

Het Microsoft-arrest: de stenen tafelen voor licentieweigering en bundeling

Het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 17 september 2007 in zaak T-201/04, Microsoft/Commissie, vormt het slotakkoord van het meest spectaculaire misbruikonderzoek in de handhavingsgeschiedenis van de Europese Commissie. Spectaculair wegens de hoogte van de boete: bijna een half miljard euro. Spectaculair ook wegens de politieke gevoeligheid: de Europese Commissie deelt een harde klap uit aan een van de machtigste ondernemingen ter wereld, terwijl deze zich volledig gesteund weet door de Bush Administration en een zeer schappelijke schikking heeft 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 gedragssancties: (i) een dwanglicentie voor bepaalde interoperabiliteitsinformatie en (ii) de plicht om een Media Player-loze versie van Windows op de markt te brengen.

Omdat meerdere onderdelen van het besproken arrest ieder voor zich een uitgebreide bespreking zouden rechtvaardigen, zien wij ons, met het oog op de beschikbare ruimte, genoodzaakt de meest in het oog springende van die onderdelen slechts te signaleren en van een eerste commentaar te voorzien. Wij laten daarbij buiten beschouwing het vraagstuk van de gedeeltelijke nietigverklaring van art. 7 van de bestreden beschikking, dat betrekking heeft op de taken en vergoeding van een trustee die toezicht moet houden op het beschikbaar stellen van de interoperabiliteitsinformatie en het aanbieden van een Media Player-loze versie van Windows. Wij verwijzen daarvoor naar het redactioneel commentaar van De Mynck in AM 2007, p. 149.

De feitelijke aspecten van de zaak en de inhoud van de beschikking, die worden samengevat in r.o. 1-50 van het arrest, worden bekend verondersteld.¹ Achtereenvolgens zullen de licentieweigering, de bundeling en een aantal horizontale vraagstukken worden besproken.

1. De licentieweigering

1.1 De stand van het recht

Het vraagstuk van de dwanglicentie die het resultaat kan zijn van de toepassing van het misbruikverbod op een weigerachtige dominante IE-rechthebbende, is een van de evergreens van het mededingingsrecht.²

Soja

Het Hof heeft het – bredere – vraagstuk van de leveringsweigering voor het eerst in kaart gebracht in 1974, in de Soja-zaak, waar een leverancier van chemische grondstoffen zijn marktmacht op een stroomopwaartse grondstoffenmarkt door middel van een leveringsweigering als hefboom wilde gebruiken om concurrent Soja de pas af te snijden op de stroomafwaartse markt voor een afgeleid product, waarop de leverancier ook actief was.³ Deze weigering werd door de Commissie en, in beroep, het Hof als een misbruik aangemerkt. De relevante elementen waren in die zaak (i) de weigering en (ii) de uitschakeling van de mededinging op de afgeleide markt.

Volvo/Veng

Eind jaren '80 werd duidelijk dat de leveringsweigering als vorm van misbruik ook relevant zou kunnen zijn in het kader van de licentiëring van IE-rechten. In de parallelle prejudiciële zaken Volvo/Veng en Renault/Maxicar⁴ ging het om de mogelijkheid, voor een alternatieve fabrikant van carrosserieonderdelen, om de vormgeving van beschermde onderdelen na te bootsen en om vervolgens, in het kader van inbreukprocedures, het misbruikverbod als verweer te voeren. Het Hof oordeelde ten eerste dat een licentieweigering door een dominante partij niet als zodanig een misbruik kan opleveren, zelfs indien een redelijke licentievergoeding is aangeboden: de door een licentie verleende rechten, en daarmee de mogelijkheid een licentie te weigeren, behoren immers juist tot het wezen van ieder IE-recht. Tegelijk somde het Hof echter een aantal niet-limitatief genoemde omstandigheden op die in een dergelijke situatie een misbruik zouden opleveren: (i) de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, (ii) de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of (iii) de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn.

¹ Beschikking van de Commissie 2007/53/EC van 24 maart 2004 in zaak COMP/C-3/37.792 – Microsoft. 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' in AM 2004, p. 71; Van Daalen en Geursen, 'De Microsoft-beschikking: Dwanglicenties en opsplitsing van geïntegreerde producten' in M&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.

² Zie bijv. Boselie, 'Verplichte levering aan (potentiële) concurrenten ex artikel 86 EG-verdrag', SEW 1998, p. 442 en Van Empel, 'Intellectuele eigendom en EG-kartelrecht; 2004: een bewogen jaar', NJB 2005, p. 730.

³ Hvj EG 6 maart 1974, Commercial Solvents, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Jur. 1974, p. 223; SEW 1974, p. 541 m.nt. Mok.

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, 6211, NJ 1991, 105, beide geannoteerd door Alexander in SEW 1990, p. 302.

Magill

Het volgende puzzelstuk was de zaak Magill, waarin de Europese Commissie bij beschikking de Ierse televisiezenders had gelast hun auteursrechtelijk beschermde programmagegevens aan uitgevers beschikbaar te stellen. De feitelijke achtergrond van die zaak was dat iedere Ierse omroep een eigen weekgids had, waarin de gegevens van de andere omroepen niet waren opgenomen. Na beroep bij het Gerecht herhaalde het Hof in hogere voorziening allereerst zijn in *Volvo/Veng* uitgesproken oordeel dat licentieweigering als zodanig geen misbruik kan opleveren omdat die weigering het wezen vormt van ieder IE-recht (r.o. 48).⁵ Het voegde daaraan toe, wederom onder verwijzing naar *Volvo/Veng*, dat de uitoefening van een IE-recht "evenwel in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren" (r.o. 49). Het Hof merkte vervolgens de volgende omstandigheden aan als, in deze zin, uitzonderlijk:

- (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 substituut bestond (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 voor TV-gidsen leidt de weigering tot de uitsluiting van iedere mededinging (r.o. 56); en
- (iv) zij is niet gerechtvaardigd (r.o. 55).

Bronner

De daarop volgende zaak Bronner had geen betrekking op een IE-recht, maar op de mogelijkheid, voor een kleinere Oostenrijkse dagelijkse krant, toegang te krijgen tot het distributiestelsel van de grootste Oostenrijkse mediagroep, die als enige een landelijk dekkend thuisbezorgingsstelsel had. Desalniettemin wordt de analyse uit Magill ook in die zaak toegepast, waarbij de licentieweigering wordt gezien als een verschijningsvorm van het bredere verschijnsel van de weigering van 'wezenlijke voorzieningen', die ook andere voorzieningen kunnen zijn dan IE-rechten.⁶

Dit was de stand van het recht toen de Europese Commissie op 24 maart 2004 de bestreden beschikking vaststelde.

IMS Health

De Commissie heeft dus geen profijt kunnen trekken van het meest duidelijke arrest op dit vlak, het bijna één maand later, op 20 april 2004 gewezen arrest *IMS Health*.⁷

Het ging in die zaak, die mede gekenmerkt was door verschillende procedures voor de Commissie, uiteindelijk om een prejudiciële verwijzing van een Duitse rechter, met betrekking tot de gegevens voor de regionale indeling van een rapportagestelsel voor het gebruik van geneesmiddelen. In r.o. 38 van dat arrest herhaalt het Hof allereerst de vier voorwaarden die het had ontwikkeld in Magill.

Met betrekking tot voorwaarde (i) (de onontbeerlijke aard van de voorziening) oordeelde het Hof dat onderscheid gemaakt moet kunnen worden tussen een eerder stadium van de markt, dat bestaat uit die voorziening, en een (afgeleid) later stadium van de markt, waarin die voorziening wordt gebruikt voor de productie van een ander product of de levering van een andere dienst (r.o. 42). Het feit dat de betrokken voorziening niet afzonderlijk wordt aangeboden, is daarbij geen reden om uit te sluiten dat sprake is van een afzonderlijke markt (r.o. 43): voldoende is dat een potentiële of zelfs hypothetische markt voor die voorziening kan worden aangewezen op grond van de daadwerkelijke vraag van ondernemingen die voornemens zijn de activiteit uit te oefenen waarvoor die voorziening onontbeerlijk is (r.o. 44).

Met betrekking tot voorwaarde (ii) (het beletten van de introductie van een nieuw product) oordeelde het Hof dat het mededingingsrecht alleen het belang van de bescherming van IE-rechten en van de vrijheid van economisch initiatief van de rechthebbende moet kunnen doorkruisen wanneer een licentieweigering de ontwikkeling van de afgeleide markt ten nadele van de consumenten belemmert (r.o. 48). Een dwanglicentie is dus alleen aan de orde 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).⁸

1.2 De bestreden beschikking

In de bestreden beschikking lijkt de Commissie zich niet te willen beperken tot het betrekkelijk strakke analytisch kader, dat voortvloeit uit het destijds reeds bekende Magill-arrest. Na een overzicht van de rechtspraak, waarin de Commissie naast de hiervóór genoemde arresten t/m Bronner ook de arresten *Télémarketing*⁹ en *Tiercé/Ladbroke*¹⁰ noemt, concludeert zij in punt 555 van haar beschikking dat uit deze rechtspraak geen

5 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, 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.

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 Hvj EG 29 april 2004, *IMS Health*, zaak C-418/01, Jur. 2004, p. I-5039, *AMI* 2004, p. 137 m.nt. Drijber; besprekingen Van Dalen in *AM* 2004, p. 117; Loozen in *M&M* 2004, p. 205; Houdijk in *SEW* 2005, p. 23; Kamperman Sanders in *AMI* 2004, p. 124; Hatzopoulos in *CMLR* 2004, p. 1613 en Derclaye in *ELR* 2004, p. 687.

8 Het is op grond van dit vereiste dat het CBB met één pennestreek de beruchte Zaak 1 van de NMa heeft afgedaan: de NMa en de Telegraaf hadden niet afdoende gemotiveerd waarom het programmabladd van de Telegraaf als nieuw product zou moeten worden aangemerkt, "anders dan dat het en bijlage bij de krant zou zijn waarvoor niet apart betaling gevraagd zou worden" en dat "het daarmee zou gaan om een programmagids die niet aan een omroep gelieerd is", CBB 15 juli 2004 AWB 03/132, r.o. 6.

9 Hvj EG 3 oktober 1985, *Télémarketing/CLT* en *IPB*, zaak 311/84, Jur. 1985, p. 3261.

10 GVEA EG 12 juni 1997, *Tiercé/Ladbroke/Commissie*, zaak T-504/93, Jur. 1997, p. II-923, besproken door Wezenbeek-Geuke in *NTER* 1997, p. 255 en door Korah in *ECLR* 1998, p. 169.

limitatieve lijst voortvloeit van 'uitzonderlijke' omstandigheden in de zin van de Volvo-rechtspraak. Daardoor voelt zij zich gelegitimeerd om een soort van pick and mix-model te volgen, waarbij zij verschillende uitzonderlijke omstandigheden op een rij kan zetten waarvan zij in een tweede stap moet vaststellen of zij, tezamen genomen, misbruik opleveren (punt 558).

Nadat de Commissie heeft vastgesteld dat het gedrag van Microsoft daadwerkelijk een leveringsweigering oplevert (§ 5.3.1.1 van de beschikking) onderzoekt zij daarom de volgende, in haar ogen 'uitzonderlijke' omstandigheden:

- het risico van uitschakeling van de mededinging (§ 5.3.1.2);
- de negatieve gevolgen voor de technologische ontwikkelingen (§ 5.3.1.3); en
- het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging (§ 5.3.1.4).

Bij nadere lezing van de overwegingen van de Commissie met betrekking tot de uitschakeling van de mededinging blijkt vervolgens dat zij in dat element tevens bespreekt dat de betrokken interoperabiliteitsinformatie onontbeerlijk is voor het ontwikkelen van concurrerende software.

Voor het Gerecht heeft de Commissie gepoogd dit gebrek aan scherpte, wat het analytisch kader betreft, te verhelpen door een tweetrapsredenering te volgen:

- aan de criteria van *Magill* en *IMS Health* is hoe dan ook voldaan (r.o. 315); en
- er zijn ook andere uitzonderlijke omstandigheden die, tezamen beschouwd, misbruik opleveren:
 - (i) het gaat om de beschikbaarheid van interoperabiliteitsgegevens, een onderwerp waaraan de gemeenschapswetgever blijkens de softwarerichtlijn¹¹ grote waarde hecht;
 - (ii) Microsoft heeft haar macht op de pc-besturings-systemenmarkt als hefboom gebruikt om de mededinging uit te schakelen op de aanpalende markt van de server-besturingssoftware; en
 - (iii) Microsoft heeft daarbij bestaande leverantiestromen afgebroken (r.o. 317).

1.3 Het arrest van het Gerecht

Toetsingskader

Bij de beschrijving van het toetsingskader herhaalt het Gerecht allereerst de rechtspraak *Commercial Solvents*, *Volvo/Veng*, *Magill*, *Bronner* en *IMS Health* (r.o. 320-330). Het benadrukt vervolgens dat het toetsingskader voor een dwanglicentie op een IE-recht in zoverre afwijkt van het toetsingskader voor een dwanglevering van andere wezenlijke voorzieningen, dat alleen voor de dwanglicentie de bijkomende voorwaarde geldt

dat sprake moet zijn van een nieuw product waarvoor enige consumentenvraag bestaat (r.o. 334).

Dit is relevant omdat Microsoft de grief heeft opgeworpen dat de Commissie heeft nagelaten rekening te houden met het feit dat de betrokken interoperabiliteitsgegevens beschermd worden door onder meer het auteursrecht.

In antwoord daarop oordeelt het Gerecht dat voor de beslechting van het geschil niet relevant is of de interoperabiliteitsgegevens wel of niet worden beschermd door een IE-recht: blijkens de bestreden beschikking heeft de Commissie de situatie immers geanalyseerd als ware dat het geval, waardoor zij het voor haar meest strenge en voor Microsoft meest voordelige toetsingskader heeft toegepast (r.o. 284).

Na zijn beschrijving van de relevante rechtspraak antwoordt het Gerecht op de tweetrapsredenering van de Commissie (hetzij *Magill-IMS Health* hetzij andere uitzonderlijke omstandigheden) door uiteen te zetten dat het in eerste instantie gaat beoordelen of inderdaad is voldaan aan de criteria uit *Magill* en *IMS Health*. Pas als dat niet het geval is, zal het naar de andere, door de Commissie aangevoerde uitzonderlijke omstandigheden kijken (r.o. 336). In eerste instantie passeren dus alleen de criteria uit *Magill* en *IMS Health* de revue.

(i) Onontbeerlijke aard van de voorziening

Als het gaat om de onontbeerlijke aard van de betrokken informatie is de te beantwoorden vraag of de interoperabiliteitsgegevens, die volgens de Commissie door Microsoft moeten worden verstrekt, inderdaad noodzakelijk zijn voor het ontwikkelen van levensvatbare, concurrerende producten (r.o. 378). Onder verwijzing naar de gebruikelijke rechtspraak met betrekking tot de marginale toetsing van complexe, door de Commissie te verrichten economische beoordelingen (r.o. 87), analyseert het Gerecht vervolgens of de stellingen van de Commissie op dit punt kennelijk ongegrond zijn en komt het tot de conclusie dat dit niet het geval is (r.o. 380 e.v.).

(ii) 'Nieuw product'

Als het gaat om het vereiste dat betrekking heeft op het blokkeren van de verkoop van een nieuw product, waarvoor een vraag zou bestaan, had de Commissie in haar beschikking de feiten niet zozeer geanalyseerd in termen van het blokkeren van een nieuw product, maar van een nieuwe technologische ontwikkeling, ten detrimente van de consument (§ 5.3.1.3).

Het Gerecht gaat mee met deze analyse. Het stelt vast dat het vereiste van het 'nieuwe product', zoals dat geformuleerd is in *Magill* en *IMS Health*, telkens gezet is in de sleutel van het consumentenbelang (r.o. 644-646). Op grond van deze teleologische analyse van het 'nieuwe product'-vereiste, komt het Gerecht tot de slotsom dat dit vereiste niet het enige vereiste is dat bepalend kan zijn voor de vraag of een licentieweigering in staat is om consumenten te benadelen in de zin van art. 82 onder b EG: volgens de letterlijke bewoording van die bepaling kan een dergelijke benadeling immers niet alleen

¹¹ Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, PbEG 1991 L 122, p. 42. Krachtens art. 6 lid 1 van die Richtlijn is onder bepaalde voorwaarden geen toestemming vereist van de auteursrecht rechthebbende voor de reverse engineering (de vertaling van source code naar programmeertaal-code) 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".

ontstaan door een beperking van de productie of van de afzet, maar ook door een beperking van de technologische ontwikkeling (r.o. 647).

Hoewel het Gerecht dit criterium onverminderd bespreekt onder het kopje 'nieuw product', ontwikkelt het daarom in feite een alternatief criterium, dat uitsluitend betrekking heeft op de technologische ontwikkeling. Daarna komt het Gerecht vrij snel, wederom marginaal toetsend, tot het oordeel dat de stellingen van de Commissie met betrekking tot het blokkeren van de technische ontwikkeling niet kennelijk ongegrond zijn.

(iii) Uitschakeling van de mededinging

Als het gaat om het vereiste van de uitsluiting van iedere mededinging, discussiëren partijen over de precieze aard van de in dat kader te hanteren toets. Daar waar de Commissie had gesteld dat zij slechts het 'risico' van mededingingsuitschakeling moest bewijzen, stelt Microsoft dat de Commissie de 'hoge waarschijnlijkheid' van die uitschakeling had moeten bewijzen (r.o. 560).

Volgens het Gerecht gaat het hier uitsluitend om een semantische discussie: de woorden 'risico' en 'waarschijnlijkheid' worden immers door Hof en Gerecht door elkaar heen gebruikt wanneer het in dit kader gaat om de uitschakeling van de mededinging. Waar het volgens het Gerecht steeds om gaat, is dat de betrokken weigering als waarschijnlijk gevolg heeft dat iedere effectieve mededinging op de betrokken markt wordt uitgeschakeld. Daarbij behoeft de Commissie volgens het Gerecht niet aan te tonen dat alle mededinging wordt uitgeschakeld: het voortbestaan van een marginale aanwezigheid van concurrenten in bepaalde niches is immers niet voldoende om aan te tonen dat nog steeds sprake is van effectieve mededinging (r.o. 563).

(iv) Ontbreken van een objectieve rechtvaardiging

De overwegingen van het Gerecht terzake de objectieve rechtvaardiging, verdienen de aandacht omdat de felste kritiek van Microsoft en gelijkgezinden op de bestreden beschikking en, in het verlengde daarvan, op het besproken arrest, inhoudt dat krachtens het misbruikverbod op te leggen dwanglicenties de prikkel wegnemen die dominante technologieondernemingen hebben om te investeren in onderzoek en ontwikkeling.

De eerste objectieve rechtvaardiging die Microsoft in de administratieve procedure voor de Commissie had aangevoerd, was dat de betrokken interoperabiliteitsgegevens beschermd worden door IE-rechten. Het Gerecht prikt vrij makkelijk door deze cirkelredenering heen door er op te wijzen dat de strenge criteria uit *Magill* en *IMS Health* juist volledig zijn geënt op het formuleren van een beperkte uitzondering op de absolute bescherming, die IE-rechten verlenen. Als het bestaan van IE-rechten in deze situatie als objectieve rechtvaardiging ingeroepen zou kunnen worden, zou de daarop geformuleerde *Magill*-uitsondering derhalve tot een dode letter worden (r.o. 690). De eerbiediging van de absolute aard van IE-rechten komt juist tot uitdrukking in het feit dat sprake moet zijn van 'uitzonderlijke' omstandigheden, voordat het uitoefenen van een dergelijk recht een mis-

bruik kan opleveren en dus door middel van het mededingingsrecht kan worden tegengegaan.

Het Gerecht gaat vervolgens in op de meer algemene stelling van Microsoft, dat een dwanglicentie negatieve gevolgen zou hebben voor de prikkel om te innoveren. 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).

1.4 Commentaar

Toetsingskader bij IE-rechten

Hoewel de Commissie en, indirect, het Gerecht het doen voorkomen alsof de Commissie netjes alle vereisten uit *Magill* heeft afgewerkt bij het beoordelen van de weigering om interoperabiliteitsgegevens te verstrekken, is dat allerminst het geval. Bij lezing van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie toch echt meer uitgang van een *pick and mix*-model van uitzonderlijke omstandigheden en dat de *Magill*-vereisten achteraf in de door de Commissie gesignaleerde omstandigheden moesten worden 'ingelezen'. Min of meer toevallig blijkt achteraf dat al deze vereisten materieel zijn besproken in de bestreden beschikking.

Omdat het Gerecht vaststelt dat aan die vereisten is voldaan, zullen wij niet te weten komen of de andere door de Commissie gesignaleerde omstandigheden, zoals de waarde die de gemeenschapswetgever blijkens de software-richtlijn aan interoperabiliteitsgegevens hecht, als 'uitzonderlijke omstandigheden' hebben te gelden in de zin van de *Volvo/Veng*-rechtspraak. Meer in het algemeen zullen wij ook niet te weten komen of mededingingsautoriteiten, zoals door de Commissie betoogd, vrij zijn om in hun ogen 'uitzonderlijke' omstandigheden te noemen en om te beoordelen of die omstandigheden, tezamen genomen, maken dat een licentieweigering een misbruik oplevert (zie r.o. 316).

De Commissie wijdt een afzonderlijk onderdeel van haar discussiestuk terzake van de modernisering van de toepassing van art. 82 EG ('Discussiestuk')¹² aan de leveringsweigering en, meer in het bijzonder, aan de licentieweigering (§ 9.2.2.6).

Als het gaat om het vereiste van het nieuwe product sluit de Commissie zich aan bij de overwegingen uit *IMS Health*, maar trekt zij het breder dan de vraag naar een nieuw product:

"239. [...] For example, the refusal by a dominant company to license access to the IPR could be considered abusive when the five conditions described above are all fulfilled and, furthermore, the refusal to grant a licence prevents the development of the market for which the licence is an indispensable input, to the detriment of consumers. This may only be the

¹² 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.

case if the undertaking which requests the licence does not intend to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on this market by the owner of the IPR, but intends to produce new goods or services not offered by the owner of the right and for which there is a potential consumer demand. [de tekst bevat hier een voetnoot met een verwijzing naar IMS Health, JF en HS].

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."

Hier volgt de Commissie dus een iets restrictievere weg dan in de bestreden beschikking: er moet sprake zijn van een nieuw product dat geen kopie is van een reeds bestaand product en waar vraag naar is (punt 239), maar dat product hoeft nog niet 'clearly identifiable' te zijn. Ook deze benadering wordt echter, achteraf, gedekt door het Gerecht. De Commissie kan dus door op de in het Discussiestuk ingeslagen weg.

Toetsingskader bij interoperabiliteitsgegevens

In het Discussiestuk wordt ook aandacht besteed aan de levering van interoperabiliteitsgegevens:

"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."

Met name de laatste passage lijkt ingegeven door le besoin de la cause Microsoft: in december 2005 stond immers allerm minst vast dat het Gerecht zou meegaan met de benadering waarin de vereisten uit Magill achteraf zouden worden ingelezen in de bestreden beschikking.

Wij delen de opvatting van de Commissie niet.

Interoperabiliteitsgegevens zoals die in de Microsoft-zaak aan de orde waren, voldoen immers aan de vereisten die in art. 1 lid 1 onder (i) GVTO¹³ worden gesteld aan knowhow in de zin van die groepsvrijstelling: zij zijn geheim, wezenlijk en reproduceerbaar¹⁴. Blijkens de opzet van de GVTO speelt knowhow in het economisch verkeer een rol die vergelijkbaar is met die van geöctrooierde uitvindingen of van auteursrechtelijk beschermde software: het gaat in al deze gevallen om

technologie waarvan het beschermde karakter – door geheimhouding of door een uitsluitend recht – rechtvaardigt dat de houder ervan bij verspreiding bepaalde beperkingen bedingt.

Hetzelfde belang dat aan de geheimhouding van knowhow wordt gehecht, rechtvaardigt ook dat niet-concurrentiebedingen als nevenrestrictie bij concentraties in beginsel drie jaar mogen duren als de betrokken concentratie de overdracht met zich mee brengt van knowhow, in plaats van twee jaar als slechts goodwill wordt overgedragen.¹⁵

Naar ons oordeel zou het strenge toetsingskader uit Magill dus ook toegepast moeten worden voordat de leveringsweigering van interoperabiliteitsgegevens als misbruik kan worden aangemerkt.

2. De bundeling

2.1 De stand van het recht

De koppelverkoop wordt in art. 82 onder d EG uitdrukkelijk genoemd als een vorm van misbruik. Ten tijde van het geven van de beschikking werd de stand van het recht inzake koppeling en bundeling gevormd door de arresten van Hof en Gerecht in de zaken Hilti¹⁶ en Tetra Pak II¹⁷. In beide zaken ging het om de koppeling van een basisproduct (patroonstrips voor schiethamers respectievelijk melkverpakkingsmachines) aan voor de werking van dat product noodzakelijke bijproducten (schietnagels respectievelijk verpakkingskarton).

Hilti

In Hilti verwierp het Gerecht de stelling van Hilti dat schiethamers en -nagels tezamen één en hetzelfde product vormen:

"De stelling van Hilti, dat schiethamers, patroonstrips en nagels als één onlosmakelijk geheel moeten worden beschouwd, namelijk als een 'bevestigingssysteem met explosieve lading', zou in de praktijk erop neerkomen, dat producenten van schiethamers het gebruik in hun werktuigen van ander toebehoren dan dat van eigen makelij mogen verhinderen. Bij gebreke van algemene en dwingende normen en voorschriften staat het echter iedere onafhankelijke producent vanuit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht volkomen vrij om toebehoren te vervaardigen dat is bestemd voor gebruik in door anderen vervaardigde werktuigen, tenzij hij daardoor inbreuk zou maken op een octrooi of een ander recht van industriële of intellectuele eigendom" (r.o. 68).

In diezelfde zaak verwierp het Gerecht ook de stelling van Hilti, dat haar koppelingsstelsel gerechtvaardigd werd door veiligheidsoverwegingen (r.o. 118).

¹³ Zie punt 20 van de Mededeling Nevenrestricties, PbEU 2005 C 56, p. 24, op p. 27.

¹⁶ GvEA EG 4 april 1991, Hilti/Commissie, zaak T-30/89, Jur. 1991, p. II-1439, bespreking Farr in ECLR 1992, p. 174; in hogere voorziening bevestigd door HvJ EG 2 maart 1994, zaak C-53/92 P, Jur. 1994, p. I-667, bespreking Downing in ECLR 1995 p. 53.

¹⁷ GvEA EG 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, zaak T-83/91, Jur. 1994, p. II-755, bespreking Levy in ECLR 1995 p. 104; in hogere voorziening bevestigd door HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P, Jur. 1996, p. I-5951, bespreking Korah in ECLR 1997, p. 98.

¹³ Groepsvrijstellingsverordening (EG) No 772/2004 voor overeenkomsten terzake van technologieoverdracht, PbEU 2004 L 123, p. 11.

¹⁴ Zie ook punt 47 van de bij de GVTO horende richtsnoeren, PbEU 2004 C 101, p. 1, op p. 9.

Tetra Pak II

In *Tetra Pak II* ging het onder andere om contractuele bepalingen waarin Tetra Pak de afnemers van melkverpakkingsmachines ertoe had verplicht om het voor de werking van die machines benodigde karton uitsluitend van haar af te nemen.

Ook hier beoordeelde het Gerecht of het verpakkingskarton een afzonderlijk product vormt (r.o. 82) en verwierp het de stelling van Tetra Pak dat de koppeling objectief gerechtvaardigd was om redenen van volksgezondheid (r.o. 83). Het beoordeelde tenslotte ook of daadwerkelijk sprake was van koppeling (r.o. 137).

2.2 De bestreden beschikking

In punten 794 en 795 van de bestreden beschikking stelt de Commissie – zonder enige bronvermelding – dat het volgende toetsingskader moet worden toegepast bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een misbruikelijke koppelverkoop:

- het koppelende product en het gekoppelde product zijn twee afzonderlijke producten;
- de betrokken onderneming is dominant op de markt van het koppelende product;
- de betrokken onderneming geeft haar afnemers niet de mogelijkheid het koppelende product af te nemen zonder het gekoppelde product; en
- de koppeling beperkt de mededinging; terwijl
- zij niet objectief gerechtvaardigd wordt.

Daarna worden deze verschillende elementen uitgewerkt.

*2.3 Het arrest van het Gerecht**Toetsingskader*

In een eerste onderdeel van haar grief inzake de bundeling voert Microsoft ten algemene aan dat de Commissie niet heeft bewezen dat is voldaan aan de omschrijving van art. 82 onder d EG en dat zij een onjuist toetsingskader heeft gehanteerd.

Het Gerecht maakt hier korte metten mee: (i) de constitutieve elementen die de Commissie in punt 794 van haar beschikking heeft geïdentificeerd zijn correct afgeleid uit "het begrip 'bundeling' als zodanig" en uit de arresten in de zaken *Hilti* en *Tetra Pak II* (r.o. 859), terwijl (ii) uit vaste rechtspraak voortvloeit dat de lijst van in art. 82 EG genoemde gedragingen die misbruik opleveren niet uitputtend is (r.o. 860).

(i) Het bestaan van twee afzonderlijke producten

De klacht van Microsoft was op het punt van de afzonderlijke producten in hoofdzaak dat Windows met Media Player één geïntegreerd softwareproduct vormt, en dat het gekunsteld zou zijn om daar twee afzonderlijke producten in te zien.¹⁸

Deze klacht wordt verworpen. Volgens het Gerecht moet

bij die vraag worden afgegaan op de vraag of er, vanuit het perspectief van de klant, een afzonderlijke vraag is naar het gekoppelde product – in dit geval Media Player (r.o. 917 en 918).

Microsoft stelt dat de Commissie daarenten had moeten onderzoeken of sprake is van klantenvraag naar het 'kale' koppelende product, zonder het gekoppelde product erbij: willen computerfabrikanten en, in het verlengde daarvan, consumenten, daadwerkelijke een Media Player-loze versie van Windows kunnen kopen? Het Gerecht wijst deze stelling af. In de eerste plaats vindt de visie van de Commissie steun in de arresten *Hilti* en *Tetra Pak II*. Ten tweede zou deze stelling met zich meebrengen dat complementaire producten, in tegenstelling tot de geldende rechtspraak, geen afzonderlijke producten kunnen zijn in de zin van het koppelverbod van art. 82 EG. Om in de termen van *Hilti* te spreken: er is geen vraag naar een patroonstrip zonder schietnagels, maar sprake is desalniettemin van twee afzonderlijke producten (r.o. 921). Bovendien zijn er bedrijven die geen Media Player op hun besturingssoftware willen hebben, om te voorkomen dat hun werknemers verstrooiing zoeken bij niet werkgerelateerde filmpjes (r.o. 924).

(ii) Keuzebeperking

Microsoft heeft betoogd dat geen sprake was van bundeling omdat:

- afnemers niets extra moesten betalen voor Media Player;
- afnemers niet verplicht waren Media Player te gebruiken, en
- het afnemers niet was verboden concurrerende producten te installeren en te gebruiken (r.o. 960).

Ook deze klacht wordt verworpen, omdat het voor computerfabrikanten tijdens de door de Commissie onderzochte periode niet mogelijk was een licentie te verkrijgen voor het op nieuwe computers pre-installeren van Windows zonder dat daarin mede een Media Player-licentie was begrepen (r.o. 962) en omdat het daarbij technisch niet mogelijk was Media Player uit Windows te de-installeren (r.o. 963).

De drie door Microsoft naar voren gebrachte omstandigheden worden vervolgens als irrelevant verworpen.

(iii) Uitschakeling van de mededinging

Doorgaans worden uitsluitingseffecten als een gegeven beschouwd als eenmaal vaststaat dat afzonderlijke producten door een dominante onderneming worden gekoppeld of gebundeld. Wegens de specifieke kenmerken van de softwaremarkt is de Commissie in haar beschikking echter verder gegaan en heeft zij geprobeerd concreet te beoordelen wat de daadwerkelijke marktgevolgen zijn geweest van die bundeling (punt 841).

In antwoord daarop heeft Microsoft gesteld dat de Commissie zich heeft gebaseerd op een nieuwe benadering die geen grondslag vindt in het recht (r.o. 1032). Het Gerecht verwerpt deze klacht door erop te wijzen dat hier geen sprake is van een nieuwe rechtsregel, maar uitsluitend van het strenger dan gewoonlijk beoordelen

¹⁸ Zie ter illustratie van die klacht de bijdrage van twee Microsoft-juristen in ECLR: Art en McCurdy, 'The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure', ECLR 2004, p. 694.

of in economische termen sprake is van een mededingingsuitsluiting (r.o. 1035).

Het Gerecht onderschrijft vervolgens de conclusie van de Commissie dat Microsoft door de bundeling van Windows en Media Player de markt voor media players heeft afgeschermd en de mededinging in haar voordeel heeft gewijzigd. Microsoft heeft immers een niet te overwinnen voordeel verkregen ten opzichte van haar concurrenten met betrekking tot de distributie van Media Player. Hierdoor waren computerfabrikanten minder geneigd de mediafunctionaliteiten van concurrenten vooraf te installeren, met als gevolg dat ook in de toekomst effectieve mededinging zou uitblijven. Ook content-producenten zijn dan immers minder snel geneigd content te ontwikkelen voor alternatieve toepassingen (r.o. 1038-1048).

(iv) Objectieve rechtvaardiging

Microsoft heeft twee gronden als objectieve rechtvaardiging voor de bundeling naar voren gebracht.

De eerste rechtvaardiging wordt gevormd door de voordelen van de integratie van functionaliteiten in Windows. Zo is de integratie van een mediafunctionaliteit in Windows noodzakelijk om ontwikkelaars van software en internetcontent voordeel te laten trekken uit de eigenschappen van het Windows-platform.

Ten tweede zou de verwijdering van de mediafunctionaliteit resulteren in het fragmenteren van het Windows-systeem, waardoor dit systeem als minder hoogwaardig zal worden beschouwd (r.o. 1146 en 1147).

Het Gerecht verwerpt beide klachten door erop te wijzen dat de bestreden beschikking Microsoft niet verbiedt een geïntegreerde versie van Windows en Media Player op de markt te brengen, waarin alle integratievoordelen van die combinatie benut kunnen worden, doch slechts verplicht om een Media Player-loze versie van Windows op de markt te brengen.

2.4 Commentaar

Toetsingskader

Het toetsingskader dat de Commissie had afgeleid uit *Hilti en Tetra Pak II* en dat zij had geformuleerd in punt 794 van de bestreden beschikking, wordt door het Gerecht goedgekeurd. Zoals het Gerecht terecht opmerkt, volgen de voorwaarden uit dat kader met name uit "the very concept of bundling" (r.o. 859). Het arrest heeft wel vernieuwingswaarde omdat dit toetsingskader nu explicieter is gemaakt.

In punt 182 van het Discussiestuk wordt dit kader woordelijk herhaald. Ook op dit punt is het Discussiestuk dus gevalideerd. De beoordeling van de Commissie in de beschikking volgt de lijnen die later door de Commissie zijn uitgezet in het Discussiestuk (zie § 8). Daarmee is dit toetsingskader indirect gevalideerd door het Gerecht.

Afzonderlijke producten

Het Gerecht oordeelt dat sprake was van afzonderlijke producten nu in ieder geval sprake is van enige zelfstandige vraag naar het gekoppelde product – Media

Player – en de verschillende mediafunctionaliteiten ook afzonderlijk te verkrijgen zijn op de markt. Er wordt door het Gerecht zodoende voornamelijk gekeken naar de zelfstandige vraag naar het gekoppelde product en niet naar de vraag naar beide producten afzonderlijk. Hierbij wordt verwezen naar de zaken *Hilti* en *Tetra Pak II*. De feiten in *Hilti* en *Tetra Pak II* verschillen echter in zoverre van de feiten in *Microsoft* dat er in die zaken een afzonderlijke vraag was naar het koppelende product – schiethamers respectievelijk melkvlmachines – zonder het gekoppelde product – schietnagels respectievelijk verpakingskarton.

Als gevolg van de redenering van het Gerecht kan de Commissie dus, voor bewijs dat sprake is van twee afzonderlijke producten, volstaan met het aantonen dat vraag bestaat naar één van de onderdelen van een geïntegreerd product. Deze conclusie zal van belang zijn voor dominante ondernemingen die producten verkopen die bestaan uit geïntegreerde elementen die ook afzonderlijk gekocht zouden kunnen worden. Juist bij informatieproducten is dit vaak het geval, nu hierbij de componenten vaak moeilijk te onderscheiden zijn en een consument ook een eindproduct verlangt waarin alle componenten zijn geïntegreerd.

Er is wel een kantekening te plaatsen bij de redenering van het Gerecht. Bij geïntegreerde producten kan deze redenering een wat wereldvreemd beeld opleveren. Bij de schoolvoorbeelden van (i) schoenen en veters of (ii) auto's en autobanden bestaat alleen vraag naar de combinatie van deze producten (schoenen met veters en auto's met banden) en naar één van de elementen van die combinatie (veters en banden). Toch is hier geen sprake van bundeling in strijd met art. 82 EG. Het is daarom relevant of ook sprake is van een vraag naar het koppelende product zonder het gekoppelde product. Uit de geringe vraag naar de 'kale' versie van Windows blijkt dat op dit moment hiervan nog geen sprake is ten aanzien van Windows en Media Player. Hierna zal echter blijken dat deze geringe vraag echter juist een gevolg is van de uitsluitingseffecten die het gevolg zijn van de bundeling.

Uitsluitingseffecten

Het is interessant te zien dat het Gerecht zich kan vinden in de toepassing van de hefboomtheorie die de Commissie heeft toegepast ten aanzien van de uitsluitingseffecten van de bundeling. Ook het Gerecht is van oordeel dat ontwikkelaars van software en internetcontent minder geneigd zullen zijn producten voor concurrerende mediafunctionaliteiten te ontwikkelen, nu afnemers voornamelijk het product zullen gebruiken waarvoor de meeste bestanden en toepassingen beschikbaar zijn. De ontwikkelaars zullen hierdoor voornamelijk toepassingen en bestanden ontwikkelen die gebruikmaken van Media Player. Het gevolg hiervan is dat de markt voor de mediafunctionaliteiten wordt afgeschermd voor concurrerende producten en de mededinging op deze markt wordt beperkt.

De door de Commissie opgelegde remedie heeft als doel deze afscherming tegen te gaan door Microsoft te

dwingen een Media Player-loze versie van Windows af te nemen. Deze versie is door Microsoft 'Windows N' en 'Vista N' genoemd.

Deze remedie is veelvuldig bekritiseerd omdat er bijna geen vraag zou zijn naar deze 'kale' versie van Windows.¹⁹ Door het ontbreken van die vraag stelt Microsoft dat de Commissie niet goed heeft gekeken naar de aanwezigheid van twee afzonderlijke producten. Naar onze mening is het nu echter te vroeg om goed te beoordelen of deze remedie heeft gewerkt. Ten tijde van de beschikking hadden alle pc's die gebruikmaakten van Windows automatisch Media Player als mediafunctionaliteit geïnstalleerd. De ontwikkelaars waren en zijn daarom nog geneigd hun producten in te richten met Media Player als uitgangspunt. Hierdoor ontstaat de in de bestreden beschikking beschreven 'tipping'-problematiek: zolang de consumenten geen alternatieve mediatoepassingen hebben, zullen de ontwikkelaars zich houden aan het Media Player-format en zolang er geen goede content beschikbaar is voor alternatieve mediatoepassingen zullen consumenten – en dus computerfabrikanten – blijven kiezen voor Media Player. Het kan dus nog een paar jaar duren voordat deze kip en dit ei elkaar hebben gevonden.

3. Horizontale onderwerpen

Een aantal elementen komt bij beide misbruikvormen aan de orde en leent zich dus voor gezamenlijke bespreking.

3.1 Bewijslastverdeling

Een eerste, weinig opzienbarend maar niettemin fundamenteel punt is het vraagstuk van de bewijslastverdeling.

De bestreden beschikking is gegeven onder vigeur van Verordening 17, die, anders dan Verordening 1/2003, geen bijzondere bepaling bevatte inzake bewijslastverdeling. In art. 2 van Verordening 1/2003 wordt die bewijslast aldus verdeeld, dat de bewijslast voor inbreuk op de civiele partij of mededingingsautoriteit rust, die stelt dat een inbreuk heeft plaatsgevonden, terwijl de bewijslast voor vrijstelling krachtens art. 81 lid 3 EG op de wederpartij rust.

Inhoudelijk en conceptueel loopt de uitzondering van art. 81 lid 3 EG evenwijdig aan het leerstuk van de objectieve rechtvaardiging in het kader van het misbruikverbod: zie bijvoorbeeld § 5.5.3 van het Discussiestuk, waar de vier elementen van art. 81 lid 3 EG worden gepresenteerd als de vier elementen van een in het kader van art. 82 EG beschikbare 'efficiency defence'.

Het is dan ook logisch dat het Gerecht in r.o. 688 en 1144 zonder veel omhaal van woorden oordeelt dat de bewijslast voor het inroepen van een objectieve rechtvaardiging bij misbruik op de onderzochte onderneming rust. Het Gerecht verduidelijkt daarbij dat die onderneming een eventuele objectieve rechtvaardiging moet aanvoeren en onderbouwen tijdens de administratieve proce-

dure, waarna het aan de Commissie is om te motiveren waarom zij die rechtvaardiging in voorkomend geval onjuist of onvoldoende gemotiveerd acht.

Zonder dat het Gerecht dit uitdrukkelijk oordeelt, ligt in dat oordeel besloten dat de Commissie haar beschikking kan baseren op de stellingen en gegevens die de onderzochte onderneming in de loop van de administratieve procedure heeft aangedragen, en dat daarna in beroep aangevoerde elementen geen afbreuk meer kunnen doen aan de rechtmatigheid van de vaststelling dat de gewraakte gedraging misbruik heeft opgeleverd.²⁰

3.2 Economische benadering

In r.o. 87-89 herhaalt het Gerecht de vaste rechtspraak dat Hof en Gerecht in het algemeen een volledig onderzoek instellen naar de vraag, of aan de voorwaarden voor toepassing van art. 85 lid 1 en 82 EG is voldaan, maar zich daarbij, als het gaat om ingewikkelde economische beoordelingen, moeten beperken tot de toets of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.

Desondanks verricht het Gerecht in dit arrest een zeer gedegen analyse van de technische kenmerken van de betrokken software en van de gevolgen van licentieweigering en bundeling op de betrokken markten.

De 'economische benadering' van het mededingingsrecht komt daarbij uitdrukkelijk aan de orde als het gaat om de bundeling, waar de Commissie, in plaats van de verstoring van de mededinging als een gegeven te beschouwen, diepgaand de economische effecten van de bundeling in kaart poogt te brengen (§ 5.3.2.1.4). Deze analyse wordt vervolgens door het Gerecht onderschreven, waarmee het aanvaardt dat deze economische benadering een juiste toepassing kan zijn van art. 82 EG.

Daarmee is echter niet gezegd dat die analyse volgens het Gerecht daadwerkelijk vereist was en dat het Gerecht dat deel van de beschikking dat betrekking heeft op de bundeling nietig zou hebben verklaard als die analyse niet in de bestreden beschikking had gestaan. Die analyse was er nu immers. Op dit punt kan het arrest dus geen duidelijkheid verschaffen over de vraag of het Gerecht ook in het kader van het misbruikverbod een meer *effects based approach* verwacht van de Commissie.

Omgekeerd geldt dat de meer economische benadering van het mededingingsrecht een tendens is, die zich geheel onafhankelijk van rechterlijke controle kan ontwikkelen. Als bepaalde gedragingen immers, volgens de door een mededingingsautoriteit gehuldigde opvattingen over die economische benadering, geen beperking opleveren van de mededinging, zal die autoriteit daar niet tegen optreden. Dit niet-optreden wordt vervolgens uitsluitend onderworpen aan rechterlijke toetsing in het enkele geval waarin een klager via de rechter probeert te

¹⁹ Zie Art en McCurdy, t.a.p. (noot 18).

²⁰ Vaste rechtspraak, zie bijv. Hof EG 5 oktober 1994, *Crispoltoni e.a.*, C-133/93, C-300/93 en C-362/93, *Jur.* 1994, p. 1-4863, punt 43.

bewerkstelligen dat de mededingingsautoriteiten terugkeren naar een overzichtelijker, en dus makkelijker te bewijzen, stelsel van *per se* verboden.

Het wachten is dus op een zaak waarin de Commissie in een concrete zaak op basis van de benadering uit het Discussiestuk niet optreedt en een klager tegen dat niet-optreden poogt op te komen.

3.3 TRIPS

Stelling Microsoft

Ter rechtvaardiging van beide inbreuken heeft Microsoft het TRIPS-verdrag ingeroepen. 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. Een van de interveniërende partijen wijst ten slotte op art. 31 TRIPS, dat beperkingen oplegt aan de mogelijkheid te voorzien in dwanglicenties met betrekking tot octrooien (r.o. 787 e.v.).

Volgens Microsoft voldoet de beschikking niet aan de door deze bepalingen voorgeschreven waarborgen, omdat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de betrokken werken en merken (r.o. 794 en 1172). Microsoft erkent 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 instellingen kunnen toetsen, maar beroept zich op het leerstuk van de verdragsconforme uitleg, zoals dat onder meer is ontwikkeld in HvJ EG 10 september 1996, *Commissie/Duitsland*, zaak C-61/94²¹ (r.o. 781).

Het arrest van het Gerecht

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 verdragsconforme 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.);

- overigens zijn de door de Commissie genomen maatregelen verenigbaar zijn met de beginselen van de door Microsoft c.s. ingeroepen artikelen uit het TRIPS-verdrag.

Commentaar

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 rechtstreekse toetsing verdwijnen.²²

Eigenlijk is daarmee al gegeven dat elke nietigheidgrond die aan het TRIPS-verdrag wordt ontleend, verworpen moet worden. Microsoft heeft het geprobeerd over de boeg van de volkenrecht-conforme uitleg. In het arrest *Poulsen en Diva Navigation* heeft het Hof uitgemaakt dat de bevoegdheden van de Gemeenschap moeten worden uitgeoefend in overeenstemming met het volkenrecht, hetgeen een plicht tot volkenrecht-conforme uitleg met zich mee brengt.²³ 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.

Een oppervlakkige parallel met het interne pendant van het leerstuk van de volkenrechtconforme uitleg, dat van de richtlijnconforme uitleg, zou de kant op kunnen wijzen dat de Commissie het gemeenschapsrecht wellicht 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 dan ook 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 ook in een verticale verhouding niet inroepbaar is.

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

²² HvJ EG 23 november 1999, *Portugal/Raad*, zaak C-149/96, Jur. 1999, p. I-8395, punt 47.

²³ HvJ EG 24 november 1992, *Poulsen en Diva Navigation*, zaak C-286/90, Jur. p. I-6019, punt 9.

4. Slot

Op het punt van de licentieweigering is de belangrijkste bijdrage van dit arrest dat het vereiste uit *Magill* en *IMS Health* van het "nieuwe product waarnaar een daadwerkelijke vraag bestaat" in de bredere sleutel van de benadeling van de consument is gezet en dus mede betrekking kan hebben op het blokkeren van een technologische ontwikkeling, die nog niet heeft geleid tot identificeerbare producten. De vraag of het toetsingskader uit *Magill* tevens zou moeten worden toegepast op casus waarin niet IE-rechten, maar *know-how* in licentie moet worden gegeven, is helaas in het midden gelaten. Hetzelfde geldt voor de objectieve rechtvaardiging die ziet op de prikkel tot het doen van investeringen in onderzoek en ontwikkeling.

Op het punt van de bundeling is de winst van dit arrest met name dat het toetsingskader dat reeds kon worden afgeleid uit *Hilti* en *Tetra Pak II* in een systematisch strakkere vorm is vastgesteld door het Gerecht. De toepassing van dit kader op de casus *Windows/Media Player* laat zien dat art. 82 EG volgens het Gerecht met zich mee kan brengen dat een geïntegreerd softwareproduct in ontvloten toestand moet worden aangeboden als het bestaat uit elementen waarnaar potentieel een afzonderlijke vraag kan bestaan. Zoals zowel de Commissie als het Gerecht hebben benadrukt, staat art. 82 EG er echter niet aan in de weg dat Microsoft het geïntegreerde product blijft aanbieden – als daarnaast maar het ontvloten product beschikbaar is. De praktijk zal nu moeten uitwijzen of alternatieve aanbieders van

mediatoepassingen een concurrerend aanbod weten te ontwikkelen en computerfabrikanten ertoe weten over te halen computers te configureren met Windows en een alternatieve mediatoepassing.

Ten slotte staat ook vast dat de Commissie haar beleid terzake van de figuur van de nakomingstrustee grondig zal moeten herzien.

Ondanks het inroepen van de rituele bezweringen over de marginale toets van Hof en Gerecht als het gaat om de complexe economische analyses van de Commissie, heeft het Gerecht een zeer gedegen analyse doorgevoerd, waarin de stellingen van Microsoft één voor één in detail zijn besproken en verworpen. Het arrest wekt dan ook de indruk dat het geschreven is om bestand te zijn tegen een hogere voorziening.

Deze voorziening zal overigens uitblijven: Microsoft heeft inmiddels aangekondigd dat zij die voorziening niet zal vragen en dat zij de nietigheidsberoepen zal intrekken die zij eerder heeft neergelegd tegen de beschikkingen waarbij de Europese Commissie bijkomende boetes had opgelegd voor het niet voldoen aan de bestreden beschikking.²⁴ In dat kader zullen Microsoft en de Commissie vermoedelijk in onderhandelingen moeten treden over het opzetten van een trustee-mechanisme dat voldoet aan de eisen van het nu deels nietig verklaarde art. 7 van het bestreden besluit.

Door het uitblijven van een hogere voorziening zal dit arrest voor alle hier besproken punten voorlopig de belangrijkste rechtsbron vormen.

Joost Fanoy en HMHS, NautaDutilh, Amsterdam

²⁴ Beschikkingen van C(2005)4420 van 10 november 2005 en van 12 juli 2006: oplegging van een niet-nakomingsboete van EUR 280,5 miljoen voor de periode van 16 december 2005 tot 20 juni 2006 en vaststelling van de dagelijkse boete op EUR 3 miljoen voor elke dag van niet-nakoming na 20 juni 2006.