

Het Microsoft-arrest: enkele nieuwe inzichten over misbruik bij licentieweigering

Het lang verwachte arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg EG van 17 september 2007 in de **Microsoft-zaak** (T-201/04) geeft aanleiding opnieuw na te denken over de wisselwerking tussen het IE-recht enerzijds en het mededingingsrechtelijk verbod op misbruik van machtspositie anderzijds. Zoals bekend kan deze wisselwerking erin resulteren dat aan een dominante IE-rechthebbende een dwanglicentie wordt opgelegd.

Het mededingingsonderzoek van de Europese Commissie in deze zaak had betrekking op twee afzonderlijke gedragingen van Microsoft: (i) de weigering van Microsoft om toegang te verlenen tot de interoperabiliteitsgegevens die het voor haar concurrenten mogelijk zou maken om softwaretoepassingen te ontwikkelen die interoperabel zouden zijn met de Windows serverbesturingssoftware en (ii) het op de markt brengen van Windows PC-besturingssoftware waarin reeds de film- en muziekspeeltoepassing **Mediaplayer** was geïntegreerd, zonder de mogelijkheid Windows ook zonder die specifieke toepassing te kopen.

In deze korte beschouwing zal ik alleen ingaan op het eerste onderwerp, dat vanuit IE-rechtelijk perspectief het meest interessante is.

De mededingingsrechtelijke beoordeling van licentieweigering

Het toetsingskader voor de vraag of de licentieweigering door een dominante onderneming misbruik van een mogelijke machtspositie van die onderneming oplevert, is neergelegd in het *Magill*-arrest van het HvJ EG.¹ Volgens dat arrest behoort de licentieweigering tot de kernprerogatieven van ieder IE-recht en kan die weigering slechts als misbruik worden aangemerkt en dus door een dwanglicentie worden tegengegaan indien sprake is van de volgende, door het HvJ EG als 'uitzonderlijk' aangemerkte omstandigheden:

- (i) de weigering heeft betrekking op een product dat onontbeerlijk is voor een bepaalde activiteit op een afgeleide markt doordat er voor de betrokken gegevens geen daadwerkelijk of potentieel substituuut bestaat (r.o. 52);
- (ii) de weigering belet de introductie van een nieuw product dat niet door de rechthebbende wordt aangeboden en waarnaar een potentiële vraag bestaat (r.o. 54);
- (iii) op de betrokken afgeleide markt leidt de weigering tot de uitsluiting van iedere mededinging (r.o. 56); en
- (iv) de weigering is niet objectief gerechtvaardigd (r.o. 55).

De hiervoor als (i) en (ii) aangeduide voorwaarden zijn vervolgens uitgewerkt in het *IMS Health*-arrest van hetzelfde Hof,² dat met name heeft verduidelijkt dat, als het gaat om de voorwaarde die betrekking heeft op het blokkeren van een nieuw product, misbruik alleen aan de orde is als:

'de onderneming die om de licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het intellectuele-eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat.' (r.o. 49).

De boetebeschikking

Bij het vaststellen van haar boetebeschikking in de *Microsoft-zaak*³ heeft de Commissie echter nog niet kunnen leunen op dat laatste arrest, omdat het pas is geweest één maand nadat zij op 24 maart 2004 haar boetebeschikking had vastgesteld.

Als het gaat om de interoperabiliteitsgegevens volgt de Commissie in die beschikking echter in het geheel niet het betreffende strak opgezette stramien van *Magill*, maar lijkt zij meer een *pick and choose*-model te volgen: in de aan *Magill* voorafgaande arresten *Volvo/Veng* en

1. HvJ EG 6 april 1995, *RTE/Europese Commissie* en *ITP/Europese Commissie*, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *Jur.* 1995, p. I-743, *NJ* 1995, 492, m.nt. Verkade; *AA* 1995, p. 811, m.nt. Cohen Jehoram en Mortelmans; door Feenstra in *Informatierecht/AMI* 1996, p. 31.
2. HvJ EG 29 april 2004, *IMS Health*, zaak C-418/01, *Jur.* 2004, p. I-5039, *AMI* 2004, p. 137, m.nt. Drijber; bespreking Kamperman Sanders in *AMI* 2004, p. 124.
3. Beschikking 2007/53/EC van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792. Een samenvatting in alle gemeenschapstalen is geplaatst in *PbEU* 2007, L 32, p. 23. De integrale tekst is in het Engels geplaatst op de website van DG COMP onder <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>. Deze versie telt 1080 overwegingen en 302 bladzijden. Zie voor een overzicht: Langer, 'De Microsoft-zaak: de Europese Commissie deelt een zware klap uit aan Microsoft en legt een recordboete op', *AM* 2004, p. 71; Van Daalen en Geursen, 'De Microsoft-beschikking: Dwanglicenties en opsplitsing van geïntegreerde producten', *Me&M* 2004, p. 246 en, wederom, Langer, 'De Microsoft-zaak en de 'leverage'-theorie', *AM* 2004, p. 169. Zie ook de beschikking van de president van het GvEA EG van 22 december 2004 waarbij het schorsingsverzoek van Microsoft is afgewezen (zaak T-201/04 R) en de bespreking daarvan door Langer in *AM* 2005, p. 7.

*Renault/Maxicar*⁴ had het Hof van Justitie immers gesproken van 'uitzonderlijke omstandigheden' in algemene zin, zonder in dat kader een limitatieve opsomming te geven. De Commissie voelde zich derhalve gelegitimeerd om andere omstandigheden in aanmerking te nemen dan die van *Magill*, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat het hier ging om interoperabiliteitsgegevens en dat de gemeenschapswetgever blijkens art. 6 lid 2 van de Software-richtlijn grote waarde hecht aan de vrije toegankelijkheid van dergelijke gegevens.⁵ Krachtens die bepaling is immers een wettelijke uitzondering op het software-auteursrecht ingeruimd voor alle *reverse engineering* die noodzakelijk is om 'de informatie te verkrijgen die nodig is om de compatibiliteit van een onafhankelijk gecreëerd computerprogramma met andere programma's tot stand te brengen'.

De zaak voor het Gerecht

Tijdens de beroepszaak heeft de Europese Commissie haar gebrek aan scherpte, wat de analytische inkadering van de boetebeschikking betreft, alsnog getracht te corrigeren door te stellen dat zij in die beschikking hoe dan ook bewijs had aangeleverd voor alle vier *Magill*-vereisten. Het Gerecht honoreert dit standpunt, waarbij de betrokken vereisten achteraf moeten worden 'ingelesen' in een beschikking die eigenlijk niet langs de lijnen van die vereisten is opgesteld.

Na een bespreking van dit toetsingskader volgen opmerkingen over een aantal van die vereisten.

Het toetsingskader voor licentieweigering: de licentieweigering als variant binnen het leerstuk van de onmisbare voorziening

Als het gaat om het toetsingskader voor de licentieweigering verschaft het Gerecht een nuttige verduidelijking door die weigering te analyseren als een subcategorie van het bredere leerstuk van de weigering van een onmisbare voorziening. Dat bredere leerstuk is door het Hof van Justitie erkend en ontwikkeld in het *Bronner*-arrest,⁶ dat geen betrekking had op een IE-licentie, maar op de mogelijkheid voor Bronner, een kleiner Oostenrijks dagblad, toegang te krijgen tot het distributiestelsel van de grootste Oostenrijkse mediagroep, die als enige over een landelijk dekkend thuisbezorgingsstelsel beschikte. Ook in die zaak paste het

Hof grotendeels de analyse uit *Magill* toe, zij het met één verschil: het Gerecht verduidelijkt namelijk dat het verschil tussen het toetsingskader voor leveringsweigering bij een 'gewone' onmisbare voorziening enerzijds en licentieweigering anderzijds juist is gelegen in de bijzondere aard van IE-rechten, die maakt dat een extra voorwaarde wordt gesteld aan de vaststelling van een misbruik, te weten de voorwaarde die betrekking heeft op het blokkeren van een nieuw product (r.o. 334).

Met andere woorden: voorwaarden (i) (ii) en (iv) gelden voor elke weigering tot het verlenen van toegang tot een onmisbare voorziening, terwijl voorwaarde (iii) – het blokkeren van een nieuw product, dat niet alleen een kopie is van hetgeen reeds op de markt verkrijgbaar is – alleen bij IE-licentieweigering geldt. Dat kon wel worden afgeleid uit *Magill* en *Bronner*, maar het is goed dat het Gerecht dit gegeven met zoveel woorden benoemt.

Is *Magill* ook van toepassing bij interoperabiliteitsgegevens?

Nu het in deze zaak niet zonder meer ging om het beschermingsvoorwerp van een bepaald IE-recht, maar om interoperabiliteitsgegevens waarvan het nog maar de vraag was of zij door enig IE-recht werden beschermd, rees allereerst de vraag of het toetsingskader voor licentieweigering wel het juiste was.

Het Gerecht oordeelt dat deze vraag niet relevant is: de Commissie heeft uiteindelijk het toetsingskader voor de licentieweigering toegepast en daardoor het voor haar strengste geheel van criteria toegepast, waardoor in het midden kan blijven of die gegevens nu wel of juist niet beschermenswaardig zijn (r.o. 284).

Interessant is wat de Europese Commissie hierover zegt in haar discussiestuk ter zake van de modernisering van de toepassing van art. 82 EG,⁷ dat is uitgekomen na vaststelling van de bestreden boetebeschikking:

'241. A special case arises when an undertaking refuses to supply information in a way that allows it to extend its dominance from one market to another. This is the case for information necessary for interoperability between one market and another. Although there is no general obligation even for dominant companies to ensure interoperability, leveraging market power from one market to another by refusing interoperability information may be an abuse of a dominant position.'

'242. Even if such information may be considered a trade secret it may not be appropriate to apply to such refusals to supply information the same high standards for intervention as those described in the previous subsection [die betrekking had op de licentieweigering, HMHS].'

Ik deel die opvatting niet: voorzover interoperabiliteitsgegevens geheim zijn, kunnen zij immers zeer wel voldoen aan de vereisten die in art. 1 lid 1 onder (i) GVTO⁸ worden gesteld aan knowhow in de zin van die groepsvrijstelling.⁹ Blijkens de opzet van de GVTO speelt knowhow in het economisch verkeer voorts een rol die vergelijkbaar is met het beschermingsvoorwerp van een IE-recht: het gaat in beide gevallen om kennis waarvan het beschermde karakter – door geheimhouding of door een uitsluitend recht – rechtvaardigt dat de

4. HvJ EG 5 oktober 1988, *Renault/Maxicar*, zaak 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039, *NJ* 1991, 106; en HvJ EG 5 oktober 1988, *Volvo/Veng*, zaak 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211, *NJ* 1991, 105, beide geannoteerd door Alexander in *SEW* 1990, p. 302.

5. Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991, L 122, p. 42.

6. HvJ EG 26 november 1998, *Bronner*, zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791, besproken door Hancher en Lugard in *SEW* 1999, p. 323 en door Akyürek-Kievits in *NTER* 1999, p. 8.

7. DG Competition paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, 2005; zie hierover Amador Sanchez, *AM* 2006, p. 28.

8. Groepsvrijstellingsverordening (EG) No 772/2004 voor overeenkomsten ter zake van technologieoverdracht, *PbEU* 2004, L 123, p. 11.

9. Zie ook punt 47 van de bij de GVTO horende richtsnoeren, *PbEU* 2004, C 101, p. 1, op p. 9.

houder ervan bij verspreiding bepaalde beperkingen bedingt. Hetzelfde belang dat aan de geheimhouding van knowhow wordt gehecht rechtvaardigt bovendien dat niet-concurrentiebedingen als nevenrestrictie bij concentraties in beginsel drie jaar mogen duren als de betrokken concentratie de overdracht met zich meebrengt van knowhow, in plaats van twee jaar als slechts goodwill wordt overgedragen.¹⁰

Volgens mij zou het toetsingskader uit *Magill* dus onverkort toegepast moeten worden voordat de leveringsweigering van interoperabiliteitsgegevens als misbruik kan worden aangemerkt – mits die gegevens geheim zijn.

Terug naar het arrest. Na het toetsingskader voor de beoordeling van de licentieweigering als vorm van misbruik nader geschetst te hebben, behandelt het Gerecht één voor één de voorwaarden uit dat kader, om te concluderen dat daaraan is voldaan.

Voor IE-rechtelijk geïnteresseerden zijn met name van belang de klachten van Microsoft over (i) de voorwaarde dat een nieuw product moet worden geblokkeerd, (ii) de voorwaarde dat de weigering niet objectief gerechtvaardigd is en over (iii) strijd met het TRIPs-verdrag.

'Nieuw product' of 'nieuwe technische ontwikkeling'?

In het kader van de voorwaarde van het blokkeren van een nieuw product is van belang dat de Commissie in haar beschikking de feiten niet zozeer geanalyseerd had in termen van een nieuw product, maar van een nieuwe technologische ontwikkeling, die ten detrimente van de consument geblokkeerd werd (§ 5.3.1.3).

Het Gerecht gaat mee met deze analyse. Het stelt vast dat dit vereiste in *Magill* en *IMS Health* telkens uitdrukkelijk is gezet in de sleutel van het consumentenbelang (r.o. 644-646). Op grond van deze teleologische analyse komt het Gerecht vervolgens tot de slotsom dat dit vereiste mede betrekking kan hebben op de beperking van de technologische ontwikkeling (r.o. 647), dat wil zeggen zonder dat nog sprake hoeft te zijn van een product dat helemaal klaar is om op de markt te worden gebracht. Hierdoor heeft het Gerecht dus een alternatief criterium ontwikkeld voor voorwaarde (iii).

Een en ander had de Europese Commissie inmiddels ook gesteld in voornoemd Discussiestuk over art. 82 EG:

'240. A refusal to licence an IPR protected technology which is indispensable as a basis for follow-on innovation by competitors may be abusive even if the licence is not sought to directly incorporate the technology in clearly identifiable new goods and services. The refusal of licensing an IPR protected technology should not impair consumers' ability to benefit from innovation brought about by the dominant undertaking's competitors.'

Die benadering is dus achteraf gelegitimeerd door het Gerecht.

De gevolgen van een dwanglicentie voor innovatie

De grief van Microsoft die in het publieke debat de

meeste weerklank en instemming heeft gevonden is dat de Commissie zou hebben miskend dat de licentieweigering objectief gerechtvaardigd was (voorwaarde iv) omdat het verlenen van een dwanglicentie in een situatie als deze fnuikend is voor de prikkel, voor de betrokken dominante onderneming, om in de betrokken voorziening te blijven investeren of om überhaupt in een nieuwe voorziening te investeren: de kans bestaat immers dat men het resultaat van die investering niet naar eigen inzicht zal kunnen exploiteren.

Helaas blijft de beoordeling van het Gerecht op dit punt beperkt tot een betrekkelijk formele afweging, namelijk dat Microsoft haar stelling op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd (r.o. 697). Daarnaast oordeelt het Gerecht dat de Commissie terecht heeft gewezen op het feit dat het beschikbaar stellen van interoperabiliteitsgegevens gebruikelijk is in de software-industrie, zonder dat dit een negatieve uitwerking heeft op innovatie (r.o. 702).

TRIPs

Ten slotte heeft Microsoft ook een beroep gedaan op bepalingen uit het TRIPs-verdrag die de WTO-staten beperken in hun mogelijkheden de diverse in het TRIPs-verdrag genormeerde rechten in te perken.¹¹ Volgens Microsoft is niet aan de in die bepalingen opgenomen voorwaarden voor beperking voldaan, met name omdat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de betrokken werken en merken (r.o. 794 en 1172). Microsoft erkent daarbij weliswaar dat het TRIPs-verdrag als onderdeel van het WTO-verdrag geen rechtstreekse werking heeft en derhalve niet behoort tot de rechtsregels waaraan Hof en Gerecht de handelingen van de EG-instellingen kunnen toetsen, maar beroept zich op het leerstuk van de volkenrechtconforme uitleg, zoals dat onder meer is ontwikkeld in HvJ EG 10 september 1996, *Commissie/Duitsland*, zaak C-61/94.¹²

Wat die plicht betreft, had het Hof van Justitie in het arrest *Poulsen en Diva Navigation* uitgemaakt dat de bevoegdheden van de Gemeenschap moeten worden uitgeoefend in overeenstemming met het volkenrecht.¹³ In het door Microsoft ingeroepen arrest *Commissie/Duitsland* verduidelijkte het Hof vervolgens dat bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht zoveel mogelijk uitgelegd moeten worden met inachtneming van de relevante regels van het volkenrecht, die van hogere rang zijn.

10. Zie punt 20 van de Mededeling Nevenrestricties, *PbEU* 2005, C 56, p. 24, op p. 27.

11. Art. 13 TRIPs bepaalt dat de WTO-leden de beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht beperkt houden tot bepaalde bijzondere gevallen die niet in strijd zijn met de normale exploitatie van het werk en de legitieme belangen van de bezitter van het auteursrecht niet op onredelijke wijze schaden. Art. 17 en 20 TRIPs bevatten soortgelijke bepalingen met betrekking tot merken. Art. 31 TRIPs legt beperkingen op aan de mogelijkheid te voorzien in dwanglicenties met betrekking tot octrooien (r.o. 787 e.v.).

12. *Jur.* 1996, p. I-3989.

13. HvJ EG 24 november 1992, *Poulsen en Diva Navigation*, zaak C-286/90, *Jur.* p. I-6019, punt 9.

Het Gerecht verwerpt deze klacht door middel van de volgende, gelaagde redenering:

- de plicht tot verdragsconforme uitleg vloeit voort uit het feit dat een verdrag van hogere rang is dan afgeleide gemeenschapsregelgeving en is dus niet aan de orde als het gaat om de toepassing van het EG-Verdrag, dat deel uitmaakt van het primaire gemeenschapsrecht (r.o. 798);
- anders dan in de zaak *Commissie/Duitsland* is hier geen sprake van een situatie waarin de Commissie zich gesteld zag voor de keuze tussen verschillende denkbare interpretaties van art. 82 EG, maar van een situatie waarin zij die bepaling volgens de daarvoor geldende rechtsregels moest toepassen op een specifieke casus en daarbij rechtens, op grond van de gegeven omstandigheden, slechts tot één geldige uitkomst kon komen (r.o. 799);
- het beroep op volkenrecht-conforme uitleg van art. 82 EG komt in wezen neer op een verkapt beroep op rechtstreekse toetsing, dat niet kan worden aanvaard (r.o. 801 e.v.); en
- overigens zijn de door de Commissie genomen maatregelen verenigbaar met de beginselen van de door Microsoft c.s. ingeroepen artikelen uit het TRIPs-verdrag.

Vanuit IE-perspectief bezien klinkt het logisch dat een toepassing van art. 82 EG die neerkomt op een dwanglicentie beoordeeld moet worden in het licht van de bepalingen uit het TRIPs-verdrag die betrekking hebben op de mogelijkheid, voor de WTO-landen, om IE-rechten te beperken.

Daar staat echter tegenover dat het Hof ondubbelzinnig de toetsing heeft verboden van handelingen van de instellingen van de EG aan de WTO-overeenkomst en haar bijlagen. Het WTO-stelsel voorziet immers in onderhandelingsruimte voor de WTO-leden bij de omzetting van de WTO-bepalingen en deze onderhandelingsruimte zou bij de mogelijkheid van rechtstreekse toetsing verdwijnen.¹⁴ Eigenlijk is daarmee al gegeven dat elke nietigheidsgrond die aan het TRIPs-verdrag wordt ontleend, verworpen moet worden.

Microsoft heeft het echter toch geprobeerd, over de boeg van de volkenrecht-conforme uitleg.

Een oppervlakkige parallel met het interne pendant van dit leerstuk, dat van de richtlijnconforme uitleg, zou de kant op kunnen wijzen dat de Commissie het gemeenschapsrecht heeft geschonden door art. 82 EG niet 'zoveel mogelijk' overeenkomstig het TRIPs-verdrag uit te leggen. Gezien het toetsingsverbod uit *Portugal/Raad* kan ook deze schending echter nooit tot nietigverklaring van de bestreden beschikking leiden.

De doorwerking van een niet rechtstreeks inroepbaar verdrag in het gemeenschapsrecht onderscheidt zich immers juist in zoverre van de doorwerking van een

richtlijn in de nationale rechtsorde, dat een richtlijn rechtstreeks kan worden ingeroepen tegen iedere met overheidsgezag beklede entiteit, terwijl het niet rechtstreeks inroepbare verdrag juist niet inroepbaar is tegen de EG-instellingen.

Het Gerecht had dus naar mijn mening ter verwerping van deze grief kunnen volstaan met de vaststelling, in r.o. 801, dat een beroep op volkenrecht-conforme uitleg van art. 82 EG hoe dan ook niet tot de nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden.

Slot

De *Microsoft*-zaak heeft vooral aandacht getrokken omdat zij spectaculair was. Spectaculair wegens de hoogte van de boete: bijna een half miljard euro. Spectaculair ook wegens de politieke gevoeligheid: de Europese Commissie deelde een harde klap uit aan een van de machtigste ondernemingen ter wereld, terwijl deze zich volledig gesteund wist door de *Bush Administration* en een zeer schappelijke schikking had weten te bereiken met de Amerikaanse kartelautoriteiten en met Sun en RealNetworks, de klagers die de zaak aan het rollen hebben gebracht. Spectaculair ten slotte wegens de omstreden aard van de opgelegde gedrags-sancties: (i) een dwanglicentie voor bepaalde interoperabiliteitsinformatie en (ii) de plicht om een Mediaplayer-loze versie van Windows op de markt te brengen.

Op juridisch vlak zien wij dat de zaak – ondanks een wat onzekere theoretische inkadering in de boetebeschikking – uiteindelijk een betrekkelijk werktuiglijke toepassing blijkt te zijn van de vier *Magill*-vereisten. De verduidelijkingen die het Gerecht verschaft zijn (i) de verhouding tussen de licentieweigering en andere vormen van de weigering toegang te verlenen tot een onmisbare voorziening en (ii) de nadere invulling van het vereiste met betrekking tot het door middel van de weigering blokkeren van een nieuw product waar daadwerkelijk vraag naar bestaat.

Inhakend op dit laatste punt is mijn slotoordeel dat het met de voor het IE-recht bedreigende aard van het misbruikverbod uiteindelijk wel meevalt.

Ten eerste moet de betrokken weigeraar op de betrokken stroomopwaartse markt dominant zijn.

Ten tweede werpt ook het 'nieuwe product'-vereiste een hoge drempel op: de licentievrager mag zich immers niet beperken tot datgene wat de dominante partij al doet: als de licentievrager geen toegevoegde waarde heeft ten opzichte van het bestaande aanbod komt de consument uiteindelijk niets tekort en is er dus geen aanleiding om inbreuk te doen op het absolute karakter van het betrokken IE-recht.

Herman M.H. Spejart

14. HvJ EG 23 november 1999, *Portugal/Raad*, zaak C-149/96, *Jur.* 1999, p. I-8395, punt 47.