



De Microsoft-beschikking: Dwanglicenties en opsplitsing van geïntegreerde producten

(m.nt. mr O.L. van Daalen en mr W.W. Geursen)¹

Op 24 maart 2004 heeft de Europese Commissie haar langdurend onderzoek naar Microsofts misbruik van machtspositie beëindigd. Zij heeft een boete opgelegd en maatregelen ter voorkoming van verder misbruik bevolen. Het besluit is in meerdere opzichten uniek: de invulling van het misbruik-begrip en de bevolen maatregelen scheppen een belangrijk precedent.

Dit artikel bespreekt het besluit.² Eerst komt de aanleiding van het onderzoek aan de orde. Daarna wordt Microsofts misbruik besproken. Tot slot komen de maatregelen van de Commissie aan de orde. Daarbij wordt niet ingegaan op de relatie tussen het TRIPS-verdrag, de Softwarerichtlijn en de Europese mededingingsregels.

De aanleiding

Microsoft is producent van het pc-besturingssysteem Windows. Microsofts marktaandeel op de markt voor pc-besturingssystemen ligt boven de 95%.³ Een dergelijk hoog marktaandeel is vrijwel altijd een machtspositie in de zin van het mededingingsrecht. In 1998 maakten de federale overheid van de Verenigde Staten en twintig staten een rechtszaak aanhangig tegen Microsoft.⁴ Die ging over het misbruik door Microsoft jegens de producten van twee concurrenten: Netscapes Navigator en Suns Java. Tegelijkertijd diende concurrent Sun een klacht in bij de Europese Commissie. En terwijl dit onderzoek liep stelde de Commissie in 2000 een eigen onderzoek in naar een ander aspect van het gedrag van Microsoft. De twee Europese procedures zijn nadien samengevoegd.

De Amerikaanse rechtszaak is inmiddels zo goed als beëindigd. Een schikking tussen Microsoft, de federale overheid en een aantal staten is in 2002 goedgekeurd door het U.S. District Court for the District of Columbia.⁵ Het hoger beroep van de staat Massachusetts is verworpen.⁶

Op 24 maart 2004 rondde de Commissie haar onderzoek af. De Commissie heeft vastgesteld dat Microsoft een dominante positie heeft op de markt voor 'operating systems for client pc's' (par. 471) en de markt voor 'work group server operating systems' (par. 541). Microsoft heeft volgens de Commissie in strijd gehandeld met de Europese mededingingsregels door haar 'bijna-monopolie' op die markten te misbruiken. Zij legde een boete van 497 miljoen euro op voor het misbruik dat reeds heeft plaatsgevonden, en ze nam een aantal maatregelen om misbruik in de toekomst te voorkomen.

- O.L. van Daalen en W.W. Geursen zijn beiden werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek. W.W. Geursen is tevens verbonden als docent aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.
- Deze beschikking werd reeds becommentarieerd in: 'De Microsoft-zaak: de Europese Commissie deelt zware klap uit aan Microsoft en legt recordboete op', *Actualiteiten Mededingingsrecht* nr. 4/2004, p. 71; N. Banasevic, J. Huby, M. Pena Castellot, O. Sitar, H. Piffaut, 'Commission adopts Decision in the Microsoft case', *Competition Policy Newsletter*, nr. 2 Summer 2004, p. 44; Th. Vinje, A. Morfey, 'Microsoft: The European Commission takes a stand', *Competition Law Insight*, april 2004, p. 18; S.B. Völcker, 'The implications of Microsoft and IMS Health: Interesting times for dominant intellectual property holders in Europe', *Competition Law Insight*, juni 2004, p. 14; M. Dolmans, Th. Graf, 'Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft decision in Perspective', *World Competition* 27(2)/2004, p. 225; A. Winckler, M. Dolmans, Th. Graf, 'The European Commission's Microsoft decision', *Global Competition Law Review*, nr. 4 Mei 2004, p. 30. Zie voor een inhoudelijke reactie van Microsoft, Persbericht van 21 april 2004, te vinden op: <http://www.microsoft.com/presspass/legalnews.asp>.
- Par. 430 e.v. van het besluit van de Commissie van 24 maart 2004, COMP/C-3/37.792 (Microsoft), te vinden op <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.
- Zie hierover B. Creve, 'U.S. versus Microsoft: wie won wat? Een overzicht van het Amerikaanse hoofdstuk van de Microsoftsaga', *SEW* 2004, nr. 7/8, p. 292.
- Zie voor een overzicht van de zaken: <http://www.dcd.uscourts.gov/microsoft-2001.html>.
- Massachusetts v. Microsoft, No. 02-7155 (Court of Appeals District of Columbia 4 juni 2004), te vinden op: <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200406/02-7155a.pdf>.

Communicatieprotocollen van workgroup server besturingssystemen

Het eerste bezwaar van de Commissie betrof de afgifte van communicatieprotocollen van workgroup server-besturingssystemen (netwerkbesturingssystemen). Deze besturingssystemen ondersteunen met name het gezamenlijk gebruik van printers, het delen van bestanden en het vanaf verschillende computers inloggen op het netwerk. Deze besturingssystemen vormen een lucratieve markt: vrijwel alle organisaties met een intranet maken hiervan gebruik. Op deze markt zijn meerdere producenten actief, zoals Microsoft, Novell en Sun.

Vaak zijn de functies van een netwerkbesturingssysteem verdeeld over verschillende computers: de printer wordt beheerd door een computer en de bestanden worden beheerd door een andere computer. De communicatie tussen deze zogenoemde *servers* en tussen de computers die hiervan gebruikmaken, zogenoemde *clients*, verloopt via vooraf afgesproken patronen: communicatieprotocollen. Kennis van de communicatieprotocollen is essentieel voor het ontwikkelen van compatibele netwerkbesturingssystemen. In de woorden van de Commissie (par. 182):

'In other words, the proper functioning of a Windows work group network relies on an architecture of client-to-server and server-to-server interconnections and interactions [...]. The common ability to be part of that architecture is an element of compatibility between Windows client PCs and Windows work group servers. This compatibility can be described in terms of 'interoperability with the Windows domain architecture'.

In het begin van de jaren negentig richtte Sun zich met name op het ontwikkelen van netwerkbesturingssystemen en bijbehorende gebruikerscomputers. Microsoft richtte haar aandacht op een besturingssysteem voor alleenstaande pc's: Windows. Het groeiende marktaandeel van Microsoft in de gebruikersmarkt was voor Sun aanleiding Microsoft te verzoeken specificaties over de communicatieprotocollen te verstrekken, opdat Suns netwerkbesturingssystemen konden communiceren met Microsofts pc-besturingssystemen. Microsoft ging niet in op de verzoeken van Sun. Daarentegen ging ook Microsoft zich richten op de markt van netwerkbesturingssystemen. Microsoft kon met haar marktmacht op de markt voor pc-besturingssystemen de communicatiestandaard tussen pc besturingssystemen en netwerkbesturingssystemen bepalen. Door zelf op de netwerkbesturingssystemenmarkt actief te worden, kon Microsoft bestaande producenten uit de markt concurreren: Microsoft kon haar netwerkbesturingssystemen optimaal op haar pc-besturingssystemen afstemmen, in tegenstelling tot de concurrentie.

Gelet op het marktaandeel van Microsoft in de pc-besturingssysteemmarkt oordeelde de Commissie dat Microsofts weigering informatie over communicatieproto-

collen op verzoek te verstrekken in strijd is met artikel 82 EG.

Windows Media Player

Het tweede bezwaar van de Commissie betrof het koppelen van Windows Media Player (WMP) aan Windows. Een mediaspeler is een computerprogramma dat digitale muziek- en filmbestanden speelt. Andere voorbeelden hiervan zijn QuickTime van Apple en RealPlayer van Real Networks. Sinds de lancering in 2000 van Windows Millennium Edition (ME) levert Microsoft WMP bij haar besturingssysteem. WMP is geïnstalleerd op iedere computer die over Windows ME of over een nieuwere versie beschikt. Microsoft biedt consumenten niet de keuze om Windows zonder WMP te kopen. Hierdoor zullen consumenten minder of niet meer geneigd zijn mediaspelers van concurrenten te betrekken, aldus de Commissie.

Muziek- en filmbestanden worden in toenemende mate afgespeeld op computers, in plaats van op stereotens en dvd-spelers. Net zoals een grammofoonplaat slechts kan worden afgespeeld op een grammofoonspeler, kunnen de verschillende media-bestandsformaten slechts op bijbehorende mediaspelers worden afgespeeld. Ook Microsoft heeft een dergelijk bestandsformaat ontwikkeld voor het afspelen van beeld en geluid op WMP.

Op het moment dat Microsoft een dominante positie zou bereiken op de markt voor mediaspelers, kan zij de standaard voor het bestandsformaat voor mediabestanden bepalen. Concurrenten die compatibele hardware- en software willen ontwikkelen, kunnen dit vanwege het auteursrecht slechts met toestemming van Microsoft. Door WMP te leveren met Windows beperkt Microsoft volgens de Commissie de mededinging op de markt voor mediaspelers en aanpalende markten (par. 984):

'In a nutshell, tying WMP with the dominant Windows makes WMP the platform of choice for complementary content and applications which in turn risks foreclosing competition in the market for media players. This has spillover effects on competition in related products such as media encoding and management software (often server-side), but also in client PC operating systems for which media players compatible with quality content are an important application.'

In de beschikking besteedde de Commissie overigens ook aandacht aan de samenwerking tussen Time Warner en Microsoft (par. 873). Inmiddels hebben Time Warner, Microsoft en een producent van DRM-systemen een joint-venture gemeld bij de Commissie. Ook in dit geval vreest de Commissie dat Microsoft de standaard voor het opslaan van content zal bepalen, zoals blijkt uit het feit dat de melding zich inmiddels in de tweede fase bevindt.⁷

⁷ Zie Pb. EG 2004 C 184/2 en persbericht IP/04/1044, te vinden op: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/1044&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

Leveringsweigering als misbruik

Artikel 82 EG-verdrag bevat een niet-limitatieve lijst van voorbeelden van misbruik. Een hiervan is 'het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers'. Ook Microsofts weigering de specificaties van communicatieprotocollen op verzoek aan concurrenten beschikbaar te stellen schaarde de Commissie hieronder (zie par. 546 - 791).

De toets van de Commissie

De Europese Commissie noemt in de beschikking de toets die zij hierbij hanteert niet expliciet. Eerst bespreekt zij de belangrijkste jurisprudentie over leveringsweigering en artikel 82 EG-verdrag.⁸ In de zaak-Magill, die tijdens het schrijven van de beschikking het leidende precedent vormde, formuleerde het Hof drie voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat sprake kan zijn van misbruikelijke licentieweigering.⁹ De Commissie merkt hierover het volgende op (par. 555):

'On a general note, there is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply.'

Zij komt daarna tot de conclusie dat leveringsweigering moet worden beoordeeld aan de hand van het geheel van omstandigheden (par. 558):

'The case-law of the European Courts therefore suggests that the Commission must analyse the entirety of the circumstances surrounding a specific instance of a refusal to supply and must take its decision based on the results of such a comprehensive examination' (cursivering toegevoegd).

De Commissie acht onder meer van belang dat de leveringsweigering aan Sun onderdeel uitmaakt van een breder gedrag van het niet openbaar maken van interoperabiliteitsinformatie aan producenten van netwerkbesturings-systemen (par. 577). Daarnaast heeft Microsoft eerdere leveranties aan Sun beëindigd (par. 584).¹⁰ Ook scheidt het gedrag van de dominante onderneming het risico dat de mededinging wordt uitgeschakeld, omdat toegang tot deze informatie noodzakelijk is om actief te zijn op de markt (par. 585 en 692). En de leveringsweigering beperkt de innovatie ten nadele van de consument (par. 701).

Microsoft stelde zich op het standpunt dat de specificaties die zij zou moeten leveren beschermd zijn door het intellectueel-eigendomsrecht. Dit is van belang omdat het Hof in *Bronner* een aanwijzing heeft gegeven dat weigering van een licentie op een intellectueel-eigendomsrecht minder snel misbruikelijk is dan de leveringsweigering van een andersoortig eigendomsrecht.¹¹ De weigering een

licentie te verlenen behoort tot de essentie van een intellectueel-eigendomsrecht.¹² De ratio hiervan is dat het intellectueel-eigendomsrecht al een evenwicht weerspiegelt tussen het belang van de rechthebbende en het belang van de concurrent. De Commissie is desondanks van oordeel dat het bestaan van een intellectueel-eigendomsrecht in dit geval niet kan dienen als objectieve rechtvaardiging voor een licentieweigering, omdat (par. 783):

'on balance, the possible negative impact of an order to supply on Microsofts incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft).'

De Commissie stelt vast dat sprake is van misbruikelijke leveringsweigering.

De toets na IMS Health

Kort nadat de Commissie haar beschikking had genomen, heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in de zaak-IMS Health.¹³ Hierin heeft het Hof de voorwaarden besproken waaronder een onderneming met een machtspositie gedwongen kan worden een licentie op een intellectueel eigendomsrecht te verlenen aan een concurrent. De weigering van een onontbeerlijke licentie is slechts misbruikelijk als is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van het intellectuele-eigendomsrecht nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder van het intellectuele-eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat;
- de weigering is niet gerechtvaardigd op objectieve gronden;

8 HvJ EG 6 maart 1974, zaken 6/73 & 7/73 (Commercial Solvents); HvJ EG 3 oktober 1985, zaak 311/84 (Télémarketing); HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87 (Volvo/Veng); HvJ EG 6 april 1991, zaak C-241/95, NJ 1995, 492, r.o. 54 (Magill); HvJ EG 12 juni 1997, zaak T-504/93 (Tiercé Ladbroke); HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Jur. 1998 I-07791, r.o. 41 (Bronner).

9 HvJ EG 6 april 1995, zaak C-241/95, NJ 1995, 492, r.o. 54 (Magill).

10 Die omstandigheid werd ook in Commercial Solvents van belang geacht, zie HvJ EG 6 maart 1974, zaken 6/73 en 7/73, NJ 1974, 524 (Commercial Solvents).

11 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, Jur. 1998 I-07791, r.o. 41 (Bronner).

12 HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, r.o.8 (Volvo/Veng).

13 HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01 (IMS Health/NDC Health). Zie hierover A. Kamperman Sanders, 'Intellectuele eigendom na HvJEG IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?', *AMI/Informatierecht* 2004/4, p. 124-132; de noot van B.J. Drijber bij dit arrest, *AMI/Informatierecht* 2004/4, p. 137-140; O.L. van Daalen, 'Dwanglicenties op grond van het mededingingsrecht: IMS Health en andere zaken', *AM* 2004/6, p. 117-121. Zie verder de noot van W.A. Hoyng bij GvEA 26 oktober 2001, zaak T-184/01 R, *Markt & Mededinging* 2002/3, p. 113-117 (IMS Health/Commissie), W.G. Wezenbeek-Geuke, 'IMS Health; misbruik van machtspositie en intellectuele eigendomsrechten', *NTER* 2001/12, p. 333-343; F. Fine, 'NDC/IMS: A logical application of essential facilities doctrine', *ECLR* 2002/9, p. 457-468.

- door de weigering wordt de downstream-markt voorbehouden aan de houder van het intellectuele-eigendomsrecht en wordt elke mededinging op die markt uitgesloten.

Het is de vraag of de beschikking in het licht van dit arrest stand kan houden.¹⁴ Het belangrijkste kritiekpunt is dat de Commissie een niet-cumulatieve toets heeft aangelegd: haar onderzoek naar de leveringsweigering is gericht op de *'entirety of the circumstances'* (par. 558). Het Hof heeft in *IMS Health* echter geoordeeld dat de genoemde voorwaarden in Magill cumulatief zijn (zie m.n. r.o. 38).

Met name is het de vraag of de Commissie voldoende heeft bewezen dat is voldaan aan het vereiste nieuwproductcriterium. De Commissie besteedt hieraan vrijwel geen aandacht. Zij stelt met name dat concurrenten genoodzaakt zullen zijn om toegevoegde waarde te leveren aan consumenten, willen zij concurreren met Microsoft (par. 722).

Of de beschikking op dit punt zal worden vernietigd, hangt onder meer af van wat onder een nieuw product moet worden verstaan. Het Hof wijdt hierover niet uit. Volgens A-G Tizzano in *IMS Health* moet het gaan om een onderneming *'who does not wish to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on the secondary market by the owner of the intellectual property right but intends to produce goods or services of a different nature which, although in competition with those of the owner of the right, answer specific consumer requirements not satisfied by existing goods or services'* (par. 66). Sun wil een netwerkbesturingssysteem aanbieden dat functioneel vergelijkbaar is met het netwerkbesturingssysteem van Microsoft. Het is te betwijfelen of dat van een voldoende andere aard is om voor een dwanglicentie in aanmerking te komen.

Een tweede punt van kritiek betreft de mate waarin de mededinging beperkt wordt, wil sprake zijn van misbruik. De Commissie onderzoekt of het risico bestaat dat de mededinging op de markt voor netwerkbesturingssystemen wordt uitgeschakeld (par. 692). Het Hof stelt de voorwaarde dat elke mededinging op die markt wordt uitgesloten. Die laatste voorwaarde lijkt strenger dan de toets van de Commissie, en het is de vraag of zij wordt vervuld. Er zijn meerdere aanbieders op de markt voor netwerkbesturingssystemen actief, wat een aanwijzing is dat niet elke mededinging op die markt wordt uitgesloten. Daarnaast is het mogelijk om de specificaties van de communicatieprotocollen – zij het met enige moeite – door middel van *reverse engineering* te achterhalen, zodat voorzover het geen intellectuele-eigendomsrechten betreft, concurrenten alternatieve implementaties kunnen aanbieden. Dit in tegenstelling tot de situatie in *IMS Health*, waar andere aanbieders *in het geheel* niet konden concurreren zonder licentie van IMS Health.

Koppelverkoop

Verder noemt artikel 82 EG als een van de voorbeelden van misbruik het feit dat het sluiten van overeenkomsten

afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten, zogenoemde koppelverkoop. Het mededingingsrechtelijk probleem hiervan is dat een producent die dominant is op een bepaalde markt, koppelverkoop als hefboom kan gebruiken om de mededinging te beperken op een andere markt.

Microsoft heeft in het verleden ontwikkelde software dikwijls gekoppeld aan haar besturingssysteem. Hierbij zijn door de mededingingsrechtelijke autoriteiten al vaker vraagtekens gezet. In de Verenigde Staten is Microsoft beschuldigd van koppelverkoop van het toenmalige besturingssysteem MS-DOS met de grafische *'interface'* Windows 3.1. Later is zij daar beschuldigd van koppelverkoop van het besturingssysteem Windows met Internet Explorer.¹⁵

Ook in Europa zou Microsoft zich volgens de Commissie schuldig maken aan koppelverkoop door Windows te leveren met WMP (par. 792 - 989). De toets die de Commissie hanteert, bestaat uit vier stappen:

'(i) the tying and tied goods are two separate products; (ii) the undertaking concerned is dominant in the tying product market; (iii) the undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the tying product without the tied product; and (iv) tying forecloses competition' (par. 794).

Twee separate producten

Ten aanzien van informatie-technologieproducten is met name de voorwaarde dat sprake moet zijn van twee separate producten interessant.¹⁶ Een van de grieven van Microsoft richt zich tegen de conclusie van de Commissie dat hiervan sprake is. De overige voorwaarden zijn hierboven kort aan de orde gekomen, en worden verder niet besproken.

In tegenstelling tot fysieke producten, zijn componenten van een informatieproduct namelijk moeilijk te onderscheiden. Bovendien verwacht een consument een geïntegreerd product dat voorziet in verschillende behoeftes, ook al kunnen de componenten afzonderlijk worden geproduceerd.

Onder verwijzing naar het oordeel van het Hof in *Hilti*¹⁷ en *Tetra-Pak II*¹⁸ stelt de Commissie dat onderzocht

14 Zie Microsofts grieven in beroep, Pb. EG 2004 C 179/18. Zie verder het persbericht van Microsoft: Persbericht van 27 juni 2004, te vinden op <http://www.microsoft.com/presspass/legalnews.asp>.

15 Zie ook B. Creve, 'U.S. versus Microsoft: wie won wat? Een overzicht van het Amerikaanse hoofdstuk van de Microsoftsaga', *SEW* 2004, nr. 7/8, p. 292.

16 R. Whish, *Competition law* (5th ed.), Butterworths: Londen/Edinburgh 2004, p. 661.

17 Zaak T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439 (Hilti); zaak C-53/92 P, *Jur.* 1994, p. I-667 (Hilti).

18 Besluit van de Commissie 92/163/EEC, zaaknr. IV/31043 - Tetra Pak II, Pb. EG 1992 L 72/1; zaak T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755 (Tetra Pak II) en zaak C-333/94 P, *Jur.* 1996, p. I-5951 (Tetra Pak II).

moet worden of er sprake is van 'separate consumer demand' (par. 802). Maar in *Hilti* ging het Gerecht ervan uit dat er afzonderlijke productmarkten voor de gekoppelde producten bestonden, omdat de gekoppelde producten afzonderlijk werden *geproduceerd*.¹⁹ En ook in *Tetra Pak II* oordeelde het Hof dat geen natuurlijk verband tussen de gekoppelde producten bestond, omdat handelsgebruik aantoonde dat de gebonden producten afzonderlijk werden *geproduceerd*.²⁰ In beide uitspraken werd het bestaan van een 'separate producer supply' van doorslaggevende betekenis geacht voor de vraag of sprake zou zijn van twee afzonderlijke producten. In *Tetra Pak II* werd dit beoordeeld aan de hand van het handelsgebruik, en in *Hilti* aan de hand van productmarkten.

Handelsgebruik en juiste marktafbakening

Voor wat betreft het aanbieden van mediaspelers zonder besturingssystemen komt de Commissie tot de volgende constatering. Mediaspelers worden afzonderlijk aangeboden, met name via het internet. Bovendien heeft Microsoft zelf versies van WMP ontwikkeld die draaien onder andere pc-besturingssystemen, zoals die van Apple en Sun (par. 804-805). Daarnaast downloaden Windows-gebruikers mediaspelers via het internet, aldus de Commissie (par. 806). Mediaspelers worden dus afzonderlijk aangeboden en afgenomen; en er lijkt een markt te zijn voor mediaspelers zonder besturingssysteem.

Besturingssystemen worden daarentegen nauwelijks zonder mediaspeler aangeboden. Ook Sun en aanbieders van Linux leveren mediaspelers bij hun pc-besturingssystemen – ook al zijn dit niet hun eigen mediaspelers (par. 822). Microsofts argument dat hieruit handelsgebruik blijkt, wijst de Commissie echter van de hand (par. 824):

'If anything, the argument that other operating system vendors offer media players together with the operating system shows that customers predominantly want their client PCs to provide multimedia capabilities'.

Dit wekt evenwel verbazing, omdat juist de conclusie van de Commissie zélf als tegenbewijs voor het bestaan van een 'separate consumer demand' kan worden beschouwd. Volgens de Commissie ondersteunt het feit dat Sun en aanbieders van Linux mediaspelers van derden meeleveren haar stelling dat het niet gebruikelijk is in de handel om mediaspelers en besturingssystemen geïntegreerd aan te bieden. Maar dat argument is onzes inziens juist een bewijs voor dat een consument niet genoeg neemt met een 'kaal' pc-besturingssysteem. Dat Sun en aanbieders van Linux zich de moeite getroosten mediaspelers bij derden af te nemen *onderstreept* dat er 'integrated consumer demand' bestaat en dat de producenten daarop inspelen – een handelsgebruik dus. Dat consumenten mediaspelers afzonderlijk kunnen downloaden doet daar niets aan af. De vraag is of ook besturingssystemen zonder mediaspelers afzonderlijk worden afgenomen.

Daarnaast oordeelde het Gerecht in *Hilti* dat sprake was van afzonderlijke producten, omdat sprake was van afzonderlijke productmarkten. De vraag is of een besturingssysteem *zonder* mediaspeler een afzonderlijke productmarkt vormt, los van de vraag of deze afzonderlijk kan worden geproduceerd. Zo bestaat er vraag naar losse auto's, maar geen vraag naar een auto zonder banden.²¹ Er kan een separate markt bestaan voor mediaspelers, maar dat betekent niet dat er een markt voor pc-besturingssystemen zonder mediaspeler bestaat.

In het licht van *Tetra Pak II* (koppeling was geen handelsgebruik) en *Hilti* (de gekoppelde producten behoorde niet gezamenlijk tot dezelfde productmarkt) valt te betwijfelen of de analyse van de Commissie juist is. Daarbij zij wel opgemerkt dat het Gerecht in *Tetra Pak II* heeft overwogen dat 'zelfs wanneer de gekoppelde verkoop van twee producten in overeenstemming is met het handelsgebruik of wanneer er een natuurlijk verband tussen de betrokken producten bestaat', de koppelverkoop toch misbruikelijk kan zijn.²²

Zal het Gerecht in het aanhangige beroep een meer producttechnische analyse moeten toepassen, waarbij het onderzoekt of Windows zonder WMP functioneert? Of zal het Gerecht een markttechnische analyse moeten toepassen, waarin het handelsgebruik, en de bestaande vraag naar geïntegreerde producten de doorslag geeft? Met name in dynamische informatie-technologieproductmarkten, waarin de computergebruiker de pc voor steeds diversere doeleinden gebruikt, lijkt dit laatste gerechtvaardigd. Een softwaretechnische analyse zou *in extremo* tot de conclusie moeten leiden dat alle software van Microsoft opgesplitst dient te worden in afzonderlijke productjes, waarnaar geen afzonderlijke vraag bestaat, maar die vanuit technisch perspectief wel los van elkaar functioneren.

Twée remedies

Nu de Commissie heeft vastgesteld dat sprake is van misbruik legt zij Microsoft een boete van 497 miljoen euro op: de hoogste boete die de Commissie heeft opgelegd voor machtsmisbruik. Interessanter zijn de maatregelen van de Commissie om misbruik in de toekomst te voorkomen. Microsoft heeft op 25 juni bij het Gerecht verzocht de maatregelen te schorsen bij voorlopige voorziening.²³ De Commissie heeft het Gerecht aangegeven de maatregelen hangende de procedure niet ten uitvoer te leggen.²⁴

¹⁹ *Hilti*, r.o. 66 en 67.

²⁰ *Tetra Pak II*, r.o. 36.

²¹ Zie ook Whish 2004, p. 660.

²² *Tetra Pak II*, r.o. 37.

²³ Zie Statement from Microsoft on Filing of Request for Suspension of European Commission Remedies, persbericht van 27 juni 2004, te vinden op <http://www.microsoft.com/presspass/legalnews.asp>.

²⁴ Persbericht van 28 juni 2004, nr. 106/04, te vinden op <http://www.eur-union.org/news/press/2004/200400106.htm>.

Verplichting om specificaties van protocollen te leveren

De Commissie stelt dat Microsoft door leveringsweigering de mededinging op de markt voor netwerkbesturingsystemen beperkt. 'The natural remedy to Microsofts abusive refusal to supply is an order to supply what has been refused', aldus de Commissie (par. 998). Zij verplicht Microsoft interoperabiliteitsinformatie onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden op verzoek te verstrekken (art. 5 van de beschikking). Voorzover die informatie beschermd is door intellectuele-eigendomsrechten heeft Microsoft recht op een redelijke vergoeding.

De verplichting om informatie op verzoek te verstrekken is inderdaad de meest voor de hand liggende maatregel om leveringsweigering te corrigeren. Het is ook niet de eerste keer dat een onderneming verplicht wordt om informatie beschikbaar te stellen aan concurrenten op grond van het mededingingsrecht: het arrest-Magill is hiervan het belangrijkste voorbeeld. Maar anders dan in *Magill* moet deze maatregel interoperabiliteit bevorderen, en juist daardoor kan ze de structuur van IT-markten ingrijpend veranderen.

IT-markten worden gekenmerkt door sterke netwerkeffecten. De vraag naar veel informatietechnologieproducten is afhankelijk van het aantal gebruikers en het aantal applicaties dat hiermee samenwerkt. Een programma als Word dat door veel mensen wordt gebruikt, kan de standaard worden, zodat het gebruikersaantal alleen nog maar zal toenemen. Daarom zijn veel informatietechnologiemarkten oligopolistisch van aard. Dit maakt verticale integratie een krachtige strategie: netwerkeffecten op aangrenzende markten kunnen elkaar versterken. De koppelstrategie van Microsoft kan hierdoor worden verklaard.

Een interoperabiliteitsverplichting kan hierin verandering brengen. Die verplichting zal de toetredingsdrempels voor concurrenten tot oligopolistische IT-markten drastisch verlagen. De draagbare muziekspeler en digitale muziekwinkel van Apple kan hiervan een voorbeeld worden. De digitale muziekbestanden die zijn gekocht bij de muziekwinkel iTunes van Apple kunnen slechts worden afgespeeld op de muziekspeler van Apple, de iPod. Apple staat concurrenten niet toe om bestanden in Apples bestandsformaat aan te bieden, zoals onlangs bleek toen RealNetworks aankondigde dat zij bestanden in het formaat van Apple aan zou bieden.²⁵ Door deze strategie van verticale integratie heeft Apple een hoog marktaandeel op de markt voor gekochte digitale muziekbestanden. Mocht Apple in de toekomst een machtspositie blijken te bezitten, dan zal zij op grond van bovenstaande redenering concurrenten in de gelegenheid moeten stellen om compatibele concurrerende mediaspelers te produceren.

Verplichting om kale versie van Windows te leveren

Om de oneerlijke concurrentie die voortvloeit uit de koppeling van Windows aan WMP in de toekomst te voorkomen moet Microsoft binnen 90 dagen aan de producenten van pc's, naast haar oorspronkelijke versie van Windows, een

'uitgeklede' Windows-versie aanbieden zonder WMP. Herdistributeurs van computers hebben de keuze de gewenste mediaspeler van Windows óf van een concurrent te installeren naast de 'uitgeklede' versie van een besturingsstelsel. Sun en aanbieders van Linux mogen hun gecombineerde pakketten daarentegen blijven aanbieden. Dat bevestigt dat wat een onderneming zonder machtspositie, zoals Sun en aanbieders van Linux wel mag, een onderneming in een machtspositie, zoals Microsoft, niet mag.²⁶

Logischerwijs zou de verplichting om een kale versie van Windows te leveren ook gevolgen moeten hebben voor andere software die Microsoft aan Windows koppelt. Te denken valt aan de rekenmachine en het kladblok, hoewel op deze markten geen serieuze mededingingsrechtelijke problemen te verwachten zijn. Koppelverkoop van programma's die een standaard op aangrenzende markten kunnen bepalen, zoals MSN-messenger op de markt voor internettelefonie, moeten misschien wel apart worden aangeboden. In haar persbericht stelt Microsoft:²⁷

'[u]nlike previous EC cases, this Decision concerns the ability of a dominant firm to improve its finished product by integrating new components or features into it – in this case the integration into Windows of multimedia playback capabilities. [...] Based on this, for the first time in the history of competition law, the Decision compels the creation of a degraded version of a finished product [...]'

Uitgaande van de premisse dat Windows en WMP twee separate producten zijn, klopt deze kritische kanttekening niet. Dit aspect zal in beroep een belangrijke rol spelen.

Daarnaast is het de vraag of de keuze die consumenten door de maatregel wordt geboden, hierdoor wordt gewaarborgd of juist wordt verminderd. Zullen consumenten de tijd nemen om uit te kiezen welke mediaspeler ze bij hun computer geleverd willen hebben? In ieder geval zal een dergelijke maatregel vergezeld moeten zijn van goede informatie aan de consument, want het is te betwijfelen of de consument binnenkort weet dat hij kan kiezen welke mediaspeler hij op zijn computer geleverd wil hebben.

Conclusie

Het is de laatste termijn voor eurocommissaris Monti, verantwoordelijk voor het DG mededinging bij de Commissie. Dat hij deze beslissing heeft genomen vóór het einde van zijn ambtstermijn is niet toevallig: hij heeft een duidelijk signaal willen afgeven over wat wel en niet kan in IT-

25 Zie 'RealNetworks statement about Harmony technology and creating consumer choice', 29 juli 2004, te vinden op: http://www.realnetworks.com/company/press/releases/2004/harmony_statement.html en 'Apple claims music hijacking', Wired 29 juli 2004, te vinden op: <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,64390,00.html>.

26 Uitspraak van het GvEA in Tetra Pak II, r.o. 137.

27 Persbericht van 21 april 2004, p. 4, te vinden op <http://www.microsoft.com/presspass/legalnews.asp>.

markten. Wat Monti betreft gelden de mededingingsregels van de oude economie ook voor de nieuwe economie (par. 465). De Commissie heeft gekozen voor het waarborgen van een 'effective competition structure' (par. 842 e.v. en 984).

Naar het zich laat aanzien is Microsoft aan handen en voeten gebonden. Microsoft kan zelf niet meer beschikken over haar eigendomsrecht en nieuw ontwikkelde producten zal ze in de toekomst separaat op de markt moeten brengen zonder dat er meegelift kan worden met Windows. Inmiddels hebben Microsoft en Sun hun lopende en toekomstige rechtszaken geschikt voor 1,6 miljard dollar.²⁸ Een onderdeel van de schikking bepaalt dat Sun een licentie zal nemen op de 'Windows desktop operating system communications protocols under Microsofts Communications Protocol Program'. Hoewel een beroep tot nietigverklaring is ingesteld lijkt de beschikking effect te hebben. Als de beschikking in stand blijft zal deze *het* precedent vormen voor machtsmisbruik in informatietechnologiemarkten.

Er bestaan evenwel gronden waarop een beroep van Microsoft kan slagen. De analyse van de leveringsweigering is mogelijk ingehaald door *IMS Health*. En mogelijk is geen sprake van twee verschillende producten, gelet op de voorkeur van de consument.

De aanstaande mededingingscommissaris Neelie Kroes schijnt in 1996 Bill Gates geprezen te hebben voor het feit dat 9 op de 10 computers op Windows werken.²⁹ Hopelijk zal zij het beweerdelijk misbruik van Microsoft met verve verdedigen bij het Gerecht.

28 Zie persbericht van Sun, 'Ten Year Agreement Sets New Framework for Industry Cooperation; Reduces Cost and Complexity for Customers', 2 april 2004, te vinden op: <http://www.sun.com/smi/Press/sunflash/2004-04/sunflash.20040402.3.html>.

29 E. Feldmann, 'Kroes pree Gates voor marktdominantie', Webwereld 23 augustus 2004, te vinden op: <http://www.webwereld.nl/nieuws/19310.phtml>. Het bericht verwijst naar een artikel in de Wall Street Journal.