markedsdataene og konkurrenceforholdene ..	II - 3795
iv) Nye produkter .....	II - 3811
Parternes argumenter .....	II - 3811
Rettens bemærkninger .....	II - 3817
v) Mangel på en objektiv begrundelse .....	II - 3824
Parternes argumenter .....	II - 3824
Rettens bemærkninger .....	II - 3830
	II - 4031

2. Andet led, hvorefter Sun ikke har anmodet Microsoft om at få adgang til den teknologi, Kommissionen har pålagt Microsoft at fremlægge . . . . .	II - 3837
a) Parternes argumenter . . . . .	II - 3837
b) Rettens bemærkninger . . . . .	II - 3842
Rækkevidden af Suns anmodning . . . . .	II - 3843
Rækkevidden af skrivelsen af 6. oktober 1998 . . . . .	II - 3849
Den geografiske rækkevidde af anmodningen i skrivelsen af 15. september 1998 . . . . .	II - 3855
3. Tredje led, hvorefter Kommissionen ikke har taget korrekt hensyn til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i henhold til TRIPs-aftalen . . .	II - 3857
a) Parternes argumenter . . . . .	II - 3857
b) Rettens bemærkninger . . . . .	II - 3862
C — Det omtvistede spørgsmål vedrørende koblingssalget af Windows Media Player og Windows-operativsystemet til klient-pc'er . . . . .	II - 3866
1. Faktuelle og tekniske konstateringer . . . . .	II - 3867
2. Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 82 EF . . . . .	II - 3875
a) Betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan konstateres et retsstridigt koblingssalg . . . . .	II - 3876
Parternes argumenter . . . . .	II - 3876
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 3878
b) Tilstedeværelsen af to særskilte produkter . . . . .	II - 3883
Den anfægtede beslutning . . . . .	II - 3883
Parternes argumenter . . . . .	II - 3887
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 3895

c) Forbrugernes manglende mulighed for at erhverve hovedproduktet i koblingen uden det tilknyttede produkt .....	II - 3904
Den anfægtede beslutning .....	II - 3904
Parternes argumenter .....	II - 3905
Rettens bemærkninger .....	II - 3908
d) Udelukkelse af konkurrencen .....	II - 3912
Den anfægtede beslutning .....	II - 3912
Parternes argumenter .....	II - 3916
Rettens bemærkninger .....	II - 3929
e) Mangel på en objektiv begrundelse .....	II - 3948
Den anfægtede beslutning .....	II - 3948
Parternes argumenter .....	II - 3951
Rettens bemærkninger .....	II - 3963
f) Manglende hensyntagen til de forpligtelser, der påhviler Fællesskaberne i medfør af TRIPS-aftalen .....	II - 3970
Den anfægtede beslutning .....	II - 3970
Parternes argumenter .....	II - 3971
Rettens bemærkninger .....	II - 3975
3. Det andet anbringende: tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ...	II - 3977
a) Den anfægtede beslutning .....	II - 3977
b) Parternes argumenter .....	II - 3980
c) Rettens bemærkninger .....	II - 3982
	II - 4033

D — Den uafhængige befuldmægtigede .....	II - 3986
1. Den anfægtede beslutning .....	II - 3986
2. Parternes argumenter .....	II - 3988
3. Rettens bemærkninger .....	II - 3992
II — Påstandene om ophævelse eller nedsættelse af bøden .....	II - 4001
A — Den anfægtede beslutning .....	II - 4001
B — Parternes argumenter .....	II - 4006
C — Rettens bemærkninger .....	II - 4014
Sagens omkostninger .....	II - 4024