

Eindverslag van de raadadviseur-auditeur in zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft

(opgesteld overeenkomstig de artikelen 15 en 16 van Besluit 2001/462/EG, EGKS van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures — PB L 162 van 19.6.2001, blz. 21)

(2009/C 166/07)

De ontwerpbeschikking in deze zaak geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen:

De procedure van artikel 24, lid 1, gebaseerd op de eindbeschikking van 24 maart 2004

Op 24 maart 2004 heeft de Commissie een beschikking gegeven betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-Overeenkomst tegen Microsoft Corporation (zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft, PB L 32 van 6.2.2007, blz. 23).

In deze beschikking („de beschikking”) stelde de Commissie onder andere vast dat Microsoft inbreuk heeft gepleegd op artikel 82 van het EG-Verdrag („artikel 82”) en artikel 54 van de EER-Overeenkomst door, van oktober 1998 tot de datum van de beschikking, te weigeren bepaalde specifieke „interoperabiliteitsinformatie” vrij te geven aan verkopers van workgroup server-besturingssystemen, zodat zij interoperabele producten zouden kunnen ontwikkelen en distribueren ⁽¹⁾.

Op 10 november 2005 gaf de Commissie een beschikking overeenkomstig artikel 24, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 („beschikking ex artikel 24, lid 1”). Artikel 1 van deze beschikking luidt: „Microsoft Corporation dient ervoor te zorgen dat zij tegen 15 december 2005, de verplichtingen zoals beschreven in artikel 5, onder a) en c), van de eindbeschikking ten volle nakomt. Indien zij deze verplichtingen niet nakomt, wordt Microsoft Corporation vanaf die datum een dwangsom van 2 miljoen EUR per dag opgelegd”.

In de beschikking ex artikel 24, lid 1, werden twee aspecten vastgesteld ten aanzien waarvan Microsoft haar verplichtingen krachtens artikel 5, onder a) en c), van de eindbeschikking niet was nagekomen. De onderhavige procedure heeft uitsluitend betrekking op de verplichting van Microsoft overeenkomstig artikel 5, onder a), van de beschikking om op redelijke en niet-discriminerende voorwaarden de toegang tot of het gebruik van de interoperabiliteitsinformatie toe te staan.

De procedure van artikel 24, lid 2, gebaseerd op de beschikking ex artikel 24, lid 1

Op 12 juli 2006 gaf de Commissie een eerste beschikking overeenkomstig artikel 24, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 („eerste beschikking ex artikel 24, lid 2”), waarin het definitieve bedrag van de dwangsom die bij de beschikking ex artikel 24, lid 1, voor de periode tussen 16 december 2005 en 20 juni 2006 aan Microsoft werd opgelegd met betrekking tot het eerste aspect van de in die beschikking vastgestelde niet-naleving, namelijk het feit dat Microsoft geen volledige en accurate technische documentatie met interoperabiliteitsinformatie had verstrekt, op 280,5 miljoen EUR werd vastgesteld ⁽²⁾.

Zoals in de eerste beschikking ex artikel 24, lid 2 werd meegedeeld, behield de Commissie de mogelijkheid om, vanaf 16 december 2005, een definitief bedrag van de dwangsom vast te stellen voor het tweede aspect van de niet-naleving welke oorspronkelijk in de beschikking ex artikel 24, lid 1 was vastgesteld, indien de Commissie tot de conclusie zou komen dat Microsoft geen redelijke vergoeding aanrekende voor de toegang tot of het gebruik van de interoperabiliteitsinformatie ⁽³⁾.

In de onderhavige ontwerpbeschikking wordt het definitieve bedrag van de dwangsom vastgesteld die aan Microsoft zal worden opgelegd wegens de niet-nakoming van haar verplichting om een redelijke vergoeding te vragen voor de toegang tot of het gebruik van de interoperabiliteitsinformatie.

Door Microsoft vastgestelde maatregelen om te voldoen aan artikel 5, onder a), en opmerkingen van de Commissie

Vanaf 27 mei 2004, toen Microsoft een eerste beschrijving indiende van de maatregelen die zij voornemens was te treffen om aan artikel 5, onder a) tot en met c) van de beschikking te voldoen, tot heden, heeft er een uitvoerige briefwisseling tussen de Commissie en Microsoft plaatsgevonden over de „redelijke vergoeding” waarvan in de beschikking sprake is.

⁽¹⁾ Het Gerecht van eerste aanleg onderschreef in zijn arrest van 17 september 2007 de belangrijkste onderdelen van de beschikking waartegen Microsoft in beroep was gegaan. Daarop deelde Microsoft mee dat zij niet tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in beroep zou gaan.

⁽²⁾ Beschikking van de Commissie van 12 juli 2006 tot vaststelling van het definitieve bedrag van de dwangsom die Microsoft Corporation bij beschikking C(2005) 4420 def. werd opgelegd en tot wijziging van die beschikking wat het bedrag van de dwangsom betreft (zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft), C(2006) 3143 definitief.

⁽³⁾ Overweging 244 van de beschikking ex artikel 24, lid 2.

Volgens een brief van 29 oktober 2004 meende Microsoft dat zij, met de maatregelen die zij in haar brief van 27 mei 2004 had beschreven, aan haar verplichting ingevolge artikel 5, onder d), van de beschikking had voldaan. Verder legde de onderneming twee ontwerpovereenkomsten voor die zij als onderdeel van een workgroup server protocolprogramma („WSPP-overeenkomsten van 2004”) wilde aanbieden.

Gedurende het overige jaar 2004 en de eerste helft van 2005 vond vervolgens een uitvoerige briefwisseling plaats waarbij de Commissie, onder meer middels verzoeken om inlichtingen ingevolge artikel 18 van Verordening (EG) nr. 1/2003, Microsoft om nadere bijzonderheden en ondersteunende documentatie verzocht, waarop de onderneming verscheidene rapporten, memoranda en herziene versies van de WSPP-overeenkomsten van 2004 indiende. De Commissie zond tevens verzoeken om inlichtingen aan belanghebbenden toe waarin zij hun verzocht hun opmerkingen kenbaar te maken over de door Microsoft voorgestelde vergoedingenniveaus.

Bij beschikking van 28 juli 2005 zette de Commissie een toezichtsmechanisme op door een toezichthoudende trustee aan te stellen, en zijn functies en verplichtingen vast te leggen. Deze trustee heeft als taak de Commissie te helpen bij het toezicht op de naleving van de beschikking⁽⁴⁾. Op 5 oktober 2005 koos de Commissie een toezichthoudende trustee uit op basis van een door Microsoft ingediende lijst met vier deskundigen.

Tussen augustus en december 2005 diende Microsoft herziene WSPP-overeenkomsten en verschillende verslagen in ter rechtvaardiging van de in de WSPP-overeenkomsten vastgelegde vergoedingenniveaus.

Op 7 april 2006 zond de Commissie Microsoft het verslag van het onderzoek dat de trustee had ingesteld naar de op 15 december 2005 ingediende documenten ter rechtvaardiging van de door Microsoft in de WSPP-overeenkomsten vastgelegde vergoedingenniveaus („Verslag van de trustee van maart 2006”).

In reactie op dit verslag van de trustee diende Microsoft van mei tot november 2006 verscheidene documenten in, en legde zij daarnaast meermalen herziene WSPP-overeenkomsten voor.

In februari 2007 werden door de trustee en TAEUS, het externe adviesbureau van de Commissie, verscheidene verslagen ingediend. Op grond van deze verslagen kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat Microsoft nog niet aan haar verplichting had voldaan om een redelijke vergoeding te vragen voor de toegang tot of het gebruik van de interoperabiliteitsinformatie overeenkomstig artikel 5, lid a), van de beschikking.

De mededeling van punten van bezwaar

Op 1 maart 2007 zond de Commissie een mededeling van punten van bezwaar aan Microsoft („de mededeling van punten van bezwaar”), en gaf zij de onderneming een termijn van vijf weken de tijd om hierop te reageren.

Op 9 maart 2007 verzocht Microsoft om een verlenging van de termijn voor de beantwoording van de mededeling van punten van bezwaar. Ik heb dit verzoek op 15 maart 2007 ingewilligd, waarbij ik de termijn heb verlengd tot 23 april 2007. Microsoft heeft zich aan deze termijn gehouden.

Toegang tot het dossier

Microsoft verzocht om toegang tot het dossier op 2 maart 2007, en deze toegang werd verleend op 5 maart 2007, in de kantoren van de Commissie.

Op 27 april 2007 diende Microsoft een rectificatie in op haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. Microsoft verzocht nogmaals om toegang tot het dossier op 9 mei 2007.

Op 11 mei 2007 dienden TAEUS, de trustee en zijn adviseurs verslagen in over het deskundigenverslag van Microsoft dat in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar was opgenomen, en Microsoft kreeg op 14 mei 2007 toegang tot deze documenten evenals tot afschriften van alle opmerkingen die van belanghebbenden waren ontvangen over de mededeling van bezwaar en het antwoord daarop.

Op 16 mei 2007 verzocht Microsoft nogmaals om toegang tot het dossier, welke op 23 mei 2007 werd verleend.

⁽⁴⁾ Zie artikel 7 van de beschikking en artikel 3 van de trustee-beschikking.

Op 21 mei 2007 diende Microsoft herziene WSPP-overeenkomsten in die een gewijzigde vergoedingentabel bevatten („vergoedingsregeling van 21 mei 2007”). Microsoft verklaarde dat zij „nu officieel de lagere tarieven zal lanceren” en deze met terugwerkende kracht vanaf de datum van goedkeuring van de beschikking zal toepassen.

Op 1 juni 2007 diende Microsoft een aanvullend antwoord op de mededeling van punten van bezwaar in, en op 8 juni 2007 nog een technische beoordeling.

Microsoft verzocht in de loop van de procedure enkele malen om toegang tot de correspondentie tussen de Commissie enerzijds en de trustee of de deskundigen van de Commissie anderzijds.

De Commissie beschouwt deze correspondentie als interne stukken.

Ook in het kader van de procedure die was ingeleid op grond van de beschuldiging dat Microsoft geen volledige en accurate technische documentatie inzake de interoperabiliteitsinformatie had overgelegd, heb ik het verzoek van Microsoft om toegang tot de correspondentie met de trustee en externe deskundigen van de Commissie afgewezen (zie eindverslag van de raadadviseur-auditeur in zaak COMP/C-3/37.792 — Microsoft, PB L 00 van 3.7.2006, blz. 6), omdat ik deze correspondentie als interne documenten beschouwde.

Wel ging ik zorgvuldig na of toegang tot bepaalde delen van deze correspondentie noodzakelijk zou kunnen zijn voor een volledig begrip van de gebruikte methode of voor een behoorlijke technische verificatie van het verslag van de trustee, dan wel anderszins onontbeerlijk was voor Microsoft's verdediging. In antwoord op de bezwaren van Microsoft onderzocht ik de brieven die de trustee en TAEUS in de relevante periode aan de Commissie hadden gezonden (10 november 2006 en 22 mei 2007). Vervolgens deelde ik Microsoft mee dat mijns inziens geen enkel onderdeel van deze correspondentie onontbeerlijk was om de in het verslag gebruikte methode te begrijpen of om de technische correctheid ervan te onderzoeken.

Verder onderzocht ik, naar aanleiding van een andere kwestie die door Microsoft aan de orde was gesteld, de brieven die de Commissie aan de trustee en TAEUS had gezonden (10 november 2006 tot 27 juli 2007). Ik deelde de onderneming na dit onderzoek mee dat er geen documenten waren waaruit bleek dat de Commissie de trustee of de deskundigen van de Commissie op onrechtmatige wijze zou hebben beïnvloed.

HOORZITTING

Microsoft diende geen verzoek om een hoorzitting in.

LETTER OF FACTS

De Commissie zond Microsoft op 24 juli 2007 een „*letter of facts*”. Hierbij werd Microsoft de gelegenheid geboden haar opmerkingen te maken over de beoordeling van de vergoedingsregeling van 21 mei 2007 door de Commissie en van andere bewijsstukken die de Commissie na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar had verzameld, namelijk verslagen van de trustee en van de deskundigen van de Commissie, TAEUS, evenals antwoorden op verzoeken om inlichtingen aan nieuwe WSPP-licentiehouders. Microsoft werd toegang tot het dossier verleend met betrekking tot de documenten die na de vaststelling van de mededeling van punten van bezwaar waren geregistreerd, en zij beantwoordde de *letter of facts* op 31 augustus 2007.

HET ARREST VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

In zijn arrest van 17 september 2007 steunde het Gerecht van eerste aanleg de belangrijkste onderdelen van de beschikking, waartegen Microsoft in beroep was gegaan ⁽⁵⁾.

Het Gerecht vernietigde evenwel artikel 7 van de beschikking waarbij Microsoft werd gelast een voorstel in te dienen voor de invoering van een mechanisme waarbij onder meer een onafhankelijke toezichthoudende trustee moest worden aangewezen die onafhankelijk van de Commissie toegang zou krijgen tot ondersteuning door Microsoft en tot de gegevens, de documenten, de gebouwen en de werknemers van Microsoft, alsmede tot de broncode van haar relevante producten.

Op 2 oktober 2007 verzocht de Commissie Microsoft alle documenten en inlichtingen over te leggen die de onderneming, onafhankelijk van de Commissie, aan de trustee of zijn team had verstrekt vanaf de datum van de benoeming van de trustee. Microsoft beantwoordde dit verzoek bij brieven van 31 oktober 2007 en 9 november 2007.

⁽⁵⁾ Zie boven, voetnoot 1.

Op 22 oktober 2007 diende Microsoft, na besprekingen met de Commissie, een nieuwe vergoedingsregeling in voor de WSPP-licenties.

De indiening van deze documenten en inlichtingen en de invoering van een nieuwe vergoedingsregeling betekende niet dat het onderzoek werd heropend. Derhalve behoefde geen nieuwe *letter of facts* te worden opgesteld.

DE ONTWERP-EINDBESCHIKKING

Naar mijn mening omvat de ontwerp-eindbeschikking geen juridische elementen die niet waren opgenomen in de mededeling van punten van bezwaar, noch feitelijke elementen die niet voorkwamen in hetzij de mededeling van punten van bezwaar, hetzij de *letter of facts*.

Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat het recht van Microsoft en van belanghebbenden om te worden gehoord in deze zaak zijn gerespecteerd.

Gedaan te Brussel, 25 februari 2008.

Karen WILLIAMS
