

**Förhørsombudets slutrapport (Ärende COMP/C-3/37.792 – Microsoft)**

(enligt artiklarna 15 och 16 i kommissionens beslut 2001/462/EG, EKSG av den 23 maj 2001 om kompetensområdet för förhørsombudet i vissa konkurrensförfaranden – EGT L 162, 19.6.2001, s. 21)

(2009/C 166/07)

Utkastet till beslut i detta ärende föranleder följande iakttagelser:

*Förfarandet enligt artikel 24.1 på grundval av det slutliga beslutet av den 24 mars 2004*

Den 24 mars 2004 antog kommissionen beslut 2007/53/EG om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet mot Microsoft Corporation (ärende COMP/C-3/37.792 – Microsoft, EUT L 32, 6.2.2007, s. 23).

I detta beslut (nedan kallat *beslutet*) fann kommissionen bland annat att Microsoft hade överträtt artikel 82 i EG-fördraget (nedan kallad *artikel 82*) och artikel 54 i EES-avtalet genom att, från oktober 1998 fram till dagen för beslutet, vägra att lämna viss specifik "information om kompatibilitet" till säljare av operativsystemprodukter för arbetsgruppservrar, så att dessa skall kunna utveckla och distribuera sådana produkter <sup>(1)</sup>.

Den 10 november 2005 antog kommissionen ett beslut enligt artikel 24.1 i förordning (EG) nr 1/2003 (nedan kallat *beslutet enligt artikel 24.1*). I artikel 1 i detta beslut föreskriver kommissionen att "Microsoft Corporation skall säkerställa att det senast den 15 december 2005 helt rättar sig efter de skyldigheter som anges i artikel 5 a och 5 c i beslutet. Om Microsoft Corporation inte uppfyller skyldigheterna skall det från den dagen åläggas ett vite på 2 miljoner euro per dag."

I beslutet enligt artikel 24.1 fastställdes två fall där Microsoft inte uppfyllde sina skyldigheter enligt artikel 5 a och 5 c i beslut 2007/53/EG. Förfarandet rör uteslutande Microsofts skyldighet enligt artikel 5 a i beslutet att ta ut en skälig ersättning för tillgång till eller användning av informationen om kompatibilitet.

*Förfarandet enligt artikel 24.2 på grundval av beslutet enligt artikel 24.1*

Den 12 juli 2006 antog kommissionen ett första beslut enligt artikel 24.2 i förordning (EG) nr 1/2003 (nedan kallat *det första beslutet enligt artikel 24.2*) enligt vilket det slutliga vite som förelades genom beslutet enligt artikel 24.1 fastställdes till 280,5 miljoner euro <sup>(2)</sup> för perioden mellan den 16 december 2005 och den 20 juni 2006 för den första delen av den bristfällighet som fastställts i beslutet enligt artikel 24.1, nämligen att Microsoft inte lämnat fullständig och korrekt teknisk dokumentation innehållande information om kompatibilitet.

Såsom anges i det första beslutet enligt artikel 24.2 behöll kommissionen en möjlighet att fastställa ett slutligt vite beträffande den andra delen av bristfälligheten som fastställdes i beslutet enligt artikel 24.1 från och med den 16 december 2005, om kommissionen konstaterar att Microsoft inte har tagit ut en skälig ersättning för tillgång till eller användning av informationen om interoperabilitet <sup>(3)</sup>.

Det föreliggande utkastet till beslut fastställer det slutliga vitesbelopp som ska åläggas Microsoft för bristande efterlevnad av skyldigheten att ta ut en skälig ersättning för tillgång till eller användning av informationen om kompatibilitet.

*Åtgärder som Microsoft vidtagit för att uppfylla artikel 5 a och kommissionens svar*

Mellan den 27 maj 2004, då Microsoft inkom med en första beskrivning av de åtgärder som det avsåg att vidta för att uppfylla artikel 5 a och 5 c i beslutet, till i dag, har det ägt rum ett flertal skriftväxlingar mellan kommissionen och Microsoft beträffande den del av beslutet som avser rimlig ersättning.

<sup>(1)</sup> Förstainstansrätten fastställde den 17 september 2007 det viktiga delarna i det beslut som Microsoft hade överklagat. Microsoft lät därefter meddela att man inte tänkte överklaga förstainstansrättens dom.

<sup>(2)</sup> Kommissionens beslut av den 12 juli 2006 om fastställande av det slutliga vite som ålagts Microsoft Corporation genom beslut K(2005) 4420 slutligt och om ändring av det beslutet avseende det slutliga vitesbeloppet (ärende COMP/C-3/37.792 – Microsoft), K(2006) 3143 slutligt.

<sup>(3)</sup> Skäl 244 i beslutet enligt artikel 24.2.

I en skrivelse av den 29 oktober 2004 ansåg Microsoft att den beskrivning av åtgärderna som gavs i dess skrivelse av den 27 maj 2004 uppfyllde Microsofts skyldighet enligt artikel 5 d i beslutet. (Företaget) inkom även med två utkast till avtal som det avsåg att erbjuda som en del av ett arbetsgruppsserverprotokollprogram (*Work Group Server Protocol Program*) (nedan kallade 2004 års WSPP-avtal).

Därefter ägde ett flertal skriftväxlingar rum under återstoden av 2004 och första halvåret 2005, i vilka kommissionen bad om (bl.a. formellt genom begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr (EG) 1/2003) ytterligare förklaringar och dokumentation från Microsoft, vilka Microsoft besvarade genom att inkomma med ett flertal rapporter, promemorior och ändrade versioner av 2004 års WSPP-avtal. Kommissionen sände även begäranden om upplysningar till tredje parter och bad dem ge sina synpunkter på de ersättningsnivåer som föreslagits av Microsoft.

Genom ett beslut av den 28 juli 2005 inrättade kommissionen en övervakningsmekanism genom att utse en övervakare med bestämda uppgifter och skyldigheter. Övervakarens uppgift är att bistå kommissionen i dess övervakning av att Microsoft rättar sig efter beslutet<sup>(4)</sup>. Den 5 oktober 2005 valde kommissionen en övervakare från en lista på fyra experter som Microsoft lämnat.

Mellan augusti och december 2005 inkom Microsoft med ändrade WSPP-avtal och ett flertal olika rapporter i syfte att motivera ersättningsnivån i WSPP-avtalen.

Den 7 april 2006 tillställde kommissionen Microsoft övervakarens granskning av det material som avsåg att motivera Microsofts ersättningsnivåer i WSPP-avtalen och som hade översänts den 15 december 2005 (nedan kallad *övervakarens innovationsrapport från mars 2004*).

Som ett resultat av detta, fortsatte Microsoft att – från maj till november 2006 – lämna synpunkter som svar på övervakarens innovationsrapport från mars 2004 och att överlämna ändrade WSPP-avtal vid ett flertal tillfällen.

I februari 2007 mottog kommissionen ett flertal olika rapporter från övervakaren och TAEUS, kommissionens externa rådgivare. I ljuset av de rapporter som inlämnats av övervakaren och TAEUS fattade kommissionen det preliminära beslutet att Microsoft ännu inte uppfyllde sina skyldigheter att ta ut en rimlig ersättning för tillgång till eller användning av informationen om interoperabilitet enligt artikel 5 a i beslutet.

### **Meddelandet om invändningar**

Den 1 mars 2007 delgav kommissionen Microsoft ett meddelande om invändningar (nedan kallat *meddelandet om invändningar*) och gav Microsoft fem veckor för att svara.

Den 9 mars 2007 begärde Microsoft utökad tidsfrist för att besvara meddelandet om invändningar. Jag godkände begäran den 15 mars 2007 och förlängde tidsfristen till den 23 april 2007. Microsoft svarade inom tidsfristen.

### **Tillgång till handlingar i ärendet**

Microsoft begärde tillgång till handlingarna i ärendet den 2 mars 2007, vilket beviljades den 5 mars 2007, i kommissionens lokaler.

Den 27 april 2007 översände Microsoft en rättelse till sitt svar på meddelandet om invändningar. Microsoft begärde ytterligare tillgång till handlingarna i ärendet den 9 maj 2007.

Den 11 maj 2007 inkom TAEUS, övervakaren och dennes rådgivare med rapporter om Microsofts expertrapporter som bifogats svaret på meddelandet om invändningar, och Microsoft bereddes den 14 maj 2007 tillgång till dessa rapporter samt till kopior på samtliga synpunkter från tredje parter på meddelandet om invändningar och på svaret på meddelandet om invändningar.

Den 16 maj 2007 begärde Microsoft ytterligare tillgång till handlingarna i ärendet, vilket beviljades den 23 maj 2007.

<sup>(4)</sup> Se artikel 7 i beslutet och artikel 3 i övervakarbeslutet.

Den 21 maj 2007 inkom Microsoft med en ändrad version av WSPP-avtalen, som innehöll en reviderad tabell över den upphovsrättsliga ersättningen (nedan kallat *ersättningssystemet av den 21 maj 2007*). Microsoft angav att man "nu officiellt kommer att införa de lägre avgifterna" med dagen för antagandet av 2004 års beslut som "retroaktiv" tillämpningsdag.

Den 1 juni 2007 översände Microsoft ett kompletterande svar på meddelandet om invändningar och en ytterligare teknisk bedömning den 8 juni 2007.

Vid upprepade tillfällen under förfarandet begärde Microsoft tillgång till skriftväxlingen mellan kommissionen å ena sidan och övervakaren och kommissionens experter å andra sidan.

Kommissionen anser att dessa handlingar är interna.

Redan i förfarandet rörande påståendet om Microsofts underlåtenhet att lämna fullständig och korrekt teknisk dokumentation innehållande information om kompatibiliteten, lämnade jag Microsofts begäran om tillgång till skriftväxlingen med övervakaren och med externa kommissionsexperter utan bifall (jfr förhørsombudets slutrapport i ärende COMP/C-3/37.792 – Microsoft, 3.7.2006, s. 6). Jag ansåg att denna skriftväxling var intern.

Jag kontrollerade dock noggrant om tillgången till skriftväxlingen kunde anses vara nödvändig för en tillräcklig förståelse av metodiken eller för en rent teknisk kontroll av övervakarens rapport eller på annat sätt vara oundgänglig för Microsofts försvar. Som svar på Microsofts kritik granskade jag övervakarens och TAEUS skriftväxling med kommissionen mellan de relevanta datumen (10 november och 22 maj 2007). Jag kunde bekräfta för Microsoft att ingen del av skriftväxlingen enligt min uppfattning var oundgänglig för att förstå de metoder som användes i rapporten eller för prövning av om upplysningarna vara tekniskt korrekta.

Som svar på en ytterligare fråga som väckts av Microsoft granskade jag den skriftväxling som kommissionen sänt till övervakaren och TAEUS (10 november till 27 juli 2007) och som jag beretts tillgång till. Efter en analys av skriftväxlingen bekräftade jag att det inte fanns belägg i några handlingar för att kommissionen utövat otillbörlig påverkan på övervakaren eller kommissionens experter.

#### DET MUNTliga HÖRANDET

Microsoft begärde ingen muntlig förhandling.

#### SKRIVELSE MED FAKTAUPPGIFTER

Kommissionen sände en skrivelse med faktauppgifter (nedan kallad *skrivelsen med faktauppgifter*) till Microsoft den 24 juli 2007. I denna gavs Microsoft tillfälle att inkomma med synpunkter på kommissionens bedömning av ersättningssystemet av den 21 maj 2007 och av annan bevisning som kommissionen samlat efter antagandet av meddelandet om invändningar, särskilt övervakarens och kommissionsexperternas rapporter, TAEUS, och svar på begäran om upplysningar till nya WSPP-licenstagare. Microsoft bereddes tillgång till den del av akten som berörde de handlingar som insänts efter antagandet av meddelandet om invändningar, och översände sitt svar på skrivelsen med faktauppgifter den 31 augusti 2007.

#### FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM

Förstainstansrätten fastställde den 17 september 2007 det viktiga delarna i beslutet, som Microsoft hade överklagat. <sup>(5)</sup>

Domstolen ogiltigförklarade emellertid artikel 7 i beslutet i den utsträckning denna föreskriver att Microsoft ska lägga fram förslag om upprättande av en mekanism genom vilken det ska införas en övervakande övervakare med befogenhet att oberoende av kommissionen, få tillgång till Microsofts hjälp, handlingar, lokaler och anställda och de relevanta Microsoft-produkternas källkod.

Den 2 oktober 2007 begärde kommissionen att Microsoft skulle inkomma med alla handlingar och information som Microsoft hade sänt till övervakaren eller dennes team, oberoende av kommissionen, från och med den dag då övervakaren hade utsetts. Microsoft besvarade denna begäran genom skrivelser av den 31 oktober 2007 och den 9 november 2007

<sup>(5)</sup> Se fotnot 1 ovan.

Den 22 oktober 2007, efter diskussioner med kommissionen, införde Microsoft ett nytt ersättningssystem för WSPP-avtal.

Tillhandahållandet av dessa skrivelser och denna information och införandet av det nya ersättningsschemat innebar inte att undersökningsperioden hade inletts på nytt, och det var därför inte nödvändigt att sända ut en ny skrivelse med faktauppgifter.

#### UTKAST TILL SLUTLIGT BESLUT

Enligt min åsikt innehåller utkastet till slutligt beslut inte någon lagstiftning som inte tagits upp i meddelandet om invändningar och inga faktauppgifter som inte tagits upp antingen i meddelandet om invändningar eller i skrivelsen med faktauppgifter.

Mot bakgrund av det som anges ovan anser jag att Microsofts och tredje parters rätt att bli hörda har beaktats i detta ärende.

Bryssel den 25 februari 2008.

Karen WILLIAMS

---