

SKLEP PREDSEDNIKA SODIŠČA PRVE STOPNJE
z dne 22. decembra 2004*

V zadevi T-201/04 R,

Microsoft Corp., s sedežem v Redmondu, Washington (Združene države), ki jo zastopata J.-F. Bellis, odvetnik, in I. S. Forrester, QC,

tožeča stranka,

ob intervenciji

The Computing Technology Industry Association, Inc., s sedežem v Oakbrook Terraceu, Illinois (Združene države), ki ga zastopajo G. van Gerven in T. Franchoo, odvetnika, ter B. Kilpatrick, solicitor,

Association for Competitive Technology, Inc., s sedežem v Washingtonu, DC (Združene države), ki ga zastopata L. Ruessmann in P. Hecker, odvetnika,

* Jezik postopka: angleščina.

TeamSystem SpA, s sedežem v Pesaru (Italija),

Mamut ASA, s sedežem v Oslu (Norveška),

ki ju je zastopal G. Berrisch, odvetnik,

DMDsecure.com BV, s sedežem v Amsterdamu (Nizozemska),

MPS Broadband AB, s sedežem v Stockholmu (Švedska),

Pace Micro Technology plc, s sedežem v Shipleyju, West Yorkshire (Združeno kraljestvo),

Quantel Ltd, s sedežem v Newburyju, Berkshire (Združeno kraljestvo),

Tandberg Television Ltd, s sedežem v Southamptonu, Hampshire (Združeno kraljestvo),

ki jih zastopa J. Bourgeois, odvetnik,

Exor AB, s sedežem v Uppsali (Švedska), ki jo zastopajo S. Martínez Lage, H. Brokelman in R. Allendesalazar Corcho, odvetniki,

intervenienti,

proti

Komisiji Evropskih skupnosti, ki jo zastopa R. Wainwright, W. Mölls, F. Castillo de la Torre in P. Hellström kot zastopniki, z naslovom za vročanje v Luxembourg,

tožena stranka,

ob intervenciji

RealNetworks, Inc., s sedežem v Seattlu, Washington (Združene države), ki jo zastopajo A. Winckler, Dolmans in T. Graf, odvetniki,

Software & Information Industry Association, s sedežem v Washingtonu, DC (Združene države), ki ga zastopa C. A. Simpson, solicitor,

Free Software Foundation Europe eV, s sedežem v Hamburgu (Nemčija), ki jo zastopa C. Piana, odvetnik,

intervenienti,

katere predmet je predlog za odlog izvršitve člena 4, člena 5, od (a) do (c), in člena 6(a) Odločbe Komisije C(2004) 900, končna verzija z dne 24. marca 2004 o postopku uporabe člena 82 ES (Zadeva COMP/C-3/37.792 – Microsoft),

PRESEDNIK SODIŠČA PRVE STOPNJE EVROPSKIH SKUPNOSTI

izdaja naslednji

Sklep

Stanje pred postopkom

- 1 Microsoft Corp. (v nadaljevanju: Microsoft) razvija in trži različne vrste programske opreme, vključno z operacijskimi sistemi za strežnike in „odjemalske osebne računalnike“ (client PCs).
- 2 Sun Microsystems Inc. (v nadaljevanju: Sun Microsystems), družba s sedežem v Kaliforniji (Združene države), ki med drugim ponuja operacijske sisteme za strežnike, je 10. decembra 1998 pri Komisiji vložila pritožbo. V pritožbi je družba Sun Microsystems družbi Microsoft očitala, da ji ta ni razkrila tehnologije, potrebne

za interoperabilnost njenega operacijskega sistema za strežnike delovnih skupin z operacijskim sistemom Windows za odjemalske osebne računalnike. Po mnenju družbe Sun Microsystems je bila tehnologija, do katere dostop je zahtevala, potrebna za to, da ji omogoči konkuriranje na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin.

- 3 Komisija je 2. decembra 2000 na družbo Microsoft naslovila obvestilo o nasprotovanju. To obvestilo o nasprotovanju je v bistvu zadevalo vprašanje interoperabilnosti operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike z operacijskimi sistemi drugih ponudnikov („interoperabilnost odjemalcev strežnikov“). Družba Microsoft je na to prvo obvestilo odgovorila 17. novembra 2000.

- 4 Komisija je 29. avgusta 2001 na Microsoft naslovila drugo obvestilo o nasprotovanju. V tem je ponovila predhodne očitke glede interoperabilnosti od odjemalca do strežnika. Poleg tega pa je Komisija postavila nekatera vprašanja v zvezi z interoperabilnostjo strežnikov delovnih skupin („interoperabilnost od strežnika do strežnika“). Končno, Komisija je postavila tudi nekaj vprašanj v zvezi z vključenostjo programa Windows Media Player v operacijski sistem Windows. Obvestilo o tem nasprotovanju je bilo posledica preiskave, ki je bila februarja 2000 sprožena na pobudo Komisije. Družba Microsoft je na drugo obvestilo o nasprotovanju odgovorila 16. novembra 2001.

- 5 Komisija je 6. avgusta 2003 na Microsoft naslovila obvestilo o nasprotovanju, s katerim je dopolnila predhodni obvestili o nasprotovanju. Družba Microsoft je z dopisoma z dne 17. in 31. oktobra 2003 odgovorila na to dopolnilno obvestilo o nasprotovanju.

- 6 Komisija je 12., 13. in 14. novembra 2003 organizirala zaslišanje. Družba Microsoft je z dopisom z dne 1. decembra 2003 vložila pisna stališča glede vprašanj, postavljenih med zaslišanjem s strani služb Komisije, pritožnika in zainteresiranih tretjih oseb. Po zadnji izmenjavi dopisov med Komisijo in družbo Microsoft je Komisija 24. marca 2004 izdala odločbo po postopku iz člena 82 ES v zadevi COMP/C-3/37.792 – Microsoft (v nadaljevanju: Odločba).

Izpodbijana Odločba

- 7 Po Odločbi je družba Microsoft kršila člen 82 ES in člen 54 Sporazuma o enotnem gospodarskem prostoru (EGP), in sicer z zlorabama prevladujočega položaja.
- 8 Komisija je najprej identificirala tri ločene trge proizvodov in menila, da je imela družba Microsoft prevladujoč položaj na dveh od treh trgov. Komisija je nato identificirala dve ravnanji zlorabe s strani družbe Microsoft na teh dveh trgih. Posledično je Komisija družbi Microsoft naložila v plačilo globo in nekatere ukrepe za odpravo kršitev.

I – Upoštevni trgi, identificirani v Odločbi, in prevladujoči položaj družbe Microsoft na dveh od teh trgov

Upoštevni trgi, identificirani v Odločbi

- 9 Prvi trg proizvodov, identificiran v Odločbi, je trg operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike (uvodne navedbe od 324 do 342). Operacijski

sistem je proizvod programske opreme, ki nadzoruje osnovne funkcije računalnika in omogoča uporabniku uporabo tega računalnika ter zagon programov. Odjemalski osebni računalniki so večfunkcijski računalniki, ki so bili razviti za sočasno uporabo s strani ene osebe in se lahko povežejo v omrežje.

- 10 Drugi trg proizvodov, identificiran v Odločbi, je trg operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin (uvodne navedbe od 343 do 401). Odločba opredeljuje „storitve delovne skupine“ kot „osnovne storitve omrežja, ki jih uporabljajo zaposleni v pisarnah pri vsakdanjem delu, in sicer za tri ločene vrste storitev, to je prvič za skupni dostop do datotek, shranjenih na strežniku, drugič za skupni dostop do tiskalnikov in tretjič za „upravljanje“ z načinom dostopa uporabnikov in skupin uporabnikov do storitev omrežja („upravljanje uporabnikov in skupin uporabnikov“, uvodna navedba 53). Slednja vrsta storitev pomeni zlasti zagotavljanje varnega dostopa in uporabe omrežja, med drugim najprej z identifikacijo uporabnikov in nato s preverjanjem njihove pooblaščenosti za izvedbo določenega dejanja (uvodna navedba 54).
- 11 V skladu z Odločbo so v prejšnji točki opredeljene tri vrste storitev tesno povezane znotraj operacijskih sistemov za strežnike (uvodna navedba 56). Odločba v zvezi s tem dodaja, da so „operacijski sistemi za strežnike delovnih skupin“ operacijski sistemi, ki so bili razviti in trženi za celovito zagotavljanje teh treh vrst storitev relativno omejenemu številu odjemalskih osebnih računalnikov, povezanih v majhno ali srednje veliko omrežje (uvodna navedba 53 in od 345 do 368). Odločba prav tako navaja, da odsotnost drugih nadomestnih proizvodov na strani povpraševanja potrjuje cenovna strategija družbe Microsoft (uvodne navedbe od 369 do 382) in pomembnost interoperabilnosti operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin z odjemalskimi osebnimi računalniki (uvodne navedbe od 383 do 386). Ker je poleg tega ugotovila omejen obstoj nadomestnih proizvodov za operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin na strani ponudbe (uvodne navedbe od 388 do 400), je Komisija zaključila, da so ti operacijski sistemi ločen trg proizvodov.

- 12 Tretji trg proizvodov, identificiran v Odločbi, je trg pretočnih multimedijskih predvajalnikov s (uvodne navedbe od 402 do 425). Multimedijski predvajalnik je proizvod programske opreme, ki lahko bere vsebino zvoka in slike v digitalnem formatu, to je dekodira ustrezne podatke in jih prevede v navodila za strojno opremo (zvočniki, monitor). Pretočni multimedijski predvajalniki omogočajo branje vsebine, ki se „pretaka“ po medmrežju.
- 13 Komisija v Odločbi ocenjuje, da se, prvič, pretočni multimedijski predvajalniki ločijo od operacijskih sistemov (uvodne navedbe od 404 do 406), drugič, da nanje ni konkurenčnega pritiska s strani predvajalnikov, ki niso pretočni (uvodne navedbe od 407 do 410), tretjič, da lahko samo multimedijski predvajalniki s takimi lastnostmi konkurenčno pritiskajo na Windows Media Player (uvodne navedbe od 411 do 415), in četrtič, da je v bistvu prisotnost nadomestnih proizvodov z vidika ponudbe omejena (uvodne navedbe od 416 do 424). Komisija je na podlagi teh ugotovitev sklenila, da so pretočni multimedijski predvajalniki ločen trg proizvodov.
- 14 Glede geografske razsežnosti prej opredeljenih treh trgov proizvodov Komisija meni, da je upoštevni geografski trg svetovni trg (uvodna navedba 427).

Prevladujoči položaj družbe Microsoft na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike in na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin

- 15 Prvič, glede trga operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike Komisija ugotavlja, da ima Microsoft od leta 1996 na tem trgu prevladujoč položaj, ki izhaja

zlasti iz tržnih deležev nad 90 % (uvodne navedbe od 430 do 435) in precejšnjih omejitev vstopa na trg zaradi posrednih omrežnih učinkov (glej zlasti uvodne navedbe od 448 do 452). Komisija v Odločbi pojasnjuje, da posredni omrežni učinki izvirajo iz dveh dejavnikov, in sicer na eni strani iz tega, da končni porabniki želijo računalniško okolje, v katerem lahko uporabljajo veliko programov, na drugi strani pa iz tega, da razvijalci programske opreme razvijajo aplikacije za operacijske sisteme najbolj priljubljenih osebnih računalnikov po mnenju potrošnikov.

- 16 Drugič, Komisija ocenjuje, da je tržni delež družbe Microsoft na trgu operacijskih sistemov za delovne skupine, ob konservativni oceni, vsaj 60 % (točke od 473 do 499).
- 17 Komisija je na tem trgu ocenila tudi položaj treh glavnih konkurentov družbe Microsoft. Prvič, družba Novell naj bi imela s programsko opremo NetWare od 10- do 15-odstotni tržni delež. Drugič, proizvodi Linuxa na bi predstavljali od 5- do 15-odstotni tržni delež. Linux je „odprt“ operacijski sistem, ki se distribuira prek licence „GNU General Public Licence (GNU GPL)“. Iz uvodne navedbe 87 Odločbe izhaja, da ima Linux omejeno število storitev, značilnih za operacijski sistem, vendar pa se ga lahko poveže z drugimi programi v „operacijski sistem Linux“. Linux je na trgu operacijskih sistemov za delovne skupine prisoten s programom Samba, ki se prav tako distribuira prek GNU GPL (uvodne navedbe 294, 506 in 598). Tretjič, proizvodi UNIX, ki združujejo več operacijskih sistemov z določenimi skupnimi značilnostmi (uvodna navedba 42), naj bi predstavljali od 5 do 15 % trga.
- 18 Komisija je nato ugotovila, da so za trg operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin značilne številne ovire za vstop na trg (uvodne navedbe od 515 do 525) in posebne povezave s trgov operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike

(uvodne navedbe od 526 do 540). Komisija je na podlagi tega zaključila, da ima Microsoft na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin prevladujoč položaj.

II – *Ravnanja zlorabe, identificirana v Odločbi*

Zavrnitev, identificirana v Odločbi

- 19 Prvo ravnanje zlorabe družbe Microsoft, ki je opisano v uvodnih navedbah od 546 do 791 Odločbe, je to, da je družba Microsoft zavrnila, da bi konkurentom razkrila „informacije o interoperabilnosti“ in da bi jim dovolila njihovo uporabo za razvoj in distribucijo konkurenčnih proizvodov na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin v obdobju od oktobra 1998 do datuma izdaje Odločbe (člen 2(a) Odločbe). Po Odločbi so „informacije o interoperabilnosti [...] izčrpne in pravilne informacije o vseh protokolih, izvedenih v operacijskem sistemu Windows za strežnike delovnih skupin, ki jih strežniki delovnih skupin Windows uporabljajo za to, da omrežju Windows zagotavljajo storitve skupnega dostopa do datotek in tiskanja ter upravljanja z uporabniki in s skupinami uporabnikov, vključno s storitvami krmilnika domene Windows (Windows Domain Controller), storitvijo imenika Active Directory in storitvijo Group Policy (člen 1(1) Odločbe). Protokoli so opredeljeni kot „celota pravil medsebojne povezanosti in interakcije v različnih primerih uporabe operacijskih sistemov Windows za strežnike delovnih skupin in operacijskih sistemov Windows za odjemalske osebne računalnike, ki so nameščeni na različnih računalnikih v omrežju Windows za delovne skupine“ (člen 1(2) Odločbe).

20 Za identifikacijo takega ravnanja Odločba poudarja, da se zadevna zavrnitev ne nanaša na elemente izvirne kode družbe Microsoft, ampak samo na specifikacije zadevnih protokolov, to je opis tistega, kar se pričakuje od zadevne programske opreme, v nasprotju od „izvedbe“ (za ta sklepa imenovana tudi „realizacija“ ali „uveljavitev“), ki se vzpostavi z zagonom kode na računalniku (uvodni navedbi 24 in 569). Komisija poleg tega meni, da je ravnanje družbe Microsoft del splošnega načina obnašanja (uvodne navedbe od 573 do 577), da pomeni znižanje prejšnje ravni dobave (uvodne navedbe od 578 do 584), da povzroča nevarnost odprave konkurence (uvodne navedbe od 585 do 692) in da negativno vpliva na tehnološki razvoj, na škodo potrošnikov (uvodne navedbe od 693 do 708). Komisija tudi zavrača argumente družbe Microsoft, po katerih je bila njena zavrnitev objektivno utemeljena (uvodne navedbe od 709 do 778).

Vezana prodaja, identificirana v Odločbi

21 Komisija je identificirala drugo vrsto zlorabe s strani družbe Microsoft, opisano v uvodnih navedbah od 792 do 989 Odločbe. Po mnenju Komisije je to povzročila s tem, da je v obdobju od maja 1999 do datuma izdaje Odločbe dobavo operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike pogojevala s hkratnim nakupom programa Windows Media Player (člen 2(b) Odločbe).

22 V zvezi s tem Komisija meni, da ravnanje družbe Microsoft izpolnjuje pogoje, ki so potrebni za ugotovitev vezane prodaje, ki pomeni zlorabo po členu 82 ES (uvodne navedbe od 794 do 954). Prvič, v skladu z Odločbo ima družba Microsoft prevladujoč položaj na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike (uvodna navedba 799). Drugič, multimedijski predvajalniki s tekočim sprejemom in z operacijski sistemi za odjemalske osebne računalnike se v Odločbi štejejo za ločene

proizvode (uvodne navedbe od 800 do 825). Tretjič, Odločba navaja, da družba Microsoft potrošnikom ne omogoča nakupa windowsov brez programa Windows Media Player (uvodne navedbe od 826 do 834). Četrtrič, po mnenju Komisije vezana prodaja, ki jo je identificirala, vpliva na konkurenco na trgu multimedijskih predvajalnikov (uvodne navedbe od 835 do 954).

23 V okviru analize obstoja četrtega pogoja Komisija navaja, da sta pri „klasičnih“ vezanih prodajah Komisija in sodišče Skupnosti „ugotavljala, da vezana prodaja nekega ločenega proizvoda s prevladujočim proizvodom kaže na izključevalni učinek, ki ga ima tako ravnanje na konkurentne“ (uvodna navedba 841). Kljub temu pa je Komisija v Odločbi menila, da so – dokler si porabniki v določeni meri pridobivajo programu Windows Media Player konkurenčne multimedijske predvajalnike prek medmrežja, včasih celo brezplačno – v obravnavani zadevi obstajali upravičeni razlogi za to, da se brez dodatne analize ne predpostavlja, da je vezana prodaja programa Windows Media Player ravnanje, ki bi lahko izkrivilo konkurenco (uvodna navedba 841).

24 V okviru navedene dodatne analize je Komisija najprej ugotovila, da zadevna vezana prodaja programu Windows Media Player zagotavlja splošno razširjenost na odjemalskih osebni računalnikih, na kar ne bi bilo mogoče vplivati z drugimi načini distribucije (uvodne navedbe od 843 do 877); drugič, da ta splošna razširjenost ponudnike vsebine spodbuja k distribuciji njihovih proizvodov v formatu Windows Media, razvijalce programov pa k razvoju takih proizvodov, ki se opirajo na določene funkcije programa Windows Media Player (uvodne navedbe od 879 do 896); tretjič, da navedena splošna razširjenost vpliva na določene sosednje trge (uvodne navedbe od 897 do 899), in končno četrtrič, da razpoložljive tržne analize brez razlik kažejo na težnjo v korist uporabe programa Windows Media Player in formatov Windows Media na škodo njegovih glavnih konkurentov (uvodne navedbe od 900 do 944). Komisija na podlagi teh različnih ugotovitev zaključuje, da obstaja razumna verjetnost, da zadevna vezana prodaja vodi k slabitvi konkurence, tako da obstoj učinkovite konkurenčne strukture v bližnji prihodnosti ne bi bil več mogoč (uvodna navedba 984).

- 25 Končno, Komisija zavrača argumente družbe Microsoft, po katerih pomeni zadevna vezana prodaja na eni strani povečanje učinkovitosti, tako da se s tem izravnavajo protikonkurenčni učinki, ki jih je identificirala Komisija (uvodne navedbe od 955 do 970), na drugi strani pa ne spodbujajo k omejevanju konkurence (uvodne navedbe od 971 do 977).

III – *Ukrepi za odpravo kršitev in globa, naložena družbi Microsoft*

- 26 Navedeni vrsti zlorabe, ki ju je v Odločbi identificirala Komisija, sta bili sankcionirani z naložitvijo plačila globe 497.196.304 eurov (člen 3 Odločbe).
- 27 Poleg tega mora družba Microsoft po členu 4 Odločbe prenehati z navedenima zlorabama iz člena 2, in sicer v skladu s členoma 5 in 6 Odločbe. Prav tako se mora Microsoft vzdržati ravnanja, kot je opisano v členu 2, in vsakršnega ravnanja, katerega cilj oziroma učinek je enak ali enakovreden.
- 28 Člen 5 Odločbe kot ukrepe za odpravo zavrnitve, ki po Odločbi pomeni zlorabo, družbi Microsoft nalaga naslednje:

„a) Microsoft [...] v roku 120 dni od vročitve [Odločbe] razkrije informacije o interoperabilnosti vsem podjetjem, ki želijo razvijati in distribuirati operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin, ter ta podjetja pod razumnimi in nediskriminatornimi pogoji pooblasti za uporabo informacij o interoperabilnosti za razvoj in distribucijo operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin;

- b) Microsoft [...] zagotovi, da so dane informacije o interoperabilnosti po potrebi in pravočasno posodobljene;

- c) Microsoft [...] v roku 120 dni od vročitve [Odločbe] vzpostavi sistem ocenjevanja, ki omogoči zainteresiranim podjetjem, da se na učinkovit način informirajo o obsegu in pogojih uporabe informacij o interoperabilnosti; Microsoft [...] lahko postavlja razumne in nediskriminatorne pogoje za zagotovitev, da je dostop do informacij o interoperabilnosti možen le za namene ocene;

[...]"

29 120-dnevni rok iz člena 5 Odločbe se je iztekel 27. julija 2004.

30 Člen 6 Odločbe kot ukrep za odpravo vezane prodaje, ki po Odločbi pomeni zlorabo, družbi Microsoft nalaga naslednje:

- „a) Microsoft [...] v roku 90 dni od vročitve te odločbe ponudi popolnoma delujočo različico svojega operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike, ki ne vsebuje predvajalnika Windows Media Player. Microsoft [...] ohrani pravico do ponujanja svojega operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike z vključenim predvajalnikom Windows Media Player;

[...]"

31 90-dnevni rok iz člena 6 Odločbe se je iztekel 28. junija 2004.

Postopek zaradi kršitev ameriškega prava o konkurenci (antitrust)

32 Družba Microsoft je bila vzporedno s preiskavo Komisije tudi predmet preiskave zaradi kršitev ameriškega prava o konkurenci.

33 Združene države Amerike in 20 zveznih držav je leta 1998 po Sherman Act vložilo tožbo zoper družbo Microsoft. Njihovi očitki so zadevali ukrepe družbe Microsoft zoper spletni brskalnik Netscape „Netscape Navigator“ in tehnologije „Java“ Sun Microsystems. 20 zadevnih zveznih držav je zoper družbo Microsoft vložilo tudi tožbe zaradi kršitev ameriškega prava o konkurenci.

34 Potem ko je „United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit“ (v nadaljevanju: Court of Appeals), ki je obravnavalo pritožbo družbe Microsoft zoper sodbo z dne 3. aprila 2000, ki jo je izdalo „United States District Court for the District of Columbia“ (v nadaljevanju: District court), 28. junija 2001 izdalo sodbo, je družba Microsoft novembra 2001 z ministrstvom za pravosodje Združenih držav in „Attorneys General“ devetih držav sklenila poravnavo (v nadaljevanju: ameriška poravnava), po kateri je prevzela dve obveznosti.

35 Prvič, družba Microsoft je pristala na to, da bo vzpostavila specifikacije komunikacijskih protokolov, ki se uporabljajo za operacijske sisteme Windows za strežnike, da bo „interoperirala“, to je da jih bo naredila združljive z operacijskimi sistemi Windows za odjemalske osebne računalnike, in da bo tretjim pod določenimi pogoji podelila licence za te specifikacije.

- 36 Drugič, ameriška poravnava določa, da mora družba Microsoft omogočiti proizvajalcem izvirne opreme (OEM) in končnim potrošnikom, da omogočijo ali onemogočijo dostop do njenih vmesnih proizvodov („middleware products“). Program Windows Media Player je eden od proizvodov, ki sodi v navedeno kategorijo, kot je opredeljena v ameriški poravnavi. Te določbe so namenjene zagotovitvi, da bi ponudniki vmesne programske opreme lahko razvili in distribuirali proizvode, ki bodo pravilno delovali z windowsi.
- 37 Te določbe je 1. novembra 2002 potrdilo District Court. Isto sodišče je tudi zavrnilo predloge ukrepov za odpravo kršitev devetih držav, ki niso soglašale z ameriško poravnavo.
- 38 Court of Appeals je, ko je obravnavalo pritožbo države Massachusetts, 30. junija 2004 potrdilo odločitev District Court.
- 39 V izvršitev ameriške poravnave je bil avgusta 2002 vzpostavljen Microsoft Communications Protocol Program (v nadaljevanju: MCPP). Iz dokumentacije, predložene Sodišču prve stopnje, izhaja da je med avgustom 2002 in julijem 2004 17 jemalcev licence izkoristilo MCPP.

Postopek

- 40 Družba Microsoft je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 7. junija 2004, v skladu s členom 230(4) ES vložila tožbo za razglasitev ničnosti Odločbe ali podrejeno za odpravo ali precejšnje zmanjšanje zneska naložene globe.

- 41 Z ločeno vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 25. junija 2004, je družba Microsoft prav tako, v skladu s členom 242 ES, vložila predlog za odlog izvršitve člena 4, člena 5, od (a) do (c), in člena 6(a) Odločbe. V isti vlogi je družba Microsoft prav tako, na podlagi člena 105(2) Poslovnika Sodišča prve stopnje, predlagala odlog izvrševanja istih določb, dokler se ne odloči o predlogu za izdajočasne odredbe.
- 42 Istega dne je predsednik Sodišča prve stopnje v vlogi sodnika, ki odloča o začasni odredbi, Komisijo pozval, naj se izjasni, ali namerava prisilno izvršiti Odločbo, preden bi se odločilo o predlogu za izdajočasne odredbe.
- 43 Komisija je z dopisom, ki ga je sodno tajništvo Sodišča prve stopnje prejelo istega dne, sodnika, ki je odločal o začasni odredbi, obvestila o odločitvi, naj ne izvrši prisilno člena 5, od (a) do (c), in člena 6(a) Odločbe, dokler bo potekal postopek za izdajočasne odredbe.
- 44 Družba Novell Inc. (v nadaljevanju: Novell), ustanovljena v Walthamu, Massachusetts (Združene države), ki jo zastopajo C. Thomas, M. Levitt, V. Harris, solicitors, in A. Müller-Rappard, odvetnik, je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 25. junija 2004, zaprosila za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajočasne odredbe.
- 45 Družba RealNetworks Inc. (v nadaljevanju: RealNetworks) je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 30. junija 2004, zaprosila za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajočasne odredbe.

- 46 Združenje Computer Communications Industry Association (v nadaljevanju: CCIA), ustanovljeno v Washingtonu DC (Združene države), ki ga zastopajo J. Flynn, QC, ter D. Paemen in N. Dodoo, odvetnika, je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 30. junija 2004, zaprosilo za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 47 Združenje Software Information Industry Association (v nadaljevanju: SIIA) je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 1. julija 2004, zaprosilo za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 48 Združenje The Computing Technology Industry Association Inc. (v nadaljevanju: CompTIA) je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 1. julija 2004, zaprosilo za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom družbe Microsoft v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 49 Združenje The Association for Competitive Technology (v nadaljevanju: ACT) je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 2. julija 2004, zaprosilo za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom družbe Microsoft v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 50 Digimpro Ltd, ustanovljen v Londonu (Združeno kraljestvo), TeamSystem SpA, Mamut ASA in CODA Group Holdings Ltd, ustanovljeni v Chippenhamu, Wiltshire (Združeno kraljestvo) so z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 5. julija 2004, zaprosili za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom družbe Microsoft v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 51 DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro technology plc, Quantel Ltd in Tanberg Television Ltd (v nadaljevanju: DMDsecure.com in drugi) so z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 5. julija 2004, zaprosili za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom družbe Microsoft v postopku za izdajo začasne odredbe.

- 52 IDE Nätverkskonsulterna AB, ustanovljen v Stockholmu (Švedska), Exor AB, T. Rogerson, s prebivališčem v Harpendenu, Hertfordshire (Združeno kraljestvo), P. Setka, s prebivališčem v Sobeslavu (Češka republika), D. Tomicic, s prebivališčem v Nürnbergu (Nemčija), M. Valasek, s prebivališčem v Karlovyh Varyih (Češka republika), R. Rialdi, s prebivališčem v Genovi (Italija), in B. Nati, s prebivališčem v Parizu (Francija), so z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 8. julija 2004, zaprosili za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom družbe Microsoft v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 53 Ustanova Free Software Foundation Europe (v nadaljevanju: FSF-Europe) je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje 13. julija 2004, zaprosila za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajo začasne odredbe.
- 54 Po členu 116(1) Poslovnika so bile te vloge za vstop v postopek vročene tožeči in toženi stranki, ki sta, odvisno od primera, sporočili stališča v dodeljenem roku ali pa sta se predložitve stališč vzdržali. Družba Microsoft je glede vseh strank, ki naj bi jim bilo dovoljeno intervenirati, z dopisoma z dne 6. in 8. julija 2004 zahtevala zaupno obravnavo podatkov iz Odločbe, za katere se je Komisija strinjala, da se jih ne objavi v različici, ki je na voljo na njeni spletni strani.
- 55 Komisija je 21. julija 2004 predložila pisna stališča o predlogu za izdajo začasne odredbe. Ta stališča so bila istega dne vročena družbi Microsoft.
- 56 Predsednik Sodišča prve stopnje je s sklepom z dne 26. julija 2004 dovolil intervencijo CompTIA, ACT, TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com in drugih, Exor AG, Novell, RealNetworks, CCIA in SHIA, zavrnil pa je vloge za vstop v postopek Digimpro Ltd, CODA Group Holdings Ltd, IDE Nätverkskonsulterna AD,

T. Rogersona, P. Setka, D. Tomicica, M. Valaseka, R. Rialdija in B. Natija. Predsednik Sodišča prve stopnje je prav tako odredil, da se intervenientom vroči nezaupni del spisa in pridržal svojo odločitev o utemeljenosti predloga za zaupno obravnavo.

- 57 Predsednik Sodišča prve stopnje je kot sodnik, ki odloča o začasni odredbi, 27. julija 2004 organiziral neformalni sestanek, na katerega so bile poleg družbe Microsoft in Komisije vabljeni tudi stranke, katerih intervencije so bile dovoljene s sklepom predsednika Sodišča prve stopnje z dne 26. julija 2004, in ustanova FSF-Europe. Na tem sestanku je sodnik, ki odloča o začasni odredbi, začasno dovolil FSF-Europe intervencijo v podporo Komisije v postopku za izdajo začasnih odredb in strankam predstavil časovni razpored različnih faz postopka v tem postopku za izdajo začasnih odredb.
- 58 FSF-Europe je bilo s sklepom z dne 6. septembra 2004 dovoljeno intervenirati v podporo zahtevkom Komisije.
- 59 Vsaka od strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati, je v dodeljenih rokih vložila stališča.
- 60 V skladu s tem, kar je bilo odločeno med neformalnim sestankom 27. julija 2004, je družba Microsoft 19. avgusta 2004 odgovorila na stališča Komisije z dne 21. julija 2004.
- 61 Audiobanner.com je v Los Angelesu, Kalifornija (Združene države) ustanovila družba Videobanner (v nadaljevanju: Videobanner) – zastopa jo L. Alvizar Ceballos, odvetnik –, ki je z vlogo, vloženo pri sodnem tajništvu Sodišča prve stopnje

31. avgusta 2004, zaprosila za dopustitev intervencije v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajo začasne odredbe. Ker nobena od glavnih strank tej vlogi za vstop v postopek ni nasprotovala, je bilo družbi VideoBanner začasno dovoljeno intervenirati in je bila pozvana k predložitvi stališč neposredno na obravnavi.

62 Komisija je 13. septembra 2004 v odgovor na stališča družbe Microsoft z dne 19. avgusta 2004 predložila nova stališča.

63 Tožeča in tožena stranka sta 13. septembra 2004 vložili tudi pisna stališča na vloge za vstop v postopek.

64 Predsednik Sodišča prve stopnje je v vlogi sodnika, ki odloča o začasni odredbi, kot ukrep procesnega vodstva družbe Microsoft Komisiji in nekaterim intervenientom postavil pisna vprašanja. Odgovori na ta vprašanja, ki so bili poslani v dodeljenih rokih, so bili vročeni vsem strankam.

65 Vse stranke, vključno z družbo VideoBanner, so stališča predstavile na obravnavah 30. septembra in 1. oktobra 2004.

66 Družba RealNetworks je z dopisom z dne 8. oktobra 2004 pri sodnem tajništvu vložila nekatera dodatna pojasnila, k predložitvi katerih jo je na obravnavi pozval sodnik, ki odloča o začasni odredbi. Druge stranke so prejele obvestilo o tem dopisu in bile pozvane, naj predložijo stališča o zadevi.

- 67 Družba Microsoft je z dopisom z dne 27. oktobra 2004 predložila stališča o dopisu družbe RealNetworks z dne 8. oktobra 2004. Druge stranke stališč niso predložile.
- 68 Združenje CCIA oziroma družba Novell sta z dopisoma z dne 10. oziroma 19. novembra 2004 Sodišče prve stopnje obvestila, da umikata intervenciji v obravnavani zadevi. Komisija, Microsoft in intervenienti so v dodeljenem roku predložili stališča o teh dveh umikih.
- 69 Po umiku združenja CCIA in družbe Novell je bil 25. novembra 2004 organiziran neformalni sestanek, na katerem so bile prisotne vse stranke, da bi se obravnavalo procesne posledice teh dveh umikov. Zapisnik s tega sestanka je bil 26. novembra 2004 vročen vsem strankam.

Pravna vprašanja

- 70 V skladu s členom 242 ES in v povezavi s členom 225(1) ES lahko Sodišče prve stopnje, če meni, da to zahtevajo okoliščine, odredi odlog izvršitve izpodbijanega akta.
- 71 Člen 104(2) Poslovnika določa, da je treba v predlogu za izdajo začasnih odredb opredeliti okoliščine, zaradi katerih je zadeva nujna, ter dejanske in pravne razloge, ki verjetno (*fumus boni juris*) izkazujejo utemeljenost predlagane začasne odredbe. Ti pogoji so kumulativni, tako da je treba predlog za odlog izvršitve zavrniti, če eden izmed njih ni izpolnjen (sklep predsednika Sodišča z dne 14. oktobra 1996 v zadevi

SCK in FNK proti Komisiji, C-268/96 P(R), Recueil, str. I-4971, točka 30). Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, mora prav tako po potrebi pretehtati zadevne interese (sklep predsednika Sodišča z dne 23. februarja 2001 v zadevi Avstrija proti Svetu, C-445/00 R, Recueil, str. I-1461, točka 73).

72 V okviru te splošne presoje mora sodnik, ki odloča o začasni odredbi, uporabiti široka pooblastila za odločanje po prostem preudarku, ki jih ima za določitev načina, na katerega je treba presoditi različne pogoje glede na posebnosti vsakega primera (sklep predsednika Sodišča z dne 29. januarja 1997 v zadevi Antonissen proti Svetu in Komisiji, C-393/96 P(R), Recueil, str. I-441, točka 28).

73 Po členu 107(1) Poslovnika „se o predlogu odloči z obrazloženim sklepom“. Kljub temu pa je bilo razsojeno, da sodniku, ki odloča o začasni odredbi, ni treba izrecno odgovoriti na vsa dejanska in pravna vprašanja, o katerih se je razpravljalo med postopkom za izdajo začasne odredbe. Natančneje, zadostuje da razlogi, ki jih je sprejel sodnik, ki odloča o začasni odredbi na prvi stopnji, z vidika okoliščin zadeve zadostno utemeljujejo njegov sklep in Sodišču omogočijo izvrševanje sodnega nadzora (zgoraj v točki 71 navedeni sklep SCK in FNK proti Komisiji, točka 52, in sklep predsednika Sodišča z dne 25. junija 1998 v zadevi Nizozemski Antili proti Svetu, C-159/98 P(R), Recueil, str. I-4147, točka 70).

74 Ob upoštevanju ločenega značaja obeh družbi Microsoft očitanih zlorab prevladujočega položaja, ki sicer izhaja tako iz strukture Odločbe kot iz zasnove argumentacije tožeče stranke, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da je primerno ločeno presoditi argumentacijo v podporo zahtevkom glede odložitve izvršitve na eni strani člena 5, od (a) do (c), v povezavi s členom 4 Odločbe (del glede vprašanja informacij o interoperabilnosti), na drugi strani pa člena 6(a) v povezavi prav tako s členom 4 (del glede vprašanja o vezani prodaji operacijskega sistema Windows in programa Windows Media Player). Pred tem pa je treba analizirati

predlog za zaupno obravnavo, vlogo za vstop v postopek družbe VideoBanner, učinke umika združenja CCIA in družbe Novella ter spoštovanja nekaterih formalnih pogojev glede pisnih vlog s strani tožeče stranke.

I – Predlog za zaupno obravnavo

- 75 V fazi postopka za izdajo začasne odredbe je primerno v razmerju do intervenientov, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati, zagotoviti zaupno obravnavo podatkov iz Odločbe, glede katerih se je Komisija strinjala, da naj se ne objavijo v različici, ki je na voljo na internetu, kolikor se take podatke očitno lahko šteje za tajne ali zaupne v smislu člena 116(2) Poslovnika.

II – Vloga za vstop v postopek družbe VideoBanner

- 76 Družba VideoBanner je, kot je bilo navedeno zgoraj v točki 61, vložila vlogo za vstop v postopek za izdajo začasne odredbe v podporo zahtevkom Komisije.
- 77 Ker je bila ta vloga vložena v skladu s členom 115(2) Poslovnika, glavni stranki pa temu nista ugovarjali, je treba vlogi v skladu s členom 40(2) Statuta Sodišča, ki se po členu 53(1) istega statuta uporablja tudi za Sodišče prve stopnje, ugoditi.

III – *Učinki umika nekaterih intervenientov*

- 78 Ker sta združenje CCIA in družba Novell Sodišče prve stopnje obvestila o umiku intervencij v podporo zahtevkom Komisije v postopku za izdajo začasne odredbe, je predsednik Sodišča prve stopnje v vlogi sodnika, ki odloča o začasni odredbi, organiziral neformalni sestanek, na katerem so bile prisotne vse stranke, da bi obravnavali nekatere procesne posledice teh umikov.
- 79 Kot izhaja iz zapisnika tega sestanka, so se stranke strinjale o naslednjem: prvič, da se vloge, ki sta jih v okviru postopka za izdajo začasne odredbe vložila CCIA in Novell, vključno z vsemi prilogami k vlogam, in njuna argumentacija, obdržijo v spisu tega postopka za izdajo začasne odredbe; drugič, da se lahko vse stranke in sodnik, ki odloča o začasni odredbi, opirajo na te listine za potrebe argumentacije oziroma presoje, in tretjič, da so se imele vse stranke priložnost izjaviti o vseh v spis vloženi listinah iz obravnavane zadeve.
- 80 Poleg tega pa je družba RealNetworks v stališčih o umiku združenja CCIA navajala, da to ni pooblaščen, da se umakne iz obravnavane zadeve.
- 81 V zvezi s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da ni njegova dolžnost, da presodi očitke družbe RealNetworks, saj na eni strani ni pristojen za odločanje o vprašanju, ali so bile odločitve organov upravljanja združenja CCIA sprejete v skladu z določbami njegovega statuta, na drugi strani pa je CCIA predlog za umik vložilo v skladu z določbami Poslovnika Sodišča prve stopnje.

IV – *Spoštovanje formalnih pogojev glede pisnih vlog*

- 82 Komisija in nekateri od intervenientov, ki podpirajo njene zahteve, so se, prvič, sklicevali na nedopustnost določenih sklicevanj na listine, priložene tožbi družbe Microsoft iz postopka v glavni stvari, drugič, na nedopustnost listin, ki jih je predložila družba Microsoft med postopkom, tretjič, na pomanjkanje dokazov v podporo določenim trditvam in četrtič, na nespoštovanje drugih formalnih pogojev.

Sklicevanje na tožbo iz postopka v glavni stvari

- 83 Komisija v stališčih z dne 21. julija 2004 našteva točke predloga za izdajo začasne odredbe, ki vsebujejo sklicevanja na tožbo iz postopka v glavni stvari in k tej tožbi priložene listine, ki pa niso bile priložene predlogu za izdajo začasne odredbe (priloge A.9, A.9.1, A.9.2, A.11, A.12.1, A.17, A.18, A.19, A.20, A.21, A.22 in A.24). Komisija iz tega sklepa, da se Microsoft ne more uspešno opirati na te listine.
- 84 Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 dodaja, da se novih sklicevanj na tožbo iz postopka v glavni stvari iz stališč družbe Microsoft z dne 13. avgusta 2004, zlasti glede Sporazuma Svetovne trgovinske organizacije (WTO) o trgovinskih vidikih intelektualne lastnine (v nadaljevanju: Sporazum TRIPS), tako kot prej navedenih sklicevanj ne sme upoštevati. Priložitev ustreznih delov tožbe iz postopka v glavni stvari kot priloge (priloga T.9) k stališčem naj ne bi omogočala zaključka, da je predlog za izdajo začasne odredbe samozadosten.

- 85 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je sodnik, ki odloča o začasni odredbi, na neformalnem sestanku 27. julija 2004 (glej zgoraj navedeno točko 57) družbo Microsoft opozoril na številna sklicevanja na tožbo iz postopka v glavni stvari, ki jih vsebuje predlog za izdajo začasne odredbe in jo o tem tudi povprašal. Družba Microsoft je v odgovor navedla, kot je zabeleženo v zapisniku navedenega sestanka, naslednje: „Tožeča stranka potrjuje, da bi bilo treba predlog za izdajo začasne odredbe šteti kot samozadosten in da se lahko številna sklicevanja na priloge k tožbi v iz postopka glavni stvari, vsebovana v njenem predlogu za izdajo začasne odredbe, za potrebe postopka za izdajo začasne odredbe zanemarijo.“
- 86 Tako stališče je v skladu s točko VII(1) Praktičnih navodil strankam (UL 2002, L 87, str. 48), ki določa, da mora biti predlog za izdajo začasne odredbe „razumljiv sam po sebi, ne da bi se bilo treba sklicevati na tožbo iz postopka v glavni stvari“.
- 87 Iz tega izhaja, da je utemeljenost predloga družbe Microsoft za izdajo začasne odredbe mogoče presoditi samo glede na dejanska in pravna vprašanja, ki izhajajo iz besedila predloga za izdajo začasne odredbe in listin, ki so temu predlogu priložene in namenjene pojasnjevanju njegove vsebine (v tem smislu glej sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 7. maja 2002 v zadevi Aden in drugi proti Svetu in Komisiji, T-306/01 R, Recueil, str. II-2387, točka 52). Čeprav ni mogoče sklepati, da je treba zanemariti vse navedbe, ki temeljijo na neki listini, ki k predlogu za izdajo začasne odredbe ni priložena, pa je treba kljub temu opozoriti na to, da dokazov v podporo takih navedb ne bi bilo mogoče šteti za predložene, če druga stranka v sporu ali intervenient v podporo te stranke izpodbija zadevne navedbe.
- 88 Glede sklicevanja na prilogo T.9 je treba opozoriti na to, da čeprav je mogoče neko besedilo v določenih točkah podpreti in dopolniti s sklicevanjem na določene dele priloženih listin, pa splošno sklicevanje na druga pisanja, čeprav priložena k predlogu za izdajo začasne odredbe, ne morejo nadomestiti neobstoja bistvenih elementov navedenega predloga (zgoraj v točki 87 navedeni sklep Aden in drugi proti Svetu in Komisiji, točka 52). V tem smislu je treba pojasniti, da točke VII(2)

Praktičnih navodil, ki zahteva da je treba „dejanske in pravne razloge, na katerih temelji tožba iz postopka v glavni stvari in ki vzpostavljajo njeno očitno utemeljenost, navesti zelo na kratko in jedrnato“, ne gre brez izkrivljanja predpisanega pravila razumeti tako, da omogoča splošno sklicevanje na priloženo listino, ki navaja podrobnosti argumentacije.

- 89 Brez poseganja v listino, ki so bile v spis vložene kasneje, in ustna stališča z obravnave pred sodnikom za izdajo začasne odredbe, se bo razsojalo brez upoštevanja prilog k tožbi iz postopka v glavni stvari in priloge T.9.

Predložitev listin med postopkom

- 90 Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 najprej navaja, da argumenti družbe Microsoft iz njenih stališč z dne 13. avgusta 2004 presegajo tiste iz tožbe iz postopka v glavni stvari, zlasti tisti v zvezi s pravicami intelektualne lastnine iz dveh ločenih prilog (priloga T.3 z naslovom „Mnenje g. Prescott“ in T.6 z naslovom „Mnenje g. Gallouxa“). Poleg tega pa naj ne bi bilo predloženo nobeno pojasnilo glede tega, zakaj priloga T.3, z datumom 3. junij 2004, ni bila predložena v fazi vložitve predloga za izdajo začasne odredbe.
- 91 Komisija nato navaja, da je družba Microsoft stališčem z dne 13. avgusta 2004 priložila listino, ki jo je priložila tožbi iz postopka v glavni stvari (priloga A.21, ki je postala priloga T.5, Knauer, „Patentnopravni vidiki [Odločbe]“), ter listino, katere vsebina se zdi enaka tisti iz ene od prilog k tožbi iz postopka v glavni stvari (priloga T.8, Evans, Nichols in Padilla, „Ekonomski dokaz učinkov vprašanja glede prenehanja, ki ga postavlja Komisija v zvezi z dobavo in vezano prodajo“, podobna prilogi A.19).

- 92 Družba Novell in združenje CCIA sta v odgovoru na pisna vprašanja Sodišča prve stopnje pred svojim umikom menili, da nekatere listine niso dopustne, kolikor naj bi bile predložene predlogu za izdajo začasne odredbe, to pa je bilo storjeno šele naknadno (priloge T.3, T.5, T.8 in U.2, Campbell-Kelly, „Komentar glede inovativnosti Active Directoryja“).
- 93 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ugotavlja, da so bile listine T.3, T.5, T.6 in T.8 priložene k stališčem družbe Microsoft z dne 19. avgusta 2004 in zadevajo dopolnitev njihove vsebine. V takih okoliščinah družbi Microsoft ni mogoče očitati, da je na argumente Komisije iz stališč z dne 21. julija 2004 podrobneje odgovorila, pri tem pa ni pomembno, da ima listina datum, ki je pred datumom vložitve predloga za izdajo začasne odredbe oziroma da je enaka ali podobna neki listini, priloženi k tožbi iz postopka v glavni stvari. Enako se stališča družbe Microsoft o vlogah za vstop v postopek lahko iz istih razlogov veljavno opirajo na prilogo U.2.

Pomanjkanje dokazov

- 94 Komisija poudarja, da prilogi T.5 in T.8 temeljita na informacijah, do katerih ni imela dostopa (odstavek 4 priloge T.5 se sklicuje na podatek, ki ga je družba Microsoft pridobila, ne da bi bilo to pojasnjeno; k prilogi T.8 niso priložena poročila, ki jih zadeva odstavek 6 (pripravila Merrill Lynch in Forrester glede informacij o trgu strežnikov), na opombo na dnu strani št. 35 (študija, ki jo je opravila družba Microsoft), na opombi na dnu strani št. 42 in 43 („Raziskava Digital Media Tracker“), na opombo na dnu strani št. 48 („Analiza multimedijskih predvajalnikov, nameščenih v osebnih računalnikih“), na opombo na dnu strani št. 50 (vloga NERE)).
- 95 V zvezi s tem je dovolj opozoriti na to, da je sodnik, ki odloča o začasni odredbi, odvisno od primera, pristojen za presojo, ali imajo navedbe, ki temeljijo na zgoraj navedenih poročilih in informacijah, dokazno vrednost ali ne.

Nespoštovanje nekaterih drugih formalnih pogojev

- 96 Komisija in združenje CCIA – pred umikom tega – navajata, da se družba Microsoft v predlogu za izdajo začasne odredbe sklicuje na prilogo R.6 (Carboni, „Mnenje o pravu blagovnih znamk“), ne da bi pojasnila relevantnost zadevne listine, zato naj se te priloge ne bi upoštevalo.
- 97 Kot je bilo že pojasnjeno v zgoraj navedeni točki 88, splošno sklicevanje na druga pisanja, čeprav priložena k predlogu za izdajo začasne odredbe, ne more nadomestiti neobstoja bistvenih elementov navedenega predloga. V obravnavani zadevi se priloga R.6, na katero se sklicuje predlog za izdajo začasne odredbe, uporablja za podporo argumenta v zvezi z nevarnostjo oškodovanja blagovnih znamk družbe Microsoft, ki se glasi: „[T]akojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe bi prav tako resno škodila blagovnim znamkam Microsoft in Windows, saj bi bila družba Microsoft zavezana prodajati okrnjen proizvod, ki ni združljiv z njeno osnovno zasnovo.“ Kolikor iz tega stavka jasno izhaja, da priloga R.6 zadeva pojasnilo glede identificirane nevarnosti, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da te priloge ni treba izključiti iz postopka.

V – Vsebina

Vprašanje informacij o interoperabilnosti

A – Argumenti strank

1. Argumenti družbe Microsoft in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenim zahtevkom

a) Fumus boni juris

- 98 Družba Microsoft meni, da obstaja resen spor med njo in Komisijo v zvezi z vprašanjem prisilnega podeljevanja licenc o njenih komunikacijskih protokolih, tako

da naj bi bil pogoj, po katerem mora izkazati verjetno nezakonitost člena 5, od (a) do (c), Odločbe, izpolnjen.

99 Družba Microsoft navaja, da štiri merila za prisiljenje nekega podjetja v podelitev licence, kot jih je navedlo Sodišče v sodbah z dne 5. oktobra 1988 v zadevi Volvo (238/87, Recueil, str. 6211); z dne 6. aprila 1995 v zadevi RTE in ITP proti Komisiji (C-241/91 P in C-242/91 P, Recueil, str. I-743, v nadaljevanju: sodba Magill); z dne 26. novembra 1998 v zadevi Bronner (C-7/97, Recueil, str. I-7791) in z dne 29. aprila 2004 v zadevi IMS Health (C-41/01, Recueil, str. I-5039, točka 49), v obravnavani zadevi niso izpolnjena.

100 Prvič, intelektualna lastnina družbe Microsoft, katere razkritje konkurentom naj bi nalagala Odločba, naj ne bi bila nujno potrebna za izvajanje dejavnosti ponudnika operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin.

101 Prvič, družba Microsoft navaja, da obstaja pet metod za zagotavljanje interoperabilnosti operacijskih sistemov, ki jih ponujajo različni distributerji, in sicer: prvič, uporaba standardnih komunikacijskih protokolov, kot je TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) in HTTP (HyperText Transfer Protocol); drugič, dodatek programske kode k operacijskemu sistemu Windows za odjemalske osebne računalnike ali za strežnike, tako da se jim omogoči komunikacija z operacijskim sistemom za družbi Microsoft konkurenčne strežnike z uporabo posebnih komunikacijskih protokolov za ta operacijski sistem za strežnike; tretjič, dodatek programske kode k operacijskemu sistemu za družbi Microsoft konkurenčne strežnike, tako da se mu omogoči komunikacija z operacijskim sistemom Windows za odjemalske osebne računalnike ali za strežnike z uporabo komunikacijskih protokolov, značilnih za operacijski sistem Windows; četrtič, dodatek bloka programskih kod vsem operacijskim sistemom za odjemalske osebne računalnike in za strežnike nekega omrežja, tako da se omogoči zagotavljanje interoperabilnosti prek komuniciranja med temi bloki programskih kod; in petič, uporaba operacijskega sistema Windows za strežnike kot „mostu“ med operacijskim sistemom Windows za odjemalske osebne računalnike in operacijskim sistemom za konkurenčne strežnike.

- 102 Drugič, družba Microsoft navaja, da se stranke ne pritožujejo glede obstoječe stopnje interoperabilnosti.
- 103 Končno, družba Microsoft navaja, da že ves čas obstaja več konkurentov, ki izvajajo to dejavnost.
- 104 Drugič, dejstvo da je družba Microsoft zavrnila razkritje svoje intelektualne lastnine konkurentom, naj ne bi preprečevalo nastanka novih proizvodov, v zvezi s katerimi naj povpraševanje potrošnikov ne bi bilo zadovoljeno. V zvezi z nezadovoljenim povpraševanjem potrošnikov naj ne bi bil predložen noben dokaz. Prav tako naj ne bilo dokazano, da bodo konkurenti intelektualno lastnino družbe Microsoft uporabili za razvoj novih proizvodov in ne le za kopiranje funkcij obstoječih proizvodov družbe Microsoft.
- 105 Tretjič, dejstvo da je družba Microsoft obdržala svojo tehnologijo za svojo uporabo, naj ne bi izključevalo konkurence na sekundarnem trgu, saj kot dokazuje konstantna rast Linuxa, obstaja med distributerji operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin precejšnja konkurenca. Šest let po domnevni zavrnitvi družbe Microsoft obstaja na trgu torej konkurenca.
- 106 Četrtrič, zavrnitev podelitve licenc glede tehnologije družbe Microsoft distributerjem operacijskih sistemov za konkurenčne strežnike naj bi bila objektivno utemeljena. V nasprotju s tam navedenimi informacijami, ki jih varuje nacionalna zakonodaja in katerih razkritje je bilo zavrnjeno s strani družb iz zadev Magill in IMS Health, naj bi se varovane informacije v obravnavani zadevi nanašale na tajno tehnologijo velike vrednosti. V obravnavani zadevi naj bi bila Komisija, če bi hotela priti do zaključka, da zavrnitev razkritja z intelektualno lastnino varovanih informacij ni bila objektivno utemeljena in zato predstavlja kršitev člena 82 ES, pri presoji uporabila nenatančen test, ki se precej loči od testov, priznanih s prejšnjo sodno prakso. Tako naj bi

Komisija ocenila, da taka zavrnitev predstavlja kršitev člena 82 ES, če se celotno gledano pozitiven vpliv na inovacije v celotnem sektorju poravnava z morebitnimi negativnimi spodbudami za inovativnost podjetij (uvodna navedba 783). Poleg tekočega značaja tega novega testa naj na podlagi dokazov oziroma analiz ne bi bilo dokazano, da naj bi bile inovacije v tem sektorju spodbujene z razkritjem tehnologije, ki je v lasti družbe Microsoft, konkurentom. Družba Microsoft nasprotno navaja, da naj bi prisilna licenca vplivala na zmanjšanje konkurence med distributerji operacijskih sistemov za strežnike.

- 107 Sicer pa družba Microsoft navaja, da ga družba Sun Microsystems ni zaprosila za razkritje tehnologije, glede katere ji je Komisija naložila, naj jo razkrije. Poleg tega družba Microsoft navaja, da glede na to, da naj s strani navedene družbe zaradi razvoja programske opreme v EGP ne bi bilo zaproseno za nobeno licenco, ni nikoli imela nobene obveznosti obravnavati zaprosila družbe Sun Microsystems, ki bi ga vodilo v ravnanje, ki bi bilo lahko zajeto s področjem uporabe člena 82 ES.
- 108 Končno, Komisija naj s tem, ko je družbo Microsoft obvezala k podelitvi licenc glede varovanih informacij, ne bi upoštevala pravilno obveznosti Skupnosti iz Sporazuma TRIPS (glej zgoraj navedeno točko 84).
- 109 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 meni, da Komisija ne navaja utemeljeno, da ji Odločba ne nalaga nekega novega ravnanja, ampak je njen učinek samo v tem, da jo obvezuje k ponovnemu izvajanju poslovne politike, kot jo je imela v začetku. Družba Microsoft namreč najprej ugotavlja, da Komisija ne navaja, da naj bi se informacije iz člena 5 Odločbe razkrivale že v preteklosti. Nato ugotavlja, da če se je Komisija torej sklicevala na informacije o omrežni tehnologiji iz licence, podeljene družbi AT&T leta 1994 za razvoj proizvoda „Advanced Server for UNIX“ („AS/U“), bi bilo treba poudariti, da razkrivanje teh informacij ni bilo prekinjeno. Proizvod „PC Net Link“, ki ga je razvila družba Sun Microsystems, ki ji je družba AT&T podelila licenco glede AS/U, naj bi bil še danes na voljo na trgu. Sun

Microsystems naj bi ga še vedno tržila z navajanjem, da v operacijskih sistemih za strežnike Solaris ponuja „storitve izvirnega omrežja Windows NT“, in sicer vključno s storitvami za datoteke in tiskanje ter storitvami za upravljanje uporabnikov in skupin. Družba Sun Microsystems naj bi prav tako navajala, da PC Net Link pravilno deluje tudi v najnovejših različicah operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike družbe Microsoft, vključno s programoma Windows 2000 Professional in Windows XP.

110 Poleg tega naj družbi Microsoft ne bi bilo mogoče naložiti prihodnjega podeljevanja licenc za vse komunikacijske protokole, ker se je leta 1994 odločila podeliti licenco za omrežne tehnologije družbi AT&T. Poleg tega naj bi bilo s pogodbo med družbama Microsoft in AT&T določeno, da njunega poslovnega odnosa ne bi bilo mogoče razširiti na nove tehnologije.

111 Končno, družba Microsoft poudarja, da konkurenčni prodajalci operacijskih sistemov za strežnike niso odvisni od informacij o interoperabilnosti, posredovanje katerih naj bi družba Microsoft prekinila. NetWare družbe Novell naj bi storitve glede datotek in tiskanja ter storitve upravljanja uporabnikov in skupin zagotavljala operacijskim sistemom Windows z uporabo lastnega nabora komunikacijskih protokolov. Prodajalci Linuxa prav tako ne uporabljajo AS/U. Njihovi operacijski sistemi za strežnike naj bi storitve glede datotek in tiskanja, kot tudi storitve upravljanja uporabnikov in skupin, zagotavljali operacijskim sistemom Windows z uporabo programskega orodja odprte kode Samba, ki naj bi bil razvit po zaslugi obratnega inženiringa komunikacijskih protokolov družbe Microsoft.

b) Nujnost

112 Družba Microsoft navaja, da bi takojšnja izvršitev člena 5, od (a) do (c), Odločbe povzročila tri vrste velike in nepopravljive škode.

1) Kršitev pravic intelektualne lastnine

113 Odločba naj bi učinkovala tako, da bi bila družba Microsoft prisiljena podeliti licence za informacije velike vrednosti, ki so varovane s pravicami intelektualne lastnine. Tako nastala kršitev pravic intelektualne lastnine naj bi predstavljala veliko in nepopravljivo škodo.

i) Informacije velike vrednosti

114 Družba Microsoft navaja, da so komunikacijski protokoli tehnologija, ki je njena last in jo uporabljajo operacijski sistemi Windows za odjemalske osebne računalnike in za strežnike, in sicer za izmenjavo informacij z drugimi kopijami teh operacijskih sistemov, in da je njihova poslovna vrednost velika (študija S. Madnicka in B. Meyerja, „Škoda, povzročena z naložitvijo obveznosti družbi Microsoft glede razkritja vseh komunikacijskih protokolov, ki se uporabljajo za zagotavljanje storitev delovnih skupin“ iz priloge R.2, v nadaljevanju: Madnickova in Meyerjeva študija). Njeni komunikacijski protokoli naj bi bili rezultat večletnih zelo dragih raziskav in razvoja. V razvoj komunikacijskih protokolov, ki zagotavljajo uporabne funkcije in izboljšujejo hitrost, zanesljivost, varnost in učinkovitost medsebojnih interakcij med operacijskimi sistemi Windows, naj bi bila vložena velika prizadevanja.

- 115 Glede specifikacije komunikacijskih protokolov, ki so podrobni opisi zasnove in načina delovanja komunikacijskih protokolov, naj bi te konkurentom, ki bi jih imeli, omogočale uporabo komunikacijskih protokolov družbe Microsoft v svojih operacijskih sistemih za strežnike.
- 116 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 poudarja, da bi bil učinek prisilnega podeljevanja licenc glede specifikacij komunikacijskih protokolov, ki več operacijskim sistemom Windows za strežnike omogočajo skupno delovanje pri zagotavljanju storitev delovnih skupin v tem, da bi se razkrilo pomembno število informacij v zvezi z notranjo zasnovo operacijskih sistemov Windows. Kot naj bi izhajalo iz Madnickove in Meyerjeve študije, bi podelitev licenc glede komunikacijskih protokolov, ki omogočajo interakcijo med več operacijskimi sistemi Windows za strežnike, razkrila precej informacij o delovanju imenika Active Directory znotraj teh operacijskih sistemov.

ii) Informacije, varovane s pravicami intelektualne lastnine

- 117 Komunikacijski protokoli in specifikacije družbe Microsoft, ki jih opisujejo, naj bi bili varovani s pravicami intelektualne lastnine. Družba Microsoft v odgovor na argument Komisije iz stališč z dne 21. julija 2004 navaja, da je treba razlikovati med zasnovo protokolov, specifikacij protokolov in izvajanjem protokolov ter da varstvo intelektualne lastnine ni omejeno na eno od teh treh kategorij.

Avtorskoppravno varstvo

- 118 Komunikacijski protokoli naj bi bili avtorskoppravno varovani po Bernski konvenciji za varstvo književnih in umetniških del z dne 9. septembra 1886, nazadnje spremenjeni dne 28. septembra 1979, in z Direktivo Sveta 91/250/EGS z dne 14. maja 1991 o pravnem varstvu računalniških programov (UL L 122, str. 42), na podlagi njene preambule in člena 1(1). Glede specifikacij teh protokolov, pa naj bi bile te pripravljalni material za zasnovo, ki je prav tako avtorskoppravno varovan (mnenje g. Prescottta, priloga T.3, navedeno zgoraj v točki 90).
- 119 Zato naj bi bila družba Microsoft, kot vsak imetnik avtorske pravice, upravičena do izključnega dovoljevanja objave svojih varovanih del ali njihovega dajanja na razpolago javnosti na kakršen koli drug način. Zakonodaje s področja avtorske pravice različnih držav članic naj bi izrecno dovoljevale lastnikom varovanih del, da določijo, ali se bodo ta dela objavila ali razkrila na kakršen koli način. Odločba pa naj bi družbi Microsoft odvzela pravico odločanja, v kakšni obliki, komu, kdaj in pod kakšnimi pogoji želi dati na razpolago, če sploh, specifikacije svojih komunikacijskih protokolov. Komisija naj torej ne bi mogla priznavati, da so specifikacije komunikacijskih protokolov družbe Microsoft, ko so enkrat zapisane, avtorskoppravno varovane, sočasno pa navajati, da obveznost družbe Microsoft iz Odločbe, da mora podeliti licence glede teh specifikacij, ne krši vsebine te pravice.
- 120 Imetnik avtorske pravice naj bi prav tako imel pravico do izključnega dovoljevanja ustvarjanja izvedenih del, tako po členu 12 Bernske konvencije in po členu 4 Direktive 91/250. Ta izključna pravica dovoljevanja ustvarjanja izvedenih del naj bi bila kršena, kolikor bi izvajanje specifikacij s strani konkurentov družbe Microsoft glede njenih komunikacijskih protokolov skoraj gotovo bilo v prilagoditvi ali prevodu navedenih specifikacij, kar bi sodilo v področje uporabe avtorske pravice, zaradi česar tega ne bi bilo mogoče šteti za neodvisno razvito delo. Sicer pa ob predpostavki, da bi imetniki licence lahko izvedli nekatere specifikacije brez kršenja

avtorske pravice družbe Microsoft, naj Odločba od imetnikov ne bi zahtevala da ravnajo tako, kolikor družbi Microsoft nalaga, naj „dovoli uporabo“ specifikacij komunikacijskih protokolov, ne da bi bila predvidena omejitev glede načina, na katerega bodo jemalci licence razvili svoje stvaritve. Tako naj ne bi bilo nobenega razloga za prepričanje, da se bodo jemalci licence omejili na razvoj programov, ki ne bi bili nezakoniti, celo ob predpostavki, da je to mogoče.

- 121 Končno, družba Microsoft navaja, da so v okviru ameriške poravnave vse stranke soglašale s tem, da so specifikacije njenih komunikacijskih protokolov od odjemalca do strežnika avtorskoppravno varovane.

Patentno varstvo

- 122 Družba Microsoft v predlogu za izdajo začasne odredbe navaja, da so nekateri od komunikacijskih protokolov, katerih razkritje ji nalaga Komisija, zajeti s patenti ali patentnimi prijavami in da namerava pred junijem 2005 vložiti precejšnje število patentnih prijav glede različnih vidikov operacijskih sistemov Windows za odjemalske osebne računalnike in za strežnike, med katere sodijo komunikacijski protokoli iz Odločbe. Neobstoj omejitve časovnih učinkov Odločbe naj bi pomenil, da naj bi bili bodoči patenti vključeni v obveznost prisilnega licenciranja, ki ga nalaga Odločba.
- 123 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 opredeljuje tri obstoječe evropske patente in dve patentni prijavi v postopku, ki naj bi zajemali komunikacijske protokole iz prisilnih licenc. Po mnenju g. Knauerja iz priloga T.5, navedenem zgoraj v točki 91, je s patenti zajetih več komunikacijskih protokolov, ki

jih uporabljajo operacijski sistemi Windows za strežnike za zagotavljanje storitev glede datotek in tiskanja ter storitev upravljanja uporabnikov in skupin, in sicer: prvič, protokol DFS (Distributed File System), zajet s patentom EP 0 661 652 B1; drugič, protokol SMB, zajet s patentom EP 0 438 571 B1, in tretjič, protokol Distributed Component Object Model Remote, zajet s patentom EP 0 669 020 B1. Glede patentnih prijav, naj bi te se nanašale na protokola Constraint Delegation in Active Directory Sites.

- 124 Družba Microsoft v tem smislu navaja, da Komisija iz ukrepa za odpravo kršitev ne izključuje patentirane tehnologije in nalaga podelitev licenc glede vseh pravic intelektualne lastnine v zvezi s komunikacijskimi protokoli, vključno z vsemi patenti. Konkurenti naj tako ne bi imeli nobenega razloga za poskus razvoja aplikacij, ki ne bi uporabljale patentiranih metod.

Varstvo s poslovno skrivnostjo

- 125 Po mnenju družbe Microsoft so komunikacijski protokoli poslovna skrivnost, ki ni bila razkrita tretjim, razen če so se ti pogodbeno zavezali z obveznostjo zaupnosti.
- 126 Družba Microsoft v odgovor na stališča Komisije z dne 21. julija 2004 – po katerih bi morala biti konkurenčnoppravna zakonitost zavrnitve razkritja „skrivnosti“, katere obstoj je odvisen samo od neke enostranske poslovne odločitve, na eni strani v funkciji zadevnih interesov, na drugi strani pa je škoda, povzročena družbi Microsoft z obveznostjo razkritja poslovnih skrivnosti manjša kot škoda, povzročena z obveznostjo družbe Microsoft, da dovoli reprodukcijo svojih avtorskoppravno varovanih del, ali s kršitvijo njenih patentov – navaja, da bi trenutno lahko odplačno prenesel komunikacijske protokole na tretje in da bi lahko sodno preganjal tiste, ki ne uporabljajo zakonito njenih protokolov (mnenji g. Prescottta in g. Gallouxa iz

priloge T.3 oziroma T.6, navedeni zgoraj v točki 90), in da bo zato obvezna podelitev licenc škodovala vrednosti zadevnega premoženja. Sicer pa naj iz sodbe z dne 6. oktobra 1994 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (T-83/91, Recueil, str. II-755, točki 84 in 139) ne bi bilo mogoče sklepati, da je Sodišče prve stopnje soglašalo s tem, da naj zaupne informacije v obliki specifikacij ne bi bile varovane na enak način kot druge pravice intelektualne lastnine, saj to sodišče ni obravnavalo vprašanja, ali so specifikacije kartonskih škatel varovane poslovne skrivnosti.

Potrebnost informacij

- 127 Komisija v stališčih z dne 21. julija 2004 navaja, da so specifikacije komunikacijskih protokolov družbe Microsoft „informacije, ki so potrebne za interoperabilnost“ v smislu Direktive 91/250, in da naj zato obveznost podelitve licenc, ki jo nalaga Odločba, konkurentom družbe Microsoft ne bi zagotavljala ničesar, kar ne bi mogli sami pridobiti z dekompiliranjem operacijskih sistemov Windows za strežnike, v skladu z izjemo iz člena 6 Direktive.
- 128 Družba Microsoft pa meni, da te navedbe niso pravilne iz več razlogov.
- 129 Prvič, člen 6(2) Direktive 91/250 naj bi bil le omejena izjema od izključnih pravic lastnika varovane programske opreme iz člena 4 navedene direktive. V določenih dobro opredeljenih okoliščinah naj bi bilo „zakonitemu uporabniku“ dovoljeno „odkrivanje“ vmesnikov neke zaščitene programske opreme prek „dekompiliranja“ strojno berljive kode, ki razkriva te vmesnike. Taka „dekompilacija“ naj bi bila dovoljena, kadar so vmesniki nepogrešljivi za zagotavljanje delovanja neke programske opreme, ki je bila razvita neodvisno in jih lastnik programa ni dal na razpolago. V obravnavani zadevi naj – ne glede na to, da družba Microsoft navaja, da je že razkrila vmesnike, ki jih programska oprema tretjih potrebuje za delovanje operacijskega sistema Windows za strežnike – specifikacije komunikacijskih protokolov družbe Microsoft ne bi bile potrebne za zagotavljanje delovanja

operacijskega sistema za strežnike delovnih skupin, ki je bil razvit neodvisno. Odločba pa naj bi nasprotno družbi Microsoft nalagala, naj konkurentom dovoli razvoj proizvodov, ki bi ponudili enake storitve za datoteke in tiskanje ter enake storitve za upravljanje uporabnikov in skupin, kot so tiste, ki jih z razvijanjem svojih izvedb komunikacijskih protokolov Windows ponujajo operacijski sistemi Windows za strežnike. Družba Microsoft naj bi bila tako prisiljena konkurentom posredovati pomembne poslovne informacije, in sicer v okoliščinah, ki naj jim ne bi dajale nobene pravice do dekompilacije v skladu s členom 6(2) navedene direktive.

- 130 Drugič, člen 6 Direktive 91/250 naj bi dovoljeval pridobitev informacij z dekompilacijo, vendar pa naj bi v odstavku 2 nalagal tudi tri stroge omejitve glede uporabe teh informacij, vključno s prepovedjo uporabe teh informacij za razvoj programa, ki bi reproduciral tistega, ki je bil predmet dekompilacije. Odločba pa naj ne bi vsebovala nobene omejitve glede tega. Nasprotno, dovoljevala naj bi jemalcem licenc razvoj programov, ki kršijo avtorsko pravico družbe Microsoft glede specifikacij njenih komunikacijskih protokolov.
- 131 Tretjič, specifikacije naj bi bile večje vrednosti od informacij, ki bi jih konkurenti družbe Microsoft lahko pridobili z zakonito dekompilacijo.

Velika in nepopravljiva škoda

- 132 Družba Microsoft drugič navaja, da naj bi bilo razkritje informacij, varovanih s pravicami intelektualne lastnine, vzrok za veliko in nepopravljivo škodo.

- 133 Člen 5(a) Odločbe naj bi s tem, ko konkurentom družbe Microsoft omogoča uporabo komunikacijskih protokolov zaradi ponujanja operacijskih sistemov za strežnike, ki bi lahko nadomestili tiste, ki jih distribuira družba Microsoft, tej odvzel konkurenčno prednost, ki si jo je pridobila na podlagi raziskav in razvoja. Pravice intelektualne lastnine pa naj bi pomenile pravico izbirati med uporabo ali neuporabo varovane lastnine in načinom uporabe. Kot je bilo že razsojeno, naložitev prisilne licence posega v „temeljni razlog za obstoj“ intelektualne lastnine, ki je „zagotoviti ustvarjalcu inventivnih in izvirnih del izključno pravico do izkoriščanja teh del“ (sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 26. oktobra 2001 v zadevi IMS Health proti Komisiji, T-184/01 R., Recueil, str. II-3193, točka 125). Zato naj bi bilo Sodišče prve stopnje priznalo, da pomeni zahtevati od nekega podjetja, naj podeli licence glede svojih pravic intelektualne lastnine, čeprav „samo začasno“, nevarnost, da se mu povzroči „velika in nepopravljiva škoda“, tudi če zadevne informacije že sodijo v javno sfero (isti sklep, točka 127).
- 134 Nepovratnost razkritja intelektualne lastnine naj bi bila še posebej očitna pri poslovnih skrivnostih. V obravnavani zadevi naj bi se intelektualna lastnina nanašala na zasnove družbe Microsoft glede načina uresničevanja določenih nalog, ki jih morajo operacijski sistemi za strežnike izvajati sami ali v sodelovanju z operacijskimi sistemi za odjemalske osebne računalnike in za strežnike. Razkritje teh zasnov pomeni razkrije znanja, ki naj ga ne bi bilo mogoče nikoli več izbrisati iz spomina prejemnikov.
- 135 Obveznost podeliti licence glede avtorskoppravno varovanih informacij naj bi prav tako imela nepopravljive posledice za konkurenco. Analiza avtorskoppravno varovanih specifikacij komunikacijskih protokolov naj bi namreč konkurentom družbe Microsoft omogočila pridobitev poglobljenega znanja o načinu notranjega delovanja njenih operacijskih sistemov in uporabo tega za svoje proizvode. Kasneje naj ne bi bilo mogoče preveriti, ali konkurenti družbe Microsoft tega znanja ne uporabljajo.

136 Prislilne licence glede patentov naj bi prav tako povzročile nepopravljivo škodo. Res je sicer, da bi razglasitev ničnosti Odločbe družbi Microsoft omogočila, da proti tretjim sproži postopke za preprečitev uporabe patentirane tehnologije, vendar pa naj bi bilo še posebej zapleteno in neučinkovito preverjati, ali se tehnologija družbe Microsoft še uporablja ali ne, proizvodi z njenimi izumi pa bi medtem še naprej ostajali v distribucijskih kanalih in v rokah strank.

137 Čeprav Odločba družbi Microsoft omogoča, da podeli licence glede svojih pravic intelektualne lastnine na „razumen in nediskriminatoren način“, kar verjetno implicira plačilo licenčnine, pa naj njenim pravicam intelektualne lastnine povzročena škoda s plačilom take licenčnine ne bi bila povrnjena (v tem smislu glej zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji, točka 125).

2) Poseg v svobodno gospodarsko pobudo družbe Microsoft

138 Družba Microsoft s sklicevanjem na sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 3. junija 1996 v zadevi Bayer proti Komisiji (T-41/96 R, Recueil, str. II-381, točka 54) in na zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji (točka 130) navaja, da naj bi bila, kot se je to zgodilo v zadevah iz teh dveh sklepov, njena svoboda do prostega odločanja o bistvenih elementih poslovne politike z izvršitvijo Odločbe ogrožena.

i) Svoboda razkrivanja informacij

139 V obravnavani zadevi naj ne bi bilo v poslovni politiki družbe Microsoft, da podeljuje splošne licence o svojih komunikacijskih protokolih. Navaja, da je bila podelitev

licenc o njenih komunikacijskih protokolih od odjemalca do strežnika dogovorjena v okviru ameriške poravnave, ta poravnava pa se nasprotno ne nanaša na podelitev licenc v zvezi s komunikacijskimi protokoli od strežnika do strežnika. S prisilitvijo družbe Microsoft v razkritje specifikacij komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika, od katerih večina naj ne bi bila nikoli pripravljena, naj bi jo Odločba spremenila v dobavitelja tehnologije v korist njenih konkurentov v sektorju operacijskih sistemov za strežnike.

¹⁴⁰ Družba Microsoft zatem pojasnjuje razlike med ameriško poravnavo in sporazumom z družbo Sun Microsystems ter Odločbo.

¹⁴¹ Ameriška poravnava naj bi predvidevala podelitev licenc za komunikacijske protokole od odjemalca do strežnika, in sicer z edinim ciljem zagotoviti interoperabilnost z operacijskimi sistemi Windows za odjemalske osebne računalnike, v nasprotju z Odločbo, ki naj bi nalagala podelitev licenc za iste protokole za uporabo v operacijskih sistemih za strežnike za delovne skupine, ki zagotavljajo storitve za datoteke in tiskanje ter storitve upravljanja uporabnikov in skupin v katerem koli operacijskem sistemu Windows za odjemalske osebne računalnike ali za strežnike.

¹⁴² Poravnava, sklenjena z družbo Sun Microsystems aprila 2004, ta pa je bila tudi edina pritožnica pri Komisiji, naj bi vsebovala serijo vzajemnih sporazumov, s katerimi sta se stranki sporazumeli o sodelovanju pri razvoju proizvodov in o sklenitvi navzkrižnih licenc, vključno z licencami za take vrste komunikacijskih protokolov, ki jih zadeva Odločba. Družba Microsoft poudarja, da ji navzkrižne licence zagotavljajo neko korist, ki je v dostopu do intelektualne lastnine družbe Sun Microsystems, hkrati pa spodbujajo navedeno družbo k spoštovanju pravic

intelektualne lastnine družbe Microsoft v zvezi s tehnologijo, ki se jo podeli z licenco. Vzajemnost teh sporazumov naj bi družbi Microsoft prinesla neko korist, ki pa naj je ne bi bilo pri prisilnih licencah po Odločbi.

ii) Svoboden razvoj svojih proizvodov

143 Družba Microsoft navaja, da bi ji izvršitev Odločbe odvzela sposobnost razvijati svoje proizvode. Prisilne licence za komunikacijske protokole naj bi namreč dokončno ogrozile njeno svobodo do odločanja o razvoju svojih proizvodov. Prizadete naj bi bile prihodnje izboljšave njenih protokolov in njena sposobnost inoviranja, kot naj bi pokazala Madnickova in Meyerjeva študija. Družba Microsoft namreč navaja, da naj bi bila od trenutka, ko bi proizvodi tretjih postajali odvisni od lastnosti zasnove operacijskega sistema Windows za strežnike, namesto da bi izkoristili njene funkcije prek objavljenih vmesnikov, zmanjšana njena sposobnost spreminjati te lastnosti zasnove zaradi izboljšanja proizvoda. Nasprotne navedbe Komisije iz stališč z dne 21. julija 2004 naj bi zanemarjale poslovno resničnost. Že zdaj je za družbo Microsoft inženirski izziv, da v okviru zaporednega dajanja v promet novih operacijskih sistemov Windows za strežnike ohranja združljivost za nazaj s tisočimi objavljenimi vmesniki, ki jih uporabljajo programi tretjih. Dodajanje novih funkcij in izboljšanje delovanja, varnosti in zanesljivosti obstoječih funkcij naj bi bilo precej težje, če bi programi tretjih priklicevali funkcije windowsov z uporabo nekdanj zaupnih protokolov (Madnickova in Meyerjeva študija, prilogi R.2 in T.7).

iii) Potreba po „povečanju odpornosti“ protokolov

144 Zasebni protokoli naj ne bi bili ustvarjeni za uporabo v neznani programski opremi tretjih. Zato bi razkritje velikega števila zasebnih komunikacijskih protokolov lahko

povzročilo morebitne motnje v delovanju, okvare in varnostna tveganja. Družba Microsoft bi torej morala del svojih sredstev nameniti „povečanju odpornosti“ protokolov, da bi preprečila nepravilno in škodljivo uporabo, kar pogosto zahteva dodatek varnostnih kod ali opravljanje številnih dodatnih preizkusov pred distribucijo proizvodov, ki uporabljajo komunikacijske protokole. V tem smislu naj bi Odločba nepovratno prizadela svobodo družbe Microsoft za razvoj proizvodov na kakršen koli način se ji zdi primerno.

- ¹⁴⁵ Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 dodaja, da bi posredovanje konkurentom specifikacij komunikacijskih protokolov, katerih namen je bil vedno le v zagotavljanju komunikacije med operacijskimi sistemi Windows za strežnike, stranke izpostavila tehnični ranljivosti. Glede tega se sklicuje na Madnickovo in Meyerjevo študijo iz prilog R.2 in T.7. Ti protokoli naj bi temeljili na številnih predpostavkah glede notranjega delovanja operacijskih sistemov za strežnike, ki skupaj zagotavljajo storitve delovnih skupin. Zato nimajo varovalnih mehanizmov, ki bi jih imeli, če bi bili razviti za komuniciranje s programsko opremo tretjih. Čeprav bi družba Microsoft v prihodnje lahko „povečala odpornost“ izvedb svojih komunikacijskih protokolov, pa v odjemalskih omrežjih obstaja na milijone operacijskih sistemov Windows za strežnike, ki uporabljajo te protokole v njihovem trenutnem stanju. Menda pa naj ne bi bilo izvedljivo te proizvode spremeniti za nazaj, da bi jih zaščitili pred nepravilno uporabo komunikacijskih protokolov, ker naj bi vključevanje potrebnih varovalnih mehanizmov zahtevalo velike spremembe proizvodov, ki so že na trgu. Družba Microsoft opozarja na to, da čeprav Komisija zasmehuje to, kar sama imenuje „varnost prek zamegljenosti“ (priloga S.2), naj stranke ne bi bile zadovoljne, če bi izvedele, da so zaradi razkritij, ki jih je naložila z Odločbo, operacijski sistemi Windows za strežnike postali dovzetni za nepravilno delovanje (Madnickova in Meyerjeva študija, priloga T.7). Protokoli naj bi bili zapleteni in nevarnost napak ob njihovem izvajanju v drugih operacijskih sistemih za strežnike delovnih skupin naj bi bila velika. Take napake bi lahko povzročile velike izgube in spremembe podatkov, s tem pa škodo družbi Microsoft in njenim strankam. Jasno je, da so stranke zelo občutljive za izgube in spremembe podatkov,

družba Microsoft pa bi imela veliko škodo, zlasti bi trpel njen ugled, če bi bila obstoječa baza operacijskih sistemov Windows za strežnike ogrožena z nepravilno uporabo komunikacijskih protokolov družbe Microsoft. Komisija trdi, da naj „bi bila kakršna koli škoda popravljiva [...], če bi bila Odločba razglašena za nično“. Vendar pa naj razglasitev ničnosti ne bi mogla niti odpraviti izgub ali sprememb podatkov niti povrniti ugleda družbi Microsoft.

3) Nepovratna sprememba pogojev na trgu

146 Družba Microsoft navaja, da bi prisilna podelitev licenc nepopravljivo in v njeno škodo spremenila trenutno prevladujoče pogoje na trgu. Očitno naj bi bilo, da si Komisija želi take spremembe, kot to izhaja iz uvodne navedbe 695 Odločbe, ki navaja, da „če bi imeli konkurenti družbe Microsoft dostop do informacij o interoperabilnosti, ki jih sama ne želi dati, potem bi jih lahko uporabili za to, da bi dali napredne funkcije svojih proizvodov na voljo v okviru omrežja odnosov interoperabilnosti, na katerih temelji okolje Windows“.

147 Da bi dokazala nepopravljive spremembe na trgu družba Microsoft navaja, da bo preučitev podrobnih specifikacij komunikacijskih protokolov, katerih lastnica je, ki jo omogoča obvezna podelitev licenc, omogočila razkritje pomembnih elementov zasnove operacijskih sistemov Windows za strežnike konkurentom. Kot je to razloženo v Madnickovi in Meyerjevi študiji, bi bile specifikacije prej zasebnih komunikacijskih protokolov še posebej dovzetne za razkrivanje informacij o notranji zasnovi operacijskih sistemov, saj so ti protokoli pogosto odvisni od posebne izvedbe v programski kodi. Uporaba takih komunikacijskih protokolov s strani tretjih bi torej pomenila specificiranje veliko podrobnosti, čeprav te podrobnosti ostanejo implicitne, kadar se protokoli uporabljajo zasebno prek različnih kopij istega operacijskega sistema, ki deluje na različnih strežnikih.

- 148 Obsežno razkritje teh informacij naj bi konkurentom družbe Microsoft omogočilo, da v svojih operacijskih sistemih za strežnike reproducirajo serijo funkcij, ki jih je razvila družba Microsoft s prizadevanji na področju raziskav in razvoja. Škoda, ki bi s tem nastala družbi Microsoft, bi se razširila prek meja naloženega razkritja, prek trga operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin in celo prek geografskega območja uporabe neke prisilne licence.

c) Tehtanje interesov

- 149 Družba Microsoft najprej navaja, da interes Skupnosti po učinkoviti odpravi kršitev ne zahteva takojšnje izvršitve člena 5(a) Odločbe.
- 150 Prvič, ker je cilj člena 82 ES „varovati interese potrošnikov in ne varovati položaja posameznih konkurentov“ (zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji, točka 145), bi bilo treba veliko težo nameniti neobstoju oškodovanja potrošnikov. V obravnavani zadevi naj bi bile strankam na voljo različne rešitve glede interoperabilnosti. Tako naj v času petih let postopka pred Komisijo nobeno podjetje ne bi izrazilo želje po izbiri drugega operacijskega sistema, kot je Windows, vendar pa naj bi bilo zaradi težav z interoperabilnostjo prisiljeno izbrati operacijski sistem Windows za strežnike.
- 151 Drugič, izvršitev ukrepa za odpravo kršitev iz člena 5 Odločbe naj ne bi bila potrebna, saj konkurenti družbe Microsoft trenutno naj ne bi imeli potrebe po dostopu do njenih komunikacijskih protokolov. Sicer pa, kot navaja družba Microsoft, naj tudi Komisija ne bi trdila, da naj bi konkurenca med prodajalci operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin kmalu izginila, če bi se odložila izvršitev člena 5 Odločbe.

- 152 Glede tega družba Microsoft navaja, da so proizvodi njenih konkurentov trenutno konkurenčni in v podporo temu ponuja različne študije in napovedi glede sistema Linux, proizvodov UNIX in družbe Novell.
- 153 Družba Microsoft poleg tega navaja, da Komisija ni dokazala povezave med ukrepom za odpravo kršitev iz člena 5 Odločbe in kakršno koli zahtevo distributerjev operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin. Družba Microsoft pojasnjuje, da družbe Sun Microsystems, Novell in Free Software Foundation/Samba niso zahtevale licenc za komunikacijske protokole, katerih lastnik je.
- 154 Prednost, ki bi jo njeni konkurenti pridobili zaradi možnosti vpogleda v način, na katerega je družba Microsoft rešila določene težave v zvezi z zasnovo operacijskih sistemov za strežnike, ne more prevladati nad zakonitim interesom družbe Microsoft, da zaščiti svojo tehnologijo. Pri tehtanju interesov bi moral splošni interes ohranjanja učinkovite konkurence imeti jasno prednost pred interesi konkurentov družbe Microsoft.
- 155 Nevarnost, da bi se lahko konkurenčni distributerji operacijskih sistemov za strežnike pri odložitvi izvrševanja člena 5 Odločbe umaknili s trga, naj ne bi obstajala. Konkurenti družbe Microsoft naj bi dolga leta podeljevali licence za svoje operacijske sisteme za strežnike poklicnim strankam in to brez dostopa do specifikacij komunikacijskih protokolov, ki naj bi jim jih po Odločbi morala posredovati družba Microsoft. Ta je v podporo svoje analize predložila različne podatke zvezi z nekaterimi svojimi konkurenti na zadevnem trgu.
- 156 Končno, družba Microsoft meni, da ni mogoče trditi, da je izvršitev Odločbe nujna, saj je upravni postopek, med katerim naj bi se presoja Komisije spreminjala, trajal pet let.

- 157 Drugič, pri tehtanju interesov bi bilo treba upoštevati obveznosti Skupnosti iz mednarodnih pogodb, med drugim iz Sporazuma TRIPS, in utemeljenost tožbe iz postopka v glavni stvari. Glede slednjega družba Microsoft ob tem, da se sklicuje na sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 11. aprila 2002 v zadevi NDC Health proti IMS Health in Komisiji (T-481/01 P(R), Recueil, str. I-3401), meni da bi bilo treba ob tehtanju interesov presoditi o utemeljenosti njene tožbe iz postopka v glavni stvari. V obravnavani zadevi naj bi bilo še posebej jasno, da Komisija ni dokazala, da so bili izpolnjeni pogoji iz sodne prakse (zgoraj v točki 99 navedena sodba IMS Health), ki omogočajo prisiljenje nekega podjetja v prevladujočem položaju, naj konkurentom podeli licence.
- 158 Končno, družba Microsoft opozarja na to, da je družba Sun Microsystems po sprejetju Odločbe z družbo Microsoft sklenila poravnavo, ki ureja vse težave, ki so bile vzrok pritožbe pri Komisiji. Torej ni nobene nujne potrebe po izvršitvi Odločbe, medtem ko poteka postopek v glavni stvari.
- 159 Združenje ACT navaja, da bi neodlog izvršitve ukrepov za odpravo kršitev imel resne in nepopravljive posledice, in sicer zaradi škode v zvezi z močjo in vrednostjo pravic intelektualne lastnine njegovih članov v EGP.
- 160 Natančneje združenje ACT navaja, da bi, prvič, takojšnja veljavnost ukrepov za odpravo kršitev predstavljala temeljni precedens glede prisilnih licenc v zvezi s pravicami intelektualne lastnine, ki bi hitro in precej zmanjšal vrednost pravic intelektualne lastnine njegovih članov. Združenje ACT v zvezi s tem navaja, da je Komisija člen 82 ES razlagala in uporabljala na način, ki ni v skladu z obveznostmi Skupnost po členih 13, 31 in 39 Sporazuma TRIPS.

- 161 Drugič, združenje ACT navaja da bi razkritje komunikacijskih protokolov, ki so bili prej v izključni lasti družbe Microsoft, povzročilo nestabilnost operacijskih sistemov Windows za odjemalske osebne računalnike in za strežnike, kar bi njenim članom povzročilo takojšnjo in precejšnjo škodo.
- 162 Združenje CompTIA meni, da ukrep za odpravo kršitev iz člena 5 Odločbe, kolikor družbi Microsoft nalaga razkritje intelektualne lastnine vsem podjetjem na trgu strežnikov, zmanjšujejo raven varstva intelektualne lastnine v celotni industriji informacijskih in komunikacijskih tehnologij, predstavljajo vzrok pravne negotovosti, njihov takojšnji učinek pa je zmanjšanje vrednosti naložb v tehnološkem sektorju in torej ravni splošne gospodarske dejavnosti.
- 163 Združenje CompTIA poleg tega meni, da velika in nepopravljiva škoda, ki bi jo ta ukrep povzročil v celotnem sektorju in članom združenja CompTIA, presega morebiten negativni učinek ob neobstoju takojšnjega razkritja za javni interes in interes tretjih. Združenje CompTIA v tem smislu poudarja, da ni bilo obveščeno o nobeni težavi glede interoperabilnosti na trgu strežnikov, čeprav naj bi igralo pomembnejšo vlogo kot vsa druga združenja pri certificiranju kvalifikacij tehnološke industrije v sektorju strežnikov.

2. Argumenti Komisije in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov

- 164 Komisija najprej meni, da predlog za odlog izvršitve člena 5(a) do (c) Odločbe v veliki meri temelji na presoji vpliva, ki naj bi ga Odločba imela na izvrševanje „pravic intelektualne lastnine“ družbe Microsoft, in v zvezi s tem navaja nekaj uvodnih pripomb. Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 pojasnjuje, da čeprav bi

predpostavili, da je družba Microsoft izrecno dokazala, da jo Odločba prisiljuje k podelitvi licenc za njene pravice intelektualne lastnine, bi njena argumentacija še vedno in v enaki meri držala. FSF-Europe podpira to argumentacijo Komisije.

a) Predhodne ugotovitve

¹⁶⁵ Komisija najprej opozarja na to, da člen 5, od (a) do (c), zavezuje družbo Microsoft, da posreduje tehnično dokumentacijo, imenovano „specifikacije“, ki podrobno opisuje „protokole“ iz člena 1(1) Odločbe. Komisija poudarja, da je treba razlikovati med to tehnično dokumentacijo in izvorno kodo proizvodov družbe Microsoft. Konkurent, ki bi želel razviti operacijski sistem za strežnike, ki bi razumel protokole družbe Microsoft, bi moral namreč svoj proizvod opremiti z izvorno kodo, ki omogoča izvedbo specifikacij. Dva programerja, ki bi izvedla iste specifikacije protokola, ne bi zapisala iste izvorne kode in tako bi bilo delovanje njunih programov različno (uvodne navedbe 24, 25, 698 in od 719 do 722). S tega vidika bi lahko protokole primerjali z jezikom, katerega skladnja in besedišče bi bile specifikacije, saj to, da se dve osebi naučita skladno in besedišče istega jezika, ne zagotavlja, da ga bosta tudi enako uporabljali.

¹⁶⁶ Drugič, Komisija na navedeni podlagi prehaja na obravnavo različnih pravic intelektualne lastnine, na katere se sklicuje družba Microsoft.

1) Avtorska pravica

¹⁶⁷ Glede avtorske pravice Komisija najprej meni, da navedbe družbe Microsoft niso pravilne, če ne celo zavajajoče. Družba Microsoft naj bi namreč na eni strani

napačno dajala vtis, da je uporaba informacij o interoperabilnosti zaradi učinkovitosti te običajno kršitev avtorske pravice. Na drugi strani pa naj bi prav tako napačno navajala, da avtorskopravno varstvo zajema tudi komunikacijske protokole, in se sklicevala na avtorsko pravico v zvezi s „specifikacijami“, da bi podprla svoje navedbe o tem, da je uporaba znanja, ki ga te specifikacije vsebujejo, kršitev avtorske pravice.

168 Komisija pa – ne da bi izključevala možnosti, da bi bile te specifikacije lahko zajete z avtorsko pravico – meni, da to ne pomeni, da je uporaba informacij iz tega dokumenta, v obliki izvedbe v nekem operacijskem sistemu, kršitev avtorske pravice, saj kot je navedeno v Odločbi, izvedba neke specifikacije ni kopiranje, ampak je jasno ločeno delo (uvodne navedbe 25, 570 in naslednje ter 719 in naslednje).

169 Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 v bistvu navaja, da izvedba komunikacijskih protokolov ni oblika izkoriščanja, ki bi bila prepovedana z avtorsko pravico.

170 Med številnimi pripombami Komisije glede stališč družbe Microsoft z dne 19. avgusta 2004 je treba podrobneje izpostaviti odgovore na pet vrst argumentov.

171 Prvič, Komisija navaja, da se družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 prvič opira na pravico do „razkritja“ (zgoraj navedena točka 119). Komisija ugotavlja, da člen 6a Bernske konvencije, ki ureja „moralne pravice“ imetnika avtorske pravice, te pravice ne omenja, in da zato kakršna koli kršitev glede izvrševanja te domnevne pravice ne more biti v nasprotju z „normalno uporabo računalniškega programa“, kot je to opredeljeno v členu 6(3) Direktive 91/250, saj ta določba pojasnjuje, da jo je

treba razlagati „v skladu z določbami Bernske konvencije“. Pravica do razkritja naj bi bila še najbolj podobna „moralni pravici“, ki pa ne more biti predmet licence. Sicer pa naj bi bilo sklicevanje na pravico do razkritja le težko združljivo z dejstvom, da so proizvodi družbe Microsoft na trgu, da jih lahko osebe opazujejo, jih preučijo in preizkusijo ter v določenih okoliščinah dekompilirajo. Končno, razlogi družbe Microsoft za zavrnitev razkritja zadevnih informacij naj bi bili izključno ekonomski in naj torej ne bi imeli nič opraviti z razlogom za obstoj zadevne pravice.

172 Drugič, Komisija se ne strinja s tem, da bi lahko tehnično dokumentacijo, ki naj bi se jo razkrilo, šteli za „računalniški program“, varovan po Direktivi 91/250, in sicer zato, ker naj bi šlo za „pripravljalni material za zasnovo“ računalniškega programa (zgoraj navedena točka 118). Navaja, da namreč zadevne informacije ne nastanejo vnaprej kot notranja podpora pri ustvarjanju programov družbe Microsoft, ampak za nazaj in z edinim ciljem, da se njenim konkurentom razkrijejo le omejene informacije.

173 Komisija v zvezi z navedbo družbe Microsoft, ki temelji na členu 4 Direktive 91/250 in po kateri naj bi bila izvedba zadevnih protokolov „skoraj gotovo“ prilagoditev ali prevod specifikacij, ki jih zajemajo avtorsko pravico družbe Microsoft (zgoraj navedena točka 120), odgovarja, da tožeča stranka ni utemeljila teh navedb. Navaja, da se iz besedila Direktive 91/250 in pripravljanih dokumentov, ki se nanjo nanašajo, lahko sklepa, da člen 4 navedene direktive običajno ne zajema priprave vmesniške programske opreme na podlagi specifikacij vmesnikov. Člen 6 iste direktive naj bi namreč temeljil na predpostavki, da je uporaba informacij o interoperabilnosti, ki se jih zaradi „pridobivanja informacij, potrebnih za interoperabilnost nekega neodvisno ustvarjenega računalniškega programa z drugimi programi“ pridobi z dekompilacijo – ki je „izvzeta“ –, ni dejanje, ki bi kršilo

avtorsko pravico, razen če bi se informacije „uporabile za razvijanje, proizvodnjo ali trženje računalniškega programa, ki je v izrazu bistveno podoben“ programu, ki je bil predmet dekompilacije. Če bi imela družba Microsoft prav, potem se za ustvarjanje združljivih proizvodov nikoli ne bi mogli sklicevati na člen 6 Direktive 91/250, saj bi bilo ustvarjanje teh proizvodov „dejanje, s katerim se krši avtorska pravica“, in zato prepovedano po členu 6(2)(c).

174 Tretjič, Komisija zavrača ozko razlago g. Prescottta (priloga T.3) glede člena 1(2) Direktive 91/250, po kateri „[i]deje in načela, ki so osnova kateremu koli elementu računalniškega programa, vključno s tistimi, ki so osnova njegovim vmesnikom, niso varovani z avtorsko pravico“. Njegov argument, ki je v tem, da je celota ali struktura zadevnih „idej“ avtorskopravno varovana, ker gre za „bistveni del varovanega dela“, naj ne bi bil pravilen, ker, prvič, naj ne bi bil v skladu s členoma 1(2) in 6 Direktive 91/250, drugič pa naj sodbe britanskih sodišč, na katere g. Prescott opira svojo analizo, ne bi imele nič z obravnavano zadevo.

175 Četrtrič, Komisija v zvezi z argumentacijo družbe Microsoft iz zgoraj navedene točke 120, po kateri naj bi, najprej, ukrep za odpravo kršitev ustvaril nekakšno posebno „skušnjava“ pri konkurentih družbe Microsoft, da bi razvili izvedbe, ki bi kršile avtorsko pravico, Odločba pa naj, drugič, ne bi predvidevala nobenega zagotovila zoper tako „skušnjava“, navaja, da ukrep za odpravo kršitev ne nalaga razkritja izvirne kode in da se zato prepoved uporabe informacij, pridobljenih z dekompilacijo „za razvijanje, proizvodnjo ali trženje računalniškega programa, ki je v svojem izrazu bistveno podoben“, iz člena 6(2)(c) Direktive 91/250 ne uporablja.

176 Petič, Komisija v nasprotju z družbo Microsoft (zgoraj navedena točka 129) meni, da ta ni razkrila vmesnikov, ki jih programi tretjih potrebujejo za priklic funkcij operacijskih sistemov Windows za strežnike. Pojasnjuje, da so vmesniki, na katere se

sklicuje družba Microsoft, „vmesniki za programiranje aplikacij“ (v nadaljevanju: API), ki omogočajo aplikacijam v operacijskem sistemu Windows, da uporabljajo storitve tega operacijskega sistema za strežnike, medtem ko so zadevni vmesniki iz obravnavane zadeve vmesniki, prek katerih neki strežnik delovne skupine Windows zagotavlja storitve v omrežje delovne skupine Windows (uvodna navedba 210).

2) Patenti

¹⁷⁷ Komisija v zvezi s patenti najprej ugotavlja, da je družba Microsoft med upravnim postopkom omenjala le eno patentno prijavo, medtem ko med sodnim postopkom navaja tri evropske patente in dve evropski patentni prijavi v postopku. Poleg tega naj družba Microsoft ne bi predložila dokumentacije za ugotovitev, ali bi bila licenca v zvezi z enim navedenim patentom ali več teh nujno potrebna za osebo, ki izvaja zadevne protokole.

¹⁷⁸ Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 ugotavlja, da je družba Microsoft pred sprejetjem Odločbe omenjala le en patent, in sicer 20. januarja 2004, medtem ko so bili trije evropski patenti iz dokumenta, kjer se navaja mnenje g. Knauerja (priloga T.5, zgoraj navedena točka 91), odobreni pred koncem leta 2001, in da sta bili dve evropski patentni prijavi z istim dokumentom vloženi pred koncem leta 2002. Glede vsebine mnenja g. Knauerja Komisija najprej opozarja, da se je ta „moral opreti na informacije, ki mu jih je v zvezi s protokoli iz člena 5 Odločbe posredovala družba Microsoft“. Zatem Komisija navaja, da ni očitno, da bi konkurent družbe Microsoft, ki bi izkoristil izvršitev Odločbe, kršil določene zahteve iz teh patentov. Dvome v zvezi z vprašanjem, ali bi razvijalec neke programske opreme za strežnik, ki bi uporabljal za komunikacijo s strankami programa Windowv potrebne protokole, kršil zadevne zahteve, po mnenju Komisije potrjuje obnašanje družbe Microsoft v zvezi s Sambo, ki je proizvod „odprtega vira“ in izvaja določene komunikacijske protokole družbe Microsoft, ki so jih razvijalci skupine Samba identificirali z

uporabo tehnik obratnega inženiringa. Zdi se namreč, navaja Komisija, da je proizvod Samba vključeval „priložnostno zaklepanje“ SMB že od januarja 1998 (različica 1.9.18), DFS pa od aprila 2001 (različica 2.2.0). Kolikor je Komisija seznanjena, naj Samba nikoli ne bi pridobil licence za zadevne patente družbe Microsoft, ta pa ni nikoli uveljavljala kršitev teh patentov s strani te skupine. Komisija sicer ugotavlja, da so bili vsi trije zadevni patenti odobreni pred koncem leta 2001 in da se ob upoštevanju tehničnega opisa, ki ga imajo, zdi, da zadevajo generacijo NT 4.0 proizvodov družbe Microsoft, ki je bila pred programom Windows 2000.

179 Povezava med patentnimi zahtevki družbe Microsoft in Odločbo torej ni jasna.

180 Komisija v zvezi s tem zaključuje, da družba Microsoft ni dokazala, da bi bil pri izvršitvi člena 5, od (a) do (c), Odločbe kršen kateri koli njen patent.

3) Poslovne skrivnosti

181 Komisija meni, da povezovanje poslovnih skrivnosti in pravic intelektualne lastnine s strani družbe Microsoft ni samoumevno. Komisija se v zvezi s tem sklicuje na zadevo Tetra Pak (odločba Komisije 92/163/EGS z dne 24. julija 1991 v zvezi s postopkom po členu 86 Pogodbe EGS (IV/31.043 – Tetra Pak II), UL 1992, L 72, str. 1), v zvezi s katero je bila izdana sodba Tetra Pak proti Komisiji (točki 84 in 139).

- 182 Komisija meni, da čeprav lahko obstaja zakonita domneva legitimnosti zavrnitve podelitve licence za neko pravico intelektualne lastnine, pa bi morala biti konkurenčnopravna legitimnost zavrnitve razkritja skrivnosti, katere obstoj je odvisen samo od enostranske poslovne odločitve, odvisna od dejanskega stanja zadeve in zlasti interesov, ki so v igri. V obravnavani zadevi naj bi Direktiva 91/250 kazala na to, da interes za varovanje inovativnega prizadevanja, ki je podlaga programske opreme, izumitelju ne dovoljuje preprečevanja, da bi se informacije o interoperabilnosti, značilne za to programsko opremo, uporabljale za doseganje interoperabilnosti.
- 183 Komisija priznava, da Direktiva 91/250 izumitelju ne nalaga razkritja informacij na njegovo pobudo. Vendar pa po mnenju Komisije razkritje informacij o interoperabilnosti za doseganje te z vidika morebitnih poslovnih skrivnosti družbe Microsoft ni primerljivo s tem, da se konkurentom prek licenc omogoči kopirati z zakonodajo o pravicah intelektualne lastnine varovano delo. To trditev naj bi potrjevala tehnična relevantnost takšnega razkritja, obstoječa praksa v sektorju programske opreme in ravnanje družbe Microsoft ob njenem vstopu na trg.
- 184 Komisija v stališčih z dne 13. septembra 2004 zavrača idejo, da naj bi bili protokoli izraz pomembnih inovacij, saj družba Microsoft niti v svojem predlogu, niti v kasnejših stališčih, niti v prilogi T.3 ni dokazala resničnosti te trditve. Prav tako šteje za neutemeljen argument, po katerem naj bi ukrep za odpravo kršitev učinkoval tako, da bi se zadevna inovacija „prenesla“ na konkurente družbe Microsoft, saj razkritje teh informacij ne bi pomenilo prenosa bistvene vrednosti operacijskega sistema Windows, hkrati pa naj bi člen 82 ES omogočal naložitev podelitve licence za neki bistven del nekega proizvoda podjetja v prevladujočem položaju, kot naj bi kazali zgoraj v točki 99 navedeni sodbi Magill in IMS Health.

185 Ustanova FSF-Europe v bistvu navaja, da informacije, katerih razkritje Odločba nalaga družbi Microsoft, z vidika inovativnosti niso veliko vredne, in da vsebujejo številne nezdružljivosti, namenoma vnesene v prej obstoječe pisne protokole. Pristop družbe Microsoft naj bi bil v sprejetju prej obstoječih protokolov, potem pa njihova sprememba s ciljem preprečiti ali prepovedati interoperabilnost. Tako naj bi ravnal pri več protokolih za strežnike delovnih skupin, katerih razkritje je zahtevala družba Samba, da bi ustvarila združljiv proizvod, to je protokole CIFS, DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), DCE/RCP IDL („Interface Definition Language“), Kerberos 5 in LDAP (Active Directory).

b) Fumus boni juris

186 Komisija v izhodišču zavrača navedbe družbe Microsoft, da se obravnavana zadeva nanaša le na njeno razmerje z družbo Sun Microsystems, ki pa ni zahtevala informacij, katerih razkritje Odločba nalaga družbi Microsoft.

187 Komisija zatem opozarja na to, da je v predhodnih ugotovitvah navajala, da nobena avtorska pravica, katere imetnik naj bi bila družba Microsoft, ne bi preprečila uporabe informacij o interoperabilnosti zaradi doseganja te (zgoraj navedeni točki 167 in 168). Komisija pa vendarle komentira štiri merila iz sodne prakse glede prisilnih licenc in domneva, samo zaradi razprave, da so v igri določena vprašanja v zvezi s pravicami intelektualne lastnine in da nobeno drugo merilo ni relevantno za sklepanje o obstoju izjemnih okoliščin, s tem da je ta druga domneva po mnenju Komisije v nasprotju z besedilom sodbe v zgoraj v točki 99 navedeni sodbi IMS Health (točka 38).

- 188 Glede nepogrešljivosti informacij, ki jih domnevno zajemajo pravice intelektualne lastnine, naj bi bila Komisija že v Odločbi zavrnila navedbe družbe Microsoft glede „številnih drugih načinov za zagotavljanje interoperabilnosti“ (uvodne navedbe od 666 do 687).
- 189 Drugič, Komisija zavrača navedbe družbe Microsoft, po katerih ta ni preprečevala nastanka novih proizvodov, za katere je obstajalo nezadovoljeno potrošniško povpraševanje.
- 190 Iz točke 49 zgoraj v točki 99 navedene sodbe IMS Health naj bi namreč izhajalo, da je „nov proizvod“ proizvod, ki ni omejen le na „v bistvu reproduciranje“ na trgu že obstoječih proizvodov nekega imetnika avtorske pravice. Zato naj bi bilo dovolj, da zadevni proizvod vsebuje bistvene elemente, ki jih je prispeval jemalec licence. Torej naj ne bi bilo izključeno, da bi bili proizvodi imetnika avtorske pravice in prihodnji proizvodi jemalca licence med seboj konkurenčni, kot to dokazuje dejansko stanje iz zadev, ki jih je obravnavalo sodišče Skupnosti (sodba Sodišča prve stopnje z dne 10. julija 1991 v zadevi RTE proti Komisiji, T-69/89, Recueil, str. II-485, točka 73, in zgoraj v točki 53 navedena sodba Magill, točka 53, ter zgoraj v točki 99 navedena sodba IMS Health). Poleg tega naj merilo „novega proizvoda“ ne bi vključevalo obveznosti konkretnega dokazovanja, da bi proizvod jemalca licence pritegnil stranke, ki ne bi kupovale proizvodov, ki jih ponuja obstoječi ponudnik. Po mnenju Komisije bi vsakršna drugačna razlaga sodni praksi vzela velik del smisla, saj imajo imetniki pravic intelektualne lastnine običajno odlične razloge za podeljevanje licenc subjektom, ki nameravajo proizvajati blago, ki ni v konkurenci z njihovim. Tak scenarij naj torej običajno ne bi vodil v zavrnitev. Sicer pa naj bi Sodišče v zgoraj v točki 99 navedeni sodbi IMS Health svojo analizo osredotočilo na diferenciacijo proizvoda, ki bi lahko vplivala na izbiro potrošnikov ali, drugače povedano, na vprašanje, ali obstaja „potencialno povpraševanje“ po novem proizvodu. Posledice, ki bi jih taka diferenciacija imela na izbiro in dolgoročno na pojavljanje proizvodov, ki bi pritegnili nove kategorije strank, naj bi določil trg.

- 191 V obravnavani zadevi naj bi na eni strani postopek izvedbe protokolov lahko imel zelo različne oblike (uvodne navedbe 24, 25 in 698), kar naj bi ustvarilo zadostne možnosti za diferenciacijo proizvoda, na drugi strani pa naj bi obstajale velike možnosti za diferenciacijo proizvoda, prek katerih bi se lahko povečala konkurenca, vendar so trenutno nevtralizirane z ravnanjem družbe Microsoft.
- 192 Tretjič, glede vprašanja odstranitve konkurence na izvedenem trgu naj bi bila Komisija v Odločbi poglobljeno analizirala razvoj na upoštevnem trgu in pomembnost interoperabilnosti za ta razvoj (uvodne navedbe od 590 do 692), še posebej pa domnevno „postopno rast sistema Linux“ (uvodne navedbe od 598 do 610). Družba Microsoft pa v predlogu za izdajo začasne odredbe ne navaja nobene napake v zvezi s tem. Družba Microsoft naj ne bi pravilno domnevala, da naj bi bilo mogoče, kadar se konkurenca odstranjuje postopoma, odredbe o prepovedi v skladu s členom 82 ES izdati le takrat, ko ne bi imele nobenega smisla več, ker bi se na trgu nepovratno oblikoval monopol, čeprav je v resnici dovolj, da bi zavrnitev podelitve licence „lahko“ izključila konkurenco (zgoraj v točki 99 navedeni sodbi Bronner, točka 40, in IMS Health, točki 37 in 38).
- 193 Četrtrič, družba Microsoft naj ne bi omenjala nobene posebne objektivne utemeljitve za svoje ravnanje, razen splošnega navajanja „svojih pravic intelektualne lastnine“, kar pa je bilo že zavrnjeno z Odločbo (uvodne navedbe od 709 do 763).
- 194 Odločba naj bi torej dokazala, družba Microsoft pa naj tega ne bi resneje izpodbijala, da je njeno ravnanje izpolnilo pogoje iz sodne prakse.
- 195 Končno, glede nezdržljivosti Odločbe s Sporazumom TRIPS Komisija napotuje na ugotovitve iz uvodnih navedb 1052 in 1053 Odločbe.

c) Nujnost

- ¹⁹⁶ Komisija meni, da družba Microsoft ni dokazala, da bi v odsotnosti odložitve izvršitve Odločbe utrpela veliko in nepopravljivo škodo. Intervenienta SIIA in FSF-Europe se strinjata z argumentacijo Komisije.

d) Tehtanje interesov

- ¹⁹⁷ Komisija ocenjuje, da se pri tehtanju interesov tehtnica nagiba v korist takojšnje izvršitve člena 5, od (a) do (c), Odločbe in zato zaključuje, da je treba predlog zavrniti. Intervenienta SIIA in FSF-Europe se strinjata z argumentacijo Komisije.

B – Presoja sodnika, ki odloča o začasni odredbi

1. Fumus boni juris

- ¹⁹⁸ Družba Microsoft v podporo svoji navedbi, po kateri je izpolnjen pogoj *fumus boni juris*, v bistvu navaja, prvič, da v obravnavani zadevi niso izpolnjeni pogoji, po katerih bi zavrnitev posredovanja informacij, varovanih s pravicami intelektualne lastnine, predstavljala zlorabo prevladujočega položaja, prepovedano po členu 82 ES; drugič, da družba Sun Microsystems ni zahtevala informacij, katerih posredovanje nalaga Odločba, in da se njena zahteva ne nanaša na razvoj programske opreme v EGP; tretjič pa, da je Komisija kršila obveznosti Skupnosti po Sporazumu TRIPS.

- 199 Ob upoštevanju argumentacije družbe Microsoft v okviru postopka za izdajo začasne odredbe za argumente pod drugič in tretjič ni mogoče šteti, da so zadostno resni za vzpostavitev *fumus boni juris*.
- 200 Argumenti v zvezi z zahtevo družbe Sun Microsystems so bili podrobno zavrjeni že v Odločbi (uvodne navedbe od 199 do 207, 564 in 565), družba Microsoft pa očitno ni dokazala, da je Komisija napravila kakršno koli napako glede dosega zahteve družbe Sun Microsystems. Enako ne more uspeti tudi argument, po katerem se zahteva družbe Sun Microsystems ne nanaša na razvoj programske opreme „v EGP“, saj je bila zahteva te družbe splošna, EGP pa je nujno del upoštevnega svetovnega trga, kot to izhaja iz uvodne navedbe 185 in naslednjih ter uvodne navedbe 427 Odločbe.
- 201 Razloga, ki temelji na nespoštovanju Sporazuma TRIPS, pa ni bil dovolj obrazložen, da bi sodnik, ki odloča o začasni odredbi, lahko o tem razsodil. Družba Microsoft se je namreč v predlogu za izdajo začasne odredbe na eni strani omejila na navedbo, da „z naložitvijo prisilne licence družbi Microsoft Komisija ni pravilno upoštevala obveznosti Evropskih skupnosti po [Sporazumu TRIPS]“. Na drugi strani pa je bilo glede sklicevanja na argumentacijo iz priloge T.9 razsojeno, da ni v skladu z veljavnimi procesnimi pravili (glej zgoraj navedeno točko 88).
- 202 Presoja sodnika, ki odloča o začasni odredbi, se bo torej nanašala samo na razlog, ki temelji na kršitvi člena 82 ES, s tem da je treba pojasniti, da družba Microsoft v obravnavanem predlogu ne izpodbija tega, da ima prevladujoč položaj na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike in na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin. Izpodbija torej le to, da ima zavrnitev razkritja informacij o interoperabilnosti in dovolitve njene uporabe konkurenčnim družbam značaj zlorabe.

- 203 Prehodno je treba opozoriti na to, da so uvodne navedbe od 546 do 791 Odločbe posvečene presoji tega, ali ima zavrnitev posredovanja informacij o interoperabilnosti značaj zlorabe. Komisija v njej navaja, da mora analizirati vse okoliščine, značilne za vsak primer, preden lahko sklepa o obstoju izjemnih okoliščin, ki označujejo zavrnitev z značajem zlorabe (uvodne navedbe od 546 do 559). Komisija v obravnavani zadevi meni, da so bile izjemne okoliščine v tem, da je bila zavrnitev posredovanja informacij o interoperabilnosti naperjena zoper družbo Sun Microsystems, da je bila del splošnega ravnanja in je pomenila zmanjšanje razkrivanja informacij (uvodne navedbe od 560 do 584), da z njo obstaja nevarnost odstranitve konkurence (uvodne navedbe od 585 do 692) in da ima negativen vpliv na tehnični razvoj, na škodo potrošnikov (uvodne navedbe od 693 do 708). Komisija je ob upoštevanju teh izjemnih okoliščin menila, da argumenti družbe Microsoft ne zadostujejo za objektivno utemeljitev zavrnitve razkritja informacij o interoperabilnosti, bodisi da gre za spodbujanje družbe Microsoft k inoviranju (uvodne navedbe od 709 do 763) bodisi za odsotnost njenega interesa za omejevanje konkurence (uvodne navedbe od 764 do 778).
- 204 V obravnavani zadevi je treba pogoj *fumus boni juris* šteti za izpolnjen ob upoštevanju načelnih vprašanj, ki jih obravnavana zadeva postavlja, in poglobljene presoje, ki jo zahtevajo nekateri razlogi in argumenti. Gre v bistvu za vprašanje, ali so okoliščine, ki jih upoštevala Komisija, dejansko pravilne, pravno pa utemeljujejo zaključek, da obstajajo izjemne okoliščine, ki utemeljujejo naložitev razkritja pomembnih informacij, varovanih s pravicami intelektualne lastnine.
- 205 Načelna vprašanja zadevajo pogoje, pod katerimi je Komisija utemeljila to, da predstavlja zavrnitev razkritja informacij zlorabo prevladujočega položaja, prepovedano po členu 82 ES.
- 206 Prvič, v obravnavani zadevi se postavlja vprašanje, ali so pogoji, ki jih je postavilo Sodišče v zgoraj v točki 99 navedeni sodbi IMS Health, potrebni ali samo zadostni. Komisija namreč v Odločbi navaja, da je treba obstoj izjemnih okoliščin presojati od

primera do primera in da torej brez poglobljene analize vsakega primera ni mogoče izključiti, da ima lahko neka zavrnitev značaj zlorabe, še posebej če pogoji, ki jih je do sedaj postavljalo sodišče Skupnosti, ne bi bili izpolnjeni. Družba Microsoft pa nasprotno v predlogu navaja, da je mogoče to, da ima zavrnitev razkritja značaj zlorabe, ugotoviti le, če so s strani sodišča Skupnosti postavljeni pogoji izpolnjeni. Jasno je, da na to vprašanje ni mogoče odgovoriti v fazi postopka za izdajo začasne odredbe. Vendar pa je treba kljub temu opozoriti na to, da je Sodišče glede na besedilo točke 38 sodbe IMS Health razsodilo, da za to, da „bi zavrnitev nekega podjetja, imetnika avtorske pravice, da omogoči dostop do proizvodov ali storitev, nepogrešljivih za izvajanje določene dejavnosti, lahko kvalificirali kot tako, ki ima značaj zlorabe“, „zadostuje“, „da taka zavrnitev ovira pojavljanje novih proizvodov, za katere obstaja potencialno povpraševanje potrošnikov, da ni utemeljena in da lahko izključi vsakršno konkurenco na izvedenem trgu“.

207 Drugič, v obravnavani zadevi se postavlja vprašanje, ali je treba, kadar gre za izvajanje neke pravice intelektualne lastnine, upoštevati značaj varovanih informacij. Družba Microsoft namreč navaja, da ga Odločba sili v to, da konkurentom razkrije tehnologijo, ki je tajna in velike vrednosti ter je zato bistveno različna od zadevnih informacij iz zadev, v katerih sta bili izdani zgoraj v točki 99 navedeni sodbi Magill in IMS Health. Tako naj bi bili pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za to, da se lahko neko zavrnitev razkritja informacij šteje za zlorabo prevladujočega položaja, toliko strožji, ker gre za informacije velike vrednosti. Komisija meni, da sodišče Skupnosti pri obravnavi ni nikoli upoštevalo „vrednosti“ neke pravice intelektualne lastnine. Glede tega sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ugotavlja, da se specifikacije komunikacijskih protokolov, ki so bile do sedaj tajne ter katerih pripravo in razkritje nalaga Odločba, očitno bistveno razlikujejo od zadevnih informacij iz zadev, v katerih sta bili izdani zgoraj v točki 99 navedeni sodbi Magill in IMS Health. V teh dveh zadevah so bile zadevne informacije v sektorju v glavnem znane: televizijski programi so bili vsak teden brezplačno poslani časopisom, zemljevid Nemčije pa je bil dejansko sektorski standard za predstavitev prodajnih rezultatov. Vendar pa je na vprašanje, ali – in pri pritrdilnem odgovoru – v kolikšni meri je treba razlikovati med tem, ali so informacije znane ali tajne, v tej fazi še toliko manj mogoče odgovoriti, saj je treba širše upoštevati spremenljivke, kot je vrednost naložbe, ki je njihova podlaga, pomen zadevnih informacij za organizacijo prevladujočega podjetja in vrednost, preneseno na konkurente pri razkritju.

- 208 V obravnavani zadevi se postavlja tudi vprašanje, ali so pogoji, ki jih je postavilo Sodišče v zgoraj v točki 99 navedeni sodbi IMS Health, izpolnjeni. Komisija ne izpodbija relevantnosti te sodbe, ki v bistvu konsolidira dotedanja stališča sodišča Skupnosti glede pogojev, pod katerimi zavrnitev podelitve licence za pravice intelektualne lastnine predstavlja zlorabo.
- 209 Spor med strankama se nanaša na nepogrešljivost zadevnih informacij, na oviro za nastanek novega proizvoda, za katerega naj bi obstajalo nezadovoljeno povpraševanje, na nevarnost odstranitve konkurence na izvedenem trgu in na objektivno utemeljenost zavrnitve. Čeprav je sodišče, ki bo odločalo o vsebini, pristojno za obravnavo spora glede vsakega od teh pogojev, pa se zdi sodniku, ki odloča o začasni odredbi, vseeno potrebno opredeliti vire spora med strankama, ki se mu zdijo dovolj resni za vzpostavitev *fumus boni juris*. V zvezi s tem bo poudarek zlasti na dveh posebnih vidikih.
- 210 Prvič, glede nepogrešljivosti informacij o interoperabilnosti je treba ugotoviti, da je to vprašanje obravnavano v uvodnih navedbah od 666 do 687 Odločbe.
- 211 Družba Microsoft v zvezi s tem navaja več metod za zagotavljanje zadostne interoperabilnosti med operacijskimi sistemi različnih ponudnikov.
- 212 Navedena argumentacija poudarja spor med strankama glede ravni zahtevane interoperabilnosti. Kot je navedeno v uvodnih navedbah od 743 do 763 Odločbe, so namreč informacije, ki jih je treba razkriti v skladu z ukrepom za odpravo kršitve, „informacije, ki so potrebne za interoperabilnost“ v smislu člena 6 Direktive 91/250 o dekompilaciji. Družba Microsoft meni, da je dekompilacija iz člena 6 Direktive 91/250 dovoljena le, če so vmesniki nepogrešljivi za zagotavljanje delovanja nekega

neodvisno razvitega programa, in da v obravnavani zadevi specifikacije njegovih komunikacijskih protokolov niso potrebne za zagotavljanje delovanja nekega neodvisno razvitega operacijskega sistema za strežnike delovnih skupin. Zaključuje, da informacij, katerih razkritje je zavrnil, ni mogoče šteti za informacije o interoperabilnosti.

- 213 Direktiva 91/250 v uvodnih navedbah opredeljuje interoperabilnost kot „zmožnost izmenjati informacije in vzajemno uporabiti informacije, ki so bile izmenjane“. Ista direktiva v uvodni navedbi 27 poudarja, da njene določbe ne vplivajo na uporabo pravil o konkurenci po členu 82 ES, „če ponudnik s prevladujočim tržnim položajem odkloni dati razpoložljive informacije, ki so potrebne za interoperabilnost, kot je opredeljena v tej direktivi“. Vendar pa vprašanje, ali so zahtevane informacije v obravnavani zadevi dejansko potrebne za interoperabilnost, kot jo opredeljuje Direktiva 91/250, zahteva poglobljeno presojo dejanskega stanja v okviru veljavne zakonodaje, ki jo lahko opravi le sodišče, ki bo odločalo o vsebini zadeve.
- 214 Drugič, glede objektivne utemeljenost zavrnitve meni družba Microsoft, da se je legitimno sklicevala na pravice intelektualne lastnine in da je legitimno zavrnila podelitev licenc za svojo tehnologijo konkurenčnim ponudnikom operacijskih sistemov za strežnike. Družba Microsoft je v odgovor na vprašanje sodnika, ki odloča o začasni odredbi, navedla tudi, da so informacije, ki jih je zahtevala družba Sun Microsystems, zadevale tehnologijo, ki je bila v fazi razvoja.
- 215 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, je zaradi razumevanja dosega argumentacije družbe Microsoft to zaslišal med obravnavo. Izkazalo se je, da po mnenju družbe Microsoft ni mogoče izključiti, da bi lahko bila zavrnitev objektivno utemeljena s pravicami intelektualne lastnine, ki jima ima družba Microsoft glede informacij,

zahtevanih s strani družbe Sun Microsystems, ali z drugimi besedami, da je utemeljitev zavrnitve v potrebi, da se informacije ne razkrijejo zato, ker so pravno varovane in velike vrednosti.

- 216 To argumentacijo je mogoče razumeti tako, da je družba Microsoft imela pravico zavrniti razkritje pravno varovanih informacij kljub obstoju izjemnih okoliščin.
- 217 Argumentacija družbe Microsoft tako na eni strani pomeni, da ob neobstoju ustreznih dokazanih izjemnih okoliščin izvajanje pravic imetnika pravic intelektualne lastnine ne more biti ravnanje, ki pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES. Glede na to, da je ta argumentacija zelo povezana z vprašanjem, ali je Komisija v obravnavani zadevi dokazala obstoj „izjemnih okoliščin“, je ni mogoče obravnavati ločeno od tega (glej zgoraj navedeno točko 206).
- 218 Na drugi strani pa argumentacija družbe Microsoft pomeni tudi, da čeprav bi Komisija dokazala obstoj izjemnih okoliščin, bi bila njena zavrnitev posredovanja zadevnih informacij utemeljena s potrebo po varovanju informacij velike vrednosti, ki jih zajemajo pravice intelektualne lastnine.
- 219 Ta zadnja argumentacija, ki jo je družba Microsoft razvila med upravnim postopkom, kot izhaja iz uvodne navedbe 709 Odločbe, je Komisija v Odločbi zavrnila (uvodne navedbe od 710 do 712) in v zvezi s tem zaključila, da v zvezi z identificiranimi izjemnimi okoliščinami „samo dejstvo, da zavrnitev družbe Microsoft predstavlja zavrnitev podelitve licence za intelektualno lastnino, ne pomeni objektivne utemeljitve zavrnitve“ (uvodna navedba 712). Komisija je nato preučila druge argumente družbe Microsoft, s katerimi je ta želela dokazati, da bi bila lahko zavrnitev razkritja zadevnih informacij utemeljena s potrebo po varovanju

njene spodbude za inoviranje. Komisija je zaključila, da ne, potem ko je zavrnila argumente družbe Microsoft v zvezi z bojaznijo „kloniranja“ njenih proizvodov (uvodne navedbe od 713 do 729), pojasnila je, da je razkrivanje informacij o interoperabilnosti razširjena praksa v zadevni industriji (uvodne navedbe od 730 do 735), prav tako pa tudi navedla, da zaveza IBM v razmerju do Komisije leta 1984 ni bila bistveno drugačna od obveznosti družbe Microsoft iz Odločbe (uvodne navedbe od 736 do 742) in da je njen pristop skladen z Direktivo 91/250.

220 Ostaja pa dejstvo, da argumentacije družbe Microsoft, razumljene na način, da se z njo želi izpodbijati zakonitost Komisijine presoje v zvezi z neobstojem objektivne utemeljitve zavrnitve, glede na posebne okoliščine obravnavane zadeve ni mogoče v izhodišču zavreči kot neutemeljene.

221 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da pravice intelektualne lastnine, na katere se sklicuje družba Microsoft, niso bile razglašene za veljavne s strani nekega nacionalnega sodišča in da se zato obravnavana okoliščina razlikuje od tiste, ki je bila podlaga za zgoraj v točki 99 navedeni sodbi Magill in IMS Health. Kljub temu pa je treba ugotoviti, da Komisija ni izključila obstoja pravic intelektualne lastnine in jih je, kakor koli, upoštevala v okviru svoje analize utemeljenosti zadevne zavrnitve.

222 Osrednje vprašanje je torej, ali je Komisija upravičeno zaključila, da potreba po varovanju domnevne vrednosti informacij, ki jih domnevno zajemajo pravice intelektualne lastnine, ne zadostuje za to, da bi se lahko zavrnitev posredovanja teh informacij štela za objektivno utemeljeno.

- 223 Komisija je v ta namen ocenila, ali ugotovitve družbe Microsoft kljub identificiranim izjemnim okoliščinam onemogočajo sprejetje ukrepa za odpravo kršitev. To izhaja zlasti iz uvodne navedbe 783 Odločbe, ki določa:

„Glavna objektivna utemeljitev, ki jo je navedla družba Microsoft, se nanaša na pravice intelektualne lastnine, ki jih ima v zvezi z windowsi. Vendar pa poglobljena analiza dosega zadevnih razkritij omogoča zaključek, da v končni fazi pozitivni učinki na raven inovacij v celotnem sektorju (vključno z družbo Microsoft) prevladajo nad morebitnim negativnim vplivom, ki bi ga obveznost posredovanja zadevnih informacij lahko imela na spodbudo družbe Microsoft za inoviranje. Tako potreba po ohranitvi spodbud družbe Microsoft za inoviranje ne more predstavljati objektivne utemeljitve, ki bi izravnala zgoraj identificirane izjemne okoliščine. [...]“

- 224 Vendar pa je v pristojnosti sodišča, ki bo odločalo o vsebini, da presodi, ali je bila narejena očitna napaka pri oceni vpletenih interesov, zlasti glede varovanja uveljavljenih pravic intelektualne lastnine in zahtev svobodne konkurence iz Pogodbe ES.

- 225 Skladno s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da argumente družbe Microsoft glede vprašanj, ki se postavljajo v obravnavani zadevi, v okviru postopka za izdajo začasne odredbe ni mogoče šteti za očitno neutemeljene, zato je pogoj *fumus boni juris* izpolnjen.

2. Nujnost

- 226 Za presojo, ali je treba nujno odložiti izvršitev člena 5, od (a) do (c), Odločbe, je treba najprej pojasniti nekaj predhodnih ugotovitev.

a) Predhodne ugotovitve

- 227 Predhodne ugotovitve zadevajo, prvič, vsebino ukrepa za odpravo kršitev in, drugič, obseg domnevne škode.
- 228 Glede vsebine ukrepa za odpravo kršitve je treba opozoriti na to, da mora v skladu s členom 5(a) Odločbe družba Microsoft „vsem podjetjem, ki želijo razvijati in distribuirati operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin“ razkriti „informacije o interoperabilnosti“ ter ta podjetja pod „razumnimi in nediskriminatornimi pogoji“ pooblastiti za uporabo teh informacij za „razvoj in distribucijo operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin“. S tako oblikovanim ukrepom za odpravo kršitev se želi družbi Microsoft naložiti razkritje tistega, česar zavrnitev razkritja na način, ki pomeni zlorabo, mu očita Komisija, (glej tudi člen 2(a) in uvodno navedbo 998 Odločbe).
- 229 Sicer pa – kot izhaja iz uvodnih navedb 999 in 1004 Odločbe – zadevni ukrep za odpravo kršitev družbi Microsoft ne nalaga razkritja izvirnih kod, ta pa tega v tem postopku za izdajo začasne odredbe tudi ne izpodbija.
- 230 Po členu 1(1) Odločbe so informacije, ki jih mora družba Microsoft razkriti „izčrpne in pravilne specifikacije o vseh protokolih, izvedenih v operacijskem sistemu Windows za strežnike delovnih skupin, ki jih strežniki delovnih skupin Windows uporabljajo za to, da omrežju Windows zagotavljajo storitve skupnega dostopa do datotek in tiskanja ter upravljanja z uporabniki in skupinami uporabnikov, vključno s storitvami krmilnika domene Windows, storitvijo imenika Active Directory in storitvijo Group Policy“. V uvodni navedbi 999 Odločbe je pojasnjeno, da „to vključuje tako neposredno medsebojno povezavo in interakcijo med strežnikom

delovne skupine Windows in odjemalskim osebnim računalnikom Windows, kot tudi medsebojno povezanost in interakcijo med strežnikom delovne skupine Windows in odjemalskim osebnim računalnikom Windows, ki je posredna in gre prek enega ali več drugih strežnikov delovne skupine Windows.“

- 231 Cilj Komisije je po Odločbi „zagotoviti, da bi lahko konkurenti družbe Microsoft razvili proizvode, [združljive] z arhitekturo domene Windows, ki je [izvirno] integrirana v prevladujoči proizvod, ki je operacijski sistem Windows za odjemalske osebne računalnike, in bi torej lahko konkurirali proizvodom družbe Microsoft za operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin“ (uvodna navedba 1003, glej tudi uvodne navedbe od 181 do 184).
- 232 Končno, stranki se strinjata, da pooblastilo za uporabo specifikacij iz člena 5(a) Odločbe pomeni, da lahko konkurenti družbe Microsoft izvedejo specifikacije, ki podrobno opisujejo, kaj se pričakuje od posameznega dela programske opreme. Nasprotno pa se stranki ne strinjata o času, ki je potreben za izvedbo specifikacij, to je za njihov prepis v kodo.
- 233 Glede obsega domnevne škode je treba opozoriti na to, da Odločba družbi Microsoft nalaga, naj razkrije specifikacije protokolov od odjemalca do strežnika in od strežnik do strežnika.
- 234 Družba Microsoft je v predlogu za izdajo začasne odredbe poudarjala razliko med Odločbo in ameriško poravnavo, in sicer naj bi ameriška poravnava jemalca licence pooblašala za uporabo njenih komunikacijskih protokolov od odjemalca do strežnika le zato, da se zagotovi interoperabilnost z operacijskimi sistemi Windows za odjemalske osebne računalnike, medtem ko ji Odločba nalaga podelitev licenc za te protokole za uporabo v operacijskih sistemih za strežnike za delovne skupine, ki

zagotavljajo storitve za datoteke in tiskanje ter storitve upravljanja z uporabniki in skupinami v katerem koli operacijskem sistemu Windows za odjemalske osebne računalnike ali za strežnike. Razliko med ameriško poravnavo in Odločbo je Komisija opisala v uvodnih navedbah od 688 do 691.

- 235 Družba Microsoft je v odgovoru na pisno vprašanje sodnika, ki odloča o začasni odredbi, v zvezi s protokoli od odjemalca do strežnik pojasnila, da sta si ameriška poravnava in Odločba podobni glede tega, da obe družbo Microsoft zavezujeta k razvoju specifikacij, ki bi opisale nekatere od njenih protokolov, k temu, da specifikacije posreduje svojim konkurentom, in k temu, da konkurentom omogoči uporabo specifikacij zato, da bi v svojih proizvodih izvedli protokole, ki jih je družba Microsoft ustvarila za uporabo v svojih operacijskih sistemih Windows.
- 236 Družba Microsoft je med obravnavo navajala, da bo ameriški licenčni program trajal do novembra 2009 in da podeljene licence zajemajo ves svet. Iz tega je zaključila, da takojšnja izvršitev obveznosti razkritja specifikacij protokolov od odjemalca do strežnika ni potrebna, saj ameriška poravnava omogoča doseganje enakega rezultata do dneva, ko bi Sodišče prve stopnje razsodilo o vsebini spora.
- 237 V zvezi s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, opozarja, da je odločba izvršljiva takoj in da se odlog njene izvršitve lahko odredi le pod pogoji iz Pogodbe ES, Statuta Sodišča in Poslovnika Sodišča prve stopnje. Takojšnja izvršljivost odločbe torej nikakor ni odvisna od potrebnosti njene izvršitve.
- 238 Kljub temu pa se bo prej navedene argumente upoštevalo v okviru presoje nujnosti odreditve odložitve izvršitve obveznosti razkritja specifikacij protokolov od odjemalca do strežnik.

239 Zaradi te argumentacije, ki jo je družba Microsoft predstavila na obravnavi, je treba ločeno presoditi pogoj v zvezi z nujnostjo glede na to, ali ji Odločba nalaga razkritje specifikacij komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika na eni strani in komunikacijskih protokolov od odjemalca do strežnika na drugi.

b) Velika in nepopravljiva škoda, povzročena z obveznostjo razkritja specifikacij protokolov od strežnik do strežnika

240 Po ustaljeni sodni praksi je treba nujnost nekega predloga za izdajo začasne odredbe presoditi v povezavi s potrebo po začasni odredbi zaradi preprečitve nastanka velike in nepopravljive škode stranki, ki predlaga izdajo začasne odredbe (sklep predsednika Sodišča z dne 6. februarja 1986 v zadevi Deufil proti Komisiji, 310/85 R, Recueil, str. 537, točka 15, in sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 30. junija 1999 v zadevi Pfizer Animal Health proti Svetu, T-13/99 R, Recueil, str. II-1961, točka 134). Ta pa mora predložiti dokaz za to, da ne more čakati na konec postopka v glavni stvari, ne da bi ji pri tem nastala taka škoda (sklep predsednika Sodišča z dne 8. maja 1991 v zadevi Belgija proti Komisiji, C-356/90 R, Recueil, str. I-2423, točka 23, ter sklepa predsednika Sodišča prve stopnje z dne 30. aprila 1999 v zadevi Emesa Sugar proti Komisiji, T-44/98 R II, Recueil, str. II-1427, točka 128, in z dne 15. novembra 2001 v zadevi Duales System Deutschland proti Komisiji, T-151/01 R, Recueil, str. II-3295, točka 187).

241 Domnevna škoda mora biti gotova ali vsaj zadostno verjetna, pri tem da mora predlagatelj dokazati dejstva, ki utemeljujejo domnevno škodo (sklep Sodišča z dne 29. junija 1993 v zadevi Nemčija proti Svetu, C-280/93 R, Recueil, str. I-3667, ter sklep predsednika Sodišča z dne 14. decembra 1999 v zadevi HFB in drugi proti Komisiji, C-335/99 P(R), Recueil, str. I-8705, točka 67).

242 Družba Microsoft v obravnavani zadevi navaja, da bi izvršitev Odločbe škodovala njenim pravicam intelektualne lastnine in njeni svobodni gospodarski pobudi ter sposobnosti razvoja svojih proizvodov. Navaja tudi, da bo izvršitev Odločbe nepovratno spremenila pogoje na trgu.

243 Vsak od navedenih škodnih elementov se bo obravnaval ločeno.

1) Kršitev pravic intelektualne lastnine

244 Družba Microsoft navaja, da jo bo izvršitev Odločbe prisilila podeliti konkurentom licence za informacije velike vrednosti, ki so varovane s pravicami intelektualne lastnine.

245 Treba je torej presoditi, ali je družba Microsoft konkretno dokazala, na kakšen način so učinki Odločbe veliki in nepopravljivi. V ta namen je treba ločiti vprašanje, ali je razkritje informacij o interoperabilnosti samo po sebi velika in nepopravljiva škoda za družbo Microsoft, ter vprašanje, ali ima uporaba teh informacij s strani njenih konkurentov velike in nepopravljive posledice.

i) Razkritje informacij o interoperabilnosti

246 Informacije, katerih razkritje se nalaga družbi Microsoft, naj bi bile domnevno varovane s pravicami intelektualne lastnine in bile velike vrednosti. Ob upoštevanju

argumentacije družbe Microsoft je treba zaporedoma presoditi, ali predstavljata, prvič, kršitev izključnih pravic imetnika neke pravice intelektualne lastnine in, drugič, obveznost razkriti informacije, veliko in nepopravljivo škodo.

247 Družba Microsoft, prvič, navaja da Odločba s tem, ko jo obvezuje podeliti licence konkurentom, krši pravice intelektualne lastnine, ki jih ima v zvezi z informacijami, ki naj bi se razkrile.

248 Ne da bi bilo treba v obravnavani zadevi zavzeti stališče do obstoja pravic intelektualne lastnine niti posledično do vprašanja, ali bi izvršitev Odločbe družbo Microsoft dejansko prisilila v podelitev licenc, ki zadevajo njeno avtorsko pravico ali patente, je jasno, da če bi šlo za te pravice, bi prisilitev nekega podjetja v podelitev licenc, ki zadevajo njegove pravice intelektualne lastnine, sama po sebi predstavljala bistveno kršitev izključnih pravic, ki iz njih izhajajo za to podjetje.

249 Dejstvo ostaja, da je ta kršitev nujna posledica načel iz zgoraj v točki 99 navedene sodbe IMS Health, saj je presoja sodišča Skupnosti vključevala še posebej tehtanje varstva, ki jo imetniku zagotavljajo njegove pravice intelektualne lastnine, in zahtev svobodne konkurence iz Pogodbe ES. Če torej Komisija meni, da zaradi izjemnih okoliščin zahteve svobodne konkurence zahtevajo, da se nekemu podjetju v prevladujočem položaju naloži podeliti licence, ki zadevajo njegove pravice intelektualne lastnine, iz tega nujno izhaja kršitev pravic imetnika teh pravic. V obravnavani zadevi pomeni dejstvo – ob predpostavki, da so specifikacije komunikacijskih protokolov, ko so enkrat napisane, avtorskoppravno varovane –, da je bilo družbi Microsoft naloženo razkriti specifikacije konkurentom, kršitev izključnih pravic, ki jih ima avtor. Podobno – ob predpostavki, da so določeni

protokoli varovani s patenti in da je njihova uporaba neizogibna za podjetja iz člena 5 Odločbe – dejstvo, da družba Microsoft ne more uporabljati svojih patentov kot jih želi, pomeni kršitev pravic, ki jih ima izumitelj.

- 250 Vendar pa bi stališče, da kršitev izključnih pravic imetnika pravice pomeni sama po sebi in neodvisno od okoliščin, ki so značilne za vsak posamičen primer, veliko in nepopravljivo škodo, pomenilo da je pogoj nujnosti podan vedno, kadar je akt, katerega odlog se predlaga, tak, kot ga predvideva zgoraj v točki 99 navedena sodba IMS Health.
- 251 V takih okoliščinah je treba torej presoditi, ali je glede na okoliščine zadeve vpliv na pravice intelektualne lastnine do odločitve o vsebini spora tak, da lahko poleg posega v izključne pravice imetnika zadevnih pravic povzroči veliko in nepopravljivo škodo (v tem smislu glej sklep predsednika Sodišča z dne 11. maja 1989 v zadevi RTE in drugi proti Komisiji, 76/89 R, 77/89 R in 91/89 R, Recueil, str. 1141, točka 18, in zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji, točke 126 do 131).
- 252 Drugič, družba Microsoft navaja, da je vzrok za škodo v dejstvu, da so predmet zadevnega razkritja zaupne informacije velike vrednosti.
- 253 V zvezi s tem je treba najprej ugotoviti, da ni sporno, da ko se pridobi neko prej zaupno informacijo – ali zaradi obstoja pravice intelektualne lastnine na njej ali ker predstavlja poslovno skrivnost –, se to informacijo lahko obdrži. Morebitna razglasitev ničnosti Odločbe ne bi omogočala izbrisa poznavanja te informacije iz spomina, odškodnino pa bi bilo težavno pridobiti, ker bi bilo težko v številkah oceniti vrednost prenosa znanja. Družba Microsoft pa kljub temu ne pojasni, kakšna

nepopravljiva škoda bi ji nastala, če bi tretji le poznali podatke, ki jih je razkrila, v nasprotju z razvojem dogodkov, ki bi izhajali iz uporabe tega znanja.

254 Nadalje, ugotoviti je, da razkritje neke prej zaupne informacije ne pomeni nujno tudi nastanka velike škode.

255 Družba Microsoft pa v obravnavani zadevi kljub temu v bistvu navaja, da imajo informacije o interoperabilnosti posebno vrednost. Ta vrednost naj bi izhajala, najprej iz dejstva, da so komunikacijski protokoli rezultat velikih in dragih prizadevanj, ter iz dejstva, da se tudi precej komercialno uporabljajo. Družba Microsoft dodaja, da je tudi izdelava specifikacij draga.

256 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, meni, da ob upoštevanju gradiva iz spisa dejstvo, da gre za veliko škodo, ni dokazano. Zlasti nedoločna navedba, da naj bi komunikacijski protokoli družbo Microsoft „stali desetine milijonov [ameriških] dolarjev“, čeprav bi bila utemeljena, ni z ničemer dokazana. Poleg tega je treba upoštevati dejstvo, da bodo ti stroški delno poplačani z licenčinami, ki jih bo družba Microsoft lahko zahtevala za uporabo svojih protokolov po licencah, ki jih bo podelila zaradi izvrševanja Odločbe.

257 Kakor koli pa domnevne finančne škode iz prejšnje točke ni mogoče šteti za veliko ob upoštevanju finančne moči družbe Microsoft, katere realizirani promet v ameriškem fiskalnem obdobju julij 2002–junij 2003 je po uvodni navedbi 1 Odločbe znašal 30.701 milijonov evrov (v tem smislu glej sklep Sodišča z dne 23. maja 1990 v

zadevi Comos-Tank in drugi proti Komisiji, C-51/90 R in C-59/90 R, Recueil, str. I-2167, točka 26).

258 Po mnenju družbe Microsoft naj bi bila, nadalje, vrednost zadevnih informacij v tem, da specifikacije komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika vsebujejo številne pomembne informacije o delovanju imenika „Active Directory“ v operacijskem sistemu Windows. Njegovi komunikacijski protokoli od strežnika do strežnika naj ne bi bili le vmesniki brez povezave z izvedbo funkcij prek teh vmesnikov, ki je njihova podlaga. Zato naj bi razkritje protokolov konkurentom pomenilo, da bi se jim preneslo precejšnje količino informacij o načinu, na katerega se te funkcije zagotavljajo (priloga R.2; priloga T.7; priloga U.1, Madnick in Meyer „Odgovor na dokument g. Alepina“, priložen k vlogi združenja CCIA in stališčem ustanove FSF-Europe, ter priloga U.2).

259 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, najprej ugotavlja, da družba Microsoft v pisanih navaja, da naj bi bila prisiljena razkriti informacije o notranji strukturi ali inovativnih vidikih svojih proizvodov, vendar pa se konkretni primeri nanašajo izključno na replikacijske protokole Active Directoryja, drugič pa, da ta navedba temelji na analizah g. Madnicka in g. Meyerja ter g. Campbell-Kellyja.

260 V zvezi s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, meni, da navedb družbe Microsoft ni mogoče šteti za zadostno pravno dokazane.

261 Navedba družbe Microsoft, po kateri bodo informacije, ki bi jih morala razkriti, razkrile način delovanja njenih proizvodov, je ponazorjena le s primerom imenika Active Directory, ki ga Odločba opredeljuje kot storitev imenika, vključeno v Windows 2000 Server (uvodna navedba 149). Družba Microsoft je v stališčih o vlogah za vstop v postopek ponovno poudaril, da „bodo specifikacije konkurentne veliko naučile o načinu delovanja pomembnih komponent operacijskih sistemov

Windows za strežnike, kot je Active Directory“. Na vprašanje sodnika, ki odloča o začasni odredbi, ali bi specifikacije razkrile elemente v zvezi s drugimi komponentami operacijskih sistemov Windows za strežnike razen imenika Active Directory, med obravnavo prav tako ni bilo jasnega in prepričljivega odgovora. V zvezi s tem je eden od strokovnjakov družbe Microsoft navedel, da „mislí“, da bi se razkrila tudi pravila o upravljanju z imenikom.

262 Navedbe strokovnjakov družbe Microsoft in primeri v zvezi z imenikom Active Directory, na katere se ti sklicujejo, temeljijo na analizah (glej zgoraj navedeno točko 116), ki so jih Komisija in intervenienti, ki podpirajo njene zahteve, močno kritizirali. Te stranke so izpodbijale domneve iz teh analiz, zlasti pa, da so protokoli, uporabljeni za zagotavljanje komunikacije med dvema kopijama istega operacijskega sistema, in metoda replikacije „tesno povezani“. Ugovori Komisije – ti temeljijo na dokumentaciji strokovnjakov ustanove FSF-Europe, pred umikom pa tudi združenje CCIA in družba Novella (priloga S.2 in priloga U.1 k „Poročilu OTR z dne 10. septembra 2004“) – v bistvu zadevajo nedoločnost in hipotetičnost prikaza v Madnickovi in Meyerjevi študiji ter teorije v tej študiji, ki so v nasprotju z prakso družbe Microsoft. G. Alepin v prilogi 3 k vlogi za vstop v postopek CCIA navaja, da pravilno zapisane specifikacije protokolov povedo malo ali nič o notranji strukturi, algoritmih in drugih inovativnih vidikih operacijskih sistemov.

263 Glede na te ugovore in ob neobstoju drugih natančnejših gradiv s strani družbe Microsoft ni mogoče šteti za dokazane domneve, po katerih bodo specifikacije razkrile več, kot je potrebno za zagotavljanje interoperabilnosti, ki jo želi doseči Komisija.

264 Podobno brez zadostnih objektivnih dokazov v ta namen ni mogoče – kot je v odgovoru na eno od pisnih vprašanj navajala Komisija – preizkusiti navedb družbe Microsoft o tem, da bi bilo treba v skladu z ukrepom za odpravo kršitev iz Odločbe razkriti edini kompresijski algoritem, ki ga uporablja imenik Active Directory.

265 V zvezi s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, meni, da je družba Microsoft imela možnost in pravico Komisiji, in to samo Komisiji, predložiti tehnično dokumentacijo, ki bi ji omogočila presojo o natančnosti specifikacij in o tveganjih za razkritje informacij, ki nujno zajemajo več kot le interoperabilnost, ki jo želi doseči Komisija. Družba Microsoft pa tega med upravnim postopkom kljub temu ni storila. Podobno bi družba Microsoft po sprejetju Odločbe lahko pojasnila razloge, zaradi katerih ni bilo mogoče predvideti učinkovitih zaščitnih ukrepov za preprečitev te težave. Komisija je na obravnavi še posebej navedla, da je družba Microsoft 30. julija 2004 pozvala, naj ji sporoči specifikacije za presojo, vendar ji te nikoli niso bile posredovane, česar družba Microsoft ne izpodbija.

ii) Uporaba informacij o interoperabilnosti

266 Družba Microsoft navaja, da bo uporaba razkritih informacij o interoperabilnosti povzročila več vrst velike in nepopravljive škode.

Domnevna razdrobitev informacij

267 Družba Microsoft navaja, da bodo razkrite informacije lahko uporabili njeni konkurenti, da obstaja nevarnost, da bodo te lahko postale del javne sfere in da njihove uporabe po razglasitvi ničnosti Odločbe ne bi bilo mogoče preveriti.

- 268 Ta argumentacija zanemarja možnost določitve pogodbenih zaščitnih ukrepov o zaupnosti in uporabi zadevnih informacij do odločitve Sodišča prve stopnje v postopku v glavni stvari, take določbe so namreč stalna praksa v sektorju. Določbe o zaupnosti, skupaj po potrebi tudi s kazenskimi določbami, se dejansko lahko zapišejo v licenčne pogodbe s podjetji, ki so zainteresirana razvijati in distribuirati družbi Microsoft konkurenčne proizvode, v smislu člena 5 (a) Odločbe.
- 269 Komisija je v zvezi s tem navajala, da bi lahko družba Microsoft zahtevala razumne pogodbene zaščitne ukrepe za razkritje, tako da konkurentom razkrite informacije ne bodo več mogle biti uporabljene, če bi bila Odločba razglašena za nično. Licenčne pogodbe, sklenjene v okviru programa MCP, in pogodbe o prenosu tehnologije lahko v zvezi s tem predstavljajo zgled.
- 270 V tem kontekstu je treba opozoriti na to, da je družba Microsoft sam v predlogu za izdajo začasne odredbe navajala, da je bilo razkritje poslovnih skrivnosti njenim sopogodbenikom pogojeno s tem, da so ti spoštovali obvezo zaupnosti (glej zgoraj navedeno točko 125).
- 271 K temu je treba dodati, da se je družba Microsoft v pogodbi z družbo Sun Microsystems zavezala, da bo posredovala specifikacije svojih komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika. Vendar pa družba Microsoft ni pojasnila razlogov, zakaj identični pogodbeni zaščitni ukrepi, kot so tisti iz navedene pogodbe, ne bi omogočali zagotavljanja tega, da zaradi izvršitve Odločbe razkrite informacije ne bi postale javne. Poleg tega pa je, kot izhaja iz uvodne navedbe 211 Odločbe, „družba Microsoft v devetdesetih letih sklenila licenčno pogodbo z družbo AT&T o razkritju določenih elementov izvirne kode Windows“. Družba Microsoft ni pojasnila, zakaj pri razkritju specifikacij iz člena 5 Odločbe ne bi mogla uporabiti enakih pogodbenih zaščitnih ukrepov, kot so tisti, ki so prav gotovo bili v pogodbi z družbo AT&T.

272 Možnost ustreznih zaščitnih ukrepov je odgovor tudi na bojazen družbe Microsoft, da se bo razkrito znanje razširilo tako zelo, da bo postalo del javne sfere. Poleg tega, da sklenitev licenčnih pogodb nikakor ne pomeni, da postanejo zadevni podatki pravno del javne sfere, vsaj glede pravic intelektualne lastnine, pa nastanek s strani družbe Microsoft domnevane škode predpostavlja kršitev pogodbenih zavez s strani tretjih, česar pa ni mogoče predpostavljati (v tem smislu glej sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 15. julija 1998 v zadevi Prayon-Rupel proti Komisiji, T-73/98 R, Recueil, str. II-2769, točka 41).

273 Glede dejstva, da se uporabe informacij po razglasitvi ničnosti Odločbe ne bo dalo preveriti, družba Microsoft navaja, da je poenostavljeno misliti, da bi bilo mogoče uporabo specifikacij komunikacijskih protokolov pri razglasitvi ničnosti Odločbe takoj odkriti zaradi vzdrževanja interoperabilnosti konkurenčnih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin in operacijskih sistemov Windows za strežnike. Kljub temu pa je družba Microsoft v stališčih o vlogah za vstop v postopek navedla, da „brez dostopa do izvirne kode konkurenčnih proizvodov“ ne more vedeti, v kakšni meri konkurenti uporabljajo znanje, ki so ga pridobili zaradi dostopa do specifikacij komunikacijskih protokolov družbe Microsoft. Iz te argumentacije izhaja, da družba Microsoft ocenjuje, da je mogoče določiti, v kakšni meri konkurenti uporabljajo znanje, ki so ga pridobili po zaslugi specifikacij komunikacijskih protokolov, in sicer prek dostopa do izvirne kode njihovih proizvodov, pri morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe. V licenčnih pogodbah, ki jih je treba skleniti s podjetji iz člena 5 Odločbe, bi bilo povsem mogoče predvideti možnost dostopa neodvisnega strokovnjaka – imenovanega v dogovoru med sopolgodbeniki, ali če takega dogovora ni, s strani Komisije – do izvirne kode družbi Microsoft konkurenčnih proizvodov za tako preverbo. Poleg tega lahko družba Microsoft v teh licenčnih pogodbah določi tudi denarne sankcije, ki bi pri razglasitvi ničnosti Odločbe preprečevale, da bi konkurenti tržili proizvode, ki vsebujejo informacije o interoperabilnosti. Take pogodbene določbe o načinih preverjanja in sankcijah pri kršitvah dogovorjenih obveznosti o neuporabi informacij po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe je treba šteti za zadostne zato, da se prepreči nastanek nepopravljive škode.

- 274 Zaradi popolnosti je treba ugotoviti, da presojo iz prejšnje točke potrjuje dejstvo, da je družba Novell na obravnavi izjavila, da je pripravljena dovoliti dostop do izvirne kode svojih proizvodov, po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe, in sicer zaradi preverbe, da ne uporablja informacij o interoperabilnosti. Družba Microsoft na to ni odgovorila.

Argument, po katerem bodo proizvodi ostali v distribucijskih kanalih

- 275 Družba Microsoft navaja, da bo Odločba trajno škodovala njenim pravicam intelektualne lastnine – natančneje njeni pravici do izkoriščanja patentov –, saj bodo pri morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe proizvodi, ki vsebujejo njeno tehnologijo, ostali v distribucijskih kanalih in v rokah strank.
- 276 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, meni, da družba Microsoft ni dokazala, da bi te okoliščine predstavljale veliko in nepopravljivo škodo.
- 277 Prvič, ni znano, kdaj bodo konkurenčni proizvodi, ki bodo izvedli specifikacije, dani na trg. V zvezi s tem ni sporno, da bodo morala podjetja, ki bodo pridobila informacije, najprej izvesti specifikacije, potem pa dati na trg svoje proizvode. Predstavniki družbe Microsoft je na obravnavi dejal, da naj bi bile specifikacije komunikacijskih protokolov pripravljene v roku treh do štirih tednov.
- 278 Celotno obdobje od dneva prejema specifikacij do dajanja proizvodov na trg je Komisija v Odločbi ocenila na nekaj let (uvodne navedbe od 719 do 721 Odločbe). Komisija se je v stališčih sklicevala na „dopis Sun [Microsystems] Komisiji z dne

20. julija 2004“, katerega točka 3, ki se nanaša na specifikacije komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika, navaja naslednje:

„Sun [Microsystems] je s pomočjo skupine [precejšnjega števila] inženirjev potreboval [več kot] leto dni za dokončanje razvojnih prizadevanj in dajanje na trg delujoče različice AS/U, ki je bil razvit na podlagi informacij, pridobljenih od družbe AT&T. Sun [Microsystems] iz v nadaljevanju navedenih razlogov pričakuje, da bo za razvoj kompleksnega proizvoda na podlagi tehničnih specifikacij, zagotovljenih v okviru ‚Technical Collaboration Agreement‘ z družbo Microsoft iz aprila 2004, potrebnega še več časa.“

279 Poleg tega pa združenje CCIA v vlogi, vloženi pred umikom, navaja da „čeprav bi bile informacija razkrite jutri (in ob predpostavki, da bi bile popolne in konkretne), je jasno, da bi bilo potrebnih več let (najmanj pa dve), preden bi kateri od konkurentov družbe Microsoft lahko dal na trg neki proizvod, ki bi uporabljal te informacije“; ta navedba temelji na prilogi CCIA.R.3, v kateri g. Alepin ocenjuje, da nikakor ni realno pričakovati, da bodo popolnoma interoperabilni proizvodi tržno na voljo v dveh letih (točka 84). Združenje SIIA in pred umikom tudi družba Novell sta v pisanjih razvila enako argumentacijo.

280 Družba Microsoft je, ko je bila pozvana, naj se pisno opredeli do teh informacij glede ocene potrebnega časa za izvedbo specifikacij, v bistvu navedela, da je potreben čas za izvedbo neke specifikacije v veliki meri odvisen od virov, ki se dajo na razpolago v ta namen. Družba Microsoft je na obravnavi izjavila, da se lahko neki proizvod da na trg v roku, krajšem od treh mesecev, vendar pa te navedbe ni pojasnila oziroma ni predložila dokazov v svojo podporo in za presojo njene utemeljenosti. Tej navedbi torej ni mogoče slediti.

281 Iz zgoraj navedenega izhaja – brez poseganja v dejstvo, da bodo konkurenti družbe Microsoft potrebovali nekaj časa za prodajo proizvodov, združljivih z operacijskimi sistemi Windows za strežnike delovnih skupin –, da ni razlogov za prepričanje, da se bodo ti združljivi proizvodi tržili v bližnji prihodnosti. Zato bo učinek, glede katerega se družba Microsoft pritožuje, v vsakem primeru nastal samo v omejenem obdobju od dneva dajanja na trg zadevnih proizvodov do dneva izdaje sodbe v postopku v glavni stvari.

282 Drugič, škode, ki bi morda nastala zaradi tega, ker bodo proizvodi, ki izvajajo specifikacije protokolov družbe Microsoft, ostali v distribucijskih kanalih, ni mogoče šteti za nepopravljivo, saj je tak učinek nujno časovno omejen, ali zato, ker bodo proizvodi prodani in nameščeni v podjetjih, ki jih bodo kupila (glej v nadaljevanju navedeno točko 283), ali zato, ker bodo neprodani proizvodi postali tehnološko zastareli.

283 Tretjič, treba je ugotoviti, da družba Microsoft utemeljeno navaja, da bodo tudi pri razglasitvi ničnosti Odločbe proizvodi konkurentov ostali nameščeni v podjetjih, ki jih bodo kupila. Vendar pa tega ni mogoče šteti za vzrok velike in nepopravljive škode, saj družba Microsoft ni dokazal, kako bi prisotnost teh proizvodov v omrežjih strank precej škodovala njenim bodočim dejavnostim, hkrati pa je verjetno, da se bo tržna vrednost teh proizvodov, ki bi bili odgovor na povpraševanje strank pred izdajo sodbe v postopku v glavni stvari, pri razglasitvi ničnosti Odločbe s strani Sodišča prve stopnje hitro zmanjšala.

284 V zvezi s tem je treba pojasniti, da bi družba Microsoft po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe lahko operacijskim sistemom konkurentov preprečila združljivost z novimi različicami operacijskih sistemov Windows s spremembo svojih komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika ter tako precej in hitro zmanjšala vrednost konkurenčnih proizvodov. Tehnična zmožnost vplivati na

interoperabilnost med okoljem Windows in konkurenčnimi operacijskimi sistemi za strežnike delovnih skupin, nameščenimi v podjetjih – ki družbi Microsoft posledično omogoča izključno uživanje naknadnih izboljšav –, je bila potrjena na obravnavi, družba Microsoft pa temu ni ugovarjala.

- 285 Celo ob predpostavki, da bi se družba Microsoft odločila, da po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe ne bo spremenila komunikacijskih protokolov, ji ohranitev konkurenčnih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin v omrežjih ne bi povzročila nepopravljive škode. Družba Microsoft je na obravnavi izjavila, da bi bilo pri razglasitvi ničnosti Odločbe tehnično mogoče prekiniti interoperabilnost s konkurenčnimi operacijskimi sistemi za strežnike delovnih skupin, vendar pa si s komercialnega vidika ni mogoče predstavljati, da ne bi zagotavljali združljivosti za nazaj med starimi in novimi sistemi. Čeprav ohranjanje take združljivosti konkurenčnim operacijskim sistemom zagotavlja interoperabilnost v omrežju z novimi različicami operacijskih sistemov Windows, pa to še ne spremeni dejstva, da prejšnji sistemi tehnološko niso tako napredni kot kasnejši in da bi s komercialnega vidika hitro postali zastareli. V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da konkurenti družbe Microsoft, če bi Sodišče prve stopnje Odločbo razglasilo za nično, ne bi mogli več uporabljati informacij o interoperabilnosti iz člena 5 Odločbe (glej zgoraj navedeno točko 273) in da bi bilo združljivost za nazaj zato mogoče zagotavljati le za operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin, ki so jih njeni konkurenti tržili pred dnevom morebitne razglasitve ničnosti.

Domnevno „kloniranje“ proizvodov

- 286 Družba Microsoft navaja, da bo zadevne informacije mogoče uporabiti za „kloniranje“ njenih proizvodov. Navaja, da bi njeni konkurenti, ko bi pridobili poglobljeno znanje o načinu notranjega delovanja operacijskih sistemov družbe Microsoft s preučitvijo njenih avtorskoppravno varovanih komunikacijskih protokolov, te lahko uporabili za svoje proizvode. Družbi Microsoft in sodnim organom bi

bilo težko, če ne celo nemogoče, ugotoviti, ali konkurenti to znanje uporabljajo pri razvoju svojih operacijskih sistemov za strežnike.

287 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je bilo že razsojeno (glej zgoraj navedene točke od 260 do 265), da ni podlage za sklepanje, da bo mogoče pridobiti informacije, ki bi precej presegale samo tiste o interoperabilnosti.

288 Poleg tega pa ta navedba družbe Microsoft temelji na razumevanju člena 5 Odločbe, ki ne upošteva razlogov, na katerih le-ta temelji. Napotilo iz člena 5 Odločbe, po katerem mora družba Microsoft dovoliti uporabo specifikacij za svoje protokole „zaradi razvoja in distribucije družbi Microsoft konkurenčnih proizvodov na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin“, je namreč treba brati ob upoštevanju uvodnih navedb 1003 in 1004 Odločbe. Po uvodni navedbi 1003 je „cilj [Odločbe] zagotoviti, da bi lahko konkurenti družbe Microsoft razvili proizvode, [združljive] z arhitekturo domene Windows, ki je [izvirno] integrirana v prevladujoči proizvod, to je operacijski sistem Windows za odjemalske osebne računalnike, in bi torej lahko konkurirali proizvodom družbe Microsoft za operacijske sisteme za strežnike delovnih skupin“. Glede uvodne navedbo 1004 pa ta navaja, da „glede uporabe razkritih informacij, specifikacije prav tako ne bodo reproducirane, prilagojene, preurejene ali spremenjene, ampak jih bodo tretji uporabljali za pripravo svojih vmesnikov, skladnih s temi specifikacijami“.

289 Iz navedenega izhaja, da je treba člen 5 Odločbe razumeti v tem smislu, da je uporaba protokolov dovoljena le za interoperabilnost in da zato uporaba protokolov v druge namene ni dovoljena. Komisija je to razlago na obravnavi izrecno potrdila in vztrajala pri tem, da bo spoštovanje te omejitve iz člena 7 Odločbe lahko preverjal „neodvisni pooblaščenec družbe Microsoft“.

2) Domnevna kršitev svobodne gospodarske pobude

290 Družba Microsoft navaja, da bo zaradi izvršitve Odločbe ogroženo svobodno določanje bistvenih elementov njene poslovne politike; Odločba naj bi jo obvezala razkriti informacije konkurentom, ji odvzela sposobnost razvijanja svojih proizvodov in jo prisilila v „povečanje odpornosti“ svojih protokolov.

291 V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da načeloma vsaka odločitev, ki na podlagi člena 82 ES dano prevladujoče podjetje zaveže k prenehanju zlorabe, nujno povzroči spremembo poslovne politike tega podjetja. Obveznosti, ki nekemu podjetju nalaga spremembo ravnanja, torej ni mogoče šteti za vzrok velike in nepopravljive škode, razen če se šteje, da je pogoj nujnosti izpolnjen vedno, kadar odločitev, katere odlog izvršitve se predlaga, nalaga prenehanje ravnanja, ki pomeni zlorabo.

292 Kadar se tožeča stranka sklicuje na kršitev svobodne gospodarske pobude za utemeljitev nujnosti sprejetja predlaganečasne odredbe, mora predložiti dokaz, ali da jo bo izvršitev izpodbijanega akta prisilila spremeniti določene bistvene elemente njene poslovne politike in da bo učinek izvršitve tega akta v tem, da se tudi po izdaji zanj ugodne sodbe v postopku v glavni stvari ne bo mogla več vrniti k svoji začetni poslovni politiki, ali da ji bo ta učinek povzročil drugačno veliko in nepopravljivo škodo, s tem da je treba opozoriti na to, da je treba domnevno škodo presojati ob upoštevanju okoliščin vsake zadeve posebej.

293 Tako je sodnik, ki odloča o začasni odredbi, v zgoraj v točki 38 navedenem sklepu Bayer proti Komisiji in zgoraj v točki 133 navedenem sklepu IMS Health proti Komisiji, na kateri se družba Microsoft sklicuje, posledice poseganja v svobodo podjetij, da določajo svojo poslovno politiko, presojal ob upoštevanju učinkov izvršitve akta.

294 V zgoraj v točki 38 navedenem sklepu Bayer proti Komisiji je sodnik, ki odloča o začasni odredbi, dejansko poudaril, da „bi v obravnavani zadevi, če bi Sodišče prve stopnje potrdilo utemeljenost navedb tožeče stranke, zaradi takojšnje izvršitve zadevne določbe obstajala nevarnost, da bi se tožeči stranki odvzela možnost avtonomno določati nekatere bistvene elemente njene poslovne politike“ (točka 54). Poleg tega je ugotovil, da „je še posebej verjetno, da bi tak položaj lahko tožeči stranki povzročil veliko škodo v okviru farmacevtskega sektorja, za katerega je značilno, da nacionalne zdravstvene službe določajo ali kontrolirajo cene in metode povračil, kar povzroča velike razlike med dejanskimi cenami istega zdravila v različnih državah članicah“ (točka 55). Glede na to, da je bilo ugotovljeno, da je sektorsko reguliranje cen dejavnik, ki omejuje svobodno gospodarsko pobudo podjetij, je sodnik, ki je odločal o začasni odredbi, zaključil, da dodatno poseganje v že omejeno svobodno gospodarsko pobudo predstavlja veliko škodo. Sprememba poslovne politike družbe Bayer se je torej štela za zadostno za utemeljitev nujnosti le ob upoštevanju posebnosti tiste zadeve.

295 V zgoraj v točki 133 navedenem sklepu IMS proti Komisiji pa je sodnik, ki je odločal o začasni odredbi, menil, da je bil pogoj nujnosti izpolnjen zato, ker so obstajali utemeljeni razlogi za prepričanje, da bi bilo številne od „dogodkov na trgu“, ki bi jih verjetno povzročila takojšnja izvršitev izpodbijane odločitve, težko, če ne celo nemogoče, vrniti v prejšnje stanje, če bi se tožbi iz postopka v glavni stvari ugodilo (točka 129). „Realna nevarnost velike in nepopravljive škode za interese tožeče stranke“ (točka 127) iz tiste zadeve je torej posledica obsega in nepovratnosti dogodkov na trgu. Ugotovitve glede poseganja v svobodo podjetij, da določajo svojo poslovno politiko (točki 130 in 131), so bile upoštevane le v podporo zaključku, do katerega je sodnik, ki je odločal o začasni odredbi, prišel že v zvezi z nujnostjo, kot to potrjuje neobstoj analize velikosti in nepopravljivosti zadevnega posega.

296 Treba je torej presoditi, ali je družba Microsoft dokazala, da je poseg v njeno svobodno gospodarsko pobudo, ob upoštevanju okoliščin zadeve, vzrok velike in nepopravljive škode.

i) Domnevna bistvena sprememba poslovne politike

297 Bistvena sprememba poslovne politike, ki naj bi jo družbi Microsoft nalagala Odločba, je v nasprotju z nekaterimi podatki iz spisa.

298 Najprej je treba, ne da bi zanemarili razlike med ameriško poravnavo in Odločbo, ugotoviti, da tako prva kot druga družbo Microsoft zavezuje k razkritju specifikacij komunikacijskih protokolov. Čeprav ameriška poravnava družbe Microsoft ne zavezuje k razkritju specifikacij komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika, pa jo vendar zavezuje k podelitvi licenc za vse protokole, izvedene v operacijskem sistemu Windows za odjemalske osebne računalnike, da se zagotovi interoperabilnost z operacijskim sistemom Windows za strežnike, medtem ko Odločba družbo Microsoft zavezuje le k temu, naj da na razpolago protokole od odjemalca do strežnika, ki se uporabljajo za zagotavljanje storitev za datoteke in tiskanje ter storitev upravljanja z uporabniki in s skupinami uporabnikov. V smislu poslovne politike taka razlika ni bistvena. Odločba je torej v skladu z politiko razkrivanja družbe Microsoft, h kateri se je ta zavezala že po ameriški poravnavi. V tem kontekstu je treba ugotoviti, da ni sporno, da je eden od protokolov, licenciranih v okviru programa MCPP, komunikacijski protokol, ki se uporablja ne le za komunikacije od odjemalca do strežnika, ampak tudi za komunikacijo od strežnika do strežnika (uvodna navedba 179 Odločbe, po kateri se „Microsoft Kerberos v domeni Windows uporablja za avtentifikacijo ali med odjemalskim osebnim računalnikom z windowsi in s strežnikom delovne skupine z windowsi ali med strežniki delovnih skupin z windowsi“). Poleg tega domnevno poseganje v poslovno politiko družbe Microsoft ni nepopravljivo, saj bi razglasitev ničnosti Odločbe, podobno kot konec programa MCPP, ki naj bi se zgodil leta 2009, družbi Microsoft omogočil, da ne licencira svojih komunikacijskih protokolov, če se tako odloči.

299 Nadalje iz spisa izhaja, da so želeli vodilni v družbi Microsoft voditi politiko aktivnega spodbujanja licenc za protokole, ki jih predvideva ameriška poravnava, in

potrditi namero za ponujanje pravic do uporabe na širši podlagi, kot je tista, ki jo nalaga navedena poravnava. Sporočilo za javnost družbe Microsoft z dne 1. avgusta 2003 se glasi:

„Družba Microsoft je prav tako najavila, da je načeloma pripravljena ponuditi celo širše pravice do uporabe tehnologije protokolov podjetja, kot se zahteva v skladu s pravnomočno sodbo iz antitrust zadeve ali kot izhaja iz standardnih licenčnih pogodb programa MCPP. Družba Microsoft je številnim jemalcem licenc že prostovoljno in v skladu s programom MCPP podelila pravice do uporabe, ki presegajo zahteve pravnomočne sodbe, prav tako pa spodbuja druge razvijalce, ki bi bili zainteresirani za pridobitev licence [za] tehnologijo podjetja v zvezi s protokoli, da se z skupino za protokole družbe Microsoft dogovorijo o njihovih tehničnih zahtevah.“

300 Končno, pogodba med družbo Microsoft in družbo Sun Microsystems predvideva razkritje komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika, ki jih zajema Odločba. Kolikor navedena pogodba predvideva posredovanje ravno tistih protokolov, katerih razkritje nalaga Odločba, družba Microsoft ne more utemeljeno trditi, da bi jo izvršitev Odločbe prisilila v bistveno spremembo njene poslovne politike.

301 Ob upoštevanju vsega navedenega sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ne more šteti za dokazano, da bi Odločba povzročila dovolj veliko spremembo poslovne politike družbe Microsoft.

302 Tak zaključek potrjuje dejstvo, da je Komisija na obravnavi v odgovoru na vprašanje sodnika, ki odloča o začasni odredbi, navedla, da je bila družba Microsoft v času pogajanj s Komisijo med upravnim postopkom pripravljena razkriti več informacij o

interoperabilnosti, kot so tiste, ki jih zadeva Odločba. Ob vztrajanju pri posebnostih vsakih pogajanj, ki so bila rezultat vzajemnega popuščanja, družba Microsoft ni nasprotovala predlogom Komisije glede tega.

ii) Domnevne težave pri izboljševanju protokolov

303 Družba Microsoft navaja, da bo izvršitev Odločbe povzročila omejitev prilagodljivosti, ki jo potrebuje za redno izboljševanje zadevnih protokolov, in bo tako zmanjšala njeno sposobnost za inoviranje (prilogi R.2 in T.7).

304 V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da člen 5, od (a) do (c), Odločbe družbi Microsoft nalaga posredovanje informacij o njenih protokolih konkurentom, kljub temu pa ji pušča svobodo pri razvijanju protokolov, kot jih želi. Izboljšanje protokolov je torej odločitev, ki jo mora v skladu z njenimi pričakovanimi posledicami sprejeti družba Microsoft. Ta ni dokazala, da bi imela odločitev za izboljšanje protokolov v vmesnem času – do izdaje sodbe Sodišča prve stopnje v postopku v glavni stvari – tako velike praktične posledice, da bi te predstavljale realno oviro za inovacije.

305 Nadalje, argumentu, po katerem bo omejitev obveznega zagotavljanja združljivosti za nazaj s konkurenčnimi proizvodi, temelječimi na njenih protokolih, ki jo nalaga poslovna realnost, vplivala na prilagodljivost, s katero bo lahko izboljševala zadevne protokole, ob upoštevanju nekaterih podatkov iz spisa, ni mogoče slediti.

306 Prvič, treba je opozoriti na to, da je družba Microsoft v preteklosti menila, da je taka obveznost ne zavezuje, in sicer ko se je odločila, da bo onemogočila delovanje NDS za NT družbe Novell (uvodne navedbe od 298 do 301 in 686 Odločbe).

307 Drugič, družba Microsoft v vsakem primeru zagotavlja združljivost za na nazaj s prejšnjimi različicami svojih proizvodov. V spisu ni nobenega podatka, ki bi omogočal prepričanje, da ob zagotavljanju navedene združljivosti ni sposobna zagotavljati tudi združljivosti za nazaj z vsemi skladnimi izvedbami. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je družba Microsoft navajala, da naj bi zagotavljala združljivost za nazaj z vrsto proizvodov, ob tem pa poudarila, da je „že zdaj za družbo Microsoft inženirski izziv, da v okviru zaporednega dajanja v promet novih operacijskih sistemov Windows za strežnike ohranja združljivost za nazaj s tisočimi objavljenimi vmesniki, ki jih uporabljajo programi tretjih“.

308 Tretjič, treba je ugotoviti, da povečevanje zapletenosti z razvojem združljivih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin ni bila ocenjena. Kakor koli, dodatne napore v vmesnem obdobju je treba šteti za omejene, ker bo število združljivih proizvodov, ki bodo dani na trg in jih bodo stranke kupile, preden bo Sodišče prve stopnje odločilo o vsebini spora, verjetno majhno. Glede tega je treba ugotoviti, da bo nova različica operacijskega sistema, znana pod imenom „Longhorn“, po mnenju družbe Microsoft pripravljena leta 2006 in da bo, kot so poudarili intervenienti v podporo Komisije, najava njenega dajanja v promet vplivala na nakupe strank v škodo konkurenčnih operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin.

309 Četrtrič, ameriška poravnava, ki je v korist proizvajalcem operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin v smislu Odločbe in tudi skoraj vsem proizvajalcem operacijskih sistemov za strežnike, bi bila morala imeti enak negativen vpliv kot je tisti, na katerega se družba Microsoft sklicuje pred sodnikom, ki odloča o začasni odredbi. Iz pisanj strank pa ne izhaja, da bi izvršitev Odločbe lahko vplivala na

prilagodljivost družbe Microsoft za spreminjanje protokolov v večji meri, kot jih lahko glede na obveznosti, ki jih je sprejela v okviru ameriške poravnave. V zvezi s tem iz enega od odgovorov družbe Microsoft na pisna vprašanja izhaja, da ameriška poravnava družbi Microsoft v določenih okoliščinah dovoljuje izbere uporabo inovacij v protokolih od odjemalca do strežnika zaradi povečanja privlačnosti operacijskih sistemov Windows, ne da bi to tehnologijo dala na voljo konkurentom. K temu dodaja naslednje:

„Natančneje, če družba Microsoft razvije nove protokole od odjemalca do strežnika, ki niso del njenega odjemalskega operacijskega sistema Windows, ampak so ločeni, potem ji teh protokolov ni treba dati na voljo konkurentom. Družba Microsoft bi, na primer, lahko razvila inovativne protokole v zvezi z novo različico svojega operacijskega sistema za strežnike Windows. Ko bi se vzpostavilo omrežje, ki uporablja ta operacijski sistem za strežnike, bi se stranke prosilo, naj namestijo odjemalsko programsko opremo, ki izvaja te protokole, na njihovih osebnih računalnikih. (Tak model tradicionalno uporablja družba Novell.)“

- 310 Navedena izjava potrjuje to, da namerava družba Microsoft izboljševati svoje proizvode in da omejitve v zvezi s pomanjkanjem prilagodljivosti glede možnosti njihovega učinkovitega izboljševanja niso take, da bi preprečevale take izboljšave. V zvezi s tem ni velikega pomena, ali je dajanje na voljo teh izboljšav namerno ali pa je rezultat pravne prisile.

- 311 Petič, pogodba z družbo Sun Microsystems, ki zajema protokole iz Odločbe, kaže na to, da vpliv na sposobnost spreminjanja protokolov družbe Microsoft ni nepovraten.

iii) Domnevna potreba po „povečanju odpornosti“ protokolov

- 312 Družba Microsoft navaja, da naj bi morala zaradi preprečevanja „možnosti nepravilnega delovanja, odpovedi in varnostnih tveganj“, ki izhajajo iz „nevestne in škodljive uporabe“, „povečati odpornost“ protokolov.
- 313 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi – pod predpostavko, da bi bila „možnost nepravilnega delovanja, odpovedi in varnostnih tveganj“ dokazana –, ugotavlja, da se družba Microsoft omejuje le na sklicevanje na škodo, ki izhaja iz domnevno potrebnih prizadevanj za preprečitev nastanka take možnosti, ne da bi navedla, v čem naj bi bila taka škoda velika in nepopravljiva. Družba Microsoft zlasti ne dokaže, da bi bilo treba to „povečanje odpornosti“ protokolov ohranjati pri razglasitvi ničnosti Odločbe ali da bi povzročila kakšno drugačno škodo. Poleg tega pa, kot navaja Komisija, bi bili pridobitelji informacij o interoperabilnosti močno spodbujeni k zagotavljanju varnosti in stabilnosti svojih proizvodov, da bi tako preprečili svojo „nevestno uporabo“, in ne bi imeli nobenega interesa za „škodljivo“ uporabo. Nasprotno, kot še navaja Komisija, bodo podjetja, ki bodo pridobila informacije, očitno zainteresirana za to, da s preizkušanjem svojih izvedb v razmerju do teh družbe Microsoft in z zagotavljanjem tega, da njihovi proizvodi ne povzročajo izgube ali okvare podatkov pri strankah, preprečijo naključno škodo. Ti preizkusi se bodo seveda razširili na vse proizvode Windows, s katerimi zadevni konkurent namerava vzpostaviti interoperabilnost. Zato družba Microsoft po vsej verjetnosti ne bo imela potrebe po prilagajanju prej nameščenih proizvodov za nazaj.
- 314 Kot pri domnevnem poseganju v njeno sposobnost svobodnega razvijanja svojih proizvodov družba Microsoft tudi ni dokazala, da so tveganja iz prejšnje točke nastala zaradi izvršitve ameriške poravnave. Končno, čeprav Samba ali AS/U izvajata več protokolov, ki so bili izvirno razviti kot „zasebni“, če se uporabi izrazoslovje družbe Microsoft, le-ta ne navaja nobenega primera „nepričakovanega“ prenosa podatkov, ki lahko povzročijo izgubo ali spremembo podatkov, v windowse.

315 Domnevne omejitve v zvezi z sposobnostjo družbe Microsoft za razvoj lastnih proizvodov so značilne že za poravnavo z družbo Sun Microsystems, ki vključuje protokole, relevantne v smislu Odločbe. Škoda, ki iz tega izhaja – pod predpostavko, da obstaja —, torej ni odvisna od ukrepa za odpravo kršitev, družba Microsoft pa ni dokazala, da bi odlog izvršitve, ki ga predlaga, bistveno spremenil njen trenutni položaj.

316 Končno, o podrobnih tehničnih pogojih bi se bilo mogoče tudi pogodbeno dogovoriti, kot je to predvideno v okviru ameriške poravnave. Družba Microsoft je v odgovor na vprašanje sodnika, ki odloča o začasni odredbi, namreč navedla, da mu ameriška poravnava omogoča pogojevanje razkritja protokolov, povezanih z varnostjo, z določenimi zahtevami za zmanjšanje tveganja, da bi se navedeni protokoli škodljivo uporabili za ogrožanje varnosti računalnikov. Tako bi bilo mogoče strah pred škodljivo uporabo zadevnih informacij ali nezadostnim preizkušanjem izvedb odpraviti z možnostjo, da se Komisijo zaprosi za dovolitev zavrnitve posredovanja teh informacij v taki okoliščini.

3) Domnevno nepovratna sprememba pogojev na trgu

317 Družba Microsoft navaja, da bo obvezna podelitev licenc nepopravljivo in v njeno škodo spremenila pogoje na trgu, saj bo preučitev podrobnosti specifikacij zadevnih komunikacijskih protokolov konkurentom razkrila pomembne elemente zasnove operacijskih sistemov Windows za strežnike. Obsežno razkritje teh informacij naj bi konkurentom družbe Microsoft omogočilo, da v svojih operacijskih sistemih za strežnike reproducirajo serijo funkcij, ki jih je družba Microsoft razvila s prizadevanji na področju raziskav in razvoja.

318 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, dejanske podlage, na kateri družba Microsoft utemeljuje analizo, ni štel za dovolj pravno dokazano (glej točke od 260 do 265 zgoraj). Poleg tega družba Microsoft ni predložila dokazov o razvoju na trgu, ki naj bi se po njenem mnenju zgodil zaradi domnevnega problema, kljub kritikam glede tega s strani Komisije v njenih stališčih v odgovor. Argumentu družbe Microsoft torej ni mogoče slediti.

319 Kakor koli, celo ob predpostavki, da bi družbo Microsoft lahko razumeli v tem smislu, da razkritje informacij o interoperabilnosti spreminja pogoje na trgu na način, da bi družba Microsoft izgubila tržni delež in da ob razglasitvi ničnosti Odločbe ne bi več mogla pridobiti nazaj izgubljenega tržnega deleža, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ugotavlja, da družba Microsoft ni predložila nobenega dokaza v podporo tej argumentaciji. Družba Microsoft zlasti ni dokazala, da naj bi obstajale ovire, ki ji preprečujejo povrnitev precejšnjega dela deleža, ki naj bi ga izgubila zaradi učinka ukrepa za odpravo kršitev (v tem smislu glej sklep predsednika Sodišča z dne 11. aprila 2001 v zadevi Komisija proti Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Recueil, str. I-2865, točka 111, in sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 16. januarja 2002 v zadevi Arizona Chemical in drugi proti Komisiji, T-369/03 R, Recueil, str. II-205, točke od 82 do 84).

c) Velika in nepopravljiva škoda, povzročena z obveznostjo razkritja specifikacij protokolov od odjemalca do strežnika

320 Iz vsega navedenega izhaja, da glede obveznosti razkritja specifikacij komunikacijskih protokolov od strežnika do strežnika različne vrste škode, ki jih uveljavlja družba Microsoft, niso bile spoznane kot take, ki zadostijo pogoju nujnosti.

321 Glede na to, da družba Microsoft ni navedla nobenega dodatnega argumenta, na podlagi katerega bi bilo mogoče za učinke razkritja komunikacijskih protokolov od

odjemalca do strežnika zaključiti drugače, mora sodnik, ki odloča o začasni odredbi, zaključiti, da družba Microsoft ni dokazala, da je v zvezi s tem drugim delom obveznosti razkritja zadoščeno pogoju nujnosti. V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da sta, kot je Komisija pravilno razložila v Odločbi, interoperabilnost od odjemalca do strežnika in interoperabilnost od strežnika do strežnika dve neločljivi sestavini interoperabilnosti znotraj računalniškega sistema, ki vključuje več odjemalskih osebnih računalnikov z windowsi in več strežnikov delovnih skupin z windowsi, vseh medsebojno povezanih v omrežje (uvodne navedbe od 144 do 185 in 689).

- 322 Kakor koli, treba je upoštevati, da je družba Microsoft na obravnavi vztrajala pri tem, da ni potrebe po obveznosti razkritja specifikacij komunikacijskih protokolov od odjemalca do strežnika, saj je te specifikacije mogoče do leta 2009 pridobiti v okviru MCPP. To argumentacijo je mogoče razumeti le tako, da razkritje informacij, ki ga nalaga Odločba, ne more biti vzrok velike in nepopravljive škode za družbo Microsoft.
- 323 Predlog za izdajo začasne odredbe je treba torej zavrniti tudi zaradi neobstoja nujnosti, kolikor se z njim želi doseči odlog izvrševanja obveznosti razkritja specifikacij komunikacijskih protokolov od odjemalca do strežnika in dovolitve njihove uporabe s strani konkurentov družbe Microsoft.
- 324 Ob upoštevanju vsega navedenega in glede na to, da pogoj nujnosti ni izpolnjen, je treba predlog za odlog izvršitve člena 5, od (a) do (c), zavrniti, ne da bi bilo treba tehtati med različnimi vpletenimi interesi.
- 325 Treba je pojasniti, da po členu 109 Poslovnika zavrnitev predloga za izdajo začasne odredbe stranki, ki ga je vložila, ne preprečuje vložitve novega predloga, ki temelji na novih dejstvih. V obravnavani zadevi ni mogoče izključiti, da bi lahko kot „novo

dejstvo“ šteli nadaljnja nesoglasja glede določenih podrobnosti izvršitve Odločbe. Natančneje, ob upoštevanju sklicevanja iz predhodne presoje na pogodbene določbe, ki utemeljujejo zaključek, da pogoj nujnosti ni izpolnjen (glej točke zgoraj navedene točke 268, 273, 285 in 316), bi lahko zavrnitev takih zaščitnih določb v licenčnih pogodbah, ki naj bi se sklenile s podjetji iz člena 5 Odločbe, šteli za tako spremembo okoliščin, ki bi lahko postavila pod vprašaj razloge, na katerih temelji ta sklep.

Vprašanje vezane prodaje

A – Argumenti strank

1. Argumenti družbe Microsoft in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov

a) Fumus boni juris

326 Družba Microsoft navaja, da je v ničnostni tožbi navedla argumente, ki na prvi pogled utemeljujejo razglasitev ničnosti določb Odločbe glede domnevne zlorabe zaradi vezane prodaje.

327 Komisija naj bi v Odločbi navajala, da vključitev izboljšane multimedijske funkcije v windowse s strani družbe Microsoft pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES, „še posebej“ v smislu drugega odstavka pod (d) tega člena, kot tudi ob uporabi novega

merila glede vezane prodaje, ki izhaja iz člena 82 ES. Kot izhaja iz uvodne navedbe 841 Odločbe, naj bi po mnenju Komisije in sodišča Skupnosti v klasičnih primerih vezanih prodaj skupinska prodaja nekega ločenega proizvoda kazala na izključevalni učinek tega ravnanja na konkurenčne prodajalce. Po mnenju družbe Microsoft iz iste uvodne navedbe Odločbe izhaja na eni strani, da obravnavana zadeva ne sodi med „klasične primere vezane prodaje“, na drugi strani pa, da „lahko uporabniki prek interneta pridobijo druge multimedijske predvajalnike, včasih brezplačno“. Komisija naj bi torej priznala, da „obstajajo [...] utemeljeni razlogi za to, da brez dodatne analize ni mogoče šteti za nesporno, da vezana prodaja [predvajalnika Windows Media Player] predstavlja ravnanje, ki bi lahko že po svojem značaju omejevalo konkurenco“ (uvodna navedba 841).

328 Komisija pa naj bi kljub temu prišla do zaključka, da v obravnavani zadevi obstaja izključevalni učinek za konkurente na trgu, pri tem pa se je oprla na zelo špekulativno teorijo, po kateri bo velika razširjenost multimedijske funkcije windowsov prisilila ponudnike vsebine, da skoraj izključno uporabljajo multimedij-ski format windowsov, kar bo s trga izključilo vse konkurenčne multimedijske predvajalnike, posredno pa bo tudi potrošnike prisililo, da bodo uporabljali le multimedijske predvajalnike windowsov (uvodni navedbi 836 in 842 Odločbe). Po mnenju družbe Microsoft obstaja v smislu sodne prakse „velik spor glede utemeljenosti temeljnega pravnega zaključka, ki je podlaga za“ navedbe Komisije glede zasnove in vključitve predvajalnika Windows Media Player (zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji, točka 106). Družba Microsoft prav tako navaja, da je izkazala izpolnjenost zahteve, da zaključek o kršitvi, na katerem temelji člen 6(a) Odločbe, očitno ni zakonit.

329 Prvič, Komisijina špekulativna teorija glede izključevanja s trga nima podlage. Odločba ne izraža tržne realnosti, zlasti kolikor, prvič, uporabniki odjemalskih osebnih računalnikov z windowsi lahko brez težav uporabljajo različne multimedij-ske predvajalnike različnih formatov in, drugič, ponudniki vsebine dnevno uporabljajo več formatov. Komisijin zaključek je tudi v nasprotju z zelo drugačno teorijo, uporabljeno v Odločbi v zadevi AOL/Time Warner (Odločba Komisija 2001/718/ES z dne 11. oktobra 2000 o združljivosti koncentracije s skupnim trgom

in EGP Sporazumom (Zadeva št. COMP/M.1845 – AOL/Time Warner), UL 2001 L 268, str. 28). Poleg tega naj bi Komisija v Odločbi zaključila, da se teorija izključevanja uporablja samo, kadar multimedijsko funkcijo windowsov razvije družba Microsoft, čeprav naj se ta teorija med letoma 1995 in 1998, ko je bil multimedijski predvajalnik družbe RealNetworks „vezan“ na windowse, ne bi uporabljala .

330 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 dodaja, da je Komisija, najprej, popolnoma zanemarila dejstvo, da glavne spletne strani še naprej vsebujejo multimedijske vsebine v dveh ali več formatih, nadalje dejstvo, da se je število formatov, uporabljenih na priljubljenih spletnih straneh z multimedijsko vsebino, povečalo, tako da so zdaj približno trije, in končno dejstvo, da je spomladi leta 2004 skoraj 80 % priljubljenih spletnih strani vključevalo vsebine v formatih družbe RealNetworks.

331 Poleg tega naj Komisija ne bi upoštevala najnovejšega razvoja trga, zlasti eksponentnega povečanja števila naprav, ki niso odjemalski osebni računalniki, kot je na primer iPod družbe Apple, ki berejo multimedijske vsebine drugih formatov, kot je windowsov, ali prihodnje generacije mobilnih telefonov, ki bodo vključevali multimedijske predvajalnike. Po mnenju družbe Microsoft bodo ponudniki vsebin, ki želijo doseči kar najširšo publiko, še vedno uporabljali več formatov, da bi tako dosegli uporabnike naprav, ki niso odjemalski osebni računalniki in ne morejo brati vsebin v formatu Windows Media, ter potrošnike, ki na osebnih računalnikih uporabljajo multimedijske predvajalnike tretjih podjetij, ne pa multimedijske funkcije windowsov.

332 Drugič, po mnenju družbe Microsoft so prednosti, ki izhajajo iz „koncepta zasnove“ operacijskega sistema Windows, kar pomeni razvoj novih različic windowsov z vključenimi novimi funkcijami, precejšnje in bi jih morala Komisija bolj upoštevati.

- 333 Tretjič, Komisija naj ne bi izkazala obstoja kršitve člena 82 ES, zlasti njegovega drugega odstavka pod (d). Natančneje, Odločba naj ne bi izkazala, da windowsi in njihova multimedijaska funkcija pripadajo dvema ločenima trgovima proizvodov. Komisija naj bi napačno presojala le, ali je domnevno vezani proizvod na voljo ločeno od domnevno „prevladujočega“ proizvoda, medtem ko naj bi bilo ustrezno vprašanje, ali se ta proizvod redno prodaja brez vezanega proizvoda. Poleg tega naj se po mnenju družbe Microsoft v obravnavani zadevi ne bi postavilo vprašanje dodatne obveznosti, saj potrošnikom, najprej, za multimedijasko funkcijo windowsov ni treba dodatno plačati, nadalje, te jim ni treba uporabljati in, končno, jim družba Microsoft tudi ne preprečuje, da namesto ali poleg multimedijasko funkcije windowsov uporabljajo multimedijasko predvajalnike tretjih podjetij. Komisija naj prav tako ne bi izkazala, da multimedijaska funkcija po svoji naravi ali komercialni uporabi ni vezana na operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike. Drugi operacijski sistemi naj bi namreč vsebovali multimedijasko funkcijo, družba Microsoft pa naj bi v windowse od leta 1992 vključevala stalno izboljševano multimedijasko funkcijo.
- 334 Četrtrič, Komisija naj v obravnavani zadevi ne bi v zadostni meri upoštevala obveznosti, ki jih ima Evropska skupnost po Sporazumu TRIPS.
- 335 Petič, ukrep za odpravo kršitev naj ne bi bil sorazmeren.
- 336 Združenje CompTIA in družba Exor podpirata stališče družbe Microsoft glede *fumus boni juris*. Menita, da je izkazala očitno nezakonitost členov 4 in 6(a) Odločbe.

b) Nujnost

337 Družba Microsoft navaja, da bo takojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe povzročila dve vrsti velike in nepopravljive škode, ki izhajata iz opustitve temeljnega oblikovnega koncepta njenega operacijskega sistema Windows in iz posega v njen ugled.

1) Škoda, ki naj bi po mnenju družbe Microsoft izhajala iz opustitve osnovnega koncepta zasnove operacijskega sistema Windows

338 Po mnenju družbe Microsoft predstavlja osnovni koncept zasnove, ki je podlaga za operacijski sistem Windows, podlago poslovnega modela Windows. Cilj poslovnega modela družbe Microsoft naj bi bil v oblikovanju skupne platforme za razvoj in delovanje aplikacij, ne glede na strojno opremo odjemalskega osebnega računalnika, ki jo potrošnik uporablja.

339 Takojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe naj bi družbo Microsoft prisilila v opustitev navedenega koncepta, kar bi ji povzročilo veliko in nepopravljivo škodo. Člen 6(a) Odločbe naj bi s tem, ko bi družbo Microsoft zavezal ponuditi različico windowsov brez programske kode, ki ustreza temu, kar Komisija identificira kot „Windows Media Player“, tej prepovedal razvoj operacijskega sistema tako, da bi enotno vključeval nove ali izboljšane multimedijske funkcije. Prav tako naj bi preprečeval proizvajalcem programske opreme, ponudnikom vsebin, OEM-om in potrošnikom, da bi uživali prednosti platforme Windows, ki jih imajo trenutno.

340 Družba Microsoft opozarja na to, da glede na sodno prakso velika in nepopravljiva škoda nastane, kadar mora stranka takoj izvršiti neko odločitev Komisije, ki pomeni

strukturne spremembe ali ji preprečuje določanje temeljnih vidikov lastne poslovne politike (zgoraj v točki 251 navedeni sklep RTE in drugi proti Komisiji, sklep predsednika Sodišča z dne 13. junija 1989 v zadevi Publishers Association proti Komisiji, C-56/89 R, Recueil, str. 1693, sklepi predsednika Sodišča prve stopnje z dne 16. julija 1992 v zadevi SPO in drugi proti Komisiji, T-29/92 R, Recueil, str. II-2161; z dne 19. februarja 1993 v zadevi Langnese-Iglo in Schöller Lebensmittel proti Komisiji, T-7/93 R in T-9/93 R, Recueil, str. II-131; z dne 10. marca 1995 v zadevi Atlantic Container Line in drugi proti Komisiji, T-395/94 R, Recueil, str. II-595, zgoraj v točki 138 navedeni sklep Bayer proti Komisiji, sklep predsednika Sodišča z dne 7. julija 1998 v zadevi Van den Bergh Foods proti Komisiji, T-65/98 R, Recueil, str. II-2641, in zgoraj v točki 133 navedeni sklep IMS Health proti Komisiji). Pri takojšnji izvršitvi Odločbe naj bi bile prednosti, ki izhajajo iz enotnosti platforme Windows, nepovratno izgubljene, kar bi družbi Microsoft povzročilo veliko in nepopravljivo škodo.

341 Družba Microsoft dodaja, da te škode ne bi bilo mogoče popraviti z morebitno razglasitvijo ničnosti Odločbe. Inženirji družbe Microsoft naj bi namreč morali izhajati iz predpostavke, da vsaj določene kopije windowsov, ki se distribuirajo v EGP, ne bodo imele multimedijske funkcije. Glede na to, da naj teh okrnjenih različic windowsov uporabnikom pri naknadni razglasitvi ničnosti Odločbe ne bi bilo mogoče odvzeti, bi morali inženirji družbe Microsoft upoštevati večletni obstoj dveh različic, tako kot tudi tretji, ki so odvisni od stabilnosti in konsistentnosti platforme Windows, kar naj bi povečalo njihove stroške in trajno zmanjšalo privlačnost windowsov. Te organizacijske težave naj bi poleg tega še povečali pogoji iz člena 4 Odločbe.

2) Škodovanje ugledu družbe Microsoft

342 Družba Microsoft navaja, da naj bi distribucija različice windowsov, ki jo nalaga člen 6(a) Odločbe (v nadaljevanju: različica iz člena 6), povzročila veliko in nepopravljivo škodo njenemu ugledu proizvajalca kakovostne programske opreme.

343 Prvič, različica iz člena 6 naj namreč ne bi vsebovala multimedijske funkcije, ki je običajno na voljo aplikacijam ki se izvajajo v windowsih. Zato naj mnoge aplikacije s to različico operacijskega sistema ne bi delovale, čeprav bi se imenovala „Windows“. To nepravilno delovanje bi škodovalo osrednji vrednosti windowsov. Prav tako pa bi to družbo Microsoft ter OEM-e in razvijalce programske opreme prisililo, da z Odločbo povzročene težave rešijo, v vmesnem času pa nudijo potrebno pomoč nezadovoljnim strankam. Reševanje številnih predvidljivih in potencialno nepredvidljivih težav naj bi bilo zelo težko, drago in škodljivo za ugled družbe Microsoft.

344 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 nasprotuje navedbam Komisije, po katerih bi lahko družba Microsoft v različici iz člena 6 ohranila „osnovno multimedijsko funkcijo“. Komisija naj ne bi pojasnila, kaj razume pod „osnovno multimedijsko funkcijo“, njene navedbe pa naj bi bile pravilne le, če s tem misli na možnost proizvajanja nekaterih zvokov ali statične slike na zaslonu. Kakor koli pa bi različica iz člena 6 onemogočila vsakršno možnost branja zvočnih ali slikovnih datotek, zlasti z zgoščenk ali DVD-jev ali dokumentov v standardnih formatih, kot je MP3, naloženih z interneta na trdi disk odjemalskega osebnega računalnika. Po mnenju družbe Microsoft bo potrošnik operacijski sistem za odjemalske osebne računalnike, ki leta 2004 ne more izvajati tako običajnih nalog, štel za resno okrnjen.

345 Poleg tega naj Komisija ne bi nasprotovala neizčrpnemu seznamu vseh funkcij windowsov, ki v različici iz člena 6 ne bodo več pravilno delovale.

346 Drugič, težav zaradi različice iz člena 6 naj ne bi bilo mogoče rešiti z namestitvijo multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij. Po mnenju družbe Microsoft naj taki proizvodi ne bi mogli nadomestiti multimedijske funkcije windowsov, saj ne

zagotavljajo istih API-jev, kar bi povzročilo določene napake v konkurenčnih aplikacijah in na spletnih straneh, ki se opirajo na multimedijsko funkcijo windowsov.

347 Tretjič, družbi Microsoft naj bi nastala enakovredna ali celo večja škoda zaradi tega, ker naj drugi elementi windowsov, ki temeljijo na multimedijski funkciji, v različici iz člena 6 ne bi več delovali pravilno, zlasti mapa „My Music“ in prenos datotek formata MP3 v veliko število prenosnih digitalnih multimedijskih predvajalnikov.

348 Iz neizčrpnega seznama napak, nastalih zaradi različice iz člena 6, naj bi izhajalo, da bi bilo z namestitvijo multimedijskega predvajalnika nekega tretjega podjetja mogoče popraviti le določene od teh napak in da bi bila poprava napak odvisna od nameščenega multimedijskega predvajalnika.

349 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 izpodbija argumentacijo Komisije, po kateri lahko multimedijski predvajalniki tretjih, ki jih OEM-i namestijo v nove odjemalske osebne računalnike, nadomestijo multimedijske funkcije windowsov. Ta navedba, ki očitno temelji na predpostavki, da je programsko kodo, ki zagotavlja multimedijsko funkcijo, čisto mogoče nadomestiti, naj s tehničnega vidika ne bi bila pravilna. Komisija naj ne bi navedla niti enega multimedijskega predvajalnika tretjih podjetij s popolno ponudbo multimedijske funkcije, ki ni v različici iz člena 6. Družba Microsoft ne nasprotuje temu, da bi bil lahko del multimedijske funkcije windowsov obnovljen z namestitvijo določenih multimedijskih predvajalnikov. Kljub temu pa naj bi del multimedijske funkcije operacijskega sistema ostal okvarjen. Dejavnost proizvajalcev multimedijskih predvajalnikov pa naj ne bi bila v popravljanju okvar multimedijske funkcije windowsov. To, v kakšnem obsegu bi bilo mogoče, odvisno od primera, z namestitvijo multimedijskega

predvajalnika nekega tretjega podjetja obnoviti del multimedijske funkcije v različici iz člena 6, naj bi bilo kakor koli v precejšnji meri odvisno od nameščenega multimedijskega predvajalnika.

350 Družba Microsoft pojasnjuje, da kolikor multimedijski predvajalniki tretjih podjetij zagotavljajo razpoložljivost svojih funkcij prek objavljenih vmesnikov, so le-ti različni od tistih, ki jih aplikacije uporabljajo za priklic multimedijske funkcije v windowsih. Zato naj bi različna programska oprema platforme za zagotavljanje podobne vrste funkcij uporabljala različne vmesnike. Ostali deli windowsov in aplikacije, ki so bile zasnovane za priklic multimedijske funkcije v windowsih, ne morejo kar naenkrat pridobiti take funkcije multimedijskega predvajalnika tretjega podjetja. Najmanj, kar bi bilo treba, bi bilo spremeniti windowse ali aplikacije windowsov, da bi multimedijskim predvajalnikom tretjih podjetij omogočili uporabo alternativnih vmesnikov. Te spremembe bi bile verjetno precejšnje in bi jih bilo treba izvesti za vsakega od multimedijskih predvajalnikov. Zato naj bi bile prednosti, ki izhajajo iz enotne platforme, izgubljene, pa čeprav bi bili multimedijski predvajalniki tretjih podjetij sposobni zagotoviti vse multimedijske funkcije, ki jih ni v različici iz člena 6.

351 Četrtrič, takojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe naj bi prav tako resno in nepopravljivo oškodovala blagovni znamki „Microsoft“ in „Windows“, saj bi bila družba Microsoft zavezana prodajati okrnjen proizvod, ki ni združljiv z njeno osnovno komercialno zasnovo. Ugled družbe Microsoft kot ponudnice kakovostne programske opreme bi bil oškodovan, če bi bila prisiljena svoje ime dati na okrnjen proizvod, ki ne ponuja take multimedijske funkcije, kot jo potrošniki pričakujejo od sodobnega operacijskega sistema.

352 Petič, družba Microsoft navaja, da se oškodovanju njenega ugleda ne bi mogla izogniti s tem, da bi potrošnike obvestila o značilnostih različice iz člena 6, saj zanj naj ne bi bilo mogoče izvesti vse preizkusov, potrebnih za sestavo popolnega seznama aplikacij, ki v različici iz člena 6 ne bodo delovale pravilno. V praksi naj bi

bilo verjetno, da številni potrošniki ne bi mogli razumeti posledic neobstoja multimedijske tehnologije v različici iz člena 6.

353 Šestič, takojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe naj bi povzročila veliko škodo avtorski pravici v zvezi z windowsi, katerih imetnica je družba Microsoft. Ta naj bi namreč morala prilagoditi svoje delo s tem, da bi umaknila elemente programske kode, ki zagotavljajo multimedijsko funkcijo, za katero družba Microsoft meni, da bi jo sodoben operacijski sistem moral vsebovati, in neobstoj katere pomeni okvarjen proizvod. Ta škoda za avtorske pravice družbe Microsoft naj ne bi bila popravljiva, saj naj po prodaji prilagoditve nikakor ne bi bilo več mogoče vzeti okrnjenih različic windowsov iz prometa.

354 Družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 izpodbija več argumentov Komisije v zvezi s poseganjem v njene znamke in njen ugled. Zlasti izpodbija kritiko Komisije, da „vtis [...], da operacijski sistemi Windows vedno zagotavljajo prisotnost osnovnega oblikovnega koncepta [družbe Microsoft], [...] glede dejstva ni pravilen“; v zvezi s tem pa Komisija ugotavlja, da družba Microsoft že zdaj proizvaja več različic windowsov. Po mnenju družbe Microsoft nima obstoj proizvodov, ki jih navaja Komisija, nobenega vpliva na veliko in nepopravljivo škodo, ki jo je sama dokazala. Windows CE in Windows XP Embedded naj namreč ne bi bila operacijska sistema za odjemalske osebne računalnike. Druge različice programa Windows XP, ki jih je identificirala Komisija, to je Professional, Home, Media Center Edition in Tablet PC Edition, naj bi vse imele enako jedro vmesnikov, imenovanih „API Win32“. Šlo naj bi za vmesnike, ki so jih razvijalci programske opreme uporabljali pri snovanju aplikacij Windows od začetka prodaje Windows NT 3.5 in Windows 95, tako da naj bi vse različice programa Windows XP zagotavljale delovanje vseh obstoječih aplikacij Windows. Družba Microsoft v stališčih o vlogah za vstop v postopek v tem smislu izpodbija tudi navedbe družbe RealNetworks, po katerih je platforma Windows že razdrobljena.

355 Kar naj bi bilo pomembno za družbo Microsoft in končne uporabnike, naj bi bilo to, da najnovejša različica windowsov, ki naj bi se uporabljala kot operacijski sistem za splošno uporabo, to je Windows XP, v vseh različicah omogoča izvajanje vseh aplikacij Windows, razvitih v času zadnjih desetih let. To naj pri različici iz člena 6 ne bi bilo mogoče, pa čeprav bodo potrošniki to različico razumeli kot splošno uporaben operacijski sistem za odjemalske osebne računalnike.

356 Končno, družba Microsoft v stališčih, prav tako z dne 19. avgusta 2004, dodaja da se zdi, da se Komisija glede nepopravljivosti uveljavljane škode z njo strinja, saj po njenem mnenju „različic, ločenih od windowsov, ne [bo mogoče] odvzeti uporabnikom“. Komisija pa naj bi kljub temu navajala, da naj preostala škoda ne bi bila nepovratna, ker „bi lahko družba Microsoft uporabljala internet za distribucijo [predvajalnika Windows Media Player] vsem strankam, ki so kupile [različico iz člena 6]“. Ta hipotetična možnost naj glede dejstev ne bi bila pravilna. V ničemer naj ne bi upoštevala uporabnikov različice iz člena 6, ki nimajo internetne povezave. Poleg tega pa naj družba Microsoft na odjemalske osebne računalnike ne bi prenašala in namestila nobene programske kode brez predhodnega soglasja uporabnikov. Različice iz člena 6 naj bi dolgo, morda celo za nedoločen čas, ostale v rokah potrošnikov. Družba Microsoft dodaja, da bi pod predpostavko, da ima Komisija prav glede tega, da obstajajo uporabniki, ki jim je bolj všeč različica iz člena 6, Komisija morala tudi priznati, da obstajajo uporabniki, ki družbi Microsoft ne bi dovolili obnovitve multimedijske funkcije v svojih operacijskih sistemih.

357 Stališče družbe Microsoft glede obstoja velike in nepopravljive škode podpira družba Exor. Po mnenju te naj nastala škoda ne bi bila odvisna niti od odločitev tretjih, to je od odločitve potrošnikov o nakupu različice iz člena 6, niti od „pomanjkanja skrbnosti“ s strani družbe Microsoft. Različica iz člena 6 naj bi bila neizogibno okrnjen proizvod, saj bi odstranitev ene od komponent operacijskega sistema Windows povzročila nepravilno delovanje drugih komponent, ki se zanašajo na manjkajočo kodo za zagotavljanje multimedijskih funkcij. Sicer pa naj bi bile, čeprav bi bilo tehnično mogoče popolnoma prestrukturirati windowse in tako odstraniti te medsebojne odvisnosti, prednosti glede učinkovitosti, ki izhajajo iz teh medsebojnih odvisnosti, v celoti izgubljene. Odločba naj bi družbi Microsoft nalagala razvoj

popolnoma drugačne različice windowsov. Zato naj preprosta naknadna namestitvev multimedijske funkcije ne bi zadostovala, saj naj komponente, ki bi bile spremenjene tako, da ne bi več priklicevale navedene funkcije, kasneje tega ne bi več mogle početi.

c) Tehtanje interesov

358 Družba Microsoft meni, da se pri tehtanju interesov v obravnavani zadevi tehtnica nagiba močno v korist odložitve izvršitve člena 6(a) Odločbe. Navaja, prvič, da člena 6(a) Odločbe ni treba izvršiti takoj, drugič, da bi njej in tretjim navedena izvršitev povzročila veliko škodo in, tretjič, da je pri tehtanju interesov treba upoštevati obveznosti Skupnosti po mednarodnih pogodbah.

1) Neobstoj potrebe po takojšnji izvršitvi člena 6(a) Odločbe

359 Družba Microsoft najprej navaja, da interes Komisije po učinkovitem pravnem varstvu ne zahteva takojšnje izvršitve člena 6(a) Odločbe. Z naloženim ukrepom za odpravo kršitev naj bi se družbi Microsoft izrecno odvzela domnevno odločilna konkurenčno prednost multimedijske funkcije windowsov, to je dejstvo, da uživa splošno razširjenost zaradi vključenosti v glavni operacijski sistem za odjemalske osebne računalnike. Po mnenju družbe Microsoft več dejstev kaže na to, da zaskrbljenost Komisije glede splošne razširjenosti multimedijske funkcije windowsov ni upravičena.

- 360 Prvič, vključenost multimedijske funkcije v windowse naj potrošnikom v ničemer ne bi preprečevala, da v windowsih uporabljajo enega ali več multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij, ampak naj bi nasprotno olajševala razvoj teh multimedijskih predvajalnikov, saj le-ti v določeni meri temeljijo na tej funkciji.
- 361 Drugič, ponudniki multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij naj bi lahko svobodno distribuirali proizvode širše, zlasti prek pogodb z OEM-i ali prek prenosa z interneta.
- 362 Tretjič, v skladu z ameriško poravnavo naj bi lahko ponudniki multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij svobodno sklepali izključne pogodbe z OEM-i, na podlagi katerih bi bila multimedijska funkcija iz njihovih proizvodov edina, ki bi se ponudila končnemu uporabniku.
- 363 Četrtrič, ponudniki multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij naj bi lahko razvijali proizvode tako, da bi ti lahko brali datoteke formata Windows Media.
- 364 Petič, Komisija naj bi bila sama poudarila lahkoto, s katero lahko potrošniki prenesejo multimedijske predvajalnike v osebne računalnike. Sicer pa naj Komisija v okviru presoje verjetnosti, da bi po koncentraciji AOL/Time Warner multimedijski predvajalnik družbe AOL zelo hitro postal najbolj priljubljen multimedijski predvajalnik na svetu (glej zgoraj navedeno točko 329), razširjenosti multimedijske funkcije windowsov ne bi pripisovala nobenega pomena.

365 Nadalje, družba Microsoft navaja, da stališče Komisije in ukrep za odpravo kršitev temeljita na preveč preračunljivem sklepanju, po katerem bo splošna razširjenost multimedijske funkcije windowsov ponudnike vsebin v prihodnje prisilila v izključno uporabo formata Windows Media, kar naj bi s trga izrinilo vse multimedijske predvajalnike tretjih podjetij. Nobenega dokaza naj ne bi bilo za preračunljivost Komisije, po kateri bi kakršna koli zamuda pri izvedbi člena 6(a) Odločbe „nagnila“ tehtnico v prid predvajalnika Windows Media Player, ki bi izrinil vso konkurenco.

366 Tako naj, prvič, vključenost multimedijske funkcije v windowse v ničemer ne bi bila preprečevala nastanka multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij, kot naj bi dokazoval primer programa iTunes. Poleg tega družba Microsoft navaja podatke, ki naj bi kazali, da sta od aprila 2003 do aprila 2004 predvajalnika RealPlayer in QuickTime ohranila število uporabnikov, čeprav se je uporaba predvajalnika Windows Media Player povečala.

367 Drugič, prav tako naj ne bi bilo nobenega dokaza za „nagibanje“ ponudnikov vsebin k formatu Windows Media.

368 Tretjič, dejstva naj bi bila v nasprotju s teorijo, po kateri je zaradi tega, ker OEM-i niso sposobni prenamestiti multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij, če nimajo dovoljenja za distribucijo windowsov brez multimedijske funkcije (uvodna navedba 851 Odločbe), potrebna odstranitev kode predvajalnika Windows Media Player.

369 Četrtič, Komisija naj bi v stališčih z dne 21. julija 2004 prvič navajala, da „bi celo 5-odstotni delež osebnih računalnikov, opremljenih izključno s konkurenčnim multimedijskim predvajalnikom, razvijalce programske opreme spodbudil k razvoju aplikacij tudi za tak predvajalnik“. Ta teza naj ne bi bila pravilna in naj bi potrjevala,

da je cilj Komisije razdrobitev windowsov, prav tako pa naj bi bila v nasprotju s ciljem Komisije glede povečanja izbire za potrošnike.

370 Petič, družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 izpodbija navedbo Komisije, po kateri je takojšnja izvršitev ukrepa za odpravo kršitev potrebna zaradi „omogočanja izbire potrošnikom“.

371 Šestič, družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 prav tako navaja, da se multimedijски predvajalniki tretjih podjetij še naprej distribuirajo v velikem številu in da se velik del vsebin še naprej razširja v formatih, ki niso formati družbe Microsoft.

372 Sedmič, družba Microsoft v stališčih glede vlog za vstop v postopek dodaja, da izvedba ukrepa za odpravo kršitev iz člena 6(a) Odločbe v segmentu „končni uporabnik“ in kanalu „OEM“ ne rešuje nobene od skrbi, na katerih temelji Odločba. Najprej naj bi si bilo namreč težko predstavljati, katere prednosti naj bi „končni uporabnik“ imel od različice iz člena 6 v primerjavi s popolno različico windowsov, saj naj bi se obe ponujali po isti ceni. Nadalje, Komisija naj ne bi analizirala, v kolikšni meri naj bi bili OEM-i sposobni sklepati izključne pogodbe za odjemalske osebne računalnike, ki jih distribuirajo v EGP.

2) Škoda zaradi takojšnje izvršitve člena 6(a) Odločbe

373 Družba Microsoft meni, da bi bila škoda zaradi takojšnje izvršitve člena 6(a) Odločbe realna in precejšnja, saj naj ji navedena izvršitev ne bi omogočala ohranjati svojega

učinkovitega in dobro uveljavljenega poslovnega modela, kot naj bi bila izkazala v argumentih v zvezi z nujnostjo. Sicer pa družba Microsoft – ki jo v tej točki v veliki meri podpirajo združenja CompTIA, ACT in Mamut ter družbe TeamSystem, DMDsecure.com in drugi ter Exor – navaja, da bi bilo treba upoštevati interese razvijalcev programske opreme in ustvarjalcev spletnih strani, katerih dejavnost je odvisna od enotne platforme windowsov.

374 Prvič, aplikacije in spletne strani, ki so bile razvite na podlagi multimedijske funkcije windowsov, naj v različici iz člena 6 ne bi več pravilno delovale.

375 Drugič, takojšnja izvršitev člena 6(a) Odločbe naj bi vplivala na aplikacije in spletne strani v razvoju ter na tiste, ki bodo razvite v prihodnje, navedeni veliki in nepopravljivi škodi pa se ne da izogniti z namestitvijo multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij.

376 Tretjič, družba Microsoft v stališčih z dne 19. avgusta 2004 izpodbija argumente Komisije, po katerih lahko na eni strani razvijalci programske opreme, ki razvijajo aplikacije, ki se opirajo na funkcijo windowsov, „izkoristijo možnost redistribucije integriranega predvajalnika kot dela njihove aplikacije in z njihove [spletne] strani“, na drugi strani pa je „v industriji programske opreme uveljavljena praksa, da razvijalci aplikacije razvijejo tako, da jih je mogoče inteligentno prilagoditi na neobstoje (posodobitve) multimedijskega predvajalnika“, tako da naj bi bili „stroški teh prilagoditev aplikacij [...] zanemarljivi ali naj vsaj ne bi presegali tistih, ki so običajni ob dobavi nove različice (ali posodobitve) windowsov s strani družbe Microsoft“. Postopek obnovitve multimedijske funkcije v različici iz člena 6 naj bi bil v praksi ravno tako zapleten in drag za druge, kot je za družbo Microsoft.

377 Četrtrič, družba Microsoft dodaja, da je treba pri tehtanju različnih interesov, za katere gre v obravnavani zadevi, upoštevati pomen, ki je bil v postopku pred District Court, kjer je bila potrjena ameriška poravnava, pripisan interesom razvijalcev programske opreme in slabostim, ki so posledica drobitve windowsov.

3) Obveznosti Skupnosti na podlagi Sporazuma TRIPS

378 Družba Microsoft končno želi, da naj Sodišče prve stopnje upošteva obveznosti, ki jih Skupnosti nalaga Sporazum TRIPS.

2. Argumenti Komisije in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov

a) Fumus boni juris

379 Komisija, ki jo je v tej točki pred umikom podpiralo združenje CCIA, meni, da predlog družbe Microsoft očitno ni utemeljen in da ga je treba zavriniti.

380 Komisija navaja, da njene ugotovitve glede vezane prodaje temeljijo na uveljavljeni pravni in ekonomski teoriji ter da ima zloraba v zvezi z vezano prodajo značilnosti, opredeljene s sodno prakso v zadevah vezane prodaje (uvodna navedba 794 Odločbe in naslednje). Družba Microsoft naj ne bi izkazala nobenega povečanja tehnične učinkovitosti, katere predpogoj naj bi bila „integracija“ predvajalnika Windows Media Player v windowse (uvodne navedbe od 962 do 969 Odločbe).

381 Tako, prvič, glede obstoja izključevalnega učinka Komisija najprej ne vidi, v čem razlika do nekaterih predhodnih zadev, na katere se družba Microsoft sklicuje, podpira njeno navedbo, da je bila v obravnavani zadevi uporabljena neka nova teorija. Dokazati izključevalni učinek tam, kjer se običajno domneva, naj ne bi pomenilo uporabe neke nove pravne teorije. Komisija priznava, da Odločba v nasprotju s tistimi, sprejetimi v nekaterih predhodnih zadevah (sodba Sodišča prve stopnje z dne 12. decembra 1991 v zadevi Hilti proti Komisiji, T-30/89, Recueil, str. II-1439, potrjena s sodbo Sodišča z dne 2. marca 1994 v zadevi Hilti proti Komisiji, C-53/92 P, Recueil, str. I-667, in zgoraj v točki 126 navedena sodba Tetra Pak proti Komisiji, potrjena s sodbo Sodišča z dne 14. novembra 1996 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji, C-333/94 P, Recueil, str. I-5951), ne ugotavlja obstoja izključevalnega učinka s trga (uvodna navedba 841 in naslednje), ampak upošteva posebne okoliščine zadeve, to je da je mogoče multimedijske predvajalnice prenesti z interneta, včasih celo brezplačno.

382 Vendar pa naj bi dokazi v obravnavani zadevi izkazovali, najprej, da se noben razvijalec multimedijskih predvajalnikov ne more izenačiti s splošno razširjenostjo predvajalnika Windows Media Player, ki je posledica njegove vezanosti na windowse, in da ta okoliščina tudi sicer lahko nezanemarljivo vpliva na razvijalce dopolnilne programske opreme in vsebin. Zmanjšanje razpoložljivih aplikacij in vsebin za multimedijske predvajalnice drugih proizvajalcev prek vezanja naj bi nazadnje škodovalo potrošnikom, saj bi kljub njihovi pravi vrednosti omejilo inovacije v zvezi s temi proizvodi. Družba Microsoft pa naj ne bi navedla nobene objektivne utemeljitve za to ravnanje.

383 Sicer pa naj navedba družbe Microsoft, da ugotovitve Komisije glede izključitve konkurence temeljijo na preračunljivosti, dejansko in pravno ne bi bila pravilna. Uvodne navedbe od 879 do 896 Odločbe naj bi vsebovale jasen opis vpliva vezane prodaje na ponudnike vsebin in neodvisne razvijalce programske opreme. Iz Odločbe naj bi izhajalo, da se uporaba predvajalnika Windows Media Player povečuje, medtem ko po mnenju družbe Microsoft uporabniki druge multimedijske predvajalnice bolj cenijo v smislu kakovosti (uvodne navedbe od 948 do 951). Poleg tega naj sodna praksa od Komisije ne bi zahtevala, naj dokaže izključitev vseh

konkurenčnih multimedijskih predvajalnikov s trga (sodbe Sodišča prve stopnje z dne 30. septembra 2003 v zadevi Michelin proti Komisiji, T-203/01, Recueil, str. II-4071, točka 239; z dne 23. oktobra 2003 v zadevi Van den Bergh Foods proti Komisiji, T-65/98, Recueil, str. II-4653, točki 149 in 160, in z dne 17. decembra 2003 v zadevi British Airways proti Komisiji, T-219/99, Recueil, str. II-5917, točka 293).

384 Drugič, Komisija glede obstoja ločenih proizvodov navaja, da sta Sodišče in Sodišče prve stopnje razsodili, da obstoj neodvisnih proizvajalcev, specializiranih za proizvodnjo vezanega proizvoda, že kaže na obstoj posebnega povpraševanja potrošnikov in torej na ločen trg za vezani proizvod. Tak pristop naj bi bil tudi skladen z ameriško sodno prakso.

385 Tretjič, argumenti družbe Microsoft, s katerimi želi dokazati neobstoj prisile na potrošnike, naj bi bili zavrjeni že v Odločbi.

386 Komisija končno zavrača argumente družbe Microsoft v zvezi z njenima drugima razlogoma. Prvič, Komisija glede navajanja obveznosti Skupnosti po Sporazumu TRIPS s strani družbe Microsoft napotuje na izvajanja glede ukrepa za odpravo kršitev iz člena 5(a) Odločbe (glej zgoraj navedeno točko 195). Drugič, Komisija meni, da je ukrep za odpravo kršitev iz člena 6(a) Odločbe sorazmeren, saj na eni strani družba Microsoft ohranja pravico do ponudbe različice windowsov skupaj s predvajalnikom Windows Media Player, na drugi strani pa bi, čeprav bi nekatere stranke izbrale različico iz člena 6, še vedno imele možnost tak proizvod dopolniti s predvajalnikom Windows Media Player, če bi želele.

b) Nujnost

387 Komisija, ki jo podpirata družba RealNetworks in združenje SIIA, kot tudi združenje CCIA pred umikom, meni da družba Microsoft ni dokazala obstoja velike in nepopravljive škode, ki naj bi ji bila povzročena s takojšnjo izvršitvijo Odločbe.

c) Tehtanje interesov

388 Komisija meni, da se tehtnica interesov nagiba v korist zavrnitve predloga družbe Microsoft, zlasti glede javnega interesa za ohranjanje vsaj učinkovite konkurence. Trg multimedijskih predvajalnikov naj bi se približeval stopnji, na kateri bi se lahko začel nagibati. Komisijo na tej točki podpirata družba RealNetworks in združenje SIIA. Komisija v zvezi s tem dodaja, da takojšnja izvršitev ukrepa za odpravo kršitev ne bi bistveno spremenila položaja družbe Microsoft na trgu multimedijskih predvajalnikov, ampak bi samo omogočila uravnoteženje konkurence na tem trgu in tako glede strukture navedenega trga ohranila trenutno stanje. Samo takojšnja izvršitev ukrepa za odpravo kršitev naj bi lahko ohranila potrošnikom izbiro in jim omogočila uživanje prednosti inovacij na področju digitalnih multimedijskih storitev.

389 Komisija glede nevarnosti nastanka škode za tretje stranke izpodbija argumente, ki temeljijo na morebitnih navedbah s strani nekaterih razvijalcev programske opreme, nekaterih ustvarjalcev spletnih strani ali nekaterih ponudnikov vsebin. Komisija prav tako zmanjšuje pomen nevarnosti posredne škode za računalniški sektor na splošno.

B – Presoja sodnika, ki odloča o začasni odredbi

1. Fumus boni juris

- ³⁹⁰ V členu 2(b) Odločbe se družbi Microsoft očita, da je kršila člen 82 ES s tem, da je „od maja 1999 do dneva vročitve [Odločbe] dobavo operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike pogojevala s hkratnim nakupom programa Windows Media Player“. Za odpravo te kršitve člen 4 Odločbe družbi Microsoft nalaga, naj v skladu z določbami člena 5 Odločbe preneha s kršitvijo. Člen 6(a) Odločbe družbi Microsoft nalaga, naj prodaja „popolnoma delujočo različico svojega operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike, ki ne vsebuje predvajalnika Windows Media Player“. Vendar pa Odločba tudi navaja, naj „družba Microsoft ohrani pravico do ponujanja svojega operacijskega sistema Windows za odjemalske osebne računalnike z vključenim predvajalnikom Windows Media Player“.
- ³⁹¹ Družba Microsoft se v podporo stališču, da je pogoju očitnosti zadoščeno, opira na več vrst argumentov, ki se jih lahko v bistvu razdeli na pet delov. Družba Microsoft, prvič, navaja, da je Komisija v Odločbi uporabila preračunljivo teorijo brez podlage, drugič, da naj bi bila morala Komisija bolj upoštevati prednosti, ki izhajajo iz koncepta zasnove operacijskega sistema Windows, tretjič, da Odločba ne dokaže kršitve člena 82 ES, četrtič, da Odločba ne upošteva dovolj obveznosti Skupnosti po Sporazumu TRIPS, in petič, da ukrep za odpravo kršitev iz Odločbe ni sorazmeren.
- ³⁹² Ob upoštevanju argumentacije družbe Microsoft v okviru postopka za izdajo začasne odredbe za četrti in peti del argumentov ni mogoče šteti, da sta zadostno resna za vzpostavitev *fumus boni juris*.

393 Del glede nesorazmernosti ukrepa za odpravo kršitev je družba Microsoft v predlogu namreč predstavila preveč na kratko. Družba Microsoft je v zvezi s tem navedla samo to, da „ukrep za odpravo kršitev iz Odločbe [ni bil] sorazmeren“. Družba Microsoft zlasti ne pojasni, zakaj naj bi Sodišče prve stopnje ugotovilo domnevno nesorazmernost ukrepa iz člena 6(a) Odločbe. Glede dela v zvezi z nespoštovanjem Sporazuma TRIPS pa ta ni bil dovolj obrazložen, da bi sodnik, ki odloča o začasni odredbi, lahko o tem ustrezno razsodil. Družba Microsoft se je namreč v predlogu za izdajo začasne odredbe na eni strani omejila na navedbo, da „Odločba ni v zadostni meri upoštevala obveznosti Evropskih skupnosti po [Sporazumu TRIPS]“. Na drugi strani pa je bilo glede sklicevanja na argumentacijo iz priloge T.9 razsojeno, da ni v skladu z veljavnimi procesnimi pravili (glej zgoraj navedeno točko 88).

394 Kljub temu pa sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da argumenti družbe Microsoft zadevajo zapletena vprašanja, ki jih mora Sodišče prve stopnje rešiti v postopku v glavni stvari, in da teh argumentov v okviru postopka za izdajo začasne odredbe ni mogoče šteti za očitno neutemeljene.

395 Prvič, v obravnavani zadevi se zastavlja zapleteno vprašanje glede prvega dela argumentacije družbe Microsoft, po kateri naj Komisija ne bi zakonito uporabila nove teorije o vezani prodaji.

396 Družba Microsoft z navedeno argumentacijo Komisiji v bistvu očita njen sklep, da se trg multimedijskih predvajalnikov „nagiba“ v njen prid, ne da bi to teorijo kakor koli poskušala uskladiti z resničnim stanjem na trgu. Družba Microsoft se na eni strani zlasti sklicuje na to, da imajo uporabniki odjemalskih osebnih računalnikov z windowsi preprost dostop do različnih multimedijskih predvajalnikov različnih formatov, na drugi strani pa, da ponudniki vsebin uporabljajo različne formate. Odločba naj bi se v zvezi s tem opirala na čiste domneve.

397

Komisija je v Odločbi – da bi prišla do ugotovitve, da je prodaja predvajalnika Windows Media Player skupaj z windowsi po členu 82 ES prepovedana vezana prodaja –, prvič, ugotovila da ima družba Microsoft na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike (točka 799) prevladujoč položaj, čemur družba Microsoft ne nasprotuje. Drugič, Komisija je menila, da so pretočni multimedijški predvajalniki in operacijski sistemi za odjemalske osebne računalnike ločeni proizvodi (uvodne navedbe od 800 do 825). Tretjič, Komisija je menila, da družba Microsoft strankam ni dopuščala nakupa windowsov brez predvajalnika Windows Media Player (uvodne navedbe od 826 do 834). Četrtrič, Komisija je preučila obstoj izključevalnih učinkov na trgu. V zvezi s tem iz uvodne navedbe 841 Odločbe izhaja, da je Komisija na ta način odgovorila na argumente družbe Microsoft o tem, da ravnanje, ki ga Komisija obsoja, ni imelo takih učinkov: „Dejansko obstajajo okoliščine, ki – glede vezane prodaje predvajalnika [Windows Media Player] – utemeljujejo natančnejšo preučitev učinkov, ki jih ima tako ravnanje na konkurenco. Medtem ko sta v klasičnih primerih vezanih prodaj Komisija in sodišče Skupnosti menila, da skupna prodaja ločenega proizvoda s prevladujočim proizvodom kaže na izključevalni učinek, ki ga je to ravnanje imelo na konkurenčne prodajalce, v obravnavani zadevi ni mogoče zanikati, da uporabniki lahko – kar dejansko tudi počnejo – druge multimedijške predvajalnike pridobijo prek interneta, včasih celo brezplačno. Torej obstajajo utemeljeni razlogi za to, da brez dodatne analize ni mogoče šteti za nesporno, da vezana prodaja predvajalnika Windows Media Player predstavlja ravnanje, ki bi lahko omejevalo konkurenco. Zato je Komisija ob upoštevanju značilnosti zadevnega trga priznala posebnost obravnavane zadeve glede na njeno prejšnjo prakso in glede tega, za kar je menila, da izraža načela iz sodne prakse Skupnosti o vezani prodaji.

398

Zato bi lahko argumentacija družbe Microsoft izpostavila eno ali več pomembnih načelnih vprašanj, ki lahko vplivajo na zakonitost Komisijine analize. V zvezi s tem iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je koncept „zlorabe“ objektivni koncept, ki se nanaša na tista ravnanja nekega prevladujočega podjetja, ki vplivajo na strukturo trga, na katerem je konkurenca prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja že oslABLJENA, in ki zaradi uporabe metod, ki se v normalni konkurenci proizvodov ali storitev na podlagi poslovanja gospodarskih subjektov ne uporabljajo, predstavljajo oviro za ohranjanje take ravni konkurence, kot je na trgu še obstajala, ali za razvoj take konkurence (sodba Sodišča z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La

Roche proti Komisiji, 85/76, Recueil, str. 461, točka 91, in sodba Sodišča prve stopnje z dne 7. oktobra 1999 v zadevi Irish Sugar proti Komisiji, T-228/97, Recueil, str. II-2969, točka 111).

399 Komisija je v obravnavani zadevi v bistvu menila, da je bil protikonkurenčni učinek vezane prodaje posledica „posrednih učinkov omrežja“. Navedeni učinki naj bi bili v tem, da prisotnost predvajalnika Windows Media Player v vseh operacijskih sistemih, ki jih distribuira družba Microsoft, spodbuja ponudnike vsebin in razvijalce aplikacij v to, da svoje proizvode razvijajo na podlagi predvajalnika Windows Media Player (uvodna navedba 842). Komisija se je, da bi to prikazala, v veliki meri oprla na trenutno ali preteklo dejansko stanje v zvezi s spodbujanjem ponudnikov vsebin in razvijalcev aplikacij (uvodne navedbe od 879 do 896). Kljub temu pa, kot je razvidno zlasti iz uvodnih navedb 842 in 984 Odločbe, to dejansko stanje podpira analizo, ki je vsaj deloma analiza pričakovanih nevarnosti za konkurenco zaradi očitanega ravnanja.

400 Res je, kot je ugotovila Komisija, da za dokazovanje kršitve člena 82 ES zadostuje dokaz, da se ravnanje podjetja v prevladujočem položaju, ki pomeni zlorabo, nagiba k omejevanju konkurence ali, z drugimi besedami, da to ravnanje lahko ima ali bi lahko imelo take učinke (zgoraj v točki 383 navedena sodba Michelin proti Komisiji, točka 239, in zgoraj v točki 383 navedena sodba British Airways proti Komisiji, točka 293). V obravnavani zadevi pa se kljub temu postavlja zapleteno vprašanje, ali se Komisija lahko in – pri pritrtilnem odgovoru – pod kakšnimi pogoji se lahko za sankcioniranje vezane prodaje nekega prevladujočega podjetja opira na verjetno „nagibanje“ trga, kadar to ravnanje, odvisno od primera, po svojem značaju ne bi moglo omejiti konkurence.

401 Drugič, pomembno vprašanje se postavlja v zvezi s presojo argumentacije družbe Microsoft, po kateri bi bila Komisija morala bolj upoštevati pozitivne učinke „koncepta zasnove“ operacijskega sistema Windows. Ta argumentacija bi namreč lahko Sodišče prve stopnje v postopku v glavni stvari vodila v presojo pogojev, pod katerimi bi lahko objektivna utemeljitev omogočila sklep, da neko ravnanje vezane

prodaje, ki ima protikonkurenčne učinke, ni prepovedano po členu 82 ES. Rešitev tega občutljivega vprašanja očitno utemeljuje presojo vprašanja, ali lahko morebitni pozitivni učinki, povezani z vse večjo standardizacijo nekaterih proizvodov, pomenijo objektivno utemeljitev ali pa, kot navaja Komisija, je pozitivne učinke standardizacije mogoče upoštevati samo, kadar so posledica delovanja procesa konkurence ali odločitev organov za standardizacijo.

⁴⁰² Tretjič, družba Microsoft poleg načelnih vprašanj, ki jih sproža presoja teh dveh delov, izpodbija tudi doseg dejanskih izhodišč, na katerih temelji Komisijina analiza. Natančneje, glede prvega dela njene argumentacije navaja, da je Komisijina analiza v zvezi z obstojem „posrednih učinkov omrežja“ v nasprotju z dejstvom, da ponudniki vsebin še naprej uporabljajo različne formate. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da Komisija ni navajala, da to ni tako, vsaj v določeni meri. Vendar pa mora Sodišče prve stopnje v postopku v glavni stvari izreči o teh dejanskih vprašanjih in o tem, kakšne posledice imajo, če sploh, za veljavnost Komisijine analize.

⁴⁰³ Četrtrič, argumentacije družbe Microsoft, po kateri „windowsi in njihova multimedijška funkcija“ nista dva ločena proizvoda za uporabo člena 82 ES pri vezani prodaji, v postopku za izdajo začasne odredbe ni mogoče šteti za očitno neutemeljeno, zlasti ob upoštevanju dejstva, da družba Microsoft in drugi proizvajalci v operacijske sisteme za odjemalske osebne računalnike že precej let vključujejo nekatere multimedijške funkcije.

⁴⁰⁴ Prvi trije deli argumentov družbe Microsoft torej porajajo številna pomembna vprašanja, zlasti glede zapletenih ekonomskih presoj, ki jih zahtevajo glede prava in dejanskega stanja. Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ocenjuje, da argumente

družbe Microsoft v okviru postopka za izdajo začasne odredbe ni mogoče šteti za očitno neutemeljene, zato je pogoj *fumus boni juris* izpolnjen.

2. Nujnost

405 Družba Microsoft navaja, da bi izvršitev člena 6(a) Odločbe nepovratno posegla v vrednost platforme Windows, kar naj bi ji povzročilo dve vrsti velike in nepopravljive škode. Ti dve vrsti škode je treba presoditi ločeno.

a) Domnevno škodovanje „osnovnemu konceptu zasnove“ operacijskega sistema Windows

406 Člen 6(a) Odločbe družbi Microsoft nalaga razvoj in dajanje na trg proizvoda, ki ga trenutno ne prodaja in glede katerega navaja, da ni združljiv s temeljnim elementom njene poslovne politike. Natančneje, družba Microsoft navaja, da člen 6(a) Odločbe škoduje „osnovnemu konceptu zasnove“ operacijskega sistema Windows. Družba Microsoft se tako v bistvu sklicuje na poseg v svojo svobodno gospodarsko pobudo.

407 V zvezi s tem iz spisa izhaja, da družba Microsoft že precej let trži operacijski sistem, za katerega meni, da ponuja uporabnikom skupne funkcije, ki se postopoma razširjajo in od leta 1992 vključujejo tudi določene multimedijske funkcije. Poleg tega iz spisa tudi dovolj jasno izhaja, da si družba Microsoft vsaj v splošnem želi

zagotoviti, da bi najnovejša tržna različica njenega operacijskega sistema Windows za splošno uporabo omogočala delovanje aplikacij, zasnovanih za prejšnje različice.

- 408 Treba pa je poudariti, da bi izvršitev Odločbe družbo Microsoft obvezala prodajati operacijski sistem brez nekaterih multimedijskih funkcij, za katere sama ocenjuje, da so sestavni del tega. Odločba torej posega v svobodno gospodarsko pobudo družbe Microsoft. Poleg tega bi se lahko zgodilo, da nekatere aplikacije, zasnovane za delovanje v paketu windowsov in predvajalnika Windows Media Player, v različici iz člena 6 ne bi zadovoljivo delovale, vsaj če ta ne bi vsebovala nobenega multimedijskega predvajalnika.
- 409 V zvezi s tem sodnik, ki odloča o začasni odredbi, opozarja na to, da lahko – ob upoštevanju dejstva, da je načelo svobodne gospodarske pobude po ustaljeni sodni praksi Sodišča (sodbi Sodišča z dne 13. decembra 1979 v zadevi Hauer, 44/79, Recueil, str. 3727, točke od 31 do 33, in z dne 9. septembra 2004 v zadevi Španija in Finska proti Parlamentu in Svetu, C-184/02 in C-223/02, Recueil, str. I-7789, točka 51) del splošnih načel prava Skupnosti – podjetja, ki poslujejo v Skupnosti, načeloma svobodno izbirajo poslovno politiko, ki se jim zdi primerna. To zlasti pomeni, da je načeloma velja za vsako podjetje, da se svobodno odloči za vrste in značilnosti proizvodov, ki jih namerava dati na trg. Vendar pa ni mogoče šteti, da poseg v poslovno politiko podjetja zanj vedno pomeni veliko in nepopravljivo škodo za predlog za izdajo začasne odredbe. Morebitno velikost in nepopravljivost nekega posega v svobodno gospodarsko pobudo je torej treba presojati glede na okoliščine vsake zadeve (glej zgoraj navedeno točko 292).
- 410 V okoliščinah obravnavane zadeve je treba potrditi, da posega v svobodno gospodarsko pobudo družbe Microsoft, če se presoja sam po sebi in neodvisno od konkretnih učinkov na trg, ni mogoče šteti za nepopravljivega. Če se namreč ne

upošteva posledic, ki bi jih Odločba lahko imela na trgu, preden bi bila morda razglašena za nično, se ne zdi, da družba Microsoft, če bi zmagala v postopku v glavni stvari, ne bi mogla ponovno uporabiti svojega „osnovnega koncepta zasnov“ za vse proizvode, ki jih bo tržila po tej razglasitvi ničnosti. Zato se v tem primeru, tudi če bi družba Microsoft dokazala, da poseg v njeno svobodno gospodarsko pobudo predstavlja veliko škodo, zdi, da le-ta ni nepopravljiva.

411 Kljub temu pa je primerno preučiti, ali bi lahko poseg v svobodno gospodarsko pobudo družbe Microsoft – ob upoštevanju njenih konkretnih posledic na trg v obdobju do sodbe v postopku v glavni stvari – temu podjetju povzročil veliko in nepopravljivo škodo. V zvezi s tem je treba upoštevati posledice za družbo Microsoft, ki bi se lahko pojavile, prvič, zaradi razvoja različice iz člena 6, drugič, zaradi dajanja te različice na trg in, tretjič, zaradi možnosti nakupa te različice s strani strank družbe Microsoft.

412 Prvič, družba Microsoft je na obravnavi navedla, da bi bilo, tudi če se različice iz člena 6 ne bi kupovalo v velikih količinah, poseženo v njeno „zasnovo“, zlasti ob upoštevanju „jalovosti početja“, kar naj bi bil razvoj različice iz člena 6.

413 Kolikor se družba Microsoft s tem sklicuje na potrebo po razvoju različice iz člena 6, ni zadostno pojasnila, kakšne nevšečnosti bi iz take obveznosti nastale. Za popolnost pa sicer obstajajo vsi razlogi za prepričanje, da bi škoda, ki bi jo zaradi tega utrpela družba Microsoft, v bistvu pomenila razvojne stroške. Ob neobstoju nasprotnega dokaza bi taka škoda pomenila finančno škodo, ki pa – razen v izjemnih okoliščinah, ki v obravnavani zadevi niso podane – ni nepopravljiva (sklep predsednika Sodišča z

dne 18. oktobra 1991 v zadevi Abertal in drugi proti Komisiji, C-213/91 R, Recueil, str. I-5109, točka 24, in sklep predsednika Sodišča prve stopnje z dne 28. maja 2001 v zadevi Poste Italiane proti Komisiji, T-53/01 R, Recueil, str. II-1479, točka 119).

- 414 Drugič, kolikor gre argumentacijo družbe Microsoft razumeti v tem smislu, da je utrpela škodo samo zaradi tega, ker bi morala na trg dati različico iz člena 6 in neodvisno od dejanskega nakupa te različice, družba Microsoft ni dovolj pojasnila vrste, velikosti in nepopravljivosti teh domnevnih nevšečnosti. Kolikor gre argumentacijo družbe Microsoft razumeti v tem smislu, da bi se poseglo v njen ugled, bo to obravnavano skupaj z drugo vrsto škode, ki jo uveljavlja (glej v nadaljevanju navedene točke od 442 do 475).
- 415 Družba Microsoft je na obravnavi kljub temu dodala, da naj bi tudi, če ne bi bilo povpraševanja po različici iz člena 6, nastala določena negotovost za tretje, zlasti za ponudnike vsebin. Ti naj namreč ne bi poznali števila različic iz člena 6, ki bi bile distribuirane. To bi po mnenju družbe Microsoft povzročilo zmanjšanje privlačnosti windowsov.
- 416 V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da je treba nujnost nekega predloga za izdajo začasne odredbe presoјati v razmerju do potrebe po začasni odločitvi zaradi preprečitve velike in nepopravljive škode za stranko, ki predlaga začasni ukrep (glej zgoraj v točki 240 navedeno sodno prakso). Zato negotovosti, kolikor bi po mnenju družbe Microsoft lahko povzročila škodo tretjim, ni mogoče upoštevati pri ugotavljanju nujnosti (v tem smislu glej sklep predsednika Sodišča z dne 6. maja 1988 v zadevi Združenje kretskih proizvajalcev citron proti Komisiji, 112/88 R, Recueil, str. 2597, točka 20). Kljub temu pa je treba preučiti argumente družbe Microsoft, po katerih bi negotovost pri tretjih lahko, nasprotno, povzročila zmanjšanje privlačnosti njene platforme.

- 417 Najprej, družba Microsoft ni niti pojasnila niti predložila dokazov, ki bi omogočili natančno presojo glede obstoja, velikosti in nepopravljivosti zmanjšanja privlačnosti windowsov, ki naj bi ga povzročila ta domnevna negotovost. Še posebej pod predpostavko, da zmanjšanje privlačnosti, na katero se sklicuje družba Microsoft, pomeni, da bi se lahko nekatere „od stabilnosti windowsov“ odvisne tretje stranke zaradi trženja različice iz člena 6 odločile, da ne bodo več razvijale proizvodov za to platformo, družba Microsoft ni predložila zadostnih dokazov v podporo temu, da bi se navedeni subjekti za to odločili v precejšnjem obsegu.
- 418 Glede tega sodnik, ki odloča o začasni odredbi, za popolnost ugotavlja, da noben od intervenientov v podporo zahtevkom družbe Microsoft ni navajal, da bi lahko zaradi izvršitve člena 6(a) Odločbe prenehal razvijati proizvode za platformo Windows. Navedene stranke so namreč navajale, da bi jim z izvršitvijo člena 6(a) Odločbe lahko nastala škoda, saj bi to zlasti pomenilo, da bi se morale odločiti, ali se bodo prilagodile negotovosti na trgu ali ne. Na drugi strani pa, prvič, možnost, da se ne odločijo za prilagoditev svojih proizvodov različici iz člena 6, v tej fazi ostaja v veliki meri hipotetična. Drugič pa, tudi če bi bila verjetnost, da ti subjekti svojih proizvodov ne prilagodijo različici iz člena 6, zadostno pravno dokazana, to, kot poudarja Komisija, ne bi dokazovalo, da bi kljub temu prenehali razvijati proizvode za različico windowsov, ki vključuje predvajalnik Windows Media Player. Dejansko noben od intervenientov v podporo družbe Microsoft ni navajal, da bi lahko zaradi Odločbe svoje proizvode začel razvijati za drug operacijski sistem. Tako torej ni dokazano, da bi bilo lahko zmanjšanje privlačnosti windowsov, celo samo v razmerju do navedenih intervenientov, v praksi pomembno za družbo Microsoft.
- 419 Končno, družba Microsoft ni nikjer konkretno dokazala, da bi negotovost glede enotnosti platforme Windows povzročila zmanjšanje privlačnosti pri končnih potrošnikih ali pri njenih strankah.

420 Tretjič, treba je preučiti posledice, ki bi za družbo Microsoft nastale zaradi možnosti, da bi se različico iz člena 6 kupovalo v precejšnjem obsegu.

421 V zvezi s tem je treba predhodno ugotoviti, da ukrep za odpravo kršitev iz členov 4 in 6(a) Odločbe želi doseči prenehanje kršitev, ki jih je ugotovila Komisija, in ne prejudicira prihodnjega razvoja trga. Kot je na obravnavi navedla Komisija, ukrep za odpravo kršitev ne izključuje možnosti, da bi se Windows Media Player glede na svoje prednosti in zaradi konkurence, ki bi se po mnenju Komisije ponovno vzpostavila, v praksi še naprej kupoval vedno skupaj z operacijskim sistemom Windows.

422 Poleg tega družba Microsoft resno dvomi v verjetnost, da se bo različica iz člena 6 prodajala v precejšnjem obsegu.

423 V zvezi s tem iz točk 69 in 70 Odločbe izhaja, da se operacijski sistemi za odjemalske osebne računalnike v bistvu tržijo prek dveh distribucijskih kanalov; prek distribucije končnim potrošnikom in prek distribucije OEM-om, ki odjemalske osebne računalnike sestavljajo in vanje običajno namestijo operacijske sisteme.

424 Družba Microsoft v stališčih o vlogah za vstop v postopek navaja, da je glede distribucije končnim porabnikom „težko videti, kakšne prednosti bi lahko neka stranka iz tega kanala imela zaradi pridobitve različice [iz člena 6] namesto popolne različice windowsov, saj bi se obe ponujali po enaki ceni“. V istih stališčih družba Microsoft navaja, da „si je težko predstavljati, zakaj bi se lahko razumen končni porabnik odločil za tako različico“.

425 Glede OEM-ov, pa družba Microsoft navaja, da „je čisto mogoče, da bi prodajalec multimedijskih predvajalnikov tretjih lahko poskušal nekega OEM-a s finančnim nadomestilom prepričati, naj pridobi licenco za različico [iz člena 6] in jo izključno veže na njegov multimedijski predvajalnik“. Kljub temu pa družba Microsoft nato očita Komisiji, da ni analizirala obsega, v katerem bi bili OEM-i pripravljene skleniti take pogodbe. Dodaja, da „dejstvo, da OEM-i trenutno nameščajo več multimedijskih predvajalnikov in da se zdi, da noben prodajalec multimedijskih predvajalnikov OEM-om ni plačal za odstranitev vsakršnega vidnega dostopa do predvajalnika Windows Media Player [...], kaže na to, da prodajalci multimedijskih predvajalnikov niso dovolj zainteresirani za sklepanje odplačnih izključnih pogodb za prepričevanje OEM-ov za izbiro različice [iz člena 6]“. Poleg tega je družba Microsoft na obravnavi – čeprav je še vedno predvidevala možnost, da bi določeni njeni konkurenti lahko sklenili izključne pogodbe z OEM-i – ponovila dvome glede potencialne pomembnosti prodaje različice iz člena 6.

426 Treba je torej ugotoviti, da družba Microsoft resno dvomi o možnosti, da se bo različica iz člena 6 prodajala v precejšnjem obsegu.

427 Ustaljena sodna praksa je, da mora stranka, ki predlaga izdajo začasne odredbe, predložiti dokaz za to, da ne more čakati na izid postopka v glavni stvari, ne da bi ji zaradi tega nastala velika in nepopravljiva škoda (glej zgoraj v točki 240 navedeno sodno prakso). V tem smislu je dovolj – še posebej kadar je nastanek škode odvisen od obstoja več dejavnikov –, da je škodo mogoče predvideti z zadostno verjetnostjo (zgoraj v točki 241 navedeni sklep Nemčija proti Svetu, točki 22 in 34, in zgoraj v točki 241 navedeni sklep HFB in drugi proti Komisiji, točka 67). Tožeča stranka mora kljub temu dokazati dejstva, ki utemeljujejo potencialni nastanek take velike in nepopravljive škode (zgoraj v točki 241 navedeni sklep HFB in drugi proti Komisiji, točka 67).

- 428 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, v obravnavani zadevi – glede na to, da družba Microsoft ni predložila zadostnih dokazov za nasprotno postopanje – ne more prejudicirati učinka ukrepa za odpravo kršitev iz člena 6 Odločbe na trg. Ugotoviti je torej treba, da možnost da bi se različica iz člena 6 lahko prodajala v precejšnjem obsegu, v tej fazi in ob upoštevanju dokazov, s katerimi razpolaga sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ostaja v veliki meri hipotetična, s čimer se, kot se zdi, strinja tudi družba Microsoft.
- 429 Podlage, na kateri v tej okoliščini temelji s strani družbe Microsoft zatrjevana škoda, torej ni mogoče šteti kot izkazane.
- 430 Kakor koli, tudi pri predpostavki, da bi družba Microsoft pravno zadovoljivo dokazala verjetnost, da bi se različica iz člena 6 prodajala v precejšnjem obsegu, je treba ugotoviti, da se – kot navaja Komisija – družba Microsoft v obravnavani zadevi ne opira na nepovraten razvoj trga, ki bi bil posledica te prodaje. Družba Microsoft bi namreč pri razglasitvi ničnosti Odločbe imela možnost, da ponovno trži samostojno različico windowsov s predvajalnikom Windows Media Player ter da torej ponovno in izključno uporabi to, za kar pravi, da je „osnovni koncept zasnovane“ operacijskega sistema Windows. Ni bilo dokazano, da bi obstajale ovire, ki bi družbi Microsoft preprečevale vrnitev na položaj, ki ga je imel na trgu pred izvršitvijo ukrepa za odpravo kršitev.
- 431 Kljub temu pa družba Microsoft navaja, da bi ji nastala velika in nepopravljiva škoda, in sicer iz dveh ločenih razlogov.
- 432 Prvič, po mnenju družbe Microsoft „bi bile prednosti, ki izhajajo iz enotnosti platforme Windows, nepovratno izgubljene“. Družba Microsoft dodaja, da naj zadevne škode ne bi bilo mogoče povrniti z razglasitvijo ničnosti Odločbe, saj bi na eni strani „inženirji družbe Microsoft morali izhajati iz predpostavke, da vsaj nekaj

kopij windowsov, distribuiranih v EGP, ne bi imelo multimedijske funkcije“, zaradi česar bi morali „precej let upoštevati obstoj dveh različic“.

- 433 Vendar pa družba Microsoft ne pojasni dovolj, kako bi obveznost za njene inženirje vplivala ali onemogočala ponovno uporabo njenega „osnovnega koncepta zasnove“ po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe. Družba Microsoft tako ne pojasni, najprej, kako bi ji bilo po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe preprečeno ponovno in izključno distribuirati različico windowsov s predvajalnikom Windows Media Player.
- 434 Nadalje pa se zdi, da družba Microsoft meni, da škoda, ki jo uveljavlja, ne bi bila časovno neomejena, saj bi se po njenem, mnenju ugotavljala „precej let“.
- 435 Poleg tega družba Microsoft ne predloži dokazov, ki bi omogočali pravno zadostno presojo velikosti škode, ki bi nastala zaradi dodatnih naporov, ki bi jih morali vložiti njeni razvijalci, da bi upoštevali obstoj dveh različic. Zaradi neobstoja natančnejših navedb v tej smeri pa obstajajo vsi razlogi za prepričanje, da bi ta prizadevanja pomenila dodatne stroške in zato finančno škodo, ki razen v izjemnih okoliščinah, ki pa v obravnavani zadevi niso podane, ni nepopravljiva (zgoraj v točki 413 navedena sklepa Albertain in drugi proti Komisiji, točka 24, in Poste Italiane proti Komisiji, točka 119).
- 436 Končno, družba Microsoft tudi ne pojasni, zakaj bi bilo zanjo nemogoče ali vsaj nepopravljivo in zelo škodljivo, če v okviru svoje poslovne politike in pri morebitni razglasitve ničnosti členov 4 in 6(a) Odločbe, ne bi upoštevala obstoja že prodajanih kopij različice iz člena 6.

- 437 Prvi razlog za škodo, na katerega se sklicuje družba Microsoft, torej ne more utemeljiti predvidenega nastanka velike in nepopravljive škode.
- 438 Drugič, družba Microsoft navaja, da bi morali "tretji, ki so odvisni od stabilnosti in koherentnosti platforme Windows", prav tako precej let upoštevati obstoj dveh različic, „kar bi povečalo njihove stroške in trajno zmanjšalo privlačnost windowsov“.
- 439 V zvezi s tem je treba v tem kontekstu ponoviti ugotovitve iz zgoraj navedenih točk od 421 do 428. Ni dokazano, da v praksi obstaja dovolj velika nevarnost – tudi če bi se različica iz člena 6 prodajala v precejšnjem obsegu –, da bi subjekti, ki trenutno razvijajo proizvode za windows, s tem prenehali, ali da bi potrošniki, stranke in drugi subjekti, ki so po mnenju družbe Microsoft odvisni od stabilnosti windowsov, lahko zmanjšali nakupe ali uporabo tega proizvoda.
- 440 Končno, glede obeh razlogov za škodo, ki ju uveljavlja družba Microsoft, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, poleg ugotovitve iz zgoraj navedene točke 430 meni, da je Komisija v vsakem primeru predložila prepričljive dokaze, ki dokazujejo, da bi družba Microsoft po morebitni razglasitvi ničnosti Odločbe lahko zaradi distribucije predvajalnika Windows Media Playea in tako ponovne navezave, vsaj v veliki meri, tega na njen operacijski sistem, uporabila določene mehanizme, zlasti posodobitev svojega operacijskega sistema. Družba Microsoft in intervenienti, ki jo podpirajo, teh navedb niso izpodbijali dovolj podrobno, da bi bilo mogoče izključiti veliko verjetnost, da bi družba Microsoft lahko distribuirala predvajalnik Windows Media Player v popolnoma zadostnem obsegu, da bi preprečila veliko škodo, ki jo uveljavlja.

441 Treba je torej zaključiti, da družba Microsoft ni dokazala, da bi ji izvršitev člena 6(a) Odločbe zaradi posega v njen „osnovni koncept zasnove“ ali, splošneje, zaradi posega v njeno svobodno gospodarsko pobudo povzročila veliko in nepopravljivo škodo.

b) Domnevno škodovanje ugledu družbe Microsoft

442 Družba Microsoft navaja, da bo izvršitev člena 6(a) Odločbe škodovala njenemu ugledu „razvijalca kakovostne programske opreme“, v bistvu zaradi nepravilnega delovanja, ki bo po mnenju družbe Microsoft vplivalo na različico iz člena 6.

443 Škoda, ki jo v obravnavani zadevi uveljavlja družba Microsoft, temelji v veliki meri na predpostavki, da bo različica windowsov iz člena 6 vplivala na delovanje aplikacij in spletnih strani, ki priklicujejo nekatere funkcije predvajalnika Windows Media Player, ter na nekatere elemente operacijskega sistema Windows.

444 Treba je torej najprej presoditi, v kakšnem obsegu težave, na katere se sklicuje družba Microsoft, obstajajo, in če je tako, ali bi jih bilo mogoče zlahka preprečiti.

445 V zvezi s tem je treba najprej ugotoviti, da je Komisija v odgovor na vprašanja sodnika, ki odloča o začasni odredbi, navedla, da naj bi bil po njenem mnenju proizvod, ki ima značilnosti, kot jih omenja družba Microsoft – to je proizvod, ki operacijskemu sistemu ne omogoča priklicevanja funkcij, ki jih družba Microsoft omenja kot manjkajoče –, „popolnoma delujoča“ različica windowsov v smislu člena

6(a) Odločbe, če so navedene funkcije tiste, ki jih Windows Media Player običajno ponuja.

- 446 Nadalje je primerno ločeno preučiti težave, ki bi po mnenju družbe Microsoft vplivale na delovanje operacijskega sistema Windows, in težave, ki bi po mnenju družbe Microsoft vplivale na delovanje nekaterih aplikacij in spletnih strani.
- 447 Družba RealNetworks je na eni strani glede težave, ki bi po mnenju družbe Microsoft vplivale na delovanje operacijskega sistema Windows, razvila in izvedla serijo testov, da bi dokazala, da jih je mogoče rešiti z namestitvijo multimedijskega predvajalnika tretjega podjetja. Družba Microsoft ne nasprotuje, da bi bilo tako za del težav, na katere se sklicuje, vendar pa navaja, da bi nerešene težave ostale in da bi bil obseg njihove rešitve odvisen od nameščenega multimedijskega predvajalnika.
- 448 Sodnik, ki odloča o začasni odredbi, ob upoštevanju dokazov strank meni, da ni bilo dokazano, da bi multimedijski predvajalniki tretjih podjetij lahko v vseh okoliščinah zagotavljali popolno nadomestitev funkcij, ki jih je opredelila družba Microsoft. Nadomestitev teh je namreč precej odvisna od tehničnih možnosti nameščenega multimedijskega predvajalnika. Po drugi strani pa bi namestitev takega multimedijskega predvajalnika lahko omogočila, da bi se te različne funkcije nadomestilo v precej velikem obsegu.
- 449 Na drugi strani glede težav pri uporabi nekaterih aplikacij in spletnih strani pa je treba ob upoštevanju dokazov, ki so jih predložili intervenienti v podporo zahtevkom Komisije, prav tako ugotoviti, da bi bilo mogoče zadevne funkcije v veliki meri nadomestiti z namestitvijo multimedijskih predvajalnikov tretjih podjetij. Poleg tega

bi bili razvijalci spletnih strani in aplikacij, ki se trenutno opirajo na predvajalnik Windows Media Player, močno spodbujeni, čeprav bi to lahko zanje pomenilo stroške, da uporabnike spodbujajo k prenosu te programske opreme, ali da jo sami distribuirajo po licencah, ki jih v ta namen običajno podeljuje družba Microsoft.

450 Iz prejšnjih treh točk navedeni dejavniki precej zmanjšujejo verjetnost, da bi končni potrošniki lahko odkrili težave, na katere se sklicuje družba Microsoft.

451 Družba Microsoft je v stališčih o vlogah za vstop v postopek in na obravnavi sicer res navajala, da bi bilo mogoče domnevne težave rešiti – v testih, ki jih je izvedela družba RealNetworks –, le če bi se namestile nekatere kode predvajalnika Windows Media Player. Temu Komisija in družba RealNetworks nista formalno nasprotovali za težave v zvezi z delovanjem nekaterih aplikacij in spletnih strani. Družba RealNetworks pa je kljub temu navajala, da je bila namestitev teh kod izvedena s strani samih aplikacij, pri spletnih straneh pa prek mehanizma prenosa, ki je na voljo na teh spletnih straneh. Stranke se torej delno strinjajo z argumentacijo družbe Microsoft. Vendar pa ta v nobenem primeru ne vpliva na presojo nujnosti predlaganečasne odložitve izvršitve. V obravnavani zadevi je namreč brez pomena to, da bi bilo mogoče nekatere težave, na katere se sklicuje družba Microsoft, rešiti le z namestitvijo – s strani same zadevne aplikacije ali prek spletne strani – nekaterih kod predvajalnika Windows Media Player ali celo, odvisno od primera, vseh kod predvajalnika Windows Media Player, če bi ta namestitev lahko učinkovito rešila zadosten del težav, na katere se sklicuje družba Microsoft.

452 Prav tako ni relevantna argumentacija družbe, po kateri bi diferencirana ponovna namestitev nekaterih kod predvajalnika Windows Media Player povzročila težave pri varnosti ali stabilnosti različice iz člena 6. Družba Microsoft namreč ni predložila

dokazov o tem, da bi lahko morebitna namestitvev starih kod predvajalnika Windows Media Player povzročila nestabilnost operacijskega sistema Windows ali da bi se lahko pojavile druge tovrstne težave. Končno, kolikor družba Microsoft razume, da dodajanje ločenih kod različnim kopijam različice iz člena 6 postavlja pod vprašaj enotnost njene platforme, s tem ne dodaja ničesar k argumentaciji glede poseganja v njen „osnovni koncept zasnove“, ki je bila že zavrnjena (glej zgoraj navedene točke od 406 do 441).

453 Torej ni dokazano, da težav, na katere se sklicuje družba Microsoft, ne bi bilo mogoče vsaj v veliki meri preprečiti.

454 Drugič, kakor koli pa – kolikor nekatere izmed težav, na katere se sklicuje družba Microsoft, ostanejo – je treba ugotoviti, da družba Microsoft sodniku, ki odloča o začasni odredbi, ni predložila dokazov, ki bi pravno zadostno izkazovali to, da bi končni potrošniki ali splošneje njene stranke morebitno nedelovanje ali nepravilno delovanje njegovih funkcij povezovali z nepredvidenim nepravilnim delovanjem proizvoda družbe Microsoft in ne z običajnimi posledicami neobstoja multimedij-skega predvajalnika, natančneje predvajalnika Windows Media Player. Tudi ob predpostavki, da bi namreč obstajale vse s strani družbe Microsoft navedene težave in da se jim ne bi bilo mogoče izogniti, družba Microsoft ni dokazala, da ne bi bilo mogoče ali z Odločbo prepovedano, da bi svoje stranke opozorila na objektivne lastnosti različice iz člena 6 in jim tako omogočila izbiro na podlagi seznanjenosti z vsemi dejstvi.

455 V zvezi s tem je družba Microsoft sicer res navajala, da zanjo ne bi bilo mogoče, da bi izvedla preizkuse za identifikacijo vseh napak različice iz člena 6, zlasti pa vseh aplikacij, ki v tej različici ne bi delovale. Vendar pa ni predložila nobenega dokaza, na podlagi katerega bi bilo mogoče presoditi o tem, ali v zvezi s težavami, ki bi po

njenem mnenju nastale v njenem operacijskem sistemu, ne bi bilo mogoče izvesti navedenih preizkusov. Nadalje, glede preizkusov za oceno pravilnega delovanja nekaterih aplikacij in spletnih strani družba Microsoft ni dokazala, zakaj dejstvo, da bi njene stranke vedele, da predvajalnika Windows Media Player ni v različici iz člena 6, ne bi zadostovalo za njihovo obveščenost o možnosti, da nekatere aplikacije in spletne strani, ki se opirajo na funkcije predvajalnika Windows Media Player, ne bi mogle ustrezno delovati.

456 Splošneje pa je treba poudariti, da je Komisija izrecno navedla, da ima po njenem mnenju družba Microsoft pravico stranke obvestiti o odsotnosti predvajalnika Windows Media Player iz različice iz člena 6. Družba Microsoft ni izkazala, da bila taka seznanjenost ne bi bila zadostna za to, da bi njene stranke lahko razumele morebitne posledice njihove izbire za razpoložljivost nekaterih multimedijskih funkcij.

457 Glede neposredne distribucije njenih proizvodov končnim potrošnikom, čeprav navaja, da jih le malo razume način, na katerega aplikacije Windows priklicujejo multimedijske funkcije, pa ne predloži nobenega dokaza v podporo svojim navedbam, ki bi omogočil presojo dejanskega neznanja potrošnikov.

458 Sicer pa, glede distribucije OEM-om, obstajajo vsi razlogi za prepričanje, da so ti posebej poučeni kupci in da so sposobni premišljeno izbirati. Če zaradi tega različica iz člena 6 predstavlja nepopravljive težave, na katere se sklicuje družba Microsoft, potem obstajajo – pri neobstoju nasprotnih dokazov – vsi razlogi za prepričanje, da je OEM-i preprosto ne bodo kupovali ali da jo bodo kupovali ob popolni poučenosti glede dejstev in torej brez škode za družbo Microsoft.

459 V teh okoliščinah ni izkazano, da bi odločitev neke stranke družbe Microsoft, katere koli že, za različico iz člena 6 in posledično nastanek težav, ki bi jih imela zaradi tega in na katere se sklicuje družba Microsoft, lahko škodovala ugledu tega podjetja.

460 Tretjič, tudi ob predpostavki, da bi bilo pravno zadostno izkazano, da vseh težav, na katere se sklicuje družba Microsoft, ne bi bilo mogoče preprečiti ter da stranke in potrošniki ne bi mogli premišljeno izbirati, družba Microsoft ni predložil adokazov, ki bi omogočali presojo dejanske velikosti teh napak, zlasti pa v kolikšni meri bi lahko konkretno vplivale na njen ugled pri različnih subjektih iz sektorja.

461 Družba Microsoft namreč ne predloži dokazov, ki bi izkazovali, da bi lahko napake, ki jih je identificirala, precej vplivale na razumevanje končnih potrošnikov in OEM-ov. Družba Microsoft zlasti ni predložila nobenega dokaza glede tega, kako subjekti razumejo funkcije, ki jih v predlogu opisuje kot tiste z napakami. Družba Microsoft je v zvezi s tem večkrat navedla primer mape „My Music“, ki ponuja podroben ogled na trdi disk nekega odjemalskega osebnega računalnika posnetih datotek, natančneje pa nekaterih digitalnih multimedijjskih vsebin. Po mnenju družbe Microsoft različica iz člena 6 ne bi omogočala takega podrobnega ogleda, s konkurenčnim multimedijjskim predvajalnikom ali brez njega. Vendar pa družba Microsoft ne predloži nobenega dokaza, ki bi sodniku, ki odloča o začasni odredbi, omogočil presojo verjetnosti, da bi bila ta težava s strani končnih potrošnikov lahko razumljiva. Prav tako družba Microsoft ni izkazala, da bi ta težava – ob predpostavki, da bi bila lahko razumljiva – lahko precej vplivala na njen ugled. Zato sodnik, ki odloča o začasni odredbi – ob neobstoju zadostnih dokazov glede dejanskega pomena zadevnih funkcij za končne potrošnike in glede njihovih pričakovanj –, ne more oceniti dejanskih posledic težav, na katere se sklicuje družba Microsoft, za njen ugled.

462 Poleg tega pa družba Microsoft tudi ni dokazala, da bi izvršitev člena 4 in 6 (a) Odločbe precej vplivala na njen ugled pri drugih gospodarskih subjektih, ki niso

njene stranke, in zlasti na njen ugled pri ustvarjalcih spletnih strani ter razvijalcih aplikacij. Sicer pa je v zvezi s tem pomembno ugotoviti, da nobena od strank, ki so intervenirale v podporo družbe Microsoft, ni navajala, da bi se lahko njihovo dožemanje tega podjetja spremenilo ali da bi obstajala možnost, da ne bi več razvijali svojih proizvodov zaradi uporabe s proizvodi družbe Microsoft.

463 Četrlič, ni očitno, da Windows Media Player ne bi bil lahko dostopen in ga ne bi bilo mogoče preprosto namestiti v različico iz člena 6. Zato družba Microsoft – tudi ob predpostavki, da nekateri potrošniki ali stranke ne bi premišljeno izbrali in da bi z njihove strani zato obstajalo določeno nezadovoljstvo – ni dokazala, zakaj tega ne bi mogla preprosto preprečiti s tem, da bi jih obvestila o možnosti, da lahko Windows Media Player kupijo naknadno.

464 Petič in še vedno ob predpostavki, da bi bile domnevne napake pravno zadostno dokazane in ne bi bile popravljive, bi bila raven škodovanja ugledu družbe Microsoft v veliki meri odvisna od dejanske distribucije različice iz člena 6. V tem smislu je treba ponoviti že ugotovljeno (glej zgoraj navedene točke od 421 do 428), in sicer da zaradi neobstoja zadostnih dokazov ni naloga sodnika, ki odloča o začasni odredbi, da prejudicira učinke ukrepa za odpravo kršitev na trg, in da hkrati tudi družba Microsoft izraža pomisleke glede pomena prodaje različice iz člena 6 in ne navaja, da obstaja nevarnost nepovratnega razvoja na trgu.

465 Šestič, tudi ob predpostavki, da bi družba Microsoft kljub vsemu navedenemu pravno zadostno dokazala nevarnost velike škode za njen ugled, pa ni dokazala obstoja strukturnih ali pravnih ovir, ki bi preprečevale izvedbo ukrepov obveščanja, ki bi ji omogočili povrnitev ugleda.

466 Družba Microsoft torej ni uspela dokazati, da bi izvršitev členov 4 in 6 (a) Odločbe lahko povzročila veliko in nepopravljivo škodo njenemu ugledu.

467 Družba Microsoft kljub temu uveljavlja škodo za svoj ugled še na dva dodatna in posebna načina, to je s poseganjem v njene znamke in s poseganjem v njeno avtorsko pravice.

1) Domnevno škodovanje znamkam družbe Microsoft

468 Najprej glede škodovanja znamkam družbe Microsoft – kolikor naj bi to povzročalo škodo njenemu ugledu ali bilo posledica te škode –, zlasti zaradi slabe kakovosti različice iz člena 6, je treba to argumentacijo zavrniti iz zgoraj v točkah od 454 do 459 že navedenih razlogov. Družba Microsoft namreč zlasti ni dokazala, da bi domnevne napake, tudi če bi obstajale, negativno in precej vplivale na razumevanje končnih potrošnikov. Treba je torej zlasti zavrniti argumentacijo iz „Mnenja o pravu znamk“ (priloga R.6), priloženega k predlogu družbe Microsoft.

469 Poleg tega, kolikor argumentacija družbe Microsoft pomeni, da znamka Windows ne bi več jamčila za prisotnost njenega „osnovnega koncepta“, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, opozarja na to, da je temeljna funkcija znamke potrošniku ali končnemu uporabniku zagotavljati identiteto porekla z znamko varovanega proizvoda ali storitve s tem, da mu omogoča brez nejasnosti ta proizvod ali storitev razlikovati od tistih, ki so drugačnega porekla. Da bi znamka lahko odigrala svojo

vlogo temeljnega elementa neizkrivljene konkurence, ki jo želi vzpostaviti Pogodba ES, mora zagotavljati, da so bili vsi z njo varovani proizvodi in storitve proizvedeni pod nadzorom samo enega podjetja, ki se mu lahko pripiše tudi odgovornost za njihovo kakovost (glej zlasti sodbo Sodišča z dne 29. aprila 2004 v zadevi Björnekulla Fruktindustrier, C-371/02, Recueil, str. I-5791, točka 20). Kolikor naj bi znamka omogočala zagotavljanje prisotnosti določenih objektivnih lastnosti proizvoda, kot se zdi da trdi družba Microsoft, sodnik, ki odloča o začasni odredbi, kakor koli ne razpolaga z dokazi, ki bi mu omogočali dovolj natančno presojo – prek razumevanja lastnega „osnovnega koncepta“ in lastne znamke družbe Microsoft –, kako znamko dejansko razumejo stranke na zadevnem trgu. To zlasti velja za dokaze, ki omogočajo presojo objektivnih lastnosti, ki bi lahko bile z vidika navedenih strank z njo povezane, in, odvisno od primera, dejanske resnosti spremembe teh lastnosti.

470 Kakor koli, ker bo imela družba Microsoft pri razglasitvi ničnosti člena 6(a) Odločbe možnost ponovno in izključno tržiti različico windowsov s predvajalnikom Windows Media Player ter ker ni dokazala, da zanjo po potrebi ne bi bilo mogoče izvesti ustrezne ukrepe obveščanja javnosti, ni dokazala, da domnevna škoda za njeno znamko, če bi bila dokazana in velika, ne bi bila popravljiva.

2) Domnevno škodovanje avtorski pravici družbe Microsoft

471 Nazadnje glede domnevnega škodovanja avtorski pravici družbe Microsoft je treba predhodno poudariti, da ta ni navedla, zakaj naj bi bil lahko poseg v navedeno pravico povezan s škodovanjem njenemu ugledu, ki ga uveljavlja.

472 Poleg tega je argumentacija družbe Microsoft na tem mestu zelo kratka in še posebej ni jasna. Družba Microsoft se v tem kontekstu ne sklicuje na konkretne predpise, po katerih naj bi to, da mora sama prilagoditi svoje delo – čeprav prisilno –, predstavljalo kršenje njene avtorske pravice.

473 Poleg tega samo dejstvo, da bi neka odločitev Komisije v določeni meri lahko vplivala na pravice intelektualne lastnine, brez dodatnih pojasnil ni zadostno za sklepanje o obstoju velike in nepopravljive škode, vsaj neodvisno od konkretnih učinkov navedene kršitve. V obravnavani zadevi so edini konkretni učinki, ki jih navaja družba Microsoft, tisti, ki so bili predhodno navedeni in zavrženi kot nezadostni za to, da bi lahko predstavljali veliko in nepopravljivo škodo (zgoraj navedene točke od 411 do 466).

474 Končno, kolikor družba Microsoft navaja, da bi ji prisotnost kopij različice iz člena 6 – to je prisilne prilagoditve njenega dela – v obtoku povzročila nepremoženjsko škodo, ta ob neobstoju nasprotnih dokazov ne bi bila niti velika niti nepopravljiva. Še toliko bolj pa to velja, ker – kot je bilo že ugotovljeno v zgoraj navedenih točkah od 422 do 429 – ni dokazano, da bi bilo mogoče različico iz člena 6 distribuirati v precejšnjem obsegu ali da naknadna distribucija predvajalnika Windows Media Player v precejšnji meri ne bi nadoknadila distribucije različice iz člena 6.

475 Družba Microsoft torej ni uspela dokazati, da bi ji izvršitev člena 6(a) Odločbe lahko povzročila veliko in nepopravljivo škodo zaradi škodovanja njenemu ugledu.

476 Zato družba Microsoft ni dokazala, da bi ji izvršitev člena 6(a) Odločbe lahko povzročila veliko in nepopravljivo škodo. Tako je treba predlog za odložitev izvršitve člena 6(a) Odločbe zavrniti, ne da bi bilo treba tehtati zadevne interese.

477 Glede predloga za odlog izvršitve člena 4 Odločbe (zgoraj navedena točka 27), mu ni mogoče slediti. Prvič, treba je ugotoviti, da ta člen v prvem odstavku napotuje na člena 5 in 6 Odločbe. Neobstoj nujnosti odreditve odloga izvršitve členov 5 in 6 torej nujno pomeni zavrnitev predloga za odlog izvršitve določbe, ki nanju napotuje. Drugič, kolikor se s predlogom za izdajo začasne odredbe želi doseči odložitev izvršitve drugega odstavka člena 4 Odločbe, zadostuje ugotovitev, da družba Microsoft ni podala zadostne argumentacije v podporo temu zahtevku in da kakršni koli učinki prepovedi iz te alineje v tej fazi ostajajo povsem hipotetični.

478 Predlog je treba torej v celoti zavrniti.

Iz teh razlogov je

PRESEDNIK SODIŠČA PRVE STOPNJE

sklenil:

- 1. Predlogu za zaupno obravnavo, ki ga je vložila družba Microsoft Corp., se v fazi postopka za izdajo začasne odredbe ugodi.**

2. **Audiobanner.com, ki posluje pod firmo VideoBanner, se v postopku za izdajo začasne odredbe dovoli intervencija v podporo zahtevkom Komisije.**

3. **Computer & Communications Industry Association se v postopku za izdajo začasne odredbe črta iz zadeve kot intervenient v podporo zahtevkom Komisije.**

4. **Novell Inc. se v postopku za izdajo začasne odredbe črta iz zadeve kot intervenientka v podporo zahtevkom Komisije.**

5. **Predlog za izdajo začasne odredbe se zavrne.**

6. **Odločitev o stroških se pridrži.**

V Luxembourg, 22. decembra 2004.

Sodni tajnik

H. Jung

Predsednik

B. Vesterdorf

Stvarno kazalo

Stanje pred postopkom	II - 4473
Izpodbijana Odločba	II - 4475
I – Upoštevni trgi, identificirani v Odločbi, in prevladujoči položaj družbe Microsoft na dveh od teh trgov	II - 4475
Upoštevni trgi, identificirani v Odločbi	II - 4475
Prevladujoči položaj družbe Microsoft na trgu operacijskih sistemov za odjemalske osebne računalnike in na trgu operacijskih sistemov za strežnike delovnih skupin	II - 4477
II – Ravnanja zlorabe, identificirana v Odločbi	II - 4479
Zavrnitev, identificirana v Odločbi	II - 4479
Vezana prodaja, identificirana v Odločbi	II - 4480
III – Ukrepi za odpravo kršitev in globa, naložena družbi Microsoft	II - 4482
Postopek zaradi kršitev ameriškega prava o konkurenci (antitrust)	II - 4484
Postopek	II - 4485
Pravna vprašanja	II - 4491
I – Predlog za zaupno obravnavo	II - 4493
II – Vloga za vstop v postopek družbe VideoBanner	II - 4493
III – Učinki umika nekaterih intervenientov	II - 4494
IV – Spoštovanje formalnih pogojev glede pisnih vlog	II - 4495
Sklicevanje na tožbo iz postopka v glavni stvari	II - 4495
Predložitev listin med postopkom	II - 4497
Pomanjkanje dokazov	II - 4498
Nespoštovanje nekaterih drugih formalnih pogojev	II - 4499

MICROSOFT PROTI KOMISIJI

V – Vsebina	II - 4499
Vprašanje informacij o interoperabilnosti	II - 4499
A – Argumenti strank	II - 4499
1. Argumenti družbe Microsoft in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenim zahtevkom	II - 4499
a) Fumus boni juris	II - 4499
b) Nujnost	II - 4504
1) Kršitev pravic intelektualne lastnine	II - 4504
i) Informacije velike vrednosti	II - 4504
ii) Informacije, varovane s pravicami intelektualne lastnine	II - 4505
Avtorskopravno varstvo	II - 4506
Patentno varstvo	II - 4507
Varstvo s poslovno skrivnostjo	II - 4508
Potrebnost informacij	II - 4509
Velika in nepopravljiva škoda	II - 4510
2) Poseg v svobodno gospodarsko pobudo družbe Microsoft ..	II - 4512
i) Svoboda razkrivanja informacij	II - 4512
ii) Svoboden razvoj svojih proizvodov	II - 4514
iii) Potreba po „povečanju odpornosti“ protokolov	II - 4514
3) Nepovratna sprememba pogojev na trgu	II - 4516
c) Tehtanje interesov	II - 4517
2. Argumenti Komisije in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov	II - 4520
a) Predhodne ugotovitve	II - 4521
1) Avtorska pravica	II - 4521

2) Patenti	II - 4525
3) Poslovne skrivnosti	II - 4526
b) Fumus boni juris	II - 4528
c) Nujnost	II - 4531
d) Tehtanje interesov	II - 4531
B – Presoja sodnika, ki odloča o začasni odredbi	II - 4531
1. Fumus boni juris	II - 4531
2. Nujnost	II - 4539
a) Predhodne ugotovitve	II - 4540
b) Velika in nepopravljiva škoda, povzročena z obveznostjo razkritja specifikacij protokolov od strežnik do strežnika	II - 4543
1) Kršitev pravic intelektualne lastnine	II - 4544
i) Razkritje informacij o interoperabilnosti	II - 4544
ii) Uporaba informacij o interoperabilnosti	II - 4550
Domnevna razdrobitev informacij	II - 4550
Argument, po katerem bodo proizvodi ostali v distribucijskih kanalih	II - 4553
Domnevno „kloniranje“ proizvodov	II - 4556
2) Domnevna kršitev svobodne gospodarske pobude	II - 4558
i) Domnevna bistvena sprememba poslovne politike	II - 4560
ii) Domnevne težave pri izboljševanju protokolov	II - 4562
iii) Domnevna potreba po „povečanju odpornosti“ protokolov	II - 4565
3) Domnevno nepovratna sprememba pogojev na trgu	II - 4566
c) Velika in nepopravljiva škoda, povzročena z obveznostjo razkritja specifikacij protokolov od odjemalca do strežnika ...	II - 4567

MICROSOFT PROTI KOMISIJI

Vprašanje vezane prodaje	II - 4569
A – Argumenti strank	II - 4569
1. Argumenti družbe Microsoft in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov	II - 4569
a) Fumus boni juris	II - 4569
b) Nujnost	II - 4573
1) Škoda, ki naj bi po mnenju družbe Microsoft izhajala iz opustitve osnovnega koncepta zasnove operacijskega si- stema Windows	II - 4573
2) Škodovanje ugledu družbe Microsoft	II - 4574
c) Tehtanje interesov	II - 4580
1) Neobstoj potrebe po takojšnji izvršitvi člena 6(a) Odločbe.	II - 4580
2) Škoda zaradi takojšnje izvršitve člena 6(a) Odločbe	II - 4583
3) Obveznosti Skupnosti na podlagi Sporazuma TRIPS	II - 4585
2. Argumenti Komisije in strank, ki jim je bilo dovoljeno intervenirati v podporo njenih zahtevkov	II - 4585
a) Fumus boni juris	II - 4585
b) Nujnost	II - 4588
c) Tehtanje interesov	II - 4588
B – Presoja sodnika, ki odloča o začasni odredbi	II - 4589
1) Fumus boni juris	II - 4589
2) Nujnost	II - 4594
a) Domnevno škodovanje „osnovnemu konceptu zasnove“ opera- cijskega sistema Windows	II - 4594
b) Domnevno škodovanje ugledu družbe Microsoft	II - 4604
1) Domnevno škodovanje ugledu družbe Microsoft	II - 4611
2) Domnevno škodovanje znamkam družbe Microsoft	II - 4612