

Sprawa *Microsoft* – studium przypadku Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii

Pod redakcją
Dawida Miąsika
Tadeusza Skocznego
Małgorzaty Surdek

Warszawa 2008



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Sprawa *Microsoft*
– studium przypadku
Prawo konkurencji
na rynkach nowych technologii

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Trzecia publikacja Programu Wydawniczego CSAiR

Seria: Studia i Monografie Antymonopolowe i Regulacyjne

Redaktor serii: dr hab. Tadeusz Skoczny, prof. UW

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR)

www.wz.uw.edu.pl/csair

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR) zostało utworzone uchwałą Rady Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 lutego 2007 r. jako „inna wymieniona w regulaminie wydziału jednostka, niezbędna do realizacji zadań wydziału” w rozumieniu § 20 Statutu Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 czerwca 2006 r.

CSAiR prowadzi między- i interdyscyplinarne badania naukowe oraz prace rozwojowe i wdrożeniowe w zakresie ochrony konkurencji i regulacji sektorowych w gospodarce rynkowej, ale także przygotowuje wydawnictwa zwarte i periodyczne, organizuje lub współorganizuje konferencje, seminaria, warsztaty i szkolenia, a w przyszłości będzie także patronować studiom podyplomowym.

W skład **CSAiR** wchodzi członkowie Zwyczajni (pracownicy naukowcy Wydziału Zarządzania UW), członkowie Stowarzyszeni (pracownicy naukowcy innych wydziałów UW, w tym głównie Wydziału Prawa i Administracji i Wydziału Nauk Ekonomicznych, a także innych krajowych i zagranicznych uczelni i jednostek badawczych) oraz Stali Współpracownicy (w tym osoby zatrudnione w polskich i zagranicznych firmach oraz instytucjach publicznych i prywatnych).

**Sprawa *Microsoft*
– studium przypadku
Prawo konkurencji
na rynkach nowych technologii**

**Pod redakcją
Dawida Miąsika
Tadeusza Skocznego
Małgorzaty Surdek**

Warszawa 2008



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Centre for Antitrust and Regulatory Studies Management Faculty, University of Warsaw

Third Publication of the Publishing Programme

Series: Antitrust and Regulatory Studies and Monographs

Series editor: Prof. Tadeusz Skoczny

Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CSAiR)

www.wz.uw.edu.pl/csair

CSAiR came into being by order taken by the Council of the School of Management of the University of Warsaw of 21 February 2007. It was founded in accordance with para 20 of the Warsaw University Statute of 21 June 2006 as an ‘other unit, listed in the faculty rule book, necessary to achieve the faculty’s objectives’. CSAiR conducts cross- and inter-disciplinary academic research and development as well as implementation projects concerning competition protection and sector-specific regulation in market economy. It also prepares one-off and periodical publications, organises or participates in the organisation of conferences, seminars, work-shops and training courses. In the future CSAiR will also act as a patron of post-graduate studies.

CSAiR consists of Ordinary Members (academic staff of the School of Management of the University of Warsaw), Associated Members (academic staff of other faculties of the Warsaw University, mostly the Faculty of Law and Administration and the Faculty of Economics as well as other Polish and foreign universities and research institutes) and Permanent Cooperators (including employees of Polish and foreign companies and public and private institutions).

Microsoft
– case study
Competition Law
on the New Technology Markets

Edited by
Dawid Miąsik
Tadeusz Skoczny
Małgorzata Surdek

Warsaw 2008

Recenzenci:

Dr hab. Ewa Nowińska, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego

Dr Cezary Banasiński, Uniwersytet Warszawski

Redakcja: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Dariusz Kondefe

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008

Wszelkie prawa zastrzeżone. Kopiowanie, przedrukowywanie i rozpowszechnianie całości
lub fragmentów bez uzyskania pozwolenia zabronione

ISBN 978-83-61276-16-6



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:

Dom Wydawniczy ELIPSA,

ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa

tel./fax 022 635 03 01, 022 635 17 85, e-mail: elipsa@elipsa.pl

www.elipsa.pl

Spis treści

Przedmowa	13
Wykaz skrótów	25
Tadeusz Skoczny , Sprawa <i>Microsoft</i> przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji	27
Małgorzata Surdek , Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows	45
Dawid Miąsik , Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player	88
Tomasz Bagdziński , Wiązanie Internet Explorer z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych	134
Krzysztof Kłincewicz , Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft	158
Notki o autorach	177
Podstawowe źródła (opracowanie Anna Warzybok)	178
Decyzja Komisji w sprawie <i>Microsoft</i> w wersji skróconej	195
Wyrok SPI z 17.9.2007 r. w sprawie <i>Microsoft</i>	202

Contents

Preface	13
Abbreviations	25
Tadeusz Skoczny , The <i>Microsoft</i> case before the European Commission and Court of First Instance	27
Małgorzata Surdek , Refusal by Microsoft to supply its competitors with the information necessary to ensure interoperability of their servers' operating systems with the Windows platform	45
Dawid Miąsik , Tying sales of the Windows operating system to the Windows Media Player application under Article 82	88
Tomasz Bagdziński , The case of tying Internet Explorer with Windows and the history of antitrust proceedings against Microsoft in the USA	134
Krzysztof Kłincewicz , The economic and strategic challenges for the information markets and the Microsoft case	158
About the Authors	177
Basic sources for the <i>Microsoft</i> case (by Anna Warzybok)	178
Abridged version of the Commission Decision in case <i>Microsoft</i>	195
Judgment of the Court of First Instance in Case T-201/04 <i>Microsoft v. Commission</i>	202

Szczegółowy spis treści

Przedmowa	13
Wykaz skrótów	25
Sprawa <i>Microsoft</i> przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji (Tadeusz Skoczny)	
1. Wprowadzenie	27
2. Postępowanie przed KE	28
2.1. Skarga Sun Microsystems (1998)	28
2.2. Postępowanie przed KE	29
2.3. Stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej	30
2.4. Grzywna	32
2.5. Nakaz zaniechania i środki zaradcze	32
2.6. Ustanowienie mechanizmu monitorowania	33
3. Postępowanie przed SPI	34
3.1. Przebieg postępowania	34
3.2. Sprawa zawieszenia wykonania środków zaradczych	35
3.3. Sprawa główna – rozstrzygnięcie odwołania od decyzji KE z 24.03.2004 r.	37
3.3.1. Skarga odwoławcza Microsoftu przeciwko Komisji	37
3.3.2. Podstawowe elementy sentencji wyroku SPI z 17.09.2007 r.	38
4. Wykonanie decyzji	39
4.1. Obowiązki wynikające z decyzji utrzymane w mocy wyrokiem SPI ...	39
4.2. Kary pieniężne w celu przymuszenia do wykonania decyzji Komisji w zakresie interoperacyjności	40
4.3. Dostarczanie wersji programu operacyjnego Windows bez aplikacji WMP	41
4.4. Mechanizm monitorowania	41
5. Podsumowanie i wnioski	42
Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows (Małgorzata Surdek)	
1. Wprowadzenie	45
2. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej jako przypadek nadużycia pozycji dominującej	46
2.1. Wzajemne relacje praw własności intelektualnej oraz prawa ochrony konkurencji	46

2.2. Przypadek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania jako wyjątek od zasady swobody umów	47
2.3. Skutki ekonomiczne odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej oraz nałożenia obowiązku licencjonowania – specyfika rynku nowych technologii	51
3. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecznictwie sądów amerykańskich	55
4. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecznictwie sądów wspólnotowych przed sprawą <i>Microsoft</i>	59
5. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w świetle wyroku w sprawie <i>Microsoft</i>	65
5.1. Zarys stanu faktycznego w sprawie <i>Microsoft</i> – decyzja w sprawie <i>Microsoft</i> i odwołanie Microsoftu	65
5.2. Analiza orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji w sprawie <i>Microsoft</i>	69
5.2.1. Zakres analizy	69
5.2.2. Sprawa <i>Microsoft</i> jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej	69
5.2.3. „Wyjątkowe okoliczności” w sprawie <i>Microsoft</i> uzasadniające nałożenie obowiązku licencjonowania	71
6. Znaczenie wyroku w sprawie <i>Microsoft</i>	81
Sprzedż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player (Dawid Miąsik)	88
1. Wprowadzenie	88
2. Sprzedż wiązana i sprzedż pakietowa – pojęcie, formy, skutki	89
3. Wpływ sprzedży wiązanej i pakietowej na konkurencję	92
4. Status sprzedży wiązanej i pakietowej w prawie antymonopolowym	95
5. Wiązanie towarów w świetle wspólnotowego prawa konkurencji przed sprawą <i>Microsoft</i>	96
6. Wiązanie systemu operacyjnego z programami użytkowymi w świetle wyroku SPI w sprawie <i>Microsoft</i>	102
6.1. Kwalifikacja sprawy <i>Microsoft</i>	102
6.2. Podstawa prawna kwalifikacji wiązania jako przejawu nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE	103
6.3. Test wiązania	104
6.4. Test odrębności produktów	105
6.5. Pozbawienie klientów możliwości nabycia systemu operacyjnego bez WMP	112
6.6. Wykluczenie konkurencji	114
6.7. Brak obiektywnego uzasadnienia	120
7. Środek zaradczy	123
8. Podsumowanie	125
Wiązanie Internet Explorera z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych (Tomasz Bagdziński)	134
1. Wprowadzenie	134
2. Zarys analizy antytrustowej w Stanach Zjednoczonych	135

2.1. Reguła <i>per se</i> (bezwzględne naruszenia) wobec <i>rule of reason</i> (reguły rozsądku)	135
2.2. Reguła <i>per se</i>	138
2.3. <i>Rule of reason</i>	138
3. Historia analizy antytrustowej wiązań w Stanach Zjednoczonych	139
4. Postępowanie 1.0	140
4.1. Z Federalnej Komisji Handlu do Departamentu Sprawiedliwości	140
4.2. „Zintegrowany produkt”	142
5. Postępowanie 2.0	144
5.1. Pozew Departamentu Sprawiedliwości	144
5.2. Wiązanie – stanowisko Departamentu Sprawiedliwości	144
5.3. Wiązanie – stanowisko Microsoftu	147
5.4. Wiązanie – stanowisko Sądu Okręgowego	149
5.5. Wyrok, apelacja i kolejna ugoda	151
6. Ewolucja analizy wiązań po sprawie <i>Microsoftu</i>	154
7. Podsumowanie	155
Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego	
a przypadek firmy Microsoft (Krzysztof Klincewicz)	158
1. Uwagi wstępne	158
2. Rynek dóbr informacyjnych	158
3. Efekty sieciowe	163
4. Dobra systemowe	165
5. Standardy technologiczne	166
6. Wiązanie produktów oprogramowania	168
7. Perspektywy rozwoju rynku oprogramowania	172
Notki o autorach	177
Podstawowe źródła (opracowanie Anna Warzybok)	178
Decyzja Komisji w sprawie <i>Microsoft</i> w wersji skróconej	195
Wyrok SPI z 17.9.2007 r. w sprawie <i>Microsoft</i>	202

Przedmowa

1. Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CSAiR) Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego oddaje do rąk Czytelnika kolejną – trzecią już – publikację z serii „Studia i Monografie Antymonopolowe i Regulacyjne”¹. Także ta książka jest przejawem realizacji misji CSAiR polegającej na tworzeniu platformy efektywnej współpracy pracowników naukowych zajmujących się problematyką antymonopolową i regulacyjną oraz przedstawicieli środowisk gospodarczych, doradczych i administracyjnych zainteresowanych tą tematyką. CSAiR chce być odpowiedzią na wyzwania i oczekiwania praktyki gospodarczej i władzy publicznej, kierowane pod adresem środowisk naukowych z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania, w sprawie dostarczenia badawczo ugruntowanych diagnoz i prognoz służących racjonalizacji decyzji władz antymonopolowych i regulacyjnych oraz przedsiębiorstw poddanych nadzorowi antymonopolowemu i niezależnej regulacji sektorowej.

2. Niniejsza publikacja jest pokłosiem warsztatu zorganizowanego przez CSAiR oraz kancelarię prawniczą CMS Cameron McKenna na temat: „Orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Microsoft* – skutki dla innowacyjności firm z sektora nowych technologii”. Warsztat odbył się w Warszawie w dniu 7.11.2007 r. Wzięło w nim udział kilkadziesiąt osób reprezentujących środowiska naukowe, kancelarie prawnicze i firmy konsultingowe oraz przedsiębiorstwa, zwłaszcza z sektora nowych technologii². Obszerne wprowadzenie do dyskusji wokół dwóch głównych praktyk uznanych przez Komisję Europejską i Sąd Pierwszej Instancji za nadużycie pozycji dominującej na rynku zakazane przez art. 82 TWE wygłosili: adw. Małgorzata Surdek (CMS Cameron McKenna) „Odmowa przekazania informacji umożliwiających komunikację serwerów pracujących na platformie Windows z serwerami używającymi innych systemów operacyjnych” oraz dr Dawid Miąsik (Zakład Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych PAN) „Sprzedaż „wiązana” systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player”. Dyskusję na tle tych wystąpień oraz w zakresie praktycznych implikacji wyroku w sprawie *Microsoft* dla stosowania art. 82 TWE moderował prof. Tadeusz Skoczny (kierownik CSAiR).

3. Wydanie w dniu 17.09.2007 r. przez Sąd Pierwszej Instancji w Luksemburgu długo oczekiwanego orzeczenia w sprawie *Microsoft p. Komisji Europejskiej* było jednak tylko pretekstem do zorganizowania warsztatu. Od dawna bowiem sprawa ta wzbudzała wiele kontrowersji odnośnie granic dopuszczalnej interwencji organów antymonopolowych w swobodę korzystania przez przedsiębiorców dominujących z owoców ich własnej innowacyjności oraz decydowania o zawartości platform lub

¹ Zachęcamy też do sięgnięcia po dwie poprzednie publikacje: (1) *Regulowanie rynków telekomunikacyjnych*, pod redakcją Stanisława Piątka, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2007; (2) *Wylączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*, pod redakcją Agaty Jurkowskiej i Tadeusza Skoczno, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008.

² Więcej informacji nt. warsztatu, w tym dwie główne prezentacje, można znaleźć na stronie internetowej CSAiR: www.wz.uw.edu.pl/csair

pakietów oprogramowania. Celem warsztatu nie było więc tylko przybliżenie głównych tez wyroku w sprawie *Microsoft*. Przeciwnie, była nim próba zainicjowania szerszej dyskusji na temat przyszłości stosowania przepisów antymonopolowych na rynkach nowych technologii. W dyskusji poszukiwano odpowiedzi na pytania związane wprost z „osądzonymi” praktykami nadużywania pozycji dominującej przez *Microsoft*, ale także na pytania dotyczące skutków implikacji decyzji KE i wyroku SPI dla firm z sektora technologii informacyjnych oraz dla przyszłości stosowania przepisów zakazujących nadużywania pozycji dominującej, zwłaszcza na rynkach nowej ekonomii. W żadnym razie nie był to zatem sąd nad *Microsoftem*, nawet jeśli – formalnie biorąc – firma poniosła „porażkę” przed wspólnotowymi organami ochrony konkurencji, a KE mówi wprost o swoim „sukcesie”.

W kontekście uznania odmowy udostępnienia (licencjonowania) informacji zapewniających interoperacyjność komputerowych systemów operacyjnych za praktykę monopolistyczną przedmiotem dyskusji były przede wszystkim relacje między ochroną konkurencji a prawami własności intelektualnej. Zastanawiano się generalnie, gdzie mają wyłączone, a gdzie przecinają się, jak na siebie wpływają, jak się wzajemnie ograniczają? Czy, a jeśli tak, to z czego wynika, że prawa własności intelektualnej wymagają specjalnego traktowania przy stosowaniu prawa ochrony konkurencji? Czy zakres ewentualnej interwencji antymonopolowej w prawa własności intelektualnej powinien być różnicowany w zależności od ładunku innowacyjności, jaki niosą ze sobą poszczególne rodzaje tych praw oraz poziomu wydatków poczynionych na badania i rozwój? Czy to, że dana technologia jest chroniona prawami własności intelektualnej stanowi wystarczające uzasadnienie odmowy udzielenia licencji na korzystanie z niej? Czy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej już sama w sobie może naruszać prawo ochrony konkurencji, czy też dla stwierdzenia naruszenia konieczne jest wystąpienie dodatkowych elementów świadczących o abuzywności zachowania przedsiębiorcy odmawiającego udzielenia licencji? Czy i w jakich okolicznościach przedsiębiorca odmawiający udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może zostać zobowiązany przez organ ochrony konkurencji do udzielenia takiej licencji? Bardziej konkretnie pytano, czy sprawa *Microsoft* utrwali tendencje do stosowania doktryny urzędów kluczowych do praw własności indywidualnej?

W kontekście zakazu sprzedaży związanej poszukiwano głównie odpowiedzi na pytanie o zakres dopuszczalności integracji produktów. Na ile orzeczenie w sprawie *Microsoft* utrwali lub zmieni dotychczasowe orzecznictwo? Na ile stanie się barierą oferowania zintegrowanych produktów? Jak oceniać odrębność dwóch produktów sprzedawanych łącznie, zwłaszcza gdy stanowią jeden produkt? Jakie ryzyko dla konkurencji i w jakich okolicznościach niesie ze sobą sprzedaż wiązana? Kto lub co tak naprawdę jest chronione przez zakazy sprzedaży związanej? Czy sprzedaż wiązana jest praktyką ograniczającą konkurencję zakazaną *per se*, czy też w pewnych sytuacjach może przynosić konsumentom korzyści usprawiedliwiające jej stosowanie? Jakie korzyści wynikające z wiązania i w jakim horyzoncie czasowym powinny być brane pod uwagę przez organy ochrony konkurencji? W jakich okolicznościach sprzedaż wiązana oprogramowania jest niedopuszczalna? Czy zastosowany środek zaradczy jest właściwy dla rozwiązania problemów na rynku technologii informacyjnych zidentyfikowanych przez Komisję i potwierdzonych przez SPI?

W dyskusji nad wpływem orzeczenia na gospodarkę zastanawiano się, czy sprawa *Microsoft* ma znaczenie tylko dla koncernu z Redmond, czy także dla innych przedsiębiorców? Czy – jak twierdzą przeciwnicy sposobu jej rozstrzygnięcia – spowoduje ona

osłabienie skłonności do inwestowania w nowe technologie, zmniejszenie innowacyjności gospodarki, a w konsekwencji obniżenie poziomu dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*)? Czy też – jak twierdzą zwolennicy decyzji KE i wyroku SPI – wpłyną one na zwiększenie dostępu do informacji kluczowych, w tym mających wpływ na interoperacyjność, a w konsekwencji do rozwoju konkurencji na rynkach powiązanych, a przez to na poszerzenie zakresu wyboru dostępnego konsumentom, czyli generalnie na podniesienie poziomu dobrobytu konsumentów? W jaki sposób orzeczenie wpłynie na rozwój rynku oprogramowania i metod dystrybucji? Czy stanowić będzie barierę dla rozbudowy systemów operacyjnych lub programów użytkowych?

Szczególnie istotnym polem dyskusji był wreszcie **wpływ orzeczenia na rozwój prawa ochrony konkurencji**. Stawiano generalne pytanie, czy przypadek *Microsoft* będzie w ogóle miał jakiegokolwiek znaczenie dla rozwoju wspólnotowego prawa konkurencji? Jakie są cele wspólnotowego prawa konkurencji w świetle sprawy *Microsoft*? Czy dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) ma znaczenie dla wspólnotowego prawa konkurencji i jak należy ten dobrobyt rozumieć? Czy wyrok w sprawie *Microsoft* wprowadza zmiany do dotychczasowej praktyki organów wspólnotowych? Bardziej konkretnie stawiano pytanie, czy sprawa *Microsoft* będzie miała praktyczne implikacje dla stosowania art. 82 TWE, a w szczególności czy stanowi ona odwrót od zapowiadanego przez Komisję Europejską „bardziej ekonomicznego” podejścia w stosowaniu art. 82 TWE? Jak należy prowadzić analizę antymonopolową na dynamicznie rozwijających się rynkach nowych technologii czy technologii informatycznych? Czy wyrok w sprawie *Microsoft* wpływa na definicję pozycji dominującej i jej nadużycia? Co należy rozumieć przez pojęcie wykluczenia konkurencji? W jaki sposób przedsiębiorcy mogą bronić się przed zarzutem nadużycia pozycji dominującej? Czy interwencja Komisji Europejskiej i orzeczone środki zaradcze są czy mogą być skuteczne?

4. Warsztat odbił się szerokim echem nie tylko wśród doradców prawnych i ekonomicznych, lecz także w firmach nowej ekonomii. Organizatorzy zostali skonfrontowani z oczekiwaniem wielu środowisk, żeby wystąpienia referentów i wyniki dyskusji opublikować. Podjęliśmy taką decyzję. Książkę otwiera szczegółowa prezentacja przebiegu postępowania w sprawie *Microsoft* przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji, autorstwa Tadeusza Skocznego (rozd. 1). Jej dwie zasadnicze części stanowią artykuły Małgorzaty Surdek, nt. odmowy Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows (rozd. 2), oraz Dawida Miąsika, nt. sprzedaży związanej systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player (rozd. 3), stanowiące poszerzone i pogłębione wersje wystąpień przedstawionych w trakcie ww. warsztatu. Publikacja została jednak rozszerzona przedmiotowo o doświadczenia z podobnych postępowań przeciwko Microsoftowi, które odbyły się w Stanach Zjednoczonych, autorstwa Tomasza Bagdzińskiego (rozd. 4), oraz o ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego w kontekście przypadku firmy Microsoft, autorstwa Krzysztofa Klinecwicza (rozd. 5).

Mamy nadzieję, że użyteczność praktyczną pracy podwyższy opublikowanie podstawowych źródeł wiedzy na tematy poruszane w niniejszej książce, wykraczających poza przypisy zawarte ww. artykułach, autorstwa Anny Warzybok, skróconej wersji Komisji w sprawie *Microsoft* oraz – po raz pierwszy po polsku – wyroku SPI z 17.09.2007 r. w sprawie *Microsoft p. Komisji*; polską wersję tego wyroku otrzymaliśmy z Luksemburga dzięki uprzejmości Pana Ireneusza Kolowcy z Wydziału ds. kontaktów z mediami i informacji Trybunału Sprawiedliwości WE.

5. Merytoryczna część książki składa się z pięciu artykułów. W pierwszym z nich (rozd. 1) T. Skoczny prezentuje przebieg i generalne rezultaty postępowania w sprawie *Microsoft*, jakie toczyło się przed instytucjami europejskimi – KE i SPI, tak w sprawie głównej, jak w sprawach związanych z wykonaniem decyzji Komisji. Z prezentacji tej wynika, że sprawa *Microsoft* wejdzie do historii stosowania wspólnotowych reguł ochrony konkurencji nie tyle z powodu jej długiego i złożonego postępowania (1998–2007), wysokości kar pieniężnych nałożonych na spółkę w celu przymuszenia jej do wykonania narzuconych przez Komisję środków zaradczych (prawie 1 mld euro) czy szczegółowych interpretacji przesłanek art. 82 TWE, w tym analizowanych w sprawie praktyk, o czym piszą autorzy dwóch następnych rozdziałów tej książki, co ze względu na przyzwolenie, jakiego SPI udzielił Komisji w zakresie ścigania określonych zachowań liderów nowej ekonomii posiadających superdominującą pozycję rynkową, chociaż przyzwolenie to opiera się wciąż raczej na tradycyjnym podejściu ordoliberalnym, niż jest przejawem zastosowania „podejścia bardziej ekonomicznego”.

6. Artykuł M. Surdek (rozd. 2) jest głosem w budzącej wiele kontrowersji dyskusji na temat dopuszczalnych granic interwencji antymonopolowej w przypadku odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Autorka przedstawia w nim odmienne podejście do tego zagadnienia przez sądy wspólnotowe oraz sądy amerykańskie, a także praktyczne implikacje wyroku w sprawie *Microsoft* dla rozwoju wspólnotowego prawa konkurencji oraz przedsiębiorców działających na rynkach nowych technologii. Jeżeli chodzi o praktykę polegającą na odmowie Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows, wydaje się, że wyrok w sprawie *Microsoft* nie oznacza żadnego przełomu, ale stanowi raczej kontynuację dotychczasowej linii orzeczniczej sądów wspólnotowych. Wyrok ten jedynie doprecyzowuje warunki, ustalone we wcześniejszych orzeczeniach, których łączne spełnienie jest wystarczające do uznania odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez przedsiębiorcę dominującego za nadużycie pozycji dominującej. Jedyne *novum* stanowi to, że ustalona we wcześniejszym orzecznictwie lista wyjątkowych okoliczności uzasadniających nałożenie obowiązku udzielenia licencji wydaje się nie mieć charakteru wyczerpującego. Wyrok koncentruje się na ochronie konkurencyjnej struktury rynku, co jest przejawem wpływu podejścia ordoliberalnego na myślenie o prawie konkurencji i niekoniecznie zmierza w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu art. 82 TWE. Pewien niedosyt stanowi brak wyraźnych wskazówek co do tego, jak należy uzasadniać odmowę licencjonowania, aby w sposób skuteczny wykazać, że w danej sprawie nie występują wyjątkowe okoliczności uzasadniające nałożenie na przedsiębiorcę dominującego obowiązku licencjonowania. Wydaje się zatem, że wyrok w sprawie *Microsoft* niekoniecznie zwiększa poczucie pewności prawa wśród przedsiębiorców dysponujących nowoczesnymi technologiami, chronionymi prawami własności intelektualnej, których udostępnienia żądają ich konkurenci.

7. W artykule D. Miąsika (rozd. 3) przedstawiono formy, w jakich sprzedaż wiązana występuje w gospodarce, powody jej stosowania, wpływ na konkurencję, dotychczasowy status we wspólnotowym prawie konkurencji. Stanowiło to podstawę do analizy orzeczenia SPI w świetle dotychczasowego dorobku orzecznictwa i doktryny. Pozwoliła ona sformułować uwagi dotyczące implikacji wyroku w sprawie *Microsoft* dla testu zgodności sprzedaży wiązanej z art. 82 TWE, rynku technologii informatycznych oraz samego Microsoftu.

Jak wynika z rozważań tego artykułu, w zakresie dotyczącym praktyki polegającej na sprzedaży wiązanej systemu operacyjnego Windows z odtwarzaczem multime-

diów WMP, wyrok ma znaczenie przede wszystkim dla samego Microsoftu, a także przedsiębiorców mających pozycję superdominującą. Przede wszystkim bowiem wyrok ogranicza możliwość rozbudowy systemu operacyjnego Windows o kolejne elementy o charakterze użytkowym, których funkcje wykraczają poza typowe zadania systemu operacyjnego. Orzeczenie nie wpływa jednak na możliwość rozbudowy samego Windows ani uzupełniania innych systemów operacyjnych o kolejne aplikacje użytkowe, jeżeli dodawanie kolejnych narzędzi programowych będzie miało uzasadnienie technologiczne (techniczne), a nie tylko biznesowe.

Wpływ wyroku na rozwój wspólnotowego prawa konkurencji zdaje się być ograniczony, ponieważ potwierdza on dotychczasowe orzecznictwo dotyczące sprzedaży związanej. Jedynym *novum* jest wyraźne podkreślenie, że praktyki polegające na wiązaniu nie stanowią *per se* naruszenia art. 82 TWE. Znaczenie, jakie przypisano możliwości funkcjonowania na rynku oprogramowania niezależnych dostawców świadczy o podtrzymaniu dotychczasowych ordoliberalnych podstaw wspólnotowego prawa konkurencji. Dlatego wyrok może osłabić nadmierny entuzjazm Komisji do ekonomizacji stosowania art. 82 TWE.

8. Poświęcony doświadczeniom USA, artykuł T. Bagdzińskiego (rozdz. 4) ukazuje historię sporów Microsoftu z Federalną Komisją Handlu i Departamentem Sprawiedliwości. Po lekturze można odnieść wrażenie, iż spółka ta bardzo usilnie dąży do zawarcia ugody. W przypadku sporu dotyczącego wiązania Internet Explorera z systemem operacyjnym Windows droga Microsoftu do ugody z listopada 2001 r. była bardzo długa i kosztowna. W roku 1998 Departament Sprawiedliwości zarzucił Microsoftowi, iż ten zmierza do zmonopolizowania rynku systemów operacyjnych dla komputerów klasy PC m.in. poprzez stosowanie wiązania. Przyjęta wyrokiem zwanym Consent Decree ugoda, choć nie stanowi przełomu dla amerykańskiego prawa antymonopolowego, jest rozstrzygnięciem dla jednego z najbardziej istotnych sporów z zakresu prawa konkurencji, jaki toczył się w Stanach Zjednoczonych w ciągu ostatnich stu lat. Jest ona potwierdzeniem obserwowanej ewolucji analizy antymonopolowej wiązań, która prowadzi do stopniowego odchodzenia od przyjmowania, iż wiązania podlegają analizie *per se*, a więc, że z założenia są one dla konkurencji szkodliwe. Dla Microsoftu ugoda, jakkolwiek dość uciążliwa w zakresie nałożonych zobowiązań, pozostaje znacznie mniej dotkliwym środkiem niż zasądzony przez Sąd Okręgowy podział spółki na dwie części. Spór o to, czy Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny w sposób właściwy zastosowały Ustawę Shermana wciąż pozostaje żywy, szczególnie w świetle jakże innego rozstrzygnięcia Komisji Europejskiej w sprawie *Microsoft*, utrzymanego w mocy przez SPI.

9. Artykuł K. Klincewicz (rozdz. 5) opisuje ekonomiczne aspekty sprawy *Microsoft*, w tym mechanizmy funkcjonowania sektora oprogramowania. Oprogramowanie charakteryzuje wysoki koszt wytworzenia pierwszego egzemplarza produktu, przy znikomych kosztach opracowywania jego kopii, co prowadzi do powstawania monopolu naturalnych ze znaczącymi barierami wejścia nowych graczy rynkowych. Wartość oprogramowania dla użytkownika może rosnąć wraz z popularnością i większą liczbą osób, z którymi można wymieniać wytworzone za jego pomocą dokumenty (*efekty sieciowe*). Korzyści zależą również od dodatkowych, komplementarnych aplikacji (*efekty systemowe*). Rozdział pokazuje, w jaki sposób Microsoft mógł wykorzystać te mechanizmy, ograniczając otwartość standardów technologicznych i uzależniając od swojej platformy partnerów i klientów. Wyjaśnia też możliwe rynkowe konsekwencje wymogu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność systemów informatycznych. Dodatkowo omówione zostały ekonomiczne aspekty wiązania oprogramowania. Autor

polemizuje ze znaczeniem, jakie nadała stosowanym przez Microsoft praktykom wiązania Komisja Europejska i wskazuje, że inne ruchy Microsoftu, w tym tzw. *polityka międzyorganizacyjna*, były znacznie skuteczniejsze w walce o pozycję rynkową. Przypadek Microsoftu pokazał, że interwencje na rynku oprogramowania bywają spóźnione ze względu na dynamiczne zmiany zaawansowanych technologii, mogące przyczynić się do utraty pozycji rynkowych przez wcześniejszych liderów.

Mamy nadzieję, że publikowana książka będzie pożytecznym wzbogaceniem bibliotek instytucji i osób zajmujących się ochroną konkurencji i praw własności intelektualnej.

Warszawa, 31 sierpnia 2008 r.

*Dawid Miąsik
Tadeusz Skoczny
Małgorzata Surdek*

Preface

1. The Centre for Antitrust and Regulatory Studies (CSAiR) of the School of Management of the University of Warsaw presents the third publication from the *Studies and Monographs on Antitrust and Regulation* series. This book carries on the Centre's mission to create a platform of effective co-operation between academic researchers dealing with antitrust and regulatory issues, on the one hand, and representatives of the business community, consultants and government people, on the other. CSAiR wishes to provide a response to challenges and expectations that the business world and public authorities expect the academic community to address, comprising such fields as law, economics and management, providing thoroughly researched, evidence-based analyses and forecasts for the purpose of optimising the decision-making in antitrust and regulatory authorities and businesses subject to antimonopoly monitoring and independent sector-specific regulation.

2. This book is the product of a workshop organised jointly by CSAiR and the law firm CMS Cameron McKenna entitled: Judgment of the Court of First Instance in the *Microsoft* case – effects on innovation in the new technology sector. The workshop was held in Warsaw on 7 November 2007. It was attended by numerous academics, legal practitioners, consultants and business people - representatives of the high-tech sector in particular.¹ The workshop began with two in-depth presentations of the two main practices that the European Commission and the Court of First Instance found to constitute an abuse of Microsoft's dominant position prohibited under Article 82 of the Treaty. The first presentation came from advocate Małgorzata Surdek (partner with CMS Cameron McKenna) and was entitled 'The refusal to supply information enabling the communication of servers using Windows with servers using other operating systems', and the second presentation, entitled 'Tying the Windows operating system to the Windows Media Player software', was provided by Dr. Dawid Miąsik (Competition Law Department, Institute for Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences). The discussion that followed was moderated by Professor Tadeusz Skoczny (director of CSAiR). In addition to the issues raised in the presentations, the discussion also concerned the practical implications of the *Microsoft* judgment for the application of Article 82 of the EC Treaty.

3. The issue, on the 17 September 2007, by the Court of First Instance in Luxembourg of its long awaited *Microsoft v. Commission* judgment was, however, only a pretext to organise this workshop. The case was long the focus of great controversy concerning the limits of the antitrust authorities' intervention into the freedom of dominant undertakings to benefit from the fruits of their own innovation and to decide on the content of their platforms and software packages. The purpose of the workshop was, however, not merely to present the main findings of the *Microsoft* judgment, but rather

¹ For more information on the workshop, including slides from the two main presentations, see the CSAiR website www.wz.uw.edu.pl/csair.

to initiate a far wider debate about the future of competition law enforcement in new technology markets. In the discussion, answers were sought to questions directly relating to *Microsoft's* 'adjudged' abuse of a dominant position; questions concerning the implications of the Commission's decision and CFI's judgment for new technology companies and for the future application of competition laws prohibiting the abuse of a dominant position, in particular, in new economy markets. The discussion was not aimed at passing judgment on Microsoft, even though formally the company had lost its case before Community competition authorities, and the Commission is openly talking about 'success'.

In the context of the refusal to supply (license) information necessary to ensure the interoperability of operating systems being recognised as a monopolistic practice, the discussion focused primarily on the relationship between competition protection and intellectual property rights (IPRs). The issues under consideration included questions about where these two legal concepts apply individually, where they intersect, and how they influence and limit each other. Whether IPRs need special treatment under competition law, and if so, why. Whether the extent of antitrust intervention into IPRs needs to differ depending on the level of innovation and R&D expenditures involved in the individual IPRs. Whether the fact that a particular technology is protected by IPRs constitutes reason enough to justify a refusal to license its use, and whether a refusal to license IPRs by itself constitutes a breach of competition law, or whether the refusal needs to be accompanied by some additional elements of 'abuse'. And whether an undertaking refusing to license its IPRs can be forced by a competition law authority to license, and if so, under what circumstances. More specifically, the issues looked at whether the *Microsoft* case will strengthen the tendency to apply the essential facilities doctrine to IPRs.

In the context of the prohibition on tying, answers were sought primarily to questions concerning the permitted extent of product integration, namely, the extent to which the *Microsoft* judgment will strengthen or change the existing adjudication practice, and the extent to which it will become a barrier for sales of integrated products. How the 'separateness' of two products sold together can be judged, especially if they constitute one product. The risks of tying that can threaten competition, and under what circumstances; and who or what is actually being protected by the prohibition on tying. Whether tying is a competition-restricting practice *per se*, or whether it can, under certain circumstances, carry with it benefits for consumers that justify its use; and the benefits of tying that should be taken into consideration by competition authorities, and in what time perspective. The participants looked at the circumstances in which the tying of software is unlawful, and there was debate about whether the remedies applied in the *Microsoft* case were actually appropriate for resolving competition problems arising in the information technology market as identified by the Commission and confirmed by the CFI.

Concerning the impact of the judgment on the economy, the participants of the workshop considered whether the *Microsoft* case would only affect the Microsoft corporation, or other undertakings as well. Whether this judgment – as its opponents argue – will lessen the incentive to invest in new technologies, reduce the innovativeness of the economy and, consequently, consumer welfare, or whether – as argued by those supporting the Commission's decision and the CFI's judgment – it will improve access to essential information, including that necessary to ensure interoperability, which would in turn would help to develop competition on related markets and, consequently,

broaden the choice of products available to consumers, thus increasing the overall consumer welfare. How the judgment will influence the development of computer software markets and distribution methods, and whether it will constitute a barrier to the development of an operating system or application software.

Finally, one particularly important subject under discussion was the possible **impact of the judgment on the overall development of competition law**. The general questions being considered was whether the *Microsoft* case would have any significance whatsoever on the development of Community competition law. What the objectives of Community competition law are in light of the *Microsoft* case. Whether consumer welfare is important for Community competition law and how it should be defined, and whether the *Microsoft* judgment changes the existing practice of Community authorities. Another, more specific question was whether the *Microsoft* case would have any practical implications for the application of Article 82 of the EC Treaty and, in particular, whether it represents a departure from the 'more economic' approach to the application of Article 82 recently heralded by the Commission; and finally what kind of antimonopoly assessment should be used on dynamically developing new technology and information technology markets; and whether the existing definition of a dominant position and its abuse would be affected by the *Microsoft* judgment. The discussion also looked into how undertakings can defend themselves against accusations of abusing a dominant position, and whether the interventions of the European Commission and the remedies awarded by it are really effective.

4. The workshop drew wide attention, not just from the Polish legal and business consulting community, but also from companies in the new economy sector. The organisers were faced with a general expectation to have the introductory presentations and the conclusions of the discussion published. We have therefore decided to do so. This book commences with a detailed account of the proceedings against *Microsoft* before the European Commission and the CFI prepared by Tadeusz Skoczny (Chapter 1). The following two main parts are expanded versions of the introductory presentations that opened the workshop - an article by Małgorzata Surdek dealing with Microsoft's refusal to supply its competitors with information necessary to ensure the interoperability of their servers' operating systems with Windows (Chapter 2), and an article by Dawid Miąsik on tying the Windows operating system to the Windows Media Player application software (Chapter 3). The content of the book has also been extended to include Tomasz Bagdziński's account of similar antitrust proceedings conducted against Microsoft in the USA (Chapter 4), and an article by Krzysztof Klincewicz concerning economic and strategic challenges to the IT markets in light of the *Microsoft* case (Chapter 5).

To further enhance the practical usefulness of this publication, we have also added some basic sources of knowledge on the subjects discussed here, prepared by Anna Warzybok, which extend beyond those listed in the footnotes to the articles, as well as an abridged version of the Commission's decision in the *Microsoft* case. Finally, for the first time in Polish, we are able to add the judgment of the CFI of 17 September 2007 in the case *Microsoft v. Commission*; the Polish language version of the judgment was provided to us directly from Luxembourg, thanks to the kindness of Mr Ireneusz Kolowca of the ECJ Press and Information Division.

5. The substantive part of the publication consists of five chapters. In Chapter 1, T. Skoczny presents the course and the general outcome of the proceedings conducted against *Microsoft* before the European Commission and the CFI, covering both the

main case and the proceedings concerning the enforcement of the Commission's decision. According to this article, the *Microsoft* judgment will go down in the history of Community competition law application. This is not so much due to the exceptional length and complexity of the proceedings (1998-2007), the high level of the fines imposed on Microsoft to force it to comply with the remedies imposed by the Commission (almost one billion euros) or the specific interpretation of the prerequisites of Article 82 of the EC Treaty, including the practices dealt with in the following two chapters of this book, but rather to the sanction given by the CFI to the European Commission to prosecute certain forms of conduct of the new economy leaders holding a super-dominant market position, even though this sanction seems still to reflect the more traditional ordoliberal approach than the 'more economic approach'.

6. The contribution of M. Surdek (Chapter 2) represents a voice in the highly controversial debate on the admissible limits of antitrust intervention in the case of a refusal to license intellectual property rights. The author presents various approaches taken to this issue by Community courts and US judicial authorities, as well as the practical implications of the *Microsoft* judgment for the development of EC competition law and for undertakings operating in the new technology markets. Concerning Microsoft's refusal to supply its competitors with information enabling the interoperability of their operating systems for servers with the Windows platform, it seems that the *Microsoft* judgment is not a breakthrough, but rather a continuation of an existing adjudication practice of Community courts. This judgment only refines the criteria established in previous judgments, which, if cumulatively met, result in a refusal to license intellectual property rights by a dominant undertaking being recognised as an abuse of a dominant position. The only novelty is that the list of exceptional circumstances established in previous judgments to justify imposing an obligation to license seems not to be exhaustive. The judgment focuses on the protection of a competitive market structure, reflecting the influence of the ordoliberal approach to competition law and not necessarily moving in the direction of a more economic approach to the application of Article 82 of the EC Treaty. What is missing is the lack of clear guidance as to how a refusal to license ought to be justified in order to effectively prove that there are no exceptional circumstances in a given case that would justify imposing an obligation to license on a dominant undertaking. It seems, therefore, that the *Microsoft* judgment does not necessarily increase confidence in the legal system among companies owning IPR-protected new technologies in a situation where access to such technologies is claimed by their competitors.

7. The contribution of D. Miąsik (Chapter 3) presents various forms of tying used in the economy, the reasons for tying, its impact on competition as well as its status under the existing EC competition law. This formed the foundation for the analysis of the CFI's judgment in light of the existing case law and jurisprudence. It also enabled the author to elaborate on the implications that the *Microsoft* judgment might have on an assessment of the compliance of tying under Article 82 of the EC Treaty, both for the information technology market in general, and for the Microsoft Corporation itself.

According to the article, concerning the abuse of a dominant position by tying the Windows operating system to the Windows Media Player multimedia software application, the judgment is of importance mostly to Microsoft itself, while it can also be of some importance to other undertakings holding a similar position of super-

dominance. Above all, the judgment restricts the ability to expand the Windows operating system by adding additional utility components, the functions of which go beyond the typical functions of a PC operating system. However, the judgment does not affect the possibility of expanding the Windows system itself, or any other PC operating system by adding new utility application software, if adding new software tools is justified in technological (technical) terms, and not only in business terms.

The impact of the judgment on the development of EC competition law seems to be limited, since it reaffirms the existing case-law on tying. The only original input the judgment makes is giving an express message that tying does not in itself constitute an infringement of Article 82 of the EC Treaty. The importance that the judgment attributes to the existence of software from independent suppliers in the marketplace clearly shows that the existing ordoliberal foundations of EC competition law are to remain. Therefore, the judgment may weaken the Commission's over-eagerness to introduce an economic approach to the application of Article 82 of the EC Treaty.

8. The contribution of T. Bagdziński, which is dedicated to the US experience (Chapter 4), shows the history of disputes between Microsoft, on the one hand, and the Federal Trade Commission and the US Department of Justice, on the other. On this basis, one may have an impression that Microsoft has been desperate to settle every case. Nevertheless, the road to settle the case of tying Internet Explorer with the Windows operating system in November 2001 was very long and costly. In 1998, the United States Department of Justice accused Microsoft of attempting to monopolise the market for PC operating systems by – among other things – tying.

The Consent Decree, which settled the case, resolves one of the most important competition law disputes conducted in the US over the last century, even though it is not a breakthrough in the enforcement of the Sherman Act. It follows the evolution in the antitrust treatment of tying, which leads to a gradual departure from the proposition that tying is *per se* subject to scrutiny and, consequently, that it is by definition harmful to competition. For Microsoft itself, the Consent Decree, although quite burdensome, constitutes a far less severe remedy than the division of the company ordered by the District Court. The debate as to whether the District Court properly applied the Sherman's Act still remains vivid, especially in light of the so very different decision of the European Commission in the *Microsoft* case, which was later upheld by the CFI.

9. The contribution of K. Klinecicz (Chapter 5) describes the economic aspects of the *Microsoft* case, including the mechanisms by which the software market operates. Software is characterised by high development costs of the initial product, with insignificant costs of creating copies, which leads to the formation of natural monopolies with sizeable entry barriers for new market entrants. The value of software to its user may increase along with its popularity, and an increasing number of people with whom one can exchange documents created using that software (*network effects*). Benefits also depend on additional, complementary applications (*system effects*). The chapter demonstrates how Microsoft was able to exploit those mechanisms by restricting the openness of technological standards, and making partners and customers dependent on its proprietary platform. It also explains the possible market consequences of the requirement to share information with competitors that guarantees the interoperability of IT systems. Additionally, the economic aspects of software tying are discussed. The author questions the importance that has been attached to Microsoft's tying practices by the European Commission, and points to other of Microsoft's market practices that have proved more effective in its struggle for market position, including the

inter-organisational policy. The *Microsoft* case has demonstrated that interventions in the software market sometimes come too late due to the dynamic development of advanced technologies, which may contribute to the loss of market positions by previous leaders.

We hope that this book will prove to be a valuable and useful resource to anyone dealing with competition protection and intellectual property rights.

Warsaw, 31 August 2008.

Dawid Miąsik
Tadeusz Skoczny
Małgorzata Surdek

Wykaz skrótów

(A/V)	audio/video
CMLR	Common Market Law Review
CTLR	Computer and Telecommunications Law Review
dec.	decyzja
DVD	Digital Versatile Disk
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz.	Dzienniki Urzędowy (WE/UE)
EC	European Community
ECLR	European Competition Law Review
EC CPN	Competition Policy Newsletter
EIPR	European Intellectual Property Review
EOG	Europejski Obszar Gospodarczy
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości WE
IDC	International Data Corporation
IT	Information Technology
KE	Komisja Europejska
KPPub.	Kwartalnik Prawa Publicznego
m.zd.	moim zdaniem
OEM	Original Equipment Manufacturers
OUP	Oxford University Press
PC	Personal Computer
PPE	Przegląd Prawa Europejskiego
PPH	Przegląd Prawa Handlowego
SN	Sąd Najwyższy
SPI	Sąd Pierwszej Instancji
SQL	Structured Query Language
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UE	Unia Europejska
vol.	wolumin
WMP	Windows Media Player
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
wyr.	wyrok
Zb. Orz.	Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich
ZNUJ	Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Tadeusz Skoczny

Sprawa *Microsoft* przed Komisją Europejską i Sądem Pierwszej Instancji

1. Wprowadzenie

Przemysł technologii informacyjnych, czyli wszystkiego tego, co można przedstawić w formie cyfrowej (programów komputerowych, filmów, muzyki, komunikacji, Internetu itp.), jest jednym z najważniejszych sektorów gospodarki w skali państw, regionów i całego świata, nie tylko determinujących wzrost gospodarczy, ale także wpływających na poziom cywilizacyjny ludzkości. Jest on też areną globalnej konkurencji innowacyjnej (dynamicznej), w której ogromną rolę pełni ochrona praw własności intelektualnej; z jednej strony bowiem gwarantują one liderom innowacji wysoki poziom zysku z zainwestowanego kapitału, z drugiej jednak tworzą podstawy siły lub nawet władzy (dominacji) rynkowej na rynkach usług informacyjnych. Ta zaś rodzi często pokusę stosowania strategii i podejmowania działań rynkowych, które mogą skutkować wykluczeniem konkurencji (często istniejącej w niewielkim zakresie), a przez to obniżeniem poziomu dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*). Jednocześnie dominacja (standaryzacja) niektórych technologii może także przynosić konsumentom korzyści.

Spółka Microsoft (Microsoft Corporation) z Redmond, w Stanach Zjednoczonych, jest bez wątpienia jedną z największych firm informatycznych na świecie, w tym jednym z liderów innowacji, zwłaszcza w zakresie programów komputerowych (*software*). Przez wzrost wewnętrzny (nowe produkty, niższe ceny, nowoczesne metody dystrybucji) ma ona od lat pozycję dominującą na wielu rynkach, a jej sztandarowy produkt – program operacyjny Windows – jest faktycznym standardem, akceptowanym przez zdecydowaną większość konsumentów. Ochrona tego produktu (informacji służących jego interoperacyjności z otoczeniem) oraz integrowanie z nim kolejnych aplikacji (narzędzi użytkowych), wsparte skuteczną polityką handlową, sprawiają, że Microsoft rozbudowuje swoją pozycję na rynkach programów (systemów) operacyjnych i na rynkach z nimi powiązanych.

Powyższe okoliczności powodują, że Microsoft ma problemy z organami ochrony konkurencji po obu stronach Atlantyku (a także w Azji, np. w Korei Płd.). Organy antytrustowe Stanów Zjednoczonych (głównie Departament Sprawiedliwości) wielokrotnie wszczynały publicznoprawne postępowania przeciwko spółce z Redmond w celu zapobieżenia naruszenia przez nią przepisów prawa antytrustowego (głównie sekcji 1 Ustawy Shermana). Postępowania te kończyły się jednak z reguły ugodą między spółką a Departamentem Sprawiedliwości, zawieraną przed Sądem Okręgowym w Waszyngtonie. Wszyscy uczestnicy tych postępowań dochodzili ostatecznie do porozumienia

w sprawie środków zaradczych, jakie muszą być podjęte (nałożone na Microsoft) dla eliminacji zagrożenia wykluczenia konkurencji i ochrony interesów konsumentów. Firmy i konsumenci poszkodowani działaniami Microsoftu mogą też korzystać z – w USA rzeczywiście dostępnej i skutecznej – drogi prywatnoprawnej do dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych z tytułu szkód wyrządzonych naruszeniem sekcji 1 Ustawy Shermana.

Prawdziwe kłopoty Microsoft ma jednak w Unii Europejskiej (UE). Stawiane spółce – głównie przez inne firmy amerykańskie – zarzuty, z istoty swej podobne do zarzutów formułowanych w USA, zwłaszcza w zakresie integracji produktów, spotykają się tu z silnym odzewem organów ochrony konkurencji, zwłaszcza Komisji Europejskiej (KE). Zainicjowane prawie 10 lat temu przez Sun Microsystems postępowanie antymonopolowe przed KE zakończyło się ostatecznie wydaniem przez Komisję decyzji w sprawie *Microsoft Corporation* (dalej: decyzji w sprawie *Microsoft* lub decyzji z 24.03.2004 r.), którą stwierdziła ona naruszenie wspólnotowych reguł konkurencji, nałożyła za to na Microsoft wysoką grzywnę oraz zarządziła środki zaradcze, mające zapewnić, że Microsoft nie będzie stosował praktyk ograniczających konkurencję (wykluczających konkurencję)¹. Microsoft nie pogodził się z tą decyzją. Obok, nieudanej zresztą, próby wstrzymania wykonania decyzji, spółka złożyła odwołanie do Sądu Pierwszej Instancji (SPI), który wyrokiem z 17.09.2007 r. utrzymał zaskarżoną decyzję w mocy². W międzyczasie Microsoft zapłacił kary pieniężne przymuszające go do wykonania decyzji, w tym środków zaradczych, i środki te wykonał. Tym samym przyznał się do porażki. Ponadto, Microsoft nie skorzystał z możliwości złożenia skargi rewizyjnej do ETS.

Podstawowym celem niniejszego rozdziału jest prezentacja przebiegu i generalnych rezultatów postępowania w sprawie Microsoft, jakie toczyło się przez prawie 10 lat (1998–2007) przed instytucjami europejskimi – KE (pkt 2 i 4) i SPI (pkt 3), tak w sprawie głównej (pkt 2 i 3), jak w sprawach związanych z wykonaniem decyzji Komisji (pkt 4). W rozdziale tym nie są więc prezentowane ani materialnoprawne problemy obu praktyk ograniczających konkurencję, które KE i SPI uznały za naruszające wspólnotowe reguły konkurencji, ani konsekwencje decyzji KE i wyroku SPI dla stosowania art. 81 i 82 TWE oraz dla rozwoju sektora nowych technologii. Zagadnienia te są przedmiotem odrębnych rozdziałów książki. Kilka kwestii z tego obszaru jest jednak zasygnalizowanych w „Podsumowaniu i wnioskach” (pkt 5).

2. Postępowanie przed KE

2.1. Skarga Sun Microsystems (1998)

W dniu 10.12.1998 r. Sun Microsystems, amerykańska firma komputerowa dostarczająca m.in. systemy operacyjne dla serwerów, złożyła do KE – na podstawie art. 3 rozporządzenia 17³ – skargę (*complaint*) na naruszenie przez Microsoft art. 82 TWE.

¹ Zob. Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), w pełnej wersji notyfikowanej dokumentem C(2004)900 final (www.europa.eu.int/comm/competition/index_en.html lub <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>)

² Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*; w wersji angielskojęzycznej zob. <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm> Zob. także jego wersję polską zamieszczoną w tej książce.

³ Rozporządzenie Rady nr 17/62 z 06.02.1962 r. w sprawie wprowadzenia w życie przepisów o konkurencji ustanowionych w art. 85 i 86 Traktatu, Dz.Urz. EWG 1962 C 13/204. W tłumaczeniu polskim opublikowane

Spółka Sun Microsystems poskarżyła się na odmowę przekazania jej przez Microsoft informacji oraz technologii zapewniających interoperacyjność (*interoperability information*), tj. poprawną współpracę jej systemu operacyjnego dla serwerów grup roboczych z systemem operacyjnym Windows dla komputerów osobistych (stacji roboczych), a tym samym umożliwiającą Sun Microsystems konkurowanie na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.

Wstępne dochodzenie Komisji ujawniło, że Sun Microsystems nie była jedynym przedsiębiorstwem, któremu Microsoft odmówił dostępu do takiej informacji interfejsowej i że nieujawnianie informacji przez Microsoft było częścią szerszej strategii firmy mającej na celu zamknięcie rynku przed konkurencją. Komisja postanowiła więc wszcząć postępowanie w sprawie naruszenia przez Microsoft art. 82 TWE⁴.

2.2. Postępowanie przed KE

W dniu 02.08.2000 r. Komisja wystosowała do Microsoftu pierwsze pismo o przedstawieniu zarzutów (*Statement of Objections*), w którym skoncentrowała się na zagadnieniach interoperacyjności między systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych z systemami operacyjnymi dla serwerów innych dostawców („interoperacyjność klient–serwer”)⁵.

Już w lutym 2000 r. Komisja wszczęła, z własnej inicjatywy, dochodzenie w celu zbadania skutków integracji odtwarzacza plików multimedialnych Windows Media Player (WMP) z systemem operacyjnym Windows 2000⁶. Szczególnie Komisja postanowiła przeanalizować, czy działania Microsoftu ograniczają bodźce firm muzycznych, filmowych, medialnych, a także twórców oprogramowania, do rozwoju alternatywnych odtwarzaczy plików medialnych, a tym samym mogą doprowadzić do zmniejszenia gamy produktów dostępnych konsumentom.

W dniu 29.08.2001 r. Komisja skierowała do Microsoftu drugie pismo o przedstawieniu zarzutów. W piśmie tym Komisja podtrzymała swoje poprzednie zarzuty dotyczące „interoperacyjności klient–serwer”, ale też rozszerzyła je na zagadnienia interoperacyjności między serwerami grup roboczych („interoperacyjność serwer–serwer”). Równocześnie Komisja postawiła Microsoftowi pewne zarzuty dotyczące włączenia programu WMP do systemu operacyjnego Windows (dla stacji roboczych)⁷.

Tym samym Komisja połączyła obie sprawy przeciwko Microsoftowi i prowadziła dalsze postępowanie łącznie⁸.

Między kwietniem a czerwcem 2003 r. Komisja przeprowadziła szerokie badania rynkowe wśród przedsiębiorstw, dotyczące współdziałania między serwerami oraz integracji WMP z programem operacyjnym Windows.

W dniu 06.08.2003 r. Komisja wystosowała do Microsoftu trzecie (uzupełniające) pismo o przedstawieniu zarzutów, opierające się głównie na wynikach przeprowadzonych przez nią badań rynkowych i ich związku z wcześniejszymi zarzutami Komisji⁹, a także wskazujące, jakie środki zaradcze Komisja zamierza nałożyć na Microsoft.

w: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguly generalne*, redakcja i opracowanie T. Skoczny, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2002, s. 273–201.

⁴ Komisja nadała sprawie nr IV/C-3/37.345.

⁵ Na pismo to Microsoft odpowiedział 17.11.2000 r.

⁶ Tej sprawie Komisja nadała nr COMP/C-3.37.792.

⁷ Na pismo to Microsoft odpowiedział 16.11.2001 r.

⁸ Od tego momentu sprawa prowadzona było pod nr COMP/C-3/37.792.

⁹ Na pismo to Microsoft odpowiedział 17.10 oraz 1.12.2003 r.

Dodatkowo, na życzenie Microsoftu, między 12 a 14.11.2003 r., Komisja zorganizowała tzw. wysłuchanie publiczne (*Public Hearing*) w prowadzonej sprawie. W dniu 01.12.2003 r. Microsoft złożył szerokie wyjaśnienia pisemne w sprawach poruszonych w trakcie wysłuchania przez urzędników Komisji, przedstawiciele Sun Microsystems oraz podmioty trzecie.

Przez cały okres postępowania przed Komisją, Microsoft liczył na ugodowe zakończenie sporu. Zaoferował cały szereg ustępstw związanych ze współdziałaniem pomiędzy serwerami i integracją WMP z programem operacyjnym Windows. Microsoft wyrażał gotowość umożliwienia konkurentom kontrolowanego dostępu do wypracowanych przez siebie technologii. Zgadzał się także, aby każdy komputer sprzedawany z systemem operacyjnym Windows miał również zainstalowane trzy inne odtwarzacze multimedialne. Jest powszechnie wiadome, iż strony prowadziły rozmowy celem osiągnięcia ugody; zdaniem niektórych komentatorów było to bardzo bliskie¹⁰.

Stało się jednak inaczej. Po wymianie pism między Microsoftem a Komisją dokonanej po ww. wysłuchaniu publicznym, Komisja zdecydowała się zakończyć postępowanie wydaniem decyzji. W dniu 24.03.2004 r. wydała decyzję w sprawie w sprawie *Microsoft*. W decyzji tej¹¹ Komisja stwierdziła naruszenie przez Microsoft art. 82 TWE (i art. 54 Porozumienia EOG) poprzez nadużycie pozycji dominującej na dwóch z trzech zdefiniowanych przez nią produktowych rynkach właściwych. W konsekwencji, Komisja nakazała zaniechanie stosowania wskazanych praktyk antykonkurencyjnych, nałożyła na Microsoft karę grzywny oraz zastosowała określone środki zaradcze¹².

2.3. Stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej

W decyzji z 24.03.2004 r. Komisja zdefiniowała trzy różne produktowe rynki właściwe (geograficzny rynek właściwy zdefiniowano jako rynek o zasięgu światowym¹³). Są to:

a) **rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych**¹⁴ (stacji roboczych); jest to rynek programów (systemów operacyjnych, oprogramowania systemowego), które kontrolują podstawowe funkcje komputera osobistego (PC) oraz pozwalają użyt-

¹⁰ Intensyfikację postępowania w tym okresie wiązano niekiedy ze zbliżającym się końcem kadencji ówczesnej Komisji. Za: T. Bagdziński, R.R. Zdzieborski, *Okręt flagowy na wzburzonych falach. Microsoft pójdzie na ugodę*, „Rzeczpospolita” 18.02.2002, nr 41(6168).

¹¹ Zgodnie z art. 21 rozporządzenia nr 17, w dniu 06.02.2007 r. Komisji opublikowała w Dz.Urz. UE skróconą wersję tej decyzji – tym razem już także w języku polskim; zob. decyzję Komisji z 24.03.2004 r. odnoszącą się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation (Dz.Urz. UE 2007 L 32/23). Do tej skróconej wersji decyzji – opublikowanej także w niniejszym tomie, będę odwoływał się zwłaszcza wtedy, jeżeli stosowana w niej terminologia różni się od terminologii stosowanej w polskim tłumaczeniu wyroku SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*.

¹² Co do okoliczności i istoty sprawy z punktu widzenia Komisji zob. N. Banasevic, J. Huby, M. Pena Castellot i O. Sitar, *Directorate-General Competition*, unit C-3, and H. Piffaut, *Directorate-General Competition*, unit C-4, Commission adopts Decision in the Microsoft case, EC CPN Summer 2004, No. 2, p. 44–48. Zob. też stanowisko Microsoftu wobec decyzji „The European Commission’s Decision in the Microsoft Case and its Implications for Other Companies and Industries”, opublikowane na stronie internetowej spółki (www.microsoft.com/). Zdecydowanie krytyczne stanowisko w sprawie decyzji zajął też Zastępca Prokuratora Generalnego USA – zob. Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Burnett, Issues Statement on European Microsoft Decision http://www.usdoj.gov/opa/pr/2007/September/07_at_725.html.

¹³ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 427 oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 22 i 29.

¹⁴ Takiej nazwy tego rynku używają wszystkie ww. dokumenty w języku angielskim i polskim z wyjątkiem polskiego tłumaczenia wyroku SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, które nazywa go „rynkiem systemów operacyjnych dla stacji roboczych”.

kownikowi na obsługę tego komputera i na działanie wszystkich zainstalowanych na nim aplikacji; komputery osobiste (stacje robocze) są to komputery wielofunkcyjne, które zostały stworzone do użytku jednocześnie przez jedną osobę i które mogą zostać podłączone do sieci¹⁵;

- b) **rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych** (grupy roboczej¹⁶); jest to rynek „usług serwerów grupy roboczej”, definiowanych jako „podstawowe usługi infrastrukturalne” na rzecz stosunkowo ograniczonej liczby komputerów (stacji roboczych) połączonych ze sobą w małą lub średnią sieć, świadczone pracownikom biurowym w ich codziennym wspólnym korzystaniu z plików przechowywanych na serwerach i z drukarek oraz w „zarządzaniu użytkownikami i grupami użytkowników”, oferowane w ścisłym powiązaniu w ramach systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych¹⁷;
- c) **rynek odtwarzaczy mediów strumieniowych** (multimedialnych); jest to rynek programów użytkowych umożliwiających obsługę danych strumieniowych, czyli zdolnych do odtwarzania i przetwarzania (w tym jako polecenia dla monitora czy głośników) cyfrowych plików audiowizualnych (cyfrowo zapisanego dźwięku i obrazu), pobieranych w całości (*downloaded*) lub w strumieniu (*streamed*) z Internetu lub z innej sieci, a także z płyt CD i DVD¹⁸.

W decyzji z 24.03.2004 r. Komisja stwierdziła, że na dwóch pierwszych zdefiniowanych produktowych rynkach właściwych Microsoft **ma pozycję dominującą**.

Na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych Microsoft ma pozycję dominującą, czego *nota bene* nie negował, dzięki utrzymującemu się od 1976 r. co najmniej 90% udziałowi w rynku, istnieniu bardzo poważnych barier wejścia na ten rynek, wynikających głównie z obecności pośrednich efektów sieci. Komisja uznała wręcz, że popularność systemu operacyjnego Windows sprawiła, że stał się on „*de facto* standardem” w dziedzinie systemów operacyjnych dla komputerów osobistych¹⁹.

Na rynku programów operacyjnych dla serwerów grup roboczych Komisja stwierdziła, że Microsoft posiada już od ok. 2002 r. dominującą pozycję, dzięki udziałowi w rynku ok. 60%, zdecydowanie niższemu udziałowi w rynku największych konkurentów (Novella – 10–15%, Linuxa i Unixu – po ok. 5–15%), istnieniu poważnych barier wejścia na ten rynek, m.in. spowodowanych pośrednimi efektami sieci, oraz silnym powiązaniem handlowym i technologicznym między tym rynkiem a rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych²⁰.

W decyzji z 24.03.2004 r. Komisja stwierdziła, że Microsoft **nadużył pozycji dominującej** (praktycznie monopolistycznej) na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych poprzez jej przeniesienie na (a) rynek systemów operacyjnych dla

¹⁵ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 37 i 45, pkt 3 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 23–24.

¹⁶ W liczbie pojedynczej tylko w brzmieniu polskiego tłumaczenia wyroku SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*.

¹⁷ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 53–56 i 345, pkt 7 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 25–27.

¹⁸ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 60 i 63, pkt 12 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 28.

¹⁹ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 429–472, pkt 15–16 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 30–32.

²⁰ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 473–540, pkt 17 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 33.

serwerów grupy roboczej oraz (b) rynek odtwarzaczy mediów strumieniowych (multimedialnych).

Nadużycie to polegało na:

- 1) odmowie udostępnienia, od dnia 02.10.1998 r., konkurentom na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych informacji dotyczących interoperacyjności oraz udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania i rozprowadzania na tym rynku systemów operacyjnych konkurencyjnych wobec produktów Microsoftu (art. 2 lit. a) decyzji)²¹;
- 2) uzależnieniu, od maja 1999 r., dostarczania systemu operacyjnego Windows dla komputerów osobistych od jednoczesnego nabycia programu Windows Media Player (WMP) (art. 2 lit. b) decyzji)²².

W przypadku obu praktyk Komisja odrzuciła argumenty Microsoftu wskazujące na to, że są to działania obiektywnie uzasadnione (*objectively justified*)²³.

2.4. Grzywna

Za naruszenie art. 82 TWE i art. 54 Porozumienia EOG poprzez stosowanie ww. praktyk, na podstawie art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17, Komisja nałożyła na Microsoft karę grzywny w wysokości 497 196 304 euro (dalej 497 mln euro) (art. 3 decyzji).

Wysokość kary została ustalona poprzez podwojenie początkowej kwoty grzywny (165 mln euro), odzwierciedlającej tylko wagę naruszenia, ze względu na znaczną zdolność finansową Microsoftu i w celu zapewnienia wystarczającego efektu odstraszającego dla spółki (do 331 mln euro), a następnie jej podwyższenie o 50% (do 491 mln euro) ze względu na czas trwania naruszenia (ponad 5 lat)²⁴.

2.5. Nakaz zaniechania i środki zaradcze

Na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17, Komisja nakazała spółce Microsoft zaniechać (art. 4 pkt 1 decyzji) stosowania praktyk stanowiących naruszenie art. 82 TWE (wskazanych w art. 2 decyzji) na zasadach określonych w art. 5 i 6 decyzji (tj. przez wykonanie nałożonych nań środków zaradczych) oraz powstrzymać się od wszelkich zachowań, których przedmiot lub cel mogą być identyczne lub podobne do przedmiotu lub celu praktyk uznanych za nadużycia art. 82 TWE (art. 4 pkt 2).

Dla wyeliminowania skutków obu ww. praktyk antykonkurencyjnych i dla stworzenia warunków dla powstania i rozwoju konkurencji, Komisja nałożyła na Microsoft określone **środki zaradcze** (*remedies*). Komisja nakazała mianowicie Microsoftowi:

²¹ Zachowania te zostały szczegółowo opisane w decyzji KE z 24.03.2004 r., pkt 546–791; zob. także pkt 18 skróconej wersji tej decyzji oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 36–41. Szczegółową analizę tej praktyki prezentuje w niniejszej książce M. Surdek.

²² Zachowania te zostały szczegółowo opisane w decyzji KE z 24.03.2004 r., pkt 792–989; zob. także pkt 24–28 skróconej wersji tej decyzji oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 43–44. Szczegółową analizę tej praktyki prezentuje w niniejszej książce D. Miąsik.

²³ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 709–778 i 955–977, pkt 19–23 i 29 skróconej wersji tej decyzji oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 42 i 45.

²⁴ Zob. pkt 35–40 skróconej wersji decyzji KE w sprawie *Microsoft*.

- 1) **w zakresie zapewnienia interoperacyjności** systemów operacyjnych dla komputerów osobistych i serwerów grup roboczych (dla zaradzenia praktyce wskazanej w art. 2 lit. a) decyzji)²⁵:
 - a) udostępnienie (*disclosure*), w ciągu 120 dni, informacji dotyczących interoperacyjności (choć bez ujawnienia kodu źródłowego) wszystkim przedsiębiorstwom zainteresowanym opracowaniem i wprowadzaniem na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych (a więc nie tylko firmie Sun Microsystems) oraz zezwolenie im na wykorzystywanie tych informacji (w tym chronionych prawami własności intelektualnej) na rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach (w tym dotyczących opłat) (art. 5 lit. a) decyzji);
 - b) zapewnienie, że informacje dostarczane konkurentom będą na bieżąco i szybko uaktualniane (art. 5 lit b decyzji);
 - c) ustanowienie w ciągu 120 dni mechanizmu umożliwiającego zainteresowanym przedsiębiorstwom uzyskanie informacji o zakresie i warunkach korzystania z informacji dotyczących interoperacyjności (art. 5 lit c decyzji);
- 2) **w zakresie sprzedaży wiązanej** (dla zaradzenia praktyce wskazanej w art. 2 lit. b) decyzji) – przedstawienia, w ciągu 90 dni, w pełni funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego Windows dla komputerów osobistych, która nie zawiera aplikacji WMP oraz podejmowania działań o podobnie integracyjnym skutku. Microsoft zachował jednak prawo oferowania pakietu składającego się z systemu operacyjnego Windows i WMP (art. 6 decyzji)²⁶.

Komisja była przekonana, że zastosowane środki zaradcze przyniosą koniec nadużyciom pozycji dominującej oraz że są proporcjonalne i ustanawiają jasne zasady dla przyszłych działań Microsoftu.

2.6. Ustanowienie mechanizmu monitorowania

Aby zapewnić skuteczne i terminowe zastosowanie się firmy Microsoft do decyzji z 24.03.2004 r., Komisja nakazała (art. 7 decyzji) Microsoftowi przedstawienie w ciągu 30 dni propozycji stworzenia mechanizmu monitorującego, obejmującego ustanowienie specjalnego pełnomocnika (przedstawiciela²⁷) ds. monitorowania (*monitoring trustee*), który powinien być niezależny od Microsoftu, i który miał m.in. sprawdzać, czy ujawnienie przez Microsoft informacji dotyczących interoperacyjności jest kompletne i właściwe oraz czy dwie wersje oferowanego systemu operacyjnego Windows, tj. wersja bez WMP i z WMP, są ekwiwalentne i posiadają porównywalną funkcjonalność²⁸.

Komisja zastrzegła sobie prawo narzucenia ww. mechanizmu w drodze decyzji, jeżeli uzna, że propozycja Microsoftu jej nie satysfakcjonuje.

²⁵ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 998–1010, pkt 30–32 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 48.

²⁶ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 1011–1042, pkt 33–34 jej wersji skróconej oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 48.

²⁷ W polskim tłumaczeniu wyroku SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji* nazywa się go „przedstawicielem ds. monitorowania”.

²⁸ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 1043–1048 oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 50.

3. Postępowanie przed SPI

3.1. Przebieg postępowania

W dniu 07.06.2004 r. Microsoft złożył **odwołanie** od decyzji KE z 24.03.2004 r. (tzw. odwołanie w sprawie głównej)²⁹.

W pierwszej fazie postępowania przed SPI złożone i rozpatrzone zostały **wnioski o zastosowanie środków tymczasowych** (*interim reliefs*). Pismem z 25.06.2004 r. Microsoft wystąpił do SPI z wnioskiem (na podstawie art. 242 TWE) **o zawieszenie wykonania art. 4** (nakaz zaniechania), **art. 5 lit. a)–c) oraz art. 6 lit. a)** (środki zaradcze) **decyzji z 24.03.2004 r.** do czasu rozstrzygnięcia odwołania w sprawie głównej, oraz z wnioskiem (na podstawie art. 105 § 2 regulaminu Sądu) o zawieszenie wykonania tych samych postanowień ww. decyzji do czasu wydania orzeczenia w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego. Jednakże, Komisja dobrowolnie zawiesiła wykonanie art. 5 lit. a)–c) oraz art. 6 lit. a) decyzji z 24.03.2004 r. do czasu rozstrzygnięcia przez SPI wniosku o zawieszenie wykonania decyzji.

W postępowaniu dotyczącym zastosowania środków tymczasowych wzięli udział liczni interwenci – tak po stronie Microsoftu (strony skarżącej), jak i Komisji (strony pozwanej)³⁰.

Po przeprowadzeniu postępowania, w którym miała miejsce wymiana stanowisk pisemnych oraz odbyło się – w dniach 30.09–1.10.2004 r. – wysłuchanie ustne przed Prezesem SPI, postanowieniem z 22.12.2004 r. **Prezes SPI oddalił wniosek Microsoft o zawieszenie wykonania decyzji z 24.03.2004 r. w zakresie środków zaradczych.** Postanowieniem tym uwzględnił jednak – złożony w międzyczasie – wniosek Microsoftu o utajnienie postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.

Postępowanie w sprawie głównej trwało prawie trzy lata, ale – co charakterystyczne – było prowadzone w coraz szerszym składzie. Rozpoczęło się w czwartej izbie SPI w składzie zwykłym. Postanowieniem pełnego składu Sądu z 11.05.2005 r. sprawa została jednak odesłana do izby czwartej w składzie powiększonym. Ostatecznie jednak, na mocy postanowienia pełnego składu SPI z 07.07.2005 r., sprawa toczyła się już do końca przed wielką izbą Sądu; sprawę prowadził wyznaczony tym postanowieniem sędzia sprawozdawca.

Także w postępowaniu w sprawie głównej wzięli udział – obok Microsoftu (strony skarżącej) i Komisji (strony pozwanej) – liczni interwenci dopuszczeni do udziału w po-

²⁹ SPI nadał sprawie nr (signature) T-201/04.

³⁰ Postanowieniem z 26.07.2004 r. w sprawie T-201/04 R *Microsoft p. Komisji* Prezes SPI dopuścił do udziału w charakterze interwenientów na poparcie żądań Microsoftu firmy: The Computing Technology Industry Association, Inc. (CTIA), The Association for Competitive Technology (ACT), TeamSystem SpA I Mamut ASA oraz Exor AB; oddalił natomiast wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sprawie zastosowania środka tymczasowego w charakterze interwenienta po stronie Microsoftu następujących podmiotów: Digimpro Ltd i CODA Group Holdings; DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd. I Tanberg Television Ltd; IDE Nätverkskonsulterna AB, T.Rogerson, P.Setki, D.Tomicic, M.Valasek, R.Rialdi i B.Nati. Tym samym postanowieniem dopuścił jako interwenientów po stronie Komisji następujące firmy: Computer & Communications Industry Association (CCIA), Software & Information Industry Association (SIIA), Novell Inc. oraz RealNetworks Inc. Należy podkreślić, że postanowieniem oddalającym wniosek o zawieszenie wykonania decyzji z 24.03.2004 r. SPI dokonał zmian w grupie interwenientów. Dopuścił mianowicie Audiobanner.com, działająca pod nazwa handlową VideoBanner, do udziału w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego po stronie Komisji, natomiast wykreślił z grona interwenientów w tym postępowanie CCIA oraz Novel.

stępowaniu w przedmiocie odwołania w sprawie po stronie Microsoftu³¹ lub Komisji³². Interwenienci przedstawili swoje uwagi do jawnych wersji pism procesowych³³.

Przez prawie dwa lata postępowanie miało formę pisemną – polegało na wymianie pism procesowych (skarga Microsoftu, odpowiedź Komisji na skargę, replika Microsoftu, uwagi interwenientów, uwagi stron na uwagi interwenientów, duplika). Po konsultacjach z uczestnikami postępowania, w tym nieformalnym spotkaniu z Prezesem wielkiej izby i sędzią sprawozdawcą (10.03.2006 r.), na wniosek sędziego sprawozdawcy wielka izba Sądu postanowiła przeprowadzić procedurę ustną. Na rozprawie, która odbyła się w dniach 24–28.04.2006 r., Sąd wysłuchał wystąpień stron i odpowiedzi na postawione im pytania. Po rozprawie Microsoft przedstawił jeszcze żądane przez Sąd dokumenty. Procedura ustna została zamknięta przez prezesa wielkiej izby 22.06.2006 r.

Wyrok SPI w sprawie głównej wydany został 17.09.2007 r.

3.2. Sprawa zawieszenia wykonania środków zaradczych

Szczególnie istotnym elementem wstępnej fazy postępowania przed SPI było rozpatrzenie wniosku Microsoftu o zawieszenie wykonywania środków zaradczych. We wniosku tym Microsoft przedstawił liczne argumenty przemawiające za spełnieniem – w odniesieniu do obu praktyk uznanych przez Komisję za nadużycie pozycji dominującej – przesłanek jego zasadności³⁴; warunku *fumus boni iuris*³⁵ oraz przesłanki powodowania poważnych i nieodwracalnych szkód dla Microsoftu.

Oddalając postanowieniem z 22.12.2004 r. wniosek Microsoftu o zawieszenie wykonywania środków zaradczych, Prezes SPI rozstrzygnął sprawę zawieszenia wykonania art. 5 lit. a–c) i art. 6 lit a) decyzji z 24.03.2004 r. odrębnie w odniesieniu do obowiązku udostępnienia informacji dotyczących interoperacyjności oraz sprzedaży

³¹ Postanowieniem Prezesa Izby Czwartej SPI z 09.03.2005 r. do udziału w postępowaniu w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji* dopuszczeni zostali w charakterze interwenienta po stronie Microsoftu: Association for Competitive Technology, Inc.; DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd. i Tandberg Television Ltd; Exor AB; Mamut ASA i TeamSystem SpA; Computing Technology Industry Association, Inc. Natomiast wnioski trzech dalszych podmiotów chcących brać udział w postępowaniu w sprawie głównej jako interwenienci po stronie Microsoftu zostały przez Prezesa Wielkiej Izby SPI oddalone. Zob. Order of the President of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 28 November 2005 in Case T-201/05 – *Microsoft p. Komisji*. Były to: The International Association of Microsoft Certified Partners Inc. (IAMCP), International Intellectual Property Institute (IIPi), Institute for Policy Innovation (IPI) i Progress & Freedom Foundation (PFF). Ponadto, Postanowieniem Prezesa Czwartej Izby SPI z dnia 28.04.2005 r. do udziału w postępowaniu w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji, choć w ograniczonym zakresie, dopuszczony został European Committee for Interoperable Systems (ECIS).

³² Postanowieniem Prezesa Izby Czwartej SPI z dnia 09.03.2005 r. do udziału w postępowaniu w sprawie T-201/04 – *Microsoft p. Komisji* dopuszczeni zostali w charakterze interwenienta po stronie Komisji: AudioBanner.com, trading as VideoBanner; Free Software Foundation Europe eV; RealNetworks, Inc.; Software & Information Industry Association. Postanowieniem z 16.01.2006 r. z listy interwenientów po stronie Komisji skreślona została spółka RealNetworks.

³³ Wnioski Microsoftu o nieujawnianie interwenientom niektórych informacji poufnych, zgłoszone w dniach 31.12.2004 oraz 09.03., 27.06. i 09.08.2005 r., zostały przez Sąd uwzględnione.

³⁴ W świetle art. 104 § 2 Regulaminu Sądu we wniosku o zastosowanie środka tymczasowego należy wskazać okoliczności niecierpiące zwłoki (tzn. wskazujące na pilny charakter sporu) oraz podać zarzuty prawne i faktyczne, które uzasadniają *prima facie* (fomus boni iuris) zasadność wnioskowanego środka, przy czym oba te warunki muszą być spełnione łącznie (kumulatywnie). Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r., pkt 71.

³⁵ Mająca swój rodowód w orzecznictwie portugalskim przesłanka stwierdzająca istnienie sporu zasługującego na rozstrzygnięcie przez sąd. W języku angielskim jest ona oddawana frazą *the smoke of good law*. W polskiej literaturze nie ma ona ugruntowanego odpowiednika, chociaż wskazuje, że „w sprawie jest coś na rzeczy”, czyli „sprawa wymaga orzeczenia sądu”.

wiązanej³⁶. W obu przypadkach uznał za spełniony warunek *fumus boni iuris*, równocześnie jednak stwierdził, że w obu przypadkach Microsoft nie wykazał, by wykonanie nałożonych nań środków zaradczych powodowało poważną i nieodwracalną szkodę.

Co do zawieszenia wykonania środka zaradczego w kwestii informacji dotyczących interoperacyjności (*interoperability information*):

a) w przedmiocie spełnienia warunku *fumus boni iuris* Prezes SPI uznał, że między Komisją i Microsoftem rzeczywiście istnieje i musi być rozstrzygnięty w postępowaniu głównym spór co do tego, czy odmowa ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności oraz zezwolenia na ich użycie przez konkurencyjne spółki stanowiła nadużycie pozycji dominującej ze względu na „wyjątkowe okoliczności”, w jakich praktyka ta była stosowana, czy też była ona obiektywnie uzasadniona w związku z tym, że informacje te były chronione prawami własności intelektualnej; zdaniem Prezesa SPI argumenty podniesione przez Microsoft nie powinny być, w ramach postępowania w przedmiocie środka tymczasowego, uznane za wstępnie pozbawione podstawy, w związku z czym warunek *fumus boni iuris* został spełniony³⁷;

b) w przedmiocie pilnego charakteru sporu Prezes SPI rozdzielił analizę w przedmiocie poważnej i nieodwracalnej szkody, jaką Microsoft poniósłby w wyniku wykonania środka zaradczego odnoszącego się do informacji dotyczących operacyjności, na analizę szkody spowodowanej obowiązkiem upowszechnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych (w tym w przedmiocie naruszenia praw własności intelektualnej, w przedmiocie twierdzenia o naruszeniu wolności gospodarczej i w przedmiocie twierdzenia o nieodwracalnej zmianie warunków na rynku) oraz na analizę poważnej i nieodwracalnej szkody spowodowanej obowiązkiem ujawnienia specyfikacji protokołów stacja robocza-serwer; w żadnym z tych przypadków nie stwierdził jednak, że spór między Microsoftem a Komisją w tych sprawach nie może być rozstrzygnięty dopiero w postępowaniu głównym, a więc, że spór ten ma charakter pilny³⁸.

Co do zawieszenia wykonania środka zaradczego w kwestii sprzedaży wiazanej:

a) w przedmiocie spełnienia warunku *fumus boni iuris* Prezes SPI stwierdził, że zarzuty Microsoftu nie są pozbawione podstaw i powinny być rozstrzygnięte w postępowaniu głównym; dotyczy to w szczególności zastosowania przez Komisję teoretycznych założeń nie posiadających żadnego uzasadnienia, niedostatecznego uwzględnienia przez nią korzyści wynikających z budowy systemu Windows oraz niewykazania naruszenia art. 82 TWE. Tym samym Prezes SPI uznał, że warunek *fumus boni iuris* jest spełniony³⁹;

b) w przedmiocie pilnego charakteru sporu Prezes SPI zweryfikował twierdzenia Microsoftu, że zastosowanie tego środka zaradczego obniży w sposób nieodwracalny wartość platformy Windows, co wyrządzi spółce dwa rodzaje poważnych i nieodwracalnych szkód: naruszy „pierwotną koncepcję budowy” systemu operacyjnego Windows oraz dobre imię (reputację) Microsoftu. Prezes Sądu nie uznał, że spór ten ma charakter pilny i nie może być rozstrzygnięty dopiero w postępowaniu w sprawie głównej⁴⁰.

³⁶ Komisja przyjęła z zadowoleniem postanowienie SPI oddalające wniosek Microsoft o zawieszenie wykonania środków doradczych – zob. C. Madero, N. Banasevic, Ch. Hermes, J. Huby i T. Kramer, Directorate-General, unit-3, *The Court of First Instance rejects Microsoft's request for interim measures concerning the Commission's Decision of 24 March 2004*, EC CPN Spring 2005, No. 1, p. 53–58.

³⁷ Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r., pkt 198–225. Istota tego sporu i argumenty jego stron, rozważone i rozstrzygnięte w wyroku SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, są przedmiotem szczegółowej analizy w rozdziale niniejszej książki autorstwa M. Surdek.

³⁸ Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r., pkt 233–325.

³⁹ Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r., pkt 390–404.

⁴⁰ Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r., pkt 406–476.

3.3. Sprawa główna – rozstrzygnięcie odwołania od decyzji KE z 24.03.2004 r.

3.3.1. Skarga odwoławcza Microsoftu przeciwko Komisji

We wniesionej w dniu 07.06.2004 r. do SPI skardze przeciwko Komisji WE⁴¹, Microsoft (strona skarżąca) wniósł o uchylenie decyzji Komisji z 24.03.2004 r. lub, w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, o uchylenie lub istotne zmniejszenie nałożonej grzywny, oraz obciążenie Komisji kosztami postępowania⁴².

Skarga odwoławcza Microsoftu oparta była na trzech zarzutach.

Po pierwsze, Microsoft zarzucił Komisji popełnienie błędu poprzez stwierdzenie naruszenia art. 82 TWE w formie odmowy dostarczenia protokołów komunikacji konkurentom i odmowy dopuszczenia możliwości korzystania z własnej technologii w konkurujących systemach operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Dla poparcia swego zarzutu Microsoft przytoczył następujące argumenty: (a) jako że technologia, co do której nakazano udzielenie licencji nie jest nieodzowna dla osiągnięcia kompatybilności (interoperacyjności) z systemem operacyjnym Windows PC, rzekoma odmowa udostępnienia przedmiotowej technologii nie przeszkadza wprowadzeniu nowych produktów, a w konsekwencji nie eliminuje całej konkurencji z rynku następczego (*downstream*); (b) Microsoft mógł zatem uznać rzekomą odmowę udostępnienia informacji objętych prawem własności intelektualnej za obiektywnie uzasadnioną (*objectively justified*); (c) Komisja naruszyła zobowiązania WE wynikające z Porozumienia TRIPS.⁴³

Po drugie, Microsoft zarzucił Komisji popełnienie błędu poprzez stwierdzenie naruszenia art. 82 TWE w formie uzależnienia dostępności swego systemu operacyjnego PC od jednoczesnego nabycia aplikacji użytkowej WMP. Dla poparcia tego zarzutu Microsoft przytoczył następujące argumenty: (a) decyzja Komisji jest oparta na spekulacyjnej teorii wykluczenia, zakładającej, że w przyszłości kodowanie programów muzycznych, filmowych i innych odbywać się będzie wyłącznie w formacie WMP, sprzeczna z dostarczonymi dowodami kodowania w różnych formatach oraz z decyzją koncentracyjną w sprawie *AOL/Time Warner*⁴⁴; (b) nieuwzględnienie korzyści, jakie dla konsumentów powoduje integracja aplikacji użytkowych z programem operacyjnym; (c) brak spełnienia przesłanek art. 82 lit. d) TWE, jako że Windows i MMP nie są dwoma odrębnymi produktami, lecz są naturalnie lub handlowo połączone; (c) Komisja naruszyła zobowiązania WE wynikające z Porozumienia TRIPS.

Po trzecie, Microsoft zarzucił Komisji bezprawność i przekroczenie kompetencji w zakresie ustanowienia podmiotu monitorującego na koszt Microsoftu i przyznaniu mu uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych, które nie podlegają delegowaniu.

Po czwarte, Microsoft podniósł, że w świetle „prawnej nowości stwierdzenia nadużycia” nie ma w ogóle podstaw nałożenia nań jakiegokolwiek kary grzywny, a w każdym razie, że jej wysokość jest w sposób oczywisty zawyżona.

⁴¹ Dz.Urz. UE 2004 C 179/18.

⁴² Komisja wniosła oczywiście o oddalenie odwołania. Interwencji wnieśli o – odpowiednio – stwierdzenie nieważności decyzji lub oddalenie odwołania.

⁴³ Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej TRIPS (załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu), Dz. U. z 1996 r., nr 32, poz. 143.

⁴⁴ Por. decyzję KE z 11.10.2000 r. w sprawie *AOL/Time Warner*, Dz.Urz. UE 2001 L 268/28.

3.3.2. Podstawowe elementy sentencji wyroku SPI z 17.09.2007 r.

Sentencja wyroku SPI z 17.09.2004 r. zawiera trzy elementy. W zasadniczej sprawie stwierdzenia nieważności art. 1–6 decyzji KE z 24.03.2004 r. Sąd oddalił odwołanie (skargę) Microsoftu (pkt 2 sentencji wyroku). Tym samym uznał za udowodnione ustalenia Komisji co do naruszenia art. 82 TWE w zakresie obu zarzucanych Microsoftowi praktyk (odmowy udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności systemów operacyjnych oraz wiązania produktów) (art. 2 decyzji) oraz utrzymał w mocy nałożone na Microsoft: karę grzywny (art. 3 decyzji), nakaz zaniechania (art. 4 decyzji) i środki zaradcze (art. 5–6 decyzji). Stwierdził natomiast nieważność art. 7 decyzji KE z 24.03.2004 r. (pkt 1 sentencji wyroku), który nakładał na Microsoft określone obowiązki w zakresie ustanowienia mechanizmu monitorowania wykonania decyzji Komisji. Sąd orzekł również w sprawie kosztów całego postępowania (pkt 3–7 sentencji wyroku), a więc także postępowania w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego (w postaci zawieszenia wykonania decyzji z 24.03.2004 r.)⁴⁵.

Utrzymanie w mocy ustaleń Komisji i jej rozstrzygnięcia w zasadniczej dla tego postępowania kwestii odmowy informacji dotyczącej interoperacyjności systemów operacyjnych oraz wiązania produktów⁴⁶, które są przedmiotem szczegółowych analiz poniżej⁴⁷, przesądziło oczywiście o oddaleniu żądania Microsoftu o uchylenie nałożonej nań – łącznie za obie praktyki – kary grzywny (ok. 497 mln euro)⁴⁸. Co więcej, SPI nie obniżył jej wysokości zgodnie z wnioskiem Microsoftu, nie stwierdzając jej nadmierności lub nieproporcjonalności do naruszenia ani nie uznając, że spełniona jest przesłanka zastosowania „nowej interpretacji prawa”. W szczególności, Sąd nie zgodził się z twierdzeniem Microsoftu, że obydwa zarzucone mu naruszenia stanowią całkowicie nowe formy nadużycia pozycji dominującej i że nie mógł więc przewidzieć, iż jego postępowanie, polegające, z jednej strony, na wykonywaniu praw własności intelektualnej, oraz, z drugiej strony, na ulepszaniu pod względem technicznym istniejącego produktu, zostanie zinterpretowane przez Komisję jako naruszenie art. 82 TWE. Sąd uznał, że Microsoft mógł spodziewać się takiej interpretacji jego zachowań, gdyż znane mu już były orzeczenia ETS w sprawach *Magill* (w 1. przypadku) oraz *Hilti* i *Tetra Pak* (w 2. przypadku)⁴⁹.

Sąd przyznał natomiast rację Microsoftowi w sprawie przekroczenia przez Komisję kompetencji w kwestii warunków monitorowania wykonywania jej decyzji (pkt 1 sentencji wyroku)⁵⁰. SPI stwierdził nieważność art. 7 decyzji KE z 24.3.2004 r. w zakresie, w jakim:

- a) nakazuje on Microsoftowi wskazanie niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, mającego prawo bezpośredniego dostępu do pomocy technicznej, informacji,

⁴⁵ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1368–1373. Problematyka kosztów postępowania w sprawie Microsoft pozostaje w całości poza obszarem zainteresowania niniejszej książki.

⁴⁶ Komisja przyjęła z zadowoleniem wyrok SPI z 17.09.2007 r. – zob. Th. Kramer, C.-Ch. Buhr, D. Wyns, *The judgment of the Court of First Instance in the Microsoft case*, EC CPN 2007, No. 3, p. 39–44. Zdecydowanie krytyczne stanowisko wobec wyroku zajął natomiast Zastępca Prokuratora Generalnego USA – zob. Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Burnett, Issues Statement on European Microsoft Decision http://www.usdoj.gov/opa/pr/2007/September/07_at_725.html

⁴⁷ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 101–1229. Problematyka ta jest omawiana w poniższych artykułach M. Surdek i D. Miąsika.

⁴⁸ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 1054–1080 oraz wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1280–1367.

⁴⁹ Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1331 i 1335–1340.

⁵⁰ Por. decyzję KE z 24.03.2004 r., pkt 1043–1048.

dokumentacji, pomieszczeń i pracowników Microsoftu, a także kodu źródłowego stosownych produktów Microsoftu;

- b) wymaga pokrycia przez Microsoft wszystkich kosztów tego mechanizmu, w tym wynagrodzenia przedstawiciela ds. monitorowania;
- c) zastrzega dla Komisji prawo narzucenia ww. mechanizmu w drodze decyzji (jeżeli Komisja uzna, że propozycja Microsoftu jej nie satysfakcjonuje).

Komisja doprowadziła do ustanowienia takiego mechanizmu i wyznaczenia przedstawiciela ds. monitorowania⁵¹. Po prawie trzech latach od tego momentu Sąd stwierdził jednak, że skoro środek ten miał charakter obowiązkowy, a więc w przypadku jego niezrealizowania na Microsoft mogłaby zostać nałożona przez Komisję kara pieniężna w celu przymuszenia, to Komisja przekroczyła swoje uprawnienia dochodzeniowe i wykonawcze przyznane jej rozporządzeniem nr 17. O ile bowiem Komisja ma prawo kontroli wykonania decyzji (art. 14 rozporządzenia nr 17), a przedsiębiorstwa są zobowiązane do udzielania jej koniecznych informacji (art. 11 ust. 4 oraz art. 14 ust. 3 rozporządzenia nr 17), o tyle nie ma ona prawa nakazania Microsoftowi zaproponowania mechanizmu powierzającego uprawnienia kontrolne przedstawicielowi ds. monitorowania, których KE sama nie ma prawa na tym etapie delegować na rzecz osoby trzeciej. Co, więcej, żaden przepis rozporządzenia nr 17 nie upoważnia Komisji do nakładania na przedsiębiorstwa obowiązku ponoszenia kosztów, jakie sama ponosi wskutek prowadzenia kontroli wykonywania środków zaradczych. Działania Komisji w tym zakresie były więc bezprawne⁵².

4. Wykonanie decyzji

4.1. Obowiązki wynikające z decyzji utrzymane w mocy wyrokiem SPI

Jak wskazano wyżej, dla zapewnienia wykonania decyzji, czyli dla przywrócenia konkurencji, zakłóconej praktykami Microsoftu, Komisja zastosowała dwa środki zaradcze (*remedies*) oraz specjalny system monitorowania ich wykonywania. Środki zaradcze zostały utrzymane w mocy wyrokiem SPI z 17.09.2007 r. System monitorowania został uznany za bezprawny.

Środki zaradcze polegały na nałożeniu na Microsoft dwóch rodzajów obowiązków. Po pierwsze, zgodnie z art. 5 decyzji z 24.03.2004 r., Microsoft winien w ciągu 120 dni ujawnić kompletne i stosowne informacje interfejsowe, które umożliwiają produktom jego konkurentów interoperacyjność z programem operacyjnym Windows, a także udostępnić te informacje na warunkach rozsądnych i niedyskryminacyjnych. Ten środek zaradczy miał służyć zapewnieniu interoperacyjności między programem operacyjnym Windows a produktami serwerowymi i aplikacyjnymi innych dostawców (konkurentów Microsoftu). Po drugie, zgodnie z art. 6 decyzji z 24.03.2004 r., Microsoft został zobowiązany do dostarczenia w ciągu 90 dni wersji Windowsa nie zawierającej aplikacji Windows Media Player (WMP).

Komisja dobrowolnie przesunęła terminy wykonania ww. środków zaradczych do czasu wydania przez SPI orzeczenia w sprawie z wniosku Microsoftu o zawieszenie wykonania decyzji z 24.03.2004 r. Wobec tego, że wniosek ten został odrzucony zarządzeniem Prezesa SPI w dniu 22.12.2004 r., od tej daty rozpoczęły biec ww. terminy (120 i 90 dni) wykonania obowiązków nałożonych decyzją z 24.03.2004 r.

⁵¹ Zob. niżej, pkt 4.4. niniejszego rozdziału.

⁵² Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1230–1279.

4.2. Kary pieniężne w celu przymuszenia do wykonania decyzji Komisji w zakresie interoperacyjności

Na podstawie własnych ocen wewnętrznych i wyników testu rynkowego, w dniu 10.11.2005 r. Komisja wydała pierwszą formalną decyzję sankcjonującą brak wykonania obowiązków w zakresie interoperacyjności (ujawnienia, na zasadach rozsądnych i niedyskryminacyjnych, kompletnych i stosownych informacji interoperacyjnych)⁵³. Zgodnie z art. 24 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003⁵⁴, Komisja wyznaczyła Microsoftowi termin (15.12.2005 r.) ostatecznego wykonania obowiązków informacyjnych określonych w art. 5 lit. a) i c) decyzji z 24.03.2004 r. (art. 1) oraz postanowiła że jeżeli Microsoft nie zapewni wykonania tych obowiązków do tego terminu, to z dniem 15.12.2005 r. będzie na niego nałożona kara pieniężna w celu przymuszenia (*periodic penalty payment*) w wysokości max 2 mln euro dziennie (art. 2) (tzw. pierwsza decyzja sankcjonująca).

Mimo podjętych przez Microsoft działań (w tym dokonania licznych zmian dokumentacji technicznej programu operacyjnego Windows) i przekazanych Komisji informacji o nich, a także na gruncie stanowiska przedstawiciela ds. monitorowania, Komisja oceniła wstępnie, że do dnia 22.12.2005 r. Microsoft nie dostarczył kompletnych i stosownych informacji interoperacyjnych. Wysłała więc do Microsoftu pismo o postawieniu zarzutów (*statement of objections*) i zażądała przedłożenia raportu technicznego w sprawie stanu realizacji tego obowiązku. Wobec tego, że żadna z odpowiedzi Microsoftu i wyjaśnień złożonych w czasie ustnych wysłuchań nie zostały uznane przez Komisję za zadawalające, w dniu 12.07.2006 r. Komisja wydała – na podstawie art. 24 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003 – drugą decyzję sankcjonującą brak wykonania obowiązków interoperacyjnych nałożonych decyzją z 24.03.2004 r.⁵⁵ Decyzją tą Komisja ustaliła ostateczną wysokość kary pieniężnej w celu przymuszenia za nieudostępnienie w okresie od 16.12.2005 do 20.07.2006 r. informacji interoperacyjnych określonych w art. 5 lit. a) i c) decyzji z 24.03.2004 r. Komisja postanowiła jednak ustalić wysokość kary tylko za nieudostępnienie kompletnych i stosownych informacji interoperacyjnych (pozostawiając otwartą kwestię warunków, na jakich to udostępnienie ma miejsce), a w konsekwencji zmniejszyła wysokość stawki dziennej do 1,5 mln euro. Definitywna wysokość kary została ustalona na 280,5 mln euro (art. 1).

Decyzją z 12.07.2006 r. została także podwyższona maksymalna stawka dzienna kary pieniężnej w celu przymuszenia za niewykonywanie ww. obowiązków interoperacyjnych z 2 do 3 mln euro (art. 3).

W dniu 01.03.2007 r. Komisja wystosowała kolejne pismo o postawieniu zarzutów (*statement of objections*), w którym zagroziła Microsoftowi nałożeniem tej podwyższonej (do 3 mln euro) kary za żądanie za udostępnienie informacji interoperacyjnych, często niepodlegających ochronie patentowej, a więc nie innowacyjnych, opłat licencyjnych uznanych przez Komisję za nierozsądne. Wobec tego, że Microsoft nie był w stanie

⁵³ Commission Decision of 10.11.2005 imposing a periodic penalty payment pursuant to Article 24(1) of regulation No 1/2003 on Microsoft Corporation (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr75.html

⁵⁴ Rozporządzenie nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie przepisów o konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L 1/1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205.

⁵⁵ Commission Decision of 12 July 2006 fixing the definitive amount of the periodic penalty payments imposed on Microsoft Corporation by Decision C(2005)4420 final and amending that Decision as regards the amount of the periodic penalty payments (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr75.html

odeprzeć tego zarzutu, decyzją z 27.02.2008 r. (trzecią decyzją sankcjonującą)⁵⁶, wydaną także na podstawie art. 24 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, Komisja ustaliła definitywną karę pieniężną w celu przymuszenia (okresową płatność karną) w wysokości 899 mln euro za niewypełnianie obowiązku zapewnienia dostępu do informacji interoperacyjnych na rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach w okresie od 21.06.2006 do 21.10.2007 (art. 1). Od decyzji tej Microsoft nie odwołał się i karę zapłacił.

Komisja uznała w końcu, że z dniem 22.10.2007 r. Microsoft wypełnił obowiązek polegający na ujawnieniu kompletnych i stosowanych informacji interoperacyjnych, tj. dokumentacji interfejsowej umożliwiającej serwerom grup roboczych konkurentów Microsoftu z jego serwerami i programem operacyjnym Windows, na warunkach rozsądnych i niedyskryminacyjnych, obniżając opłaty licencyjne za te informacje do 10 000 euro jednorazowo i dalszych 0,4% obrotu w przypadku licencji patentowej o zasięgu globalnym⁵⁷.

4.3. Dostarczanie wersji programu operacyjnego Windows bez aplikacji WMP

W przeciwieństwie do wykonania decyzji KE z 24.03.2004 r. w części dotyczącej udostępnienia danych potrzebnych do zapewnienia interoperacyjności serwerów grupowych, zastosowanie się Microsoft do decyzji Komisji w zakresie dotyczącym wprowadzenia na rynek systemu operacyjnego Windows niezawierającego WMP, odbyło się bezproblemowo. Zgodnie z nałożonym obowiązkiem, Microsoft oferuje licencję na Windows pozbawiony WMP zarówno na rynku detalicznym, jak i rynku obejmującym producentów stacji roboczych⁵⁸. W założeniu, że względu na konkurencyjny charakter rynku stacji roboczych i innych urządzeń wykorzystujących systemy operacyjne, miało to doprowadzić do poprawy sytuacji konkurencyjnej na rynku odtwarzaczy multimedialnych. Informacje z rynku wskazują jednak, iż wersja ta nie cieszy się powodzeniem klientów⁵⁹, w szczególności producentów sprzętu, których zachowania mają kluczowe znaczenie z uwagi na dominację produktów oferowanych z preinstalowanym oprogramowaniem.

4.4. Mechanizm monitorowania

Decyzja Komisji z 24.03.2004 r. nałożyła na Microsoft obowiązek przedstawienia systemu monitorującego, w tym wskazanie przedstawiciela ds. monitorowania (*monitoring trustee*) (art. 7). Microsoft wykonał ten obowiązek. Z jego rekomendacji, decyzją z dnia 05.10.2005 r., Komisja mianowała tym przedstawicielem prof. Neila Barretta, brytyjskiego informatyka, który powołał jako swoich technicznych doradców prof. J. McDermida i prof. D. Lorge Parnasa. Zgodnie z tą decyzją, zadaniem prof. N. Barretta miało być świadczenie na rzecz Komisji niezależnego fachowego doradztwa technicznego w sprawach związanych z wypełnianiem przez Microsoft decyzji z 24.03.2004 r. W przy-

⁵⁶ Commission Decision of 27 February 2008 fixing the definitive amount of the periodic penalty payment imposed on Microsoft Corporation by Decision C(2005)4420final (Case COMP/C-3/34.792 – Microsoft) http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr75.html

⁵⁷ Antitrust: Commission ensures Microsoft's compliance with the 2004 Decision – frequently asked questions. MEMO/07/420. Brussels, 22nd October 2007 <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/420>

⁵⁸ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1165.

⁵⁹ Wskazywał na to Microsoft w postępowaniu przed SPI – zob. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 943. Zob. również B. Batchelor, *The fallout from Microsoft: the Court of First Instance leaves critical IT industry issues unanswered*, CTLR 2008, No. 14(1), p. 19.

padku pierwszego środka zaradczego, prof. N. Barrett miał prowadzić stałą analizę i oceniać przede wszystkim, czy Microsoft ujawnia kompletne i stosowne informacje interoperacyjne i czy czyni to na zasadach rozsądnych i niedyskryminacyjnych, a przy padku drugiego środka zaradczego miał ocenić, czy Microsoft dostarczył producentom komputerów osobistych wersję Windowsa bez odtwarzacza multimedialnych WMP.

Dodatkową decyzją z 10.03.2006 r., Komisja określiła szczegółowo rolę i reguły działania przedstawiciela ds. monitorowania wykonania decyzji z 24.03.2004 r., w tym zakres i formy jego działań proaktywnych. Decyzja ta określała jednak także pewne prawa i obowiązki Microsoftu wobec przedstawiciela oraz przedstawiciela wobec Microsoftu i podmiotów trzecich.

5. Podsumowanie i wnioski

Sprawa *Microsoft*, której przebieg przedstawiony został w niniejszym artykule, wejdzie z pewnością do historii stosowania wspólnotowych reguł ochrony konkurencji z wielu powodów. Będzie przywoływana przede wszystkim w kwestiach interpretacji obu analizowanych praktyk nadużywania pozycji dominującej – odmowy udostępniania informacji dotyczących interoperacyjności programów operacyjnych oraz sprzedaży związanej. W obu przypadkach Komisja zmodyfikowała orzecznicze testy oceny badanych zachowań w takim zakresie, że umożliwiło jej to uznanie praktyk Microsoftu za naruszające art. 82 TWE⁶⁰, nie na tyle jednak, by można je było traktować jako „nowe interpretacje prawne”, co pozwoliłoby Microsoftowi przynajmniej uniknąć płacenia kary grzywny. Także m.zd. sprawa *Microsoft* będzie więc uznawana tylko za kolejny przejaw tendencji do rozszerzania stosowania doktryny urządzeń kluczowych (*essentials facilities*) – tym razem do odmowy licencjonowania informacji dotyczącej interoperacyjności programów operacyjnych – oraz utrwalania dotychczasowego orzecznictwa w zakresie sprzedaży związanej (*tying sales*), ze szkodą dla oferowania produktów zintegrowanych. W każdym razie, zastosowane przez Komisję aktywne (żeby nie powiedzieć agresywne) podejście do oceny praktyk superdominanta, jakim Microsoft jest bez wątpienia, uzyskało akceptację SPI, który nie tylko podzielił poglądy Komisji, ale także uznał za wystarczające przeprowadzone przez nią dowody; jednoznacznie nie uznał natomiast za przekonywujące dowodów Microsoftu usprawiedliwiającego swoje zachowania ochroną praw własności intelektualnej oraz korzyściami z integracji produktów nowej ekonomii. Po raz pierwszy w historii, Komisja zażądała stworzenia uboższej wersji produktu i jej sprzedaży pod tą samą marką co oferowana wcześniej wersja pełniejsza. Rynkowy brak popytu na tę zubożoną wersję Windowsa potwierdza zgłaszane w tym zakresie wątpliwości, także przez sam Microsoft. Ten i pozostałe środki zaradcze zostały w pełni zaakceptowane przez SPI. Microsoft nie uzyskał nawet zawieszenia ich wykonania do czasu rozstrzygnięcia sprawy głównej. W konsekwencji, koncern z Redmond jest pierwszym przedsiębiorstwem w historii stosowania wspólnotowych reguł konkurencji, na które została nałożona kara pieniężna w celu przymuszenia do wykonania decyzji Komisji. Ostatecznie Microsoft zapłacił 889 mln euro kar pieniężnych w celu przymuszenia do wykonania decyzji z 24.03.2004 r.; łącznie z karą grzywny nałożoną za stosowanie

⁶⁰ Piszą o tym obszernie i szczegółowo w niniejszej książce M. Surdek i D. Misiak. Zob. też powołowaną przez tych autorów literaturę.

praktyk monopolistycznych (ok. 497 mln euro), sprawa *Microsoft* kosztowała koncern z Redmond ponad 1186 mln euro.

Sprawa *Microsoft* nie wnosi natomiast wiele dla interpretacji podstawowych przesłanek stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej (art. 82 TWE) – rozumienia „rynku właściwego”, „pozycji dominującej” i „nadużywania” o charakterze wykluczającym. Trudno więc ją uznać za przełom w praktyce stosowania tego przepisu, w tym za dowód na przejście z podejścia formalistycznego (legalistycznego) na podejście ekonomiczne lub „bardziej ekonomiczne” (*more economic approach*). W decyzji i orzeczeniu w sprawie *Microsoft* wciąż dominują elementy wychodzące z koncepcji „zakłócenia konkurencji” (*competition distortion*) – ochrona „wolności gospodarczej”, „struktury rynku” i „procesu konkutowania”, w nieznanym stopniu można w nich znaleźć elementy opierające się na koncepcji „dobrobytu konsumentów” (*consumer welfare*) jako ostatecznego celu polityki ochrony konsumentów, wykluczającego raczej interwencję publiczną skutkującą przede wszystkim „ochroną konkurentów”. Fakt, że Komisja miała tu o tyle ułatwione zadanie, jako że także prawnicy *Microsoft* prezentowali raczej „dowody z orzecznictwa” niż ugruntowane ekonomicznie (*economics-based*) analizy rynkowe i rachunki efektywności. Sprawa *Microsoft* przejdzie więc do historii stosowania art. 82 TWE nie tyle jako źródło nowych standardów orzeczniczych, co jako przykład braku skutecznej obrony przedsiębiorcy dominującego, przeprowadzonej właśnie w kategoriach podejścia „bardziej ekonomicznego”. Na szczegółową interpretację i pełną akceptację sądów wspólnotowych dla zapowiedzianej przez Komisję w Dokumentie Dyskusyjnym z 2005 r. ekonomizacji stosowania także art. 82 TWE, przyjdzie nam jeszcze poczekać. W moim przekonaniu stanie się to wtedy, gdy dominujące firmy nowej ekonomii w pełni uświadomią sobie, że ciężar „dowodu z efektywności” (*efficiency defence*) jest po ich stronie i że to one, a nie Komisja czy sądy, muszą wypracować narzędzia jej pomiaru.

Prezentowana w tym artykule sprawa *Microsoft* zakończyła się ostatecznie⁶¹. Nie znaczy to jednak, że skończyły się antymonopolowe kłopoty *Microsoftu* w UE. W dniu 14.01.2008 r. Komisja wszczęła bowiem formalne postępowanie przeciwko *Microsoftowi*, zarzucając mu naruszenie art. 82 TWE poprzez nadużycie pozycji dominującej na rynku programów operacyjnych dla komputerów osobistych w dwóch sprawach⁶².

W pierwszej chodzi o zbadanie, czy *Microsoft* nie narusza w dalszym ciągu wymogu ujawnienia informacji gwarantujących interoperacyjność wielu produktów, w tym programów softwarowych typu Office i Outlook, programów serwerowych oraz tzw. NET Framework. Komisja chce w szczególności sprawdzić, czy stosowany w pakiecie Office nowy format Office XML jest w wystarczającym stopniu interoperacyjny z produktami konkurentów. Podstawą decyzji o wszczęciu postępowania w tej sprawie jest skarga Europejskiego Komitetu Systemów Interoperacyjnych (*European Committee for Inte-*

⁶¹ Zob.: postanowienie SPI z 27.11.2007 r. w sprawie T-313/05 *Microsoft p. Komisji* (Dz.Urz.UE 2008 C 64/63), którym Prezes czwartej izby zarządził wykreślenie z rejestru sprawy zawisłej na skutek odwołania *Microsoftu* z 10.08.2005 r. od decyzji Komisji z 01.06.2005 r. stwierdzającej, że *Microsoft* nie wykonuje środków zaradczych dotyczących interoperacyjności programów komputerowych; postanowienie SPI z 06.12.2007 r. w sprawie T-271/06 *Microsoft p. Komisji* (Dz.Urz.UE 2008 C22/51), którym Prezes siódmej izby zarządził wykreślenie z rejestru sprawy zawisłej z odwołania *Microsoftu* od decyzji Komisji z 02.10.2006 r. C(2006)3142, ustalającej ostateczną wielkość okresowej kary pieniężnej w celu przymuszenia nałożonej decyzją Komisji C(2005)4420 z 10.11.2005 r.

⁶² Zob. *Antitrust: Commission initiates formal investigations against Microsoft In two cases of suspected abuse of dominant position*. MEMMO/08/19, Brussels, 14th January 2008, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19>

roperable Systems, ECIS), czyli stowarzyszenia zrzeszającego producentów programów *open-source*.

W sprawie drugiej, zainicjowanej skargą norweskiego producenta przeglądarki internetowej OPERA, zarzucającej Microsoftowi, że – poprzez wiązanie swojej przeglądarki internetowej Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows – zmierza do wykluczenia z rynku przeglądarki OPERA, będącej – obok Mozilli – największym konkurentem Explorera. Komisja chce również zbadać, czy Microsoft nie stosuje praktyki wiązania produktów także w innych przypadkach, np. *desktop search* i *Windows Live*.

Wszczynając formalne postępowanie w obu tych obszarach i nadając mu wysoki priorytet Komisja przyznaje jednak, że nie ma dowodów tych naruszeń art. 82 TWE i że będzie respektować prawo do obrony Microsoft. Musi wszakże czuć się pewnie, skoro formalne postępowanie wszczyna bez skierowania do Microsoftu pisma o postawieniu zarzutów (*statement of objections*) lub informacji o wstępnej ocenie (*preliminary assessment notice*), które przewiduje art. 2 ust. 1 rozporządzenia 773/2004⁶³. Wynika to zapewne z tego, że oba zarzuty są bliźniaczo podobne do praktyk, które zostały uznane za naruszające art. 82 TWE w wyroku SPI z dnia 17.09.2007 r.

Zachowania rynkowe Microsoftu były i są przedmiotem zainteresowania krajowych organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Do grona tych organów dołączył ostatnio polski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), który od grudnia 2007 r. badał czy zasady, na jakich producenci komputerów oferują laptopy wraz z zainstalowanym systemem operacyjnym Microsoftu nie łamią prawa antymonopolowego. Jak donosi prasa, UOKiK stwierdził, że sprzedaż laptopów z systemem Windows może ograniczać konkurencję. Dokumenty przeprowadzonego postępowania zostały jednak przekazane Komisji Europejskiej; nie jest więc wykluczone, że podobne badanie zostanie przeprowadzone w skali całej Unii⁶⁴.

Na zakończenie warto wspomnieć, że wyrok w sprawie Microsoft mógł zachęcić Komisję do aktywnego zajęcia się także innymi firmami dominującymi na rynkach nowych technologii informacyjnych. Może o tym świadczyć wszczęcie postępowania w sprawie *Intel*, któremu Komisja zarzuca wykluczenie jego głównego rywalu (AMD) z rynku szczególnego rodzaju procesorów (CPU)⁶⁵.

⁶³ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z 07.04.2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowania zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE, Dz.Urz. UE 2004 L 123/18. Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 8, t. 3, s. 81.

⁶⁴ Zob. Komunikat UOKiK z 20.08.2008 r., www.uokik.gov.pl/

⁶⁵ Zob. Commission confirms supplementary Statement of Objections sent to Intel – <http://europa.eu.rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/517>

Odmowa Microsoftu przekazania konkurentom informacji zapewniających interoperacyjność ich systemów operacyjnych dla serwerów z platformą Windows

1. Wprowadzenie

Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (SPI lub Sąd) w sprawie *Microsoft*¹ oraz poprzedzająca go decyzja Komisji Europejskiej (KE lub Komisja) w tej sprawie² (zwana dalej decyzją w sprawie *Microsoft*) były i są częścią ożywionej debaty i licznych kontrowersji co do dopuszczalnych granic ingerencji prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej. Niniejsze opracowanie ma na celu dokonanie analizy wyroku w sprawie *Microsoft* oraz oceny jego wpływu na przypadki odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą na rynku. W szczególności analizie poddany zostanie stosunek tego wyroku do wcześniejszych orzeczeń wydanych przez sądy wspólnotowe w odniesieniu do praktyk antykonkurencyjnych polegających na odmowie udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Ponadto wskazane zostaną różnice w ocenie przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez organy ochrony konkurencji i sądy w Unii Europejskiej (UE) oraz w Stanach Zjednoczonych Ameryki (USA). Ze względu na kontekst faktyczny sprawy omówiony zostanie również możliwy wpływ tego wyroku na rozwój odznaczającego się znaczną specyfiką rynku nowych technologii. Na koniec podjęta zostanie próba prognozy co do wpływu wyroku w sprawie *Microsoft* na zapowiadaną już od pewnego czasu reformę stosowania art. 82 TWE przez europejskie organy ochrony konkurencji³. Omówienie wyroku w sprawie *Microsoft* zostanie poprzedzone analizą wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, oceną ekonomicznych skutków takich praktyk, jak również refleksją natury ogólnej na temat wzajemnych skomplikowanych relacji pomiędzy prawem ochrony konkurencji a prawami chroniącymi własność intelektualną.

¹ Wyrok SPI z dnia 17.09.2007 r. w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*; w wersji angielskojęzycznej zob. <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>

² Decyzja KE z dnia 24.03.2004 r. w sprawie COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Dz.Urz. UE 2007 L 32/23.

³ Zob. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

2. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej jako przypadek nadużycia pozycji dominującej

2.1. Wzajemne relacje praw własności intelektualnej oraz prawa ochrony konkurencji

Jednym z kluczowych argumentów podnoszonych przez Microsoft przed SPI było to, że decyzja w sprawie *Microsoft* nakładająca na Microsoft obowiązek ujawnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych narusza swobodę wykonywania przez Microsoft praw własności intelektualnej chroniących te informacje, a w konsekwencji zniechęca go do opracowywania nowych produktów zawierających innowacyjne rozwiązania. Ta argumentacja wpisuje się w toczącą się w ostatnich latach debatę na temat wzajemnych relacji prawa ochrony konkurencji i praw własności intelektualnej w ogóle, a w szczególności w dyskusję o tym, kiedy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może naruszać prawo konkurencji, oraz czy i w jakich okolicznościach zasadne jest nałożenie na właściciela praw własności intelektualnej obowiązku udzielenia licencji na te prawa. W ostatnim czasie powstało wiele publikacji na ten temat, zwłaszcza w związku z dynamicznym rozwojem gospodarki opartej na wiedzy, w tym w szczególności sektora nowych technologii⁴. Szczegółowe przytoczenie poglądów zawartych w tych publikacjach niewątpliwie przekraczałoby ramy niniejszego opracowania. Dość wspomnieć, że wielu autorów zwraca uwagę na sprzeczność bezpośrednich celów, jakim służą te dwa reżimy prawne⁵. Prawo ochrony konkurencji ma na celu zapewnienie, by mechanizm konkurencji na rynku funkcjonował w sposób niezakłócony dla dobra konsumentów. Osiągnięciu tego celu służy m.in. egzekwowanie zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję oraz kontrola koncentracji. Celem praw własności intelektualnej jest natomiast pobudzanie innowacyjności w gospodarce i stwarzanie bodźców do rozwoju twórczości i wynalazczości. Osiągnięciu tego celu służy przyznanie twórcom i wynalazcom prawa wyłącznego korzystania z owoców ich własnej innowacyjności przez określony czas, aby mogli nie tylko odzyskać wartość nakładów przeznaczonych na badania i rozwój, ale także osiągnąć zyski z komercjalizacji swoich utworów i wynalazków. Mimo sprzeczności na poziomie celów bezpośrednich liczni autorzy zwracają jednak uwagę na to, że obydwa reżimy prawne służą w istocie w ostatecznym rozrachunku temu samemu, a mianowicie zwiększeniu dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*), w interesie których leży możliwość wyboru spośród jak największej liczby produktów i usług konkurujących ze sobą jakością i ceną, a także dostęp do coraz bardziej innowacyjnych rozwiązań⁶.

W świetle tak określonych celów prawa ochrony konkurencji oraz praw własności intelektualnej niemożliwe jest przyznanie absolutnego prymatu któremukolwiek

⁴ Zob. np.: D. Kasprzycki, *The Abuse of Dominant Position on the Software Market. The Microsoft Example*, w: *Recent Developments in IP Law*, red. A. Matlak, ZNUJ 2008, No. 99, p. 139–152; G. Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Northampton 2007; W. Page, J. Lopatka, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, Chicago, London 2007; G. Ghidini, E. Arezzo, *On the Intersection of IPRs and Competition Law With Regard to Information Technology Markets*, w: *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, red. C. Ehlermann, I. Atanasiu, Oxford, Portland 2007, p. 105–118; F. Lévêque, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, w: *Antitrust, Patents and Copyrights. EU and US Perspectives*, red. F. Lévêque, H. Shelanski, Cheltenham, Northampton 2005, p. 103–126.

⁵ Tak np. G. Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law...*, op. cit., p. 115.

⁶ Tak np. S. Anderman, H. Schmidt, *EC competition policy and IPRs*, w: *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, red. S. Anderman, Cambridge 2007, p. 37.

z tych dwóch reżimów prawnych. Jednym z fundamentów gospodarki wolnorynkowej od początku jej istnienia była ochrona własności, w tym własności intelektualnej, zagwarantowana w konstytucjach większości państw demokratycznych. Ochrona własności intelektualnej została również wprost zapisana w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁷ i była kilkakrotnie zaliczana przez sądy wspólnotowe do podstawowych zasad prawa UE⁸. Także ochrona konkurencji na rynku przed zakłóceniami została zagwarantowana w ustawodawstwach większości państw o gospodarce wolnorynkowej. Z czasem jednak pojawił się pogląd, że w pewnych okolicznościach nie tyle samo istnienie prawa własności intelektualnej, ile sposób wykonywania tego prawa może w sposób bezprawny ograniczać konkurencję na rynku.

2.2. Przypadek nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania jako wyjątek od zasady swobody umów

Jednym z fundamentów większości nowożytnych systemów prawa cywilnego jest zasada swobody umów. Oznacza ona swobodę stron umowy cywilnoprawnej w zakresie wyboru kontrahenta, ukształtowania treści praw i obowiązków stron umowy, oraz wyboru formy w jakiej umowa ma być zawarta (z zastrzeżeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa uzależniających w pewnych przypadkach ważność i skuteczność umowy od zachowania określonej formy). Przede wszystkim zaś zasada swobody umów oznacza prawo decydowania o tym, czy umowa w ogóle ma zostać zawarta. Zasada swobody umów doznaje jednak pewnego ograniczenia na gruncie prawa ochrony konkurencji. Art. 82 TWE zawiera przykłady zachowań kwalifikowanych jako nadużycie pozycji dominującej, jednak lista zachowań niedozwolonych wymienionych w tym przepisie nie ma charakteru wyczerpującego. Od lat 70. ubiegłego wieku orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS lub Trybunał), począwszy od orzeczenia w sprawie *Commercial Solvents*⁹, zalicza do takich zachowań odmowę kontraktowania (*refusal to deal*) przez przedsiębiorstwo dominujące.

Odmowa kontraktowania jako typ nadużycia pozycji dominującej bywa w literaturze przedmiotu rozmaicie klasyfikowana. Z reguły wśród przypadków odmowy kontraktowania wyróżnia się dwa podtypy: odmowę dostawy towarów lub usług (*refusal to supply*) oraz odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej (*refusal to license*)¹⁰. Ponadto, jako szczególne przypadki odmowy kontraktowania wyróżnia się zaprzestanie dostaw dla istniejących klientów oraz odmowę dostępu do urządzeń kluczowych (*essential facilities*)¹¹. Nadużycie pozycji dominującej polegające na odmowie kontraktowania, w tym odmowie udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, klasyfikowane jest w literaturze jako pozacenowa praktyka wykluczająca na rynku sąsiednim, w odróżnieniu np. od cenowych praktyk eksploatacyjnych na rynku własnym dominanta (takich jak np. stosowanie nadmiernie wygórowanych cen)¹². Z kolei Komisja w swoim dokumencie

⁷ Por. art. 17 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2007 C 303/1.

⁸ Ostatnio Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) potwierdził tę zasadę w wyroku w sprawie C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU*, <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>, zob. pkt 62.

⁹ Por. wyrok ETS w sprawie 6/73 *Commercial Solvents p. Komisji*, Zb. Orz. 1974, s. 357.

¹⁰ Por. E. Derclaye, *Abuse of Dominant Position and Intellectual Property Rights...*, op. cit., p. 685.

¹¹ Por. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008, p. 1004–1021.

¹² Ibidem, p. 952–953.

dyskusyjnym dotyczącym stosowania art. 82 TWE do praktyk wykluczających¹³ klasyfikuje takie przypadki jako wertykalne wykluczenie z rynku (*vertical foreclosure*) oparte na praktyce pozacenowej w odróżnieniu np. od praktyk horyzontalnego wykluczenia z rynku (*horizontal foreclosure*), takich jak np. rabaty lojalnościowe lub wiązanie.

W tym miejscu należy podnieść, że z samego faktu, iż dany przedsiębiorca ma prawa własności intelektualnej nie wynika, że zajmuje on pozycję dominującą na rynku. Mimo iż konstytutywnym elementem patentu, prawa autorskiego czy prawa ochronnego na znak towarowy jest wyłączność, nie oznacza to, że owa wyłączność prowadzi automatycznie do powstania monopolu czy dominacji w rozumieniu art. 82 TWE, chociaż może się ona przyczynić do umocnienia siły rynkowej danego przedsiębiorcy¹⁴, a czasem rzeczywiście do powstania faktycznego monopolu (np. w przypadku opatentowanych rozwiązań, które stają się standardami technologicznymi dla całego rynku). Liczni autorzy zwracają uwagę na to, że w przypadkach, w których produkt jest chroniony prawami własności intelektualnej, organy ochrony konkurencji wykazują pewną, nie zawsze uzasadnioną skłonność do definiowania rynku właściwego tak wąsko, że pokrywa się on z obszarem wyłączności przyznanej prawami własności intelektualnej, przez co przedsiębiorcy dysponujący takimi prawami są częściej narażeni na to, że ich pozycja na rynku będzie postrzegana jako pozycja dominująca¹⁵.

Immanentną cechą praw własności intelektualnej, bez względu na to, czy chodzi o prawo autorskie, wynalazcze, czy znaków towarowych, jest możliwość decydowania przez uprawniony podmiot o tym, czy i komu udzielić licencji na korzystanie z utworu, wynalazku czy znaku towarowego. Istotą praw własności intelektualnej jest bowiem ochrona przed wykorzystaniem wynalazku, utworu czy znaku towarowego przez osoby trzecie wbrew woli uprawnionego i zapewnienie mu czasowej wyłączności na korzystanie z owoców własnej innowacyjności. W tym kontekście, odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej wydaje się być – co do zasady – niczym innym jak dozwolonym sposobem korzystania z tych praw. Stanowisko to potwierdzały sądy wspólnotowe w kolejnych orzeczeniach¹⁶, podkreślając, że aby odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej mogła zostać uznana za praktykę ograniczającą konkurencję, musi wiązać się z dodatkowym zachowaniem o charakterze abuzywnym, jak na przykład dyskryminacją, stosowaniem nadmiernie wygórowanych cen, przerwaniem dostaw części zamiennych, ograniczeniem produkcji czy postępu technicznego ze szkodą dla konsumentów itp.

Podsumowując można powiedzieć, że sądy wspólnotowe podchodziły z rezerwą do możliwości całkowicie swobodnego wykonywania przez przedsiębiorstwa dominujące przysługujących im praw własności intelektualnej na rynkach sąsiednich (*secondary markets* lub *after markets*), tzn. na rynkach, na których możliwość prowadzenia określonej działalności zależy od dostępu do produktu występującego na rynku podstawowym (*primary market*). Z kolei w odniesieniu do swobody wykonywania praw własności intelektualnej przez przedsiębiorstwa dominujące na rynkach podstawowych, sądy wspólnotowe przyjmowały zdecydowanie bardziej liberalne stanowisko, co nie oznacza, że

¹³ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, p. 21–23.

¹⁴ Por. S. Anderman, H. Schmidt, *EC competition policy and IPRs*, w: *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, op. cit., p. 40–41.

¹⁵ Por. np. H. Schmidt, *Article 82's „Exceptional Circumstances” That Restrict Intellectual Property Rights*, ECLR 2002, No. 23(5), p. 211–212; S. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford 2000, p. 166.

¹⁶ Orzeczenia te zostaną szczegółowo przedstawione w dalszej części niniejszego opracowania.

takie działanie nie podlegało ocenie z punktu widzenia reguł prawa konkurencji¹⁷. O ile odmowa udzielenia licencji na rynku podstawowym nie budziła zastrzeżeń z punktu widzenia zgodności z art. 82 TWE, o tyle wspólnotowe organy ochrony konkurencji za ograniczające konkurencję uznawały przejmowanie kontroli przez przedsiębiorstwa dominujące nad potencjalnie konkurencyjną innowacyjną technologią innych przedsiębiorstw, ponieważ takie działanie zamykałoby dostęp tej konkurencyjnej technologii do rynku¹⁸. Stanowisko to było uzasadniane tym, że o ile przedsiębiorcy mogą rosnąć w sposób organiczny, powiększając swój udział rynkowy aż do poziomu wskazującego na dominację czy nawet monopol, o tyle w pojęciu konkurencji merytorycznej (*competition on the merits*)¹⁹ nie mieści się wzrost do pozycji monopolistycznej w drodze fuzji i przejęć. Wypracowane w orzecznictwie europejskim rozróżnienie na rynki podstawowe i sąsiednie ma istotne znaczenie szczególnie w tych gałęziach gospodarki, w których powszechna stała się sprzedaż produktów komplementarnych²⁰, np. w branży technologii informatycznych (IT) lub w przemyśle samochodowym.

Również w orzecznictwie sądów amerykańskich dominował pogląd, iż odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej jest działaniem w granicach prawa, chyba że stanowi pretekst do monopolizacji rynku poprzez ekspansję na rynki sąsiednie (tzw. *leveraging*). Dorobek orzecznicy sądów wspólnotowych w tej materii do czasu wydania wyroku w sprawie *Microsoft*, a także poglądy prezentowane w orzeczeniach sądów amerykańskich, zostaną zaprezentowane bardziej szczegółowo w dalszej części niniejszego opracowania.

Równoległe od pewnego czasu w literaturze toczyła się debata na temat zasadności stosowania wypracowanej na gruncie prawa amerykańskiego doktryny *essential facilities*²¹ do przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej²². Przedmiotem rozważań było również to, czy prawo ochrony konkurencji powinno traktować na równi praktyki z udziałem praw własności intelektualnej (np. odmowę udzielenia

¹⁷ Por. S. Anderman, H. Schmidt, w: *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, op. cit., p. 54–55.

¹⁸ 88/501 *Tetra Pak (BTG License)* (IV/31.043), Dz.Urz. UE 1988 L 272/15.

¹⁹ Konkurencja merytoryczna (*competition on the merits* lub *competition by performance*) oznacza konkurowanie cenami, jakością, efektywnością kosztową itp.

²⁰ Produkty komplementarne to np. oprogramowanie systemowe do komputerów (rynek podstawowy) i aplikacje użytkowe (rynek sąsiedni) czy też części zamienne do samochodów (rynek podstawowy) i usługi naprawy samochodów (rynek sąsiedni).

²¹ Termin *essential facilities* został po raz pierwszy użyty w 1912 r. w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912), w którym Sąd uznał dostęp do mostu kolejowego na rzece Missisipi, kontrolowanego przez Terminal Railroad, za niezbędny dla innych przewoźników kolejowych chcących zbudować dojazd do lub przez miasto St. Louis. Zob. szerzej J. Majcher, *Dostęp do urządzeń kluczowych w świetle orzecznictwa antymonopolowego*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 35 i d.

²² Por. np.: P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, *Antitrust Law Journal* 1989, No. 58, p. 841; G. McCurdy, *Intellectual Property and Competition: Does the Essential Facilities Doctrine Shed Any New Light?*, *EIPR* 2003, Vol. 10, No. 4, p. 472–480; D. Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can The EU Learn From The U.S. Supreme Court's Judgment In 'Trinko' In The Wake of 'Microsoft', 'IMS', And 'Deutsche Telekom'?*, *CMLR* 2004, Vol. 41, No. 6, p. 1528–1532; C. Slothers, *Refusal to Supply As Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union*, *ECLR* 2001, No. 22(7), p. 256–262; J. Lang, *The Application of the Essential Facility Doctrine to Intellectual Property Rights under European Competition*, w: *Antitrust, Patents and Copyrights...*, red. F. Lévêque, H. Shelanski, p. 56–84; A. Stratakis, *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, *ECLR* 2006, No. 27(8), p. 434–442.

licencji) i praktyki dotyczące dóbr materialnych (np. odmowę dostawy produktu)²³, czy też powinno dużo bardziej wstrzemięźliwie ingerować w przypadkach praktyk z udziałem praw własności intelektualnej ze względu na szczególne właściwości i funkcje tych praw²⁴. Również odnośnie praw własności intelektualnej dyskutowano, czy ich traktowanie przez prawo konkurencji powinno być zróżnicowane w zależności od ładunku innowacyjności jaki niosą ze sobą²⁵. Szczegółowe przytoczenie tej dyskusji przekraczałoby ramy niniejszego opracowania – dość powiedzieć, że poglądy w powyższych kwestiach są znacznie, a nieraz skrajnie, zróżnicowane.

W literaturze próbowano przypadki odmowy kontraktowania (w tym licencjonowania) dzielić na dwie grupy. Do pierwszej należą przypadki odmowy kontraktowania polegające na nielegalnym przenoszeniu siły rynkowej z jednego rynku na drugi, w których często niedozwolone działanie polegało na przerwaniu wcześniej istniejących dostaw dla dotychczasowych klientów (*termination of supply cases*). Do drugiej grupy należą przypadki odmowy dostępu do urządzeń kluczowych, gdzie problem nie ma charakteru behawioralnego (niedozwolone działanie), ale strukturalny (monopolista posiada urządzenie kluczowe i już samo to kreuje pozytywny obowiązek kontraktowania z nowymi klientami na niedyskryminacyjnych warunkach (*access to essential facility cases*). Wydaje się, że podział ten jest nieco akademicki i nie ma większego znaczenia²⁶ – w obu przypadkach chodzi o sytuacje, w których przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą dysponuje pewnym dobrem niezbędnym dla prowadzenia działalności gospodarczej przez inne firmy (np. surowcem, portem, prawami własności intelektualnej). Z kolei rozróżnianie poszczególnych przypadków na odmowę kontraktowania z dotychczasowymi klientami i odmowę kontraktowania „po raz pierwszy” miałyby sens tylko wtedy, gdyby sądy traktowały te przypadki odmiennie. Przyjęcie silniejszego domniemania bezprawności dla przypadków przerwania wcześniej istniejących dostaw powodowałoby, że przedsiębiorcy byłiby niejako „zakładnikami” własnych kontraktów. Co więcej, zwłaszcza w przypadkach odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, gdyby okazało się, że sam fakt istnienia takich wcześniejszych relacji handlowych uzasadnia przypuszczenie o antykonkurencyjnym powodzie odmowy licencjonowania, wówczas takie domniemanie zniechęcałoby do udzielania licencji w ogóle i nakazywałoby firmom daleko posuniętą ostrożność zanim udzielią pierwszej licencji komukolwiek, a przecież udzielanie licencji leży w interesie konkurencji jako takiej.

²³ Tak np. C. Ritter, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?*, *World Competition* 2005, No. 28(3), p. 281–298.

²⁴ Tak np. E. Derclaye, *Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights...*, op. cit., p. 685–705. W artykule tym autorka zwraca uwagę na co najmniej dwa powody dla traktowania praw własności intelektualnej przez prawo konkurencji z daleko posuniętą ostrożnością: po pierwsze dlatego, że są przejawem indywidualnej kreatywności jednostki, a po drugie dlatego, że są one i tak ograniczone jeśli chodzi o zakres i czas ochrony.

²⁵ W literaturze toczyła się m.in. debata na temat potrzeby zróżnicowanego traktowania przez prawo ochrony konkurencji „praw pięciogwiazdkowych” i „praw jedno- lub dwugwiazdkowych”. Podział na te dwie kategorie wyznaczać miały takie parametry jak wysokość nakładów poczynionych na stworzenie wynalazków/utworów, ładunek innowacyjności w nich zawarty, oraz to, czy informacje chronione prawami własności intelektualnej znajdują się w publicznej domenie czy też są poufne. Zob. np. I. Forrester, *Regulating Intellectual Property Via Competition? Or Regulating Competition Via Intellectual Property: Ten Years On, the Debate Still Flourishes*, w: *European Competition Law Annual 2005...*, red. C. Ehlermann, I. Atanasiu, p. 70.

²⁶ Krytycznie na temat takiego podziału wypowiedzieli się H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley, *Unilateral Refusals to License in the US*, w: *Antitrust, Patents and Copyrights...*, red. F. Lévéque, H. Shelanski, p. 18, 26, oraz C. Ritter, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”...*, op. cit., p. 282–285.

2.3. Skutki ekonomiczne odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej oraz nałożenia obowiązku licencjonowania – specyfika rynku nowych technologii

Ochrona praw własności intelektualnej ma swoje uzasadnienie ekonomiczne – przyznanie twórcy czy wynalazcy wyłączności na korzystanie z utworu czy wynalazku pozwala mu nie tylko odzyskać nakłady poczynione na ich stworzenie, ale również osiągnąć zyski z ich komercjalizacji. To z kolei pobudza innowacyjność, bez której każda gospodarka niewątpliwie znalazłaby się w stagnacji. Ekonomści wskazują²⁷, że wprowadzenie nowych innowacyjnych produktów na rynek lub zmian w procesach technologicznych w znaczący sposób zwiększają dobrobyt społeczny (*social welfare*)²⁸ – np. poprzez zwiększenie wydajności produkcji czy poprawę warunków życia. Oczywiście ochrona praw własności intelektualnej wiąże się z kosztami dla społeczeństwa – właściciel praw własności intelektualnej korzystający z wyłączności może skutecznie podnosić ceny swoich produktów ponad poziom, który w normalnych warunkach wolnej konkurencji wyznaczałby rynek, poprzez ograniczanie podaży²⁹.

Co do zasady korzyści płynące z przyznania ochrony prawom własności intelektualnej w postaci stymulowania innowacyjności przeważają nad kosztami płynącymi z utrzymywania monopolu prawnego związanego z wyłącznością. Aby mitygować te koszty ustawodawstwa większości krajów wprowadziły mechanizmy mające na celu ograniczenie ochrony praw własności intelektualnej – zarówno w czasie (np. czas trwania ochrony patentowej wynosi 20 lat), jak i co do zakresu przedmiotowego tych praw (np. prawa autorskie chronią oryginalny sposób wyrażenia idei, ale już nie samą ideę).

Tak jak zostało już wcześniej wspomniane prawo konkurencji oraz prawa własności intelektualnej mają na celu zwiększenie dobrobytu w społeczeństwie poprzez wspieranie rozwoju efektywnej gospodarki, ale każdy z tych reżimów prawnych posługuje się odmiennymi środkami dla osiągnięcia tego celu. Prawa własności intelektualnej znacząco długoterminową efektywność dynamiczną poprzez stwarzanie bodźców do inwestowania w rozwój innowacyjnych rozwiązań. Z drugiej strony, prawo ochrony konkurencji wzmacnia statyczną efektywność alokacyjną³⁰ poprzez zapobieganie niepożądanego akumulacji lub korzystania z siły rynkowej w stosunku do produktów i usług oferowanych przez konkurentów³¹. W modelu efektywności statycznej pojawienie się monopolisty oznacza zawsze zmniejszenie dobrobytu konsumentów. Tymczasem w modelu efektywności dynamicznej – niekoniecznie, ponieważ monopolista może być bardziej skłonny do ponoszenia kosztów i ryzyk związanych z innowacyjnością. Ekono-

²⁷ Tak np. J. Hausman, G. Leonard, *The Competitive Effects of a New Products Introduction: A Case Study*, Journal of Industrial Economics 2002, No. 50(3), p. 237–263.

²⁸ Dobrobyt społeczny (*social welfare*) rozumiany jest jako suma nadwyżek konsumentów i producentów. Sądy wspólnotowe i Komisja Europejska z reguły odwołują się do węższego pojęcia dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*) przy ocenie zagadnień z zakresu prawa konkurencji.

²⁹ R. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit., p. 418.

³⁰ W ekonomii efektywność alokacyjna oznacza stan występujący na rynkach, na których panuje idealna konkurencja, w którym zasoby alokowane są do produkcji dóbr i usług w sposób najbardziej pożądanym przez społeczeństwo. Efektywność alokacyjna maksymalizuje dobrobyt konsumentów i to właśnie jej promowaniem zajmuje się głównie prawo ochrony konkurencji. Efektywność produkcyjna oznacza wytwarzanie dóbr po najmniejszym możliwym koszcie. Obydwa rodzaje efektywności zakładają stan statycznej równowagi, w którym technologia i koszty produkcji są niezmiennie. Taki model nie uwzględnia jednak wzrostu dobrobytu konsumentów jaki jest osiągany dzięki rozwojowi technologii oraz innowacji produktów i procesów, charakteryzujących efektywność dynamiczną.

³¹ Zob. M. Piaskoski, R. Corley, C. Goldman, *Proceed with Caution: The Application of Antitrust to Innovation-Intensive Markets*, The Journal of Information, Law and Technology 2004, No. 1.

mista Joseph Schumpeter argumentował³², że konkurowanie w zakresie innowacyjności jest ważniejsze niż konkurowanie ceną, ponieważ jest bardziej skutecznym środkiem do osiągnięcia przewagi konkurencyjnej. W warunkach konkurowania innowacyjnością siła rynkowa jest pojęciem krótkoterminowym, ponieważ produkt monopolisty dzięki postępowi technicznemu może zostać wyparty z rynku przez nowy bardziej innowacyjny produkt.

Pojęcie efektywności dynamicznej znalazło szerokie zastosowanie w analizie zwłaszcza rynków nowych technologii. Rynki te charakteryzują się silnymi trendami w kierunku postępującej standaryzacji produktów oraz oferowania coraz to nowszych produktów komplementarnych i kompatybilnych z produktem wyznaczającym standard technologiczny, co z reguły zwiększa dobrobyt konsumentów. Jednakże niekiedy standaryzacja ma ujemny wpływ na konkurencję, dobrobyt konsumentów oraz na innowacyjność, zwłaszcza jeżeli dany standard technologiczny zaczyna dominować na rynku, a firma wytwarzająca produkt oparty o ten standard uzyskuje pozycję faktycznego monopolisty wzmacnianą prawami własności intelektualnej chroniącymi ten standard. Dodatkowo to negatywne zjawisko wzmacniane jest przez tzw. bezpośredni i pośredni efekt sieciowy (*direct and indirect network effect*). Bezpośredni efekt sieciowy polega na tym, że atrakcyjność danego produktu dla konsumenta rośnie wraz ze wzrostem liczby konsumentów używających tego samego produktu. W związku z tym w momencie stworzenia popytu na dany produkt będzie się on dalej samoczynnie zwiększał, przyciągając coraz więcej konsumentów do sieci. Pośredni efekt sieciowy polega zaś na tym, że w miarę jak wzrasta liczba konsumentów używających danego produktu (podstawowego), na rynku zaczyna pojawiać się cała gama produktów komplementarnych i kompatybilnych z produktem podstawowym, przez co jeszcze bardziej wzrasta jego atrakcyjność dla konsumentów. W odróżnieniu od sytuacji w tradycyjnej gospodarce, gdzie pojawienie się zyskującego popularność produktu nie eliminuje innych produktów z rynku i nie zapobiega wejściu na rynek produktów konkurencyjnych, na rynkach nowych technologii konsumenci często są niejako zamykani w obrębie technologii początkowo przez siebie wybranej. Dzieje się tak nawet wtedy, gdy na rynku pojawia się nowa lepsza technologia, ponieważ koszty związane z zakupem i nauczeniem się nowej technologii, a także z zakupem zestawu komplementarnych produktów opartych na nowej technologii (*switching costs*), są zbyt duże³³. Te zjawiska prowadzą do dalszego wzmocnienia pozycji rynkowej standardu i marginalizacji innych, nawet doskonalszych rozwiązań. Ewentualne negatywne skutki będą jeszcze bardziej odczuwalne na rynkach sąsiednich, tzn. na rynkach produktów kompatybilnych z produktem opartym na dominującym standardzie, jeżeli właściciel standardu odmówi dostępu do informacji zapewniających kompatybilność z jego produktem. Połączenie wyłączności, jaką dają prawa własności intelektualnej, z postępującym trendem w kierunku standaryzacji spowodowanym efektami sieciowymi może nie tylko ograniczać konkurencję, ale również zmniejszać innowacyjność³⁴. Jednakże czasem nawet firma, która narzuciła rynkowi standard i dzięki temu uzyskała na nim pozycję dominującą, może w wyniku tzw. drastycznej innowacji zostać zepchnięta z dotychczasowej pozycji. Drastyczna innowacja oznacza wprowadzenie na rynek produktu lub procesu tak dalece doskonalszego od dotychczas sprzedawanych produktów czy stosowanych procesów, że dotychczasowy lider technologiczny traci swoją pozycję dominującą na

³² J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1962.

³³ G. Ghidini, *Intellectual Property and Competition Law. The Innovation Nexus*, Northampton 2007, p. 104–105.

³⁴ Tak np. R. Pitofsky, *Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, *Antritrust Law Journal* 2001, p. 913.

rynku, a czasem nawet zostaje z niego całkowicie wyparty. Rynki nowych technologii charakteryzują się bowiem raczej konkurowaniem o rynek (*competition for the market*), np. innowacyjnością, niż konkurowaniem na rynku (*competition in the market*), np. przykład ceną. Dlatego niektórzy autorzy są zdania, że organy ochrony konkurencji nie powinny na rynkach nowych technologii mierzyć siły rynkowej udziałem w rynku, ale barierami wejścia na dany rynek³⁵.

W tym miejscu warto poświęcić kilka słów analizie ekonomicznych skutków zachowania polegającego na odmowie przez przedsiębiorstwo dominujące udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej innym przedsiębiorcom działającym na rynkach sąsiednich, a także analizie ekonomicznych skutków nałożenia na takie przedsiębiorstwo obowiązku udzielenia licencji. O ile ekonomiczne skutki odmowy udzielenia licencji są w miarę łatwe do określenia, o tyle przewidzenie w danej sytuacji ekonomicznych skutków nałożenia obowiązku udzielenia licencji na przedsiębiorstwo dominujące jest niesłychanie trudne.

Pozytywne skutki ekonomiczne wynikające z ochrony praw własności intelektualnej zostały już opisane powyżej. Czasami jednak odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może mieć negatywny skutek dla mechanizmu konkurencji – dzieje się tak zwłaszcza wtedy, gdy produkt czy technologia chronione prawami własności intelektualnej, występujące na rynku podstawowym (*primary or upstream market*), są wkładem niezbędnym do wytworzenia innego, odrębnego produktu występującego na rynku sąsiednim (*secondary or downstream market*). Jeżeli właściciel tego wkładu po okresie dostarczania go swojemu kontrahentowi zaprzestanie dalszych dostaw, wówczas takie działanie może, choć nie musi, przynieść negatywny skutek dla samej konkurencji – negatywny efekt będzie większy, jeśli na rynku sąsiednim działa niewielka liczba uczestników i jeżeli właściciel owego wkładu sam prowadzi działalność na rynku sąsiednim. Jest to przypadek zakończenia istniejącej relacji pomiędzy dostawcą (licencjodawcą) a kupującym (licencjobjorną). Również w przypadku odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej po raz pierwszy, negatywny skutek dla konkurencji może polegać na tym, że takie działanie uniemożliwi powstanie nowego produktu lub rozwój nowego rynku ze szkodą dla konsumentów. Taka sytuacja będzie miała miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca żądający licencji nie zamierza imitować produktu oferowanego przez licencjodawcę, ale chce dzięki licencji stworzyć inny produkt, na który jest popyt wśród konsumentów, zwłaszcza w sytuacji, kiedy licencjodawca sam nie ma zamiaru działać na takim nowym rynku³⁶.

W tym kontekście obowiązek kontraktowania, w tym udzielenia licencji, może stanowić remedium na negatywne skutki w postaci ograniczenia konkurencji na rynku sąsiednim. Jednakże większość prawników i ekonomistów podkreśla, że obowiązek taki powinien być nakładany jedynie w wyjątkowych okolicznościach, gdyż ingeruje w samą istotę praw własności³⁷. Obowiązek kontraktowania (udzielenia licencji), który może zostać nałożony na podstawie art. 82 TWE nie oznacza jednak, że przedsiębiorstwa zajmujące dominującą pozycję na rynku mają obowiązek pomagania swoim konkurentom. Art. 82 TWE może stanowić podstawę nałożenia obowiązku kontraktowania jedynie wtedy, gdy odmowa dostawy (udzielenia licencji) spowodowałaby poważne zakłócenie konkurencji na rynku sąsiednim produktu, dla którego wytworzenia niezbędny jest

³⁵ Zob. M. Piaszkoski, R. Corley, C. Goldman, *Proceed with Caution...*, op. cit.

³⁶ Por. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, pkt 9.

³⁷ Tak np. O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit., p. 408.

wkład, którego dostarczenia odmawia przedsiębiorca dominujący. Rzecznik Generalny Jacobs celnie zauważył w swojej opinii w sprawie *Oscar Bronner*³⁸, że podstawowym celem art. 82 TWE jest zapobieganie zakłóceniom konkurencji, w szczególności by chronić interesy konsumentów, raczej niż ochrona pozycji poszczególnych konkurentów przedsiębiorcy dominującego³⁹. Ingerencja w prawa własności przedsiębiorcy dominującego, a w szczególności w jego prawa własności intelektualnej może zniechęcić go do inwestowania w przyszłe innowacyjne rozwiązania ze szkodą dla konsumentów. Dlatego też obowiązek udzielenia licencji może ewentualnie zostać nałożony nie tylko wtedy, gdy odmowa kontraktowania (udzielenia licencji) spowodowałaby poważne zakłócenie konkurencji, ale również pod warunkiem, że korzyści dla konkurencji i konsumentów wynikające z nałożenia takiego obowiązku przewyższyłyby szkody, jakie poniesie przedsiębiorca dominujący.

Za nałożeniem obowiązku kontraktowania (udzielenia licencji) może przemawiać perspektywa otwarcia na konkurencję rynków sąsiednich w przypadku, gdy dla przedsiębiorców działających na tym rynku dostęp do produktu, urządzenia kluczowego czy prawa własności intelektualnej występujących na rynku podstawowym, jest absolutnie niezbędny. Niekiedy wspomina się, że prawo konkurencji może być skutecznym narzędziem zapobiegającym anomaliiom, do których dochodzi wtedy, gdy zakres lub czas trwania prawa własności intelektualnej są nadmierne⁴⁰, aczkolwiek wydaje się, że taka teza jest zdecydowanie kontrowersyjna. Niektórzy wyrażają pogląd, że o możliwości nałożenia obowiązku licencjonowania powinna decydować charakterystyka samego rynku – na rynkach charakteryzujących się standaryzacją i efektami sieciowymi (np. takich jak rynki nowych technologii), gdzie często niemożliwe jest już „konkurowanie przez zastępowanie” (*competition by substitution*), a jedynie „konkurowanie przez imitowanie” (*competition by imitation*), ingerencja antymonopolowa w prawa własności intelektualnej miałaby być bardziej uzasadniona⁴¹.

Z kolei przeciwko nakładaniu na firmy dominujące obowiązku kontraktowania (udzielenia licencji) przemawia kilka argumentów⁴². Po pierwsze taka ingerencja ogranicza wspomnianą już wcześniej zasadę swobody umów oraz zasadę poszanowania własności chronione ustawodawstwem wielu państw członkowskich. Po drugie, może ona potencjalnie naruszać zobowiązania międzynarodowe UE⁴³. Po trzecie, nałożenie obowiązku udzielenia licencji może w długim terminie zmniejszyć dobrobyt konsumentów poprzez osłabienie zachęt dla przedsiębiorcy dominującego do inwestowania

³⁸ Wyrok ETS w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG*, Zb. Orz. 1998, s. I-7791.

³⁹ Zob. pkt 58 opinii Rzecznika Generalnego Jacobsa przedstawionej 28.05.1998 r. w sprawie C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG*, Zb. Orz. 1998, s. I-7791.

⁴⁰ Tak np. W. Cornish, D. Llewellyn, *Intellectual Property...*, op. cit., p. 755.

⁴¹ Tak np. J. Drexler, *Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A 'More Economic Approach' to Competition by Imitation and to Competition by Substitution*, w: *European Competition Law Annual 2005...*, red. C. Ehlermann, I. Atanasiu, p. 647–664.

⁴² Zob. szerzej O'Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC, EC*, op. cit., p. 411–414.

⁴³ Artykuł 13 Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (TRIPS) stanowi, iż wszelkie ograniczenia i wyjątki w wykonywaniu praw własności intelektualnej muszą być ograniczone do szczególnych przypadków, nie mogą pozostawać w konflikcie z normalnym korzystaniem z dzieła, oraz nie mogą nadmiernie naruszać uzasadnionych interesów właścicieli tych praw.

w innowacyjne rozwiązania, jeżeli będzie on musiał dzielić się owocami swojej innowacyjności z konkurentami. Podobnie przymusowe udzielenie licencji może zniechęcić licencjobiorców do poszukiwania własnych rozwiązań i niejako zachęcić do przychodzenia „na gotowe”, przez co może obniżyć się poziom innowacyjności na całym rynku. Po czwarte, podnosi się, że już same prawa własności intelektualnej zawierają wbudowane ograniczenia co do zakresu i czasu ochrony tak, by zrównoważyć cel polegający na utrzymywaniu wolnej i niezakłóconej konkurencji z celem polegającym na stwarzaniu zachęt do inwestowania w badania i rozwój. Po piąte wreszcie wskazuje się, że organy ochrony konkurencji i sądy są nieprzygotowane nie tylko do tego, by dokonywać oceny ewentualnych skutków przymusowego udzielenia licencji, ale również by ustalać cenę za taką licencję na poziomie na tyle niskim, by zapewnić konkurentom możliwość prowadzenia działalności z zyskiem, ale na tyle wysokim, by nie zniechęcić licencjodawcy do czynienia dalszych nakładów na badania i rozwój, rezultatami których być może znów będzie musiał się podzielić z konkurentami. Najogólniej rzecz ujmując, przeciwnicy nakładania na przedsiębiorców dominujących obowiązku udzielenia licencji podnoszą, że ryzyko błędu związane z oceną skutków takiego działania i potencjalne szkody dla innowacyjności są zbyt duże, a instrumenty, jakie organy ochrony konkurencji posiadają by dokonać takiej oceny – niewystarczające⁴⁴.

3. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecznictwie sądów amerykańskich

Jedną z podstawowych zasad wypracowanych w orzecznictwie sądów amerykańskich i dotyczących praw własności intelektualnej jest to, że właściciel tych praw nie ma obowiązku sam z nich korzystać ani udzielać komukolwiek licencji bez względu na powody takiego zachowania⁴⁵. Zasada ta została sformułowana przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Continental Paper Bag p. Eastern Paper Bag*⁴⁶, w której Sąd stwierdził, że nawet jeśli uprawniony z patentu sam nie korzysta ze swojego wynalazku i pozywa konkurenta o naruszenie praw z patentu choćby tylko w celu wyeliminowania konkurencji z jego strony, to takie działanie mieści się w granicach prawa. Pochodną tej zasady jest prawo odmowy udzielenia licencji zgodnie z regułą, że firma która używała zgodnie z prawem np. patent, nie może ponosić odpowiedzialności na podstawie sekcji 2 Ustawy Shermana za utrzymywanie swej legalnie zdobytej monopolistycznej pozycji poprzez odmowę udzielenia innym firmom licencji na swoje prawa⁴⁷. Nie jest jednak prawdziwe twierdzenie, że wykonywanie praw własności intelektualnej uzyskanych zgodnie z prawem nigdy nie może spowodować powstania odpowiedzialności na gruncie prawa ochrony konkurencji. Sąd Apelacyjny w sprawie *Stany Zjednoczone p. Microsoft* obrazowo skonkludował, że takie twierdzenie byłoby równie niepoprawne

⁴⁴ Zob. polemikę ze zwolennikami tezy, że nakładanie na przedsiębiorców dominujących obowiązku udzielenia licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej osłabia innowacyjność w: C. Ritter, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”*..., op. cit., p. 294–298.

⁴⁵ Szerzej na ten temat zob. H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley, *IP and Antitrust. An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, New York 2007, vol. 1, § 13.

⁴⁶ *Continental Paper Bag v. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908).

⁴⁷ *Miller Institutform v. Institutform of North America*, 830 F.2d 609 (6th Cir. 1986).

jak twierdzenie, że użycie kija do gry w baseball przez jego właściciela nigdy nie może spowodować powstania odpowiedzialności za czyny niedozwolone⁴⁸.

Niezależnie od istnienia w prawie amerykańskim ogólnej zasady stanowiącej, iż właściciel praw własności intelektualnej nie ma obowiązku sam korzystać z tych praw ani udzielać na nie licencji osobom trzecim, sądy amerykańskie orzekały w sprawach dotyczących ewentualnych wyjątków od tej generalnej zasady. Ogólnie rzecz biorąc z nielicznych orzeczeń, które dotyczyły tej kwestii wynika, że wyjątki te są bardzo nieliczne i zasadniczo dotyczą sytuacji, w których wykonywanie praw własności intelektualnej wykraczało poza ich zakres przedmiotowy⁴⁹.

Pierwsza grupa orzeczeń dotyczyła sytuacji, w których strona powodowa argumentowała, że prawa własności intelektualnej w danej sprawie stanowiły urządzenie kluczowe (*essential facility*) i żądała w związku z tym dostępu do niego. W tym miejscu należy zaznaczyć, że w orzeczeniu w sprawie *MCI p. AT&T*⁵⁰, które nie dotyczyło praw własności intelektualnej, sąd sformułował test, którego spełnienie było konieczne dla uznania zasadności żądania dostępu do urządzenia kluczowego. Na ów test składały się cztery warunki, które muszą być spełnione łącznie: po pierwsze, urządzenie kluczowe znajduje się od kontrolą monopolisty; po drugie, konkurent żądający dostępu nie jest zdolny praktycznie rzecz biorąc do zduplikowania urządzenia kluczowego; po trzecie, monopolista odmawia konkurentowi dostępu do urządzenia kluczowego; po czwarte, udostępnienie urządzenia kluczowego jest możliwe w normalnym toku prowadzonej działalności gospodarczej⁵¹. Do grupy orzeczeń wydanych w sprawach opartych na żądaniu dostępu do urządzenia kluczowego, w których podnoszono, że prawa własności intelektualnej stanowią takie urządzenie, należą orzeczenia w sprawach *Intergraph Corp. p. Intel Corp.*⁵² oraz *Aldridge Corp. p. Microsoft Corp.*⁵³.

W pierwszej sprawie *Intergraph* utrzymywał, że mikroprocesory firmy Intel chronione patentem oraz know-how są mu niezbędne do prowadzenia działalności polegającej na wytwarzaniu komputerów stacjonarnych i w związku z tym zażądał licencji na korzystanie z patentów oraz know-how. Powództwo *Intergraph* zostało oddalone, a sąd uznał, że test MCI nie został spełniony ponieważ *Intergraph* i Intel nie konkurowały ze sobą na rynku komputerów stacjonarnych. W drugiej sprawie, firma *Aldridge* argumentowała, że system operacyjny Windows 95 firmy Microsoft jest urządzeniem kluczowym i że dostęp do niego jest niezbędny, aby *Aldridge* mógł w dalszym ciągu prowadzić swoją działalność polegającą na sprzedaży programu buforowania dysku. Oprogramowanie produkcji *Aldrige*, które było instalowane na wcześniejszych wersjach platformy Windows, nie mogło być instalowane na platformie Windows 95, albowiem Microsoft sam postanowił wejść na rynek programów buforowania dysku i dodał funkcję buforowania dysku do systemu operacyjnego Windows 95. Firma *Aldrige* podnosiła, że dostęp do Windows 95 jest jej niezbędny z uwagi na to, że przytłaczająca większość użytkowników korzysta z systemu operacyjnego Windows. Sąd oddalił powództwo *Aldrige* argumentując, że doktryna urządzeń kluczowych, zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem była stosowana w sytuacji występowania monopolu naturalnego bądź monopolu utrzymywanego przez

⁴⁸ *In re Indep. Serv. Orgs Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322, 1325 (Fed. Cir. 2000).

⁴⁹ H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley, *Unilateral Refusals to License in the US*, w: *Antitrust, Patents and Copyrights...*, red. F. Lévêque, H. Shelanski, p. 17.

⁵⁰ *MCI Comm. Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

⁵¹ Więcej nt. testu MCI zob. G. McCurdy, *Intellectual Property and Competition...*, op. cit., p. 473–475.

⁵² *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed Cir. 1999).

⁵³ *Aldridge Corp. v. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998).

państwo, a systemu operacyjnego firmy Microsoft nie można za taki uznać. Po drugie, sąd zakwestionował to, że dostęp do platformy Windows był powodowi niezbędny. Sąd stwierdził, że powód domagał się kontynuowania uprzywilejowanego dostępu, który miał w przeszłości, a nie dostępu na poziomie, który mógł być dany każdemu. Sąd podkreślił, że dostęp do urządzenia kluczowego jest niezbędny z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji, jeśli jest niezbędny zarówno dla zachowania przez powoda jego indywidualnej zdolności konkurencji, jak i konkurencji na rynku w ogóle. Ponieważ, Microsoft udoskonalił swój system operacyjny tak, że zniknęły problemy, które wcześniej rozwiązywało oprogramowanie Aldridge, Microsoft przestał instalować program Aldridge na swojej platformie. Sąd ostrzegł przed próbą karania Microsoft za udoskonalenie swojego produktu i stwierdził, że nawet monopolisci mają do tego prawo i nie mogą być zmuszani do utrzymywania archaicznych rozwiązań w swoich produktach. Takie działania, podkreślił sąd, hamowałyby a nie promowały konkurencję na rynku. Sąd jednocześnie uznał, że Microsoft mógł zgodnie z prawem odmówić ujawnienia szczegółów dotyczących udoskonalenia swojej technologii.

Sądy amerykańskie do tej pory nie wypowiedziały się otwarcie w kwestii tego, czy prawa własności intelektualnej same w sobie mogą stanowić urządzenie kluczowe, do którego dostęp należy zapewnić poprzez udzielenie licencji na rozsądnych i niedyskryminacyjnych warunkach⁵⁴. W literaturze amerykańskiej zdecydowanie przeważają głosy krytyczne wobec takiej możliwości⁵⁵. Niedawno również Sąd Najwyższy USA w sprawie *Trinko*⁵⁶, która co prawda nie dotyczyła praw własności intelektualnej, ale infrastruktury telekomunikacyjnej, wyraźnie zdystansował się od doktryny *essential facilities*. Ponadto wyraził pogląd, że nakładanie obowiązku udostępnienia urządzenia kluczowego może pozostawać w konflikcie z celami prawa ochrony konkurencji, albowiem znosi zachęty do inwestowania w takie urządzenia. Wreszcie Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych podkreślił, że nakładanie takiego obowiązku oznaczałoby zajęcie się przez organy antymonopolowe „centralnym planowaniem”, jako że musiałyby one zaangażować się w dyskusje na temat ceny za dostęp, do czego nie mają właściwego przygotowania ani instrumentów. Już w tym miejscu warto zasygnalizować, że poglądy Sądu Najwyższego USA wyrażone w orzeczeniu w sprawie *Trinko* stoją w wyraźnej opozycji do poglądów ETS, które zostaną zaprezentowane w dalszej części niniejszego opracowania⁵⁷.

Druga grupa orzeczeń dotyczyła sytuacji, w których strona powodowa argumentowała, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, ponieważ zmierza do monopolizacji rynku i w związku z tym narusza sekcję 2 Ustawy Shermana. Ponieważ sądy amerykańskie niechętnie podchodziły do możliwości ingerowania przez prawo antytrustowe w prawa własności intelektualnej, strona powodowa starała się z reguły wykazać, że w konkretnym przypadku wykonywanie prawa własności intelektualnej służyło monopolizacji rynku, co wykracza poza zakres przedmiotowy tego prawa⁵⁸. W grupie spraw opartych na takim właśnie zarzucie

⁵⁴ ETS uznał, że prawa autorskie mogą stanowić urządzenie kluczowe w sprawie *IMS Health* omówionej poniżej.

⁵⁵ Zob. np. H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley, *Unilateral Refusals to License in the US*, w: *Antitrust, Patents and Copyrights...*, red. F. Lévêque, H. Shelanski, p. 20–26; P. Areeda, *Essential Facilities...*, op. cit., p. 841.

⁵⁶ *Verizon Communication Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

⁵⁷ Szerzej nt. orzeczenia w sprawie *Trinko* i porównania poglądów w nim wyrażonych ze stanowiskiem sądów wspólnotowych zob. D. Geradin, *Limiting The Scope of Article 82 EC...*, op. cit., p. 1519–1553.

⁵⁸ H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley, *Unilateral Refusals to License in the US (w:) Antitrust, Patents and Copyrights...*, red. F. Lévêque, H. Shelanski, p. 26–27.

zapadły trzy różne orzeczenia, które z resztą były przedmiotem debaty wielu czołowych znawców przedmiotu w trakcie przesłuchań prowadzonych przez Departament Sprawiedliwości oraz Federalną Komisję ds. Handlu na temat wzajemnych relacji prawa antytrustowego i praw własności intelektualnej⁵⁹.

W sprawie *Xerox*⁶⁰ grupa niezależnych firm serwisujących koparki firmy Xerox pozwała tę firmę, zarzucając jej próbę monopolizacji rynku usług naprawy kopiarek i wyparcia z niego powodów, ponieważ Xerox odmawiała sprzedaży części zamiennych niezbędnych do naprawy kopiarek powodom oraz tym użytkownikom końcowym, którzy korzystali z usług powodów. Xerox prowadziła politykę, zgodnie z którą części zamienne były dostarczane jedynie tym użytkownikom końcowym, którzy albo serwisowali koparki samodzielnie, albo zlecali to zadanie firmie Xerox. Firma Xerox, powołując się na wcześniejsze precedensy, argumentowała, że części zamienne są chronione patentami i że miała ona prawo odmówić powodom licencji na te prawa. Sąd zgodził się z argumentacją Xerox i uznał, że prawo do odmowy udzielenia licencji na korzystanie z patentu może doznaczać ograniczenia w trzech przypadkach: jeżeli patent został udzielony w wyniku oszustwa; jeżeli pozew o naruszenie praw z patentu jest oczywiście bezzasadny; jeżeli odmowa udzielenia licencji na patent zmierza do monopolizacji takiego rynku, którego patent swoim zakresem nie obejmuje. W tej sprawie sąd stwierdził, że prawa z patentu chroniące części zamienne do kopiarek upoważniały Xerox do kontrolowania rynku naprawy kopiarek. W ten sposób sąd ustanowił regułę legalności *per se* w odniesieniu do przypadków odmowy udzielenia licencji na korzystanie z patentu i odmówił badania motywów, które skłoniły Xerox do odmowy udzielenia licencji na te prawa.

W sprawie *Data General*⁶¹ chodziło o działanie zbliżone do stanu faktycznego w sprawie *Xerox*. Firma Data General produkowała program diagnostyczny używany przy naprawie sprzętu komputerowego. Data General zaprzestała dostaw tego oprogramowania niezależnym firmom serwisowym mimo wcześniejszej odmiennej polityki w tym zakresie i w momencie gdy niezależne firmy serwisujące mimo to nie zaprzestały korzystania z programu diagnostycznego Data General, ta ostatnia pozwała je o naruszenie praw autorskich do tego programu. Jeden z pozwanych, firma Grumman, w odpowiedzi zarzuciła Data General usiłowanie monopolizacji rynku naprawy sprzętu komputerowego poprzez zaprzestanie udzielania licencji na korzystanie ze wspomnianego oprogramowania. Sąd orzekający w sprawie *Data General* nie ustanowił nieobalalnego domniemania legalności dla przypadków odmowy udzielenia licencji na korzystanie z praw autorskich, jak to uczynił później w odniesieniu do praw z patentu sąd orzekający w sprawie *Xerox*. W tej sprawie sąd ustanowił obalalne domniemanie legalności takiego działania. Sąd uznał mianowicie, że odmowa autora udzielenia licencji na korzystanie z jego utworu jest uzasadniona istotą tego prawa polegającą na wyłączności i jest działaniem zgodnym z prawem pomimo tego, że może ona w krótkim terminie spowodować szkodę dla konsumentów, chyba że taka odmowa może prowadzić do monopolizacji rynku. W tej konkretnej sprawie sąd stwierdził, że brak jest podstaw do obalenia domniemania legalności działania Data General, albowiem wcześniejsze dostawy oprogramowania nie doprowadziły do stworzenia konkurencyjnego rynku, prawa autorskie były ważne, a sam program – innowacyjny, a ponadto sąd nie uznał

⁵⁹ Zob. U.S. Dep't of Justice & Fed. Trade Comm'n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, <http://usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, p. 16–20.

⁶⁰ *CSU v. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

⁶¹ *Data General v. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).

za zasadne wnikanie w motywy, którymi kierowała się firma Data General, zaprzestając dostaw swojego oprogramowania dla Grumman Systems Support.

O ile w sprawach *Xerox* i *Data General* sądy doszły do zbliżonych konkluzji polegających na tym, że – co do zasady – odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej jest zgodna z prawem, a różnice sprowadzały się w istocie do tego, czy takie domniemanie może być obalone czy też nie, o tyle sąd orzekający w sprawie *Image Technical*⁶² zastosował odmienne podejście. Stan faktyczny w sprawie *Image Technical* był niemal identyczny ze stanem faktycznym w sprawie *Xerox* i dotyczył tego samego rynku części zamiennych do serwisowania kopiarek. Kodak, po okresie dostaw tych części niezależnym serwisantom, zmienił politykę i zaprzestał tych dostaw. Między stronami toczył się wieloletni spór, ale co charakterystyczne, dopiero po kilku latach Kodak podniósł zarzut, że odmowa sprzedaży części zamiennych była uzasadniona tym, że są one chronione patentem, a oprogramowanie serwisowe jest chronione prawami autorskimi i że w związku z tym Kodak mógł zgodnie z prawem odmówić udzielenia licencji. Sąd orzekający w tej sprawie zastosował zasadę domniemania legalności odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej ustanowioną w orzeczeniu w sprawie *Data General*, ale doszedł do wniosku, że w tej konkretnej sprawie domniemanie to zostało obalone z dwóch powodów. Po pierwsze, spośród tysięcy części, których sprzedaż odmówił Kodak tylko 65 było chronionych patentem. Po drugie, sąd doszedł do wniosku, że ponieważ powołanie się na ochronę płynącą z praw własności intelektualnej nastąpiło bardzo późno w sporze pomiędzy stronami, to było ono jedynie pretekstem do tego, żeby zamaskować rzeczywisty zamiar firmy Kodak zmonopolizowania rynku serwisowania kopiarek. Tak więc sąd w sprawie *Image Technical*, odmiennie niż to uczynił sąd w sprawie *Data General*, wziął pod uwagę motywy kierujące zachowaniem rynkowym firmy Kodak i przypisał jej dążenie do monopolizacji rynku.

Podsumowując wydaje się, że orzecznictwo amerykańskie stoi co do zasady na stanowisku, że powołanie się na prawa własności intelektualnej stanowi wystarczające uzasadnienie dla zgodnej z prawem odmowy udzielenia licencji na te prawa, chyba że prawa własności intelektualnej są powołane tylko jako pretekst i uzasadnienie *post factum*. Ponadto prawa własności intelektualnej mogą stanowić ważne uzasadnienie odmowy tylko wtedy, jeśli działanie osoby trzeciej rzeczywiście naruszałoby te prawa⁶³.

4. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w orzecznictwie sądów wspólnotowych przed sprawą *Microsoft*

Sądy wspólnotowe, podobnie jak sądy amerykańskie, również zajmowały się skargami na nadużywanie pozycji dominującej poprzez odmowę kontraktowania, w tym odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Sądy wspólnotowe o wiele częściej

⁶² *Image Technical Services v. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

⁶³ W sprawie *United States v. Microsoft* (87 F. Supl. 2d 30 DDC 2000) sąd nie uznał za zasadne twierdzenia Microsoft, że modyfikacje przez producentów sprzętu komputerowego instalowanej na nim strony startowej Windows poprzez usunięcie z niej ikony przeglądarki internetowej Internet Explorer narusza jego prawa autorskie i że takie uzasadnienie jest wystarczające dla odmowy udzielenia licencji producentom, którzy chcieli takich modyfikacji dokonać. Sąd stwierdził bowiem, że Microsoft w sposób nieuprawniony rozszerzył zakres ochrony przyznanej prawami autorskimi.

miały okazję zajmować się przypadkami odmowy dostawy produktów⁶⁴ lub dostępu do infrastruktury stanowiącej urządzenia kluczowe⁶⁵, niż przypadkami dotyczącymi odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Do czasu wydania orzeczenia w sprawie *Microsoft* sądy wspólnotowe zaledwie kilka razy wypowiedziały się co do tego, czy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez przedsiębiorcę mającego pozycję dominującą na rynku może naruszać art. 82 TWE.

W sprawie *Volvo p. Veng*⁶⁶ firma Volvo odmówiła firmie Veng udzielenia licencji na prawa do zarejestrowanego wzoru przemysłowego nadwozia samochodów Volvo serii 200. Veng w związku z tym, zaczęła importować do Wielkiej Brytanii identyczne nadwozia wyprodukowane bez zgody Volvo i sprzedawać je na tamtejszym rynku. ETS w orzeczeniu prejurydycjalnym uznał, że uprawniony z rejestracji wzoru przemysłowego może zgodnie z prawem zabronić osobom trzecim produkcji, sprzedaży lub importu bez jego zgody produktów zawierających chroniony wzór i że to uprawnienie stanowi istotę prawa z zarejestrowanego wzoru przemysłowego. Trybunał podkreślił, że nałożenie na uprawnionego z rejestracji wzoru przemysłowego obowiązku udzielenia licencji na korzystanie ze wzoru, nawet za wynagrodzeniem, prowadziłoby w istocie rzeczy do pozbawienia go wyłączności, która jest istotą tego prawa. Zatem Trybunał doszedł do wniosku, że odmowa udzielenia licencji na korzystanie ze wzoru przemysłowego nie może sama w sobie stanowić nadużycia pozycji dominującej. Trybunał dodał jednak, że wykonywanie prawa własności intelektualnej może stanowić nadużycie pozycji dominującej, jeśli odmowa zawiera w sobie dodatkowy element abuzywny. Trybunał podał następujące przykłady takich abuzywnych zachowań: arbitralna odmowa dostawy części zamiennych niezależnym stacjom naprawy samochodów; ustalanie cen części zamiennych na nieuczciwym poziomie; zaprzestanie dostaw części zamiennych konkretnego modelu samochodu w sytuacji, w której w użyciu wciąż jeszcze znajduje się wiele takich samochodów. Zatem w sprawie *Volvo p. Veng* ETS uznał, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może stanowić nadużycie pozycji dominującej tylko wtedy, jeżeli jest ona połączona z pewnym dodatkowym abuzywnym zachowaniem, którego jednak nie zdefiniował, a ograniczył się do podania niewyczerpującej listy przykładów takich zachowań.

W sprawie *Magill*⁶⁷ firma Magill chciała wydawać zbiorczy przewodnik po programach telewizyjnych trzech stacji telewizyjnych działających w Irlandii: ITP, BBC i RTE. Żadna z tych stacji nie wydawała podobnego zbiorczego przewodnika. Nadawcy ci nie zgodzili się na to argumentując, że przysługują im prawa autorskie do wykazu programów swojej stacji na dany dzień, który przekazywali redakcjom gazet i czasopism na 24 godziny przed emisją programów tego dnia (na 48 godzin w weekendy). Firma Magill wniosła skargę do Komisji zarzucając nadawcom nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na reprodukcję chronionych prawami autorskimi

⁶⁴ Przypadki odmowy dostaw były przedmiotem rozstrzygnięć np. w sprawach 6/73 *Commercial Solvents p. Komisji*, Zb. Orz. 1974, s. 357, oraz 311/84 *CBEM p. CLT i IPP (Télémarketing)*, Zb. Orz. 1985, s. 3261.

⁶⁵ Przypadki odmowy dostępu do infrastruktury stanowiącej urządzenia kluczowe były przedmiotem rozstrzygnięć np. w sprawach *Port of Rødby* (decyzja Komisji z 21.12.1993 r., Dz.Urz. WE 1994 L 55/52) oraz C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG p. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG*, Zb. Orz. 1998, s. I-7791.

⁶⁶ Wyrok ETS w sprawie 238/87 *Volvo p. Veng*, Zb. Orz. 1988, s. 6211; zob. również wyrok ETS w sprawie 53/87 *CICRA p. Renault*, Zb. Orz. 1988, s. 6039.

⁶⁷ Wyrok ETS w sprawie C-241&242/91/P *RTE i ITP p. Komisji*, Zb. Orz. 1995, s. I-743.

zestawień pozycji programowych nadawanych przez wyżej wymienione stacje telewizyjne w tygodniowym zbiorczym przewodniku po programach telewizyjnych różnych stacji. ETS zgodził się z definicją rynku właściwego zaproponowaną w decyzji Komisji. Komisja wyróżniła trzy właściwe rynki produktowe: rynek programów telewizyjnych (w znaczeniu audycji nadawanych w telewizji), rynek zestawień programów telewizyjnych danej stacji, oraz rynek tygodniowych zbiorczych przewodników po programach telewizyjnych wszystkich stacji. Ten ostatni rynek był rynkiem sąsiednim i zależnym od dwóch pierwszych. Taka wąska definicja, choć wydawała się sztuczna, okazała się wystarczająca, by przekonać ETS co do tego, że nadawcy zajmowali pozycję dominującą na rynku zestawienia programów telewizyjnych swojej stacji, posiadając *de facto* monopol na informacje zawarte w tych zestawieniach. Trybunał potwierdził konkluzje zawarte w wyroku w sprawie *Volvo p. Veng* stwierdzając, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej nie może sama w sobie stanowić nadużycia pozycji dominującej, ale podkreślił, że w wyjątkowych okolicznościach wykonywanie praw własności intelektualnej może stanowić zachowanie abuzywne. Trybunał potwierdził w sprawie *Magill* ustalenia poczynione przez SPI, że w tej właśnie sprawie wystąpiły wyjątkowe okoliczności wskazujące na to, że nadawcy wykonując swoje prawa autorskie, dzięki którym mieli oni pozycję dominującą na rynku zestawień programów telewizyjnych własnej stacji, dopuścili się nadużycia tej pozycji nie dopuszczając do wydania zbiorczego tygodniowego przewodnika po programach telewizyjnych wszystkich stacji przez firmę *Magill*. Na te wyjątkowe okoliczności, które wziął pod uwagę Sąd złożyły się trzy elementy. Po pierwsze, nadawcy odmawiając udzielenia licencji, uniemożliwili pojawienie się na rynku nowego produktu, tj. zbiorczego tygodniowego przewodnika po programach telewizyjnych wielu stacji. Nadawcy sami nie oferowali tego produktu na rynku, a istniał potencjalny popyt wśród konsumentów na ten produkt. Po drugie, nie istniało obiektywne uzasadnienie dla odmowy udzielenia licencji. Po trzecie, nadawcy zarezerwowali dla siebie rynek sąsiedni zbiorczych tygodniowych przewodników telewizyjnych eliminując z tego rynku wszelką konkurencję poprzez odmowę dostępu do informacji niezbędnych do skompilowania zbiorczych tygodniowych przewodników po programach telewizyjnych wszystkich stacji. Trybunał potwierdził, że takie działanie naruszyło art. 82 lit. b) TWE i utrzymał nałożony przez Komisję na nadawców obowiązek udostępniania z wyprzedzeniem swoich tygodniowych zestawień programów telewizyjnych w sposób niedyskryminujący i za rozsądnym wynagrodzeniem. Tak więc Trybunał orzekając w sprawie *Magill*, sformułował trzy elementy wskazujące na wystąpienie wyjątkowych okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może stanowić nadużycie pozycji dominującej: uniemożliwienie powstania nowego produktu, na który jest potencjalne zapotrzebowanie wśród konsumentów, a którego uprawniony z praw własności intelektualnej sam nie oferuje na rynku; brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy; zarezerwowanie dla siebie przez przedsiębiorcę dominującego rynku sąsiedniego poprzez eliminację wszelkiej konkurencji na tym rynku. Orzeczenie w sprawie *Magill* nie przesądzało w sposób wyraźny, czy wszystkie te elementy powinny wystąpić kumulatywnie i kwestia ta została wyjaśniona dopiero w kolejnych orzeczeniach Trybunału.

W sprawie *Tiercé Ladbroke*⁶⁸ SPI zajmował się odwołaniem firmy *Ladbroke*, belgijskiego organizatora zakładów wzajemnych, od decyzji Komisji wydanej na skutek skargi wniesionej przez *Ladbroke* przeciwko francuskiej organizacji *Pari Mutuel Urban*

⁶⁸ Wyrok SPI w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, Zb. Orz. 1997, s. II-923.

Français (PMUF), zrzeszającej kilka francuskich towarzystw wyścigów konnych, która miała wyłączne prawo organizowania zakładów wzajemnych we Francji. Ladbroke zarzucał francuskiemu organizatorowi zakładów wzajemnych nadużycie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na transmisję obrazu i dźwięku z francuskich wyścigów konnych w lokalach przyjmujących zakłady wzajemne prowadzonych w Belgii przez Ladbroke. SPI utrzymał decyzję Komisji oddalającą skargę Ladbroke z kilku powodów, z których decydującym okazał się ten, że możliwość transmisji dźwięku i obrazu francuskich wyścigów konnych nie była niezbędna bukmacherom do prowadzenia działalności polegającej na przyjmowaniu zakładów wzajemnych, skoro ewentualna transmisja ma miejsce i tak dopiero po przyjęciu zakładów. O tym, że prawo transmisji nie było niezbędne Ladbroke świadczyły zyski tej firmy czerpane właśnie z zakładów odnoszących się do francuskich wyścigów konnych i osiągane pomimo tego, że w lokalach przyjmujących te zakłady klienci nie mogli obejrzeć ani posłuchać transmisji tych wyścigów. W wyroku w sprawie *Tiercé Ladbroke* Sąd doprecyzował kryterium „nowego produktu” składające się na „wyjątkowe okoliczności” wypracowane przez ETS w sprawie *Magill* stwierdzając, że potencjalne zapotrzebowanie wśród konsumentów na nowy produkt powinno być stałe, regularne i odnoszące się konkretnie do tego produktu. Ponadto Sąd dodał alternatywne do „nowego produktu” kryterium „niezbędności”, którego spełnienie wskazuje, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może naruszać art. 82 TWE. Kryterium niezbędności jest spełnione, jeśli odmowa dotyczy produktu lub usługi, które są niezbędne do prowadzenia określonej działalności w tym sensie, że nie ma dla nich żadnego rzeczywistego ani potencjalnego substytutu.

Kwestia tego, czy kryteria wskazujące na wystąpienie wyjątkowych okoliczności, w których odmowa kontraktowania może stanowić nadużycie pozycji dominującej, powinny być spełnione łącznie została wyjaśniona dopiero w sprawie *Oscar Bronner*⁶⁹, która dotyczyła dostępu do urządzenia kluczowego. W sprawie tej Trybunał powołując się na wcześniejsze orzeczenia w sprawach *Magill* i *Tiercé Ladbroke*, ustalił trzy kryteria, które muszą być spełnione, aby odmowa dostępu do urządzenia kluczowego mogła zostać uznana za nadużycie pozycji dominującej oraz podkreślił, że kryteria te muszą być spełnione łącznie (wśród tych kryteriów nie znalazło się kryterium „nowego produktu”). Ponieważ jednak sprawa *Oscar Bronner* nie dotyczyła praw własności intelektualnej, nie będzie ona przedmiotem szerszego omówienia w niniejszym opracowaniu⁷⁰. Po wydaniu wyroku w sprawie *Oscar Bronner* zapanowała wśród praktyków niepewność, nie do końca jak się wydaje uzasadniona, co do tego, czy tzw. test Bronnera powinien mieć zastosowanie również do przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez przedsiębiorstwo dominujące, innymi słowy powstała wątpliwość co do tego, czy ów test zastępuje zestaw kryteriów ustalonych w sprawie *Magill*⁷¹.

⁶⁹ Wyrok w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner*, op. cit.

⁷⁰ Szerzej nt. wyroku w sprawie *Oscar Bronner* i jego znaczenia zob. M. Surdek, *Oscar Bronner GmbH & Co KG przeciwko Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG*, w: *Orzecznictwo Sądów Wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowskiej i T. Skoczego, Warszawa 2007, s. 665–674.

⁷¹ Takie stanowisko było krytykowane jako zbyt głęboka ingerencja w prawa własności intelektualnej, odbierająca innowacyjnym przedsiębiorstwom owoce ich kreatywności poprzez wymuszanie udzielenia licencji na swój produkt, oraz zniechęcająca przedsiębiorstwa do czynienia nakładów na badania i rozwój. Por. H. Schmidt, *Article 82's „Exceptional Circumstances” That Restrict Intellectual Property Rights*, op. cit., p. 210.

Odpowiedź na powyższe pytanie przyniósł dopiero wyrok w sprawie *IMS Health*⁷², w której stan faktyczny był następujący. Firma IMS Health opracowała chroniony prawem autorskim system raportowania danych o sprzedaży produktów firm farmaceutycznych na podstawie tzw. struktury cegiełkowej 1860. W systemie tym terytorium Niemiec zostało podzielone na 1860 obszarów, z których każdy obejmował co najmniej cztery apteki. Informacje o wielkości sprzedaży w poszczególnych obszarach firma IMS Health sprzedawała firmom farmaceutycznym, które wykorzystywały te informacje między innymi jako podstawę ustalenia wysokości wynagrodzenia swoich przedstawicieli handlowych sprzedających leki do aptek. Dwie konkurencyjne firmy – NDC Health i Azyl Deutschland – planowały wejść na rynek niemiecki z podobnymi usługami, ale przy wykorzystaniu systemu o innej strukturze (innym podziale terytorialnym). Ich system nie zyskał jednak uznania wśród firm farmaceutycznych, ponieważ do tego czasu struktura cegiełkowa 1860 firmy IMS Health zyskała pozycję rynkowego standardu, według którego raportowano dane o wielkości sprzedaży leków. W momencie, w którym konkurenci IMS Health zaczęli posługiwać się systemem raportowania stworzonym przez tę firmę, podniosła ona zarzut naruszenia praw autorskich i uzyskała zabezpieczenie tymczasowe w postaci zakazu posługiwania się tym systemem. Kiedy IMS Health odmówiła swoim konkurentom udzielenia licencji na korzystanie z chronionych prawami autorskimi systemu, konkurenci ci wnieśli skargę do Komisji zarzucając IMS Health nadużycie pozycji dominującej. Komisja opierając się na wcześniejszym orzecznictwie sądów wspólnotowych uznała, że w sprawie wystąpiły wyjątkowe okoliczności uzasadniające nałożenie obowiązku udzielenia licencji. SPI wstrzymał wykonanie decyzji Komisji, która w międzyczasie uchyliła swoją decyzję. Natomiast ETS wydał w tej sprawie orzeczenie prejudycjalne, w którym zajął się m.in. odpowiedzią na pytanie sądu krajowego, czy odmowa udzielenia licencji konkurentom IMS Health próbującym wejść na ten sam rynek może stanowić nadużycie pozycji dominującej.

ETS w orzeczeniu prejudycjalnym w sprawie *IMS Health* wyjaśnił, że aby odmowa udzielenia licencji na prawa autorskie stanowiła nadużycie pozycji dominującej muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki. Po pierwsze, dostęp do praw autorskich lub do produktu chronionego tymi prawami musi być niezbędny dla przedsiębiorcy żądającego udzielenia licencji do prowadzenia przez niego działalności gospodarczej na rynku (kryterium niezbędności). To oznacza, że nie istnieją inne produkty (usługi), które mogłyby stanowić alternatywne rozwiązanie dla żądającego licencji oraz że istnieją przeszkody ekonomiczne, techniczne lub prawne, które uniemożliwiają lub znacznie utrudniają przedsiębiorcy żądającemu licencji stworzenie alternatywnego systemu. Po drugie, przedsiębiorca żądający udzielenia mu licencji musi wykazać zamiar oferowania na rynku nowego produktu (usługi) nie oferowanego dotychczas przez podmiot uprawniony z praw autorskich, na który jest potencjalne zapotrzebowanie wśród konsumentów (kryterium nowego produktu). W odniesieniu do tego kryterium Trybunał oparł się na opinii Rzecznika Generalnego Tizzano i podkreślił, że kryterium to odzwierciedla potrzebę znalezienia równowagi pomiędzy potrzebą ochrony wolnej konkurencji a potrzebą ochrony praw autorskich, oraz że ta pierwsza potrzeba może przeważać jedynie wtedy, gdy odmowa udzielenia licencji uniemożliwiłaby rozwój rynku sąsiedniego na szkodę konsumentów i o ile konkurent żądający licencji nie ograniczy się jedynie do

⁷² Wyrok ETS w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG p. NDC Health GmbH & Co KG*, Zb. Orz. 2004, s. I-5039.

skopiowania produktu licencjodawcy⁷³. Po trzecie, odmowa nie jest uzasadniona obiektywnymi powodami (kryterium braku obiektywnego uzasadnienia). Po czwarte wreszcie, odmowa musi prowadzić do eliminacji wszelkiej konkurencji na rynku sąsiednim w sytuacji, w której ten rynek jest zarezerwowany dla uprawnionego z praw autorskich (kryterium eliminacji konkurencji). W odniesieniu do tego ostatniego kryterium Trybunał potwierdził, że chodzi o eliminację konkurencji na rynku powiązanim (sąsiednim) i że zawsze muszą występować dwa rynki lub dwie fazy produkcji powiązane ze sobą w ten sposób, że prawo autorskie lub produkt chroniony tym prawem muszą być niezbędnym wkładem do wytworzenia nowego produktu (usługi), który jest sprzedawany na rynku powiązanim. Trybunał zaznaczył przy tym, że rynek podstawowy może być rynkiem potencjalnym, a nawet „hipotetycznym” i rzeczywiście w tej konkretnej sprawie nie istniał w rzeczywistości rynek podstawowy, bowiem IMS Health nigdy nie sprzedawał ani nie licencjonował praw autorskich do swojego systemu.

Znaczenie orzeczenia w sprawie *IMS Health* polega przede wszystkim na tym, że ETS potwierdził w nim dotychczasowe orzecznictwo dotyczące przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej oraz uporządkował kryteria, których spełnienie wskazuje na wystąpienie wyjątkowych okoliczności, w których taka odmowa może stanowić nadużycie pozycji dominującej. Trybunał potwierdził też jednoznacznie, że wszystkie te kryteria muszą być spełnione łącznie, czym usunął wątpliwości w tym zakresie powstałe po wydaniu orzeczenia w sprawie *Magill*. Niektórzy komentatorzy zwracają uwagę, że wyrokiem tym ETS uznał istnienie w prawie wspólnotowym doktryny *essential facilities* oraz jej zastosowanie do praw autorskich⁷⁴. Trybunał wyraźnie rozróżnił jednak sytuację dostępu do urządzeń kluczowych w postaci materialnej od dostępu do praw na dobrach niematerialnych i w przypadku tych ostatnich ustalił surowszy test, dodając kryterium nowego produktu.

Orzeczenie w sprawie *IMS Health* nie wyjaśniło jednak wszystkich wątpliwości, jakie powstały po wydaniu wyroku w sprawie *Magill*. Nierozstrzygnięta pozostała wątpliwość odnosząca się do pojęcia nowego produktu, które nie ma swojej definicji ani w prawie, ani w ekonomii. Nie było jasne, czy Trybunałowi chodziło o zupełnie nowy produkt, który jest całkowicie odmienny od produktu oferowanego przez uprawnionego z praw autorskich, czy też o produkt zaledwie udoskonalony lub zmodyfikowany w porównaniu do tego pierwszego. Niektórzy komentatorzy wyrażali przy tej okazji żal, że Trybunał zamiast odwoływać się do niejasnego pojęcia „nowego produktu”, nie odwołał się do dobrze znanego prawa konkurencji pojęcia produktu substytutowego i nie nałożył wymagania, by w tym kryterium chodziło o produkt, który nie mógłby być substytutem produktu oferowanego przez właściciela praw autorskich, a więc taki, który *de facto* tworzyłby nowy rynek⁷⁵.

Kontrowersje wzbudziła również kwestia istnienia dwóch rynków, podstawowego i powiązanego z nim, oraz tego czy wystarczające jest, by rynek podstawowy był zaledwie rynkiem potencjalnym albo nawet hipotetycznym, do którego dostęp jest potrzebny konkurentom, aby mogli konkurować z właścicielem praw autorskich na rynku powiązanim. W ten sposób można dojść do przekonania, że zawsze prawa własności intelektualnej mogą stanowić odrębny hipotetyczny rynek produktowy, nawet jeśli prawdopodobień-

⁷³ Zob. pkt 62 opinii Rzecznika Generalnego Tizzano przedstawionej 02.10.2003 r. w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG*, Zb. Orz. 2004, s. I-5039.

⁷⁴ Zob. J. Majcher, *IMS Health GmbH & Co. OHG przeciwko NDC Health GmbH & Co. KG*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji...*, op. cit., s. 771.

⁷⁵ Zob. D. Geradin, *Limiting The Scope of Article 82 EC...*, op. cit., p. 1531.

stwo tego, że uprawniony z tych praw będzie je sprzedawał lub licencjonował jest bliskie zeru. Należy przy tym pamiętać, że warunkiem zastosowania doktryny *essential facilities* było istnienie dwóch odrębnych rynków produktowych, a w sytuacji istnienia tylko jednego rynku posiadanie czegoś cennego i pożądanego przez konkurentów zapewnia przewagę konkurencyjną właścicielowi tego czegoś i bynajmniej nie kreuje obowiązku dzielenia się tym z konkurentami. W związku z tym, że w sprawie *IMS Health* wątpliwości wzbudzać mogło to, czy rzeczywiście istniały dwa odrębne rynki i czy rzeczywiście chodziło o nowy produkt, orzeczenie doczekało się krytyki, szczególnie w Stanach Zjednoczonych, jako chroniące bardziej konkurentów niż konkurencję⁷⁶. Orzeczenie wzbudziło ogromne kontrowersje zarówno wśród prawników zajmujących się prawami własności intelektualnej jak i tych specjalizujących się w prawie ochrony konkurencji⁷⁷. Niektórzy komentatorzy próbowali bagatelizować potencjalne zagrożenia płynące z orzeczenia w sprawie *IMS Health* i wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Magill* argumentując, że jest mało prawdopodobne, by podobne kazusy miały stać się przedmiotem rozstrzygnięcia przez sądy wspólnotowe w bliskiej przyszłości i że raczej orzeczenia te stanowią wyjątki ze względu na nietypowe okoliczności faktyczne⁷⁸. Podnieszono również, że orzeczenia te należy traktować jako reakcję i remedium na aberrację w stosowaniu krajowych przepisów odnoszących się do praw autorskich⁷⁹. Przyszłość miała pokazać, że test *Magill/IMS Health* znajdzie wkrótce zastosowanie i to w sprawie, w której prawa własności intelektualnej niosły ze sobą o wiele większy ładunek innowacyjności, a mianowicie w sprawie *Microsoft*.

5. Odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w świetle wyroku w sprawie *Microsoft*

5.1. Zarys stanu faktycznego w sprawie *Microsoft* – decyzja w sprawie *Microsoft* i odwołanie Microsoftu

W roku 1998 Sun Microsystems, Inc., producent serwerów oraz oprogramowania operacyjnego dla serwerów, złożył skargę do Komisji na firmę Microsoft Corporation, w związku z odmową udostępnienia przez Microsoft informacji oraz technologii zapewniających interoperacyjność systemu operacyjnego dla serwerów pracy grupowej sprzedawanego przez Sun Microsystems z komputerami osobistymi (PC) oraz serwerami pracy grupowej pracującymi na platformie Windows produkcji Microsoft⁸⁰. Postępowanie ze skargi Sun Microsystems zakończyło się wydaniem przez Komisję w dniu 24 marca 2004 r. decyzji stwierdzającej, że Microsoft naruszył art. 82 TWE m.in. poprzez odmowę przekazania swoim konkurentom informacji umożliwiających interoperacyjność ich systemów operacyjnych z platformą Windows, a także odmowę udzielenia zezwolenia na użycie tych informacji w celu stworzenia, a następnie sprzedaży produktów

⁷⁶ Ibidem, p. 1528–1532.

⁷⁷ Szerzej nt. tych kontrowersji zob. w głosie do orzeczenia ETS w sprawie *IMS Health* w: M. Kolański, *Licencje przymusowe we wspólnotowym prawie konkurencji*, Głosa 2007, nr 1, s. 114–122.

⁷⁸ Por. C. Ritter, *Refusal to Deal and "Essential Facilities"*..., op. cit., p. 285–286.

⁷⁹ Tak np. W. Cornish, D. Llewellyn, *Intellectual Property*..., op. cit., p. 755; C. Ritter, *Refusal to Deal and "Essential Facilities"*..., op. cit., p. 286.

⁸⁰ Pojęcia „platforma” i „system operacyjny” są używane zamiennie.

konkurujących z produktami Microsoft na rynku oprogramowania systemowego dla serwerów pracy grupowej⁸¹.

Komisja w decyzji w sprawie *Microsoft* zdefiniowała dwa produktowe rynki właściwe mające znaczenie dla praktyki polegające na odmowie przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych: rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych (PC)⁸² oraz rynek systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej⁸³. System operacyjny jest to oprogramowanie systemowe zawiadujące podstawowymi funkcjami komputera, które umożliwia m.in. uruchomienie na nim oprogramowania użytkowego (np. przeglądarki internetowej albo edytora tekstu). Komputery osobiste⁸⁴ są to komputery o ogólnym przeznaczeniu przeznaczone do wykorzystania w danym czasie przez jednego użytkownika, które mogą być połączone w sieć. Natomiast serwery pracy grupowej⁸⁵ i zainstalowane na nich oprogramowanie systemowe umożliwiają wykonywanie pewnych funkcji wobec komputerów osobistych połączonych w sieć, takich jak: możliwość pracy większej liczby użytkowników, których komputery są połączone w sieć, na plikach przechowywanych na serwerze; możliwość korzystania ze wspólnych drukarek przez użytkowników pracujących w sieci; weryfikacja prawa dostępu do sieci poszczególnych użytkowników oraz nadawanie im zróżnicowanych uprawnień w zakresie operacji, które mogą wykonać pracując w sieci. Właściwym rynkiem geograficznym dla systemów operacyjnych dla komputerów osobistych jak i dla systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej jest zdaniem Komisji rynek globalny⁸⁶.

Komisja stwierdziła w decyzji w sprawie *Microsoft*, że na obydwu tak określonych rynkach właściwych Microsoft miał pozycję dominującą⁸⁷. Wyznacznikami tej pozycji były, zdaniem Komisji, m. in. wysokie udziały w rynku (90% w rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych oraz 60% w rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej), dużo niższe udziały konkurentów Microsoft w tych rynkach, istotne bariery wejścia na te rynki wzmacniane pośrednimi efektami sieciowymi, oraz stabilność siły rynkowej Microsoft w dłuższym okresie. Komisja uznała wręcz, że system operacyjny Windows dla komputerów osobistych stał się *de facto* standardem na rynku wskutek powszechności, z jaką był instalowany.

Komisja uznała, że Microsoft dopuścił się nadużycia pozycji dominującej poprzez odmowę przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych produkowanych przez jego konkurentów z platformą Windows oraz odmowę zezwolenia na wykorzystanie tych informacji w celu stworzenia, a następnie sprzedaży, produktów konkurujących z produktami Microsoft na rynku oprogramowania systemowego dla serwerów pracy grupowej⁸⁸. W tym miejscu warto wyjaśnić, że interoperacyjność programów komputerowych została zdefiniowana w Dyrektywie Rady

⁸¹ Decyzja Komisji w sprawie *Microsoft*, pkt 546–791.

⁸² Ibidem, pkt 324–342.

⁸³ Ibidem, pkt 342–401.

⁸⁴ W polskim tłumaczeniu wyroku w sprawie *Microsoft* znajdującym się w niniejszym opracowaniu używane jest pojęcie „stacja robocza”, ale zdaniem autorki pojęcie „komputer osobisty” jest częściej używane w praktyce i bardziej zrozumiałe.

⁸⁵ W polskim tłumaczeniu wyroku w sprawie *Microsoft* znajdującym się w niniejszym opracowaniu używane jest pojęcie „serwer grupy roboczej”, jednakże obydwa pojęcia są w praktyce używane zamiennie. Microsoft na swojej polskiej stronie internetowej określa produkty należące do tej właśnie kategorii mianem „serwerów pracy grupowej”.

⁸⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Microsoft*, pkt 427.

⁸⁷ Ibidem, pkt 429–541.

⁸⁸ Szczegółowy opis zachowania stanowiącego nadużycie pozycji dominującej znajduje się w decyzji w sprawie *Microsoft*, pkt 546–791.

91/250/EWG z 14 maja 1991 roku w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych⁸⁹, jako zdolność tych programów do wymiany informacji oraz wszechstronnego wykorzystania informacji już wymienionych. Komisja w decyzji w sprawie *Microsoft* zdefiniowała informacje umożliwiające interoperacyjność jako kompletne i dokładne specyfikacje (opisy) wszystkich protokołów komunikacyjnych zaimplementowanych do systemów operacyjnych Windows dla serwerów pracy grupowej i wykorzystywanych przez te serwery do wykonywania ich typowych funkcji wskazanych powyżej w stosunku do komputerów osobistych pracujących na platformie Windows i połączonych w sieć. Innymi słowy dzięki interoperacyjności komputery osobiste pracujące w sieci potrafią komunikować się zarówno ze sobą, jak i z serwerem kontrolującym sieć. O ile komputery osobiste i serwery pracujące na platformie Windows komunikowały się ze sobą bez problemu, o tyle – zdaniem konkurentów Microsoftu – brak dostępu do informacji uniemożliwiających interoperacyjność ich platform z platformą Windows uniemożliwia im konkurowanie z Microsoftem i wyklucza ich z rynku. Komisja podkreślała w decyzji w sprawie *Microsoft*, iż obowiązek udostępnienia powyższych informacji nie obejmuje obowiązku udostępnienia kodu źródłowego przez Microsoft, a celem przekazania tych informacji jest wyłącznie zapewnienie interoperacyjności serwerów pracujących na różnych platformach, a nie umożliwienie konkurentom Microsoft skopiowania systemu operacyjnego Windows⁹⁰.

Mimo iż Komisja wyrażała wątpliwości, czy informacje zapewniające interoperacyjność są, jak twierdził Microsoft, chronione prawami własności intelektualnej, to jednak ostatecznie przyjęła interpretację korzystną dla Microsoft i oceniała praktykę firmy Microsoft jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej⁹¹. Komisja zwróciła uwagę, że działanie Microsoft w istocie sprowadziło się do zaprzestania wcześniejszej polityki udostępniania informacji zapewniających interoperacyjność platformy Windows z innymi platformami⁹². Ponadto Komisja wskazała, że takie działanie pociągnęło za sobą ryzyko wyeliminowania konkurencji na rynku programów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej, ponieważ zapewnienie interoperacyjności było niezbędnym warunkiem wejścia nowych konkurentów na ten rynek i utrzymania się na nim istniejących konkurentów, jako że platforma Windows stała się *de facto* standardem na rynku komputerów osobistych⁹³. Dalej Komisja wykazywała, że odmowa Microsoft nie była obiektywnie uzasadniona⁹⁴, oraz że ograniczała postęp techniczny na szkodę konsumentów⁹⁵. Komisja w decyzji w sprawie *Microsoft* odrzuciła zatem pogląd, że wcześniejsze orzecznictwo sądów wspólnotowych ustaliło wyczerpującą listę kryteriów, których spełnienie jest konieczne do stwierdzenia wystąpienia wyjątkowych okoliczności, w których odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może stanowić nadużycie pozycji dominującej i wskazała, że to czy wystąpiły takie wyjątkowe okoliczności należy oceniać w świetle konkretnego stanu faktycznego danej sprawy. I tak, Komisja w decyzji w sprawie *Microsoft* zastąpiła kryterium „nowego produktu” stanowiące element testu *Magill/IMS Health* kryterium ograniczenia postępu technicznego na szkodę konsumentów, które jest wprost wymienione w art. 82 lit. b)

⁸⁹ Dz.Urz. UE 1991 L 122/42.

⁹⁰ Decyzja w sprawie *Microsoft*, pkt 24, 569 i 572.

⁹¹ Ibidem, pkt 190 i 546.

⁹² Ibidem, pkt 578–584.

⁹³ Ibidem, pkt 585–692.

⁹⁴ Ibidem, pkt 709–778.

⁹⁵ Ibidem, pkt 693–708.

TWE. Ograniczenie postępu technicznego w tym przypadku miało polegać na uniemożliwieniu producentom konkurencyjnych systemów operacyjnych udoskonalania swoich produktów i wyposażania ich w dodatkowe cechy, których nie ma system operacyjny Windows. W braku interoperacyjności z platformą Windows i jednocześnie ze względu na powszechność instalowania Windows na komputerach osobistych, konkurenci ci nie byliby w stanie sprzedać swoich udoskonalonych produktów, nawet jeśli konsumenci ceniliby te udoskonalenia, co zdaniem Komisji obniżało skłonność konkurentów Microsoftu do udoskonalania swoich produktów i co z kolei działało na niekorzyść konsumentów.

W konsekwencji, obok nałożenia kary grzywny z tytułu stwierdzonego naruszenia art. 82 TWE, Komisja zastosowała środek zaradczy na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17⁹⁶. Microsoft został zobowiązany do udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność z platformą Windows każdemu przedsiębiorcy zainteresowanemu opracowaniem i sprzedażą systemów operacyjnych dla serwerów i udzielenia mu licencji na korzystanie w takim właśnie celu z tych informacji. Licencja powinna być udzielona na rozsądnych i niedykrzynujących warunkach, a udostępniane informacje powinny być regularnie i na bieżąco aktualizowane.

Microsoft odwołał się od decyzji w sprawie *Microsoft* do SPI. Zarzuty Microsoft można podzielić na trzy grupy. W pierwszej grupie podniesione zostały następujące zarzuty. Po pierwsze, Microsoft kwestionował koncepcję interoperacyjności zaprezentowaną przez Komisję i zakres informacji podlegających udostępnieniu. Po drugie, Microsoft podniósł zarzut, że informacje, których udostępnienia zażądała Komisja są chronione prawami własności intelektualnej i że decyzja w sprawie *Microsoft* stanowi niedopuszczalną ingerencję w swobodę wykonywania tych praw przez Microsoft, a ponadto wpłynie negatywnie na jego innowacyjność. Po trzecie, Microsoft podniósł, że warunki, od których spełnienia wcześniejsze orzecznictwo sądów wspólnotowych uzależniało możliwość nałożenia na firmę dominującą obowiązku udzielenia licencji, nie zostały w tym konkretnym przypadku spełnione. W drugiej grupie znalazł się zarzut co do tego, że firma Sun Microsystems nie żądała udostępnienia technologii, której udostępnienie zostało nakazane w decyzji w sprawie *Microsoft* i że Microsoft w istocie nie odmówił udostępnienia tych informacji. W trzeciej grupie znalazły się zarzuty co do tego, że Komisja wydając decyzję w sprawie *Microsoft* nie wzięła pod uwagę zobowiązań międzynarodowych UE wynikających z Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (TRIPS).

SPI wyrokiem z dnia 17 września 2007 r. oddalił odwołanie Microsoft m.in. w części odnoszącej się do odmowy przekazania informacji umożliwiających interoperacyjność systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej produkowanych przez konkurentów Microsoft z platformą Windows i stwierdził, że Komisja prawidłowo zakwalifikowała tę praktykę jako naruszającą zakaz nadużywania pozycji dominującej przewidziany w art. 82 TWE⁹⁷. Microsoft zapowiedział, że nie będzie odwoływał się od tego wyroku⁹⁸ i rzeczywiście się od niego nie odwołał.

⁹⁶ Rozporządzenie Rady EWG Nr 17/62 Pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. 13/204, tłumaczenie w języku polskim, w: T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła. Tom 1: Reguły generalne*, s. 279 i n.

⁹⁷ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 w sprawie *Microsoft* p. Komisji (angielskojęzyczną wersję wyroku w sprawie T-201/04 *Microsoft* v. *Commission* zob. <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>), pkt 101–813.

⁹⁸ *Microsoft Concedes Defeat in EU Battle*, Financial Times, 23.10.2007 r.; zob. też oświadczenie Microsoftu: *Microsoft Statement on Compliance with European Commission 2004 Decision*, <http://microsoft.com/press-pass/press/2007/oct07/10-22MSSstatement.msp>

5.2. Analiza wyroku Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *Microsoft*

5.2.1. Zakres analizy

Zasadniczo w niniejszym opracowaniu przedmiotem analizy wyroku SPI w sprawie *Microsoft* będzie stanowisko Sądu wobec pierwszego z zarzutów podnoszonych przez Microsoft przeciwko ustaleniom poczynionym przez Komisję w decyzji w sprawie *Microsoft* co do praktyki polegającej na odmowie udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemu operacyjnego Windows dla serwerów z systemami operacyjnymi innych producentów. Chodzi mianowicie o zarzut niewykazania przez Komisję, że w sprawie *Microsoft* zostały spełnione warunki ustalone w orzeczeniach *Magill* i *IMS Health*, od spełnienia których zależy czy w danej sprawie zachodzą wyjątkowe okoliczności pozwalające uznać, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej stanowi nadużycie pozycji dominującej i nałożyć obowiązek udzielenia takiej licencji. Zarzut drugi, tzn. że firma Sun Microsystems nie żądała udostępnienia technologii, której udostępnienie zostało nakazane w decyzji w sprawie *Microsoft* i że Microsoft w istocie nie odmówił udostępnienia tych informacji, jest w istocie sporem dotyczącym ustaleń stanu faktycznego i jako taki nie jest szczególnie interesujący z punktu widzenia problematyki granic ingerencji antymonopolowej w prawa własności intelektualnej. Z tego też względu stanowisko Sądu w przedmiocie drugiego zarzutu nie zostanie szerzej przedstawione – dość powiedzieć, że Sąd zgodził się z ustaleniami stanu faktycznego dokonanymi przez Komisję. Stanowisko Sądu wobec trzeciego zarzutu, tzn. że Komisja wydając decyzję w sprawie *Microsoft* nie wzięła pod uwagę zobowiązań międzynarodowych UE wynikających z TRIPS, również nie zostanie szerzej omówione – Sąd bowiem nie zajął się zarzutem merytorycznie, a jedynie ograniczył się do stwierdzenia, że Microsoft nie może powoływać się na Porozumienie TRIPS w związku z tym, że jest ono umową międzynarodową i jako taka nie ma pierwszeństwa przed wspólnotowym prawem pierwotnym, jakim jest przepis art. 82 TWE.

5.2.2. Sprawa *Microsoft* jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej

Zanim SPI mógł zbadać, czy sprawa *Microsoft* powinna być oceniana w świetle wcześniejszych orzeczeń sądów wspólnotowych w sprawach *Magill* i *IMS Health* konieczne było ustalenie, czy rzeczywiście odmowa Microsoft przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych produkowanych przez jego konkurentów z platformą Windows oraz odmowa zezwolenia na wykorzystanie tych informacji w celu stworzenia, a następnie sprzedaży produktów konkurujących z produktami Microsoft na rynku oprogramowania systemowego dla serwerów pracy grupowej, jest w istocie przypadkiem odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Tylko wtedy bowiem sprawa *Microsoft* mogłaby być oceniana w świetle wyżej wymienionych orzeczeń, które odnosiły się do przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej. Gdyby Sąd doszedł do przekonania, że informacje, których udostępnienia konkurentom Microsoft zażądała Komisja nie są chronione prawami własności intelektualnej, wówczas odmowa Microsoft musiałaby być oceniana według zupełnie innych kryteriów, tj. tych ustalonych w sprawie *Oscar Bronner* dla przypadków odmowy dostępu do urządzeń kluczowych. Przy czym, jak to już zostało wyżej zaznaczone przy okazji analizy orzecznictwa sądów wspólnotowych do czasu wydania wyroku w sprawie *Microsoft*, możliwość nałożenia na przedsiębiorcę dominującego obowiązku udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej była uzależniona od spełnienia testu ustalonego w sprawie *IMS Health*, który był bardziej surowy niż test ustalony w sprawie

Oscar Bronner dla przypadków odmowy dostępu do urządzeń kluczowych. Ten ostatni nie zawierał bowiem warunku wykazania, że odmowa kontraktowania uniemożliwia powstanie nowego produktu, na który jest choćby tylko potencjalny popyt wśród konsumentów.

Microsoft twierdził, że protokoły komunikacyjne, czyli zestaw reguł, według których systemy operacyjne dla serwerów połączone w sieć wchodzi w rozmaite interakcje i komunikują się ze sobą, ma charakter innowacyjny i że pewne ich aspekty są chronione patentem, lub że odpowiednie zgłoszenia patentowe zostały w odniesieniu do tych protokołów dokonane. Ponadto Microsoft podnosił, że specyfikacje tych protokołów, czyli innymi słowy ich opisy, których przekazania zażądała Komisja, są chronione prawami autorskimi. Wreszcie Microsoft wykazywał, że protokoły komunikacyjne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (*trade secrets*), które są formą własności przemysłowej i w opracowanie których Microsoft zainwestował znaczące nakłady.

Komisja polemizowała z powyższymi argumentami Microsoftu. Po pierwsze, wskazywała na to, że Microsoft powołał się na prawa z rejestracji patentu dopiero w końcowej fazie procedury administracyjnej tuż przed wydaniem decyzji w sprawie *Microsoft* i że w rezultacie Microsoft był w stanie wskazać tylko jeden taki patent. Po drugie, chociaż Komisja przyznawała, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych mogą być chronione prawami autorskimi, to jednak samo użycie informacji w nich zawartych, a więc ich implementacja do systemu operacyjnego poprzez stworzenie kodu źródłowego lub opracowanie wewnętrznej struktury takiego systemu nie narusza praw autorskich albowiem jest odrębnym i oryginalnym utworem. Po trzecie wreszcie, Komisja poddawała w wątpliwość czy tajemnica przedsiębiorstwa (*trade secrets*) może być traktowana na równi z prawami własności intelektualnej. Komisja wskazywała w tym względzie na ograniczony zakres ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w porównaniu z zakresem ochrony wynikającej z patentu czy też praw autorskich oraz na to, że o tym, czy coś stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje jednostronna decyzja biznesowa przedsiębiorcy, a nie spełnienie ściśle określonych wymogów określonych przez prawo – np. w zakresie oryginalności czy poziomu wynalazczości. Komisja podnosiła również, że wartość informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Microsoft wynika głównie z pozycji dominującej Microsoftu, a nie z innowacyjnego charakteru tych informacji.

SPI nie rozstrzygnął kwestii tego, czy specyfikacje protokołów komunikacyjnych są chronione prawami własności intelektualnej, oraz czy tajemnica przedsiębiorstwa powinna być traktowana w takich przypadkach na równi z prawami własności intelektualnej. Sąd doszedł do przekonania, że chociaż Komisja poddawała w wątpliwość zasadność argumentacji Microsoft w tym przedmiocie, to jednak nie podjęła merytorycznej polemiki z tymi argumentami i wydała decyzję w sprawie *Microsoft* na podstawie założenia, że informacje zawarte w specyfikacjach protokołów komunikacyjnych dla systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej są chronione prawami własności intelektualnej. Sąd zatem skonkludował, że nie ma potrzeby rozstrzygać tej kwestii i że przedstawiona powyżej argumentacja Microsoftu nie mogła w tym zakresie wpłynąć na ocenę legalności decyzji w sprawie *Microsoft*, skoro Komisja przyjęła korzystną dla Microsoftu interpretację i zakwalifikowała odmowę udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych jako przypadek odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, a następnie oceniła ten przypadek w świetle orzeczenia *IMS Health*⁹⁹.

⁹⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 283–289.

Wyrok w sprawie *Microsoft* pozostawia w tym punkcie pewien niedosyt, albowiem Sąd nie zdecydował się wyjaśnić kwestii tego, czy odmowa udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinna być oceniana według tych samych kryteriów co odmowa udzielenia licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej. Mimo to jednak wydaje się, że Komisja postąpiła bardzo rozważnie czyniąc założenie, że to, czy wystąpiły wyjątkowe okoliczności uzasadniające nałożenie na Microsoft obowiązku udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność platform, powinno być oceniane w świetle bardziej surowego testu *IMS Health*, a nie na przykład testu *Oscar Bronner*. Ze względu na to, że pochopna i nieuzasadniona ingerencja w prawa własności intelektualnej może przynieść negatywny efekt w postaci zmniejszenia innowacyjności, w sytuacjach wątpliwych, tam gdzie trudno jest jednoznacznie przesądzić, czy mamy do czynienia z prawami własności intelektualnej, należałoby chyba przyjmować, że badany przypadek odmowy kontraktowania należy kwalifikować jako odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej.

5.2.3. „Wyjątkowe okoliczności” w sprawie *Microsoft* uzasadniające nałożenie obowiązku licencjonowania

O ile Microsoft i Komisja w sumie zgodziły się co do tego, że odmowę udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność platform, na których pracują serwery pracy grupowej, należy zakwalifikować jako odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, o tyle obydwie strony spierały się o to, jakie warunki muszą być spełnione, aby odmowę Microsoftu można było uznać za nadużycie pozycji dominującej.

Microsoft stał na stanowisku, że jego działanie należy oceniać w świetle orzeczeń w sprawach *Magill* i *IMS Health* i podnosił, że co najmniej kilka warunków wystąpienia „wyjątkowych okoliczności” określonych w tych orzeczeniach nie zostało spełnionych w sprawie *Microsoft*.

Komisja z kolei wysunęła interesujący argument o tym, że do sprawy *Microsoft* nie należy w sposób automatyczny stosować kryteriów ustalonych przez ETS w sprawie *IMS Health*. Zdaniem Komisji w sprawie *Microsoft* należało wziąć pod uwagę wszelkie wyjątkowe okoliczności, w których Microsoft odmówił przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych, które niekoniecznie muszą być identyczne z okolicznościami wskazującymi na abuzywność odmowy, które zostały wymienione w orzeczeniu w sprawie *IMS Health*. Komisja powoływała się na trzy okoliczności charakterystyczne dla sprawy *Microsoft*, które jej zdaniem przesądzały o tym, że odmowa udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych dla serwerów stanowi niedozwolone nadużycie przez Microsoft pozycji dominującej. Pierwszą okolicznością uzasadniającą abuzywność odmowy miało być to, że odmowa dotyczyła informacji zapewniających interoperacyjność na rynku oprogramowania, do osiągnięcia której ustawodawstwo wspólnotowe przywiązywało dużą wagę. Drugą okolicznością, która zdaniem Komisji uzasadniała abuzywność odmowy było to, że Microsoft użył swojej nadzwyczajnej siły rynkowej na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych w celu wyeliminowania konkurencji na sąsiednim rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej. Trzecią okolicznością uzasadniającą abuzywność tej odmowy miało być to, że Microsoft w istocie zaprzestał dostarczania informacji zapewniającej interoperacyjność platform, mimo że aż do czasu wprowadzenia wersji oprogramowania Windows 2000 przekazywał swoim konkurentom takie informacje. Niezależnie od zaistnienia powyższych szczególnych okoliczności specyficznych dla sprawy

Microsoft Komisja argumentowała, że okoliczności wskazane przez ETS w orzeczeniach w sprawach *Magill* i *IMS Health*, świadczące o abuzywości odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej i uzasadniające nałożenie na firmę dominującą obowiązku udzielenia takiej licencji, wystąpiły również w sprawie *Microsoft*. Tak więc Komisja stanęła na stanowisku, że spełnienie wszystkich kryteriów wskazanych w orzeczeniu *IMS Health* jest wystarczające, ale nie niezbędne do tego aby przyjąć, że w danej sprawie wystąpiły wyjątkowe okoliczności uzasadniające ingerencję prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej. Innymi słowy lista warunków testu *IMS Health* nie była zdaniem Komisji wyczerpująca.

SPI potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą stwierdzając, że chociaż co do zasady przedsiębiorcy mają swobodę wyboru swoich partnerów biznesowych, to jednak w pewnych okolicznościach odmowa dostawy przez przedsiębiorcę dominującego może stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE, chyba że jest obiektywnie uzasadniona¹⁰⁰. Sąd odwołał się do wcześniejszych orzeczeń w sprawach *Commercial Solvents p. Komisji*, *Völvö p. Veng*, *Magill*, *Oscar Bronner*, oraz *IMS Health*, cytując ich obszerne fragmenty¹⁰¹ i stwierdził, że z orzeczeń tych wynika, iż odmowa przez przedsiębiorcę dominującego udzielenia osobie trzeciej licencji na wykorzystanie produktu chronionego prawami własności intelektualnej nie może sama w sobie stanowić nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE. Jedynie w wyjątkowych okolicznościach wykonywanie takiego wyłącznego prawa przez właściciela praw własności intelektualnej może prowadzić do takiego nadużycia. Sąd wywiódł z wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego odmowy kontraktowania, w tym w szczególności odmowy licencjonowania praw własności intelektualnej, że następujące okoliczności należy uznać za wyjątkowe. Po pierwsze, odmowa musi dotyczyć produktu bądź usługi niezbędnej do prowadzenia określonej działalności na rynku sąsiednim (kryterium niezbędności). Po drugie, odmowa musi powodować skutek w postaci wykluczenia wszelkiej efektywnej konkurencji¹⁰² na tymże rynku sąsiednim (kryterium wykluczenia konkurencji). Po trzecie, odmowa musi uniemożliwiać powstanie nowego produktu, na który jest potencjalny popyt wśród konsumentów (kryterium nowego produktu). Jeśli te trzy warunki są spełnione to można przyjąć, że odmowa udzielenia licencji przez przedsiębiorcę dominującego narusza art. 82 TWE, chyba że odmowa ta jest obiektywnie uzasadniona (kryterium braku obiektywnego uzasadnienia). Sąd zauważył przy tym, że kryterium nowego produktu pojawiło się wyłącznie w orzeczeniach dotyczących praw własności intelektualnej. Ponadto Sąd zauważył, że do stwierdzenia nadużycia konieczne jest występowanie w sprawie dwóch rynków: podstawowego, na którym właściciel praw własności intelektualnej posiada pozycję dominującą, oraz sąsiedniego, na którym produkt lub usługa chronione prawami własności intelektualnej są wykorzystywane do wytworzenia innego produktu bądź świadczenia innej usługi. Sąd powtórzył za orzeczeniem w sprawie *IMS Health*, że to, iż produkt lub usługa, które są niezbędne, nie są

¹⁰⁰ Ibidem, pkt 319.

¹⁰¹ Ibidem, pkt 320–330.

¹⁰² Konkurencja efektywna oznacza rywalizację między porównywalnymi podmiotami, które wywierają wzajemnie na siebie na tyle silną presję, że wszyscy zmuszeni są do maksymalnego wysiłku. W warunkach takiej konkurencji żaden z uczestników rynku nie jest w stanie istotnie podnieść cen, ani wyeliminować rywali, z wyjątkiem sytuacji, w której wykaże się znacznie wyższą efektywnością. W modelu konkurencji efektywnej nie jest istotna liczba uczestników rynku, gdyż konkurencja między nimi ukształtuje odpowiednią liczbę podmiotów. Model konkurencji efektywnej, w odróżnieniu od modelu konkurencji doskonałej, nie zakłada bardzo dużej liczby uczestników rynku, ani braku barier wejścia na rynek i barier wyjścia z rynku.

oddzielnie przedmiotem obrotu, nie stanowi przeszkody do uznania, że stanowią one odrębny rynek, nawet potencjalny, czy też wręcz hipotetyczny. Wystarczające będzie nawet wyróżnienie dwóch faz produkcji, gdzie produkt pierwszej fazy stanowi niezbędną wkład do wytworzenia innego końcowego produktu¹⁰³.

Po dokonaniu przeglądu wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego odmowy kontraktowania i potwierdzeniu ustalonej linii orzeczniczej w sprawach dotyczących odmowy licencjonowania praw własności intelektualnej Sąd stwierdził, że najpierw należy zwerifikować, czy w sprawie *Microsoft* wystąpiły wyjątkowe okoliczności wskazane w orzeczeniu w sprawie *IMS Health*. Dopiero jeśli okaże się, że którekolwiek z kryteriów testu *IMS Health* nie zostało spełnione, wówczas Sąd zbada wyjątkowe okoliczności specyficzne dla sprawy *Microsoft*, na które powołała się Komisja¹⁰⁴. Tym samym wydaje się, chociaż nie zostało to wprost jednoznacznie wyrażone, że Sąd dopuścił możliwość, iż lista wyjątkowych okoliczności ustalona w orzeczeniu w sprawie *IMS Health* nie ma charakteru wyczerpującego, a spełnienie wszystkich warunków testu *IMS Health* jest wystarczające, ale nie niezbędne, do uznania odmowy udzielenia licencji za nadużycie pozycji dominującej.

(a) Kryterium niezbędności

Komisja przyjęła w decyzji w sprawie *Microsoft* dwustopniowe podejście do ustalenia czy informacje zapewniające interoperacyjność platform są niezbędne konkurentom Microsoftu, aby mogli oni skutecznie konkurować na rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej. Po pierwsze, Komisja zajęła się ustaleniem tego, jaki poziom interoperacyjności platform musi zostać osiągnięty, aby konkurenci Microsoftu mogli utrzymać się na rynku i być w stanie skutecznie na nim konkurować. Po drugie, Komisja zajęła się oceną tego, czy informacje, których udostępnienia odmówił Microsoft, były niezbędne do osiągnięcia tego pożądanego poziomu interoperacyjności.

Microsoft podnosił, że poziom interoperacyjności, który zdaniem Komisji powinien zostać osiągnięty w istocie oznacza oczekiwanie, że konkurenci Microsoftu będą w stanie stworzyć programy operacyjne wirtualnie identyczne z platformą Windows i które będą działać dokładnie tak jak system operacyjny Windows. SPI odrzucił argumenty Microsoftu i przychylił się do stanowiska Komisji, która podkreślała, że żądała od Microsoftu przekazania specyfikacji czyli opisu protokołów komunikacyjnych, a nie szczegółów dotyczących ich implementacji, czyli na przykład udostępnienia kodu źródłowego programu. Komisja podnosiła, a Sąd podzielił jej zdanie, że programiści mający dostęp do tych samych specyfikacji protokołów nie napiszą takiego samego kodu źródłowego i w konsekwencji programy przez nich stworzone będą funkcjonować odmiennie¹⁰⁵.

Microsoft zarzucił również, iż Komisja błędnie przyjęła, że oczekiwany przez nią stopień interoperacyjności umożliwi konkurentom Microsoftu utrzymanie się na rynku. Microsoft podniósł, że istnieje pięć innych metod zapewniających dobrą współpracę systemów operacyjnych konkurencyjnych do Windows z platformą Windows, alternatywnych do metody polegającej na udostępnieniu specyfikacji protokołów komunikacyjnych konkurentom Microsoftu. Microsoft wskazywał również na brak związku przyczynowego pomiędzy nieudostępnieniem żądanych informacji a rzekomą niezdolnością jego konkurentów do utrzymania się na rynku systemów operacyjnych dla serwerów, skoro konkurenci ci cały czas prowadzą działalność na tym rynku.

¹⁰³ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 331–335.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pkt 336.

¹⁰⁵ *Ibidem*, 141 i 375.

SPI stwierdził, że decyzja w sprawie *Microsoft* w tym punkcie oparta jest na skomplikowanych analizach ekonomicznych, które tylko w ograniczonym zakresie podlegają kontroli Sądu. Niemniej jednak Sąd przyjął, iż *Microsoft* nie wykazał, że analizy Komisji są oczywiście błędne¹⁰⁶. Co więcej Sąd stwierdził, że wiele czynników wskazuje na poprawność oceny Komisji i szczegółowo je wyliczył¹⁰⁷. Sąd podkreślił, że programy komputerowe nie działają w izolacji, ale są zaprojektowane tak, by móc w stanie komunikować się i współpracować z innymi programami oraz ze sprzętem komputerowym, szczególnie w środowisku sieciowym. Ta zdolność współpracy jest szczególnie istotna w przypadku programów operacyjnych dla komputerów osobistych oraz dla serwerów pracy grupowej. Z badań, które przeprowadziła Komisja i które przywołał Sąd wynika, że zdolność do takiej współpracy oraz łatwość zintegrowania produktu z istniejącym środowiskiem komputerowym funkcjonującym w danej organizacji jest jednym z głównych czynników branych pod uwagę przez firmy przy zakupie oprogramowania. W tym kontekście 90-procentowy udział *Microsoftu* w rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych powoduje, że *Windows* stał się *de facto* standardem na tym rynku. Zatem kwestia interoperacyjności programów operacyjnych dla serwerów z platformą *Windows*, na której pracuje znakomita większość komputerów osobistych na świecie jest kwestią „być albo nie być” dla producentów systemów operacyjnych dla serwerów. Sąd wskazał również, że z badań przeprowadzonych przez Komisję wynika, iż kwestia interoperacyjności jest istotna w procesie podejmowania decyzji o zakupie oprogramowania nie tylko przez przedsiębiorców, ale również przez konsumentów. Obydwie kategorie kupujących decydują się na zakup właśnie systemu *Windows* ze względu na to, że systemy operacyjne konkurentów nie są w pełni interoperacyjne z platformą *Windows* i włączenie ich do sieci powoduje, że nie jest ona tak wydajna jak sieć skonfigurowana w oparciu o sprzęt pracujący wyłącznie na platformie *Windows*. Co więcej, jak podkreślił Sąd, konsumenci przywiązują tak wielką wagę do kwestii interoperacyjności, że kupują *Windows* mimo iż uważają, że produkty konkurencyjne są lepsze od *Windows* pod wieloma istotnymi dla nich względami, takimi jak przykładowo niezawodność czy bezpieczeństwo.

Sąd nie zgodził się również z argumentem *Microsoft*, że przekazanie informacji zapewniających interoperacyjność z platformą *Windows* nie jest niezbędne do tego, by producenci konkurencyjnych platform mogli utrzymać się na rynku i skutecznie na nim konkurować skoro cały czas na nim funkcjonują. Sąd zgodził się z wywodami Komisji, która wskazywała, że problem braku wystarczającego poziomu interoperacyjności pojawił się dopiero wraz z wprowadzeniem na rynek systemu *Windows 2000* i że wcześniej *Microsoft* bez problemu udostępniał informacje zapewniające interoperacyjność swoim konkurentom takim jak *Novell*. Dopiero po pewnym czasie *Microsoft* zmienił strategię działania i odciął konkurentom dostęp do tych informacji. To, że dystrybutorzy produktów *Linux* czy *UNIX* byli w stanie konkurować z *Microsoft* w okresie bezpośrednio poprzedzającym wydanie decyzji w sprawie *Microsoft* wynika zdaniem Komisji wyłącznie z tego, że wiele organizacji nie przeszło jeszcze na system *Windows 2000* i używało starszych wersji oprogramowania *Windows*, przy których problem braku interoperacyjności nie występował. Niemniej jednak udział rynkowy *Microsoft* w rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej gwałtownie wzrósł od czasu wprowadzenia na rynek *Windows 2000*, a udziały rynkowe konku-

¹⁰⁶ Ibidem, pkt 379–381.

¹⁰⁷ Ibidem, pkt 382–422.

rentów Microsoft znacząco w tym czasie zmaleły. Sąd zgodził się z Komisją, że to, iż konkurencja eliminowana jest stopniowo, a nie natychmiast, nie stanowi dowodu na to, że informacje zapewniające interoperacyjność platform na których pracują serwery nie są niezbędne¹⁰⁸. Sąd stwierdził ponadto, że Microsoft sam przyznał, iż żadna z pięciu alternatywnych metod zapewnienia współpracy platform nie umożliwia osiągnięcia stopnia interoperacyjności wymaganego przez Komisję, to znaczy takiego, w którym serwer pracujący na innej platformie niż Windows może pracować bez zakłóceń w ramach tzw. architektury Windows i pełnić w niej funkcję kontrolera domeny. W konsekwencji SPI uznał, że Microsoft nie udowodnił, iż Komisja dokonała błędnych ustaleń i że warunek niezbędności w odniesieniu do informacji zapewniających interoperacyjność platform nie został w sprawie *Microsoft* spełniony.

(b) Kryterium eliminacji konkurencji

Microsoft zarzucał decyzji w sprawie *Microsoft*, że nie wykazała, iż odmowa udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność platform, na których pracują serwery, wyeliminuje wszelką konkurencję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej. Microsoft podnosił, że Komisja wskazywała zaledwie na ryzyko takiej eliminacji, podczas gdy z wcześniejszego orzecznictwa sądów wspólnotowych w sprawach odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej wynika jego zdaniem, że musi istnieć prawdopodobieństwo takiej eliminacji graniczące z pewnością. Ponadto Microsoft powtórzył swój wcześniejszy argument o tym, że na rynku wciąż działają, mimo jego odmowy, konkurenci tacy jak IBM, Novell, Red Hat, czy Sun Microsystems i że skutecznie konkurują oni z Microsoft na rynku programów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej. Wreszcie Microsoft zarzucił decyzji w sprawie *Microsoft*, że zbyt wąsko zdefiniowała rynek sąsiedni. Zdaniem Microsoftu okazałoby się, że konkurencja na tym rynku jest jeszcze bardziej prężna, gdyby rynek powiązany został określony szerzej, poprzez zaliczenie do niego systemów operacyjnych dla serwerów, które wykonują więcej funkcji niż tylko umożliwienie pracy większej liczby użytkowników na plikach przechowywanych na serwerze i korzystania ze wspólnych drukarek, a także funkcji weryfikacji prawa dostępu poszczególnych użytkowników do sieci oraz nadawania im zróżnicowanych uprawnień w zakresie operacji, które mogą wykonać pracując w sieci.

Komisja stała na stanowisku, że odmowa Microsoftu spowodowała ryzyko eliminacji wszelkiej efektywnej konkurencji na rynku sąsiednim systemów operacyjnych dla serwerów, oraz że ryzyko to jest poważne i że może się zmaterializować w nieodległej przyszłości. Ryzyko eliminacji efektywnej konkurencji oznacza, że konkurenci Microsoft zostaną zepchnięci do nisz rynkowych lub że ich działalność w ogóle przestanie przynosić zyski.

SPI po pierwsze nie podzielił stanowiska Microsoftu co do tego, że Komisja zdefiniowała granice rynku sąsiedniego zbyt wąsko. Sąd zgodził się z Komisją, że chociaż systemy operacyjne dla serwerów potrafią wykonywać jeszcze wiele innych funkcji niż te wskazane powyżej, to jednak uznał, że właśnie funkcje wskazane przez Komisję są absolutnie podstawowe i że systemy operacyjne dla serwerów pracy grupowej są zasadniczo projektowane i sprzedawane w celu dostarczenia tych właśnie podstawowych funkcji. Komisja zdołała zdaniem Sądu wykazać, że często te podstawowe funkcje są w szeregu organizacji biznesowych wykonywane przez serwery pracujące na platformie

¹⁰⁸ Ibidem, pkt 428.

Windows, podczas gdy do bardziej zaawansowanych zadań o strategicznym znaczeniu z punktu widzenia działalności danej organizacji (tzw. *business-critical tasks*) używane są serwery z zainstalowanym systemem operacyjnym UNIX. Sąd zwrócił uwagę, że ceny systemów operacyjnych różnią się istotnie w zależności od rodzaju zadań, które system ten ma dostarczać i że również Microsoft różnicuje w ten sposób ceny swoich programów operacyjnych dla serwerów. Przede wszystkim jednak różne wersje programów operacyjnych zapewniające różne funkcje, poczynając od wyżej wymienionych funkcji podstawowych aż po bardziej zaawansowane funkcje, zaspokajają różne potrzeby końcowych użytkowników. Stąd zdaniem Sądu Microsoft nie wykazał, że Komisja określiła granice rynku sąsiedniego zbyt wąsko¹⁰⁹.

Sąd oddalił ponadto zarzuty Microsoftu, że sposób obliczenia udziałów rynkowych poszczególnych uczestników rynku systemów operacyjnych dla serwerów obarczony jest błędami metodologicznymi oraz że zastosowana metoda nie pozwala na uzyskanie jakichkolwiek rzetelnych informacji na temat dominacji. Sąd bardzo szczegółowo przeanalizował zastosowaną metodę, doszedł do wniosku, że jej zastosowanie było uzasadnione, a ponadto zaznaczył, że kwestia dominacji Microsoftu nie została ustalona przez Komisję li tylko na podstawie wielkości udziału w rynku sąsiednim. Komisja słusznie zdaniem Sądu określiła pozycję Microsoftu jako dominującą, biorąc pod uwagę wysokie bariery wejścia na rynek systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej spowodowane efektami sieciowymi oraz brakiem interoperacyjności, jak również silnymi powiązaniem o charakterze handlowym i technologicznym pomiędzy tym rynkiem a rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Sąd zauważył zresztą słusznie, że to, czy Microsoft posiada pozycję dominującą na rynku sąsiednim systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej nie ma znaczenia dla ustalenia abuzywności odmowy, gdyż nawet przy braku takiej pozycji na rynku sąsiednim nie wpływa to na podstawowy zarzut tzw. lewarowania czy stosowania dźwigni (*leveraging*), czyli przenoszenia przez Microsoft swojej pozycji dominującej na rynku właściwym systemów operacyjnych dla komputerów osobistych na rynek sąsiedni systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej¹¹⁰. Pozycja na rynku sąsiednim nie ma znaczenia dla możliwości postawienia takiego zarzutu.

Co do zarzutu Microsoftu, iż Komisja wbrew wcześniejszemu orzecznictwu posłużyła się kryterium ryzyka wyeliminowania konkurencji a nie wysokiego prawdopodobieństwa wyeliminowania konkurencji, Sąd stwierdził, że jest to polemika czysto semantyczna, a sądy wspólnotowe nigdy nie stosowały takiego rozróżnienia. Sąd zauważył, że gdyby Komisja miała czekać z interwencją, aż konkurenci Microsoftu zostaną wyeliminowani z rynku lub powstanie takie bezpośrednie zagrożenie, to taka interpretacja stałaby w sprzeczności z celem art. 82 TWE, którym jest utrzymanie niezakłóconej konkurencji na rynku, a w szczególności zapewnienie, że konkurencja ta w ogóle nie zostanie wyeliminowana. Sąd zaznaczył, że w sprawie *Microsoft* Komisja miała wszelkie podstawy do szybkiej interwencji, gdyż ewentualna eliminacja konkurencji na rynku charakteryzującym się silnymi efektami sieciowymi byłaby trudna do odwrócenia. Sąd doprecyzował również wcześniejsze orzecznictwo w tym sensie, że uznał, iż na potrzeby wykazania naruszenia art. 82 TWE wystarczające jest wykazanie, że odmowa licencjonowania może spowodować skutek w postaci wyeliminowania efektywnej konkurencji na rynku, a nie jakiegokolwiek konkurencji. Sąd jednoznacznie stwierdził, że marginalna obecność

¹⁰⁹ Ibidem, pkt 494–532.

¹¹⁰ Ibidem, pkt 533–559.

konkurentów przedsiębiorcy dominującego w pewnych niszach rynkowych (tzw. *bonsai competition*) nie jest wystarczająca do stwierdzenia, że rynek jest konkurencyjny¹¹¹. Sąd po zapoznaniu się z analizą ewolucji rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej przed i po wprowadzeniu na rynek platformy Windows serii 2000 oraz z prognozami co do dalszego rozwoju tego rynku doszedł do wniosku, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu wskazując, iż gwałtowny wzrost udziału w rynku Microsoft kosztem systematycznie spadających udziałów w rynku jego konkurentów dowodzi istnienia ryzyka wyeliminowania efektywnej konkurencji na rynku programów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej¹¹².

(c) Kryterium nowego produktu

Microsoft podnosił, że w decyzji w sprawie *Microsoft* Komisja nie wykazała spełnienia warunku uniemożliwienia powstania nowego produktu, które jest konieczne dla stwierdzenia, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej ma charakter abuzywny i że zachodzą wyjątkowe okoliczności uzasadniające nałożenie na przedsiębiorstwo dominujące obowiązku udzielenia licencji. Microsoft podkreślał, że dodanie jednej cechy do produktu konkurenta nie może być uznane za stworzenie nowego produktu. Zdaniem Microsoftu przekazanie specyfikacji protokołów komunikacyjnych umożliwi jego konkurentom stworzenie systemów operacyjnych, które będą bezpośrednio konkurować z jego własnym produktem poprzez naśladowanie jego funkcjonalności. Microsoft podnosił, że zobowiązanie go do udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność platform nie tylko osłabi jego własną innowacyjność, ale również innowacyjność jego konkurentów, którzy przestaną być kreatywni i zaczną czekać „na gotowe”.

Sąd stwierdził, że odmowa udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych dla serwerów powinna być oceniana w świetle art. 82 lit. b) TWE, który za nadużywanie pozycji dominującej uznaje praktyki polegające na ograniczaniu produkcji, rynków zbytu lub postępu technicznego na szkodę konsumentów. Następnie Sąd przeanalizował orzeczenia w sprawach *Magill* oraz *IMS Health* i doszedł do wniosku, że praktyka w pierwszej ze spraw prowadziła do ograniczenia produkcji lub rynków na szkodę konsumentów, a w drugiej – do ograniczenia rozwoju rynku sąsiedniego na szkodę konsumentów. Sąd doszedł do przekonania, że uniemożliwienie powstania nowego produktu w rozumieniu orzeczeń w sprawach *Magill* i *IMS Health* nie jest jedynym wyznacznikiem tego, czy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może przynieść szkodę konsumentom w rozumieniu art. 82 lit. b) TWE. Taka szkoda może powstać nie tylko w przypadku ograniczania produkcji lub rynków zbytu, ale także postępu technicznego¹¹³. Sąd zgodził się zatem z założeniem Komisji, że kryterium uniemożliwienia powstania nowego produktu można interpretować szerzej jako kryterium ograniczenia postępu technicznego na szkodę konsumentów, aby wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności uzasadniających ingerencję prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej.

Sąd zgodził się ze stanowiskiem Komisji, że z powodu braku interoperacyjności coraz większa liczba konsumentów zostaje niejako „zamknięta” w środowisku Windows. Szkoda dla konsumentów polega na pozbawieniu ich w ten sposób możliwości wyboru,

¹¹¹ Ibidem, pkt 560–564.

¹¹² Ibidem, pkt 565–620.

¹¹³ Ibidem, pkt 643–647.

mimo że wielu z nich w ankietach przeprowadzonych przez Komisję wskazywało, że pod względem ważnych dla nich cech takich jak niezawodność czy bezpieczeństwo inne systemy operacyjne dla serwerów przewyższają system Windows. Ponadto Sąd podzielił pogląd Komisji, iż szkoda dla konsumentów polega też na tym, że odmowa Microsoftu udostępnienia specyfikacji protokołów komunikacyjnych zniechęca konkurentów Microsoftu do opracowywania własnych innowacyjnych rozwiązań, skoro konsumenci „zamknięci” w środowisku Windows nie będą mogli z nich skorzystać, nawet jeśli te innowacje dotyczyłyby tak ważnych dla konsumentów parametrów jak bezpieczeństwo, niezawodność, łatwość obsługi, szybkość przetwarzania danych itp.¹¹⁴.

Sąd nie zgodził się z twierdzeniem Microsoftu, że udostępnienie specyfikacji protokołów komunikacyjnych umożliwi proste sklonowanie jego produktu i że nie należy się spodziewać po konkurentach Microsoftu żadnych nowych innowacyjnych rozwiązań. Sąd przyznał rację Komisji, że nałożony na Microsoft obowiązek nie zawiera w sobie przekazania szczegółów implementacji protokołów komunikacyjnych, w tym kodu źródłowego, a jedynie specyfikacji tych protokołów, czyli opisu tego jak systemy operacyjne Windows komunikują się i ze sobą współpracują. Udostępnienie takiego opisu nie pozwala na proste skopiowanie Windows, co i tak nie leżałoby w interesie konkurentów, jak wskazał Sąd, gdyż przewagę konkurencyjną mogliby oni uzyskać tylko w przypadku odróżnienia się od produktów Microsoft pod względem różnych cech i parametrów¹¹⁵. Podsumowując, Sąd stwierdził, że odmowa Microsoftu przekazania informacji zapewniających interoperacyjność systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej ogranicza postęp techniczny na szkodę konsumentów i tym samym należy przyjąć, że w sprawie Microsoft spełnione zostało kryterium nowego produktu z testu *IMS Health*.

Na koniec wywodów odnośnie kryterium nowego produktu Sąd dodał, że z ugruntowanej linii orzeczniczej dotyczącej art. 82 TWE¹¹⁶ wynika, iż praktyki objęte zakresem tego przepisu nie tylko mogą powodować bezpośrednią szkodę u konsumentów, ale również mogą szkodzić im pośrednio poprzez osłabienie konkurencyjnej struktury rynku i że w tej konkretnej sprawie Microsoft naruszył efektywną konkurencyjną strukturę rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej poprzez uzyskanie znacznego udziału w tym rynku¹¹⁷. Teza ta wydaje się być pokłosiem nurtu szkoły ordoliberalnej w prawie ochrony konkurencji, która koncentrowała się głównie na zapewnieniu konkurencyjnej struktury rynku, a nie na rzeczywistych efektach ekonomicznych poszczególnych praktyk rynkowych. Wydaje się również, że teza ta stanowi pewien regres w stosunku do zapowiadanej przez Komisję reformy art. 82 TWE poprzez stosowanie bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu tego przepisu, czego wyrazem miał być dokument dyskusyjny dotyczący stosowania art. 82 TWE do praktyk wykluczających¹¹⁸.

(d) Kryterium braku obiektywnego uzasadnienia

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez ETS w orzeczeniu w sprawie *IMS Health*, jeżeli trzy pierwsze przesłanki pozytywne ustalonego w nim testu zostaną spełnione

¹¹⁴ Ibidem, pkt 650–653.

¹¹⁵ Ibidem, pkt 655–658.

¹¹⁶ Sąd powołał m.in. orzeczenia w sprawach 87/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, Zb. Orz. 1979, s. 461 oraz T-228/97 *Irish Sugar v. Commission*, Zb. Orz. 1999, s. II-2969.

¹¹⁷ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 664.

¹¹⁸ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, p. 21–23.

(tj. przesłanka niezbędności, eliminacji konkurencji i nowego produktu) wówczas odmowa przez przedsiębiorstwo dominujące udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej stanowi nadużycie jego pozycji dominującej na rynku, chyba że taka odmowa jest obiektywnie uzasadniona. Tak więc brak obiektywnego uzasadnienia dla odmowy stanowi czwartą negatywną przesłankę warunkującą wystąpienie wyjątkowych okoliczności uzasadniających ingerencję prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej. W tym samym orzeczeniu ETS przesądził, że o ile trzy pierwsze przesłanki pozytywne muszą zostać udowodnione przez Komisję, o tyle ciężar dowodu w zakresie zaistnienia czwartej przesłanki negatywnej spoczywa na przedsiębiorcy dominującym.

Microsoft jako obiektywne uzasadnienie swojej odmowy podniósł po pierwsze to, że informacje, których udostępnienia zażądała Komisja są chronione prawami własności intelektualnej, co samo w sobie powinno wystarczać za obiektywne uzasadnienie odmowy. Opracowanie protokołów komunikacyjnych wiązało się z dokonaniem znaczących inwestycji, informacje w nich zawarte są poufne, mają dużą wartość i charakteryzują się znaczącym ładunkiem innowacyjności. Po drugie, Microsoft uzasadniał odmowę tym, że udostępnienie informacji, które jego konkurenci wykorzystaliby do opracowania produktów konkurujących z produktami Microsoft, osłabiłoby innowacyjność Microsoftu, skoro musiałby się dzielić owocami swojej innowacyjności z konkurentami. Ponadto Microsoft zarzucał decyzji w sprawie *Microsoft* to, że jego uzasadnienie dla odmowy licencjonowania zostało odrzucone w wyniku zastosowania testu równoważenia innowacyjności, który nie znajduje oparcia w orzecznictwie. Zgodnie z tym testem odmowa udzielenia licencji narusza art. 82 TWE, jeśli udzielenie licencji przyczyniłoby się do wzrostu innowacyjności netto na całym rynku i jeśli takie pozytywne skutki przeważyłyby negatywne konsekwencje nałożenia obowiązku udzielenia licencji dla innowacyjności przedsiębiorcy dominującego. W szczególności Microsoft zarzucił temu testowi brak precyzji, nieprzewidywalność, oraz brak skwantyfikowania negatywnego wpływu obowiązku udostępnienia żądanych informacji na innowacyjność konkurentów firmy Microsoft. Microsoft podniósł, że Komisja nie podała jakichkolwiek wskazówek, które umożliwiłyby przedsiębiorcy dominującemu określenie, czy i kiedy jego odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może być uzasadniona potrzebą utrzymania zachęt do poszukiwania innowacyjnych rozwiązań. Microsoft kwestionował również powoływanie się przez Komisję w decyzji w sprawie *Microsoft* na warunki umowy jaką w 2001 r. zawarł z Departamentem Sprawiedliwości USA oraz z prokuratorami generalnymi dziewięciu stanów¹¹⁹. Microsoft podnosił, że zgodnie z tą umową miał obowiązek udzielenia licencji jedynie na pięć lat, z prawem do licencji wzajemnych na ulepszenia oraz na warunkach i za wynagrodzeniem wynegocjowanym z licencjobiorcą. Tymczasem w przypadku decyzji w sprawie *Microsoft* obowiązek udzielenia licencji jest bezterminowy, bez prawa do licencji wzajemnej oraz na warunkach i za wynagrodzeniem podlegających regulacji Komisji.

SPI w wyroku w sprawie *Microsoft* po pierwsze potwierdził rozkład ciężaru dowodu spoczywającego na stronach sporu. To na przedsiębiorcy dominującym ciąży obowiązek udowodnienia w postępowaniu administracyjnym przed Komisją, że jego odmowa licencjonowania była obiektywnie uzasadniona. Następnie na Komisji spoczywa ciężar dowodu w zakresie tego, że argumenty i dowody przedstawiane przez przedsiębiorcę dominującego nie zasługują na uwzględnienie i że w konsekwencji jego odmowa udzielenia licencji stanowiła nadużycie jego pozycji dominującej.

¹¹⁹ Więcej nt. umowy zob. W. Page, J. Lopatka, *The Microsoft Case...*, op. cit., p. 1–247.

Sąd w sprawie *Microsoft* uznał, że uzasadnianie przez Microsoft faktu odmowy tym, że protokoły komunikacyjne są chronione prawami własności intelektualnej, nie może w świetle orzeczeń *Magill* i *IMS Health* stanowić obiektywnego uzasadnienia odmowy udzielenia licencji. Stałoby to w sprzeczności z istotą tych orzeczeń, które przecież ustaliły wyjątek od zasady swobody udzielania licencji. Gdyby sam fakt odmowy miał być uzasadniany tym, że odmowa dotyczy praw własności intelektualnej, wyjątkowe okoliczności ustalone w orzeczeniach *Magill* i *IMS Health* nigdy nie znalazłyby zastosowania i w konsekwencji odmowa udzielenia licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej nigdy nie mogłaby naruszyć art. 82 TWE¹²⁰.

Sąd oddalił również argument o tym, że obiektywne uzasadnienie stanowi to, że udostępniana technologia jest poufna i innowacyjna, oraz że ma dużą wartość. Sąd nie dopatrywał się powodu, dla którego poufna technologia zasługuje na większy poziom ochrony niż informacje publicznie dostępne np. w trakcie procedury zgłoszenia patentu. Wartość technologii Microsoftu wynika zdaniem Sądu głównie z tego, że jest ona niezbędna konkurentom do przetrwania na rynku, a innowacyjny charakter technologii nie może tu stanowić usprawiedliwienia, gdyż oczywistym jest, że ochrona płynąca z praw własności intelektualnej przysługuje wyłącznie oryginalnym utworom czy rozwiązaniom o odpowiednim poziomie wynalazczości¹²¹.

Sąd podzielił stanowisko Komisji, która nie uwzględniła uzasadnienia Microsoftu sprowadzającego się do tezy, że udostępnienie informacji zapewniających interoperacyjność wpłynęłoby negatywnie na innowacyjność firmy Microsoft. Sąd doszedł do przekonania, że argumenty przedstawione przez Microsoft na poparcie tej tezy były ogólne, teoretyczne i nie odnosiły się do konkretnych produktów czy technologii¹²². Sąd stwierdził również, że podziela zdanie Komisji co do tego, że udostępnianie informacji zapewniających interoperacyjność jest normalną i powszechną praktyką rynkową i że Microsoft postępował zgodnie z tą praktyką do czasu uzyskania silnej pozycji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów pracy grupowej co świadczy o tym, że wcześniej nie uważał, iż udostępnianie informacji zapewniających interoperacyjność osłabia jego innowacyjność. Sąd wreszcie wskazał na oświadczenia złożone przez Microsoft w trakcie postępowania administracyjnego przed Komisją, zgodnie z którymi wykonywanie wyżej wymienionej umowy zawartej w USA nie wpłynęła ujemnie na jego innowacyjność.

Sąd ponadto stwierdził, że Microsoft niewłaściwie zinterpretował decyzję w sprawie *Microsoft*, dopatrując się w niej próby przeprowadzenia wspomnianego testu równowagi innowacyjności. Sąd stwierdził, że Komisja nie przeprowadziła takiego testu, a jedynie badała, czy uzasadnienie odmowy negatywnym wpływem udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność na innowacyjność Microsoftu przeważa nad wyjątkowymi okolicznościami ustalonymi przez Komisję w decyzji w sprawie *Microsoft*. Zdaniem Sądu Komisja doszła do negatywnej konkluzji, ale nie poprzez porównanie wpływu decyzji w sprawie *Microsoft* na innowacyjność tej firmy z wpływem na innowacyjność całego rynku. Komisja doszła zdaniem Sądu do takiej konkluzji po odrzuceniu zarzutów Microsoftu o tym, że udostępnienie informacji zapewniających interoperacyjność platform umożliwi im skopiowanie Windows oraz po stwierdzeniu, że udostępnianie tego typu informacji jest powszechną praktyką stosowaną przez inne firmy, w tym do pewnego czasu – również przez Microsoft¹²³. W konsekwencji Sąd stwierdził, że

¹²⁰ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 690.

¹²¹ *Ibidem*, pkt 693–695.

¹²² *Ibidem*, pkt 697–701.

¹²³ *Ibidem*, pkt 704–710.

Microsoft nie udowodnił, iż jego odmowa udostępnienia informacji zapewniających interoperacyjność systemu operacyjnego Windows z innymi systemami operacyjnymi dla serwerów pracy grupowej była obiektywnie uzasadniona.

6. Znaczenie wyroku w sprawie *Microsoft*

Wyrok w sprawie *Microsoft* niewątpliwie oznacza zwycięstwo Komisji w kilkuletniej batalii z Microsoft Corporation. Przedstawiciele Komisji bezpośrednio po wydaniu wyroku ostrożnie wypowiadali się na temat implikacji tego orzeczenia dla innych firm działających na rynkach nowych technologii¹²⁴ podkreślając, że sprawa *Microsoft* musi być oceniana ściśle w powiązaniu ze skomplikowanym stanem faktycznym w niej występującym, który niekoniecznie może wystąpić w innych sprawach.

Pojawiły się już, słuszne jak się wydaje, komentarze wskazujące na to, że wyrok w sprawie *Microsoft* nie oznacza żadnego przełomu jeśli chodzi o podejście w prawie wspólnotowym do kwestii odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej¹²⁵. Stanowi on raczej kontynuację dotychczasowej linii orzeczniczej sądów wspólnotowych, zwłaszcza w sprawach *Magill* i *IMS Health*. Przede wszystkim wyrok ten potwierdza regułę, zgodnie z którą nałożenie na przedsiębiorstwo dominujące obowiązku udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej może mieć charakter wyjątkowy, tylko w razie zajścia tzw. wyjątkowych okoliczności wskazujących na to, że odmowa licencjonowania może stanowić nadużycie pozycji dominującej. *Novum* stanowi to, chociaż nie zostało to wprost jednoznacznie wyrażone w wyroku, że Sąd *prima facie* wydaje się dopuszczać możliwość, iż lista wyjątkowych okoliczności ustalona w orzeczeniu w sprawie *IMS Health* nie ma charakteru wyczerpującego, a spełnienie wszystkich warunków testu *IMS Health* jest wystarczające, ale nie niezbędne, do uznania odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej za nadużycie pozycji dominującej.

Wyrok w sprawie *Microsoft* potwierdza kryteria ustalone w orzeczeniu w sprawie *IMS Health*, których łączne spełnienie warunkuje uznanie, że zaszyły wyjątkowe okoliczności uzasadniające ingerencję prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej. SPI niektóre z tych kryteriów doprecyzował, w szczególności kryterium nowego produktu oraz kryterium eliminacji konkurencji na rynku sąsiednim. Pojawiły się też głosy o tym, że Sąd obniżył poziom trudności w wykazaniu spełnienia tych dwóch kryteriów w porównaniu z orzeczeniem *IMS Health*, przez co może zachęcić przedsiębiorców do częstszych skarg na firmy dominujące, które odmawiają im udzielenia licencji na swoje prawa własności intelektualnej¹²⁶.

Jeżeli chodzi o kryterium niezbędności, wyrok w sprawie *Microsoft* potwierdził, że dostęp do informacji zapewniających interoperacyjność oprogramowania komputerowego jest niezbędny zwłaszcza w sytuacji, gdy jeden z programów staje się *de facto* standardem na rynku i którego pozycja jest wzmacniana przez efekty sieciowe charakterystyczne zwłaszcza dla rynków IT. Zapewnienie interoperacyjności jest zdaniem

¹²⁴ Zob. np. wystąpienie Komisarz N. Kroes, *Introductory remarks on CFI ruling on Microsoft's abuse of dominant market position*, wygłoszone na konferencji prasowej w Brukseli w dniu 17 września 2007 r., SPEECH/07/539.

¹²⁵ Zob. np. S. Wiking, C. Pouncey, J. Buhart, *Case comment - European Union: competition – refusal to supply*, EIPR 2008, No. 30(1), p. 1–2.

¹²⁶ Tak np. B. Batchelor, *The fallout from Microsoft: the Court of First Instance leaves critical IT industry issues unanswered*, CTRLR 2008, No. 14(1), p. 18 i 22.

Sądu istotne z punktu widzenia zaoferowania konsumentom możliwości wyboru oraz z punktu widzenia stymulowania innowacyjności na rynkach nowych technologii. Wydaje się w związku z tym, że Komisja skoncentruje prowadzone w przyszłości dochodzenia na rynkach technologii informatycznych właśnie na kwestii zapewnienia interoperacyjności. Niektórzy komentatorzy zwracają uwagę na to, że ingerencja antymonopolowa może być niejednokrotnie zbyt uciążliwa dla przedsiębiorcy dominującego zwłaszcza na rynku nowych technologii, gdzie postęp techniczny jest niezwykle dynamiczny i określony produkt stanowiący standard na rynku może w krótkim czasie zostać zastąpiony przez produkt oparty na zupełnie nowej technologii, wskutek czego dotychczasowy właściciel standardu gwałtownie utraci swoją pozycję dominującą na rynku¹²⁷.

Jeśli chodzi o kryterium eliminacji konkurencji na rynku sąsiednim SPI potwierdził, że Komisja nie musi wstrzymać się z interwencją, aż do czasu gdy konkurenci przedsiębiorcy dominującego zostaną wykluczeni z rynku i że wystarczy wykazać prawdopodobieństwo takiego wykluczenia, żeby kryterium to uznać za spełnione. Nowy element jaki się pojawił przy tej okazji to brak konieczności wykazywania, że odmowa udzielenia licencji spowoduje eliminację wszelkiej konkurencji na rynku – wystarczy, że Komisja wykaże prawdopodobieństwo marginalizacji konkurentów firmy dominującej, czyli eliminację wszelkiej efektywnej konkurencji. Obecność konkurentów w niszach rynkowych, czyli tzw. *bonsai competition*, nie będzie odtąd stanowić przeszkody w wykazaniu, że kryterium eliminacji konkurencji zostało w danej sprawie spełnione. Wydaje się, że w sprawach dotyczących dostępu do informacji zapewniających interoperacyjność z produktem dominującym na rynku wykazanie tego kryterium nie będzie skomplikowane.

Wyrok w sprawie *Microsoft* wzbudził dużo więcej kontrowersji w punkcie dotyczącym kryterium uniemożliwienia powstania nowego produktu. SPI zinterpretował treść tego kryterium w świetle art. 82 lit. b) TWE zakazującego przedsiębiorcom dominującym ograniczania produkcji, rynków zbytu i postępu technicznego na szkodę konsumentów i doszedł do wniosku, że uniemożliwienie powstania nowego produktu nie jest jedynym przypadkiem, w którym może dojść do naruszenia tego przepisu. Sąd uznał za wystarczające wykazanie, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej ograniczy postęp techniczny na szkodę konsumentów. W sprawie *Microsoft* nie chodziło bowiem o uniemożliwienie powstania nowego produktu należącego do innego rynku właściwego niż rynek systemów operacyjnych dla serwerów, ale o wypieranie z rynku konkurencyjnych produktów zawierających pewne nowe cechy lub funkcje korzystne dla konsumentów (lepsze parametry techniczne takie jak niezawodność, bezpieczeństwo, łatwość obsługi). Zatem można powiedzieć, że wyrok w sprawie *Microsoft* dokonał reinterpretacji kryterium nowego produktu wypracowanego w orzeczeniach *Magill* i *IMS Health* w ten sposób, że należy rozumieć pod tym pojęciem także taki produkt, który co prawda nie jest prostą kopią produktu firmy dominującej, ale jest jego modyfikacją czy ulepszeniem korzystnym dla konsumentów. Implikacje takiego rozumienia kryterium nowego produktu są daleko idące, szczególnie dla firm działających na rynku nowych technologii, gdzie rzadko można spotkać dwa produkty pochodzące od różnych producentów odznaczające się tym samym zestawem cech. Zdaniem niektórych komentatorów wyrok w sprawie *Microsoft* niebezpiecznie obniżył poprzeczkę, którą konkurenci przedsiębiorcy dominującego żądający od niego licencji na prawa własności intelektualnej będą musieli pokonać, aby wykazać spełnienie kryterium nowego produktu – wystarczy, że

¹²⁷ Tak np. D. Howarth, K. McMahon, "Windows has performed an illegal operation": the Court of First Instance's judgment in *Microsoft v. Commission*, ECLR 2008, No. 29(2), p. 121.

wykażą iż licencja jest im niezbędna do tego by mogli ulepszyć swoje produkty o nowe cechy cenione przez konsumentów¹²⁸. Takie podejście może niebezpiecznie naruszyć równowagę pomiędzy prawem ochrony konkurencji a prawami własności intelektualnej ustaloną w orzeczeniu *IMS Health* i rozszerzyć kategorię „wyjątkowych okoliczności”, w których ingerencja prawa ochrony konkurencji w prawa własności intelektualnej może być uzasadniona. Przy tej okazji warto wspomnieć, że wykazanie szkody dla konsumentów nie powinno być zabiegiem automatycznym. Niektórzy autorzy podnoszą, że opanowanie rynku przez produkt, który staje się standardem, na pewno zmniejsza możliwość wyboru przez konsumentów, ale niekoniecznie musi w ostatecznym rozrachunku być dla nich szkodliwe. Może się bowiem okazać, że opracowanie produktów kompatybilnych z produktem stanowiącym standard będzie tańsze niż gdyby producenci produktów komplementarnych mieli je produkować w kilku wersjach. Na tej samej zasadzie więcej innowacyjności nie musi oznaczać automatycznie więcej korzyści dla konsumentów – nadmierne nakłady na badania i rozwój mogą przekładać się na zjawisko wyścigu w patentowaniu wynalazków, co nie musi oznaczać zwiększenia dobrobytu konsumentów¹²⁹. Komentatorzy zwracają uwagę również na to, że trudno jest przesądzić *ex ante* czy udzielenie licencji rzeczywiście spowoduje, że konkurenci zaczną udoskonalać swoje produkty i sprzedawać je na rynku po konkurencyjnej cenie i czy będzie popyt na te ulepszone produkty wśród konsumentów. W związku z tym nakładanie obowiązku udzielenia licencji w oparciu o tego rodzaju spekulacje może okazać się posunięciem zbyt daleko idącym¹³⁰. Sąd doszedł do wniosku, że udzielenie licencji zwiększy innowacyjność konkurentów Microsoftu, bowiem będą oni musieli ulepszać swoje produkty po to by je odróżnić od produktów Microsoftu, gdyż inaczej nie będą w stanie z Microsoftem konkurować. Wydaje się jednak, że nie można wykluczyć sytuacji, w której nałożenie obowiązku udzielenia licencji na przedsiębiorcę dominującego przyniesie skutek polegający na tym, że jego konkurenci ograniczą się do skopiowania jego produktów, gdyż będą mogli konkurować z nim ceną, a niekoniecznie nowymi, lepszymi parametrami produktu.

Jeżeli chodzi o kryterium braku obiektywnego uzasadnienia, wyrok w sprawie *Microsoft* wyjaśnił, jak rozkłada się ciężar dowodu pomiędzy stronami sporu w tym zakresie. Sąd stwierdził, że to na przedsiębiorcy dominującym spoczywa ciężar dowodu co do tego, że jego odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej była uzasadniona. Niewątpliwie przeprowadzenie takiego dowodu, zwłaszcza w zakresie kwantyfikowania korzyści dla konsumentów czy kosztów dla przedsiębiorcy dominującego, jest skomplikowane i kosztowne. Wyrok w sprawie *Microsoft* jednoznacznie potwierdził, że niewystarczające jest uzasadnianie odmowy licencjonowania poprzez powołanie się na ochronę wynikającą z praw własności intelektualnej czy poprzez przedstawianie ogólnych tez o ryzyku zmniejszenia innowacyjności przedsiębiorcy dominującego. Nie ma też znaczenia, czy informacje chronione prawami własności intelektualnej są poufne i innowacyjne, a także czy mają dużą wartość, choć warto przy tym wspomnieć, że Prezes SPI wydając zarządzenie odmawiające zawieszenia wykonania decyzji w sprawie *Microsoft* stwierdził, że Sąd w głównym postępowaniu powinien rozważyć, czy powinno się odróżniać takie przypadki, jak *Magill* i *IMS Health*, gdzie informacje chronione pra-

¹²⁸ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 18.

¹²⁹ Więcej nt. kryterium nowego produktu i szkody dla konsumentów na przykładzie decyzji w sprawie *Microsoft* zob. F. Lévêque, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, *World Competition* 2005, No. 28(1), p. 71–91.

¹³⁰ Tak np. D. Howarth, K. McMahon, *“Windows has performed an illegal operation”...*, op. cit., p. 122.

wami autorskimi były w publicznej domenie i nie niosły jakiegoś szczególnego ładunku innowacyjności, od sytuacji takiej, jak w sprawie *Microsoft*, gdzie chodziło o informacje poufne o dużej wartości zarówno dla Microsoftu, jak i jego konkurentów¹³¹. Niestety wyrok w sprawie *Microsoft* nie daje wielu wskazówek, jak należy uzasadniać odmowę licencjonowania, aby wykazać, że w danej sprawie nie występują wyjątkowe okoliczności uzasadniające narzucenie obowiązku licencjonowania na przedsiębiorcę dominującego. SPI określił jednak, że po przedstawieniu obiektywnego uzasadnienia odmowy przez przedsiębiorcę dominującego, ciężar dowodu w zakresie tego, że uzasadnienie jest niewystarczające, przechodzi na Komisję. Taki rozkład ciężaru dowodu, choć wydaje się słuszny, pozostawia Komisji ostatnie słowo w sporze przed sądem. Wydaje się, że w sprawach o szczególnie skomplikowanym stanie faktycznym, przy takim rozkładzie ciężaru dowodu i przy ograniczonej możliwości sądów do weryfikowania analiz ekonomicznych przedstawionych przez strony w sprawie, niejednokrotnie trudno będzie przedsiębiorcy dominującemu wykazać, że oceny organu ochrony konkurencji są oczywiście błędne i na tej podstawie doprowadzić do uchylenia przez sąd niekorzystnej dla siebie decyzji.

Warto również podkreślić, że SPI określając w wyroku w sprawie *Microsoft* przesłanki powstania odpowiedzialności za naruszenie pozycji dominującej poprzez odmowę udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej nie czyni rozróżnienia pomiędzy przypadkami zaprzestania dotychczasowej praktyki udzielania takich licencji oraz przypadkami odmowy udzielenia licencji po raz pierwszy¹³². Wydaje się, że takie podejście jest słuszne i nie ma uzasadnienia dla tego, by przypadki zaprzestania licencjonowania traktować bardziej surowo niż przypadki odmowy udzielenia licencji *de novo*. Gdyby przyjąć założenie przeciwne o tym, że sam fakt istnienia wcześniejszych relacji kontraktowych uzasadnia surowsze traktowanie przedsiębiorcy dominującego w przypadku ich zerwania, wówczas takie podejście zniechęcałoby przedsiębiorców do udzielania licencji w ogóle i nakazywałoby firmom daleko posuniętą ostrożność zanim udziela pierwszej licencji komukolwiek, a przecież udzielanie licencji leży w interesie konkurencji jako takiej. Wydaje się, że zwłaszcza na rynkach nowych technologii, które zmieniają się szybko, nie zawsze musi być zasadne zmuszanie przedsiębiorcy do utrzymywania istniejących relacji handlowych. Niewątpliwie jednak fakt wcześniejszego udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej, tak jak to miało miejsce w przypadku Microsoftu, który stosował w przeszłości odmienną strategię niż na przykład jego konkurent Apple i udostępniał informacje zapewniające interoperacyjność z platformą Windows, czyni trudniejszym uzasadnienie odmowy udzielenia kolejnej licencji za pomocą argumentu o negatywnym wpływie udzielania licencji na innowacyjność przedsiębiorcy dominującego.

Wyrok w sprawie *Microsoft* z całą mocą podkreślił istniejące już wcześniej rozbieżności w ocenie przypadków odmowy udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej w UE i USA przez sądy i organy ochrony konkurencji po obu stronach Atlantyku. Jeszcze w dniu wydania wyroku asystent Prokuratora Generalnego USA z Wydziału Antytrustowego w Departamencie Sprawiedliwości Thomas Barnett wyraził pogląd, że wyrok wydany w sprawie *Microsoft* może spowodować niefortunne konsekwencje dla konsumentów w postaci „schłodzenia” innowacji i osłabienia konkurencji oraz że celem prawa konkurencji powinien być dobrobyt konsumentów a nie ochrona

¹³¹ Zob. postanowienie Prezesa SPI z 22.12.2004 r. w sprawie T-201/04 R *Microsoft Corporation v. Commission*, Zb. Orz. 2004, s. II-4463, pkt 207.

¹³² B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 17.

konkurentów¹³³. Ta wypowiedź spotkała się z gwałtowną krytyczną reakcją Komisarzy ds. konkurencji KE Neelie Kroes. Warto przy okazji zaznaczyć, że o ile Departament Sprawiedliwości USA nakazał firmie Microsoft w ramach wcześniej wspomnianej umowy udzielić licencji na prawa własności intelektualnej, to ten nakaz był jedynie remedium służącym usunięciu skutków innych naruszeń prawa konkurencji przez Microsoft. Tymczasem Komisja w decyzji w sprawie *Microsoft* uznała, że odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej przez Microsoft stanowi naruszenie prawa ochrony konkurencji samo w sobie¹³⁴.

Zarówno wyrok, jak i decyzja w sprawie *Microsoft* w istocie koncentrują się na ochronie konkurencyjnej struktury rynku, co jest przejawem wpływu tzw. szkoły ordoliberalnej¹³⁵ na myślenie o prawie konkurencji. Według ordoliberalistów zadaniem prawa konkurencji miało być powstrzymanie przedsiębiorstw przed używaniem siły rynkowej w celu naruszenia konkurencyjnej struktury rynku¹³⁶. Kluczowymi pojęciami w myśli ordoliberalnej były: wolność gospodarcza, szczególnie odpowiedzialność przedsiębiorstw dominujących, nacisk raczej na utrzymanie konkurencyjnej struktury rynku niż na rzeczywisty wpływ działań przedsiębiorstw na ceny i dobrobyt konsumentów. To klasyczne podejście do kwestii nadużywania pozycji dominującej wpływało przez całe lata na orzecznictwo sądów wspólnotowych. Tymczasem w Stanach Zjednoczonych spotkało się ono z krytyką jako kładące zbyt wielki nacisk na ochronę konkurentów zamiast na ochronę konkurencji. Obrazowo wyjaśnia tę różnicę porównanie jednego z urzędników Departamentu Sprawiedliwości, który stwierdził, że o ile w USA dopuszcza się, by firmy zachowywały się na rynku „po kowbojsku”, o tyle UE oczekuje od swoich przedsiębiorców, że będą konkurować „jak dżentelmeni”¹³⁷. Tak narodziło się podejście w amerykańskim prawie konkurencji zorientowane nie tyle na ochronę konkurencyjnej struktury rynku, ile na dobrobyt konsumentów. Wyrazicielem tego podejścia była tzw. szkoła chicagowska, która uznała zapewnienie dobrobytu konsumentów za nadrzędny cel prawa ochrony konkurencji¹³⁸. Jej przedstawiciele podkreślali, że nie zawsze działania przedsiębiorcy dominującego kwalifikowane jako abuzywne (np. w postaci udzielenia rabatu lojalnościowego) będzie miało rzeczywiste negatywne wpływy na konsumentów. Tak więc automatyczne kwalifikowanie pewnej formy działania jako nadużycia pozycji dominującej, nieopowiedzone rzetelną analizą ekonomiczną, nie tylko może pozostawać w oderwaniu od rzeczywistych skutków danego działania na rynku, ale też hamować działania prokonkurencyjne. To podejście amerykańskich organów ochrony konkurencji i sądów skoncentrowane nie na formie działania rynkowego, ale na jego skutku dla konsumentów początkowo zostało odrzucone w Europie¹³⁹. W 2005 r., na

¹³³ T. Barnett, *Statement on European Microsoft Decision*, 17.09.2007, <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.

¹³⁴ Zob. więcej na temat tej różnicy w podejściu do spraw *Microsoft* w Stanach Zjednoczonych i w Europie, w: R.H. Pate, *Competition and Intellectual Property in the US: Licensing Freedom and the Limits of Antitrust*, w: *European Competition Law Annual 2005...*, red. C. Ehlermann, I. Atanasiu, p. 49–58.

¹³⁵ Tzw. szkoła ordoliberalna została stworzona przez prawników i ekonomistów pracujących w latach 60. na Uniwersytecie we Freiburgu.

¹³⁶ L.L. Gormsen, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, *The Competition Law Review* 2006, No. 2(2), p. 9–18.

¹³⁷ J. McDonald, *Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>.

¹³⁸ Zob. szerzej W. Wurmnest, *The Reform of Article 82 in the Light of the „Economic Approach”*, w: *Article 82 EC: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, red. J. Drexler, B. Conde Gallego, S. Enchelmaier, M.-O. Mackenrodt, Berlin, Heidelberg 2007.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 17–18.

fali modernizacji dotyczącej stosowania przepisów o kontroli koncentracji oraz art. 81 TWE, polegającej na stosowaniu pogłębionej analizy ekonomicznej przed wydaniem decyzji w sprawach wszczynanych na podstawie tych przepisów, Komisja zdecydowała się przedstawić do publicznej konsultacji dokument na temat stosowania art. 82 TWE do przypadków nadużycia pozycji dominującej o charakterze praktyk wykluczających¹⁴⁰. Jeszcze przed opublikowaniem tego dokumentu Komisarz ds. konkurencji KE Neelie Kroes zapowiedziała zmianę w stosowaniu art. 82 TWE i położenie nacisku na te przejawy nadużycia pozycji dominującej, które mają rzeczywisty albo prawdopodobny skutek w postaci zakłócenia konkurencji. Po raz pierwszy też stwierdziła, że nadrzędnym celem prawa konkurencji jest zapewnienie dobrobytu konsumentów, w czym widać reminiscencje poglądów szkoły chicagowskiej. Wydaje się jednak, że wyrok w sprawie *Microsoft* niekoniecznie zmierza w kierunku nowego bardziej ekonomicznego podejścia w stosowaniu art. 82 TWE zapowiadanego przez Komisję¹⁴¹.

Na koniec warto jeszcze zastanowić się nad implikacjami wyroku w sprawie *Microsoft* dla przedsiębiorstw, również tych działających na rynkach nowych technologii. Po pierwsze wydaje się, że każda potencjalna decyzja o odmowie przez przedsiębiorcę dominującego udzielenia konkurentowi licencji na prawa własności intelektualnej powinna być dokładnie przeanalizowana w kontekście ryzyka związanego z ewentualnym naruszeniem prawa ochrony konkurencji. To ryzyko wydaje się być większe niż przed wydaniem decyzji w sprawie *Microsoft* albowiem test pozwalający na uznanie, że zachodzą w sprawie wyjątkowe okoliczności pozwalające uznać taką odmowę za działanie abuzywne wydaje się być w tej chwili łatwiejszy do spełnienia, szczególnie w zakresie kryterium nowego produktu (ograniczania postępu technicznego) oraz kryterium eliminacji konkurencji. Niestety wyrok w sprawie *Microsoft* nie daje jednoznacznych wskazówek co do tego kiedy odmowa udzielenia licencji będzie obiektywnie uzasadniona i jak takie uzasadnienie przeprowadzić. Po drugie wydaje się, że z uwagi na specyfikę rynków nowych technologii charakteryzujących się występowaniem efektów sieciowych, standardów przemysłowych, oraz rosnącego znaczenia interoperacyjności produktów komplementarnych, firmy działające na tym rynku będą w najbliższym czasie przedmiotem szczególnego zainteresowania organów ochrony konkurencji, przynajmniej w Europie. Może przy tym dojść do nasilenia się zjawiska polegającego na tym, że firmy ze Stanów Zjednoczonych będą wnosić skargi na inne firmy z tego samego kraju do Komisji, która wydaje się *forum* bardziej otwartym na badanie tego rodzaju przypadków niż organy ochrony konkurencji i sądy odpowiedzialne za egzekwowanie prawa antytrustowego w USA. Po trzecie jednak, chociaż sprawa *Microsoft* – jak wskazywali sami przedstawiciele Komisji – może być oceniana wyłącznie w ścisłym związku ze stanem faktycznym w niej występującym i w szczególności w kontekście wyjątkowej superdominacji Microsoftu na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, to jednak wydaje się, że te twierdzenia miały głównie na celu uspokojenie przedsiębiorców zaniepokojonych ewentualnym nasileniem ingerencji prawa antymonopolowego w ich własność intelektualną. Niestety dopiero czas pokaże, czy skutki polityki prowadzonej przez Komisję i wyrażonej w Decyzji *Microsoft* dla innowacyjności firm, szczególnie tych działających na rynkach nowych technologii, będą pozytywne czy wprost odwrotnie – negatywne. Choć każdy przypadek powinien być rozstrzygany przy uwzględnieniu konkretnego stanu faktycznego, którego

¹⁴⁰ Zob. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

¹⁴¹ Tak np. D. Howarth, K. McMahon, "Windows has performed an illegal operation"..., op. cit., p. 125, 130–131.

charakterystyka może wpłynąć na ostateczną ocenę tego przypadku, to jednak dobrze byłoby, gdyby organy ochrony konkurencji w imię zwiększenia pewności prawa wśród przedsiębiorców opracowały wskazówki zawierające zestaw domniemań czy założeń, które oczywiście podlegałyby ewentualnemu obaleniu w postępowaniu dowodowym i które pozwoliłyby ocenić przedsiębiorcom, czy odmowa udzielenia licencji na prawa własności intelektualnej będzie miała znaczący skutek negatywny netto dla innowacji i czy obowiązek licencjonowania w danym przypadku będzie miał znaczący skutek pozytywny netto dla innowacji. W literaturze zaczęły pojawiać się pewne interesujące propozycje na ten temat¹⁴², warto więc wyrazić nadzieję, że zapowiadane Wytoczne Komisji dotyczące stosowania art. 82 TWE zaadresują choćby po części ten problem.

¹⁴² Zob. np. E. Fox, *Monopolization, Abuse of Dominance, and Refusal to License Intellectual Property to Competitors – Do Antitrust Duties Help or Hurt Competition and Innovation? How Do We Know?*, w: *European Competition Law Annual 2005...*, red. C. Ehlermann, I. Atanasiu, p. 634–645.

Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows z oprogramowaniem użytkowym Windows Media Player

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest wpływ sprawy *Microsoft* na status praktyk polegających na łącznej sprzedaży dwóch odrębnych produktów przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą na rynku, ze szczególnym uwzględnieniem rynku technologii informatycznych. Decyzją z dnia 24.03.2004 r.¹ (dalej jako decyzja w sprawie *Microsoft*) Komisja Europejska (KE lub Komisja) uznała, że uzależniając udostępnienie systemu operacyjnego Windows dla klientów indywidualnych (Windows) od równoczesnego nabycia programu Windows Media Player (WMP), Microsoft naruszył art. 82 TWE. Wyrokiem z dnia 17.09.2007 r. Sąd Pierwszej Instancji (SPI) oddalił odwołanie Microsoft od przedmiotowej decyzji, uznając że Komisja prawidłowo zastosowała art. 82 TWE do opisanej powyżej praktyki.²

Zagadnienie dopuszczalności wiązania systemu operacyjnego Windows z aplikacją użytkową do odtwarzania plików audio/video (A/V) na komputerach PC jest – od daty wszczęcia postępowania przez Komisję – przedmiotem ożywionej dyskusji praktyki i doktryny³, i – choć zdaje się wywoływać mniejsze zainteresowanie niż obowiązek udzielenia licencji – wywołuje więcej kontrowersji.

¹ Zob. Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), w pełnej wersji notyfikowana dokumentem C(2004)900 final (www.europa.eu/int/comm/competition/index_en.html). W wersji skróconej opublikowana jako decyzja Komisji z 24.3.2004 r. odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corporation, Dz.Urz. UE 2007 L 32/23.

² Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 814–1229; w wersji polskiej zob. niżej; w wersji angielskojęzycznej zob. <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>.

³ Por.: M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, PPE 2005, nr 1, s. 45–66; D. Kasprzycki, *The abuse of dominant position on the software market. The Microsoft example*, w: red. A. Matlak, *Recent developments in IP law*, ZNUJ – Prace Instytut Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2007, z. 99, s. 139–152; D. Ridyard, *Tying and bundling – cause for complaint*, ECLR 2005, No. 26(6), p. 316–319; J. Appeldoorn, *He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, super dominance and article 82 EC*, ECRL 2005, No. 26(12), p. 653–658; J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player remedy in its Microsoft decision: compulsory code removal despite absence of tying or foreclosure*, ECLR 2004, No. 25(11), p. 694–707; D. Lim, *Beyond Microsoft: intellectual property, peer production and the law's concern with market dominance*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 2008, Vol. 18, p. 291;

Podjęta w niniejszym opracowaniu próba oceny wyroku w sprawie Microsoft w zakresie sprzedaży wiązanej rozpoczyna się od wyjaśnienia istoty tego rodzaju zachowań przedsiębiorców i motywów, jakie towarzyszą ich podejmowaniu (pkt 2) oraz pozytywnych i negatywnych skutków z punktu widzenia konkurencji (pkt 3). To swego rodzaju właściwe wprowadzenie do problematyki sprzedaży wiązanej stanowi podstawę, na tle której przedstawiono status tej praktyki w prawie ochrony konkurencji w ogóle (pkt 4) oraz we wspólnotowym prawie konkurencji, wg stanu sprzed wydania orzeczenia SPI z 17.09.2007 r. (pkt 5). Właściwy komentarz do tej części przedmiotowego wyroku, która dotyczy łączenia systemu operacyjnego Windows z odtwarzaczem multimedialnym Windows Media Player oraz podjętych przez Komisję środków zaradczych zawierają pkt 6 i 7. Całość zamyka podsumowanie, zawierające konkluzje odnoszące się do wpływu orzeczenia na status sprzedaży wiązanej we wspólnotowym prawie konkurencji oraz skutków dla rynku technologii informatycznych.

2. Sprzedaż wiązana i sprzedaż pakietowa – pojęcie, formy, skutki

Sprzedaż wiązana (*tying*) i sprzedaż pakietowa (*bundling*) to dwa terminy używane w prawie konkurencji dla określenia rozpowszechnionego w gospodarce zjawiska, jakimi są transakcje wiązane. Polegają one na łącznej sprzedaży dwóch lub więcej towarów⁴. Jako przykłady praktyk tego rodzaju wskazuje się sprzedaż: określonych przez restauratora zestawów obiadowych, zamiast wyboru à la carte; przelotu z posiłkiem; noclegu z wyżywieniem; samochodu (z oponami, klimatyzacją, silnikiem itp.); zestawu komputerowego; komputera z oprogramowaniem; telefonu z abonamentem; pakietu programów telewizji kablowej lub satelitarnej; usług telekomunikacyjnych typu 2 lub 3 w jednym (telefon i Internet, telefon, Internet i telewizja); zestawów w restauracjach szybkiej obsługi⁵. Przedmiotem łącznej sprzedaży mogą być dwa towary (pistolet i naboje, samochód i opony) lub dwie usługi (transport i rozładunek) bądź towar i usługa (cukier i transport, części zamienne i usługa naprawy)⁶. Transakcje wiązane stosowane są zarówno w obrocie detalicznym, jak i w obrocie hurtowym. Wykorzystywane są w organizowaniu i zarządzaniu siecią dystrybucji⁷.

M. Betts, *United States versus Microsoft: a case study*, Oklahoma Journal of Law & Technology 2007, Vol. 3, p. 35; J.F. Ponsoldt, Ch.D. David, *A comparison between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft: when should the bundling of computer software be permitted?*, Northwestern Journal of International Law and Business 2007, Vol. 27, p. 421; S. Mota, *Hide it or unbundle it: a comparison of the antitrust investigations against Microsoft in the U.S. and the E.U.*, Pierce Law Review 2005, Vol. 3, p. 183; B. Canetti, *Microsoft champions intellectual property rights and loses to European Union competition law: proceeding under article 82 of the EC Treaty between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft Case Comp/C-3/37.792 Microsoft, March 24, 2004*, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy 2004, p. 171; J. Apon, *Cases against Microsoft: similar cases, different remedies*, ECLR 2007, No. 28(6), p. 327–336.

⁴ Pojęcie towarów używane jest w niniejszej publikacji w rozumieniu art. 4 pkt 7 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331), a zatem oznacza ono rzeczy i usługi. Słowo „towar” jest używane zamiennie z wyrazem „produkt”.

⁵ Por. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, Oxford 2006, p. 477;

⁶ I. van Beal, J.-F. Bellis, *Competition law of the European Community*, Hague 2005, p. 967; C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, Oxford 2007, p. 372.

⁷ B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms? A survey of the economic literature*, 1 Journal of Competition Law & Economics 707, 2005, p. 707.

Praktyki polegające na stosowaniu transakcji wiązanych omawiane są w podręcznikach z zakresu prawa konkurencji wspólnie, ze względu na identyczne zagrożenia, jakie stanowią dla konkurencji⁸ i wspólną cechą w postaci wskazanego powyżej „wiązania”. Nie można jednak obu terminów (sprzedaż wiązana i sprzedaż pakietowa) używać zamiennie⁹, ponieważ praktyki polegające na wiązaniu przybierają różną postać¹⁰. Ewolucja systemu prawnego i gospodarczego doprowadziła zaś do wyodrębnienia z pojemnej kategorii oznaczanej mianem sprzedaży wiązanej, szczególnych jej postaci. Aktualnie sprzedaż wiązana i sprzedaż pakietowa są zatem desygnatami określonych form wiązania. Dlatego na użytek niniejszego opracowania przyjęto, że sprzedaż wiązana i sprzedaż pakietowa to dwie formy zachowań przedsiębiorców zaliczanych do praktyk, których wspólną cechą jest „łączna sprzedaż więcej niż jednego towaru”¹¹.

Praktyki polegające na wiązaniu klasyfikowane są na różne sposoby. Według jednego z przyjmowanych podziałów należy wyróżnić: 1) klasyczną sprzedaż pakietową (*pure bundling*); 2) sprzedaż wiązaną (*tying*) oraz 3) mieszaną sprzedaż pakietową (*mixed bundling*)¹². Klasyfikacja ta opiera się na – jak się wydaje – ekonomicznym postrzeganiu wiązania jako strategii funkcjonowania na rynku. **Klasyczna sprzedaż pakietowa (*pure bundling*)** polega na sprzedaży więcej niż jednego towaru w pakiecie z innym towarem, jeżeli żaden z elementów składowych pakietu nie jest oferowany przez przedsiębiorcę samodzielnie¹³. Jeżeli nabywca chce kupić towar A, musi od razu kupić produkt B, ponieważ towar A oferowany jest tylko i wyłącznie z towarem B, zaś towar B tylko z towarem A. Jako przykłady takiego rodzaju wiązania wskazuje się sprzedaż zestawów obiadowych, sprzedaż opakowania szamponu z opakowaniem odżywką, długopisu, samochodu¹⁴. Zarówno z ekonomicznego, jak i prawnego punktu widzenia mamy do czynienia z jedną transakcją (czynnością prawną). **Sprzedaż wiązana (*tying*)** polega na uzależnieniu zbycia jednego towaru (wiążącego) od nabycia innego towaru (związanego)¹⁵. Występuje wówczas, gdy przynajmniej niektóre z elementów pakietu

⁸ Jako odrębne praktyki zaliczane do tej samej – z uwagi na skutki – kategorii traktują *tying* i *bundling* R. O'Donoghue, A.J. Padilla: *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 477 ff.

⁹ Tak np. P.J. Slot, A. Johnston, *An introduction to competition law*, Oxford-Portland Oregon 2006, Hart Publishing, p. 131–132, tak również SPI, który punkt C uzasadnienia zatytułował jako “The bundling of Windows Media Player with the Windows client PC operating system”, a następnie zamiennie używa zwrotów *tying* i *bundling*.

¹⁰ Klasyczne wiązanie polega na uzależnieniu sprzedaży jednego produktu od kupienia innego produktu, por. J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 697.

¹¹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 477 ff.

¹² J. Langer, *Tying and bundling as a leveraging concern under EC competition law*, Alphen aan den Rijn 2007; P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, Competition Law Insight 2006, No. 6, p. 3.

¹³ J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 5; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 477; D. Ridyard, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 316; B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...*, op. cit., p. 710; A. Devlin, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, 44 American Business Law Journal 521, Fall 2007, p. 523; J.F. Ponsoldt, Ch.D. David, *A comparison between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft...*, op. cit., p. 424.

¹⁴ R. O'Donoghue, A. J. Padilla: *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 477; D. Ridyard, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 316. Przykłady te są odpowiednie, ale tylko pod warunkiem, że żaden z łączonych produktów nie jest oferowany przez przedsiębiorcę stosującego wiązanie samodzielnie, np. kupując lunch w restauracji nie można kupić potrawy wchodzącej w skład zestawu; zob. również dec. KE w sprawie *Napiier Brown/British Sugar*, Dz.Urz. WE 1988 L 284/41, gdzie nabywcy cukru nie mogli samodzielnie go odebrać i przewieźć, lecz musieli korzystać z transportu oferowanego przez producenta cukru.

¹⁵ A. Devlin, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, op. cit., p. 523; J.F. Ponsoldt, Ch.D. David, *A comparison between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft...*, op. cit., p. 423; Ch.R. Leslie, *Tying conspiracies*, 48 William and Mary Law Review, May 2007, No. 2247, p. 2250; D. Kasprzycki, *The abuse of dominant position...*, op. cit., p. 146.

sprzedawane są odrębnie (produkty związane), podczas gdy inne (produkty wiążące), oferowane są tylko z produktami związanymi¹⁶. Wówczas nabywca zainteresowany produktem wiążącym musi także kupić produkt związany, podczas gdy nabywca zainteresowany tylko produktem związanym może nabyć go oddzielnie. Innymi słowy, sprzedaż wiązana (*tying*) polega na uzależnieniu sprzedaży¹⁷ produktu A od kupna produktu B, przy czym produkt B sprzedawany jest także samodzielnie (bez produktu A), zaś zainteresowany produktem A musi także nabyć produkt B (abonent telewizji kablowej może zamówić podstawowy pakiet programów telewizji kablowej (B) razem z pakietem premium (A), ale bez wykupienia abonamentu na pakiet podstawowy (B) nie można oglądać programów z pakietu premium (A)). Niekiedy sprzedaż wiązaną odróżnia się od sprzedaży pakietowej w ten sposób, że ta ostatnia występuje wówczas, gdy nie ma alternatywnych dostawców towarów sprzedawanych w pakiecie, co powoduje, że konsument zainteresowany towarem A lub B musi kupić pakiet składający się z obu towarów¹⁸. **Mieszana sprzedaż pakietowa (*mixed bundling*)** występuje wówczas, gdy towary A i B można kupić zarówno w pakiecie, jak i samodzielnie, przy czym kupno pakietu jest korzystniejsze dla nabywcy¹⁹. W ramach mieszanej sprzedaży pakietowej wyróżnia się dodatkowo pakiety cenowe (*price bundling*) i produktowe (*product bundling*)²⁰. O tych pierwszych można mówić, gdy motywacją do kupna pakietu ma charakter finansowy, gdyż kupno poszczególnych elementów wchodzących w skład pakietu, nawet u tego samego dostawcy, jest droższe. Drugi z przedstawionych powyżej rodzajów mieszanej sprzedaży pakietowej charakteryzuje się tym, że towary A i B zostają zintegrowane w jeden produkt.

Według alternatywnej klasyfikacji, łączona sprzedaż dwóch odrębnych produktów może przybierać postać **wiązania umownego** (zwanego także kontraktowym), **ekonomicznego** (zwanego także handlowym lub gospodarczym) lub **technologicznego** (zwanego także technicznym). Klasyfikacja ta, choć miejscami podobna do przedstawionej powyżej, wydaje się bliższa naukom prawnym, koncentrując się na formie, jaką przybiera wiązanie. **Wiązanie umowne** polega na tym, że zawarcie umowy sprzedaży jednego towaru uzależnione jest od zawarcia umowy sprzedaży drugiego towaru²¹. Producent może przy tym uzależniać sprzedaż jednego produktu od kupna drugiego (klasyczny *tying*)²² lub sprzedawać dwa produkty tylko razem, w jednym pakiecie (*bundling*). **Wiązanie ekonomiczne** polega na tym, że dostawca stosuje system zachęt, który ma skłonić nabywcę do kupienia obu oferowanych w pakiecie towarów za pomocą rabatów lub innych korzystnych warunków transakcji (np. pierwszeństwo w realizacji dostaw)²³ albo za pomocą groźby, np. odmowy honorowania gwarancji²⁴. W przedstawionym ujęciu

¹⁶ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 477.

¹⁷ J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 5–6; J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 697.

¹⁸ B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...*, op. cit., p. 710.

¹⁹ J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 5; R. O'Donoghue, A. J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 478 i 500; B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...*, op. cit., p. 711. Zalicza się do nich sprzedaż biletów na cały sezon, zestawy Mc Donald's.

²⁰ B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...*, op. cit., p. 712.

²¹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 478.

²² J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 697.

²³ Wyrok SPI w sprawie T-65/89 *BPB Industries*, Zb. Orz. 1993, s. II-389.

²⁴ Decyzja KE w sprawie *Eurofils-Bauco p Hilti*, Dz.Urz. WE 1988 L 65/9.

wiązanie ekonomiczne odpowiada mieszanej sprzedaży pakietowej (*mixed bundling*), gdyż nabywca ma możliwość wyboru między nabyciem pakietu złożonego ze związanych towarów (po niższej cenie), a nabyciem produktu A i produktu B oddzielnie (po wyższej cenie). **Wiązanie technologiczne** występuje wówczas, gdy dwa odrębne produkty zostają fizycznie połączone (radiobudzik, telefon komórkowy z aparatem) i sprzedawane jako jeden towar²⁵.

Szczególnym przykładem wiązania jest umowa wyłącznych zakupów polegająca na tym, że nabywca produktu A musi także nabyć u tego samego dostawcy wszystkie inne jednostki produktów B, C, D, jakie są mu potrzebne (*full-line forcing, requirements tie-in sales*)²⁶. Produkty A, B, C, D nie są wówczas sprzedawane w stałych proporcjach, jak w zwykłej sprzedaży pakietowej. Przykładem tego rodzaju praktyk są umowy dostawy piwa (*beer-tie*), na mocy których browary dostarczają pubom nie tylko piwo (produkt A), ale także wszystkie inne napoje orzeźwiające, jakie pub chce sprzedawać (produkt B, C, D). Praktykę taką stosuje także Coca-Cola, uzależniając dostawę swojego sztandarrowego produktu od kupna innych napojów orzeźwiających tego producenta. Również sprzedaż telefonu z blokadą SIMLOCK można zaliczyć do tej kategorii, ponieważ skutkiem zainstalowania takiej blokady nabywca telefonu może korzystać z niego tylko za pośrednictwem określonego operatora, płacąc za rozmowy w rozliczeniu miesięcznym lub doładowując konto (w ramach systemu *pre-paid*)²⁷.

Niezależnie od przyjętej klasyfikacji praktyk polegających na wiązaniu towarów, sprzedaż wiążaną (*tying*) od sprzedaży pakietowej (*bundling*) odróżnia to, że w przypadku sprzedaży wiązanej (*tying*) produkt A sprzedawany jest tylko pod warunkiem nabycia produktu B (trzeba zatem zawrzeć dwie umowy sprzedaży dwóch odrębnych produktów albo jedną umowę sprzedaży obejmującą dwa odrębne produkty, przy czym warunkiem jej zawarcia jest wyrażenie zgody na zakup dwóch towarów), zaś w przypadku sprzedaży pakietowej (*bundling*) produkt A i B oferowane są razem w stałych proporcjach, jako pakiet. Dodatkowo, w przypadku wiązania technologicznego, pakiet ten nie tylko sprzedawany jest nierozdzielnie, ale produkt A i produkt B zostają fizycznie zintegrowane, tworząc nową jakość. Skutkiem takiego zabiegu, od strony formalno-prawnej, nabywa się jedną rzecz (samochód, telefon komórkowy z aparatem).

3. Wpływ sprzedaży wiązanej i pakietowej na konkurencję

Jak dowodzą tego powołane powyżej przykłady wiązania różnych produktów, transakcje wiązane należą do powszechnie stosowanych strategii działania przedsiębiorców na rynku. Wiązanie najczęściej służy zaspokajaniu potrzeb klientów. Umożliwia różnicowanie oferty przedsiębiorców. Prowadzi do zwiększenia przychodów. Pozwala osiągnąć korzyści ekonomicznej skali. Prowadzi do oszczędności kosztowych²⁸. Zapewnia odpowiednie działanie produktu, zarówno w przypadku wiązania sprzedaży produktu z usługami serwisowymi, jak i z określonymi materiałami eksploatacyjnymi (paliwo, toner, papier,

²⁵ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 478.

²⁶ C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82 (w:) J. Faull A. Nikpay, The EC law of competition*, op. cit., p. 372; A. Devlin, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, op. cit., p. 523.

²⁷ Por. M. Motta, *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge 2004, p. 460.

²⁸ J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 7.

film itp.). Służy zachowaniu bezpieczeństwa produktów²⁹. Pozwala chronić reputację³⁰. Daje możliwość kontrolowania sposobu korzystania z licencjonowanej technologii³¹. Powyższe okoliczności wskazują, iż co do zasady zachowania przedsiębiorców polegające na wiązaniu nie mają antykonkurencyjnego charakteru, a przynajmniej nie należą do kategorii praktyk, których celem jest ograniczenie konkurencji, i które jako takie powinny być zakazane *per se* lub uznane za niedozwolone bez potrzeby dokładnej analizy ich wpływu na rynek.

Antykonkurencyjny charakter wiązania jest przedmiotem ożywionej debaty prawników i ekonomistów³². Identyfikuje się następujące negatywne dla konkurencji skutki wiązania: rozszerzenie pozycji monopolistycznej lub dominującej na inne rynki (*leverage*), zamknięcie dostępu do rynku lub wykluczenie z rynku (*foreclosure*), dyskryminację cenową (*price discrimination*), wyższe koszty funkcjonowania konkurentów³³.

Tradycyjnie wskazywanym, choć kwestionowanym we współczesnej ekonomii, negatywnym skutkiem wiązania jest ryzyko rozszerzenia monopolu lub pozycji dominującej z rynku produktu wiążącego na rynek produktu związanego³⁴. Monopolista wchodzący na rynek produktu związanego jest zdolny zaproponować niższą cenę na produkt związany wchodzący w skład pakietu, gdyż zostanie ona pokryta z zysków osiągniętych ze sprzedaży produktu objętego monopolom. Dla nabywcy korzystniejsze powinno być – w perspektywie krótkoterminowej – nabycie produktu A i B od monopolisty z rynku produktu A, niż kupno produktu A i nabycie produktu B od innego dostawcy. Najczęściej jednak nabywca nie ma możliwości wyboru i jeśli jest zainteresowany lub musi kupić produkt A, w przypadku wiązania nie ma innego wyjścia, jak poddać się dyktatowi monopolisty i kupić produkt B. W ten sposób monopolista z rynku towaru A zdobywa rynek towaru B.

Efekt wykluczenia z rynku polega na tym, że przedsiębiorcy sprzedający produkt związany, którzy nie mają w swojej ofercie produktu wiążącego tracą rynek na rzecz konkurenta stosującego wiązanie³⁵. Wiązanie to prowadzi do przeniesienia popytu z produktów konkurentów na produkty monopolisty, co może prowadzić do ich mar-

²⁹ R. O'Donoghue, A. J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 481.

³⁰ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, Oxford 2004, p. 453–454.

³¹ Np. uzależnienie nieodpłatnego dostarczenia urządzenia do pakowania wędliny od zakupu osłonek do wędlin; zob. decyzję KE w sprawie *Vaassen/Moris*, Dz.Urz. WE 1979 L 19/32.

³² Por.: G. Monti, *EC competition law*, op. cit., p. 189–191; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 479–480; R. Bork, *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, New York 1993, p. 365–382; R. Posner, *Antitrust – economic analysis*, Chicago 1976, p. 171–184; A. Devlin, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, op. cit., p. 521; Ch. Leslie, *Tying conspiracies*, op. cit., p. 2247; O. Bar-Gill, *Bundling and consumer misperception*, University of Chicago Law Review 2006, Vol. 73, p. 33; D. Evans, A. Nichols, *United States v. Microsoft: did consumers win?*, Journal of Competition Law & Economics 2005, Vol. 1, p. 497; D. Evans, M. Salinger, *Why do firms bundle and tie? evidence from competitive markets and implications for tying law*, Yale Journal on Regulation 2005, Vol. 22, p. 37; P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 3.

³³ J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 18–25; D. Ridyard, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 317; P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 3; A. Devlin, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, op. cit., p. 523; J. F. Ponsoldt, Ch.D. David, *A comparison between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft...*, op. cit., p. 423; D. Bush, *Ties, damned ties, and efficiencies: a response to Grimes and Sullivan's "metered tying"*, Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas 2007, Vol. 13, p. 358.

³⁴ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 452, L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law: a practitioner's guide*, Hague 2004, p. 448; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 484–485; G. Monti, *EC competition law*, op. cit., p. 186–192.

³⁵ B.H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...?*, op. cit., p. 712; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 485–486.

ginalizacji lub wycofania z rynku. Konkurenci działający na rynku produktu związanego nie przegrywają przy tym rywalizacji dlatego, że oferują towary nie spełniające oczekiwań konsumentów lub gorsze od towarów przedsiębiorcy stosującego wiązanie, ale dlatego, że wskutek wiązania popyt konsumentów na towar związany zostaje zaspokojony przez przedsiębiorcę oferującego towar wiążący. Ponadto, wejście na rynek B będzie wymagało zaoferowania produktu A³⁶. Wiązanie jest szczególnie skuteczną strategią działania na rynku i walki z konkurencją, jeżeli przybiera postać technologiczną, poprzez techniczne połączenie dwóch produktów w jeden pakiet³⁷. Natomiast gdy wiązanie jest rezultatem zabiegów marketingowych (reklamy, opakowania itp.), nie stanowi aż takiego zagrożenia dla konkurencji³⁸.

Wiązanie pozwala przedsiębiorcy na dyskryminowanie klientów, którzy mają różne preferencje i przywiązują inną wartość do oferowanych produktów³⁹. Zakładając, że konsumenci X i Y potrzebują produktu A i B, ale konsument X bardziej ceni produkt A, natomiast konsument Y wyżej ceni produkt B, przedsiębiorca oferujący towary A i B będzie musiał sprzedać konsumentom X i Y produkt A po cenie, jaką skłonny jest zapłacić konsument Y, zaś produkt B po cenie, jaką skłonny jest zapłacić konsument X. W przypadku wiązania towarów A i B, przedsiębiorca będzie mógł uwzględnić – ustalając cenę pakietu – zarówno maksymalną cenę za produkt A, którą gotowy jest zapłacić konsument X, jak i maksymalną cenę, którą konsument Y gotów jest zapłacić za produkt B⁴⁰. Pozwala to na transfer zasobów z portfeli nabywców do kieszeni dostawców. Do podobnych rezultatów prowadzi sprzedaż pakietowa, w której produkt związany (np. toner) pełni rolę miernika poziomu korzystania z produktu wiążącego (np. drukarka). Im bardziej korzysta się z drukarki, tym więcej toneru trzeba kupić u dostawcy drukarki lub wskazanego przez niego podmiotu. Tym samym, każdy kto używa drukarki, obciążany jest przez jej producenta opłatą w wysokości uzależnionej od poziomu jej wykorzystania⁴¹.

Wiązanie może prowadzić do podniesienia kosztów działania konkurentów⁴². W ten sposób może utrudnić wejście na rynek, gdyż potencjalny konkurent będzie musiał zaoferować produkt A i B, zamiast tylko jednego z nich. Pozwala to chronić pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego⁴³.

Praktyki polegające na wiązaniu wywołują także prokonkurencyjne skutki⁴⁴. Mogą prowadzić do podniesienia poziomu efektywności działania⁴⁵ dzięki korzyściom ekonomii

³⁶ M. Motta, *Competition policy...*, op. cit., p. 466.

³⁷ Ibidem, p. 464.

³⁸ Ibidem, p. 467.

³⁹ Ibidem, p. 462–463; R. O'Donoghue, A.J. Padilla: *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 488–489; D. Bush, *Ties...*, op. cit., p. 358.

⁴⁰ Por. tabelkę opracowaną przez M. Motta, *Competition Policy...*, op. cit., p. 462.

⁴¹ Wskazuje się, iż stosowanie sprzedaży pakietowej może umożliwić poszerzenie grupy odbiorców, gdyż pozwala na obniżenie ceny produktu wiążącego, pozwalając w ten sposób nabyć produkt tym, którzy by go nie kupili w innych warunkach, gdyż drukują zbyt mało lub rzadko i droga drukarka nie jest im potrzebna. M. Motta, *Competition policy...*, op. cit., p. 463.

⁴² R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 486–488.

⁴³ M. Motta, *Competition policy...*, op. cit., p. 466.

⁴⁴ Zob. D. Bush, *Ties...*, op. cit., p. 358–359.

⁴⁵ Szerzej zob. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 491; C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 371.

skali i zakresu⁴⁶. Pozwalają na uporanie się z problemem asymetrii informacyjnej⁴⁷. Występuje on wówczas, gdy właściwe (optymalne) korzystanie z produktu A, wymaga używania określonego produktu B (występującego w roli materiału eksploatacyjnego, jak papier, toner, gwoździe, opony, benzyna)⁴⁸. Pozwalają budować i chronić reputację przedsiębiorcy oraz używanych przez niego oznaczeń, jeżeli używanie niewłaściwych materiałów eksploatacyjnych lub nieprawidłowy serwis może prowadzić do uszkodzenia produktu lub pogorszenia jakości jego funkcjonowania⁴⁹. Przyczyniają się do zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników⁵⁰.

Szczególnie dużo prokonkurencyjnych skutków wiąże się ze sprzedażą pakietową, zwłaszcza tam, gdzie wiązanie przybiera postać technologiczną. Takie wiązanie może prowadzić do pojawienia się nowego produktu lub zaoferowania konsumentom pożądanых, lepszych, bardziej złożonych produktów. Przykładem mogą być współczesne telefony komórkowe, których podstawowa funkcja polegająca na prowadzeniu rozmów telefonicznych została wzbogacona o możliwość słuchania radia, odtwarzania plików audio i video, grania, fotografowania, nagrywania itp. Każda z tych funkcji może zostać wykonana przez odrębne, dedykowane tylko temu urządzenie. Wiązanie technologiczne może prowadzić do wprowadzenia na rynek zintegrowanego produktu, zwalniając nabywcę z konieczności samodzielnego instalowania dodatkowych modułów lub nabywania urządzeń realizujących jedną funkcję. Sprzedaż pakietowa i wiązanie technologiczne mają szczególne znaczenia na tych rynkach, na których konieczne jest posiadanie odpowiedniej wiedzy lub umiejętności, aby móc rozbudowywać produkt bądź korzystać z jego funkcji. Prowadzą do oszczędności kosztów i czasu na złożenie odrębnych produktów w jeden, zdalny do określonego użytku⁵¹. Omawiane praktyki mogą skutkować poprawą jakości lub funkcjonalności dotychczasowego wyrobu⁵².

4. Status sprzedaży związanej i pakietowej w prawie antymonopolowym

Zestawienie antykonkurencyjnych i prokonkurencyjnych skutków obu praktyk prowadzi do wniosku, iż nie powinny być one zakazane bezwzględnie (*per se*). Konieczne jest

⁴⁶ P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 4. Wskazuje się, że park maszynowy może być wykorzystywany do produkcji dwóch wyrobów. Przedsiębiorca stosujący wiązanie oszczędza na kosztach marketingu i dystrybucji. Reklamuje jeden produkt (pakiet lub produkt wiązający). Wykorzystuje tą samą sieć dystrybucji do sprzedaży co najmniej dwóch produktów (w przypadku klasycznego wiązania oraz mixed bundling). Ekonomia zakresu jest szczególnie widoczna w przypadku rynków opartych o korzystanie z infrastruktury, np. oferowanie połączeń głosowych, dostępu do Internetu, telewizji kablowej na tym samym łączu. Zob. R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 481.

⁴⁷ P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 4.

⁴⁸ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 481. M. Motta wskazuje, iż problem ten może rozwiązać w inny sposób, poprzez określenie specyfikacji jakościowej, jaką mają spełniać materiały eksploatacyjne lub części zamienne. W ten sposób, zapewniając nabywcom możliwość optymalnego korzystania z produktu 1, pozostawia się im swobodę wyboru produktu 2 oraz umożliwia konkurencję na rynku produktu 2. M. Motta, *Competition policy...*, op. cit., p. 461–462.

⁴⁹ C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 371; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 481.

⁵⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 481; P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 4.

⁵¹ M. Motta, *Competition policy...*, op. cit., p. 461; P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 4.

⁵² R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 482.

dokonanie indywidualnej oceny tego rodzaju zachowań, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności stanu faktycznego. Tymczasem transakcje wiązane tradycyjnie były uznawane za szczególnie antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorców o mocnej pozycji rynkowej⁵³. Wyrazem tego jest umieszczenie umów wiązanych w przykładowych katalogach grupowych lub indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję⁵⁴. Negatywne nastawienie do tego rodzaju zachowań wynikało z założenia, zgodnie z którym transakcje wiązane wykorzystywane są przez przedsiębiorców kontrolujących znaczną część rynku do zwiększenia popytu na swoje produkty na tych rynkach, na których nie mają tak mocnej pozycji, zmniejszając w ten sposób zakres wyboru dostępnego konsumentom oraz ograniczając konkurencję na rynku produktu związanego poprzez zmniejszenie wielkości popytu dostępnego dla innych przedsiębiorców⁵⁵. Obecnie wskazuje się, iż jeżeli nabywcy produktu związanego nie muszą kupować produktu wiążącego, wówczas wiązanie może nie wywołać antykonkurencyjnych skutków, gdyż dostawcy produktu związanego będą mogli utrzymać się na rynku zaopatrując tych klientów, którzy nie potrzebują produktu wiążącego⁵⁶. Dodatkowo podnosi się, iż nie należy zakazywać wiązania o charakterze technologicznym, gdyż świadczy ono o postępie technicznym. Prowadzi do wprowadzenia nowego towaru, łączącego funkcje wykonywane wcześniej przez dwa odrębne produkty. Zwiększa zatem efektywność dynamiczną⁵⁷.

5. Wiązanie towarów w świetle wspólnotowego prawa konkurencji przed sprawą *Microsoft*

Przepis art. 82 lit. d) TWE uznaje za nadużycie pozycji dominującej zachowanie polegające na „uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”. Istnienie pozycji dominującej na rynku produktu wiążącego jest niezbędne, aby można było mówić o antykonkurencyjnym wiązaniu. Jeżeli przedsiębiorca nie będzie miał pozycji dominującej, nie będzie mógł zmusić klientów do kupna wiązanych produktów. Nabywca musi bowiem – aby zaakceptować niekorzystną dla niego ofertę – być uzależniony od dostawcy, a sytuacja taka będzie miała miejsce tylko wtedy, gdy ten ostatni będzie kontrolował znaczną część rynku.

Z treści art. 82 lit. d) TWE wynika, iż znajduje on zastosowanie wyłącznie do takich praktyk, które można określić mianem wiązania o charakterze kontraktowym⁵⁸. Przepis

⁵³ Zob.: M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych...*, op. cit., s. 53 i n.; V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford 2006, p. 159; D. Miąsik, *Reguła rosządku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Zakamycze 2004, s. 186–190; J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 30–33, 67–76.

⁵⁴ Por. art. 81 ust. 1 lit. d) oraz art. 82 lit. d) TWE; art. 5 ust. 1 pkt 1 i art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080; art. 6 ust. 1 pkt 5 oraz art. 9 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. Nr 50, poz. 331.

⁵⁵ Por. D. Schroder, Ph. Matthey, *Germany: abuse of dominant position – internet access – bundling*, ECLR 2004, No. 25(8), p. 127–128.

⁵⁶ C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella: *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 371.

⁵⁷ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 478.

⁵⁸ V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 158, tak również J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 118, którego zdaniem sposób sformułowania przepisu nie odpowiada realiom współczesnej gospodarki.

wspomina bowiem o uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych obowiązków. W świetle językowej wykładni art. 82 lit. d) TWE, test wiązania jako indywidualnej praktyki ograniczającej konkurencję składa się z następujących przesłanek: 1) istnienie pozycji dominującej; 2) uzależnienie zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań (zawarcia dodatkowej umowy); 3) brak związku ww. dodatkowych zobowiązań z przedmiotem umowy głównej. Z tak zrekonstruowanych przesłanek zastosowania art. 82 lit. d) TWE wynika, iż stosowanie wiązania przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą jest zakazane *per se*. Nie ma potrzeby wykazywania antykonkurencyjnych skutków. Sam fakt podjęcia przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą wiązania można uznać za ograniczający konkurencję. Nie ma potrzeby wykazywania, że skutkiem wiązania było ograniczenie konkurencji poprzez zamknięcie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, wykluczenie dotychczasowych graczy z rynku, rozszerzenie pozycji dominującej z rynku produktu wiążącego na rynek produktu związanego lub czerpanie dodatkowych korzyści ze sprzedaży produktu związanego.

Doświadczenie organów wspólnotowych z omawianą praktyką ograniczającą konkurencję jest relatywnie szczupłe⁵⁹, ograniczone przede wszystkim do wiązania kontraktowego⁶⁰, zaś praktyka stosowania art. 82 lit. d) TWE odbiega od jego literalnej wykładni. Wyrazem tego jest zastosowanie przepisu do różnych rodzajów wiązania, a nie tylko do wiązania kontraktowego. Z orzecznictwa wynika, że art. 82 TWE znajduje zastosowanie do wiązania towarów, które są ze sobą powiązane ze względu na swój charakter lub zwykle przeznaczenie gospodarcze (gwoździe i taśmy, maszyny do pakowania i karton)⁶¹. Do naruszenia art. 82 lit. d) TWE nie jest zatem konieczne narzucenie obowiązku zawarcia drugiej, innej umowy lub wprowadzenie do umowy dodatkowych klauzul. W tym ujęciu praktyką ograniczającą konkurencję jest dostarczanie określonego produktu pod warunkiem, że nabywca nabędzie od dostawcy inny produkt⁶². Wiązanie w rozumieniu art. 82 lit. d) TWE występuje także wtedy, gdy udziela się rabatów⁶³. Tym samym przepis art. 82 lit. d) TWE interpretowany jest rozszerzająco, w sposób pozwalający objąć jego zakresem zastosowania ogół praktyk, które z ekonomicznego punktu widzenia należało uznać za transakcje wiązane. Z drugiej strony, uznając poszczególne przypadki wiązania za antykonkurencyjne, Komisja i sądy wspólnotowe nie poświęcały zbyt wiele uwagi wyjaśnieniu, na czym polega ograniczenie konkurencji. W ten sposób dawano wyraz priorytetowi „ochrony konkurencji poprzez ochronę słabszych uczestników rynku”⁶⁴, co odpowiadało założeniom szkoły freiburskiej. Dlatego można przyjąć, iż przed sprawą Microsoft podejścia organów wspólnotowych do wiązania odpowiadało regule *per se*⁶⁵. Kluczowe znaczenie dla zrozumienia podejścia organów wspólnotowych do wiązania, w okresie poprzedzającym sprawę Microsoft, mają dwie sprawy zakończone wyrokami SPI i ETS – *Hilti* oraz *Tetra Pak II*.

⁵⁹ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 491, zob. również analizę J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 120–132.

⁶⁰ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 491.

⁶¹ Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, I-05951, pkt 37.

⁶² A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 452; C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 368.

⁶³ Decyzja KE w sprawie *Coca Cola*, Dz.Urz. UE 2005 L 253/21.

⁶⁴ M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych...*, op. cit., s. 47.

⁶⁵ P. Papandropoulos, *Article 82: tying and bundling*, op. cit., p. 4.

Przedmiotem postępowania w sprawie *Hilti*⁶⁶ była praktyka polegająca na sprzedaży wiązanej gwoździ i magazynków (taśm) na gwoździe, stosowanych w pistoletach do wstrzeliwania gwoździ⁶⁷. Uznano, że pistolety, gwoździe i magazynki na gwoździe kompatybilne z pistoletami Hilti są odrębnymi produktami, wchodzącymi w skład trzech rynków właściwych⁶⁸. Podstawową okolicznością, która doprowadziła organy wspólnotowe do takiej konkluzji, było funkcjonowanie na rynku przedsiębiorstw niezwiązanych finansowo lub organizacyjnie z Hilti, które wprowadzały do obrotu gwoździe do pistoletów poszczególnych marek, w tym produkowanych przez Hilti. Obecność niezależnych dostawców⁶⁹ działających na rynku produktu związanego uznano za dostateczny argument dla przyjęcia tezy o odrębności magazynków (taśm) i gwoździ⁷⁰. Wskazywała ona na istnienie popytu na magazynki (taśmy) z gwoździami oraz na same gwoździe. Za odrębnością obu produktów przemawiało to, że magazynki oraz gwoździe są produkowane oddzielnie, przy wykorzystaniu innych procesów technologicznych, zatem nie występują między nimi żadne „naturalne związki”. Mają odrębne cechy charakterystyczne. Test odrębności wiązanych produktów sformułowany w sprawie *Hilti* zachował aktualność do tej pory i znalazł zastosowanie w sprawie *Microsoft*⁷¹. Nie uznano produktu Hilti za jeden produkt w postaci „zintegrowanego systemu montażowego” (produktu złożonego z trzech elementów: pistoletu, magazynka (taśmy) oraz gwoździ)⁷². Z powyższego wynika, iż o produktach odrębnych można mówić wówczas, gdy mamy do czynienia z urządzeniem (narzędziem, towarem podstawowym) i materiałami eksploatacyjnymi (towarami uzupełniającymi⁷³). Korzystanie z urządzenia wymaga używania odpowiednich materiałów eksploatacyjnych. Muszą one oczywiście odpowiadać

⁶⁶ Decyzja KE w sprawie *Hilti AG*, Dz. Urz. 1988 L 65/19; wyrok SPI w sprawie T-30/89 *Hilti p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II 1439. Zob. omówienia w: M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych...*, op. cit., p. 47; I. van Beal, J.-F. Bellis, *Competition law of the European Community*, op. cit., p. 964–965; R. O’Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 492–494; R. Downing, *Hilti: the final nail*, ECLR 1995, No. 16(1), p. 53–56; S. Topping, *Finally nailed down: the Hilti appeal do the ECJ*, EIPR 1994, No. 16(12), p. 543–546; S. Farr, *Abuse of a dominant position – the Hilti case*, ECLR 1992, No. 13(4), p. 174–177.

⁶⁷ Hilti korzystał z monopolu patentowego na niektóre modele pistoletów do gwoździ oraz na magazynki. Monopol nie obejmował jednak gwoździ. Pozwoliło to niezależnym producentom na wprowadzanie do obrotu gwoździ kompatybilnych z gwoździami Hilti, którymi można było nabijać magazynki (taśmy) oferowane przez tego producenta. Hilti uzależniała sprzedaż magazynków (taśm) od kupna odpowiedniej ilości gwoździ. Obniżała rabaty, gdy nabywca kupił tylko taśmy do gwoździ. Ograniczała dostęp niezależnym producentom kompatybilnych gwoździ do magazynków (taśm), utrudniając lub uniemożliwiając im w ten sposób oferowanie kompletnego produktu w postaci magazynka (taśmy) nabijanej gwoździami i gotowej do użytku. Odmawiała realizacji zamówień podmiotom, które mogły następnie odsprzedać taśmy niezależnym dostawcom. Ograniczała udzielanie licencji na produkcję magazynków (taśm). Odmawiała honorowania gwarancji na pistolety w przypadku użycia innych gwoździ niż Hilti.

⁶⁸ Decyzja KE w sprawie *Hilti AG*, Dz. Urz. WE 1988 L 65/19, pkt 98.

⁶⁹ Ta okoliczność może prowadzić do wniosku, iż test odrębności obejmuje analizę zarówno strony popytowej (czy konsumenci są zainteresowani samymi produktami A (wiązącym) i B (związanym)), jak i podaźkowej (czy są przedsiębiorstwa dostarczające tylko produkt B (związany) – odtwarzacz bez systemu) rynku.

⁷⁰ Por. krytycznie R. O’Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 494. Wskazują oni, iż w świetle wyroku w sprawie Hilti produkt A i B są produktami odrębnymi, jeżeli jest rynek na sprzedaż produktu B, na co wskazuje istnienie przedsiębiorstw oferujących tylko produkt B (tj. bez produktu A). To z kolei może prowadzić do konkluzji, iż skoro sprzedawane są odrębnie sznurówki i opony, to wiązanie występuje w przypadku sprzedaży samochodów z oponami i butów ze sznurówkami.

⁷¹ V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 157.

⁷² Wyrok SPI w sprawie T-30/89 *Hilti p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1439, pkt 68.

⁷³ Użycie terminu „towary uzupełniające” służy podkreśleniu, iż bez towaru głównego używanie określonych towarów jest niemożliwe. Niecelowe jest zatem ich nabywanie.

urządzeniu, w którym mają być wykorzystywane, ale nie jest konieczne, by pochodziły od tego samego dostawcy.

Organy wspólnotowe uznały, że zachowanie Hilti pozbawiało nabywców możliwości wyboru źródła dostaw gwoździ. Zastosowane wiązanie zmuszało nabywców magazynków (taśm) Hilti do używania kompletnego zestawu produktów Hilti⁷⁴. Jak się wydaje, ograniczenie konkurencji wynikało z samego faktu zastosowania wiązania przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego (pistolety na gwoździe)⁷⁵.

Hilti próbowało bezskutecznie uzasadnić stosowanie wiązania potrzebą ochrony jakości własnych produktów i reputacji znaku towarowego, a także zapewnienia kompatybilności gwoździ i magazynków celem ochrony bezpieczeństwa użytkowników. Powyższe argumenty nie zostały uwzględnione, gdyż ich akceptacja prowadziłaby do tego, że producenci pistoletów na gwoździe mogliby wyłączyć możliwość korzystania przez nabywców ich produktów z materiałów eksploatacyjnych innych niż produkty markowe. To z kolei wyeliminowałoby z rynku mniejsze, niezależne przedsiębiorstwa specjalizujące się w produkcji komponentów, części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych kompatybilnych z produktami dostarczonymi przez duże przedsiębiorstwa⁷⁶.

Analiza uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Hilti* pozwala sformułować następujący test oceny zgodności wiązania z art. 82 TWE: 1) pozycja dominująca na rynku towaru wiążącego, 2) istnienie odrębnego rynku towaru związanego, 3) zmuszenie klientów do zakupu dwóch towarów jednocześnie, 4) ograniczenie konkurencji na rynku towaru związanego, 5) brak obiektywnego uzasadnienia dla wiązania⁷⁷. Jak widać, test ten odbiega od przesłanek zastosowania art. 82 lit. d) TWE, wynikających z jego literalnej interpretacji.

Test ten zastosowano w kolejnym orzeczeniu traktowanym jako kamień milowy w przedmiocie wiązania przez przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą⁷⁸. W sprawie *Tetra Pak II*⁷⁹ praktyka polegała na zobowiązaniu nabywców maszyn do aseptycznego pakowania produktów spożywczych, wytwarzanych przez Tetra Pak i chronionych patentem, do używania wyłącznie kartonu do pakowania dostarczonego przez Tetra Pak. Przedmiotem wiązania o charakterze kontraktowym były więc dwa produkty⁸⁰. Tetra Pak działała na rynku opakowań aseptycznych oraz nieaseptycznych, mając odpo-

⁷⁴ Ibidem, pkt 75.

⁷⁵ R. Downing, *Hilti: the final nail*, op. cit., p. 55, S. Farr, *Abuse of a dominant position – the Hilti case*, op. cit., p. 176.

⁷⁶ Por. V. Korah, *Tetra Pak II - lack of reasoning in Court's judgment*, ECLR 1997, No. 18(2), p. 98–103.

⁷⁷ J. Majcher, *Glosa do wyroku Sądu Pierwszej Instancji z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti p. Komisji*, w: *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2007, s. 294; J. Langer, *The Court of First Instance's Microsoft decision: just an orthodox ruling in an On-Orthodox case*, Legal Issues of Economic Integration 2008, Vol. 35(2), p. 193.

⁷⁸ Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, I-5951, pkt 37.

⁷⁹ Decyzja KE w sprawie *Tetra Pak Int SA*, Dz. Urz. 1992 L 72/1; wyrok SPI w sprawie T-83/91 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-755; wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, s. I-5951; V. Korah, *Tetra Pak II...*, op. cit., p. 98–103; S. Kareff, *Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II): the European approach to monopoly leveraging*, Law and Policy in International Business 1997, Vol. 28, p. 549; N. Levy, *Tetra Pak II: stretching the limits of article 86*, ECLR 1995, No. 16(2), p. 104–109

⁸⁰ Tetra Pak zobowiązywała klientów do raportowania w cyklu miesięcznym o zużyciu kartonu. Zastrzegła sobie prawo do przeprowadzania niezapowiedzianych kontroli maszyn pakujących, co pozwalało jej sprawować kontrolę nad respektowaniem przez podmioty korzystające z maszyn do aseptycznego pakowania produktów zobowiązania do używania wyłącznie kartonu dostarczonego przez Tetra Pak.

wiednio udział w rynku na poziomie 90–95% oraz 45–50%. Za odrębne rynki właściwe, a tym samym odrębne produkty, uznano rynek maszyn do pakowania produktów spożywczych oraz rynek samych opakowań (*de facto* rynek kartonu używanego do zapakowania produktu). Ponieważ zarówno maszyny do pakowania produktów, jak i używany do pakowania karton, różnią się w zależności od tego, czy chodzi o opakowania aseptyczne, wyodrębniono cztery właściwe rynki (odrębne produkty): maszyn do aseptycznego pakowania towarów, aseptycznego kartonu, maszyn do nieaseptycznego pakowania, nieaseptycznego kartonu. Uznano, że praktyka Tetra Pak, w połączeniu z zasadami dystrybucji i polityką patentową, czyniła rozwój rynku kartonów do pakowania zależnym od rynku maszyn do pakowania. Podczas gdy rynek kartonu był rynkiem relatywnie konkurencyjnym, rynek maszyn do aseptycznego pakowania był *de facto* zmonopolizowany przez Tetra Pak. Ponieważ Tetra Pak miała monopol na stosowanie określonej technologii pakowania produktów, ale nie miała monopolu na produkcję kartonu do pakowania, wiązanie zmuszało klientów do nabywania kartonu od Tetra Pak lub wskazanych dostawców. Podobnie jak w sprawie *Hilti*, nie uznano argumentacji Tetra Pak, zgodnie z którą sposób prowadzenia działalności przez Tetra Pak, polegający na oferowaniu pakietu obejmującego licencję na używanie maszyny do pakowania oraz karton, wskazywał na to, że maszyny do aseptycznego pakowania produktów wraz z odpowiednim papierem stanowiły jeden, zintegrowany produkt. Nie zaakceptowano także tezy, zgodnie z którą wymóg używania kartonu dostarczonego przez Tetra Pak jest uzasadniony względami ochrony zdrowia użytkowników i konsumentów oraz reputacji Tetra Pak. Nie przyjęto również argumentu, iż praktyka wiązania sprzedaży maszyn do pakowania oraz kartonu była powszechnie stosowana na rynku nieaseptycznych systemów pakowania produktów spożywczych. Rynek ten był bowiem rynkiem konkurencyjnym, co pozwalało nabywcom maszyn szukać dostawców oferujących korzystniejsze warunki.

Ze sprawy *Tetra Pak* wynika, iż ograniczenie konkurencji wskutek wiązania polegało na tym, że rozwój rynku kartonu, który był rynkiem konkurencyjnym, został uzależniony od rynku maszyn do pakowania, na którym dominowała Tetra Pak⁸¹. Za pomocą wiązania przedsiębiorstwo to ograniczyło możliwość oferowania przez niezależnych producentów materiałów eksploatacyjnych kompatybilnych z produktem Tetra Pak⁸². Skoro bowiem nabywcy maszyn do pakowania Tetra Pak byli zobowiązani do zaopatrywania się w karton do pakowania także u dostawcy maszyny, inni producenci kartonu – mając na względzie 90% udział w rynku Tetra Pak – mieli trudności ze znalezieniem nabywców na swoje produkty. Ponadto, z orzeczenia w sprawie *Tetra Pak II* wynika jednoznacznie, iż przedmiotem zakazanego wiązania mogą być dwa produkty, między którymi istnieje związek gospodarczy⁸³.

Poza omówionymi powyżej postępowaniami, Komisja zaledwie kilka razy zastosowała art. 82 TWE do wiązania kontraktowego. W sprawie *Napier Brown* za nadużycie pozycji dominującej uznano odmowę sprzedaży cukru tym nabywcom, którzy nie korzystali z transportu oferowanego przez British Sugar⁸⁴. Wiazanie polegało na uzależnieniu sprzedaży towaru od skorzystania z usługi świadczonej przez przedsiębiorstwo posia-

⁸¹ Wyrok SPI w sprawie T-83/91 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-755, pkt 135; V. Korah, *Tetra Pak II...*, op. cit., p. 98–103.

⁸² Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, I-05951, pkt 36; wyrok SPI w sprawie T-83/91 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-755, pkt 83.

⁸³ Zob. krytycznie V. Korah, *Tetra Pak II...*, op. cit., p. 98–103, której zdaniem brak podstaw prawnych do przyjęcia takiej wykładni art. 82 lit. d) TWE.

⁸⁴ Decyzja KE w sprawie *British Sugar*, Dz.Urz. WE 1988, L 284/41. Klienci British Sugar, którzy chcieli kupić cukier nie mogli samodzielnie odbierać go z cukrowni, lecz musieli zamówić transport oferowany

dającą pozycję dominującą. Ponieważ usługi transportowe mogły być świadczone przez niezależnych przewoźników, można przyjąć, iż praktyka British Sugar zamykała dostęp innym firmom transportowym do rynku przewozu cukru. Wydaje się jednak, iż kluczowe znaczenie dla uznania jej za sprzeczną z art. 82 TWE było zmuszenie klientów British Sugar do korzystania z dodatkowych usług. W sprawie *Oliofiat*⁸⁵ zakwestionowano praktykę Fiata polegającą na nałożeniu na dealerów i warsztaty obowiązku stosowania smarów i olejów silnikowych dostarczanych przez Fiata pod marką Oliofiat. Zachowania tego nie można zakwalifikować jako klasycznego wiązania, lecz jedynie quasi zobowiązanie do wyłącznych zakupów (*exclusive dealing*). Praktyka zamykała dostęp producentom innych smarów i olejów silnikowych do istotnej części włoskiego rynku. Wskutek interwencji Komisji, Fiat rozesłał okólnik do dealerów i warsztatów wskazując, że mogą oni używać każdego smaru lub oleju, który spełniał wymogi wskazane w specyfikacji. W sprawie *Belgian Post* wiązanie dwóch usług polegało na stosowaniu wobec klientów biznesowych korzystniejszych taryf na objęte monopolem dostarczanie przesyłek klientom indywidualnym, w przypadku zawarcia z pocztą umowy na obsługę korespondencji komercyjnej z innymi przedsiębiorstwami, na którym to rynku poczta krajowa nie miała monopolu⁸⁶. W sprawie *FAG* Komisja za nadużycie pozycji dominującej na rynku świadczenia usług obsługi lotniskowej uznała uzależnienie obsługi startów i lądowań samolotów od zamówienie usług obsługi naziemnej⁸⁷.

Szczególnym przypadkiem jest mieszana sprzedaż pakietowa (*mixed bundling*) polegająca na oferowaniu finansowych korzyści z zakupu łącznego dwóch odrębnych produktów. W sprawie *Digital*⁸⁸ Komisja wszczęła postępowanie przeciwko przedsiębiorstwu łączącemu dostawę usług serwisu hardware i serwisu software w ten sposób, że cena za usługi software została ustalona na korzystniejszym poziomie, gdy nabywca zdecydował się kupić pakiet usług obejmujący serwis hardware i software, zamiast oddzielnie nabywać serwis hardware i software⁸⁹. Digital świadczył także odrębnie usługi serwisowe dla hardware i software. Na skutek interwencji Komisji, Digital zobowiązał się do takiego ukształtowania cen za łączny pakiet usług serwisowych, która uwzględniąc będzie wyłącznie oszczędności kosztowe uzyskane z takiej sprzedaży. Skutkiem zaciągniętego względem Komisji zobowiązania cena za pakiet była o 10% niższa od łącznej ceny pakietu usług serwisu software oraz serwisu hardware sprzedawanych odrębnie. Z decyzji w sprawie *Digital* wynika, iż Komisja jest gotowa pozwolić przedsiębiorstwom stosującym wiązanie na podzielenie się z klientami oszczędnościami wynikającymi ze sprzedaży pakietu⁹⁰. Z kolei w sprawie *Coca Cola* wiązanie polegało na oferowaniu

przez British Sugar za dodatkową opłatą. Nie można było zatem kupić cukru w ilościach hurtowych bez zamówienia transportu.

⁸⁵ 17 th Report on Competition Policy, pkt 84.

⁸⁶ Decyzja KE w sprawie *ATLAS*, Dz.Urz. UE 1996 L 239/23.

⁸⁷ Decyzja KE w sprawie *FAG*, Dz.Urz. UE 1998 L 72/30.

⁸⁸ IP/97/868, zob. omówienie M. Dolmans, V. Pickering, *The 1997 Digital undertaking*, ECLR 1998, No. 19(2), p. 108; P. Andrews, *Aftermarket power in the computer services market: the Digital undertaking*, ECLR 1998, No. 19(3), p. 176.

⁸⁹ 27th Report on Competition Policy, pkt 69. Praktyka Digital czyniła nieekonomicznym dla nabywców, by kupowali odrębnie usługi serwisowe dla sprzętu i oprogramowania, Uniemożliwiało to osobom trzecim konkurowanie z Digital, gdy z firmy zajmujące się serwisowaniem sprzętu były wykluczone z rynku sprzętu Digital z uwagi na korzystniejsze ceny w przypadku opcji zakupu usług serwisowych dla sprzętu i oprogramowania.

⁹⁰ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 458.

rabatów, których wysokość uzależniona była od zakupu – obok Coca Coli – innych napojów⁹¹.

Omówione powyżej rozstrzygnięcia dotyczyły wiązania kontraktowego dwóch produktów (towarów, usług lub towarów i usług). Jednym z niewielu przypadków, w których organy wspólnotowe podjęły interwencję w odniesieniu do wiązania technologicznego była sprawa *IBM*⁹². Komisja zakwestionowała praktykę IBM polegającą na oferowaniu komputera o dużej mocy obliczeniowej, zwanego system/370, tylko razem z pamięcią główną, jako zintegrowany produkt (sprzedaż pakietowa pamięci i procesora) oraz wraz z oprogramowaniem (sprzedaż pakietowa software i hardware). IBM posiadał pozycję dominującą na rynku dwóch kluczowych komponentów systemów komputerowych dużej mocy: procesora oraz systemu operacyjnego. Opóźniał dostarczenie klientom informacji technicznych pozwalających na optymalne skonfigurowanie konkurencyjnych produktów z system/370. Oferował procesor do system/370 wyłącznie z oprogramowaniem. Odmawiał dostarczania oprogramowania tym klientom, którzy nie korzystali z procesorów IBM. W ten sposób zmuszał klientów zainteresowanych pozyskaniem komputera o dużej mocy obliczeniowej do nabywania modułów pamięci oraz oprogramowania u IBM, podczas gdy oba produkty mogły być kupione u innych dostawców. IBM zobowiązał się sprzedawać na terenie Wspólnoty swój sprzęt bez pamięci głównej oraz oprogramowania.

6. Wiązanie systemu operacyjnego z programami użytkowymi w świetle wyroku SPI w sprawie *Microsoft*

6.1. Kwalifikacja sprawy *Microsoft*

Przypadek Microsoftu w zakresie dotyczącym wiązania odtwarzacza multimedialnych WMP z systemem operacyjnym Windows trudno zakwalifikować do jednej z wymienionych powyżej postaci wiązania. Z jednej strony Komisja uznała, że Microsoft nadużył pozycji dominującej poprzez „uzależnianie nabycia systemu operacyjnego Windows od jednoczesnego zakupu odtwarzacza multimedialnych Windows (Windows Media Player, WMP)”. Następnie Komisja stwierdziła, że naruszenie art. 82 TWE polega na „zintegrowaniu WMP z systemem operacyjnym dla komputerów osobistych Windows (Windows)”⁹³. W wyroku SPI jest także mowa o zintegrowaniu WMP z systemem operacyjnym Windows⁹⁴, co przemawiałoby za uznaniem praktyki koncernu z Redmond za wiązanie o charakterze technologicznym⁹⁵. Praktykę Microsoftu można również traktować jako przykład klasycznej sprzedaży pakietowej (*pure bundling*), w którym system operacyjny i odtwarzacz multimedialnych sprzedawane są tylko w pakiecie. Sprawa Microsoft traktowana jest także jako przykład wiązania polegającego na narzuceniu produ-

⁹¹ Decyzja KE w sprawie *Coca Cola*, Dz.Urz. UE 2005 L 253/21.

⁹² Decyzja KE w sprawie *IBM*, Dz.Urz. WE 1984 L 118/24; 14th Report on Competition Policy, pkt 94–95.

⁹³ Komisja tytułuje praktykę Microsoft mianem „integracji” lub „nadużywania integracji”. Terminem tym posługują się także dla określenia zachowania Microsoft m.in. J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player remedy...*, op. cit., p. 697 („integrating media player functionality into Windows is not tying under EU law”).

⁹⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1031.

⁹⁵ Tak np. J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 695, których zdaniem zachowanie Microsoft polega na sprzedaży „zintegrowanej platformy programowej, obejmującej nowe funkcjonalności”.

centom komputerów klasy PC (*original equipment manufacturers* – dalej jako *OEMs*) wymogu produkcji komputerów z preinstalowanym systemem operacyjnym Windows, zawierającym odtwarzacz multimedialny WMP⁹⁶. Z ustaleń faktycznych wynika iż Microsoft nie udzielał licencji na instalację systemu operacyjnego Windows bez WMP⁹⁷, zaś postanowienia umowy licencyjnej zakazywały producentom komputerów PC usuwania WMP z preinstalowanego pakietu oprogramowania. Przemawia to za uznaniem praktyki Microsoft za wiązanie o charakterze umownym (kontraktowym), a zatem za przejaw klasycznej sprzedaży związanej. Produktem wiążącym jest system operacyjny Windows, zaś produktem związanym odtwarzacz multimedialny WMP. Ponieważ Microsoft ma pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych, może wymagać od klientów – nabywców licencji na instalowanie systemu operacyjnego – by wraz z licencją na system operacyjny nabywali i instalowali inne programy, np. WMP. Dodatkowo, z ustaleń Komisji i SPI wynikało, że wewnętrzna architektura systemu Windows jest tak zaprojektowana, że można odinstalować od niego WMP bez wpływu na możliwość odtwarzania plików A/V za pomocą innego odtwarzacza multimedialnego⁹⁸. Przemawia to przeciwko uznaniu sprzedaży pakietu obejmującego system operacyjny i zintegrowany z nim odtwarzacz multimedialny za przykład wiązania technologicznego.

6.2. Podstawa prawna kwalifikacji wiązania jako przejawu nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 TWE

Wyrok SPI określa relacje między klauzulą generalną art. 82 TWE a przykładowym katalogiem antykonkurencyjnych praktyk z art. 82 lit. a)–d) TWE. SPI potwierdził, iż katalog praktyk traktowanych jako nadużycie pozycji dominującej, zawarty w art. 82 TWE, nie ma charakteru zamkniętego. W rezultacie zakaz nadużywania pozycji dominującej może naruszać zachowanie, które nie odpowiada jednemu z deliktów wymienionych w art. 82 lit. a)–d) TWE. Ponadto, nadużycie pozycji dominującej może polegać na zachowaniu, które nie spełnia przesłanek zastosowania art. 82 lit. a)–d) TWE, ale spełnia przesłanki zastosowania art. 82 TWE⁹⁹.

Tym samym Komisja lub krajowy organ ochrony konkurencji może wskazywać jako podstawę prawną kwalifikacji określonego zachowania przedsiębiorcy art. 82 TWE w całości, bez potrzeby odwoływania się do konkretnego deliktu antymonopolowego wymienionego w przykładowym katalogu¹⁰⁰. Skoro katalog ten ma charakter przykładowy, nadużycie pozycji dominującej może przybrać postać niewymienioną w nim. Praktyką ograniczającą konkurencję może być zatem zachowanie, które nie będzie spełniało przesłanek szczegółowego deliktu opisanego w art. 82 lit. a)–d) TWE. Tym samym brak naruszenia art. 82 lit. a)–d) TWE nie zwalnia przedsiębiorcy z odpowiedzialności z tytułu naruszenia art. 82 TWE.

⁹⁶ R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 478.

⁹⁷ Ibidem, pkt 962.

⁹⁸ Ibidem, pkt 1159.

⁹⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 860; wyrok ETS w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak II*, op. cit., pkt 27; wyrok ETS w sprawie 6/72 *Europemballage i Continental Can p. Komisji* Zb. Orz. 1973, s. 215, pkt 26; wyrok ETS w sprawie C-395/96 i C-396/96 *Compagnie maritime belge transports and Others v. Commission*, Zb. Orz. 2000, s. I-1365, pkt 112.

¹⁰⁰ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 861.

6.3. Test wiązania

W decyzji w sprawie *Microsoft* Komisja uznała, że do zastosowania wiązania zakazanego na mocy art. 82 TWE dochodzi, jeżeli spełnione są następujące warunki¹⁰¹: 1) przedsiębiorstwo posiada pozycję dominującą; 2) przedmiotem wiązania są dwa odrębne produkty; 3) wiązanie pozbawia klientów możliwości nabycia samego produktu wiążącego, bez produktu związanego; 4) wiązanie wyklucza konkurencję na rynku produktu związanego. Dodatkową przesłanką jest brak obiektywnego uzasadnienia zachowania, które można kwalifikować jako nadużycie¹⁰². W świetle decyzji Komisji, co stanowi pewne *novum* w porównaniu do dotychczasowej praktyki organów wspólnotowych, podstawowym wyznacznikiem antykonkurencyjnego charakteru wiązania jest to, czy sprzedaż produktu wiążącego, któremu przedsiębiorstwo zawdzięcza pozycję dominującą, z innym produktem (produktem związanym), zamyka dostęp do rynku niezależnym producentom produktu związanego¹⁰³. W dotychczasowej praktyce przyjmowano bowiem niejako *a priori*, że wiązanie ogranicza konkurencję, jeżeli tylko stosowane jest przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą.

SPI zaakceptował przyjęty przez Komisję sposób oceny zachowania polegającego na wiązaniu produktów uznając, że jest on zgodny zarówno z art. 82 TWE, jak i z dotychczasowym orzecnictwem i opiera się na „istocie sprzedaży pakietowej”¹⁰⁴. SPI nie mógł się jednak zdecydować, czy decyzja Komisji mogła zostać oparta na art. 82 lit. d) TWE, czy na klauzuli generalnej z art. 82 TWE. Z jednej strony SPI przyjął bowiem, że przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą może naruszyć art. 82 TWE, gdy dopuszcza się wiązania, które nie spełnia przesłanek wynikających z art. 82 lit. d) TWE. Dlatego uznał, że Komisja zasadnie oparła swoją decyzję na art. 82 TWE, a nie na art. 82 lit. d) TWE¹⁰⁵. Z drugiej strony, SPI przyjął, iż zachowanie Microsoftu spełnia przesłanki z art. 82 lit. d) TWE¹⁰⁶. Według SPI, zawarte w decyzji KE sformułowanie, zgodnie z którym Microsoft „nie daje klientom możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego” (Windows bez WMP) należy uznać za tożsame ze sformułowaniem zawartym w art. 82 lit. d) TWE, zgodnie z którym konsumenci bezpośrednio lub pośrednio zostają zmuszeni do przyjęcia „dodatkowych obowiązków” o których mowa w art. 82 lit. d)¹⁰⁷. W ten sposób SPI dokonał rozszerzającej wykładni art. 82 lit. d) TWE. Powoduje to, iż wiązanie, niezależnie od tego, jaką przybiera postać, może być oceniane przez pryzmat art. 82 lit. d) TWE, bez względu na to, czy mieści się w literalnie rozumianej hipotezie wynikającej z tego przepisu normy.

¹⁰¹ Decyzja KE z 24.03.2004 r., pkt 794; wyrok SPI w sprawie *Microsoft p. Komisji*, pkt 854–857. D. Howarth, K. McMahon, *Windows has performed an illegal operation: the Court of First Instance's judgment in Microsoft v. Commission*, ECLR 2008, No. 29(2), p. 125–126.

¹⁰² Decyzja KE z 24.03.2004 r., pkt 961. Niektórzy uznają, że test wiązania jest pięcioelementowy, zob. B. Batchelor, *The fallout from Microsoft: the Court of First Instance leaves critical IT industry issues unanswered*, CCLR 2008, No. 14(1), p. 19.

¹⁰³ Tak J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 163.

¹⁰⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, op. cit., pkt 859.

¹⁰⁵ Ibidem. Wskazuje na to również w analizie decyzji Komisji V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 159.

¹⁰⁶ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 862.

¹⁰⁷ Ibidem, pkt 864.

6.4. Test odrębności produktów

Z punktu widzenia kwalifikacji wiązania jako praktyki ograniczającej konkurencję, największe problemy rodzą przypadki sprzedaży towaru złożonego z dwóch produktów, dotychczas sprzedawanych samodzielnie. Aby można było mówić o nadużyciu pozycji dominującej polegającej na wiązaniu w rozumieniu art. 82 TWE, konieczne jest, aby dominant łączył dwa odrębne towary, należące do odrębnych rynków właściwych¹⁰⁸. Nie można bowiem mówić o wiązaniu, jeżeli dostarcza się jeden towar.

Badając odrębność towarów na użytek oceny zgodności transakcji wiązanych z art. 82 TWE, należy uwzględnić ich charakter oraz zwyczaje gospodarcze, to jest to, czy są one z reguły sprzedawane oddzielnie¹⁰⁹. W przypadku klasycznej sprzedaży pakietowej (towar A i towar B sprzedawane są tylko w pakiecie), kwalifikacja taka nie następuje trudności, gdyż pakiet składa się z produktów należących do dwóch odrębnych rynków właściwych¹¹⁰. Zasadnicze wątpliwości, związane z kwalifikacją towarów sprzedawanych w pakiecie jako odrębnych produktów, pojawiają się wówczas, gdy wiązanie przybiera postać technologiczną, to jest dwa odrębne towary zostają fizycznie połączone razem w nowy produkt, realizujący funkcje, które wcześniej wykonywane były przez dwa odrębne towary, należące do dwóch odrębnych rynków.

W sprawie *Microsoft* wymagało to rozstrzygnięcia, czy program użytkowy (aplikacja) – w tej konkretnej sprawie „odtworacz multimediów Windows Media Player” – to część składowa, integralny element systemu operacyjnego (produktu wiążącego), czy odrębny towar, który dopiero jest wiązany z systemem operacyjnym w ramach antykonkurencyjnej praktyki. Kwestia ta ma kluczowe znaczenie nie tylko dla sprawy *Microsoft*, ale dla całego szeroko rozumianego sektora technologii informatycznych. Wpływa na możliwość rozbudowywania oferowanych produktów, w szczególności systemów operacyjnych, o kolejne narzędzia użytkowe, pozwalające korzystać z kolejnych usług lub ze współczesnych urządzeń multimedialnych w sposób umożliwiający optymalne wykorzystanie zasobów społeczeństwa opartego na wiedzy.

W odwołaniu od decyzji Komisji *Microsoft* argumentował, że WMP stanowi integralną część Windows, wprowadzoną do niego w drodze naturalnej ewolucji produktu, zapewniającą systemowi operacyjnemu tzw. multimedialną funkcjonalność. SPI nie uwzględnił tego argumentu i potwierdził prawidłowość kwalifikacji WMP i systemu Windows jako odrębnych towarów.

W świetle wyroku w sprawie *Microsoft*, odrębność dwóch towarów ocenia się z punktu widzenia klientów i popytu na produkt związany¹¹¹. Wyznacznikiem wspomnianej odrębności jest istnienie popytu na sam produkt związany, który to popyt może zostać zaspokojony z innego źródła niż dostawca produktu wiążącego¹¹². Istotną, aczkolwiek nie decydującą wskazówką w tym zakresie, jest obecność na rynku niezależnych dostawców produktu związanego¹¹³. Badając te kwestię SPI zwrócił uwagę, iż pomimo wiązania WMP z systemem operacyjnym Windows, „nie nieistotna liczba klientów” w dalszym

¹⁰⁸ I. van Beal, J.-F. Bellis, *Competition law of the European Community*, op. cit., p. 962.

¹⁰⁹ C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella, *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 369.

¹¹⁰ A. Jones, B. Sufirin, *EC competition law*, op. cit., p. 454.

¹¹¹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 917.

¹¹² M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC. The European Commission's Microsoft decision in perspective*, World Competition 2004, No. 27(2), p. 227.

¹¹³ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 927 z powołaniem się na wyroki: ETS w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak II*, op. cit., pkt 36; SPI w sprawie T-30/89 *Hilti*, op. cit., pkt 67; SPI w sprawie T-83/91

ciągu nabywa odtwarzacze multimediiów od konkurentów Microsoft, mimo tego, iż posiadają już odtwarzacz tego dostawcy¹¹⁴. Ponadto, to do producentów sprzętu komputerowego należy połączenie sprzętu i programowania pochodzącego z różnych źródeł w celu stworzenia produktu, z którego mogą korzystać użytkownicy końcowi¹¹⁵. Okoliczność, że dostawcy sprzętu i konsumenci mogliby nabyć Windows bez WMP nie oznacza, że nabyliby Windows bez odtwarzacza. Producenci sprzętu kierują się bowiem zapotrzebowaniem konsumentów na określoną zawartość pakietu oprogramowania kupowanego wraz z komputerem i zainstalowanego na nim „fabrycznie”. Zapotrzebowanie to obejmuje system operacyjny oraz odtwarzacz multimedialny, przy czym zapotrzebowanie to nie obejmuje WMP, ale odtwarzacz, który współpracuje z systemem operacyjnym Windows¹¹⁶. Doprowadziło to SPI do konkluzji, iż nie można mówić o funkcjonalnym związku między systemem operacyjnym a odtwarzaczem multimediiów, a zatem ten ostatni nie stanowi integralnej części tego pierwszego, zaś istnienie grupy odbiorców zainteresowanych „uboższą” wersją systemu, wskazuje na odrębność systemu operacyjnego i odtwarzacza multimedialnego na użytek art. 82 TWE¹¹⁷.

Z orzeczenia wynika, że w przypadku braku odrębnego, niezależnego popytu na produkt związany, wiązanie nie będzie antykonkurencyjne, gdyż mamy do czynienia z jednym produktem¹¹⁸. Z wyroku wynika, iż nie ma potrzeby weryfikowania, czy produkt wiążący oferowany był bez produktu związanego, lub czy klienci poszukiwali produktu wiążącego bez produktu związanego (Windows bez WMP)¹¹⁹. Akceptacja argumentu Microsoft, że nie ma zapotrzebowania na system operacyjny bez odtwarzacza multimediiów byłaby tożsama z uznaniem, że nie było zapotrzebowania na same magazynki do pistoletów na gwoździe, ponieważ magazynek bez gwoździ jest bezużyteczny¹²⁰. W świetle wyroku w sprawie Microsoft, test odrębności produktu nie może ograniczać się do zbadania funkcjonalnych związków między nimi, a zatem okoliczność, iż jeden produkt jest bezużyteczny bez drugiego nie oznacza, że mamy do czynienia z jednym produktem. Decydujące znaczenie ma bowiem analiza popytu na produkt związany. Nie bada się zatem, czy konsumenci są zainteresowani odrębnym nabywaniem poszczególnych towarów wchodzących w skład pakietu¹²¹. Dlatego istotny jest popyt na system operacyjny z innymi odtwarzaczami multimediiów lub na same odtwarzacze, bez systemu operacyjnego¹²².

Test zastosowany przez Komisję i zaakceptowany przez SPI odbiega od testu stosowanego w prawie antytrustowym Stanów Zjednoczonych, w którym uwzględnia się, czy produkt wiążący normalnie jest sprzedawany bez produktu związanego¹²³. Tymczasem w świetle wyroku w sprawie *Microsoft* analiza koncentruje się na tym, czy jest popyt na

Tetra Pak II, op. cit., pkt 82; M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 227; D. Howarth, K. McMahon, *Windows has performed an illegal operation...*, op. cit., p. 126.

¹¹⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 932.

¹¹⁵ *Ibidem*, pkt 923.

¹¹⁶ *Ibidem*, pkt 923.

¹¹⁷ *Ibidem*, pkt 924.

¹¹⁸ *Ibidem*, pkt 918.

¹¹⁹ *Ibidem*, pkt 919, z odwołaniem się do wyroków: ETS w sprawie C-333/94 P *Tetra Pak II*, op. cit., pkt 36; SPI w sprawie T-30/89 *Hilti*, op. cit., pkt 67; SPI w sprawie T-83/91 *Tetra Pak II*, op. cit., pkt 82.

¹²⁰ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 921.

¹²¹ Taki test przyjmuje B. H. Kobayashi, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms?...*, op. cit., p. 710.

¹²² J. Langer, *The Court of First Instance's Microsoft decision...*, op. cit., p. 193.

¹²³ D. Howarth, K. McMahon, *Windows has performed an illegal operation...*, op. cit., p. 126; V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 158.

sam produkt związany. Można to uznać za sukces zagorzałych przeciwników Microsoft, entuzjastów oprogramowania open-source, kontestatorów procesu globalizacji, z którym można utożsamiać producenta Windows, gdyż poszukując na rynku – z różnych powodów – alternatyw dla WMP, doprowadzili do podważenia modelu biznesowego i strategii koncernu z Redmond. Ich zachowanie świadczyło bowiem o istnieniu odrębnego popytu na odtwarzacze multimedialnych.

Doktryna¹²⁴ krytycznie ocenia test przyjęty przez SPI. Okoliczność, iż jest popyt na samodzielnie sprzedawane opony nie oznacza, że sprzedaż samochodu z oponami stanowi przejaw antykonkurencyjnego wiązania. Polemika ta jest jednak oparta na nieco mylącym założeniu – żaden z producentów samochodu nie ma takiego udziału w rynku, jak Microsoft na rynku systemów operacyjnych, Hilti na rynku magazynków do gwoździ, czy Tetra Pak na rynku maszyn do aseptycznego pakowania produktów spożywczych. Kwestia ta nie ma znaczenia na etapie testu odrębności produktów, ale czyni dokonywanie takiego porównania bezprzedmiotowym, narzuca bowiem czytelnikowi wniosek, iż skoro nikt nie kwestionuje tego, że samochód i opony stanowią jeden produkt, to sprzedaż systemu operacyjnego wzbogaconego o program do odtwarzania multimedialnych powinna być traktowana tak samo. Tymczasem sprzedaż samochodu z oponami należy traktować jako przykład wiązania, ale wiązania, które – jak na razie – nie ma charakteru antykonkurencyjnego ze względu na cechy rynku, na którym występuje. Zestawienie systemu operacyjnego z samochodem jest także niewłaściwe z innego względu – o ile nie można korzystać z samochodu bez opon, o tyle można korzystać z systemu operacyjnego (komputera) bez odtwarzacza multimedialnych.

Jednakże większość przypadków pakietowej sprzedaży produktów, kiedy dochodzi do narzucenia produktu związanego, podyktowana jest względami ekonomii skali lub zakresu. Dlatego do rozstrzygnięcia kwestii, czy produkt wiązany i związany są produktami odrębnymi, należałoby stosować test, czy produkt wiązany normalnie, w warunkach prawidłowo funkcjonującego rynku, sprzedawany jest odrębnie od produktu związanego (a nie czy produkt związany jest sprzedawany odrębnie od wiążącego np. opony i samochód). Jeżeli w zwykłych warunkach konkurencji produkt wiązany sprzedawany jest z produktem związanym, mamy do czynienia z jednym produktem (samochód i opony).

Obok analizy popytu na produkt związany, badając odrębność towarów, uwzględnia się zachowanie przedsiębiorców działających na rynkach wiązanych towarów. Z wyroku SPI wynika, iż jeżeli zwyczaj handlowy lub przeznaczenie gospodarcze (*commercial usage*) wskazuje, że zdecydowana większość przedsiębiorców działających na danym rynku sprzedaje dwa produkty razem, jest to poważna wskazówka co do tego, że nie są to towary odrębne z punktu widzenia prawa konkurencji¹²⁵. Jeżeli jednak tylko jeden przedsiębiorca stosuje wiązanie, *a contrario* wskazuje to, że istnieje odrębny popyt na produkt wiązany i związany. Ponadto, w takich sprawach, jak sprawa *Microsoft* trudno mówić o zwykłym gospodarczym przeznaczeniu produktów lub zwyczaju handlowym w sytuacji, gdy podmiot korzystający z transakcji wiązanych kontroluje 95% rynku. W ten sposób SPI podtrzymał dotychczasową praktykę, zgodnie z którą, nawet jeżeli wiąza-

¹²⁴ Por.: V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 158; D. Evans, A. Padilla, *Tying under article 82 EC and the Microsoft decision. A comment on Dolmans and Graf*, World Competition 2004, No. 27(4), p. 511; R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The law and economics of article 82*, op. cit., p. 494.

¹²⁵ Zwyczaj handlowy lub przeznaczenie gospodarcze świadczą o obiektywnym uzasadnieniu wiązania, zob. J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 698.

nie odpowiada gospodarczemu (komercyjnemu) przeznaczeniu towaru lub zwyczajom handlowym, może mimo to stanowić nadużycie pozycji dominującej¹²⁶.

Obok popytu na produkt związany i zachowania innych przedsiębiorców działających na rynku produktu wiążącego, SPI dodatkowo uwzględnił następujące czynniki: 1) rodzaj i charakter produktu; 2) ewolucję rynku; 3) historię opracowania i rozwoju wiązanych towarów; 4) dotychczasowe zachowanie przedsiębiorstwa dopuszczającego się wiązania¹²⁷.

Odnosząc się do rodzaju produktu, w orzeczeniu podkreślono, iż Windows jest systemem operacyjnym, zaś WMP jest aplikacją programową. Oba produkty pełnią odmienne funkcje i służą realizacji innych zadań. System operacyjny kontroluje hardware i odpowiada za wykonywanie przez komputer podstawowych funkcji, umożliwiając przesyłanie, kodowanie oraz dekodowanie poleceń. Natomiast programy użytkowe (aplikacje) pełnią funkcje zależne od przeznaczenia komputera, czyli celu, dla którego jest on wykorzystywany przez użytkownika. System operacyjny pozwala na korzystanie z komputera w ogóle i uruchamianie na nim różnych programów użytkowych¹²⁸. Zatem komputer, aby użytkownik mógł z niego korzystać musi mieć system operacyjny. Natomiast nie jest niezbędne, by był wyposażony w odtwarzacz multimedialny, gdyż o zapotrzebowaniu na taką aplikację decydować będzie sposób korzystania z komputera przez użytkownika. SPI podkreślił, iż z technicznego punktu widzenia Windows może działać jako zwykły system operacyjny, pozbawiony różnego rodzaju dodatków, w tym programu do odtwarzania plików A/V, gdyż wewnętrzna struktura tego systemu operacyjnego rozróżnia między plikami zarządzającymi odtwarzaniem plików A/V na komputerze z zainstalowanym Windows w ogóle, a plikami odpowiedzialnymi za funkcjonowanie odtwarzacza multimedialnego. Pozwoliło to SPI oddalić argumentację Microsoft w przedmiocie tzw. „funkcjonalności multimedialnej”.

Z powyższego wynika, iż funkcje systemu operacyjnego i programów w rodzaju WMP są różne. System operacyjny i aplikacje użytkowe mają charakter produktów komplementarnych. Można przyjąć, iż ich nabywca będzie chciał połączyć system i aplikacje pochodzące z różnego źródła. Jednakże fakt, że nabywcy systemów operacyjnych chcą, by na komputerze można było pisać, a więc by był on wyposażony w oprogramowanie do edytowania tekstów nie oznacza, że mamy do czynienia z jednym produktem w postaci systemu operacyjnego i edytora tekstów¹²⁹. *A contrario* można przyjąć, że w niniejszej sprawie nie byłoby wiązania w rozumieniu art. 82 TWE, gdyby odtwarzanie plików A/V na komputerze z Windows było możliwe bez dodatkowego programu, tzn. do odtworzenia wystarczyłby fakt zainstalowania Windows i sterowanie poszczególnymi elementami hardware przez system operacyjny. Położenie nacisku na „samodzielność” systemu operacyjnego oraz odtwarzacza multimedialnego nakazuje zachować szczególną ostrożność przedsiębiorcom działającym na rynku technologii informatycznych (aczkolwiek tylko tym o porównywalnej do Microsoft pozycji rynkowej), gdyż jest wyrazem negatywnego podejścia organów wspólnotowych do integracji w ramach jednego produktu dwóch lub więcej odrębnych towarów¹³⁰.

¹²⁶ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 942.

¹²⁷ *Ibidem*, pkt 925.

¹²⁸ *Ibidem*, pkt 926.

¹²⁹ *Ibidem*, pkt 922.

¹³⁰ Zob. również na podstawie wcześniejszego orzecznictwa J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player remedy...*, op. cit., p. 697–698.

Odnosząc się ewolucji rynku, SPI pokreślił, iż działającą na nim przedsiębiorcy zajmującą się opracowywaniem i wprowadzaniem do obrotu programów użytkowych, w tym odtwarzaczy multimedialnych niezależnie od systemów operacyjnych¹³¹. Ich obecność potwierdza odrębność wiązanych towarów. Skoro bowiem towar związany jest przedmiotem samodzielnego obrotu, pakiet obejmujący towar wiążący i towar związany, nawet jeżeli są one ze sobą fizycznie zintegrowane, nie ma cech jednego produktu. Istotną wskazówką w przedmiocie odrębności wiązanych produktów jest również zachowanie przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą. Jeżeli wprowadza ono produkt związany niezależnie od produktu wiążącego lub pakietu obu produktów, przemawia to za odrębnością obu produktów¹³². Odmienne stanowisko w kwestii odrębności Windows oraz WMP prezentują m.in. J.-Y. Art. i G. McCurdy¹³³. Ich zdaniem analiza produktów konkurencyjnych wskazuje, iż poszerzanie możliwości systemów operacyjnych o kolejne funkcjonalności stanowi naturalną tendencję rozwoju rynku systemów operacyjnych. Praktyka dołączania odtwarzaczy multimediiów do systemów operacyjnych pojawiła się, gdy odpowiednio zmodyfikowano procesory Intelu. Najpierw wprowadził taką możliwość Microsoft, a następnie Apple, społeczność Linuxa, IBM i Sun¹³⁴. To z kolei miałyby oznaczać, iż zwyczaj handlowy bądź obowiązujący na rynku oprogramowania, a w szczególności systemów operacyjnych, model prowadzenia działalności gospodarczej (*business model*) wskazują na istnienie jednego produktu w postaci systemu operacyjnego z oprogramowaniem służącym do odtwarzania mediów strumieniowych.

Powyższemu rozumowaniu nie sposób odmówić atrakcyjności. Innowacja bardzo często polega na tym, że istniejący produkt zostanie wzbogacony o dodatkowe funkcje, które do tej pory były wykonywane przez inny, odrębny towar. Jeżeli takie połączenie dwóch odrębnych towarów jest wynikiem odpowiedniego „zaprojektowania” nowego towaru, mamy do czynienia z wiązaniem technologicznym. Gdy połączenie dwóch odrębnych towarów w jeden nowy jest podyktowane względami technicznymi (lepsze funkcjonowanie), mamy do czynienia z „fikcyjnym” wiązaniem, które powinno być traktowane jako wprowadzenia do obrotu „nowego produktu”, odrębnego od sprzedawanych wcześniej dwóch towarów. Wymaga to rozstrzygnięcia kwestii, czy towar powstały wskutek połączenia dotychczas odrębnych produktów jest rzeczywiście czymś nowym, czy wnosi jaką nową jakość, czy użytkownikom lepiej korzysta się z takiego „zmiksowanego” produktu, czy oba – sprzedawane dotąd samodzielnie – towary będą równie dobrze funkcjonowały, gdy nie zostaną połączone razem przez producenta oraz

¹³¹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 927. W uzasadnieniu wskazano przykłady Apple i QuickTime, RealNetworks i RealPlayer'a. W tych okolicznościach dyskusyjne jest, czy gdyby Microsoft od początku oferował system operacyjny z oprogramowaniem do odtwarzania plików multimedialnych, zaś niezależni producenci odtwarzaczy multimedialnych pojawili się później, to czy także doszłoby do nadużycia pozycji dominującej.

¹³² M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 227. SPI zauważył, że Microsoft sprzedaje takie wersje WMP, które przeznaczone są do pracy na systemach operacyjnych konkurentów. Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 928. Tak samo jak odtwarzacze innych producentów, WMP może zostać pobrany i zainstalowany niezależnie od systemu operacyjnego Windows. Ponadto Microsoft wypuszcza aktualizacje do WMP niezależne od aktualizacji Windows (ale chyba nie do końca, ponieważ mi się zmienił WMP przy aktualizacji Windows). Wreszcie, Microsoft promuje samego WMP, a także oferuje specjalną licencję, której zakres zależy od tego, czy obejmuje ona system Windows, czy także technologie związane z WMP. Zachowanie Microsoftu wskazywało zatem, iż traktuje on WMP jako odrębny od systemu Windows produkt. Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, op. cit., pkt 930.

¹³³ J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 697.

¹³⁴ Ibidem, p. 695.

czy konsument samodzielnie łącząc dwa towary w jeden nie osiągnie takich samych rezultatów¹³⁵. W świetle uzasadnienia wyroku SPI wydaje się, iż związanie Windows z WMP nie przynosiło takich korzyści, dlatego nie było podstaw do uznania systemu operacyjnego wzbogaconego o odtwarzacz multimediiów za jeden, nowy produkt.

Ustosunkowując się do przedłożonego przez Microsoft argumentu dotyczącego „naturalnego rozwoju produktu” poprzez zapewnienie „multimedialnej funkcjonalności systemu operacyjnego”, SPI uznał, że nie wyklucza to możliwości naruszenia art. 82 TWE poprzez zastosowanie antykonkurencyjnego wiązania, gdyż może ono „przybrać formę technicznej integracji (włączenia) jednego produktu w drugi”¹³⁶. Badając historię opracowania i ewolucji wiązanych produktów SPI podkreślił, iż włączenie WMP do systemu operacyjnego Windows nie było podyktowane względami technicznymi. Z powyższego *a contrario* wynika, iż gdyby wprowadzenie oprogramowania umożliwiającego odtwarzanie plików multimedialnych do wewnętrznej struktury systemu operacyjnego było podyktowane koniecznością zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu lub odtwarzacza, ocena odrębności obu produktów mogłaby być odmienna¹³⁷.

Z orzeczenia wynika, iż badając odrębność dwóch produktów, będących przedmiotem wiązania, należy uwzględnić, czy kupno pakietu (zintegrowanego produktu) przynosi klientowi korzyść w porównaniu do odrębnego zakupu dwóch produktów¹³⁸. SPI zaakceptował stanowisko Komisji, iż funkcjonalność multimedialna systemu operacyjnego nie jest – ze względu na swój charakter i zgodnie ze zwyczajami handlowymi lub przeznaczeniem gospodarczym (*commercial usage*) – związana z systemem operacyjnym¹³⁹. Po pierwsze, odtwarzacze i systemy operacyjne nie są „nierozzerwalnymi” produktami. Co prawda użytkownik może korzystać z odtwarzacza tylko na komputerze, na którym jest system operacyjny, ale nie czyni to obu produktów jednym produktem. Z systemu operacyjnego (a tym samym komputera) można bowiem korzystać niezależnie od tego, czy odtwarzacz multimediiów jest na nim zainstalowany. Po drugie, trudno mówić o „zwyczajach handlowych” na rynku kontrolowanym w 95% przez Microsoft¹⁴⁰. Po trzecie, Microsoft

¹³⁵ W sprawie Jerrold Electronics przedsiębiorca opracował system odbioru sygnału TV składający się z anteny, wzmacniacza i okablowania łączącego różne domostwa (US v. Jerrold Elecs. Corp., 1878 F. Supp. 545, 557, potwierdzone 365 U.S. 567 (1961)). Każda z części składowych systemu była odrębnym produktem, sprzedawanym odrębnie, ale przedsiębiorca sprzedawał je tylko w pakiecie. Sąd przyjął, że w dacie wprowadzenia tego produktu na rynek stanowił on istotną innowację, zaś zmontowanie systemu oferującego porównywalną jakość odbioru samodzielnie przez odbiorców było ograniczone z uwagi na brak wiedzy co do odpowiedniego zestrojenia poszczególnych elementów. Dlatego w początkowym etapie funkcjonowania produktu na rynku przedsiębiorca mógł oczekiwać i wymagać, by potencjalni klienci kupili całość systemu u niego. Ale po upływie tego „początkowego” okresu życia produktu na rynku, ochrona wynikająca z nowości produktu wygasła.

¹³⁶ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 935.

¹³⁷ SPI zauważył, iż w branym pod uwagę okresie, tj. w maju 1999 r., Microsoft mógł rozprowdzać WMP tak, jak robił to do tej pory z dotychczasowymi odtwarzaczami (np. odtwarzacz NetShow dołączany był na płycie ale nie był częścią składową systemu operacyjnego). Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 936. Z dokumentów wewnętrznych Microsoft wynikało, iż decyzja o integracji obu produktów podyktowana była dążeniem do zwiększenia konkurencyjności WMP w porównaniu do konkurencyjnych odtwarzaczy, w szczególności Real Playera, poprzez przedstawienie go jako części składowej systemu operacyjnego, a nie odrębnego programu użytkowego.

¹³⁸ M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 227. Na przykład kupno samochodu przynosi więcej korzyści konsumentowi niż kupno poszczególnych komponentów, ponieważ nie jest on w stanie samodzielnie złożyć samochodu lub jest to znacznie bardziej kosztowne. Kupno telefonu komórkowego z kamerą cyfrową również oferuje konsumentowi szereg korzyści, których nie mógłby uzyskać kupując odrębnie telefon komórkowy i aparat cyfrowy.

¹³⁹ Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 938.

¹⁴⁰ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 461.

nie mógł powoływać się na fakt, iż sprzedawcy konkurencyjnych systemów operacyjnych również wiążą odtwarzacze z systemami, ponieważ przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą mają ograniczone możliwości reagowania na zachowania konkurentów. SPI uznał również, iż ten argument Microsoft wzmacnia stanowisko Komisji, ponieważ konkurenci Microsoft oferują odtwarzacze jako oprogramowanie opcjonalne, które może być odinstalowane lub oferują wybór między różnymi odtwarzaczami¹⁴¹.

Podejście zastosowane przez Komisję i SPI do kwalifikacji Windows i WMP jako odrębnych produktów spotkało się z krytyką, jako oparte na dotychczasowej praktyce dotyczącej wiązania o charakterze kontraktowym, w przypadku którego występowały dwa odrębne fizycznie produkty (maszyna do pakowania i karton oraz magazynek (taśma) i gwoździe). Orzecznictwo to nie przystaje do realiów sprawy *Microsoft*, w której chodziło o jeden produkt złożony z dwóch – na użytek sprawy – komponentów (systemu operacyjnego i programu do odtwarzania multimediiów)¹⁴². Wskazuje się, iż w świetle testu przyjętego przez Komisję i zaakceptowanego przez SPI, produkt złożony z dwóch części składowych, które samodzielnie mogą być przedmiotem obrotu, nie jest – z punktu widzenia art. 82 TWE – jednym produktem, jeżeli tylko na jeden z jego komponentów istnieje samodzielny popyt¹⁴³. Skutkiem tego każdy produkt, do którego mogą być dostarczane części zamienne należy traktować jako efekt wiązania odrębnych produktów¹⁴⁴. Zarzuca się także, iż Komisja nie zweryfikowała, czy jest popyt na systemy operacyjne bez technologii do odtwarzania plików multimedialnych¹⁴⁵. Także SPI, badając odrębność wiązanych towarów, nie zastosował projekcji przyszłego popytu. Można argumentować, iż w sytuacji gdy zintegrowany produkt w postaci połączonego oprogramowania może zastąpić popyt na produkt związany, nie powinno dojść do naruszenia prawa antymonopolowego, przynajmniej na rynkach innowacyjnych. Nowy produkt kreuje bowiem samodzielny popyt na siebie dzięki integracji dotychczasowych produktów i stopniowo zastępuje popyt na dwa odrębne produkty¹⁴⁶. SPI zignorował również okoliczność, iż współcześni konsumenci – użytkownicy komputerów – oczekują, iż będą mogli odtwarzać pliki A/V na komputerach bez potrzeby instalowania dodatkowego oprogramowania¹⁴⁷. Ustosunkowując się do tych zarzutów pod adresem omawianego orzeczenia, należy podkreślić, iż wskazane powyżej oczekiwania konsumentów zostały ukształtowane przede wszystkim przez Microsoft.

W świetle uzasadnienia wyroku SPI, odtwarzacze multimediiów, takie jak WMP, nie mają żadnego związku z tzw. funkcjonalnością multimedialną systemu operacyjnego Windows, rozumianą jako zdolność systemu operacyjnego do zarządzania sprzętem komputera, celem umożliwienia odtwarzania plików A/V. Z wyroku wynika bowiem, iż usunięcie WMP nie ma żadnego wpływu na możliwość odtwarzania plików A/V za pomocą innego programu z grupy odtwarzaczy multimediiów. WMP nie jest bowiem „funkcjonalnością multimedialną” systemu operacyjnego Windows, ale programem użytkowym, stanowiącym swego rodzaju dodatek do systemu operacyjnego, dzięki któremu możliwe jest wykorzystanie wbudowanej w system operacyjny „funkcjonalności multimedialnej”.

¹⁴¹ Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 941.

¹⁴² D. Evans, A. Padilla, *Tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 511; V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 157–158.

¹⁴³ D. Evans, A. Padilla, *Tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 511.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 158.

¹⁴⁷ J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 695.

6.5. Pozbawienie klientów możliwości nabycia systemu operacyjnego bez WMP

Sprzedaż wiązana stanowi praktykę ograniczającą konkurencję tylko w takim zakresie, w jakim pozbawia nabywców możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego (tzw. zmuszenie). Zmuszenie może przybierać różne formy – warunek kupna dwóch produktów, wprowadzenia klauzuli do umowy, odmowa sprzedaży chyba że nabywca kupi także produkt związany, presja, korzyści, odmowa uznania gwarancji¹⁴⁸.

Warto odnotować pewną rozbieżność między treścią tego elementu testu sprzedaży związanej w punkcie 842 uzasadnienia, a tytułem tego fragmentu uzasadnienia wyroku, który poświęcony jest analizie tej przesłanki. Mianowicie, w punkcie 842 mowa o pozbawieniu wyboru „klientów”, w tytule fragmentu użyto sformułowania „konsumentów” zaś w punktach 960 i następujących, w których zawarte jest stanowisko SPI w przedmiocie tego elementu testu sprzedaży związanej, posłużono się zamiennie określeniami „klienci”, „konsumentów” oraz „ostateczni użytkownicy”. O ile dowolność, z jaką SPI posługując się wspomnianymi terminami mogłaby wskazywać na traktowanie ich jako synonimów, o tyle kontekst, w jakim pojęcia te używane są w punktach 960–975 zdaje się jednak przemawiać za tym, iż mają one w prawie konkurencji odmienne znaczenie. Tym bardziej dziwi rozbieżność między przesłankami testu sprzedaży związanej z punktu 842 i fragmentem uzasadnienia dotyczącym tej konkretnej przesłanki. Nie wydaje się jednak, by miała ona praktyczne znaczenie

Istotą antykonkurencyjnej sprzedaży związanej jest zmuszenie (*coercion*) klientów do kupna produktu, którego nie nabyliby na konkurencyjnym rynku¹⁴⁹. Zmuszenie to można opisowo przedstawić w sposób przyjęty w uzasadnieniu wyroku jako pozbawienie możliwości wyboru między kupnem samego produktu wiążącego a nabyciem pakietu. Próbując podważyć ten element testu wiązania w rozumieniu art. 82 TWE, Microsoft bronił się za pomocą następujących argumentów: 1) konsumenci¹⁵⁰ nie płacą dodatkowo za WMP, 2) konsumenci nie muszą używać WMP; 3) konsumentom nie zakazuje się ani nie uniemożliwia instalowania konkurencyjnych odtwarzaczy. Nie zachodziło zatem jakiegokolwiek „zmuszenie”.

SPI uznał jednak, że ponieważ konsumenci nie mogą kupić Windows bez WMP, dochodzi do uzależnienia zawarcia umowy od spełnienia lub zaciągnięcia dodatkowego zobowiązania¹⁵¹. SPI zgodził się ze stanowiskiem KE, iż do wymuszenia (*coercion*) dochodzi na poziomie producentów sprzętu komputerowego, a dopiero następnie, na dalszym etapie dystrybucji, skutki tego wymuszenia odczuwane są przez ostatecznych odbiorców. Producenci komputerów PC instalują system operacyjny dostarczony przez producenta oprogramowania lub opracowany przez nich. Jednakże, ci producenci, którzy chcą instalować system Windows muszą zainstalować go razem z WMP. Zobowiązując ich do tego licencja Microsoft. Nie przewiduje ona możliwości zainstalowania systemu operacyjnego Windows bez odtwarzacza multimedialnych WMP. Na tej podstawie SPI uznał, iż „wymuszenie” miało charakter zarówno kontraktowy (umowa licencyjna zobowiązywała do zainstalowania systemu operacyjnego wraz z odtwarzaczem multimedialnych Microsoft), jak i techniczny, ponieważ nie można było odinstalować WMP.

¹⁴⁸ Sprawa *Novo Nordisk*, 26th Report on Competition Policy, pkt 35.

¹⁴⁹ A przynajmniej nie nabyliby na warunkach wynikających ze sprzedaży związanej.

¹⁵⁰ W wersji oficjalnej użyto zwrotu „klienci” (*customers*).

¹⁵¹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 961.

W klasycznych przypadkach sprzedaży wiązanej, klienci przedsiębiorstwa stosującego sprzedaż wiązaną bezpośrednio są zmuszani do nabycia „pakietu”¹⁵². *Novum* w sprawie *Microsoft* polegało na tym, że nacisk położono na „zmuszanie” ostatecznych odbiorców, podczas gdy ta kategoria klienteli Microsoft bardzo rzadko spotykała się bezpośrednio z charakterystycznym dla art. 82 lit. d) TWE przymusem. Efekt zmuszania do kupna produktu wiążącego z produktem związanym pojawiał się tylko wówczas, gdy nabywcy finalni kupowali system operacyjny u sprzedawcy detalicznego, celem zainstalowania go na posiadanym komputerze¹⁵³. Analiza rynku wykazała, iż nabywcy tacy mieli zaledwie 10% udziału w sprzedaży Windows¹⁵⁴. Ponieważ 75% sprzedaży Windows realizowane jest za pośrednictwem producentów komputerów PC, ów typowy dla umów wiązanych „przymus” polegał na tym, że to producenci sprzętu są zmuszani przez Microsoft do podejmowania określonych działań, których skutki są następnie „przerzucane” na odbiorców finalnych jako faktycznych użytkowników zainstalowanego fabrycznie na kupionym komputerze systemu operacyjnego wraz z programem użytkowym do odtwarzania multimedialnych. Wymuszenie odbywa się pośrednio, poprzez narzucenie określonych zasad producentom sprzętu (Windows, ale tylko z WMP) działającym w charakterze pośredników. Wymuszenie jest bezpośrednie w przypadku zakupu indywidualnej licencji Windows. Z powyższego wynika, iż efekt wiązania w postaci narzucenia (zmuszenia do zakupu) produktu związanego, uwzględniany jest nie tylko na etapie użytkownika końcowego, ale także na wcześniejszych etapach dystrybucji produktu, w zależności od okoliczności faktycznych sprawy. Odnosząc to stanowisko SPI do stanu faktycznego należy przyjąć, iż skoro większość konsumentów (użytkowników oprogramowania) kupuje system operacyjny nabywając komputer (decydując się *de facto* na zakup komputera, a nie na zakup systemu operacyjnego, który nabywany jest łącznie z komputerem i pełni funkcje „użytkowe” dla przeciętnego konsumenta), istotne jest nie to, czy konsumenci (ostateczni odbiorcy) są zmuszani do przyjęcia dodatkowych zobowiązań (kupna produktu związanego i wiążącego), ale czy producenci towaru kupowanego przez konsumentów są zmuszani do kupna (i instalacji) produktu wiążącego z produktem związanym. Treść art. 82 lit. d) TWE nie stoi na przeszkodzie takiemu rozumowaniu.

Odnosząc się do argumentu braku odpłatności za WMP, SPI uznał, iż z faktu nie pobierania odrębnych opłat za WMP nie wynika, że odtwarzacz oferowany jest za darmo, ponieważ cena WMP jest uwzględniona w globalnej cenie systemu¹⁵⁵. Odwołując się zaś do treści art. 82 lit. d) TWE SPI przyjął, iż z przepisu tego nie wynika, by do uznania praktyki za sprzedaż wiązaną konsument musiał koniecznie płacić za produkt wiązany¹⁵⁶. Z powyższego wynika, iż ważniejszy od kosztów, jakie musi ponieść konsument kupując pakiet obejmujący towar wiążący i związany, jest sam fakt zmuszenia go do zakupu pakietu, do którego to zmuszenia dochodzi przez pozbawienie konsumenta możliwości wyboru między nabyciem produktu wiążącego od dominanta, a produktu związanego od innego dostawcy. Przedstawione podejście SPI do kwestii odpłatności za produkt wiązany można również traktować jako wyraz negatywnego nastawienia

¹⁵² Por. wyroki: SPI w sprawie T-30/89 *Hilti p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II 1439; ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, I-5951.

¹⁵³ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 865.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pkt 962.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pkt 968.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pkt 969.

organów wspólnotowych do stosowania przez dominanta mieszanej sprzedaży pakietowej (*mixed bundling*), nawet jeżeli pociąga ona za sobą korzyści finansowe dla nabywcy.

SPI uznał również za bezprzedmiotowy argument, zgodnie z którym konsumenci nie muszą korzystać z WMP. W uzasadnieniu SPI odwołał się ponownie do treści art. 82 lit. d) TWE i dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego sprzedaży wiązanej, wskazując, iż w sprawie *Hilti* nabywcy pistoletów i magazynków Hilti nie mieli obowiązku używania wyłącznie gwoździ Hilti. Z treści art. 82 lit. d) TWE wynika bowiem, iż przesłanką uznania praktyki za sprzedaż wiązaną jest uzależnienie zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań, a nie zakazanie stronie umowy używania produktów konkurencyjnych w stosunku do produktu związanego. Odnosząc to do stanu faktycznego sprawy, wymuszenie istotne z punktu widzenia kwalifikacji praktyki Microsoft jako sprzedaży wiązanej polega na narzuceniu obowiązku kupna licencji na dwa produkty – Windows (wiązący) i WMP (wiązany). Skutek tego wymuszenia polega zaś na tym, że obowiązek zainstalowania systemu Windows wraz z WMP *de facto* „zniechęca” producentów komputerów do instalowania innego odtwarzacza oraz „zachęca” konsumentów do używania WMP kosztem innych odtwarzaczy „bez względu na to, czy te ostatnie są lepszej jakości”¹⁵⁷, zgodnie z zasadą, iż skoro na komputerze jest dostępny odtwarzacz multimediów nie ma potrzeby instalowania kolejnego.

6.6. Wykluczenie konkurencji

Z punktu widzenia praktyki i doktryny prawa konkurencji kluczowy jest ten fragment uzasadnienia wyroku SPI, który dotyczy *stricte* kwestii wpływu praktyki Microsoft na konkurencję.

Komisja przyjęła, iż wykluczenie konkurencji (zamknięcia dostępu do rynku) wynika z rozpowszechnienia systemu operacyjnego Windows, z którym wiązany jest WMP i dotyka rynku odtwarzaczy multimediów, rynku treści odtwarzanych za pomocą WMP i konkurencyjnych programów oraz rynku technologii związanych z kodowaniem i odcodowywaniem plików A/V. W odwołaniu od decyzji Komisji Microsoft argumentował, iż odwołując się do wykluczenia konkurencji, Komisja dodała jeszcze jeden warunek do art. 82 lit. d) TWE¹⁵⁸.

SPI podkreślił, iż efekt zamknięcia dostępu do rynku nie wynika wprost z treści art. 82 lit. d) TWE, ani z art. 82 TWE, jednakże, aby uznać wiązanie za antykonkurencyjne w rozumieniu tego przepisu, konieczne jest, aby wiązanie było zdolne do ograniczenia konkurencji¹⁵⁹. W ten sposób SPI zaakceptował – przynajmniej werbalnie – pogląd, zgodnie z którym wyznacznikiem ograniczenia konkurencji przez praktykę polegającą na wiązaniu produktów jest zamknięcie dostępu do rynku, przy czym ryn-

¹⁵⁷ Ibidem, pkt 971.

¹⁵⁸ Microsoft wskazywał, iż konfiguracja WMP z systemem nie wpływa na funkcjonowanie odtwarzaczy innych dostawców. Można zatem korzystać z kilku odtwarzaczy niezależnie od WMP. Konsumenci mogą również usunąć WMP z systemu. Ponadto, Microsoft ułatwia tworzenie aplikacji konkurujących z WMP poprzez udostępnienie API. W umowach z producentami komputerów PC wyraźnie dopuszcza się możliwość oferowania konkurencyjnych odtwarzaczy oraz umieszczania odpowiednich informacji i ikonki (skrótów) w widocznym i łatwo dostępnym dla użytkownika sposób. Microsoft nie zobowiązuje programistów, dostawców treści lub innych podmiotów do preferowania WMP lub tworzenia oprogramowania dostępnego wyłącznie dla WMP. Integracja WMP nie ogranicza możliwości dystrybucji konkurencyjnych odtwarzaczy.

¹⁵⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 867; wyrok SPI w sprawie T-203/01 *Michelin p. Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4071 (*Michelin II*), pkt 237.

kiem brany pod uwagę jest rynek produktu związanego. Oznacza to, iż odstąpiono od widocznej w dotychczasowej praktyce koncepcji, zgodnie z którą sam fakt wiązania produktu związanego z produktem wiążącym ograniczał konkurencję na rynku produktu związanego.

Według SPI decyzja Komisji została oparta na „rzeczywistych skutkach wiązania na rynku” oraz ocenie tego, jak najprawdopodobniej rynek rozwinąłby się w braku wiązania. KE dokonała w tym przypadku analiz faktycznych, których wcześniej nie przeprowadzała uznając, że wiązanie co do zasady jest antykonkurencyjne. SPI uznał, że taka zmiana podejścia od strony dowodowej nie skutkuje wprowadzeniem nowego standardu prawnego, zatem otwartą pozostaje kwestia, czy w przyszłości umowy wiązane będą zawsze wymagały wykazania efektu wykluczenia, czy też można mówić o domniemaniu takiego efektu w przypadku stwierdzenia ich stosowania.

Z uzasadnienia wynika także, iż najważniejszy z punktu widzenia wpływu umów wiązanych na konkurencję jest wpływ na „strukturę konkurencji”¹⁶⁰. SPI podkreślił, iż wiązanie pozwoliło Microsoft na uzyskanie nieporównywalnej przewagi swojego produktu nad programami konkurencji, zapewniając w ten sposób rozpowszechnienie WMP na całym świecie, zniechęcając równocześnie użytkowników do korzystania z odtwarzaczy podmiotów trzecich oraz producentów sprzętu komputerowego PC do instalacji takich odtwarzaczy. W ten sposób integracja WMP z systemem Windows doprowadziła do wykluczenia konkurencji ze strony samodzielnie wprowadzanych do obrotu odtwarzaczy multimedialnych¹⁶¹. Tym samym SPI nie oparł swojego wyroku na teorii renty monopolistycznej z tytułu sprzedaży dwóch produktów. Wydaje się, iż stanowisko SPI w przedmiocie wpływu sprzedaży wiązanej konkurencję najbliższe jest teorii dźwigni (*leverage*). Jednocześnie, w uzasadnieniu podkreślono, iż antykonkurencyjny charakter wiązania zastosowanego przez Microsoft polegał na ograniczeniu innowacyjności na rynku poprzez narzucenie swojego standardu. W ten sposób SPI uwzględnił dynamiczny aspekt konkurencji i odniósł się do problemu zablokowania rozwoju konkurencyjnych standardów poprzez upowszechnienie w drodze wiązania WMP z Windows formatu technologicznego WMP.

W świetle tego wyroku, badając efekt wykluczenia konkurencji (zamknięcia dostępu do rynku) uwzględnić się: 1) poziom obrotu produktem, na którym dochodzi do wiązania w połączeniu ze znaczeniem tego poziomu produkcji lub dystrybucji dla pozycji rynkowej przedsiębiorstwa stosującego sprzedaż wiązaną; 2) porównanie pozycji na rynku przed rozpoczęciem stosowania sprzedaży wiązanej i po jej wdrożeniu; 3) wpływ sprzedaży wiązanej na zachowania odbiorców (kontrahentów) w szczególności na skłonność do kupowania produktów „związanych” konkurencji; 4) alternatywę dostępną dla konkurentów.

Komisja uznała, że zachowanie Microsoft „ze swej istoty może wykluczyć konkurencję”. Sformułowanie to należy odczytywać w ten sposób, że wiązanie Windows z WMP miało charakter antykonkurencyjny ze względu na szczególne okoliczności faktyczne sprawy, a nie z powodu samego zastosowania takiej strategii sprzedaży. Podstawę dla takiego stanowiska stanowiło to, że wiązanie ma miejsce na poziomie dystrybucji obejmującym sprzedaż Windows dla celów instalacji fabrycznej, który to poziom ma kluczowe znaczenie dla Microsoft. Model biznesowy stosowany przez Microsoft przy dystrybucji systemu operacyjnego skutkowało tym, że wiązanie WMP z Windows powodowało, że

¹⁶⁰ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1054.

¹⁶¹ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit, p. 19.

WMP stał się najbardziej rozpowszechnionym odtwarzaczem multimedialnych. W tych okolicznościach dostawcy konkurencyjnych aplikacji nie mogą podjąć skutecznej rywalizacji z produktem Microsoft, ponieważ nie mogą korzystać z tego kanału dystrybucji. SPI uznał takie założenie za uzasadnione¹⁶². Integracja WMP z Windows zaburzyła równowagę konkurencji na korzyść Microsoft i na niekorzyść innych dostawców odtwarzaczy. Od maja 1999 r. Microsoft oferował bowiem producentom sprzętu jedynie taką wersję Windows do instalacji fabrycznej, która była połączona z WMP. Takie zachowanie „miało nieuniknioną konsekwencję w postaci wpływu na stosunki na rynku między Microsoft, producentami sprzętu i dostawcami innych odtwarzaczy”¹⁶³. Dzięki powiązaniu dystrybucji WMP z fabryczną instalacją systemu Windows przez producentów komputerów PC, WMP uzyskał niespotykany poziom „penetracji rynku”, zgodnie z zasadą, iż każdy posiadacz komputera z zainstalowanym Windows ma jednocześnie WMP. Powoduje to, iż odtwarzacz WMP nie musiał w ogóle konkurować merytorycznie z innymi odtwarzaczami w zakresie istotnych dla tego towaru cech. Pozwala to założyć, iż zdaniem SPI WMP uzyskał taką pozycję rynkową nie dzięki temu, że był programem należycie opracowanym w warstwie technicznej i graficznej, niezawodnym, łatwym w obsłudze i obsługującym różne formaty plików multimedialnych itp., lecz tylko za sprawą tego, że był dystrybuowany razem z produktem wiążącym. Pozycja WMP wynikała z pozycji Windows na rynku systemów operacyjnych – 90% systemów operacyjnych to Windows, zaś 75% sprzedaży Windows to sprzedaż licencji na etapie preinstalacji¹⁶⁴. W tych okolicznościach żaden z konkurencyjnych odtwarzaczy nie mógł uzyskać takiego stopnia penetracji rynku, ponieważ nie mógł korzystać z tego systemu dystrybucji¹⁶⁵. Krytycy decyzji Komisji wskazują jednak, iż zebrane przez nią dowody wskazywały na wysoką skuteczność dystrybucji za pośrednictwem Internetu.¹⁶⁶

SPI uznał, że w przypadku braku wiązania, konsumenci zainteresowani odtwarzaczem byłiby skłonni wybrać odtwarzacz spośród tych, które są oferowane na rynku, a nie ten, który mają już zainstalowany wraz z systemem operacyjnym¹⁶⁷. SPI zwrócił uwagę także na zachowanie przeciętnego konsumenta, który nabywając komputer chce mieć zapewnioną możliwość używania go bez konieczności podejmowania dodatkowych wysiłków. Dlatego preinstalowanie systemu operacyjnego wraz z odtwarzaczem multimedialnych jest z punktu widzenia konsumenta korzystne, gdyż dostaje on gotowy do użytku produkt,

¹⁶² Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1037.

¹⁶³ Ibidem, pkt 1034.

¹⁶⁴ Ibidem, pkt 1038.

¹⁶⁵ Wcześniej stosowane sposoby dystrybucji odtwarzaczy multimedialnych Microsoft – jak np. wspólna sprzedaż NetShow z systemem Windows – nie zaowocowały porównywalnym poziomem penetracji rynku, jak w przypadku WMP. Jak się wydaje, przyczyniło się do tego to, iż NetShow nie był preinstalowany fabrycznie, a jedynie dołączany do płyty instalacyjnej Windows 98. Oznaczało to, że tam, gdzie użytkownik systemu operacyjnego musiał „podjąć wysiłek” i zainstalować oprogramowanie Microsoft odrębnie, rzeczywistość pokazała, że nie był tego skłonny robić na tyle chętnie, by zapewnić odtwarzaczowi Microsoft odpowiednią pozycję rynkową. Umieszczenie NetShow na płycie oznaczało, że z punktu widzenia użytkownika trzeba było podjąć dodatkowe czynności, co pozostawiało szersze pole manewru konkurentom Microsoft w przekonaniu konsumentów do dokonania innego wyboru. Preinstalacja powoduje, iż użytkownik komputera jest niejako *ex definitione* „mniej skłonny” do używania alternatywnych programów (por. z kupnem samochodu do którego dołączany jest – obok montowanych fabrycznie opon całorocznych lub letnich – zestaw opon na zimę – mało kto kupi sobie inne opony zimowe. Podobnie jest w przypadku montowanego fabrycznie radia lub odtwarzacza CD).

¹⁶⁶ Liczba 300 mln instalacji Real Playera, tempo wzrostu liczby użytkowników QuickTime porównywalne w latach 2000–2002 z tempem przyrostu użytkowników WMP; J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 696.

¹⁶⁷ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1041.

jakiego współcześnie oczekuje. Jednocześnie dostawca, którego produkt jest automatycznie dostępny na „fabrycznym” komputerze ma oczywistą przewagę nad dostawcami konkurencyjnych programów¹⁶⁸. Muszą oni bowiem skorzystać z alternatywnych kanałów dystrybucji i dodatkowo przekonać nabywcę komputera z zainstalowanym fabrycznie odtwarzaczem do zainstalowania (odpłatnie lub nieodpłatnie) kolejnego programu. Tym samym SPI przyznał, iż za antykonkurencyjne uznał zachowanie, które jest korzystne dla konsumentów. Nie wydaje się jednak, by było to sprzeczne z celami prawa antymonopolowego, dla którego istotniejsze od krótkoterminowych korzyści odnoszonych przez konsumentów wskutek stosowania przez dominantów praktyk o charakterze wykluczającym, ma perspektywa długoterminowa¹⁶⁹.

SPI uwzględnił również, iż zachowanie Microsoft wpływało na skłonność producentów komputerów PC do instalowania konkurencyjnych odtwarzaczy¹⁷⁰. Dysponując produktem złożonym z systemu operacyjnego i odtwarzacza multimedialnego, wytwórcy sprzętu nie są zainteresowani instalacją dodatkowego odtwarzacza, ponieważ – pomijając dodatkowe koszty z tytułu opłat licencyjnych i nakładu pracy – zajmuje on dodatkowe miejsce na twardym dysku, oferując porównywalne do zapewnionych już przez WMP możliwości korzystania z komputera. Zatem z punktu widzenia producentów sprzętu można mówić o braku dodatkowej wartości w preinstalowaniu innych niż WMP odtwarzaczy. Ponadto obecność wielu odtwarzaczy na komputerze kreuje ryzyko konfuzji u odbiorców oraz dodatkowych kosztów z tytułu wsparcia technicznego i testowania. W warunkach silnej konkurencji między dostawcami sprzętu, skutkującej niskimi marżami, preinstalowanie konkurencyjnych odtwarzaczy należy uznać za nieracjonalne. Na tej podstawie SPI przyjął, iż wiązanie Windows z WMP wywołało skutek w postaci „natychmiastowego pozbawienia” producentów komputerów PC możliwości istniejącej uprzednio, jaką było złożenie „fabrycznie zaprogramowanego komputera” z użyciem komponentów, które uważali za najkorzystniejsze dla konsumentów¹⁷¹. Ponadto, pozbawiło ich możliwości wyboru innego odtwarzacza, jako jedynego odtwarzacza na ich komputerze.

Położenie nacisku na ograniczenie producentom komputerów swobody wyboru preinstalowanych programów na etapie oceny wykluczenia konkurencji może budzić zdziwienie. Wydaje się bowiem, iż okoliczność ta ma znaczenie dla oceny, czy doszło do wymuszenia (*coercion*) nabycia produktu związanego. Z punktu widzenia negatywnych dla konkurencji skutków praktyki, wskazany powyżej wpływ wiązania na zachowanie producentów PC należy traktować tylko jako argument relewantny przy ustalaniu, czy doszło do wykluczenia konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych. Można także argumentować, iż SPI skupił się na wpływie praktyki Microsoft na zachowanie producentów komputerów PC i nabywców finalnych, aby uniknąć zarzutu ochrony producentów konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych¹⁷².

SPI uznał, że, nawet gdyby producenci konkurencyjnych odtwarzaczy zawarli odpowiednie umowy z producentami komputerów, dotyczące preinstalacji ich produktów, w dalszym ciągu znajdowałyby się w gorszej pozycji konkurencyjnej w porównaniu do

¹⁶⁸ Ibidem, pkt 1042.

¹⁶⁹ Zwraca na to uwagę D. Ridyard, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 317.

¹⁷⁰ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1043–1045.

¹⁷¹ Ibidem, pkt 1046.

¹⁷² W dacie rozpoczęcia wiązania Real Player miał przewagę nad WMP jako lider rynku. Microsoft przyznał się, że dopiero w 1999 r. opracował dostatecznie dobry odtwarzacz. Ponadto, w okresie od 1995 do 1998 r. Windows rozprowadzany był z Real Playerem. To z kolei doprowadziło SPI do wniosku, że w przypadku braku wiązania konkurencja między Real Playerem a WMP zostałaby rozstrzygnięta na podstawie czynników merytorycznych.

Microsoft. Po pierwsze, ponieważ WMP nie mógł zostać usunięty przez producenta komputera PC z pakietu instalacyjnego, produkt innego dostawcy nigdy nie mógłby być jedynym odtwarzaczem preinstalowanym na komputerze. To z kolei uniemożliwia dostawcom konkurencyjnych odtwarzaczy rywalizację w zakresie podstawowych cech produktów, odróżniających je od towarów konkurencji. Po drugie, ilość odtwarzaczy, jaką producenci komputerów są gotowi preinstalować na PC, jest ograniczona, zatem producenci konkurencyjnych odtwarzaczy konkurują ze sobą o miejsce na PC, podczas gdy Microsoft, wiążąc swój odtwarzacz ze swoim systemem operacyjnym, jest z tej konkurencji wyłączony. SPI powołał się także na okoliczność, że Real Network musiał płacić producentom komputerów za preinstalację produktów, podczas gdy w przypadku wiązania WMP z Windows to producenci komputerów *de facto* płacili Microsoft za możliwość zainstalowania tego programu w swoich produktach. Zatem możliwość zawarcia przez dostawców konkurencyjnych odtwarzaczy bezpośrednich umów z producentami komputerów PC okazała się mniej efektywnym środkiem dystrybucji, w porównaniu do stosowanego przez Microsoft. Inne sposoby dystrybucji również nie mogły zastąpić upowszechnienia WMP¹⁷³. Wymaga to od dostawców konkurencyjnych odtwarzaczy podejmowania szeroko zakrojonych działań marketingowych, które nie tyle polegają na przekonaniu klientów do sięgnięcia po ich produkt, co do ściągnięcia w ogóle produktu z sieci i jego samodzielnej instalacji. Mimo więc istotnych oszczędności w kosztach dystrybucji, ponoszą oni wydatki na marketing, który nie jest bezpośrednio związany z promowaniem i wprowadzaniem do obrotu produktu. Ponadto, z danych Microsoftu wynika, iż od momentu rozpoczęcia wiązania, WMP w okresie 3 miesięcy osiągnął takie wyniki sprzedaży (preinstalacji), jakie odpowiadały liczbie załadowań z sieci przez okres 12 miesięcy. Zatem wszystkie inne metody dystrybucji – sprzedaż detaliczna, sprzedaż przez Internet, wiązanie z innymi programami niż preinstalowany system operacyjny – mają drugorzędne znaczenie z perspektywy funkcjonowania rynku¹⁷⁴.

Wskazuje się, iż argumentacja ta oderwana jest od realiów rynkowych, gdyż nie uwzględnia strategii przyjętej przez firmę Apple, która z powodzeniem sprzedaje swój odtwarzacz multimedialny z pominięciem kanału dystrybucji, jakim są producenci komputerów PC, wykorzystując w tym celu sklep i-Tunes¹⁷⁵. Okazuje się także, iż równie istotnym, a nie uwzględnionym przez SPI kanałem dystrybucji bezpośredniej, który ukształtował się jako taki po wydaniu decyzji przez Komisję, jest dystrybucja oprogramowania za pośrednictwem popularnych serwisów internetowych, jak YouTube lub Google¹⁷⁶.

W świetle uzasadnienia wyroku nieistotne jest także, że przynajmniej niektórzy producenci komputerów dodają inne odtwarzacze multimedialnych, ani że konsumenci coraz częściej korzystają na tym samym PC z różnych odtwarzaczy. Relewantna jest bowiem

¹⁷³ Pobieranie programu z Internetu uznano za mniej efektywną metodę dystrybucji od preinstalacji. Po pierwsze, ściąganie oprogramowania z sieci nie gwarantuje takiego rozpowszechnienia produktu, jak w przypadku preinstalacji, gdzie wiadomo, że jak jest komputer to jest zainstalowane oprogramowanie. Po drugie, ściąganie i samodzielna instalacja są przez wielu użytkowników uważane za trudne, dlatego preinstalacja ma przewagę. Po trzecie, znaczna część (z danych powołanych przez SPI z 2003 r. wynikało, że 50%) ściągnięć kończy się niepowodzeniem (w 2002 r. 1/6 gospodarstw domowych mających sieć korzystało z łącza stałego). Po czwarte, użytkownicy odbierają programy preinstalowane jako działające lepiej od instalowanych samodzielnie. Po piąte – co budzi pewne zdziwienie – wielu pracowników nie może ściągać oprogramowania z sieci, ponieważ nie ma uprawnień administratorów.

¹⁷⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1053.

¹⁷⁵ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, opt. cit., p. 17–22, 20.

¹⁷⁶ Adobe wykorzystuje do dystrybucji FlashMedia YouTube, a Real Player Google toolbar, zob. B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit, p. 21.

jedynie ta okoliczność, iż od daty rozpoczęcia wiązania Windows z WMP, sprzedawcy konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych nie mogli konkurować z Microsoft na poziomie producentów komputerów PC, by to ich produkty, a nie WMP, były instalowane jako jedyne odtwarzacze w gotowych jednostkach PC.

Na szczególną uwagę zasługuje to, iż SPI – być może antycypując ewentualną skargę do ETS – skorzystał z okazji by wypowiedzieć się w przedmiocie stanowiska Komisji co do wykluczenia konkurencji w inny sposób, niż przez ograniczenie dostępu do rynku producentom konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych. Trudno bowiem oprzeć się wrażeniu, że poglądy (i obawy) wyrażone w tej części uzasadnienia wyroku, leżały tak naprawdę u podstaw rozstrzygnięcia i kwalifikacji zachowania Microsoft jako praktyki ograniczającej konkurencję.

SPI zaakceptował przyjęte przez Komisję założenie, zgodnie z którym skutkiem wiązania Microsoft może wpłynąć na konkurencję na rynku dostawców zawartości i twórców oprogramowania. Zgodnie z efektem sieciowym na rynku oprogramowania oraz tworzenia treści, im większa liczba użytkowników danej platformy programowej, tym więcej inwestuje się w opracowywanie programów zgodnych z tą platformą, co z kolei zwiększa popularność tej platformy. SPI potwierdził, że dostawcy zawartości (treści) oraz twórcy oprogramowania będą wybierali technologię, która jest najbardziej rozpowszechniona. Dlatego większość z nich skłonna była korzystać z platformy WMP uznając, że jest ona najbardziej rozpowszechniona. Rozpowszechnienie programów (treści) zbieżnych z formatem określonego odtwarzacza zwiększa jego popularność, co kolei prowadzi do zwiększenia zainteresowania jego platformą technologiczną (codeki, formaty, DRM, oprogramowanie dla serwerów)¹⁷⁷. Praktyka Microsoft wywoływała zatem skutki nie tylko na rynku samych odtwarzaczy multimedialnych, lecz także na rynku treści. Zmuszała bowiem dostawców treści do ich opracowywania ze świadomością, że powinny one dać się odtworzyć za pomocą WMP, jako najbardziej rozpowszechnionego odtwarzacza. Mając na względzie, iż uwzględnienie różnych technologii pociąga za sobą dodatkowe koszty, można było uznać, iż – zachowując się racjonalnie – są oni skłonni używać tej technologii, która dociera do najszerzego kręgu odbiorców, a technologią tą była technologia obsługiwana przez WMP¹⁷⁸. SPI wskazał ponadto, iż kodowanie (odkodowanie) treści multimedialnych w różnych formatach jest czasochłonne. Ta argumentacja SPI budzi pewne wątpliwości. Wynika z niej bowiem, iż z punktu widzenia efektywności gospodarowania zasobami oraz wygody konsumentów, lepszym rozwiązaniem byłoby funkcjonowanie jednej platformy technologicznej (standardu) dla obsługi plików multimedialnych. To z kolei stawiałoby praktykę Microsoft w innym świetle. Wiążąc WMP z systemem Windows Microsoft przyczyniałby się do uniformizacji standardu technologicznego, obniżenia kosztów funkcjonowania dostawców treści i korzystania z tych treści przez użytkowników finalnych. Historia rywalizacji między producentami konkurencyjnych systemów zapisu filmów (Blue Ray i HD, Beta i VHS) pokazuje, iż konsumenci tracą na niej inwestując w format, który zostanie wyparty z rynku. Przedsiębiorstwa walczące o przeforsowanie swojego formatu trwonią zaś czas i zasoby na przekonanie innych do swojego standardu, przy czym nie zawsze produkt o lepszej jakości wygrywa.

Z badań przeprowadzonych przez KE wynikało, że obecność konkretnego programu (odtwarzacza) na komputerze miała istotne znaczenie przy podejmowaniu decyzji o technologii formatowania treści. Zatem, skoro WMP – skutkiem wiązania – jest

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1064.

obecny na prawie każdym komputerze, KE słusznie uznała, że wiązanie mogło umożliwić Microsoftowi zapewnienie dostawcom treści, że ich produkty będą odtwarzane na komputerach konsumentów, a zatem że wybierając format obsługiwany przez WMP będą mogli dotrzeć do najszerzej grupy odbiorców.

Kolejny antykonkurencyjny aspekt wiązania WMP z Windows wynikał z tego, że twórcy oprogramowania również chętnie korzystają z jednej platformy programowej, tak by mieć możliwość dotarcia – potencjalnie – do każdego użytkownika komputera, podczas gdy obsługa innych platform technologicznych pociąga za sobą dodatkowe koszty. Ponieważ WMP jest obecny na prawie każdym komputerze, twórcy oprogramowania opartego na odtwarzaczach lub przeznaczonych dla odtwarzaczy byli siłą rzeczy bardziej skłonni do tworzenia oprogramowania dla WMP. Wiązanie WMP oddziaływało na urządzenia łączności bezprzewodowej, set-top boxes, DRM, muzykę on-line. Dane rynkowe wskazywały na trend coraz większego faworyzowania WMP i obsługiwanego przez niego formatu¹⁷⁹.

SPI uznał za nieistotny fakt, że użytkownicy komputerów PC z zainstalowanym Windows i WMP korzystają z więcej niż jednego odtwarzacza¹⁸⁰. Bez znaczenia było również to, iż pomimo obecności WMP na każdym komputerze Microsoft nie zdobył pozycji dominującej na rynku odtwarzaczy multimedialnych¹⁸¹.

6.7. Brak obiektywnego uzasadnienia

Uznanie zachowania Microsoft, polegającego na wiązaniu WMP z Windows, za nadużycie pozycji dominującej nie przesądzało nielegalności tej praktyki. SPI musiał wypowiedzieć się w przedmiocie istnienia obiektywnego uzasadnienia dla wiązania dwóch produktów.

Dyskusyjne jest, czy brak obiektywnego uzasadnienia stanowi dodatkową, piątą przesłankę oceny sprzedaży związanej w świetle art. 82 TWE. Okoliczność, czy sprzedaż wiązana przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą jest obiektywnie uzasadniona, uwzględniana jest bowiem dopiero na etapie „usprawiedliwienia” praktyki ograniczającej konkurencję¹⁸².

Pierwotnie obiektywne uzasadnienie obejmowało okoliczności, które wskazywały na brak antykonkurencyjnego zamiaru towarzyszącego zachowaniu, które spełniało przesłanki art. 82 TWE (np. odmowa dostaw upadającemu przedsiębiorcy)¹⁸³. Obecnie argumentuje się, że nie można uznać za nadużycie pozycji dominującej praktyki, która prowadzi do podniesienia efektywności działania¹⁸⁴. Pogląd ten budzi jednak zastrzeżenia, przynajmniej w świetle dotychczasowej praktyki stosowania art. 82 TWE,

¹⁷⁹ Pod koniec drugiego kwartału 1999 r. udział w rynku WMP był znacznie niższy od udziału RealPlayer'a. Od drugiego kwartału 1999 r. do końca drugiego kwartału 2002 r., liczba użytkowników WMP wzrosła o 39 mln i była porównywalna z łączną liczbą „przyrostu” użytkowników RealPlayer i Quick Time. Inne badania wykazały, że w 2002 r. 55% użytkowników komputerów wskazywało na WMP, a w 1999 r. 50% na RP, jako używany odtwarzacz. W okresie od 2002 r. do 2004 r. udział w rynku WMP zwiększył się jeszcze bardziej kosztem RealPlayer i Quick Time.

¹⁸⁰ Na znaczenie tej okoliczności zwracają uwagę D. Evans, A. Padilla, *Tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 506–508.

¹⁸¹ Zob. V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 161.

¹⁸² V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit., p. 161; M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych...*, op. cit., s. 48–50.

¹⁸³ Zob. przykłady podane przez L. Ritter, W.D. Braun, *European competition law...*, op. cit., p. 424–425.

¹⁸⁴ S. Kareff, *Tetra Pak...*, op. cit., p. 561.

zgodnie z którą przedsiębiorstwa posiadające pozycję dominującą mają ograniczone – w stosunku do konkurentów – możliwości działania¹⁸⁵.

Wiązanie może być uzasadnione potrzebą zapewnienia odpowiedniej eksploatacji (zachowaniu jakości) towaru wiążącego. W dotychczasowej praktyce nie uwzględniono jednak tego argumentu¹⁸⁶. Niekiedy obiektywne uzasadnienie może także wynikać z modelu prowadzenia działalności gospodarczej. W sprawie *Times Picayune*¹⁸⁷ wiązanie polegało na sprzedaży pakietowej ogłoszeń drobnych w gazecie porannej i popołudniowej. Praktyka była jednak uzasadniona tym, że ogłoszenia drobne składano do druku razem, niezależnie od tego, w jakim wydaniu gazety miały się ukazać. O obiektywnym uzasadnieniu może świadczyć zwyczaj handlowy lub przeznaczenie gospodarcze (*commercial usage*), rozumiany w ten sposób, że inni producenci także wiążą swoje systemy operacyjne z odtwarzaczami multimedialnymi ze względu na oczekiwania klientów oraz ewolucję produktu wiążącego¹⁸⁸.

SPI potwierdził, iż ciężar dowodu obiektywnego uzasadnienia spoczywa na przedsiębiorstwie, któremu zarzuca się nadużycie¹⁸⁹. Wtedy dochodzi do przetrucenia dowodu na KE, która musi wykazać, że argumenty i dowody podnoszonego przez przedsiębiorstwo nie zasługują na uznanie i przedstawione usprawiedliwienie zachowania nie może zostać przyjęte. SPI nie uwzględnił argumentacji Microsoft, ale nie odrzucił jej jako niedopuszczalnej. To prowadzi do wniosku, iż pod pojęciem obiektywnego uzasadnienia nadużycia pozycji dominującej należy rozumieć nie tylko takie sytuacje, w których zachowanie podejmowane przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą nie było *de facto* podejmowane w celu antykonkurencyjnym. Zbliża to art. 82 TWE do art. 81 TWE w tym sensie, że przedsiębiorstwo może bronić się wskazując, iż jego zachowanie przyczynia się do podniesienia poziomu efektywności działania¹⁹⁰.

Próbując podważyć decyzję Komisji, Microsoft powołał się na następujące argumenty. Po pierwsze, wiązanie podnosiło efektywność dystrybucji. Po drugie, wiązanie przynosiło korzyści ekonomicznej skali i zakresu. Po trzecie, wiązanie podnosiło efektywność działania dostawców treści, gdyż udostępniało im jednolitą platformę technologiczną. Po czwarte, integracja WMP z Windows podnosiła techniczne walory produktu, poprawiając jego funkcjonowanie.

Microsoft próbował usprawiedliwić praktykę polegającą na wiązaniu tym, że KE nie uwzględniła korzyści, jakie płyną z ewolucji modelu biznesowego i integracji kolejnych dodatkowych funkcji w systemie operacyjnym. Integracja WMP miałaby być konieczna jako niezbędna dla twórców oprogramowania oraz stron internetowych, by móc korzystać w pełni z możliwości, jakie daje platforma Windows, zaś usunięcie WMP z systemu operacyjnego stworzy szereg problemów ze szkodą dla konsumentów, twórców programów i stron internetowych, ponieważ usunięcie WMP zagraża stabilności systemu.

SPI uznał, że Microsoft źle zinterpretował decyzję KE, ponieważ sprzeciwia się ona praktyce polegającej na oferowaniu wyłącznie Windows z WMP, pozbawiając OEM i konsumentów możliwości nabywania Windows bez WMP (komputer z fabrycznie zain-

¹⁸⁵ Zob. L. Ritter, W. D. Braun, *European competition law...*, op. cit., p. 419.

¹⁸⁶ Zob. wyżej pkt 5.

¹⁸⁷ *Times-Picayune Publishing Co. v. U.S.*, 345 U.S. 594 (1953).

¹⁸⁸ J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 698.

¹⁸⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1144.

¹⁹⁰ W decyzji Komisja wskazała, że Microsoft nie wykazał, by wiązanie było obiektywnie uzasadnione, zatem nie było potrzeby „wyważenia” między antykonkurencyjnymi i prokonkurencyjnymi skutkami, Ibidem, pkt 1100.

stalowanym systemem operacyjnym bez WMP). Zatem decyzja KE nie uniemożliwia Microsoftowi wiązania produktów (nie tylko Windows z WMP)¹⁹¹.

Zdaniem SPI Microsoft nie może powoływać się na to, że wiązanie zapewnia jednakową obecność „funkcjonalności medialnej” na platformie Windows, co z kolei pozwala twórcom oprogramowania i stron internetowych uniknąć wprowadzania mechanizmów służących weryfikacji, jaki odtwarzacz jest zainstalowany. Bowiem właśnie okoliczność, iż wiązanie zapewnia twórcom oprogramowania i stron internetowych „pewność”, że mają do czynienia z jednolitą platformą technologiczną na prawie każdym komputerze indywidualnym, jest jednym z powodów, dla którego przyjęto, że wiązanie jest antykonkurencyjne. Aczkolwiek taka uniformizacja może być korzystna dla dostawców treści, nie oznacza to, że taki skutek jest korzystny z punktu widzenia konkurencji. Z uzasadnienia przedstawionego przez Microsoft wynika bowiem, iż wiązanie wywołało efekt standaryzacji platformy WMP. SPI uznał, że standaryzacja sama w sobie nie jest zakazana i może przynieść różne korzyści, zwłaszcza kosztowe, ale nie może mieć miejsca wskutek jednostronnego narzucenia określonego standardu przez przedsiębiorstwo dominujące w drodze wiązania¹⁹². Z powyższego wynika, iż standaryzacja może być efektem decyzji konsumentów (nabywców) lub uzgodnień uczestników rynku, zawierających odpowiednie porozumienie oceniane na podstawie art. 81 TWE. SPI uznał również, iż popyt konsumentów na komputery zawierające preinstalowany odtwarzacz może być w całości zaspokojony przez producentów komputerów poprzez dostarczenie systemu operacyjnego oraz programu do odtwarzania, który zostanie wybrany przez nabywców finalnych. Wiązanie nie jest także konieczne do tego, by dostarczyć producentom komputerów PC produktu, który pozwoli im spełnić oczekiwania rynku. Wyposażenie komputera z systemem operacyjnym w produkt do odtwarzania jest bowiem możliwe w inny sposób, niż poprzez wiązanie odtwarzacza z systemem.

Na szczególną uwagę zasługuje ta część uzasadnienia wyroku poświęcona obiektywnemu uzasadnieniu, która dotyczy rzekomych korzyści wynikających z integracji WMP z systemem Windows. Wydawałoby się, iż jest to kluczowy – z punktu widzenia powodzenia odwołania – argument skargi¹⁹³. Tymczasem analiza ewentualnych korzyści wynikających z integracji WMP z Windows jest bardzo ograniczona. SPI przyjął za Komisję, iż integracja WMP i Windows nie tworzy efektywności technicznej, tj. nie wpływa na polepszenie funkcjonowania systemu operacyjnego „zintegrowanego” z odtwarzaczem multimedialnym¹⁹⁴. Zdaniem SPI Microsoft nie udowodnił, by system działał szybciej, stabilniej itp. wskutek wiązania. Ponadto, SPI zwrócił uwagę, iż WMP jest produktem narzędziowym, który jest odrębnym od „funkcjonalności medialnej” systemu operacyjnego Windows¹⁹⁵. Jak się wydaje, ta ostatnia okoliczność przesądziła o lakoniczności wywodów SPI w tym zakresie.

¹⁹¹ Z zastrzeżeniem wynikającym z zastosowanego przez Komisję środka zaradczego, zob. niżej, pkt 7.

¹⁹² Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1152.

¹⁹³ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 20.

¹⁹⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1159.

¹⁹⁵ W okresie od czerwca 1998 do maja 1999 r. Windows oferował WMP jako odrębną aplikację, co pokazuje, że system operacyjny może funkcjonować bez WMP. Por. wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1165.

7. Środek zaradczy

Obok nałożenia kary grzywny z tytułu stwierdzonego naruszenia art. 82 TWE, Komisja na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17¹⁹⁶ zastosowała środek zaradczy. W odniesieniu do praktyki polegającej na wiązaniu WMP z Windows, środek ten polega na nakazaniu Microsoft sprzedaży prawidłowo funkcjonującej wersji systemu operacyjnego Windows bez WMP¹⁹⁷. Środek zaradczy zakazuje ponadto Microsoftowi podejmowania jakichkolwiek środków, które wywoływałyby skutek podobny do „zintegrowania WMP z Windows”¹⁹⁸ lub „sprzedaży wiązanej Windows z WMP”¹⁹⁹. W szczególności Microsoft nie może: 1) zapewniać WMP uprzywilejowanej interoperacyjności z Windows lub dawać selektywne prawa dostępu do interfejsów programowania aplikacji (API) Windows; 2) promować WMP w ramach Windows w sposób niekorzystny dla produktów konkurentów; 3) oferować producentom komputerów lub użytkownikom korzyści finansowe uzależnione od zakupu Windows wraz z WMP; 4) uniemożliwiać (za pomocą zachęt o charakterze finansowym lub wskutek działań faktycznych) użytkownikom i producentom komputerów dokonywania swobodnego wyboru zakupu wersji Windows bez WMP lub ograniczać możliwości takiego wyboru²⁰⁰; 5) umieszczać na pulpicie linków internetowych pozwalających ściągnąć WMP z sieci; 6) karać lub grozić nabywcom Windows bez WMP; 7) wiązać WMP z innymi produktami o porównywalnym do Windows poziomie penetracji rynku (jak np. Office). Ponadto, wersja Windows bez WMP nie może być mniej sprawna od pakietu Windows z WMP pod względem funkcjonalności oddzielnie dystrybuowanego WMP. Wykaz środków o skutku podobnym do wiązania wskazanych w decyzji ma charakter przykładowy i nie narusza prawa Komisji do uznania, że inne zachowania Microsoft niż wymienione w pkt 1013 decyzji *Microsoft*, naruszają jej postanowienia w zakresie dotyczącym środka zaradczego²⁰¹.

SPI nie uwzględnił zarzutów Microsoft wskazujących na nieproporcjonalność orzeczonego środka, naruszenie chronionych prawnie interesów twórców oprogramowania oraz stron internetowych, związanych z oczekiwaniami co do stabilności i spójności platformy programowej Windows, naruszenie prawa Microsoft do dobrego imienia (reputacji), poprzez nakazanie sprzedaży uboższej, „zdegradowanej”²⁰² wersji Windows. SPI przyjął, iż zarzuty Microsoft pod adresem środka pokrywają się z argumentacją dotyczącą obiektywnego uzasadnienia i jako takie są nieuzasadnione. SPI uznał, że orzeczony środek jest „właściwym środkiem do zakończenia nadużycia, o które chodzi i rozwiązania zidentyfikowanych problemów konkurencyjnych, jednocześnie w najmniejszym stopniu czyniącym trudności Microsoft i jego modelowi biznesowemu”.²⁰³ SPI nie uwzględnił z powodów formalnych dowodu Microsoft wskazującego na brak popytu na Windows bez WMP. Dane dostarczone przez Microsoft wskazują jednak, iż orzeczony środek naprawczy nie nadaje się do osiągnięcia zakładanego celu. Nie przeprowadzono

¹⁹⁶ Rozporządzenie Rady EWG Nr 17/62 Pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. 13/204, tłumaczenie w języku polskim, w: T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguły generalne*, s. 279 i n.

¹⁹⁷ Par. 6b decyzji KE w sprawie T-201/04 *Microsoft*.

¹⁹⁸ Streszczenie decyzji KE w sprawie COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Dz.Urz. UE 2007 L 32/23, pkt 34.

¹⁹⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1198.

²⁰⁰ Decyzja KE z 24.3.2004 r., pkt 1013.

²⁰¹ Decyzja KE z 24.3.2004 r., pkt 1014.

²⁰² Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1209.

²⁰³ Ibidem, pkt 1223.

analizy kosztów związanych z zastosowaniem się do środka naprawczego w sytuacji braku popytu na wersję Windows bez WMP.

Nakaz ten oceniany jest negatywnie, jako sprowadzający się do obowiązku sprzedaży na obszarze EOG uboższego, a zatem gorszego towaru²⁰⁴. Wydaje się jednak, iż środek ten jest przede wszystkim nieefektywny²⁰⁵. Środek zaradczy został tak skonstruowany, że Microsoft ma obowiązek zapewnić czystą wersję zarówno konsumentom, jak i producentom komputerów PC. Microsoft zachował jednocześnie prawo do sprzedaży pakietowej Windows i WMP zarówno w sprzedaży detalicznej, jak i za pośrednictwem kanału dystrybucji obejmującego producentów sprzętu²⁰⁶. Z konstrukcji środka zaradczego wynika, iż Microsoft powinien udostępnić „czystą” (pozbawioną WMP) wersję systemu operacyjnego Windows konsumentom unijnym oraz przedsiębiorstwom preinstalującym systemy operacyjne na komputerach przeznaczonych na rynek Europejskiego Obszaru Gospodarczego²⁰⁷. Skuteczność tego środka jest dyskusyjna, jeżeli uwzględnimy globalny charakter działalności producentów sprzętu działającego z wykorzystaniem systemu operacyjnego Windows oraz możliwość zmiany polityki licencyjnej Microsoftu. Z jednej strony, regionalny charakter wyczerpania praw własności intelektualnej²⁰⁸ powoduje, iż w przypadku udzielania licencji obejmującej odrębnie terytorium EOG oraz rynki innych państw, producenci sprzętu nie będą mogli oferować na tym obszarze sprzętu z preinstalowanym oprogramowaniem Windows z WMP przeznaczonym na rynki państw trzecich. Niemożliwy będzie także handel równoległy zarówno sprzętem z preinstalowanym Windows zawierającym WMP, przeznaczonym na inne rynki, jak i samym oprogramowaniem (system operacyjny z odtwarzaczem multimedialnym). Jeżeli natomiast Microsoft udzieli licencji o zasięgu światowym, bądź gdy licencji takich żądają producenci sprzętu, którzy następnie – w zależności od popytu – wysyłają zestawy z preinstalowanym oprogramowaniem na różne rynki zbytu, trudno oczekiwać, by byli oni zainteresowani licencją na „czysty” Windows. Nie dziwi zatem brak popytu na wersję Windows ogołoconą z WMP. *De facto* zatem, środek zaradczy zmusza Microsoft jedynie do umożliwienia nabycia „czystego” Windows w sprzedaży detalicznej na terytorium EOG oraz do udostępnienia producentom sprzętu przeznaczonego na rynek EOG licencji na Windows pozbawiony WMP.

Za jeszcze większe kuriozum – w kontekście uznania zachowania Microsoft za antykonkurencyjne wiązanie w rozumieniu art. 82 TWE – należy uznać pozostawienie Microsoft możliwości sprzedaży na terytorium EOG pakietu obejmującego Windows i WMP²⁰⁹. Oznacza to bowiem, że – ze wskazanych wyżej powodów – skutek zastosowa-

²⁰⁴ J.-Y. Art, G. McCurdy, *The European Commission's Media Player...*, op. cit., p. 695.

²⁰⁵ Tak również jednoznacznie ocenia go J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 167–169.

²⁰⁶ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1197.

²⁰⁷ Decyzja KE z 24.3.2004 r., pkt 1011. Polskie tłumaczenie streszczenia decyzji w sprawie Microsoft („Odnosnie do nadużywania integracji niniejsza decyzja nakazuje spółce Microsoft wprowadzenie do sprzedaży dla użytkowników i producentów komputerów (OEM – Original Equipment Manufacturers) na obszarze EOG w pełni sprawnej wersji Windows, niezawierającej WMP”) jest mylące, ponieważ wynika z niego, iż Microsoft ma udostępnić „czystą” wersję Windows tylko producentom komputerów działającym na obszarze EOG. W sytuacji, gdy zasadnicza część towarów tego rodzaju sprowadzana jest na terytorium Unii z państw trzecich, tak skonstruowany środek należałoby uznać za oczywiście nieskuteczny.

²⁰⁸ Zob. zwłaszcza R. Skubisz, *Dylematy wyczerpania prawa z rejestracji znaku towarowego w prawie Unii Europejskiej*, w: *Prawo prywatne czasu przemian – księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyśkiemu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2005, s. 717–738 oraz K. Szczepanowska-Kozłowska, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej. Patent i prawo ochronne na znak towarowy*, C.H. Beck, Warszawa 2003.

²⁰⁹ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1225.

nia środka zaradczego sytuacja rynkowa nie ulegnie jakiegokolwiek zmianie. Potwierdzają to przedstawione przez Microsoft dane dotyczące sprzedaży „czystego” Windows w okresie po doręczeniu decyzji Komisji. Microsoft musi jedynie nieznacznie – we wskazany powyżej sposób – zmodyfikować swój dotychczasowy model biznesowy i „ucywilizować” skuteczną strategię obrony dotychczasowej pozycji Windows, zapewniając konsumentom i producentom sprzętu obsługiwanego przez ten system operacyjny możliwość wyboru jego uboższej lub wzbogaconej wersji. Sposób funkcjonowania rynku sprzętu komputerowego z preinstalowanym oprogramowaniem czyni ową swobodę wyboru iluzoryczną, gdyż decydujące dla sukcesu oprogramowania jest pozyskanie producentów. Ci zaś – co zrozumiałe – zainteresowani są korzystaniem z platformy programowej i pozyskiwaniem gotowych do preinstalacji pakietów²¹⁰.

Jak się wydaje, skutkiem decyzji w sprawie *Microsoft* w omawianym zakresie jest zakaz nieodpłatnego udostępnienia WMP z sieci każdemu, kto aktualizuje Windows lub rejestruje program. Z przykładowych wyliczeń praktyk objętych wynikającym ze środka zaradczego zakazem, wynika, iż niedozwolone jest stosowanie mieszanej sprzedaży pakietowej, co potwierdza aktualność praktyki zapoczątkowanej w sprawie *Digital*. Jednakże, środek zaradczy skonstruowany jest w taki sposób, że by się do niego zastosować wystarczy, by Microsoft oferował pakiet Windows i WMP po cenie wyższej od ceny samego systemu operacyjnego. Z decyzji Komisji nie wynika, o ile wyższa powinna być cena takiego pakietu. Mając na względzie niemożność ustalenia rzeczywistych kosztów krańcowych na rynku oprogramowania oraz biorąc pod uwagę superdominację Microsoft na rynku systemów operacyjnych, cena ta nie musi być znacząco wyższa. Poziom penetracji rynku uzyskany dzięki rozpowszechnianiu WMP wraz z preinstalowanym Windowsem w pakiecie, którego cena będzie niższa od pakietu obejmującego Windows i konkurencyjny odtwarzacz multimedialny, pozwoli bowiem Microsoft skutecznie bronić się przed ewentualnym zarzutem naruszenia postanowień decyzji. Skala sprzedaży Windows powiązanego z WMP powinna zapewnić Microsoft dostateczne wpływy, które wykażą, że w rozsądnym czasokresie odzyskuje on nakłady poniesione na opracowanie, wdrożenie i unowocześnianie odtwarzacza multimedialnego.

8. Podsumowanie

Wyrok SPI w sprawie *Microsoft* nie daje się jednoznacznie ocenić także w części dotyczącej sprzedaży wiązanej. Z jednej strony, wyjaśnia wiele kwestii mających praktyczne znaczenie dla oceny dopuszczalności wiązania (zarówno w postaci sprzedaży wiązanej, jak i sprzedaży pakietowej oraz integracji technologicznej dwóch odrębnych produktów). Z drugiej strony, pozostawia kilka istotnych kwestii nierozstrzygniętymi, unikając tez, które miałyby szersze zastosowanie niż w sprawie *Microsoft*. Uzasadnienie wyroku jest na tyle mocno powiązane z okolicznościami stanu faktycznego sprawy, iż o szerszych implikacjach orzeczenia można mówić jedynie w przypadku innych przedsięwzięć, które posiadają pozycję superdominującą. Dlatego wydaje się, iż omawiane orzeczenie – przynajmniej w zakresie dotyczącym wiązania dwóch produktów – nie trafi do kanonu orzecznictwa z zakresu konkurencji²¹¹. Jego nośność medialna i doktrynalna wynika z kontekstu, a konkretnie strony postępowania, a nie ze skutków tego orzeczenia

²¹⁰ Podkreśla to również J. Langer, *Tying and bundling...*, op. cit., p. 168.

²¹¹ Podobnie w odniesieniu do decyzji Komisji J. Appeldoorn, *He who spareth his rod...*, op. cit., p. 653.

dla rozwoju praktyki i doktryny wspólnotowego prawa konkurencji w przedstawionym obszarze.

Konkluzje dotyczące implikacji wyroku w sprawie *Microsoft dla statusu sprzedaży związanej i pakietowej* we wspólnotowym prawie konkurencji są następujące.

Po pierwsze, sprzedaż wiązana i sprzedaż pakietowa nie stanowią praktyki ograniczającej konkurencję *per se* w rozumieniu art. 82 TWE. Ich negatywny wpływ na konkurencję nie wynika z samego faktu związania dwóch towarów przez przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą. Konieczne jest wykazanie, że takie zachowanie wywołało lub może wywołać (z dostatecznym stopniem prawdopodobieństwa) antykonkurencyjny skutek w postaci zamknięcia dostępu do rynku produktu związanego lub wykluczenia z tego rynku dotychczasowych konkurentów przedsiębiorstwa stosującego sprzedaż pakietową²¹². Jednakże, dokonana przez SPI ocena analizy przeprowadzonej w tym zakresie przez Komisję pozostawia momentami niedosyt i zdaje się być zbyt pobieżna.

Po drugie, wyrok potwierdza dotychczasową linię orzecznictwa, z której wynika, iż prawo wspólnotowe w zakresie umów wiązanych koncentruje się na strukturze rynku a nie na czerpaniu przez przedsiębiorstwem monopolistycznych zysków²¹³. Art. 82 TWE ma w dalszym ciągu na celu nie tylko zapobieganie nadużywaniu pozycji dominującej, ale także jej wzmocnieniu poprzez korzystanie ze środków, które nie są oparte na konkurencji merytorycznej (*competition on the merits*)²¹⁴. Prawo wspólnotowe chroni w ten sposób niezależnych producentów, ograniczając zakres dopuszczalnych zachowań dominantów, którzy mogliby samodzielnie dostarczać określonych produktów lub usług²¹⁵. Nacisk na zapewnienie klientom (konsumentom) możliwości wyboru nie daje się pogodzić z uwzględnianiem wpływu praktyki jedynie na poziom efektywności i dobrobytu konsumentów, co postulują zwolennicy ekonomizacji prawa konkurencji. Z drugiej strony, orzeczenie zdaje się uwzględniać wpływ zachowania Microsoft na efektywność dynamiczną w dłuższym horyzoncie czasu. Antykonkurencyjność zastosowanego wiązania polega na tym, że wpływa ono na konkurencję na rynku produktu związanego. Jeżeli większość nabywców produktu wiążącego używa produktu związanego, wówczas wiązanie powoduje, że – skoro muszą oni kupić oba produkty od tego samego dostawcy – zmniejsza się rynek, jaki może być obsługiwany przez innych dostawców produktów związanych. Jak się wydaje kluczowe znaczenia w sprawie Microsoft miała okoliczność, iż na takich rynkach, jak rynek oprogramowania i nowych technologii, podstawowe znaczenie dla odniesienia sukcesu ma skala używania danego produktu, mierzona procentem użytkowników mających dostęp do produktu. Im więcej będzie osób, które mają zainstalowany WMP na swoich komputerach, tym chętniej dostawcy treści będą tworzyć programy z wykorzystaniem formatu/-ów, jaki obsługuje WMP²¹⁶.

Po trzecie, do postawienia zarzutu stosowania transakcji wiązanych wystarczy wskazanie, że na rynku działają niezależni przedsiębiorcy (wytwórcy) specjalizujący się we wprowadzaniu do obrotu produktu związanego²¹⁷. W świetle wyroku w sprawie *Microsoft*

²¹² B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 20

²¹³ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 461; M. Swora, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych...*, op. cit., s. 47 i 52.

²¹⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 1070; wyrok SPI w sprawie T-229/94 *Deutsche Bahn p. Komisji*, Zb. Orz. 1997, s. II-1689, pkt 78; wyrok SPI w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods p. Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4653, pkt 157.

²¹⁵ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 462.

²¹⁶ Por. M. Motta, *Competition Policy...*, op. cit., p. 515 ff. w odniesieniu do przeglądarek internetowych.

²¹⁷ I. van Beal, J.-F. Bellis, *Competition law of the European Community*, op. cit., p. 963

można mówić o skłonności Komisji i SPI do wyodrębniania z produktów złożonych odrębnych produktów, należących do różnych rynków właściwych. Uwzględniając wyrok w sprawie *Microsoft* oraz dotychczasową praktykę z zakresu umów wiązanych można przyjąć, iż organy wspólnotowe negatywnie odnoszą się do sprzedaży pakietowej przez przedsiębiorstwa dominujące, nawet gdy pakiet przybiera postać jednego produktu²¹⁸. Wydaje się jednak, iż negatywne stanowisko względem wiązania technologicznego dotyczy tylko i wyłącznie sytuacji, w których wiązania podejmuje się przedsiębiorstwo kontrolujące tak znaczną część rynku jak Microsoft. Z drugiej strony, pogląd o negatywnym traktowaniu wiązania technologicznego przez organy wspólnotowe nie wydaje się do końca uzasadniony, jeżeli przyjmie się argumentację zawartą w uzasadnieniu wyroku, zgodnie z którą w toku postępowania przez Komisją i SPI nie wykazano, by system Windows działał gorzej w przypadku braku integracji programy WMP w jego wewnętrznej strukturze.

W świetle wyroku wystarczy – co do zasady – badać rodzaj produktu (charakter oraz to, czy z reguły, w zwykłych warunkach gospodarczych, są one sprzedawane razem)²¹⁹. Jeżeli zatem dwa produkty mogą być wytwarzane i sprzedawane oddzielnie, są produktami odrębnymi²²⁰. Charakter produktu oraz zwyczaj handlowy lub przeznaczenie gospodarcze (*commercial usage*) nie są przydatne w przypadku wprowadzenia do obrotu nowego produktu, który składa się z dwóch dotychczas odrębnych produktów, wytwarzanych i sprzedawanych oddzielenie. Nie ma bowiem zwyczaju handlowego (*commercial usage*), do którego można by się odwołać. Wydaje się, iż należy się w takim wypadku skoncentrować na kwestii, czy nowy produkt, łączący dwa dotychczas odrębne produkty, stanowi – z punktu widzenia konsumenta – istotne *novum* w porównaniu do dotychczasowej oferty rynkowej. Podnosi się także, że w takiej sytuacji należy zwracać uwagę na to, czy ich łączna sprzedaż jest obiektywnie uzasadniona albo czy w przyszłość te dwa produkty będą oferowane razem przez inne efektywnie działające na rynku przedsiębiorstwa²²¹. Ten ostatni test nie dostarcza jednak odpowiednich informacji, gdyż można wskazać wiele produktów, które łączą w jeden dwa odrębne produkty, przy czym w dalszym ciągu utrzymuje się istotny popyt na sprzedawane oddzielnie produkty (np. telefon komórkowy z aparatem, radiem i zegarkiem). W sprawie *Microsoft* za odrębnością produktów przemawiało to, że przed rozpoczęciem wiązania system operacyjny i odtwarzacz medialny był oferowany odrębnie²²².

Jeżeli chodzi o skutki wyroku w sprawie *Microsoft dla rynku technologii informatycznych*, można pokusić się o następujące wnioski.

Po pierwsze, osią sporu była kwestia, czy fakt włączenia WMP do systemu Windows oznacza, że jest to tylko modyfikacja i ulepszenie systemu operacyjnego, polegające na dodaniu nowej funkcji, czy też próba sprzedaży pakietowej dwóch odrębnych produktów mająca na celu ograniczyć konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych i chronić quasi monopolistyczną pozycję Microsoft na rynku systemów operacyjnych. Nie ulega wątpliwości, iż ewolucja rynku systemów operacyjnych polega na uzupełnianiu ich o kolejne narzędzia (funkcje). Na wielu rynkach, a w szczególności na rynku technologii informatycznych, innowacja prowadząca do odniesienia sukcesu często polega

²¹⁸ A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law*, op. cit., p. 454.

²¹⁹ C.E. Mosso, S.A. Ryan, S. Albeck, M.L. Tierno Centella: *Article 82*, w: J. Faull A. Nikpay, *The EC law of competition*, op. cit., p. 369.

²²⁰ *Ibidem*, p. 369.

²²¹ *Ibidem*, p. 370.

²²² *Ibidem*, p. 370.

na zaferowaniu towaru łączącego dwie wcześniej odrębne funkcje. Poszerzenia funkcji systemów operacyjnych, w tym dodawanie do nich nowych narzędzi użytkowych, jest korzystne dla tych konsumentów, którzy nie mają zacięcia informatycznego, gdyż otrzymują oni produkt spełniający więcej funkcji²²³, bez potrzeby dokonywania dodatkowych czynności.

Z orzeczenia wynika wprost, iż rozbudowa programów komputerowych (zarówno systemów operacyjnych, jak i programów użytkowych) o kolejne narzędzia użytkowe może stanowić antykonkurencyjne wiązanie w rozumieniu art. 82 TWE²²⁴. Bez wątplenia tak można zakwalifikować wiązanie, w którym towarem związanym jest produkt, na który już ukształtował się na rynku odrębny popyt. Natomiast wyrok w sprawie *Microsoft* nie rozstrzyga kwestii ani nie daje wskazówek dotyczących oceny wiązania, które zostało zainicjowane przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą, gdy na towar związany nie ukształtował się – przed rozpoczęciem praktyki – odrębny popyt, gdyż to dominant jako innowator po raz pierwsze zaferował towar związany na rynku. W takiej sytuacji wydaje się, iż jeżeli wiązanie nie zostało zastosowane w odpowiedzi na wprowadzenie do obrotu konkurencyjnych wobec towaru związanego produktów (lub realną możliwość wejścia na ten rynek konkurentów), brak podstaw do uznania takiego zachowania za nadużycie. Co prawda wywołuje ono lub może wywołać negatywne skutki, o których była powyżej mowa, ale zdają się być one rekompensowane przez korzyści odnoszone przez konsumentów i gospodarkę z innowacyjności dominanta.

Dyskusyjne jest, w jakim zakresie sprawa *Microsoft* pozwala przedsiębiorstwom dominującym na udoskonalanie swoich produktów poprzez ich rozbudowywanie i wzbogacenie o kolejne elementy²²⁵. Wydaje się jednak, iż problem ten jest niewłaściwie postawiony. Zarówno decyzja, jak i wyrok nie zakazują bowiem *Microsoft* rozwijania „medialnej funkcjonalności” systemu Windows. Oznacza to, że *Microsoft* może wprowadzać do systemu operacyjnego takie elementy oprogramowania, które pozwolą na odtwarzanie plików multimedialnych. *Microsoft* nie może natomiast oferować narzędzi użytkowych do korzystania z owej funkcjonalności na takich zasadach, jak do tej pory.

Po drugie, z wyroku wynika, iż podejście wspólnotowe do sprzedaży pakietowej programów komputerowych oraz przypadków rozbudowywania ich funkcji o funkcje wykonywane do tej pory przez odrębne programy, koncentruje się na percepcji programów przez konsumenta. Jeżeli konsument postrzega je jako odrębne produkty, wówczas połączenie dwóch programów w jeden oznacza, że mamy do czynienia z wiązaniem. Nie wydaje się, jednak, by uniemożliwiało to wiązanie produktów softwarowych, w przypadku których istnieje popyt na samodzielnie sprzedawane programy (np. systemu operacyjnego z programem antywirusowym) i utrudniało możliwość wprowadzania na rynek innowacyjnych produktów w postaci pakietu programów lub zintegrowanego produktu, łączącego dwa dotychczas odrębne produkty²²⁶. Ograniczenia możliwości wiązania produktów softwarowych wynikające z wyroku sprawie *Microsoft* zachowują aktualność wyłącznie w odniesieniu do przedsiębiorstw posiadających tzw. pozycję superdominującą. Ponadto, w uzasadnieniu orzeczenia podkreślano – wskazując na antykonkurencyjny charakter wiązania zastosowanego przez *Microsoft* – znaczenie faktycznego zmonopolizowania przez *Microsoft* podstawowego kanału dystrybucji systemu operacyjnego i związanych z nim produktów, w postaci producentów komputerów PC. Wydaje się,

²²³ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 19.

²²⁴ Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, pkt 935.

²²⁵ Por. A. Jones, B. Suftrin, *EC competition law*, op. cit., p. 460.

²²⁶ Na takie skutki wskazują V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, op. cit.

iz gdyby Microsoft zawdzięczał swoją pozycję rynkową na rynku systemów operacyjnych decyzjom użytkowników końcowych, podejmowanych przy półkach sklepowych, nie byłoby żadnych przeszkód, by uzupełniał system operacyjny o kolejne programy użytkowe. Wysoki udział w rynku byłby wówczas rezultatem konkurencji merytorycznej (*competition on the merits*), a nie – bardzo skutecznych i godnych pozazdroszczenia przez każdego przedsiębiorcę – metod dystrybucji produktu.

Z orzeczenia wynika także, iż w przypadku wiązania, które ma miejsce na tym etapie dystrybucji programów komputerowych i w tym kanale sprzedaży, jakim jest preinstalacja, nie można mówić o przesuwaniu się popytu ze strony konsumentów na niezintegrowane produkty, ponieważ to producenci PC decydują o instalacji takich produktów (Windows z WMP), a nie konsumenci, którzy w praktyce często są nieświadomi tego, że w cenie zakupionego zestawu zawarta jest opłata za licencję na system operacyjny.

Po trzecie, uzupełnienie systemu operacyjnego o dodatkowe funkcje, wykraczające poza funkcję podstawową, jaką jest zapewnienie komunikacji między poszczególnymi elementami hardware, nie prowadzi do powstania jednego produktu, a jedynie pakietu odrębnych produktów. Oznacza to, że antykonkurencyjne wiązanie może pojawić się skutkiem „naturalnego” rozwoju produktu informatycznego. Przemysł technologii informatycznych charakteryzuje się wysokimi kosztami początkowymi na opracowanie nowego produktu. Niskie koszty krańcowe, a *de facto* ich brak, zachęcają do stosowania wiązania produktów. Rynek oprogramowania komputerowego różni się od tradycyjnych rynków, na których stosowane jest wiązanie. Na rynku oprogramowania komputerowego wiązanie różnych programów, zarówno użytkowych (narzędziowych), jak i systemów operacyjnych i programów użytkowych, może być podyktowane ekonomią zakresu. Połączenie dwóch uprzednio niezależnych programów wykorzystujących ten sam kod źródłowy może prowadzić do uproszczenia programu. Wykorzystanie istniejącego kodu źródłowego (jego części) do opracowania nowego programu powoduje, iż jest on kompatybilny z dotychczasowym (starszym) programem, z którym może być zintegrowany. Bazowanie na wspólnym kodzie źródłowym ogranicza wydatki na programowanie nowych programów. Z drugiej strony koszt skopiowania kodu źródłowego – w zakresie w jakim jest to konieczne do stworzenia kolejnego produktu – jest minimalny. Oszczędności wynikające z połączenia produktu mogą być zatem niewielkie. Dlatego wiązanie nie pociąga za sobą istotnych korzyści w postaci zwiększonej efektywności, a jedynie pozwala maksymalizować zyski stosującemu je przedsiębiorcy.

Wydaje się zatem, iż w przypadku wiązania na rynkach technologii informatycznych, kluczowym zagadnieniem, które powinno być brane pod uwagę przy ocenie, czy praktyka stosowana przez przedsiębiorstwo może zostać określona mianem wiązania, powinno być udzielenie odpowiedzi na pytanie „czy wiązanie stanowi znaczny, nie nieistotny, technologiczny postęp w porównaniu do dotychczasowej oferty rynkowej?”. Wydaje się, iż powoływane w doktrynie przykłady samochodu lub komputera, jako klasycznych przykładów sprzedaży pakietowej nie są prawidłowe, zwłaszcza w przypadku zestawienia ich z zestawami obiadowymi, telefonem i abonamentem telefonicznym lub butów i sznurówek. Samochód i komputer, jako produkty złożone z wielu części składowych, które samodzielnie mogą być przedmiotem obrotu, przedstawiają bowiem dla zwykłego użytkownika szczególną, dodatkową wartość, które nie mógłby uzyskać samodzielnie, nie posiadając szczególnej wiedzy (potrzebnej do samodzielnego montażu komputera lub samochodu) lub zaplecza technicznego (potrzebnego do samodzielnego montażu samochodu). Moim zdaniem produkty takie jak wymieniony wyżej są pojedynczymi,

odrębnymi produktami i nie można w ich przypadku mówić o pakiecie. Pakiet będzie występował w przypadku sprzedaży samochodu z bagażnikiem dachowym lub komputera z monitorem i drukarką, gdyż przeciętny użytkownik będzie mógł – samodzielnie komponując odpowiedni zestaw – osiągnąć porównywalne efekty, których nie uda mu się uzyskać w przypadku samodzielnego montażu samochodu lub komputera. Dlatego z punktu widzenia prawa konkurencji o wiązaniu w postaci sprzedaży pakietowej można mówić wówczas, gdy sprzedawane razem są dwa produkty, których połączenie przez sprzedawcę w jeden produkt nie przynosi dodatkowej korzyści nabywcy. Kwestia ta została zauważona przez SPI, jednakże potraktowano ją w uzasadnieniu wyroku dość marginalnie. Mogłoby to wskazywać, iż jednak związanie WMP z Windows nie było dostatecznie innowacyjne. Nie ulega wątpliwości, iż integracja WMP z Windows przynosiła korzyść konsumentom, w postaci wzbogacenia zainstalowanego fabrycznie na ich komputerze oprogramowania o kolejne narzędzie, z którego tak często korzysta się w dniu dzisiejszym. Jednakże nie była to korzyść, która prowadziłaby do pozabawienia systemu operacyjnego i odtwarzacza multimedialnych cech odrębnych produktów na użytek art. 82 TWE.

Uzasadnienie wyroku nie daje zbyt wielu wskazówek odnośnie tego, kiedy integracja dwóch produktów w sektorze IT może być prokonkurencyjna²²⁷. Wydaje się, iż dominant będzie musiał wykazać, że doszło do faktycznej technicznej integracji dwóch produktów w jeden, zaś skutkiem wzbogacenia produktu A o funkcje wykonywane do tej pory przez produkt B jest innowacja i poprawa sposobu funkcjonowania/korzystania z produktu A w stopniu nieoferowanym w przypadku korzystania z A i B, jako odrębnych produktów²²⁸. Musi zatem istnieć techniczna konieczność integracji dwóch produktów. SPI nie uwzględnił argumentu Microsoft, że w przypadku rozdzielenia WMP i Windows, system operacyjny będzie działał wolniej, ale nie z powodu niedopuszczalności takiego argumentu, lecz z braku przekonujących dowodów na tę okoliczność.

Po czwarte, nie można zgodzić się z argumentacją, iż integracja dwóch produktów zawsze będzie prowadziła do naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji. Przyjęty w sprawie *Microsoft* test odrębności produktów na użytek oceny zgodności wiązania z art. 82 TWE stanowi barierę dla rozbudowy systemu operacyjnego Windows polegającej na uzupełnieniu go o dodatkowe funkcje, nie związane z jego charakterem jako systemu operacyjnego (przy utrzymaniu przez Microsoft dotychczasowego sposobu dystrybucji Windows). Test ten nie stanowi bariery dla innych przedsięwzięć, nie tylko tych działających na rynku systemów operacyjnych, jeżeli tylko ich pozycja rynkowa nie jest porównywalna z pozycją Microsoft.

Po piąte, ocena odrębności wiązanych towarów dokonywana jest nie wg stanu z daty orzekania, ale wg stanu z okresu, kiedy zachowanie przedsiębiorcy zaczęło wywoływać antykonkurencyjne skutki. Kwalifikacja antymonopolowa jest więc zawsze spóźniona, przy czym w sprawie *Microsoft* opóźnienie to wynosiło 8 lat, gdyż uwzględniano stan z maja 1999 r., kiedy to Microsoft wypuścił na rynek system operacyjny Windows z aplikacją WMP²²⁹. Rynek technologii informatycznych cechuje się zaś dynamicznym rozwojem, co powoduje, iż interwencja organów antymonopolowych będzie znacznie bardziej spóźniona niż w przypadku innych, tradycyjnych rynków²³⁰. Dlatego należy

²²⁷ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 21.

²²⁸ Ibidem, p. 21.

²²⁹ T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, www.curia.eu, pkt 914.

²³⁰ D. Kasprzycki, *The abuse of dominant position...*, op. cit., p. 146; B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 20.

odnotować tezę z pkt 913 – SPI uważa rynek IT i przemysłu szeroko rozumianej komunikacji za sektor podlegający stałemu i szybkiemu (gwałtownemu) rozwojowi, w konsekwencji to, co początkowo mogło wydawać się jako odrębny produkt, może następnie stać się częścią jednego produktu²³¹ zarówno z technologicznego punktu widzenia, jak i z punktu widzenia reguł konkurencji (por. np. telefonia internetowa i zwykła telefonia, albo telefonia stacjonarna i telefonia cyfrowa). W świetle wyroku w sprawie *Microsoft* kierunek rozwoju rynku nie powinien być jednak determinowany przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą. Wiązana sprzedaż dwóch produktów może doprowadzić do zaniku odrębnego popytu na produkt A i B²³². W przypadku, gdy takiej sprzedaży podejmuje się przedsiębiorca posiadający dominującą, „zwycięzcą” może zostać nie najlepszy – z punktu widzenia odbiorców – produkt, ale produkt wybrany przez dominanta i korzystający z jego przewagi marketingowo-dystrybucyjnej, a nie przewagi technologicznej. W ten sposób gorszy produkt może wyprzeć lepszy produkt i doprowadzić do zmiany struktury popytu.

W kontekście powołanego powyżej poglądu SPI na cechy charakterystyczne rynku technologii informatycznych, należy postawić pytanie, w jakim zakresie Microsoft tak naprawdę jest związany postanowieniami decyzji Komisji, w szczególności w zakresie środka zaradczego służącego zaprzestaniu kontynuowania naruszenia polegającego na wiązaniu Windows z WMP. Skoro bowiem SPI dopuszcza możliwość utraty odrębności dwóch towarów oferowanych na tym rynku i – wskutek rozwoju rynku – powstania nowego, jednego produktu łączącego funkcjonalności oferowane wcześniej przez dwa odrębne produkty, zaś zarówno decyzja Komisji, jak i wyrok dotyczyły stanu faktycznego ukształtowanego w 1999 r., jakiegokolwiek ograniczenia co do wiązania systemu operacyjnego z odtwarzaczem multimedialnym albo już stały się bezprzedmiotowe albo staną się takie w bliższej lub dalszej przyszłości.

Po szóste, w zakresie dotyczącym wpływu zachowania Microsoft na poziom innowacji wskazuje się, iż wiązanie nie stwarza zagrożenia dla tworzenia nowych programów użytkowych. Jako przykład podawana jest przeglądarka Firefox, następcą Netscape Navigator²³³. Przykład ten nie uwzględnia tego, że sukces Firefox jest rezultatem darmowego rozpowszechniania w sieci programu tworzonego w ramach środowiska open-source. Wątpliwe jest komercyjne powodzenie takiej inicjatywy, ze względu na wiązanie Internet Explorera z systemem Windows. Brak skutecznego komercyjnego wejścia na rynek przeglądarek internetowych zdaje się potwierdzać ten pogląd. O ile faktycznie praktyka Microsoft nie eliminuje możliwości opracowywania nowych produktów, to czyni taką działalność pozbawioną ekonomicznego znaczenia.

Krytycy wskazują, iż rozwój rynku po decyzji Komisji zaprzecza podstawowym założeniom, na których opierała się decyzja i na których opiera się wyrok. Wskazuje się Apple, jako przykład producenta odtwarzacza multimedialnego, który osiągnął rynkowy sukces za pomocą własnej strategii sprzedaży detalicznej i pominięcia kanału dystrybucji opanowanego przez Microsoft²³⁴. Odwołanie się do Apple jako przykładu możliwości skutecznego konkurowania z Microsoft budzi pewne wątpliwości. Sukces oprogramowania Apple'a wynika z wiązania tego odtwarzacza ze sprzętem Apple'a lub z innym niż systemy operacyjne oprogramowaniem.

²³¹ Tak również D. Kasprzycki, *The abuse of dominant position...*, op. cit., p. 146.

²³² M. Dolmans, T. Graf, *Analysis of tying under article 82 EC...*, op. cit., p. 228.

²³³ D. Lim, *Beyond Microsoft...*, op. cit., p. 307–308.

²³⁴ B. Batchelor, *The fallout from Microsoft...*, op. cit., p. 20.

Po siódme, z wyroku SPI wynika również, iż badając pozytywne dla konsumentów skutki wiązania, nie uwzględnia się korzyści, jakie miałyby wynikać ze standaryzacji platformy programowej na warunkach dominanta. Efekt sieciowy wynika z potrzeby zapewnienia kompatybilności programów. Ponieważ system operacyjny Windows jest najbardziej popularnym systemem operacyjnym, dostawcy treści w postaci programów audio-video odtwarzanych na komputerach naturalnie są bardziej skłonni do tworzenia ich w formacie, który obsługiwany jest przez Windows i WMP. Efekt sieciowy może być pozytywny z punktu widzenia konsumenta, gdyż ułatwia korzystanie z nabytego oprogramowania (treści). Eliminuje problemy z zapewnieniem kompatybilności. Zwalnia użytkowników z obowiązku upewniania się, czy będą mogli odtworzyć zakupioną treść na swoim komputerze. Z drugiej strony, efekt sieciowy ogranicza zakres wyboru, z jakiego może korzystać konsument, gdyż skazuje go na stosowania określonego standardu, poza którym konsument nic nie będzie mógł odtworzyć. Zmusza do konwersji plików, korzystania z programów narzędziowych obcych przeciętnemu użytkownikowi. Jakość produktu odgrywa mniejszą rolę, gdyż decyduje rozpowszechnienie i kompatybilność.

Po ósme, z uzasadnienia decyzji Komisji, jak i wyroku SPI wynika, iż źródłem „problemów”, jakie wspólnotowe prawo konkurencji ma z Microsoft jest faktyczne zmonopolizowanie najważniejszego z kanałów dystrybucji systemów operacyjnych, jakim jest preinstalacja przez producentów sprzętu klasy PC. Kwestionowanie legalności wiązania systemu operacyjnego z odtwarzaczem multimedialnym jest rezultatem nie tyle samego wiązania, co sposobu dystrybucji pakietu „Windows + WMP”. W tych okolicznościach orzeczony przez Komisję nakaz sprzedaży wersji Windows pozbawionej WMP nie rozwiąże żadnego problemu, który leży u podstaw sprawy *Microsoft*. Problemem tym na pewno nie jest wiązanie systemu operacyjnego z odtwarzaczem multimedialnym, gdyż dane rynkowe pokazują, że taka jest naturalna tendencja rozwoju tego rodzaju produktu, zaś konkurencyjne odtwarzacze funkcjonują na rynku i nadal rywalizują z WMP. Dostawcy treści umieszczają pliki przygotowane pod WMP oraz inne odtwarzacze. Niektórzy – choć dotyczy to praktycznie wyłącznie dostawców niekomercyjnych – rezygnują z dostarczania treści w formatach obsługiwanych przez WMP lub środowisko Windows/Microsoft Office. Rzeczywistym problemem, jaki gospodarka i społeczeństwo może mieć z Microsoftem jest jego dominacja na rynku preinstalacji systemów operacyjnych. Źródło sukcesu i przewagi konkurencyjnej Microsoftu nad konkurencyjnymi systemami operacyjnymi oraz nad aktualnymi lub potencjalnymi konkurentami wprowadzającymi aplikacje wzbogacające możliwości wykorzystania komputera, tkwi w kontroli dostępu do tego kanału dystrybucji. Gdyby Komisja chciała rozwiązać ten problem, powinna w ogóle zakazać Microsoft wiązania Windows z WMP, a nawet rozbudowywania „funkcjonalności” systemu operacyjnego o jakiegokolwiek elementy nie związane z zapewnieniem sprawnej komunikacji między poszczególnymi urządzeniami składającymi się na hardware komputera klasy PC lub innego produktu działającego z wykorzystaniem oprogramowania ze środowiska Windows. Tymczasem Komisja zdecydowała się na zastosowanie środka, który *de facto* niczego nie zmienia w sytuacji na rynku. Czyni to interwencję organu antymonopolowego bezcelową. W tych okolicznościach krytyka pod adresem decyzji Komisji i wyroku SPI wydaje się uzasadniona, choć z innych powodów, niż wskazywane w cytowanych w niniejszym opracowaniu publikacjach.

Reasumując, wydaje się, iż w zakresie dotyczącym praktyki polegającej na wiązaniu Windows z WMP, omawiane orzeczenie w bardzo ograniczonym stopniu wpłynie na ewolucję rynku technologii informatycznych. Wszyscy dotychczasowi gracze mogą nadal zachowywać się w zasadzie tak samo i kontynuować rozwijanie swoich produk-

tów, zgodnie z dotychczasowymi tendencjami. Microsoft musi jedynie pamiętać o tym, by na obszarze EOG istniała możliwość zakupu uboższych wersji jego sztanarowego produktu, zaś cena za pakiet obejmujący system operacyjny i dodatkowe programy nie była niższa lub równa cenie Windows pozbawionego dodatków. W tych okolicznościach decyzja o niezaskarżeniu wyroku SPI do ETS jest w pełni uzasadniona. *Summa summarum* za część haraczu w wysokości 497 196 304 euro, Microsoft kupił od Komisji licencję na dalsze wykluczanie konkurencji. Ale przecież szef koncernu z Redmond – choć równie skuteczny - nie jest Jamesem Bondem, któremu licencja taka przysługuje *per se* nieodpłatnie.

Wiązanie Internet Explorera z Windows na tle historii postępowań antytrustowych przeciwko Microsoftowi w Stanach Zjednoczonych

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest historia sporu Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych (*Department of Justice*) ze spółką Microsoft oraz wpływ tego sporu na ewolucję amerykańskiej analizy antytrustowej, w szczególności w zakresie wiązania produktów. Właśnie kwestia wiązania, ze względu na zbieżność co do rodzaju zarzutów, jakie postawione zostały Microsoftowi w postępowaniach przed amerykańskimi i wspólnotowymi organami ochrony konkurencji, oraz daleko posunięta rozbieżność co do podjętych przez nie rozstrzygnięć, zasługują na szczególną uwagę.

Podstawowym problemem dla komentatora w sprawie *Stany Zjednoczone p. Microsoft*¹ jest jej rozmiar i wielość problemów o charakterze nie tylko prawnym, lecz także ekonomicznym i społecznym. Nie jest zamysłem autora opisywanie wszystkich tych problemów, a jedynie wskazanie na niektóre z nich, które w bardzo subiektywnej ocenie mogą być dla czytelnika interesujące na tle istniejących regulacji prawnych i historii sporu.

W masie zagadnień objętych postępowaniem znajdziemy jednak kilka kwestii, co do których wszyscy zarówno krytycy działań samej spółki, jak i rozwiązań prezentowanych przez Departament Sprawiedliwości i Federalną Komisję Handlu (*Federal Trade Commission*) oraz sądy, są zgodni. Nikt chyba nie ma wątpliwości, że Microsoft włożył bardzo dużo wysiłku w rozwój i promocję swojego oprogramowania służącego do przeglądania Internetu, by nie ulec dominacji przeglądarki oferowanej przez Netscape. Kolejną kwestią, gdzie łatwo o zgodę, jest fakt podjęcia przez Microsoft działań w celu zintegrowania przeglądarki Internet Explorer (dalej także jako IE) z systemem operacyjnym Windows i bezpłatne udostępnianie przeglądarki oraz stworzenie wersji języka Java dla systemu operacyjnego Windows, która nie współpracowała z wersją Sun Microsystem. Mniej więcej w tym miejscu konsensus komentatorów się kończy i zaczyna debata.

¹ Zostaliśmy przyzwyczajeni do nazywania terminem „sprawa *Microsoft*” szeregu postępowań prowadzonych przeciwko spółce z Redmond przez organy antytrustowe USA. Wskazać jednak należy, iż obok postępowań prowadzonych przez agencje federalne (Departament Sprawiedliwości i Federalną Komisję Handlu), a później kontynuowanych przed sądami, w Stanach Zjednoczonych prowadzone były również liczne postępowania z powództw prywatnych.

2. Zarys analizy antytrustowej w Stanach Zjednoczonych

2.1. Reguła *per se* (bezwzględne naruszenia) wobec *rule of reason* (reguły rozsądku)

Zrozumienie dylematów, przed którymi stawał Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny analizując zarzuty Departamentu Sprawiedliwości w zakresie wiązania produktów wymaga choćby pobieżnej znajomości amerykańskiej analizy antytrustowej. Poniżej opisane zostały dwa rodzaje analizy antytrustowej prowadzonej na podstawie sekcji 1 Ustawy Shermana, użyte w sprawie *Microsoftu*, stanowiące jednocześnie podstawy dla stosowania amerykańskiego prawa antytrustowego.

Zgodnie z sekcją 1 Ustawy Shermana, „[k]ażde porozumienie, zrzeszenie w formie trustu lub innej, lub zмова ograniczająca umowy kupna-sprzedaży lub handel pomiędzy kilkoma Stanami, lub z udziałem państw obcych, są nielegalne”².

Żadne prawo ochrony konkurencji nie zakazuje wszelkich ograniczeń obrotu gospodarczego³. Taki zakaz oznaczałby niemożność zawierania większości umów pomiędzy przedsiębiorcami. Prawo antytrustowe USA zakazuje jedynie takich, które ograniczają obrót gospodarczy w sposób nieuzasadniony⁴. Dwie reguły – *per se* oraz *rule of reason* – tworzą dwa podstawowe rodzaje analizy służące określeniu, czy dane zachowanie jest, czy też nie jest nieuzasadnionym ograniczeniem handlu (obrotu gospodarczego).

Od czasu przyjęcia Ustawy Shermana w 1890 r., wyrażonych zostało bardzo wiele stanowisk co do jej znaczenia. Powszechnie przyjmuje się, że Ustawa Shermana zakazuje wszystkich uzgodnień, mających na celu ograniczenia konkurencji, lub które, niezależnie od celu, skutkują obniżaniem poziomu konkurencji⁵. Jednakże umowy, które są zawierane w innych celach i mają potencjał do osiągnięcia innych (uzasadnionych ekonomicznie) celów, nie podlegają „zakazowi” Ustawy Shermana. W tym przypadku mówi się, iż ubocznym skutkiem porozumienia nakierowanego na prokonkurencyjny cel jest jakieś przypadkowe ograniczenie konkurencji.

To ogólne stanowisko osiągnięto nie wprost, ale poprzez dwie zasady orzecznicze – reguły *per se* i *rule of reason*, które wspólnie mają za zadanie niedopuszczenie do porozumień, które stawiają sobie za cel lub mają skutek w postaci istotnego ograniczenia konkurencji. Reguła *per se*⁶ wyklucza wszelką analizę celu ograniczenia lub jego charakteru, zakresu i stopnia jego skutku rynkowego, unikając w ten sposób „konieczności nieprawdopodobnie złożonego i przedłużonego w czasie ekonomicznego badania całej historii branży, której to dotyczy, jak również związanych z nią branż, usiłując ustalić w sposób nieskrępowany, czy określone ograniczenie było nieuzasadnione”⁷.

² 15 U.S.C. § 1.

³ Ustawa Shermana posługuje się pojęciem *restrain of trade*, co na użytek tej pracy jest tłumaczone jako „ograniczenie obrotu gospodarczego”. W polskiej literaturze spotykane są inne tłumaczenia; zob. np. T. Woś, *Amerykańskie prawo antymonopolowe. W stulecie pierwszej ustawy antymonopolowej – Sherman Act*, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1992, który posługuje się pojęciem: „ograniczenie handlu lub obrotu towarowego”.

⁴ Wniosek z orzeczenia w sprawie *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1,58 (1911).

⁵ Tak też D. Kasprzycki, *Zagadnienie monopolizacji rynku w prawie Stanów Zjednoczonych na przykładzie Microsoftu*, PPH 2000, nr 3, s. 33.

⁶ Reguła bezwzględnego lub oczywistego naruszenia Ustawy Shermana. Określenie naruszenie *per se* jest przekładane na język polski w różny sposób, od „bezwzględnego” naruszenia, po naruszenie „samo w sobie” – patrz T. Woś, *Amerykańskie prawo antymonopolowe...*, op. cit., s. 32.

⁷ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5, 78 S.Ct. (1958).

Reguła *per se* jest, ogólnie biorąc, ograniczona do tych kategorii zachowań, dla których nie jest potrzebne drobiazgowo badanie w celu ustalenia, że ich charakter i wpływ jest w sposób „wrażliwy” lub „oczywisty” antykonkurencyjny⁸. Aby być w sposób niewątpliwie antykonkurencyjne, porozumienia lub praktyki muszą mieć „szkodliwy wpływ na konkurencję i nie posiadać ... żadnej kompensującej to wartości”⁹.

Klasyczna definicja analizy *rule of reason* wyrażona została w sprawie *Standard Oil*¹⁰, a w pewnym zakresie już w sprawie *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*¹¹. Sekcja 1 Ustawy Shermana stanowi „wyczerpujące wyliczenie w celu zapewnienia, żeby żadna forma umowy lub zrzeszenia”, przez którą osiągnięto antykonkurencyjne ograniczenie, „nie mogła uniknąć potępienia”¹².

Celem reguły *rule of reason* jest rozróżnienie pomiędzy tymi ograniczeniami, które są „niewłaściwe”, a tymi, które takie nie są. W sprawie *Professional Engineers*¹³ Sąd Najwyższy wskazał, że wbrew swej nazwie i sugestii sędziego White'a zawartej w rozstrzygnięciu sprawy *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*¹⁴, reguła *rule of reason* „nie otwiera pola do badania jakiegokolwiek argumentu na rzecz kwestionowanego ograniczenia, który może podlegać sferze rozsądku”. Podstawowe badanie jest ograniczone do tego, czy sporne ograniczenie „jest takim, które popiera konkurencję, czy takim, które tłumi konkurencję”¹⁵. Opinia akcentowała, że takie badanie „jest ograniczone do rozważenia wpływu na warunki konkurencji” i że funkcją sądu jest „wyrobienie sobie poglądu o znaczeniu konkurencyjnym ograniczenia”¹⁶. Ponieważ badanie jest ograniczone do ustalenia „wpływu rynkowego” na konkurencję, zarzuty „oparte na założeniu, że konkurencja sama w sobie jest nieuzasadniona” lub na okolicznościach niezwiązanych z wpływem ograniczenia na konkurencję nie mają znaczenia¹⁷.

Sąd Najwyższy uznał także, że „bez względu na to, czy ostateczne stwierdzenie jest wynikiem domniemania czy też rzeczywistej analizy rynkowej, istotne badanie jest takie samo, niezależnie od tego, czy kwestionowane ograniczenie sprzyja konkurencji czy też nie”¹⁸. Wobec tego nie istnieje żadna czytelna linia oddzielająca analizę opartą na regule *per se* od analizy opartej na *rule of reason*. Stosowanie zakazu *per se* wymagać może istotnego badania warunków rynkowych przed uzasadnieniem dowodowym domniemania zachowania antykonkurencyjnego. Jednak niektóre typy praktyk jawiły się tradycyjnie jako naruszenia bezwzględne¹⁹.

⁸ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Co.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d (1979); *Catalano, Inc. v. Target Saled, Inc.*, 446 U.S. 643, 646, 100 S.Ct. 1925, 1927, 64 L.Ed.2d 580 (1980); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 692, 98 S.Ct. 1355, 55 L.Ed.2d 637 (1978); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 50, 97 S.Ct. 2549, 2557, 53 L.Ed.2d 568 (1977).

⁹ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5, 78 S.Ct. (przytoczony w wyroku w sprawie *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S., p. 58, 97 S.Ct. p. 2561).

¹⁰ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1,31 (1911).

¹¹ *United States v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed 1007 (1897).

¹² *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, op. cit.

¹³ *Professional Engineers*, 435 U.S. p. 688, 98 S.Ct. p. 1363.

¹⁴ 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed. 1007 (1897).

¹⁵ *Professional Engineers*, p. 691, 98 S.Ct. p. 1365.

¹⁶ *Professional Engineers*, p. 690, 692, 98 S.Ct. p. 1364–1365.

¹⁷ *Professional Engineers*, p. 696, 98 S.Ct. p. 1368.

¹⁸ *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct., 2948, 2962, 82 L.Ed.2d 70, 85 (1984).

¹⁹ Zob. *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29, 80 S.Ct. 503, 4 L.Ed.2d 505 (1960) (pionowe zmony cenowe); *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951) (poziome podziały rynku); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20

Aż do czasu sprawy *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Co.*²⁰, konsekwentnie uważano, że pozioma zмова cenowa mieści się w kategorii naruszenia *per se*. Jednak w sprawie *BMI* Sąd Najwyższy ostrzegł, że „dosłowność jest nazbyt uproszczona i często niewłaściwa” oraz odmówił zastosowania zasady naruszenia *per se*, mimo iż Sąd Apelacyjny utrzymywał, że omawiana tu praktyka była dosłownie zmovą cenową. W rezultacie, o ile niektóre zmovy cenowe są same w sobie niezgodne z prawem, inne porozumienia dosłownie ustalające ceny podlegają osądzeniu zgodnie z regułą *rule of reason*.

Starając się wyodrębnić czynniki, które charakteryzują te kategorie, Sąd Najwyższy sformułował dla tego celu ramy analityczne. „Podczas badania należy skupić się na tym [...] czy praktyka ta jest na pozór praktyką, która zawsze lub prawie zawsze będzie ograniczać konkurencję i zmniejszać produkcję, i w jakim sektorze rynku, czy też być może praktyką, której celem jest ‘podniesienie efektywności gospodarczej i zwiększenie konkurencji na rynku, a nie jej ograniczenie’”²¹. „Ponieważ licencja blankietowa nie była ‘oczywistym ograniczeniem handlu o celu nie innym jak tłumienie konkurencji’, ale raczej towarzyszyła integracji sprzedaży, monitorowaniu oraz egzekwowaniu [przepisów] przeciwko nieupoważnionemu korzystaniu z praw autorskich, nie była ona sama w sobie niezgodna z prawem”²².

Zatem z wyroku w sprawie *BMI* wypływa wniosek, że sądy powinny rozpatrywać, czy dane ograniczenie mogłoby potencjalnie prowadzić do wzrostu wydajności (zwiększającego integrację), przy którym ograniczenie może okazać się pomocne. Innymi słowy, chodzi o to, czy porozumienie cenowe „osiąga cele niezwiązane z kształtowaniem cen”²³. Te ramy analityczne są analogiczne do podejścia zaproponowanego przez profesora i sędziego Roberta H. Borka²⁴.

Wyrok w sprawie *BMI* jest tylko jednym z kilku orzeczeń, które stanowią sygnał odwrotu od sztywnego stosowania zasady naruszenia *per se*. W wyroku w sprawie *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*²⁵, uchylając poprzednią opinię, że niektóre rodzaje pionowych podziałów rynku były same w sobie niezgodne z prawem, sąd potrzebował bardziej przekonujących dowodów użyteczności gospodarczej ograniczenia. Te przypadki ukazują, że „powoływanie się na [zasadę naruszenia *per se*] musi być ograniczone do tych sytuacji, które raczej mieszczą się w ramach jej racjonalnego uzasadnienia”, a nie podejścia formalistycznego²⁶.

(1947) (umowy sprzedaży związanej); *Fashion Originators' Guild v. FTC*, 312 U.S. 457, 61 S.Ct. 703, 85 L.Ed. 949 (1941) (bojkoty grupowe).

²⁰ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Co.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d (1979) (cyt. dalej jako sprawa *BMI*).

²¹ *BMI*, 441 US, p. 19–20, 99 S.Ct., p. 1562–63, 60 L.Ed.2d, p. 16 (cyt. *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 US 422, 441 przypis 16, 98 S.Ct. 2864, 2875 przypis 16, 57 L.Ed.2d 854, 872 przypis 16 (1978)).

²² *BMI*, 441 US, p. 20, 99 S.Ct., p. 1563, 60 L.Ed.2d, p. 16 (cyt. *White Motor Co. v. United States*, 372 US 253, 263, 83 S.Ct. 696, 702, 9 L.Ed.2d 738, 746 (1963)).

²³ *Southern Motor Carriers*, 672 F.2d, p. 479 (podkreślenie w oryginale), utrzymano w mocy, 702 F.2d 532 (5th Cir. Unit B Cir. Unit B 1983) (w pełnym składzie sędziowskim), poddany rewizji na innej podstawie, 471 US, 105 S.Ct. 1721, 85 L.Ed.2d 36 (1985).

²⁴ R. H. Bork, *The Rule of Reason and the Per se Concept, Price Fixing and Market Division* [I], 74 Yale LJ 775 (1965); [II], 75 Yale LJ 373 (1966), (brak analizy opartej na regule naruszenia *per se*, jeżeli ograniczenie „towarzyszy integracji umownej” oraz „sprzyja integracji umownej”).

²⁵ *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 US 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977).

²⁶ *United States v. Realty Multi-List, Inc.*, 629 F.2d 1351, 1363 (5th Cir. 1980).

2.2. Reguła *per se*

Amerykańskie prawo antytrustowe zarówno Ustawa Shermana, jak i prawa stanowe, powstało w wyniku narastającego przekonania (i presji na Kongres), że niektóre zachowania gospodarcze są dla gospodarki Stanów Zjednoczonych szkodliwe. „Istnieją pewne [rodzaje] porozumienia lub praktyki [zachowania], które z uwagi na swoje szkodliwe skutki dla konkurencji i brak jakichkolwiek wartości je rekompensujących mogą być w przekonujący sposób uznane za nieuzasadnione i przez to nielegalne bez konieczności przeprowadzania szczegółowej analizy szkody, którą wyrządzają, czy też gospodarczego uzasadnienia ich istnienia”²⁷. Takie oczywiste (*naked*) ograniczenia konkurencji są analizowane zgodnie z regułą *per se*, która oznacza, iż stanowią one naruszenie prawa antytrustowego. Orzecznictwo stworzyło swoisty katalog zachowań gospodarczych, które uznawane były (i w jakiejś części są) za bezwzględne – *per se* – naruszenia. Należą do niego: ustalanie cen między konkurentami²⁸, poziomy podział rynków, uzgodnione przystępowanie do przetargów, zbiorowe bojkoty²⁹ oraz niektóre typy wiązania produktów (*tying arrangements*)³⁰. W skrócie stosowanie zasady *per se* sprowadza się do przeanalizowania, czy dane zachowanie gospodarcze mieści się w ww. grupie zachowań, które są bezwzględnie zakazane. Ta wstępna analiza nie jest jednak czystą formalnością, szczególnie w przypadku niektórych ograniczeń konkurencji, np. w odniesieniu wiązania produktów, gdzie stosowanie reguły *per se* wymagać może określenia siły rynkowej (pozycji rynkowej). Z momentem jednak, gdy wstępna analiza wykaże, iż dane zachowanie należy do ww. grupy, praktyka taka zostaje uznana za zakazaną, i nie są przeprowadzane dodatkowe badania skutków ani wpływu danego zachowania na konkurencję.

2.3. Rule of Reason

Analiza w ramach *rule of reason* zakłada, iż określone zachowanie rynkowe ma obok skutków dla konkurencji negatywnych także skutki prokonkurencyjne. Ważenie skutków anty- i prokonkurencyjnych ma umożliwić „zdecydowanie, czy dane ograniczenie [badane zachowanie] powinno zostać zakazane jako ograniczające konkurencję w sposób nieuzasadniony”³¹ i określenie, czy jest to rodzaj zachowania, który „promuje konkurencję, czy taki, który ją ogranicza”³². Przy określaniu, jakie skutki przeważają należy brać pod uwagę:

- 1) specyfikę branży,
- 2) kondycję danej gałęzi przemysłu (branży) przed oraz po wprowadzeniu badanego ograniczenia;

²⁷ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, fragment orzeczenia przedstawionego przez sędziego Blacka, Supreme Court of the United States, 1958. 356 U.S.1, 5 (1958).

²⁸ *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 102 S.Ct (1982).

²⁹ *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 110 S. Ct. 768, 107 L.Ed.2d 851 (1990), a także wcześniejsze orzeczenia np. w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 106 S. Ct. 2009, 90 L.Ed.2d 445 (1986). Przedstawiając stanowisko Sądu, sędzia Stevens dokonał dość niecodziennej analogii, porównując stosowanie reguły *per se* do kaskaderstwa czy też szybkiej jazdy samochodem, i podkreślając, iż doświadczeni kaskaderzy czy też zawodowi kierowcy, pomimo przekraczania uznanych barier bezpieczeństwa, wciąż nie powodują zagrożenia, co miało oznaczać, iż stosowanie reguły *per se*, lub też nawet jej nadużywanie przez agencje federalne i sądy nie czyni wielkiej szkody.

³⁰ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 US, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

³¹ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977).

³² *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 691 (1978).

- 3) charakter ograniczenia oraz jego rzeczywisty i potencjalny wpływ;
- 4) historię oraz powody wprowadzenia ograniczenia;
- 5) cel wprowadzenia danego ograniczenia³³.

Nie każda analiza *rule of reason* musi obejmować wszystkie wskazane powyżej elementy – tak dzieje się w sytuacjach, gdy wskazane przez strony porozumienia elementy prokonkurencyjne są mało przekonujące³⁴, zaś efekty antykonkurencyjne (ograniczenie konkurencji) są oczywiste lub też zachowanie stron jest podobne do wcześniej analizowanego zachowania, które zostało uznane za nielegalne *per se*. W wyroku w sprawie *BMI*³⁵ Sąd Najwyższy zastosował analizę *rule of reason* do porozumienia o charakterze *joint venture* pomiędzy twórcami muzycznymi (kompozytorami) w celu wspólnego wydania tzw. blankietowej licencji na korzystanie z ich prac.

3. Historia analizy antytrustowej wiązań w Stanach Zjednoczonych³⁶

Wiązanie występuje, gdy sprzedawca uzależnia sprzedaż określonego towaru (wiązanego) od zakupu przez nabywcę innego (związanego) towaru. Ilekroć sprzedawca dysponuje siłą rynkową na rynku produktu wiążącego wiązanie może mieć skutek wykluczający, polegający na ograniczaniu nabywcom możliwości zakupu produktu związanego i tym samym naruszający konkurencję na rynku produktu związanego³⁷. Wiązanie produktów może przynieść efekt w postaci zwiększenia sprzedaży i osiągnięcia ekonomii skali, a co za tym idzie niższych kosztów. Analizujący wiązania stają często przed dylematem sprowadzającym się do tego; istnieje oddzielny popyt na każde z dóbr, całość korzyści (lub większość) trafia do kieszeni producenta..., ale wiązanie sprawiło, że każdy dostał to co chciał (obok tego co chciał mniej), co bez wiązania nie było możliwe.

Pierwsze orzeczenia dotyczące sprzedaży związanej wyrażały przekonanie Sądu Najwyższego mówiące, że „umowy sprzedaży związanej służą jedynie ograniczeniu konkurencji”³⁸. Jak wyjaśnia Sąd w wyroku w sprawie *Northern Pacific*, umowy sprzedaży związanej „uniemożliwiają konkurencji swobodny dostęp do rynku produktów dołączanych nie dlatego, że strona narzucająca tego typu warunki oferuje lepszy produkt lub niższą cenę, ale ze względu na jej siłę rynkową lub zdolność wywierania wpływu na innym rynku. Jednocześnie nabywcy są zmuszani do rezygnacji z wolnego wyboru pomiędzy konkurującymi produktami”³⁹. Ewolucja analizy wiązań odzwierciedlała wyrażane przez Sąd Najwyższy przekonanie, że wiele zachowań rynkowych zawierających

³³ Wnioski z wyroku w sprawie *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918). Jest to jedna z wielu spraw z okresu lat 1915–1939, określanego mianem okresu *rule of reason* (*rule of reason period*). Wyrok w sprawie *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 58 (1911) wprowadził w życie analizę *rule of reason*. Wyrok w sprawie *Board of Trade* pokazał, iż pozwany może sprawę z sekcji 1 Ustawy Shermana wygrać opierając się na *rule of reason*. Często cytowanym orzeczeniem, w którym Sąd Najwyższy definiował analizę *rule of reason* jest wyrok w sprawie *United States v. United States Steel Corporation*, 251 U.S. 417, 40 S. Ct. 293, 64 L.Ed. 343 (1920).

³⁴ W praktyce należy to rozumieć jako stosunkowo małą zmianę na korzyść – niewielki (lub tylko potencjalny) czy wręcz mało prawdopodobny wzrost wydajności itp.

³⁵ *Broadcast Music, Inc v. CBS*, 441, U.S.1 (1979).

³⁶ P. Areeda, L. Kaplow, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, 1997, p. 687 ff.; Th.G. Krattenmaker and S.C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, The Yale Law Journal Dec., 1986, Vol. 96, No. 2; Ph. Areeda, *Antitrust Law* Aspen Pub. 1997, IX ed., p. 254 ff.

³⁷ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958).

³⁸ *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

³⁹ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

w sobie element wiązania nie potwierdza wcześniej wyrażanych krytycznych ocen co do naruszenia konkurencji.

W wyroku w sprawie *Jefferson Parish* Sąd Najwyższy – przewagą jednego głosu (5 do 4) – zmodyfikował wcześniejszą koncepcję sprzedaży związanej, stwierdzając, iż jest ona *per se* nielegalna tylko wtedy, gdy siła rynkowa sprzedawcy w zakresie pożądanego produktu wiążącego (*the tying product*) jest wykorzystywana do ograniczenia konkurencji na rynku produktowym produktu związanego (*the tied product*). Do tej pory, za wyrokiem w sprawie *Northern Pacific Railway* uważano, że umowy sprzedaży związanej są nielegalne bez konieczności przeprowadzenia dalszej analizy i bez wzięcia pod uwagę ekonomicznego uzasadnienia, które pozwana spółka mogła przedstawić.

Profesor Philip Areeda twierdzi, że „[n]ajwyraźniej łatwa zasada automatycznego potępienia zaczęła się łamać... Po pierwsze, niektóre sądy dopuściły „uzasadnienia biznesowe” jako pozytywną obronę sprzedaży związanej, pomimo stosowania języka istnienia naruszenia. Po drugie, wiele sądów orzekło, iż rzekoma sprzedaż wiązana oraz produkty wiązane w rzeczywistości stanowiły jeden produkt, który nie podlegał przepisom prawa dotyczącego sprzedaży związanej. Podczas gdy wiele orzeczeń dotyczących „pojedynczych produktów” odzwierciedlało faktyczne wątpliwości dotyczące metafizycznych granic produktu, wiele innych wyrażało przekonanie, że prawo antytrustowe powinno pozostawać powściągliwe, ponieważ zawarta umowa była uzasadniona lub bez wątplenia nie miała żadnego szkodliwego wpływu na rynek. Po trzecie, liczne sądy zaczęły wymagać faktycznych dowodów siły rynkowej odnośnie produktów związanych, a nie jedynie wysnuwania takich wniosków z samego faktu zaistnienia sprzedaży związanej. Po czwarte, niektóre sądy podjęły rozmaite kroki wstępne, których celem jest nałożenie na strony powodowe obowiązku wykazania, że sprzedaż wiązana mogłaby skutkować uzyskaniem przez pozwanego siły rynkowej na tymże”⁴⁰.

Prawo antytrustowe Stanów Zjednoczonych daje możliwość postawienia zarzutu wiązania – jako nieuzasadnionego ograniczenia handlu – na podstawie sekcji 1 Ustawy Shermana, na podstawie sekcji 3 Ustawy Claytona⁴¹ oraz na podstawie sekcji 5 Ustawy o Federalnej Komisji Handlu⁴². Niezależnie od podstawy prawnej, merytoryczno-prawna analiza praktyki będzie bardzo zbliżona, i sprowadzać się będzie do uznania wiązania za zakazane (*per se*) w przypadkach, gdy dotyczy ono dwóch (lub więcej) oddzielnych produktów, sprzedaż jednego z nich jest uzależniona od zakupu innego, sprzedawca posiada wystarczającą siłę rynkową na rynku produktu wiążącego oraz wiązanie wywiera większy niż nieistotny wpływ na obrót gospodarczy⁴³.

4. Postępowanie 1.0

4.1. Z Federalnej Komisji Handlu do Departamentu Sprawiedliwości

Gdy w roku 1990 Federalna Komisja Handlu (FTC) rozpoczęła badanie pozycji Microsoftu na rynku oprogramowania systemów operacyjnych komputerów klasy PC nikt nie spodziewał się, że po trzech latach prac pat w głosowaniu (2 do 2) uniemożliwi dalsze działania Federalnej Komisji Handlu. Komisarze nie umieli zdecydować, co zro-

⁴⁰ Ph. Areeda, *Antitrust Law*, Aspen Pub. 1997, IX ed., p. 26.

⁴¹ 15 U.S.C. § 14 – w zakresie umów leasingu oraz sprzedaży.

⁴² 15 U.S.C. § 45.

⁴³ *Fortner Enters., Inc. v. U.S. Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 499 (1969).

bić z zebrany materiał, a w szczególności czy stanowi on podstawy do wniesienia pozwu przeciwko Microsoftowi⁴⁴.

Jednym z głównych zagadnień rozważanych w tym postępowaniu była kwestia tzw. licencji *per processor*. Producenci komputerów (OEMs⁴⁵) zobowiązani byli płacić Microsoftowi pewną kwotę od każdego wyprodukowanego komputera, niezależnie od tego, czy był on wyposażony w jego system operacyjny. Takie zobowiązanie zawarte było w umowie licencyjnej narzucanej przez Microsoft, który w zamian oferował niższą cenę systemu operacyjnego. Sprzedając komputer wyposażony w inny system operacyjny (do wyboru był praktycznie tylko OS/2), producenci komputerów musieli obok ceny za zainstalowany system zapłacić również opłatę na rzecz Microsoft. To w sposób oczywisty zniechęcało ich do promowania i oferowania komputerów wyposażonych w inne systemy operacyjne i jednocześnie windowało ceny tego typu komputerów (ze względu na dodatkowe koszty).

Federalna Komisja Handlu kwestionowała także długość kontraktów i ograniczenia ilościowe. W umowach Microsoft wymagał od producentów komputerów osiągnięcia pewnego minimum zakupu egzemplarzy systemów operacyjnych w danym przedziale czasu – w przypadku, gdy to minimum nie było osiągnięte, nieosiągnięta wielkość powiększała „obowiązkową” wielkość zakupu na kolejny okres⁴⁶.

Efektom wskazanego powyżej pata było przeniesienie postępowania do Departamentu Sprawiedliwości, co uznać należy za działanie niemające precedensu w 80-letniej historii Federalnej Komisji Handlu⁴⁷.

W dniu 15.07.1994 r. Departament Sprawiedliwości wniósł do Sądu Okręgowego w Waszyngtonie D.C. pozew przeciwko Microsoftowi zarzucający mu naruszenie sekcji 1 i 2 Ustawy Shermana. Zarzut Departamentu Sprawiedliwości dotyczył umów licencyjnych zawieranych przez Microsoft z producentami komputerów (OEMs). Strony dość szybko porozumiały się i zawarły ugody, która następnie zaakceptował Sąd Okręgowy wyrokiem zwanym *Consent Decree*⁴⁸.

Na mocy tej ugody ulec zmianie niektóre ze stosowanych praktyk rynkowych, w tym zwłaszcza kluczowe dla producentów komputerów postanowienia umów licencyjnych. Microsoft zobowiązał się bowiem: (1) odstąpić od praktyki licencjonowania *per processor* na rzecz *per copy basis*, czyli do pobierania opłat licencyjnych od rzeczywiście zainstalowanej kopii swojego systemu operacyjnego; (2) powstrzymać się od zawierania umów na okresy dłuższe niż jeden rok; (3) odstąpić od stosowania wymogów ilościowych.

Procedura akceptacji ugody jest dość złożona⁴⁹, obejmuje m.in. obowiązek upublicznienia treści i zebrania komentarzy, celem umożliwienia sądowi oceny korzyści i kosztów

⁴⁴ Szerzej na temat postępowania prowadzonego przez FTC piszą M. Kwatinetz, R. Schutte, *FTC Investigation of Microsoft*, Black Book, 1993, p. 1–34.

⁴⁵ Skrót OEM (Original Equipment Manufacturer) oznacza producenta gotowych komputerów, przy czym w postępowaniu termin ten objął także te przedsiębiorstwa, które zajmowały się tylko składaniem komputerów z gotowych komponentów a były stroną umowy licencyjnej z Microsoftem.

⁴⁶ Szerzej na temat zarzutów FTC pisze D. Kasprzycki, *Zagadnienie monopolizacji rynku...*, op. cit., s. 29–30.

⁴⁷ Podział kompetencji pomiędzy Departament Sprawiedliwości i Federalną Komisję Handlu oparty jest zarówno na podstawach prawnych funkcjonowania tych instytucji, jak i wypracowanym przez lata zwyczajem. Do czasu sprawy Microsoftu nie zdarzyło się, by postępowanie zapoczątkowane w jednej z tych Agencji zostało przeniesione do innej.

⁴⁸ Treść ugody jest dostępna na stronie internetowej Departamentu Sprawiedliwości pod adresem: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0047.htm>

⁴⁹ Szerzej na temat wymogów dochodzenia do *Consent Decree* można znaleźć na stronie internetowej Departamentu Sprawiedliwości pod adresem <http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms-settle.htm>

dla gospodarki, zgodnie z wymogiem ustawowym zawartym w tzw. Tunney Act⁵⁰. Przyjęcie tej ugody nie obyło się bez kontrowersji i otarło się o Sąd Apelacyjny z uwagi na pierwotny sprzeciw Sądu Okręgowego, powodowany niewystarczającym – zdaniem Sądu Okręgowego – ograniczeniem możliwości naruszenia prawa przez Microsoft⁵¹.

4.2. „Zintegrowany produkt”

W sierpniu 1996 r. Microsoft wprowadził na rynek nową wersję systemu operacyjnego Windows 95 z, jak to określił, zintegrowaną przeglądarką Internet Explorer (IE). Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości stanowiło to naruszenie postanowień zawartej dwa lata wcześniej ugody, w związku z czym w październiku 1997 r. Departament Sprawiedliwości pozwał Microsoft przed Sąd Okręgowy w Waszyngtonie D.C.

Sprawa trafiła przed sędziego Jacksona, który w stanowisku z 11.12.1997 r. przedstawił m.in. trudności, przed jakimi stanął sąd definiując pojęcie „zintegrowany produkt”⁵².

Microsoft twierdził, iż „zintegrowany produkt” to taki produkt, który łączy funkcjonalności od siebie niezależne i mogące występować oddzielnie, ale komplementarne. Zdaniem Microsoftu Windows 95 z Internet Explorerem stanowi właśnie taki zintegrowany produkt⁵³. Sędzia Jackson uznał stanowisko Microsoftu za wiarygodne i tym samym nie stwierdził naruszenia przez Microsoft postanowień ugody.

Departament Sprawiedliwości nie dał jednak tak łatwo za wygraną i powołał się na fakt, iż ugoda zabraniała Microsoftowi żądania od producentów komputerów klasy PC zakupu licencji jakiegokolwiek wersji Internet Explorer jako bezpośredniego lub pośredniego warunku uzyskania licencji na Windows 95. Sędzia Jackson w tym przypadku nie skorzystał z zaproponowanej przez Microsoft szerokiej definicji „zintegrowanego produktu”. Uznał bowiem, że termin „zintegrowany produkt” może być używany tylko tam, gdzie analiza antytrustowa wskazuje na istnienie tylko jednego produktu. Efektem takiego założenia było potwierdzenie obowiązywania zakazu licencjonowania systemu operacyjnego Windows w wersji 95 lub późniejszej uzależnionego od licencjonowania przeglądarki internetowej, zawartego w ugodzie zatwierdzonej przez *Consent Decree*.

W odpowiedzi na takie stanowisko Sądu Microsoft poinformował producentów komputerów, że mają możliwość usunięcia plików zawierających przeglądarkę internetową IE. Microsoft zwrócił jednak uwagę, iż takie zachowanie może spowodować unieruchomienie systemu lub nieprawidłowe jego działanie.

Departament Sprawiedliwości uznał, że to zachowanie Microsoftu stanowi naruszenie postanowień ugody, ponieważ alternatywa usunięcia przeglądarki internetowej była z punktu widzenia rachunku gospodarczego bezwartościowa (*commercially worthless*), i złożył do Sądu pismo procesowe⁵⁴ wnioskując o ukaranie Microsoftu w wysokości 1 miliona dolarów za każdy dzień naruszania ugody zatwierdzonej przez *Consent Decree*.

W dniu 14.01.1998 r. sędzia Jackson zapytał na rozprawie wiceprezesa Microsoftu Dawida Cole’a, czy ten stara mu się powiedzieć, że Sąd nakazał Microsoftowi dys-

⁵⁰ 15 U.S.C. § 16.

⁵¹ O wątpliwościach Sądu Okręgowego pisze także D. Kasprzycki, *Zagadnienie monopolizacji rynku...*, op. cit., s. 30.

⁵² *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 541 (D.D.C. 1997), 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Tekst dostępny na stronie internetowej Departamentu Sprawiedliwości pod adresem: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f1200/1236.htm>

trybucję produktu, który nie będzie działał poprawnie? W odpowiedzi usłyszał, że „dokładnie tak”⁵⁵.

Strony porozumiały się co do sposobu postępowania Microsoftu w zakresie wykonywania postanowień ugody w ten sposób, że Microsoft zobowiązał się do zaoferowania producentom dwóch dodatkowych opcji: po pierwsze, będą oni mogli usunąć przeglądarkę IE za pomocą dostępnej w systemie operacyjnym Windows funkcji „dodaj/ usuń program”; po drugie, mogą usunąć ikonę przeglądarki internetowej IE z pulpitu oraz listy programów wyświetlanych w tzw. Menu Start. Powyższe znalazło swój wyraz w nakazie wstępnym Sądu Okręgowego zwanym *preliminary injunction*. Niemniej jednak Microsoft zaskarżył ów nakaz twierdząc, że Sąd Okręgowy powinien oddalić wniosek Departamentu Sprawiedliwości, gdyż nie był on (Sąd) uprawniony do interpretacji ugody. Sąd Apelacyjny nie zgodził się z Microsoftem w zakresie braku możliwości interpretacji *Consent Decree* przez Sąd Okręgowy nawet w przypadku braku stwierdzenia naruszenia. Sędzia Williams uznał, iż nawet bez jednoznacznego wniosku o wyjaśnienie, Sąd Okręgowy może we własnym zakresie wydać nakaz precyzujący *Consent Decree*⁵⁶.

Sąd Apelacyjny zastosował własną definicję terminu „zintegrowany produkt”; jego zdaniem oznacza on produkt, który „łączy funkcjonalności (mogą być sprzedawane oddzielnie, lecz obsługiwane wspólnie) w taki sposób, że oferuje korzyści niedostępne w przypadku, gdy funkcjonalności są zakupione oddzielnie i połączone przez nabywcę”⁵⁷. Wydaje się, że o takiej definicji przesądziło użycie tego samego kodu zarówno w systemie operacyjnym, jak i w przeglądarce internetowej IE. Skoro kod służący tej przeglądarce jest używany nie tylko do przeglądania stron internetowych, ale także do innych funkcji systemu operacyjnego, to nie ma powodu by był kupowany oddzielnie.

W efekcie takiego zdefiniowania terminu „zintegrowany produkt”, nakaz Sądu Okręgowego został uznany za niezrozumiały. Zdaniem Sądu Apelacyjnego system operacyjny Windows 95 wraz z Internet Explorerem nie stanowiły dwóch produktów „zlepionych ze sobą”, ale „prawdziwą integrację” (*genuine integration*)⁵⁸.

Analiza, jaką przeprowadził Sąd Apelacyjny oznaczała odejście od prezentowanej wcześniej przez Sąd Najwyższy analizy łączenia produktów⁵⁹, w którym Sąd Apelacyjny posiłkował się autorytetem prof. Philipa Areedy, że „nowe produkty integrujące funkcjonalności w użyteczny sposób winny być uznane za pojedyncze produkty niezależnie od struktury rynku”⁶⁰. To otworzyło Microsoftowi drogę do wypuszczenia na rynek systemu operacyjnego Windows 98.

⁵⁵ Michael Krantz, *Bill Gates Blinks*, Time 2 Feb. 1998, dostępne pod adresem internetowym <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,987757-1,00.html>

⁵⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 942 (D.C. Cir. 1998).

⁵⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 948 (D.C. Cir. 1998).

⁵⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 935, 942 (D.C. Cir. 1998).

⁵⁹ Patrz w szczególności *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Services*, 504 U.S. 451 (1992). Eastman Kodak Co. sprzedawał między innymi urządzenia do kopiowania (fotokopiarki) na bardzo konkurencyjnym rynku, na którym jego udział oscylował wokół 20%. Urządzenia, które produkował, naprawiał zarówno on, jak i niezależne serwisy. Problem powstał wtedy, gdy Eastman Kodak Co. zdecydował, iż sam chce naprawiać kopiarki, a dokładnie odmówił zaopatrywania niezależnych serwisów w części zamienne. W praktyce oznaczało to, iż nie mogły one naprawiać maszyn produkowanych przez Eastman Kodak Co. Zarzuty, jakie wysunęli właściciele serwisów, dotyczyły próby zmonopolizowania rynku naprawy kopiarek Kodaka. Ponieważ taki zarzut wymaga wykazania przez powodów istnienia siły rynkowej po stronie Eastman Kodak Co., ten bronił się wskazując, iż spotyka się z aktywną konkurencją na rynku fotokoparek, a więc rozstrzygnięcie po myśli strony powodowej uczyniłoby monopolistą każdego przedsiębiorcę, który oferuje markowe części zamienne do swoich produktów (trwałego użytku).

⁶⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d 950; P.E. Areeda, E. Elhauge & H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, wyd. X. at 1746b (1996): „*New products integrating functionalities in a useful way should be considered single*

5. Postępowanie 2.0

5.1. Pozew Departamentu Sprawiedliwości

Departament Sprawiedliwości (popierany przez dwudziestu prokuratorów stowowych⁶¹) – w miejsce dalszego kwestionowania sposobu wykonywania umowy zatwierdzonej przez *Consent Decree* – zdecydował się na otwarcie nowego postępowania⁶². W pozwie z 18.05.1998 r. do Sądu Okręgowego Microsoftowi zarzucono naruszenia prawa antytrustowego polegające na:

- nielegalnym wiązaniu przeglądarki internetowej IE z system operacyjnym Windows 95 i Windows 98 za pomocą licencji,
- ograniczeniu dystrybucji konkurencyjnych przeglądarek internetowych poprzez stosowane zasady wyłączności,
- nałożeniu na sprzedawców komputerów nieproporcjonalnie restrykcyjnych warunków konstruowania oferty, w tym zawartości pulpitu komputera,
- utrzymywaniu w sposób sprzeczny z prawem pozycji monopolistycznej na rynku systemów operacyjnych dla komputerów klasy PC oraz
- próbie zmonopolizowania rynku przeglądarek internetowych.

Departament Sprawiedliwości utrzymywał w pozwie, że pozycja monopolistyczna Microsoftu na rynku systemów operacyjnych ma charakter trwały przede wszystkim dlatego, że ogranicza on konkurentom wejście na ten rynek (*application barrier to entry*). Większość oprogramowania komputerowego funkcjonuje jedynie w środowisku systemu operacyjnego Microsoftu – także większość nowego oprogramowania jest tworzona tylko pod ten system.

Co więcej, według Departamentu Sprawiedliwości Microsoft jeszcze bardziej ograniczył wejście na rynek systemów operacyjnych poprzez niezastosowanie języka Java (działając w ten sposób na szkodę producenta Java, który stworzył język programowania Java dla systemów operacyjnych konkurencyjnych dla produktu Microsoftu). Gdyby oprogramowanie użytkowe zostało napisane w języku Java i przez to mogło funkcjonować w różnych systemach operacyjnych, konkurenci Microsoftu nie mieliby takich trudności z wejściem na rynek systemów operacyjnych.

Punktem wyjścia do analizy zarzutów było wyznaczenie rynku właściwego. Sędzia Jackson przyjął, że rynek właściwy dla systemów operacyjnych jest ograniczony do systemów operacyjnych kompatybilnych z mikroprocesorami Intel. Takie określenie rynku determinowało uznanie Microsoftu za niekwestionowanego lidera, z pozycją (siłą) rynkową bliską monopolowi.

5.2. Wiązanie – stanowisko Departamentu Sprawiedliwości

W opinii Departamentu Sprawiedliwości powstanie i rozwój Internetu skłoniło Microsoft do postrzegania produktów zawierających oprogramowanie dla aplikacji o charakterze przeglądarek internetowych jako rodzącego się zagrożenia dla stworzonej

products regardless of market structure". Sąd Apelacyjny w tym miejscu zacytował fragment z podręcznika Areedy i tak ten cytat opisał.

⁶¹ Nowy Jork, Kalifornia, Connecticut, Floryda, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Luizjana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nowy Meksyk, Karolina Północna, Karolina Południowa, Ohio, Utah, Zachodnia Wirginia i Wisconsin.

⁶² *United States v. Microsoft Corp. No. CIV. 98-1232*, 1998 WL 614485 (D.D.C. Sept. 14, 1998).

dzięki monopolowi Windows bariery wejścia dla producentów programów użytkowych. Kiedy w połowie lat 90. Navigator (produkt Netscape Communications, zawierający przeglądarkę) i Java Virtual Machine (produkt spółki Sun Mikrosystem, rozpowszechniany z Navigatorem) były najbardziej popularnymi produktami tego rodzaju (z wersjami pod Windows oraz kilka innych systemów operacyjnych), Microsoft uznał, iż stanowią one zagrożenie dla jego pozycji rynkowej. Wraz ze wzrostem popularności i rozwojem Internetu Microsoft obawiał się, że oprogramowanie platformy, a dokładniej tzw. *middleware* towarzyszący tym produktom, byłoby na tyle powszechnie instalowane, że mogłoby z powodzeniem konkurować z samą platformą Windows. By uprzedzić to zagrożenie ze strony *middleware*, Microsoft podjął działania, których celem było ograniczenie sprzedaży Navigatora i JVM, między innymi uzależniając sprzedaż systemu operacyjnego Windows od zakupu przeglądarki internetowej IE.

Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości umowa sprzedaży związanej Microsoftu stanowiła część szerszej akcji, której celem było blokowanie dystrybucji, instalacji i użytkowania na komputerach osobistych oprogramowania bazującego na platformie Windows, co zagrażało monopolowi Microsoftu na rynku komputerowych systemów operacyjnych kompatybilnych z rozwiązaniami Intelu⁶³. Departament Sprawiedliwości twierdził, że monopol Microsoftu na systemy operacyjne był chroniony przez użytkowników preferujących szeroki wybór różnorodnych popularnych aplikacji, które wymagały uprzedniej instalacji oprogramowania Windows, co stanowiło warunek ich użytkowania. W rezultacie, rywalizujący ze sobą producenci oprogramowania napotykali „barierę wejścia dla aplikacji”, wynikającą z istniejącej pośród twórców aplikacji determinacji do kierowania wysiłków w stronę tworzenia (głównie) produktów pod najczęściej instalowane platformy.

Departament Sprawiedliwości stał na stanowisku, że uzależnianie sprzedaży systemu operacyjnego Windows (zapewniającego spółce z Redmond pozycję monopolistyczną) od zakupu Internet Explorera skutkowało wykluczeniem rywali Microsoftu z procesu dystrybucji i udzielania licencji użytkownikom Navigatora i innych przeglądarek. Według Departamentu Sprawiedliwości warunek sprzedaży związanej narzucony przez Microsoft sprawił, że wytwórcy sprzętu, którzy zainstalowaliby drugą przeglądarkę, stanęliby przed perspektywą wzrostu kosztów, a użytkownicy, którzy by się na to decydowali, mieliby do czynienia z obniżeniem wydajności systemowej⁶⁴.

Zniechęcając użytkowników końcowych od instalacji i korzystania z przeglądarek innych niż Internet Explorer, Microsoft ograniczał konkurencję na rynku przeglądarek internetowych. Departament Sprawiedliwości uznał taką praktykę za nielegalne utrzymywanie monopolu, stanowiące naruszenie sekcji 2 Ustawy Shermana, jak i za nielegalną sprzedaż związaną, naruszającą sekcję 1 Ustawy Shermana.

Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości ograniczenie wprowadzone przez Microsoft ewoluowało z kontraktowego w techniczne – Microsoft pierwotnie wprowadził sprzedaż związaną używając środków kontraktowych, a następnie w sposób technologiczny powiązał przeglądarkę internetową IE z systemem operacyjnym. Od roku 1995 Microsoft zawierał umowy licencyjne z wytwórcami sprzętu komputerowego, wymagając od nich instalacji Internet Explorera na wszystkich komputerach osobistych, na których był zainstalowany Windows 95, oraz zabraniając im modyfikowania lub usuwania jakiegokolwiek części zainstalowanego oprogramowania. Następnie w czerwcu 1998 r. Microsoft

⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9, 12-13 (D.D.C. 1999).

⁶⁴ Na temat barier wejścia zob. szerzej w stanowisku Departamentu Sprawiedliwości opisanym w stanowisku sądu *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

rozpoczął dystrybucję zintegrowanego produktu – pojedynczego zestawu kodu – pod nazwą Windows 98, który zawierał najnowszą wersję systemu operacyjnego Windows i wspomagał funkcjonalność Internet Explorera.

Windows 98 został zaprojektowany tak, że przy jego zakupie i użytkowaniu utrudniał wyeliminowanie z niego przeglądarki internetowej IE. Microsoft zlikwidował możliwość automatycznego usunięcia Internet Explorera za pomocą narzędzia „dodaj/usuń programy” (opcja taka była dostępna w Windows 95). Po drugie, Microsoft zamieścił specjalny, przeznaczony „wyłącznie dla przeglądarek” kod (kod, który jest używany przez system jedynie w celu wspomaganie przeglądania sieci) w tych samych bibliotekach Windows 98, co procedury systemu operacyjnego, eliminując w ten sposób możliwość ręcznego usuwania plików (poprzez identyfikację i usunięcie plików związanych z Internet Explorerem) przez producentów sprzętu oraz użytkowników⁶⁵. Wreszcie, Microsoft zbudował Windows 98 tak, by wymagał on skorzystania z Internet Explorera w niektórych okolicznościach, choćby użytkownik ustawił inny produkt jako domyślny w celu przeglądania sieci.

Mimo że licencje na Windows 98 nie nakazywały instalacji Internet Explorera Departament Sprawiedliwości utrzymywał, że posiadacze licencji świadomi byli istnienia takiego warunku. Według Departamentu Microsoft związał system operacyjny z przeglądarką internetowa IE w systemie Windows 98 raczej poprzez środki technologiczne niż kontraktowe. Ze względu na brak jednoznacznych postanowień w umowach, Departament Sprawiedliwości starał się wykazać istnienie dorozumianego warunku sprzedaży związanej wskazując, że Microsoft odrzucił żądania oddzielnego dostarczania produktów⁶⁶ i że kupujący uważali, że artykułowanie tego typu oczekiwań byłoby daremne.

Mając świadomość znaczenia dla tego postępowania wyroku w sprawie *Jefferson Parish*⁶⁷ Departament Sprawiedliwości przeprowadził badania mające udowodnić, iż istniało „wystarczające zapotrzebowanie konsumentów, więc producentowi opłaciłoby się oferować [przeglądarkę IE i system operacyjny] oddzielnie”. Jak wyjaśniali świadkowie powoda, przedsiębiorcy woleli wybierać system operacyjny i przeglądarkę dla swoich organizacji oddzielnie, żeby pracownicy używający różnych systemów operacyjnych mogli korzystać z tej samej przeglądarki. Zdaniem Departamentu Sprawiedliwości także konsumenci wolą sami decydować o używanej przeglądarce, czy terminach jej aktualizacji; ponadto są też tacy użytkownicy, którzy potrzebują systemu operacyjnego bez przeglądarki. Według Departamentu Sprawiedliwości racjonalny przedsiębiorca zareagowałby na ten oddzielny popyt, pozwalając konsumentom instalować i użytkować swój system operacyjny bez konieczności instalacji i użytkowania przeglądarki internetowej.

Odnosząc się do analizy „prawdopodobnych korzyści” Departament Sprawiedliwości twierdził, że Windows 98 był produktem złożonym z dwóch oddzielnych programów – systemu operacyjnego i przeglądarki, które zostały technicznie „spięte” ze sobą, nie przynosząc korzyści użytkownikowi. Departament nie zdefiniował jednak wyraźnie żadnego z produktów, mimo że jako strona powodowa był do tego zobowiązany. Zamiast

⁶⁵ Kwestie możliwości ręcznego usunięcia plików Internet Explorera była przedmiotem dość szczegółowej analizy; można je znaleźć np. w zeznaniach Edwarda Feltena w stanowisku sądu zwanym *Conclusions of Law United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

⁶⁶ W materiale dowodowym znajduje się korespondencja pomiędzy Microsoftem a Gateway, w której Microsoft odmawia dostarczenia systemu operacyjnego bez przeglądarki. Patrz złożona przez Departament Sprawiedliwości propozycja rozstrzygnięcia w zakresie stanu faktycznego, materiał dostępny pod adresem: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f2600/2613.htm>

⁶⁷ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S., 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

tęgo zidentyfikował specyficzne funkcje, które są charakterystyczne odpowiednio dla systemu operacyjnego i przeglądarki internetowej.

Departament Sprawiedliwości przedstawił dowód z zeznań świadka oraz dowody rzeczowe na okoliczność, iż w przypadku Windows 98 i Internet Explorera nie istnieje technologiczne uzasadnienie wiązania. Przywołany już wcześniej⁶⁸ Edward Felten, profesor informatyki na Uniwersytecie Princeton, stworzył prototypowy program komputerowy, który z „dużym prawdopodobieństwem” usuwał Internet Explorera z Windows 98 za pomocą „eliminowania możliwości przeglądania sieci i przygotowania sprzętu do akceptacji instalacji innej przeglądarki”⁶⁹.

Na sali sądowej Profesor Felten demonstrował skuteczność swojego narzędzia. Pokazywał między innymi, iż na komputerze, na którym był zainstalowany system operacyjny Windows 98, nie można było uruchomić Internet Explorera po uruchomieniu jego programu. Profesor Felten wskazał listę sposobów, według których można Internet Explorera uruchomić i wykazywał, że jego program uniemożliwia uruchomienie przeglądarki internetowej IE niezależnie od wybranego sposobu. Jednocześnie profesor Felten wykazywał, że oprogramowanie platformy Windows 98 pozostało nienaruszone i opisał to jako „usunięcie przeglądarki firmy Microsoft”. Według profesora Feltena dawało to użytkownikowi możliwość zainstalowania i użytkowania przeglądarki według własnego wyboru (łącznie z przeglądarką Internet Explorer) w taki sposób, że „wybór przez użytkownika domyślnej przeglądarki [zostałby] uszanowany we wszystkich przypadkach”⁷⁰. Co ciekawe, po uruchomieniu programu profesora Feltena uruchomienie Windows 98 zajmowało około dwudziestu procent pamięci operacyjnej mniej.

Opierając się na tych zeznaniach i prezentacji Departament Sprawiedliwości twierdził, że Microsoft, nie obniżając jakości działania oferowanego systemu operacyjnego, a być może nawet podnosząc jego efektywność, mógł oferować go zarówno z, jak i bez przeglądarki internetowej IE, lub też zostawić wybór instalacji (lub usunięcia przeglądarki) użytkownikom końcowym.

Zwrócić tu jednak należy uwagę, iż Departament Sprawiedliwości – w miejsce definiowania czym jest Internet Explorer jako samodzielny produkt – opisywał jego funkcje, pokazując poprawne funkcjonowanie Windows po usunięciu przeglądarki. Ponadto, Departament twierdził, że z zeznań świadków i przedstawionych doświadczeń wynikał brak korzyści, jakie z wiązania czerpać mieliby użytkownicy końcowi.

5.3. Wiązanie – stanowisko Microsoftu⁷¹

W odpowiedzi na wysiłki Departamentu Sprawiedliwości mające na celu zdefiniowanie przeglądarki w Windows 98 jako oddzielnego (samodzielnego) produktu, Microsoft przedstawił definicję programu komputerowego, według której oprogramowanie składa się z kodu i niczego więcej. Było to bardzo ciekawe posunięcie, które zmuszało Departament Sprawiedliwości do definiowania tej części (linii) kodu, która tworzyła Internet Explorera w sposób precyzyjny. W trakcie postępowania Departament nie zgodził się

⁶⁸ Zob. przypis 65.

⁶⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Opisane tu stanowisko Microsoft zostało oparte w szczególności na znajdujących się w aktach sprawy w stanowisku sądu - *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000) zeznaniach wiceprezesa Microsoft Jamesa Allchina, a także na propozycji wniosków prawnych - *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d 9 (D.D.C. 1999) stanowiących część akt postępowania.

na taką definicję, co Microsoft przedstawiał jako brak możliwości wykazania istnienia oddzielnego i dołączonego do systemu operacyjnego produktu.

Zdaniem Microsoftu Windows 95 z Internet Explorerem oraz Windows 98 cechowała „wewnętrzna architektura”⁷² (*interpenetrating design*), w której ten sam kod obsługiwał zarówno przeglądanie sieci Internet, jak i zadania systemu operacyjnego, a także był wykorzystywany dla innych aplikacji Windows. Microsoft twierdził, że Internet Explorer, rzekomy produkt dołączany, nie istniał samodzielnie w strukturze Windows 98, ale był „logiczną i naturalną częścią Windows”.

Mając na uwadze, jak wielkie wrażenie mogły robić zeznania profesora Feltena, a w szczególności jego prezentacje, Microsoft wykazywał, iż program profesora Feltena nie usuwał Internet Explorera z Windows 98, ale jedynie ukrywał lub uniemożliwiał dostęp do funkcjonalności przeglądania stron WWW w Windows 98”. Na poparcie tego twierdzenia Microsoft wykazywał, że program profesora Feltena nie usuwał technologicznej całości, jaką stanowił Internet Explorer z Windows 98, a jedynie stosunkowo małą część kodu. Microsoft zademonstrował również w sądzie, że nawet po uruchomieniu programu profesora Feltena możliwe było uruchomienie przeglądarki Internet Explorer za pomocą niewskazanej przez prof. Feltena metody.

Zapewne bojąc się o możliwość uznania zdefiniowania Internet Explorera za przyznanie istnienia oddzielnego produktu, Microsoft konsekwentnie odmawiał przedstawienia własnej definicji przeglądarki internetowej IE. W miejsce tego Microsoft wskazał na pliki Internet Explorera, które umożliwiają przeglądanie Internetu. Microsoft posługiwał się terminem „technologie Internet Explorer”⁷³, odnosząc się do części bądź całości kodu Windows 98 pozwalającego na przeglądanie Internetu i wskazał, że kod ten wspiera również rozmaite funkcje systemu operacyjnego i usługi oferowane na platformie Windows 98. Microsoft opisał owo dzielenie się kodem oprogramowania jako „zintegrowaną architekturę” Windows 98.

Był to kolejny bardzo ciekawy ruch Microsoftu, który sprowadzał zarzuty Departamentu Sprawiedliwości do domagania się podziału jednolitego (zintegrowanego) produktu. W połączeniu z analizą „prawdopodobnych korzyści” oznaczało to, iż to Departament musiał wykazać brak wzrostu wydajności wynikający z połączenia w jeden produkt systemu operacyjnego i przeglądarki internetowej IE.

Zdaniem Microsoftu „zintegrowana architektura” Windows 98 przyniosła wzrost wydajności działania systemu poprzez m.in. to, iż wszystkie funkcje systemu operacyjnego i usług dla platformy były wspierane przez „technologie Internet Explorer”. Microsoft twierdził również, że instalacja „technologii Internet Explorer” w Windows 98 daje użytkownikom możliwość korzystania z wyższego stopnia kompatybilności oprogramowania oraz bardzo zaawansowanej implementacji funkcji przeglądania sieci Internet. Zdaniem Microsoftu owe prawdopodobne korzyści ze „zintegrowanej architektury” sprawiają, że dla celów analizy sprzedaży związanej Windows 98 powinien być postrzegany jako pojedynczy produkt⁷⁴.

Microsoft wskazał na jedną funkcję wspieraną przez „technologie Internet Explorer”, tzw. niezauważalne przechodzenie (*seamless navigation*) pomiędzy informacjami przechowywanymi lokalnie i informacjami znajdującymi się w sieci Internet, jako bezpośrednio „przynoszącą korzyści użytkowe” osobom korzystającym z Windows 98. Microsoft twierdził, iż „pożądane jest tworzenie oprogramowania w sposób umożliwiają-

⁷² Chodzi tu o wzajemnie przenikające się zależności, wzajemnie przenikającą się budowę/architekturę.

⁷³ Termin ten po raz pierwszy pojawił się w zeznaniach Jamesa Allchina.

⁷⁴ Szerzej na temat pojmowania „zintegrowanego produktu” w sporze w części Postępowanie 1.0.

jący klientom odnalezienie i przeglądanie informacji bez konieczności używania różnych programów i nauki obsługi innych interfejsów w zależności od tego, gdzie zlokalizowana jest potrzebna informacja”⁷⁵. Microsoft przedstawiał się jako spółka, która – jakkolwiek pozostaje liderem w wielu dziedzinach – jest odpowiedzialna jedynie za część globalnych zmian polegających na ułatwianiu, upraszczaniu i usprawnianiu dostępu do informacji jako elementu rozwoju branży komputerowej. Działania Departamentu Sprawiedliwości zmierzające do postawienia granicy między jednym a drugim rodzajem oprogramowania Microsoft określał jako blokowanie rozwoju skutkujące szeregiem przewidywalnych i nieprzewidywalnych negatywnych skutków dla konsumentów⁷⁶.

W stanowisku z 18.01.2000 r. Microsoft podważał sens zarzucania mu stosowania jakiegokolwiek warunku przy sprzedaży systemu operacyjnego z przeglądarką (jako elementu wiązania), wskazując na brak możliwości uzależniania tam, gdzie produkt wiązany jest dawany bezpłatnie⁷⁷. Dodatkowo Microsoft twierdził, że z rzekomego wiązania nie mogły wynikać żadne ograniczenia konkurencji, ponieważ spółka ta nigdy nie zabraniała producentom sprzętu ani użytkownikom uzyskiwania, instalowania czy też użytkowania na swoich komputerach osobistych jakiegokolwiek konkurencyjnej przeglądarki internetowej⁷⁸.

Microsoft twierdził wreszcie, że powództwo antytrustowe zmierzało do wypaczenia ochrony, jaką dawało Microsoftowi prawo autorskie, w szczególności art. 106 Copyright Act⁷⁹ – publikowania, kopiowania i dystrybuowania pracy autora. Odnosząc się do innych elementów pozwu Microsoft podważał zarówno definicję rynku zaprezentowaną przez Departament Sprawiedliwości (jako zbyt wąską), jak i istnienie na tym rynku opisanych przez Departament barier wejścia.

5.4. Wiązanie – stanowisko Sądu Okręgowego

Zdaniem Sądu Okręgowego, przy określaniu stanu faktycznego okazało się, że istniał znaczący popyt na to, aby – z korzyścią dla dostawców oprogramowania – „dostarczać system operacyjny i przeglądarkę oddzielnie lub przynajmniej w formie umożliwiającej ich rozdzielenie”⁸⁰.

Orzekając w zakresie odpowiedzialności Microsoftu za sprzedaż wiązaną sędzia Jackson nie przyjął podejścia analitycznego zaproponowanego przez prof. Lawrence Lessiga występującego w roli *amicus curiae*⁸¹, który w swojej opinii zasugerował między innymi, że Sąd powinien zająć się dalszym badaniem kwestii tego, czy „wiązanie produktów przez stronę pozwaną powoduje, że elementy działają wspólnie w sposób, którego nie próbowano wcześniej”⁸². Sędzia Jackson nie oparł się również na analizie „prawdopodobnych korzyści”, którą to analizę wcześniej używał w zakresie wyjaśniania kwestii integracji produktów. W miejsce tego (Sąd Okręgowy) zastosował podstawową

⁷⁵ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

⁷⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d 9 (D.D.C. 1999).

⁷⁷ Defendant Microsoft Corporation’s Proposed Conclusions of Law, 2000 WL 150760, dostępne pod adresem: <http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/ms-col.html>

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ 17 U.S.C. §§ 101–810.

⁸⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 50–51 (D.D.C. 2000).

⁸¹ O instytucji *amicus curiae* – przyjaciela sądu – piszą szerzej M. Swora i A. Trela, *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym*, artykule dostępnym pod adresem internetowym http://www.wsaiz.edu.pl/gfx/7/files/M_Swora_A_Trela_ArtykuCz_poprawiony.pdf

⁸² *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d 30 (D.D.C. 2000).

czteroelementową analizę *per se* sprzedaży związanej, włącznie z testem na rozłączność produktów, która została przedstawiona przez Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Jefferson Parish*⁸³.

Fakt, że Microsoft „uwarunkował udzielenie licencji na dystrybucję systemu Windows od zakupu systemu wraz z przeglądarką Internet Explorer” oznaczał dla Sądu, że „konsumenty zostali zmuszeni do zapłacenia, w ten czy inny sposób, za przeglądarkę razem z systemem Windows” oraz że w ten sposób Microsoft zmuszał licencjobiorców do zakupu całości oprogramowania, a więc także niechcianych jego części.

Wreszcie Sąd potwierdził wskazywaną przez Departament Sprawiedliwości pozycję Microsoftu na światowym rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych kompatybilnych z procesorami Intel, co prowadziło do wniosku, że Microsoft miał również siłę rynkową wystarczającą do tego, żeby zmusić nabywców do zaakceptowania owego pakietu oprogramowania.

Sędzia Jackson zaznaczył, że nie sprecyzował wartości, do jakiej Microsoft zablokował dostęp swoim konkurentom na rynku produktów dołączonych w rezultacie odmowy oferowania przeglądarki internetowej IE oddzielnie od systemu Windows, ale uznał, że owe praktyki „doprowadziły do wyraźnego zmniejszenia udziału w rynku przeglądarki Navigator w latach 1995–1998”, co skutkowało „poważnym spadkiem dochodów”. Sąd uznał, że w ten sposób spełniony został wymóg wywierania wpływu na znaczącą część handlu produktami związanymi.

Odrzucając stanowisko Sądu Apelacyjnego, zajęte w omówionym wyżej postępowaniu 1.0, uznające integrację produktów do stopnia jednego produktu, sędzia Jackson podkreślał, iż stanowisko to nie jest dla niego w tej sprawie wiążące, a test prawdopodobnych korzyści nie znajduje uzasadnienia w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁸⁴. W ten sposób przesądził o uznaniu, że Windows 98 był produktem złożonym z dwóch odrębnych części – systemu operacyjnego oraz przeglądarki internetowej.

Tytułem komentarza należy tu wskazać, że odrzucając zastosowany przez Sąd Apelacyjny test „zintegrowanego produktu”, jako nieposiadający związku z kwestią rozdzielności produktowej na użytek orzekania o wiązaniu, sędzia Jackson zapomniał lub zignorował fakt, iż sam uznał wcześniej brak prawdopodobnych korzyści za cechę zarzucanej praktyki wiązania, i użył nawet terminu „zintegrowany” do opisu połączenia systemu Windows i przeglądarki internetowej IE w pakiet Windows 98⁸⁵.

Opisując sprzedaż związaną jako zmuszenie licencjobiorców, w tym konsumentów, do zakupu i dokonania płatności za cały pakiet oprogramowania, Sąd wskazał, że Internet Explorer był po prostu „oprogramowaniem”, które zostało dołączone do systemu operacyjnego Windows, tworząc „pakiet” Windows 98.

W analizie zaprezentowanej przez sędziego Jacksona zabrakło oceny wpływu (rzeczywistego bądź potencjalnego) na konkurencję wśród dostawców oprogramowania (w szczególności Netscape), mającego na celu rozwinięcie i wprowadzenie na rynek ulepszonych narzędzi do przeglądania Internetu⁸⁶. W miejsce tego Sąd skupił się na celu i skutkach sprzedaży związanej wyłącznie w zakresie zarzutów Departamentu Sprawiedliwości, który twierdził, że instalacja oprogramowania Navigator, jeśli zostałaby ono dostatecznie rozpowszechnione, zagroziłaby monopolowi Microsoftu na rynku systemów operacyjnych.

⁸³ *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S., 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).

⁸⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 47 (D.D.C. 2000).

⁸⁵ *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d 9 (D.D.C. 1999).

⁸⁶ Czyli oceny wpływu rozwoju tego rodzaju oprogramowania na konkurencję na rynku produktów związanych.

Sąd w pełni podzielił zdanie Departamentu Sprawiedliwości w zakresie twierdzenia, iż Navigator wraz z JVM stanowiły częściowy substytut dla oprogramowania systemu operacyjnego Windows, który dawał szanse otwarcia rynku systemów operacyjnych dla konkurencji Microsoftu.

Wizja potencjalnej konkurencji na rynku systemów operacyjnych była widoczna również w innym miejscu dokonanej przez sędziego Jacksona analizy. Departament Sprawiedliwości zdefiniował w pozwie rynek właściwy, jaki Microsoft próbował zmonopolizować, jako „rynek funkcjonalności przeglądania sieci Internet” (szczegółowo opisany w sądowym ustaleniu stanu faktycznego). Sąd Okręgowy doszedł jednak do wniosku, że Microsoft usiłował zmonopolizować „rynek przeglądarek”, próbując powstrzymać Netscape od „stworzenia przeglądarki na poziomie platformy odpowiedniej dla 32-bitowej wersji Windows”.

W związku z powyższym wyrok Sądu Okręgowego w kwestii usiłowania monopolizacji rynku oraz sprzedaży związanej dotyczy naruszeń konkurencji na rynku oprogramowania dla platformy, który nazwany jest „rynkiem przeglądarek” i jest nieco innym rynkiem niż „rynek funkcjonalności przeglądania sieci”, opisany w ustaleniach stanu faktycznego⁸⁷.

5.5. Wyrok, apelacja i kolejna ugoda

To, czego domagał się Departament Sprawiedliwości znalazło tylko częściowe uznanie w oczach Sądu Okręgowego. Sąd Apelacyjny⁸⁸ był zaś dla Sądu Okręgowego jeszcze bardziej krytyczny niż Sąd Okręgowy dla zarzutów stawianych przez Departament Sprawiedliwości.

Podsumowując zarzuty Departamentu Sprawiedliwości i ich los przed sądami należy stwierdzić, że, jakkolwiek opisana poniżej ugoda w sposób istotny ogranicza swobodę działań Microsoftu, to zagrożenie dla integralności spółki i możliwości jej działania zostało wyeliminowane.

Gdy chodzi o zarzuty na podstawie sekcji 1 Ustawy Shermana:

- wyłączenie konkurencji (Netscape) z rynku: Sąd Okręgowy nie zgodził się z tym zarzutem, a Departament Sprawiedliwości nie złożył apelacji, więc nie był on badany przez Sąd Apelacyjny;
- wiązanie przeglądarki internetowej IE z systemem operacyjnego Windows (jako naruszenie *per se*): Sąd Okręgowy stwierdził naruszenie, Sąd Apelacyjny częściowo je podtrzymał, odsyłając do ponownego rozpoznania z zastosowaniem *rule of reason*.
Gdy chodzi o zarzuty na podstawie sekcji 2 Ustawy Shermana:

- nielegalne działania celem utrzymania monopolistycznej pozycji na rynku systemów operacyjnych: Sąd Okręgowy zgodził się częściowo z zarzutami Departamentu Sprawiedliwości, Sąd Apelacyjny potwierdził tę część ustaleń Sądu Okręgowego, zgodnie z którymi Microsoft podejmował działania o charakterze antykonkurencyjnym.

⁸⁷ Analiza rynku została w tym postępowaniu dokonana, przez Departament Sprawiedliwości, Microsoft i sam Sąd. We wnioskach dotyczących stanu faktycznego znaleźć można odniesienia do opisu oprogramowania, które mogłoby zostać objęte rynkiem właściwym. Należą do nich: możliwość wspierania użytkownika w realizacji zadań służących przeglądaniu (surfowaniu) stron internetowych, ich odzyskiwania czy wybierania zasobów sieci Internetu lub też możliwość dokonywania transakcji za pomocą Internetu. Rynkiem właściwym w tym postępowaniu stał się więc rynek przeglądarek dla Windows 98 lub rynek nazwany w ustaleniach stanu faktycznego „rynkiem funkcjonalności przeglądania sieci”.

⁸⁸ Microsoft złożył apelację wprost do Sądu Najwyższego, jednak ten odmówił zajęcia się sprawą, i sąd była jednak rozpatrywana przez Sąd Apelacyjny jako sąd drugiej instancji.

Departament Sprawiedliwości nie odwołał się od tej części wyroku, nie poznaliśmy więc stanowiska Sądu Apelacyjnego w zakresie zarzutów oddalonych przez Sąd Okręgowy;

- nielegalne działania mające na celu zdobycie pozycji monopolistycznej na rynku przeglądarek internetowych: Sąd Okręgowy stwierdził naruszenie, Sąd Apelacyjny naruszenia tego nie stwierdził.

Należy podkreślić, iż ustalenia Sądu Okręgowego w zakresie stanu faktycznego znalazły praktycznie w całości uznanie Sądu Apelacyjnego⁸⁹ – tym co wzbudziło zastrzeżenia instancji odwoławczej była subsumcja oraz orzeczone środki. Sąd Apelacyjny bardzo dobitnie skrytykował stosowanie przez Sąd Okręgowy analizy *per se*. Nie można także pominąć krytyki sędziego Jacksona, która doprowadziła do odsunięcia go od tej sprawy. Sąd Apelacyjny uznał, iż publiczne zaangażowanie sędziego Jacksona⁹⁰, jego wywiady czy prezentacje, w których wyrażał on swoje stanowisko co do wyników postępowania, jest dla niego dyskwalifikujące⁹¹.

Jak wiemy Departament Sprawiedliwości wnioskował o bardzo drastyczne środki, a w szczególności domagał się, aby Sąd podzielił Microsoft⁹² na dwie spółki zajmujące się – odpowiednio – systemem operacyjnym i pozostałymi aplikacjami, oraz nałożył szereg ograniczeń na działania Microsoftu. Wyrokiem z 07.06.2000 r.⁹³ Sąd Okręgowy zgodził się zarówno na podział, jak i na dodatkowe ograniczenia. W dniu 30.06.2004 r. Sąd Apelacyjny⁹⁴ odrzucił podział, sugerując jednocześnie, że nie jest to rozwiązanie właściwe, zgodził się natomiast na nałożenie na Microsoft ograniczeń, podkreślając jednocześnie, iż należy je sformułować tak, by odzwierciedlały tylko te zarzuty, które zostały potwierdzone przez Sąd Apelacyjny⁹⁵.

Droga do nie była łatwa; mimo wyznaczenia mediatora przez Sąd Okręgowy dopiero w listopadzie strony były gotowe zaproponować Sądowi propozycję ugody⁹⁶, przyjętej

⁸⁹ “All of the district court’s factual findings survived challenge on appeal”. *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76, 87 (D.D.C. 2002).

⁹⁰ “Strong federal policy to preserve the actual and apparent impartiality of the federal judiciary”. *New York v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 108 (D.C. Cir. 2001).

⁹¹ *Ibidem*, p. 115–116.

⁹² Podziały przedsiębiorców nie są zdarzeniami powszechnymi. W XX w. doszło do podziału American Telephone & Telegraph Company na tzw. Baby Bells. Podział ten jest często określany jako największe wydarzenie w polityce konkurencji XX w. (szerzej na ten temat pisze S. Call, *The Deal of the Century: The Breakup of AT&T*, Nowy Jork, Atheneum (1986)). AT&T od początków XX w. był krajowym operatorem telefonicznym w Stanach Zjednoczonych, monopolistą na rynku, który jak – każdy monopolista – starał się nie dopuścić konkurencji do rynku, na którym operował. AT&T oferowała np. znacznie niższe ceny połączeń niż starający się wejść na rynek konkurent, czy też blokowała wszelkimi sposobami dostęp do rynku – taka sytuacja miała miejsce, gdy Microwave Communications, Inc (MCI) zaproponowało połączenia niezależną linią telefoniczną między Chicago i St. Louis. *United States v. American Telephone & Telegraph Company Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C.1982). Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż podział AT&T został przeprowadzony przez samą spółkę, nie zaś przez sąd czy agencje federalne. To rozróżnienie ma istotne znaczenie przy rozważaniu potencjalnych rozwiązań tzw. sprawy Microsoftu. Ani sąd, ani agencje federalne nie dysponują wiedzą, która pozwala w sposób efektywny podzielić przedsiębiorcę operującego na rynku – zrozumienie istoty rynku dane jest niewielkiej grupie osób, w której z kolei trudno o prawników.

⁹³ Tekst dostępny na stronie Departamentu Sprawiedliwości pod adresem <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f219700/219728.htm>

⁹⁴ Tekst dostępny na stronie Sądu Apelacyjnego dla Okręgu Columbia jest pod adresem: <http://pacer.cadec.uscourts.gov/docs/common/opinions/200406/02-7155a.pdf>

⁹⁵ Analizę środków zaradczych zasądzonych przez Sąd Okręgowy analizują szerzej R. Gilbert and M. Katz, *An Economist’s Guide to U.S. v. Microsoft*, Journal of Economic Perspectives, Spring 2001, Vol. 15.

⁹⁶ Tekst dostępny na stronie <http://cyber.law.harvard.edu/msdoj/011102-proposed-settlement.html>. W mailu do pracowników Microsoftu Steve Balmer przedstawiał ją jako sukces; zob. *U.S. v. Microsoft: Internal Microsoft E-Mail*, dostępne na www.nationaljournal.com.

ostatecznie przez Sąd Okręgowy (w formie *Consent Decree*).⁹⁷ Postanowienia ugody zawierają szereg ograniczeń dla działalności Microsoftu. Po pierwsze, Microsoft nie może zawierać umów licencyjnych z producentami komputerów osobistych, które ograniczałyby ich współpracę z innymi dostawcami oprogramowania (tzw. *inclusive dealings*). W szczególności nie może podejmować kroków odwetowych wobec producentów komputerów (OEMs) i jednocześnie licencjobiorców systemu operacyjnego Windows, polegających na zmianie umów z takimi pomiotami lub na zaprzestaniu udzielania im logistycznego wsparcia, gdy dany OEM będzie dokonywał lub rozważał dokonywanie takich czynności, jak: (a) dystrybucja, promocja, używanie lub sprzedaż jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla systemu operacyjnego Microsoftu lub jego aplikacji użytkowych lub podejmowanie takich czynności w stosunku do produktu lub usługi, która dystrybuuje lub promuje aplikacje użytkowe wykonane przez innych producentów niż Microsoft; (b) dostawa komputera osobistego, który zawiera system operacyjny Windows i inny system operacyjny (tj. innego producenta) lub więcej niż dwa systemy operacyjne.

Po drugie, Microsoft nie może zawierać z OEMs umów zakazujących im następujących działań: (a) instalowania i zamieszczania ikon, skrótów i pasków w menu do programów użytkowych innych producentów niż Microsoft lub podejmowania takich czynności w stosunku do produktu lub usługi, którą dystrybuuje, używa, lub która promuje lub wspiera aplikacje użytkowe innych producentów niż Microsoft; (b) dystrybucji lub promocji programów użytkowych innych producentów niż Microsoft przez instalację lub zamieszczenie na tapecie komputera skrótów do takich programów; (c) automatycznego uruchamiania przy logowaniu lub przy połączeniach z Internetem aplikacji użytkowych innych producentów niż Microsoft.

Po trzecie, Microsoft został zobowiązany do ujawnienia tzw. interfejsów programowania aplikacji (*application programming interfaces, APIs*), czyli interfejsów używanych przez aplikacje użytkowe Microsoftu do komunikacji z systemem operacyjnym Windows: (a) innym przedsiębiorcom zajmującym się tworzeniem lub sprzedażą oprogramowania (*Independent Software Vendors, ISV*), (b) niezależnym sprzedawcom sprzętu komputerowego, którzy tworzą sprzęt używany w PC z systemem operacyjnym Windows (*Independent Hardware Vendors, IHV*), (c) podmiotom dostarczającym treść Internetu do użytkowników przez utrzymywanie stron www, (d) dostawcom dostępu do Internetu oraz (e) OEMs, jedynie w celu zapewnienia współdziałania z systemem operacyjnym Windows.

Po czwarte, Microsoft powinien zapewnić innym stronom dostęp do tzw. protokołu komunikacyjnego (*Communications Protocol*), który jest stosowany w systemie operacyjnym Windows po to, by współpracować z serwerowym systemem operacyjnym Microsoftu, jedynie dla zapewnienia należytego funkcjonowania danego programu użytkowego z systemem operacyjnym Windows.

Po piąte, Microsoft nie może podejmować kroków odwetowych wobec ISV lub IHV, gdy będą dokonywały lub rozważały dokonywanie takich czynności, jak rozwój używanie, dystrybucja, promocja lub wspieranie jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla Oprogramowania Platformowego Microsoftu lub funkcjonującego z oprogramowaniem konkurencyjnym w stosunku do Oprogramowania Platformowego Microsoftu.

⁹⁷ Dochodzenie do ugody dodatkowo komplikował fakt braku jednomyślności po stronie powodowej. Początkowo nie wszyscy prokuratorzy stanowi przyjęli wynegocjowaną ugodę co skutkowało koniecznością prowadzenia postępowania przez pewien okres czasu dwutorowo; (1) w stronę ugody i (2) nałożenia na Microsoft dodatkowych obowiązków.

Ponadto, Microsoft nie będzie mógł zawierać z ISV umów dotyczących systemu Windows uzależniających wsparcie logistyczne i udzielanie innych zachęt od powstrzymania się od rozwijania, używania, dystrybucji, promocji lub wspierania jakiegokolwiek oprogramowania konkurencyjnego dla Oprogramowania Platformowego Microsoftu.

Na wniosek Departamentu Sprawiedliwości⁹⁸ w dniu 08.02.2008 r. sędzia Colleen Kollar-Kotelly zdecydował o przedłużeniu obowiązywania ograniczeń o blisko dwa lata. To dwa lata więcej niż chciał Microsoft i o 3 lata mniej niż chcieli prokuratorzy.

6. Evolucja analizy wiązań po sprawie *Microsoftu*

W dniu 01.03.2006 r. Sąd Najwyższy wydał wyrok w sprawie *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink*⁹⁹, w którym zmienił przyjęte wcześniej i stosowane powszechnie domniemanie posiadania przez przedsiębiorcę siły rynkowej w przypadku ochrony patentowej w sprawach dotyczących wiązania produktów. Sąd stwierdził, iż ochrona patentowa, z jakiej korzysta przedsiębiorca, któremu zarzucane jest wiązanie na produkt wiążący nie zwalnia powoda od wykazania posiadania przez tego przedsiębiorcę siły rynkowej.

W przypadku form własności innych od praw wyłącznych (patenty lub prawa autorskie) amerykańskie sądy od dawna wymagały od strony powodowej wykazania, iż pozwany dysponuje wystarczającą siłą rynkową względem produktu wiążącego, by móc zmusić nabywcę do zakupu produktu wiążanego. W sprawie *Illinois Tool* Sąd Najwyższy ujednocilił ten obszar, orzekając, że siłę rynkową na rynku produktu wiążącego trzeba udowodnić także wtedy, gdy ów produkt jest chroniony patentem. Chociaż to orzeczenie Sądu odnosi się jedynie do praw patentowych, to całe rozumowanie wydaje się dotyczyć również powództw w sprawach stosowania sprzedaży wiązanej w przypadku praw autorskich i innych praw własności intelektualnej. Orzeczenie Sądu Najwyższego czyni interpretację Ustawy Shermana w zakresie sprzedaży wiązanej zgodną z treścią poprawki Kongresu do ustawy patentowej oraz wytycznych w sprawie licencjonowania własności intelektualnej opracowanych przez agencje federalne¹⁰⁰. Chociaż nie spowodowało to faktycznej zmiany w obowiązującym prawie antytrustowym USA, Sąd w ten sposób wyjaśnił zasady dotyczące sprzedaży wiązanej, by pomóc właścicielom praw własności intelektualnej licencjonować i egzekwować przysługujące im prawa.

Sprawa *Illinois Tool* dotyczyła praw patentowych, jednak analiza Sądu sugeruje, że doszedłby on do tych samych wniosków w kwestii praw autorskich i innej własności intelektualnej. Orzeczenie to wskazuje na uelastycznianie stanowiska Sądu Najwyższego

⁹⁸ Tekst dostępny na stronie Departamentu Sprawiedliwości pod adresem: http://www.usdoj.gov/opa/pr/2006/May/06_at_286.html

⁹⁹ Sup. Ct. No. 04-1329. W sprawie tej spółka *Illinois Tool* wymagała od przedsiębiorców korzystających z jej opatentowanego systemu drukowania zgody na ponowne napełnianie tego systemu wyłącznie za pomocą produkowanego przez tę spółkę (nieopatentowanego) tuszu. *Independent Ink*, konkurencyjny sprzedawca tuszu twierdził, że zawierające ten warunek umowy stanowiły sprzeczną z prawem sprzedaż wiążaną, a patenty *Illinois Tools* same w sobie były źródłem siły rynkowej wystarczającej, by stwierdzić naruszenie przepisów. Okręgowy Sąd Stanowy oddalił powództwo w tej sprawie, ponieważ nie było dowodu, że system drukowania *Illinois Tools* był źródłem siły rynkowej. Okręgowy Sąd Federalny nie zgodził się z tą decyzją uznając, że dotychczasowe stanowisko Sądu Najwyższego wymuszało na nim uznanie, że patent *Illinois Tools* dotyczący systemu drukowania dawał podstawy domniemania istnienia siły rynkowej.

¹⁰⁰ Dostępne na stronie Biblioteki Kongresu pod adresem <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c110:./temp/~c110pTSSpP>

i oznacza dla przedsiębiorców m.in. że łączenie technologii opatentowanej z nieopatentowaną będzie znacznie łatwiejsze dla wszystkich tych przedsiębiorców, którzy nie dysponują siłą rynkową. Orzeczenie w sprawie *Illinois Tool* nie może być jednak odbierane jako zezwolenie na wiązanie, czy to z czy bez użycia praw wyłącznych.

Ewolucja analizy antytrustowej wiązań, jaka dokonała się w Stanach Zjednoczonych na przestrzeni ostatnich lat, także dzięki sprawie *Microsoft* sprowadza się do stopniowego odchodzenia od założenia, iż wiązanie jest z natury antykonkurencyjne i nie służy żadnemu uzasadnionemu pożytkowi.

Orzeczenie w sprawie *Microsoft*, czy inne wymienione w tym opracowaniu, w szczególności w sprawie *Illinois Tool* wskazują na konieczność analizy wiązania pod kątem faktycznej szkody, jaką może przynieść wiązanie tam, gdzie – z jednej strony – występuje siła rynkowa na rynku produktu wiążącego, z drugiej – jest jakiś rodzaj niechęci po stronie kupujących do wiązania. Stopniowe odchodzenie od analizy *per se* sprowadza się do szczegółowego badania rynku produktu wiążanego, czyli rynku, na którym może wystąpić szkoda dla konkurencji. Jest to trudne dla powoda zarzucającego naruszenie prawa antytrustowego, gdyż oznacza konieczność przeprowadzenia kosztownych badań rynku celem wykazania siły rynkowej – trudniejsze w szczególności w porównaniu do sytuacji powoda zarzucającego zmonopolizowaną cenową (*price fixing*), gdzie wystarczy udowodnić istnienie porozumienia bez analizy pozycji rynkowej jego uczestników. Takie stanowisko doktryny należy uznać za wyjście naprzeciw zmieniającej się sytuacji rynkowej, szczególnie w zakresie nowych technologii i oczekiwaniom konsumentów coraz chętniej wybierających urządzenia czy produkty łączące w sobie funkcjonalności dostępne niedawno oddzielnie. Tak np. za pomocą telefonu już nie tylko rozmawiamy, ale także płacimy za produkty czy usługi, słuchamy muzyki i oglądamy filmy, czy robimy zdjęcia.

7. Podsumowanie

W Stanach Zjednoczonych wciąż żywe są dyskusje dotyczące tego, na ile Departament Sprawiedliwości mógł wygrać sprawę *Microsoft* w apelacji, a szczególnie w zakresie wiązania, i na ile interwencja Departamentu Sprawiedliwości i Sądu zaburzyła funkcjonowanie tego rynku.

Krytycy Microsoftu¹⁰¹ twierdzą, że zarówno test istnienia oddzielnego popytu stworzony w wyroku w sprawie *Jefferson Parish*, jak i zaproponowany przez Sąd Apelacyjny test „prawdopodobnych korzyści” wykazują na rozdzielność produktową systemu operacyjnego i przeglądarki internetowej. Twierdzą oni, że ani prawo autorskie, ani rozwój technologii oprogramowania nie mają na celu tworzenia w wyniku wiązania jednego produktu z wielu. Pokazują wreszcie bardzo spektakularny skutek polegający na praktycznej eliminacji Netscape z rynku i zajęciu przez Internet Explorera pozycji lidera na rynku przeglądarek internetowych. Kontrowersje budzi też nie do końca przekonujące stanowisko Sądu Apelacyjnego, który – opierając się na założeniu, że program składa się wyłącznie z kodu – stwierdził, że umowy sprzedaży wiązanej Microsoftu były „inne od wszystkich, którymi zajmował się Sąd Najwyższy”.

¹⁰¹ Patrz np.: W. Grimes, *The Antitrust Tying Law Schism: A Critique Of Microsoft III And A Response To Hylton And Salinger*, *Antitrust Law Journal* 2002, Vol. 70, p. 199 ff.; A. Chin, *Decoding Microsoft...*, op. cit.

Druga strona pokazuje na dynamikę zmian rynkowych, zainteresowanie agencji federalnych pozycją rynkową Netscape z połowy lat 90. oraz na fakt, że swoją pozycję Microsoft zawdzięcza niczemu innemu jak wyborom dokonywanym przez użytkowników¹⁰². Uosobieniem krytycznej postawy wobec interwencji państwa stał się laureat Nagrody Nobla z ekonomii Milton Friedman, który o postępowaniu powiedział: *Nie zamierzam dyskutować na temat tego, czy Microsoft jest winny czy też nie naruszenia prawa antytrustowego. [...] Kiedy zaczynałem w tym biznesie jako wyznawca konkurencji byłem wielkim zwolennikiem ustaw antytrustowych. Myślałem, że są one jedną z niewielu pożądanych rzeczy, które rząd może zrobić w celu zwiększenia konkurencji. Ale obserwując rzeczywistość zobaczyłem, że zamiast promować konkurencję, działania antytrustowego dążyły w dokładnie przeciwnym kierunku, ponieważ (na wzór wielu innych rządowych inicjatyw) zostały przejęte przez ludzi, których miały kontrolować. I w ten sposób doszedłem z czasem do wniosku, że prawo antytrustowe czyni znacznie więcej krzywdy niż dobra oraz że lepiej wyszlibyśmy, gdybyśmy nie mieli ich w ogóle, jeśli moglibyśmy się ich pozbyć. [...] Wasz przemysł, przemysł komputerowy, porusza się znacznie szybciej niż proces sądowy i kto wie, jak będzie wyglądał ten rynek, gdy proces się skończy. Pomińmy już fakt, że ludzka energia i pieniądze, które zostaną wydane na zatrudnienie moich kolegów ekonomistów, jak i na wiele innych sposobów, mogłyby być znacznie bardziej produktywnie wykorzystane do polepszania waszych produktów. To jest marnotrawstwo! Przyjdzie czas, że będziecie przeklinać dzień, kiedy wezwaliście rząd na pomoc*¹⁰³.

Niewątpliwym bardzo pozytywnym skutkiem postępowania w sprawie *Microsoft* jest publiczna debata, która temu towarzyszyła – zainteresowanie nie tylko wynikiem tej konkretnej sprawy, ale szerzej wpływem prawa antytrustowego na rozwój gospodarczy czy relacjami praw wyłącznych do prawa konkurencji.

Niespełna 10 lat od próby podziału Microsoftu administracja amerykańska wyraźnie zmienia swoje nastawienie. Microsoft ma w administracji G. Busha sojusznika także w zakresie swoich problemów poza Stanami Zjednoczonymi; już w 2004 r. Departament Sprawiedliwości dość jednoznacznie negatywnie wyrażał się o ukaraniu Microsoftu za włączenie odtwarzacza Media Player do systemu operacyjnego¹⁰⁴. W roku 2005 Departament Sprawiedliwości krytykował koreańskiego regulatora po tym, jak ten ostatni zmusił Microsoft to pewnych zmian w swojej polityce handlowej w Korei¹⁰⁵.

Nowe podejście wynikać może z faktu, iż na przestrzeni ostatnich lat w istotny sposób zmienił się rynek. Spółki wysokich technologii w mniejszym niż do tej pory zakresie interesują się oprogramowaniem systemowym dla komputerów klasy PC (gdzie spółka z Redmond pozostaje niekwestionowanym liderem), a w większym przeszukiwaniem Internetu i oprogramowaniem bazującym na Internecie, co pozwala omijać ograniczenia narzucane przez Microsoft.

Dla prawników orzeczenie w sprawie *Microsoft* stało się w Stanach Zjednoczonych kolejnym krokiem w kierunku rezygnacji z zastosowania analizy *per se* wobec wiązania (sprzedaży wiązanej) lub też bardzo istotnego ograniczenia tej analizy. Pokazało

¹⁰² Niezależnie od tego, na ile sukces Microsoftu jest wynikiem wyboru użytkowników, a na ile umiejętności zapewnienia sobie przez tą spółkę właściwych kanałów dystrybucji, pozycja rynkowa Microsoftu nie jest pochodną patologii w postaci państwowego monopolu.

¹⁰³ M. Friedman, *The Business Community's Suicidal Impulse*, Cato Policy Report, March/April 1999, dostępne na stronie internetowej http://www.cato.org/pubs/policy_report/v21n2/cpr399.pdf

¹⁰⁴ Stanowisko Departamentu Sprawiedliwości w sprawie decyzji Komisji Europejskiej można znaleźć na stronie internetowej Departamentu Sprawiedliwości pod adresem: http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm

¹⁰⁵ http://www.usdoj.gov/opa/pr/2005/December/05_at_648.html

elastyczność wymiaru sprawiedliwości USA wobec wymagań rynku i oczekiwań konsumentów. Nie oznacza ono odejścia od standardu sprawy *Jefferson Parish*, ale wskazuje na konieczność uwzględniania specyfiki branży wysokich technologii.

Microsoft może dziś mówić o sukcesie, jaki odniósł w sporze z Departamentem Sprawiedliwości, jednak jako spółka działająca praktycznie na całym świecie jest poddawany presji ze strony różnych regulatorów, co przekłada się na wciąż olbrzymie wydatki na pomoc prawną – ok. 1,3 mld dolarów w 2006 r.¹⁰⁶

¹⁰⁶ L. Downes, *A Tale of Two Microsofts*, CIO Insight, Jan 2007, p. 27.

Krzysztof Klincewicz

Ekonomiczne i strategiczne wyzwania rynku informatycznego a przypadek firmy Microsoft

1. Uwagi wstępne

Celem niniejszego rozdziału jest przybliżenie czytelnikom podstawowych pojęć, zależności i mechanizmów ekonomicznych, związanych z funkcjonowaniem sektora oprogramowania komputerowego, w sposób nieodwołujący się do ewentualnej wcześniejszej wiedzy z zakresu teorii ekonomii i zarządzania. Problemy firmy Microsoft zostaną zaprezentowane na tle wyzwań, stojących przed innymi uczestnikami rynku informatycznego. Rozdział odwołuje się do przykładów powszechnie znanych produktów, celowo ograniczając wykorzystanie specjalistycznej terminologii zarządczej i technicznej. Prezentując złożoność problemów firmy Microsoft wyjaśni, na czym polega specyfika rynku oprogramowania i dlaczego stanowi on wyzwanie dla organów regulacyjnych.

2. Rynek dóbr informacyjnych

Oprogramowanie jest określane przez ekonomistów mianem „dobra informacyjnego” (Shapiro, Varian 1999: 3). Do tej kategorii należą również książki, filmy, nagrania muzyczne, gazety lub zaawansowane leki – informacje, przekształcone w sprzedawane na rynku produkty. Dobra informacyjne charakteryzuje specyficzna struktura kosztów – ich stworzenie wymaga poniesienia znaczących nakładów początkowych, podczas gdy koszt wyprodukowania kolejnej kopii (przez ekonomistów nazywany kosztem krańcowym) jest niewielki (Varian, Farrell 2004: 25). Producent filmowy musi zainwestować znaczące kwoty w stworzenie nowego dzieła, które następnie dystrybuuje na warunkach mających zagwarantować mu zwrot z inwestycji – początkowo sprzedaje kopie sieciom kin, później podpisuje umowy licencyjne z sieciami płatnej telewizji, wreszcie wydaje płyty DVD, by w końcu zdecydować się negocjować umowy dystrybucyjne z wydawcami prasy, którzy dołączają płyty z filmem do popularnych gazet. Stworzenie tych wszystkich kopii nie wymaga znaczących inwestycji, gdyż film jest już dostępny i wystarczy jedynie przenieść go na odpowiedni nośnik – koszt wytworzenia dodatkowej kopii będzie więc sumą kosztu nośnika (taśmy lub płyty) oraz kosztu procesu kopiowania. Niezależnie od wielomilionowych początkowych wydatków, dodatkowa kopia hollywoodzkiego filmu kosztować może więc ułamek dolara. Z tej oczywistej zależności ekonomicznej korzystają piraci, naruszający własność intelektualną, którzy w domowych warunkach kopiują film

z płyty DVD i rozpowszechniają w Internecie, ponosząc jedynie koszty zakupu jednego egzemplarza filmu, sprzętu komputerowego i niezbędnego oprogramowania.

W analogiczny sposób funkcjonuje rynek oprogramowania komputerowego. Wytwarzanie oprogramowania wymaga znaczących inwestycji, ale posiadając gotowy program, firmy software'owe, produkujące jego kolejne egzemplarze dla klientów, ponoszą jedynie koszty nośnika, kopiowania, opakowania i dystrybucji. Czasami oprogramowanie zawiera elementy licencjonowane od innych podmiotów – wówczas koszt może wzrosnąć, jeśli umowa licencyjna przewiduje rozliczenia na podstawie liczby sprzedanych kopii.

Opisana powyżej specyfika dóbr informacyjnych oznacza, że w przeciwieństwie do tradycyjnej działalności przemysłowej, nie da się ustalić właściwego poziomu ceny produktu końcowego. Dla wyprodukowanego roweru, krzesła lub zabawki, można łatwo ustalić cenę, sumując koszty materiałów i pracy, potrzebnych do stworzenia jednego egzemplarza oraz dodając założone marże. Producent oprogramowania nie może skorzystać z takiej kalkulacji, lecz musi w cenie sprzedawanych programów rozliczyć potężne początkowe nakłady na ich stworzenie. Cenę oferowanego produktu ustala na podstawie prognozowanej wielkości sprzedaży (tabela 1 prezentuje przykładową sytuację decyzyjną). Założmy, że rozwój programu wymagał inwestycji 20 mln złotych. Ta kwota może być rozliczona na różne sposoby, w zależności od oczekiwanego popytu na program – w opisanej sytuacji może wynosić przykładowo 20 000 zł, 2000 zł lub jedynie 200 zł, a wybrany poziom zależy głównie od przewidywanej wielkości sprzedaży.

Tabela 1. Przykładowy przypadek swobodnego ustalania cen przez producenta oprogramowania

Nakłady początkowe (zł)	Prognozowana sprzedaż (liczba licencji)	Cena pozwalająca na pokrycie nakładów początkowych (zł)
20 000 000 zł	1 000	20 000 zł
20 000 000 zł	10 000	2 000 zł
20 000 000 zł	100 000	200 zł

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 2. Rekomendowane ceny wariantów pakietu Microsoft Office na rynku amerykańskim, luty 2008 (ceny w USD)

Pakiet	Access	Excel	Groove	InfoPath	OneNote	Outlook	Outlook + Contact Mgr	PowerPoint	Publisher	Word	Cena pakietu	Suma całości
Office Basic	229	x	229	199	99,95	x	149,95	229	169,95	x	-	1305,85
Office Home/Student	229	x	229	199	x		149,95	x	169,95	x	149,95	1126,85
Office Standard	229	x	229	199	99,95	x	149,95	x	169,95	x	399,95	1476,8
Office Small Business	229	x	229	199	99,95	x	149,95	x	x	x	449,95	1356,85
Office Professional	x	x	229	199	99,95		x	x	x	x	499,95	1027,9
Office Ultimate	x	x	X	x	x		x	x	x	x	679,95	679,95

(X) oznacza program uwzględniony w danym wariantcie pakietu.

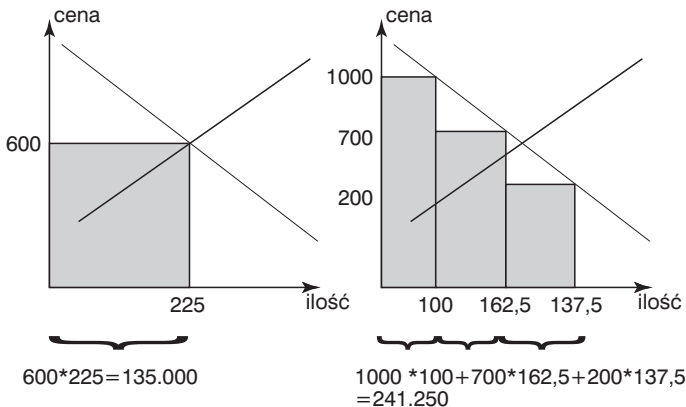
Źródło: www.microsoft.com

W odniesieniu do rynku oprogramowania trudno więc mówić o cenach sprzedaży poniżej kosztów produkcji, ponieważ poziom cenowy wiąże się z oczekiwanym zainteresowaniem produktem, co wyjaśnia znaczące różnice cen zbliżonych pakietów oprogramowania. Opisana struktura kosztów i cen przyczynia się również do zdobywania przez niektóre firmy pozycji dominującej, a nawet powstawania monopolu naturalnych (Varian, Farrell 2004: 25). Producent popularnego oprogramowania może dowolnie obniżyć jego cenę, gdy rozliczył początkowe nakłady, podczas gdy jego konkurenci są zmuszeni do oferowania produktów znacząco droższych, by sfinansować wcześniejsze inwestycje.

Tabela 2 prezentuje rekomendowane ceny dla produktów z pakietu Microsoft Office 2007 na rynku amerykańskim. Interesujący jest brak związku między ceną wariantu produktowego a jego złożonością. Microsoft zainwestował w stworzenie nowej wersji pakietu, jednak jego ceny dopasowuje do możliwości klientów, dowolnie modyfikując poziomy cenowe i dążąc do osiągnięcia jak największych przychodów ze sprzedaży. Okazuje się również, że firma na różne sposoby łączy funkcjonalność oferowanych programów, proponując klientom zróżnicowane wersje pakietu Office. Ostatnia kolumna tabeli 2 prezentuje sumaryczną cenę wszystkich składników pakietu przy wykupieniu wybranej wersji i uzupełnieniu jej o pozostałe, nieuwzględnione w danej wersji programy po cenach katalogowych. Dowolność w ustalaniu cen na rynku oprogramowania pozwala skutecznie blokować inne podmioty i osiągać ponadprzeciętne przychody.

Firma, która już pokryła inwestycje w rozwój produktu albo przewiduje, że wkrótce je rozliczy, może pozwolić sobie na drapieżne strategie cenowe. Aby dotrzeć do jak największej liczby klientów, maksymalizując przy tym własne zyski, wprowadza produkt w różnych wersjach i cenach – w ekonomii określa się ten zabieg jako różnicowanie cenowe (Shapiro, Varian 1999: 38–39).

Rysunek 1. Różnicowanie cenowe – przykładowy produkt oferowany w jednej cenie lub w trzech różnych cenach



Źródło: opracowanie własne.

Rysunek 1 prezentuje opisywany mechanizm ekonomiczny. Wyobraźmy sobie, że klienci dysponują różnymi budżetami na zakup programu. Niektórzy są skłonni wydać na niego 200, a inni 1000 złotych. Może się wydawać, że firma powinna znaleźć złoty

środek i ustalić uśrednioną cenę, która zaspokoi oczekiwania większości odbiorców (na wykresie poziom 600 zł). Czy możliwe jest jednak zaoferowanie podobnego produktu dla różnych grup klientów w różnych cenach? W takim przypadku zasobniejsi nabywcy zapłacą wyższą cenę, a jednocześnie osoby o skromniejszym budżecie będą mogły skorzystać z produktów tej firmy, odwracając się od konkurencyjnych ofert. Rysunek 1 pokazuje, że oferując kilka różnych cen na poziomach 200, 700 i 1000 zł, producent osiągnie o wiele większy przychód niż przy jednej, uśrednionej cenie. Wyzwaniem jest jednak takie zróżnicowanie oferty, by zamożniejsi klienci zdecydowali się zapłacić wyższą cenę i nie korzystali z najtańszych dostępnych ofert.

Oferta cenowa Microsoft Office jest dobrą ilustracją tego mechanizmu; ceny produktu różnią się tu w zależności od rynku docelowego, określonego warunkami licencyjnymi. Uczniowie, studenci i nauczyciele mogą kupić tańszą wersję produktu po udowodnieniu swojego statusu. Użytkownicy domowi mogą skorzystać ze specjalnej licencji, pozwalającej na instalację programu aż na 3 komputerach, pod warunkiem wykorzystywania go do celów niekomercyjnych, podczas gdy firmy płacą odpowiednio wyższą cenę za identyczne oprogramowanie. Różnicowanie może też dotyczyć szczególnych funkcji pakietu, gdyż nie każdy użytkownik Microsoft Office potrzebuje specjalistycznych modułów takich, jak baza danych, program do profesjonalnego składu tekstów do druku czy do prowadzenia ksiąg rachunkowych.

Specyfika dóbr informacyjnych pozwala firmie Microsoft na penetrację obsługiwanych rynków i ograniczanie dostępu do nich konkurentów. Rywalizacja z systemem Linux, oferowanym w wersjach darmowych lub kosztujących znacznie mniej niż Windows, skłoniła Microsoft do wzbogacenia własnej oferty produktowej. W roku 2004 firma wprowadziła uboższą wersję Windows XP Lite, przeznaczoną dla klientów w Tajlandii, Malezji i Indonezji, a później także innych krajach rozwijających się – Microsoft celowo ograniczył funkcjonalność systemu w porównaniu ze standardową wersją Windows XP, ale klientów przyciągać miała jego niska cena. W rzeczywistości stworzenie tej tańszej wersji polegało na zablokowaniu niektórych funkcji systemu, czyli łączne nakłady na rozwój Windows XP Lite były paradoksalnie większe niż na rozwój droższego, standardowego Windows XP! W roku 2007 społeczność informatyków zbulwersowała wiadomość o krokach, rzekomo podjętych przez Microsoft w celu ograniczenia sprzedaży konkurencyjnego systemu Mandriva Linux. Firma Mandriva podpisała z rządem Nigerii prestiżową umowę na dostawę 17 000 komputerów z tym systemem dla lokalnych szkół. Jak sugerował prezes Mandrivy, przedstawiciele Microsoftu włączyli się w proces negocjacji, proponując nigeryjskiemu rządowi instalację systemu Windows na już zakupionych od Mandrivy komputerach (Bancilhon 2007), ale po nagłośnieniu sprawy klient pozostał przy systemie Linux. Niezależnie od trudnych do weryfikacji zarzutów, podobne wątpliwości powtarzają się często. Microsoft ma możliwość oferowania licencji na swoje oprogramowanie po dowolnie niskiej cenie, podczas gdy jego konkurenci muszą walczyć o przetrwanie i pokrycie nakładów na rozwój własnych rozwiązań. Opisanie działania odbiegają od modelowych zachowań monopolisty, opisywanych przez teorię ekonomii (Szpringer 2003: 139-140). Microsoft oferuje konkurencyjne ceny, skupiając się na penetracji rynku, a nie typowym dla monopolisty osiągnięciu niewspółmiernie wysokich przychodów jednostkowych.

Powróćmy do przykładu pakietu Microsoft Office – posiada on liczne odpowiedniki, oferowane po niższych cenach lub dystrybuowane bezpłatnie. Tabela 3 prezentuje zestawienie cen programów, oferujących analogiczne możliwości użytkownikom komputerów z systemem Windows.

Tabela 3. Ceny pakietów biurowych pracujących pod systemem Windows w porównaniu z cenami Microsoft Office Standard (rekomendowane ceny dla rynku amerykańskiego, wyrażone w USD)

Pakiet	Cena	Oszczędność	Programy	Uwagi
Microsoft Office Standard	399,95	–	Word, Excel, PowerPoint, Outlook	
Sun StarOffice	69,95	330	Writer, Calc, Impress, E-mail, Base	
OpenOffice	0	399,95	Writer, Calc, Impress, Base	wersja <i>open source</i>
Softmaker Office	79,95	320	TextMaker, PlanMaker, Presentations	
ThinkFree Desktop	49,95	350	Write, Calc, Show	
Corel WordPerfect Office	224,99	174,96	WordPerfect, QuattroPro, Presentations, Mail	
IBM Lotus Symphony	0	399,95	Documents, Spreadsheets, Presentations	wersja <i>open source</i>
Google Docs	0	399,95	Docs, Spreadsheets, Presentations, Gmail	wersja internetowa
Zoho Office	0	399,95	Writer, Sheet, Show, Creator	wersja internetowa
ThinkFree Online	0	399,95	Write, Calc, Show	wersja internetowa

Źródło: strony internetowe analizowanych firm.

Dlaczego więc tak niewielu użytkowników decyduje się na wykorzystanie porównywalnych, choć tańszych produktów? Jedną z przyczyn mogą być wyzwania techniczne związane z przetwarzaniem dokumentów, opracowanych w poszczególnych programach – chociaż obsługują one formaty dokumentów Microsoftu, mają czasami problemy z odzwierciedleniem oryginalnego formatowania lub wstawionych obiektów. Różnią się też sposoby obsługi programów – inny jest układ menu i nazwy poleceń, a trudno walczyć z przyzwyczajeniami użytkowników komputerów. Klienci korzystają z programów-nakładek lub makroinstrukcji, wzbogacających funkcjonalność Office, a niedostępnych dla innych pakietów. Najsilniejszą motywacją wydają się jednak nieracjonalne obawy użytkowników przez możliwymi problemami, związanymi z użytkowaniem mało znanego oprogramowania oraz preferencje dla produktu, wykorzystywanego przez tak wiele innych osób.

Teoretycy zarządzania technologiami mogą opisać te motywacje za pomocą następujących pojęć, które zostaną zaprezentowane w kolejnych podrozdziałach:

- sieciowego charakteru produktu – gdy inni użytkownicy korzystają z tego samego produktu, a ja chcę wymieniać z nimi dokumenty i dlatego powinienem wybrać najpopularniejsze rozwiązanie,
- systemowego charakteru produktu – gdy dodatkowe produkty, z których korzystam, opierają się wyłącznie na rozwiązaniach określonego producenta, więc nie mogę rozpatrywać alternatyw,
- ograniczonej otwartości standardów technologicznych – która zmusza mnie do korzystania z produktów konkretnego producenta.

Dodatkowo omówione zostaną ekonomiczne aspekty zjawiska wiązania (*tying*) komponentów technologicznych ze względu na rolę, jaką ta praktyka odegrała w strategii produktowej firmy Microsoft.

3. Efekty sieciowe

Dobra sieciowe to produkty, z których korzyści osiągnąć można dopiero wtedy, gdy są stosowane również przez innych (Varian, Farrell 2004: 33). Przykładem może być telefon. Aby przeprowadzić rozmowę, potrzeba co najmniej dwóch jego użytkowników. Na rynku informatycznym wiele produktów posiada cechy dóbr sieciowych, choć jednocześnie mogą być stosowane niezależnie. Przykładowo, komputer pozwala na komunikację z innymi i wymianę dokumentów czy wiadomości poczty elektronicznej, jak również na samodzielną pracę i zabawę. Microsoft Office może być wykorzystywany do pisania i drukowania tekstów, ale jego sieciowy charakter zacznie być doceniany wtedy, gdy przygotowany dokument trzeba wysłać do innych osób. Producenci oprogramowania starają się zwiększyć rolę efektów sieciowych w swoich produktach, w ten sposób mogą bowiem znaleźć dodatkowych nabywców. Jeśli przykładowo wydawca lub rozpisująca przetarg organizacja oczekują dokumentów w formacie Microsoft Word, zainteresowane podmioty będą zmuszone zakupić właśnie ten produkt. Polska prasa krytykowała ZUS za zmuszanie płatników do korzystania z systemu operacyjnego Windows – tylko na tej platformie można było zainstalować program Płatnik, służący do rozliczania składek ubezpieczeniowych, a ZUS wraz z wykonawcą systemu firmą Prokom Software przez długi czas uniemożliwiali powstanie alternatywnych programów dla innych platform.

Firma może dążyć do budowy sieci użytkowników, „uzależnionych” od jej technologicznych rozwiązań i standardów. W ten sposób skutecznie ograniczy atrakcyjność konkurencyjnych, często tańszych ofert i konsekwentnie zdobywać będzie kolejnych użytkowników. Pojęcie pozytywnego efektu sieciowego oznacza, że popularny produkt sieciowy staje się jeszcze popularniejszy, ponieważ fakt posiadania dużej liczby użytkowników przyciąga kolejnych nabywców, jednocześnie destrukcyjnie działając na konkurentów. Ekonomistów używają w odniesieniu do Microsoftu pojęcia „aplikacyjnej bariery wejścia” (*applications barrier to entry*) (Varian, Farrell 2004: 37), albowiem rosnąca popularność aplikacji ogranicza możliwości udziału w rynku konkurentów.

Uczestnicy sieci pozostają lojalni wykorzystywanemu produktowi za sprawą działań producentów, określanych mianem efektu zamknięcia klienta (*customer lock-in*) (Varian, Farrell 2004: 21). Ich mechanizm przypomina popularne opowieści o handlarzach narkotyków. Wabią oni swoje ofiary darmowymi próbkami, a później stopniowo podwyższają ceny dla klientów, którzy po rozwinięciu nałogu nie potrafią już wycofać się ze współpracy. W przypadku oprogramowania, odpowiednikiem opisanego nałogu są standardy technologiczne. Klienci wybierają atrakcyjne cenowo rozwiązanie, przyzwyczajając się do niego, generując na ich podstawie tzw. *legacy data* (dane w specyficznym formacie, często niemożliwe do odtworzenia w innym programie) i ponosząc inne, powiązane inwestycje. Po jakimś czasie pojawia się interesująca alternatywa wobec wykorzystywanego rozwiązania, ale wtedy koszty zmiany (*switching costs*) są już znaczące (Shapiro, Varian 1999: 117), obejmując szkolenia, przenoszenie danych między systemami i odtwarzanie dopisanej dla dotychczas wykorzystywanego systemu funkcjonalności. Badacze najczęściej ilustrują ten mechanizm przypadkiem klawiatury w układzie QWERTY.

Pierwotnie została ona zaprojektowana dla maszyn do pisania, a specyficzny układ liter miał... spowalniać pisanie tak, by nie zderzały się ze sobą czcionki w maszynie. Choć istnieją bardziej ergonomiczne układy klawiatur, pozwalające pisać szybciej i wygodniej, nikt nie próbuje walczyć z przyzwyczajeniami użytkowników i producentów komputerów. Analizując rozwój technologii można zaobserwować występowanie tzw. zależności ścieżki (*path dependency*), gdy trudno wycofać się z wcześniejszych decyzji, podjętych w innych realiach historycznych (David 1985).

Opisane powyżej zależności składają się na niezwykle pesymistyczny obraz sektora oprogramowania. Wydawać się może, że jego ekonomiczne i technologiczne podstawy prowadzą do tworzenia naturalnych monopolu za sprawą efektów skali (niewielki koszt produkcji dodatkowych kopii dóbr informacyjnych, a zarazem możliwość dowolnego ustalania ich cen) oraz efektów sieciowych (stałe rosnącej popularności już popularnych produktów).

Czasami zaobserwować można przypadki ryzykownych zmian w strategiach informatyzacji, mających na celu promowanie alternatyw wobec dominującego dostawcy. W roku 2003 urząd miejski w Monachium podjął decyzję o zmianie systemu operacyjnego z Windows na Linux (LiMux 2008). Migracja 14 000 komputerów doprowadziła do kosztownego, wieloletniego projektu – nie wystarczyło po prostu zainstalować nowego systemu, trzeba było wdrożyć linuksowe odpowiedniki wykorzystywanych wcześniej aplikacji, przenieść dane z najważniejszych systemów i nauczyć użytkowników pracy w nowym środowisku informatycznym. Mimo tych znaczących kosztów zmiany (*switching costs*) urzędnicy uznali, że zastąpienie systemu Windows przyniesie długookresowe korzyści dzięki uwolnieniu się z dotychczasowego uzależnienia od jednego dostawcy (*lock-in*).

Konkurenci mogą obejść ograniczenia i „podłączyć się” do sieci innej firmy poprzez zapewnienie zgodności z wykorzystywanymi w niej standardami. Pakiet OpenOffice potrafi obsługiwać dokumenty, zapisane przez Microsoft Office. Grupa informatyków-hobbistów stworzyła program Samba, pozwalający komputerom pracującym pod systemem Linux łączyć się z siecią Windows, przeglądać foldery i wykorzystywać podłączone do nich drukarki. Komunikator internetowy Pidgin pozwala na internetowe rozmowy z użytkownikami innych komunikatorów, w tym Gadu-Gadu, MSN i Yahoo! Przykładów podobnych produktów jest wiele, a twórcy oryginalnych rozwiązań technicznych postrzegają je jako szczególnie niebezpieczną konkurencję, która może odebrać im udział w rynku przez „podłączenie się” do utrzymywanych sieci użytkowników.

Analizowana w niniejszej książce decyzja Komisji Europejskiej, zobowiązująca Microsoft do udostępnienia specyfikacji technicznej swoich systemów, może być postrzegana jako sposób na otwarcie sieci i przekazania dostępu do niej innym podmiotom. Firma o pozycji dominującej dysponuje przewagami, wynikającymi z opisanych wcześniej efektów skali i efektów sieciowych, mogąc dodatkowo ograniczać konkurencję za sprawą tajemnic handlowych i prawnej ochrony własności intelektualnej. Wspomniane programy OpenOffice, Samba i Pidgin powstały w wyniku mozołnych analiz produktów Microsoft i generowanych przez nie danych wyjściowych, prowadzonych w zgodzie z prawem i dobrymi praktykami programistycznymi. Każda znacząca zmiana techniczna w produktach Microsoft będzie ograniczać przydatność konkurencyjnych rozwiązań, których twórcy potrzebują miesięcy lub lat na identyfikację i wprowadzenie niezbędnych modyfikacji. Skłonienie Microsoftu do udostępniania konkurentom szczegółowych technicznych specyfikacji własnych rozwiązań stymuluje więc rozwój alternatyw w określonych segmentach rynku oprogramowania.

4. Dobra systemowe

Oprogramowanie komputerowe jest przykładem dobra systemowego – jest wykorzystywane w powiązaniu z innymi, komplementarnymi rozwiązaniami i często dopiero połączenie kilku produktów pozwala na ich skuteczne stosowanie. Aby skorzystać z programu do edycji tekstów, trzeba zakupić komputer, zainstalować system operacyjny, sterowniki klawiatury i ekranu, a często także program obsługujący drukarkę. Poważne rozwiązania informatyczne są o wiele bardziej złożone – specjaliści mówią o ich modularności, synergii uzyskiwanej przez powiązanie poszczególnych komponentów-aplikacji. Te komponenty mogą pochodzić od różnych producentów – przykładowo, użytkownik korzysta z systemu Windows, pakietu Microsoft Office, bazy danych Microsoft SQL Server oraz działającego na ich podstawie systemu finansowo-księgowego innej firmy. Niezbędną bazę, oferowaną przez Microsoft, można wówczas określić mianem platformy (Gawer, Cusumano 2002), do której „przyklejają się” rozwiązania innych firm; niektórzy badacze preferują pojęcie ekosystemu (Iansiti, Levien 2004).

Firmy informatyczne muszą podjąć strategiczną decyzję o tym, czy chcą dążyć do budowy i promowania własnych platform (a w konsekwencji przyciągania mniejszych partnerów, dodających wartość do platformy), czy wolą mniej odpowiedzialną rolę partnera, wspierającego dostawcę platformy. Trudno jest pogodzić te dwie role, a wiele firm ociąża się z podjęciem decyzji, tracąc zaufanie ewentualnych partnerów i zainteresowanie klientów (Kliniewicz 2005: 66-67). Historia rozwoju produktów Microsoftu pokazuje, że firma świadomie dążyła do tworzenia kolejnych platform – od systemu operacyjnego Windows, poprzez pakiet Microsoft Office, bazę danych Microsoft SQL Server i specjalistyczne rozwiązania dla przedsiębiorstw. Aby zagwarantować atrakcyjność swoich platform dla klientów (czyli dostępność współpracujących z platformą aplikacji), aktywnie współpracowała z firmami partnerskimi. Opracowany na zlecenie Microsoftu raport firmy analitycznej IDC z 2007 r. sugeruje, że globalny ekosystem Microsoftu obejmuje ponad 500 tys. firm, zatrudniających łącznie 14,7 mln pracowników (42% wszystkich pracowników światowej branży informatycznej) i generujących roczne przychody na poziomie około 425 mld dolarów. Zgodnie z szacunkami IDC, 1 dolar przychodów Microsoftu generuje 7,79 dolarów przychodów dla jego partnerów (IDC 2007: 6).

Chociaż Microsoft chętnie powołuje się na ekonomiczne aspekty funkcjonowania swojego ekosystemu w postaci tworzenia nowych miejsc pracy i stymulowania rozwoju gospodarczego, platformy informatyczne stanowią wyzwanie dla prawników i ekonomistów. Sieć aliansów może stać się złożonym systemem blokowania i podporządkowywania działań innych podmiotów. Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oskarżył w 1998 r. firmę Microsoft m.in. o naciski na partnerów, mające ograniczyć rynkową ofertę konkurencyjnych produktów (Fisher, Rubinfeld 2001). Istnieje też obszerna grupa działań, które nie były przedmiotem analiz antymonopolowych i regulacyjnych, głównie ze względu na brak jasnych ograniczeń prawnych. Bogaty wachlarz takich działań – przejawów „polityki międzyorganizacyjnej” firmy Microsoft – opisał K. Kliniewicz (2005: 116–143). Te działania obejmowały: selektywne inwestycje w zakup mniejszościowych udziałów w firmach, mające na celu podporządkowanie ich strategii; dofinansowanie firm wspierających wcześniej konkurencyjne rozwiązania w celu ich „konwersji” na technologie Microsoft; umowy wiązane, obejmujące współpracę techniczną w zamian za ustępstwa strategiczne; technologiczne uprzywilejowanie zasłużonych

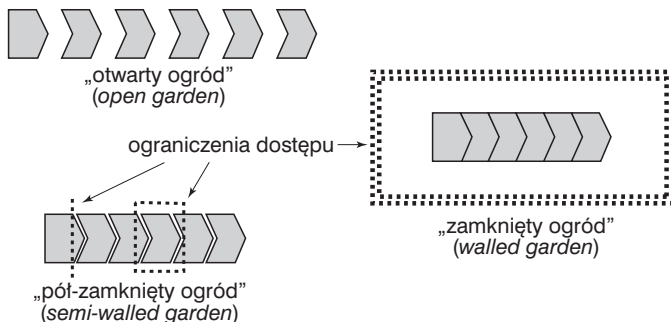
partnerów, kończące się wraz z rozwojem kolejnej generacji produktów Microsoftu. Wspólnym mianownikiem opisanych działań było wykorzystywanie istniejącej, niezwykle silnej pozycji rynkowej oraz znaczących nakładów finansowych. Konkurenci Microsoftu na poszczególnych rynkach produktowych nie mogli pozwolić sobie na podejmowanie analogicznych działań ze względu na ograniczenia budżetowe. Microsoft mógł wykorzystać środki zarobione na jednym rynku do inwestycji w budowę własnej pozycji na rynkach pokrewnych.

Prawnicy zainteresowali się przypadkami, w których dochodziło do wiązania produktów (*tying*), ale wobec bogactwa technik polityki międzyorganizacyjnej, wiązanie produktów technologicznych było jedynie pobocznym mechanizmem promowania nowych rozwiązań. Na rynku informatycznym wiązanie było powszechną praktyką od lat 90. XX w. Obecnie użytkownicy systemu operacyjnego Linux otrzymują zintegrowane rozwiązanie, zawierające obok podstawowej funkcjonalności także serwer internetowy, bazę danych, pakiet OpenOffice i odtwarzacz multimedialny. W wielu przypadkach poszczególne programy mają także ujednoczone interfejsy użytkownika, a ich instalację i konfigurację ułatwia wspólna konsola systemowa. Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie wiązania przez Microsoft odtwarzacza multimedialnego z systemem Windows jest przez niektórych badaczy (Ponsoldt, David 2007) postrzegana jako kontrowersyjna. Ekonomiczne aspekty wiązania zostaną szczegółowo przedstawione w dalszej części niniejszego rozdziału.

5. Standardy technologiczne

Właściciele technologii sprawują nad nimi kontrolę w drodze tworzenia i ochrony standardów technologicznych, dla których zawężają kręgi licencjobiorców lub ukrywają szczegółową specyfikację techniczną. Sposoby wykorzystywania przez firmy informatyczne standardów można porównać do metaforycznych ogrodów (Klincewicz 2005: 61), przedstawionych na rysunku 2.

Rysunek 2. Standardy technologiczne i metafory zamkniętego, otwartego i pół-zamkniętego ogrodu



Źródło: opracowanie własne.

Otwarty ogród (*open garden*) to pozbawione barier i restrykcji miejsce, do którego wejść może każdy zainteresowany. Ogród taki jest popularny, choć jego właściciel nie zawsze będzie zachwycony koniecznością podejmowania niektórych bywalców, dodat-

kowo tracąc rzeczywistą kontrolę nad ogrodem i wizytującymi. W zarządzaniu technologiami otwarty ogród odpowiada otwartym standardom, których specyfikację wykorzystać może każdy zainteresowany. Są one kontrolowane przez organizacje zbiorowego zarządzania własnością intelektualną (np. konsorcja firm z danej branży, wspólnoty programistów *open source*) lub w nielicznych przypadkach pojedyncze firmy, decydujące się wypromować standard przez jego powszechną dostępność.

Zamknięty ogród (*walled garden*) to scenariusz odwrotny. Jest to ściśle odgradzone od otoczenia miejsce, którego właściciel kontroluje wejścia i wyjścia, selekcionując zapraszanych gości i narzucając im reguły przebywania. Firmy technologiczne coraz rzadziej sięgają po tak restrykcyjne ograniczenia wobec partnerów. Doświadczenia nauczyły je bowiem, że popularyzacji standardów wśród firm partnerskich towarzyszy wzrost sprzedaży powiązanych produktów technologicznych. Ograniczenia dostępu do własnych rozwiązań teoretycy zarządzania określają mianem „dominacji wartości” (*value domination*) (Iansiti, Levien 2004: 115) – podejścia egoistycznego i krótkowzrocznego, zniechęcającego bowiem ewentualnych partnerów i klientów, którzy chętnie skorzystają z bardziej otwartych alternatyw.

Wariant pośredni to ogród półzamknięty (*semi-walled garden*), czyli sytuacja, w której każdy zainteresowany może przyłączyć się do określonego technicznego systemu, jednak wybrane podmioty znajdują się na szczególnie uprzywilejowanych pozycjach. Działania firmy Microsoft były przez lata przykładem utrzymywania takiego półzamkniętego ogrodu. Firma rozwijała rozwiązania, które pozornie pozostawały otwarte. Dla przypadku systemu Windows, pakietu Office i innych rozwiązań udostępniano jednak udokumentowane interfejsy dla programistów, którzy mogli uzupełniać ich funkcjonalność i tworzyć własne aplikacje, zintegrowane z produktami Microsoft. W praktyce często okazywało się, że dostępna dokumentacja techniczna nie opisywała niektórych, zaawansowanych technologicznie i ważnych komercyjnie obszarów. Co więcej, Microsoft blisko współpracował z wybranymi uczestnikami rynku oprogramowania, przekazując im niezbędną informację techniczną, co pozwalało im na rozwój aplikacji, pozostających poza zasięgiem ich konkurentów. Standard technologiczny pozostawał pozornie otwarty, można było bowiem wskazać liczne grono beneficjentów dokumentacji technicznej, jednak Microsoft mógł swobodnie wybierać podmioty, z którymi dzielił się tajemnicami technologicznymi. Analiza relacji Microsoftu z firmami partnerskimi pokazała, że w zamian za współpracę techniczną partnerzy byli skłonni do daleko idących ustępstw komercyjnych, podporządkowując się strategicznym decyzjom Microsoftu (Klincewicz 2005: 108–113). Niezależni programiści potrafili wprawdzie obejść niektóre z technicznych ograniczeń, czego przykładem mogą być wskazane wcześniej programy OpenOffice lub Samba, wykorzystujące standardy Microsoftu mimo braku dostępu do oficjalnej dokumentacji firmy. Ich tworzenie było jednak pracochłonne i kosztowne, a niektóre elementy techniczne pozostają niekompatybilne z rozwiązaniami Microsoft.

Microsoft chętnie korzystał z obcych, otwartych standardów technologicznych i modyfikował je w sposób, który ograniczał otwartość. W odpowiedzi na popularność języka Java, wspieranego przez przeglądarkę internetową firmy Netscape, Microsoft wprowadził i aktywnie promował własną wersję języka, niekompatybilną z rozwiązaniami konkurentów (w tym specyfikacją autora Javy, firmy Sun Microsystems), co krytycy określali mianem „zanieczyszczenia języka Java” (Gilbert, Katz 2001: 36). Firma była gotowa ponieść ogromne koszty rozwoju własnej wersji języka oprogramowania po to, by podważyć rynkową pozycję Sun Microsystems i Netscape. Tworząc usługę katalogu użytkowników Active Directory w systemie Windows 2000, Microsoft posiłkował

się ogólnodostępnym protokołem autentykacji Kerberos, modyfikując go tak, by jego implementacja przestała być kompatybilna z dotychczas stosowanymi rozwiązaniami i wymagała od użytkowników inwestycji w platformę Microsoft.

Celowa modyfikacja znanych standardów i wykorzystywanie wiedzy technicznej, mające ograniczyć możliwości tworzenia współpracujących programów przez innych dostawców może prowadzić do negatywnego efektu ekonomicznego dla całej platformy Windows (Niman 2002: 649–650). Konieczność zwiększenia otwartości standardów technologicznych, rozwijanych i kontrolowanych przez firmę dominującą, podkreśliła Komisja Europejska w swojej decyzji w sprawie Microsoft z 2004 roku. Krytycy przypominają jednocześnie, że decyzja o przymusowym ujawnieniu przemilczała fakt własności intelektualnej kodu systemu Windows i wieloletnich, znaczących inwestycji w jego rozwój (Pardolesi, Renda 2004: 550). Omawiana decyzja otworzyła publiczną debatę na temat granic ochrony własności intelektualnej w przypadku atrakcyjnych komercyjnie rozwiązań technologicznych oraz zobowiązania podmiotów dominujących do udostępniania informacji technicznych bezpośrednim konkurentom, której elementem jest także niniejsza książka.

6. Wiązanie produktów oprogramowania

Dla ekonomisty, sprzedaż pakietowa (*bundling*) oznacza oferowanie dwóch lub więcej produktów po wspólnej cenie, przy jednoczesnej możliwości oddzielnego zakupu każdego z nich. Sprzedaż wiązana (*tying*) odnosi się z kolei do sytuacji, gdy powiązane produkty nie mogą być nabyte oddzielnie (Shapiro, Varian 1999: 73–74). Chociaż ekonomiczne kategorie są zgodne z terminologią prawniczą, w literaturze ekonomicznej oba pojęcia bywają czasem stosowane zamiennie. Teoria ekonomii interpretuje większość podlegających obrotowi dóbr jako „zestawy cech (*bundles of features*), z których wiele może być oferowanych oddzielnie, chociaż nie jest” (Evans, Hagi 2006: 51). Nawyki konsumentów wpływają na aktualne oferty rynkowe i trudno wyobrazić sobie sprzedaż długopisów bez wkładów, samochodów bez opon lub urządzenia elektronicznego bez zasilacza. Rozkład produktów na czynniki pierwsze (dezagregacja) jest wprawdzie możliwy, ale w większości przypadków nie spotka się z pozytywnymi reakcjami nabywców.

Opisana wcześniej specyfika oprogramowania systemowego jako platformy lub ekosystemu jest również przykładem często odrębnych, lecz oferowanych wspólnie cech. Do powstania platform prowadzą zgłaszane przez nabywców oczekiwania integracji komponentów, która powinna pozwolić na ich sprawną, bezawaryjną współpracę. Komponenty są przykładem dóbr komplementarnych, uzupełniających funkcje platformy. Są one w naturalny sposób powiązane z platformą i nabywcy są skłonni je zakupić niezależnie od sposobów udostępnienia (wraz z platformą lub jako odrębny produkt). Alternatywą wobec bezpośredniego związania komponentu z platformą jest partnerstwo strategiczne między dostawcą platformy a dostawcą komponentu i współpraca przy rozwoju i sprzedaży obu produktów. Teoretykom regulacji ten scenariusz może wydawać się bardziej atrakcyjny, jednak dla ekonomistów nie będzie on znacząco odmienny od bezpośredniego związania z punktu widzenia wpływu na rynek i rozwój technologii. Jeszcze innym rozwiązaniem jest tzw. *cross-selling*, zaoferowanie przez firmę nowego komponentu dotychczasowym klientom, popularna w marketingu technika, której skuteczność w przypadku platform technologicznych jest wysoka.

Platformy informatyczne stanowią wyzwanie dla teoretyków regulacji, a ekonomiści zwracają uwagę na specyficzne znaczenie platform, wykraczające poza tradycyjne

interpretacje przypadków nadużywania pozycji dominującej (Niman 2002). Ekonomiści coraz częściej zarzucają postrzeganie wiązania jako poważnego ograniczenia konkurencji, szczególnie na zdominowanym przez platformy systemowe rynku informatycznym (Ponsoldt, David 2007: 424). Tradycyjne analizy przyczyn i skutków wiązania dotyczyły przypadków, gdy łączenie produktów było sposobem promocji sprzedaży, w tym zwiększania sprzedaży mało popularnego produktu (McGrath 2001: 202). W odniesieniu do oprogramowania, częściej mamy do czynienia z przejawem innowacji produktowej i wzbogacania funkcjonalności dotychczasowych produktów (Evans, Hagi 2006: 332–334). W sektorze oprogramowania trudno jednoznacznie wyodrębnić poszczególne segmenty rynku i wyróżnić funkcjonalność, która „z definicji” przynależy do określonej grupy produktów. Ze względu na dynamiczny rozwój rynku i występowanie znaczących innowacji, portfolia produktów firm software’owych podlegają częstym modyfikacjom, wpływając na analogiczną ewolucję oczekiwań klientów. Użytkownicy systemu operacyjnego DOS potrzebowali dodatkowego programu Norton Commander do przeglądania list plików na dyskach, podczas gdy Windows oferuje taką możliwość jako integralny element systemu operacyjnego. Możliwość sprawdzania pisowni oparta na zintegrowanym słowniku ortograficznym jest dziś typową funkcją edytorów tekstu, które nie oferowały jej przed laty (Schmalensee 2000: 193).

Analiza zjawiska wiązania oprogramowania wymaga zrozumienia specyfiki branży informatycznej u schyłku XX wieku. Analitycy opisywali ją jako „zdefragmentowaną”, podkreślając luki w ofertach produktowych poszczególnych firm (Yoffie 1997: 19) oraz braki kompetencyjne producentów. Teoretycy zarządzania technologiami postulowali firmom informatycznym oferowanie klientom kompleksowych, zintegrowanych rozwiązań. Przyszły rynek oprogramowania wyobrażano sobie jako część zintegrowanego rynku komputerowo-telekomunikacyjno-medialnego (Hamel, Prahalad 1999: 31–35; Yoffie 1997: 20; Tapscott 1998: 275–310). Zgodnie z prezentowanymi przez strategów biznesu rekomendacjami, producent oprogramowania powinien poszukiwać możliwości dywersyfikacji działalności i wchodzenia na pokrewne rynki. Szczególnie istotna wydawała się aktywność związana z siecią Internet i multimediami. W odpowiedzi na konwergencję dotychczas odrębnych rynków i technologii, producenci oprogramowania mieli pracować nad „kreatywnymi kombinacjami” (Yoffie 1997: 14) swoich dotychczasowych produktów i nowych elementów.

W ślad za strategicznymi postulatami podążały faktyczne decyzje o funkcjonalności produktów informatycznych. W latach 90. XX wieku zaobserwowano powszechne zjawisko przyrostu liczby funkcji programów komputerowych (*feature accretion*) (Evans, Hagi 2006: 305–306). Każda licząca się platforma systemowa była w tym okresie wzbogacana o nowe, istotne funkcje, w tym wsparcie dla pracy w sieciach komputerowych, możliwość przeglądania stron internetowych, funkcje odczytywania i redagowania wiadomości poczty elektronicznej oraz odtwarzacze plików multimedialnych (Evans, Hagi 2006: 308). Te funkcje tradycyjnie oferowali wyspecjalizowani dostawcy oprogramowania, a rozwój platformy prowadził do ograniczenia ich pozycji rynkowych. Niezależnie od zaobserwowanych nowych funkcji, również analiza kodu źródłowego systemów operacyjnych Windows, Windows CE, Linux i Macintosh wykazała, że na przestrzeni lat 1992–2005 średni roczny przyrost długości kodu każdego z nich wynosił od 33 do 66% (Evans, Hagi 2006: 304).

Opisywany wcześniej model platformy lub ekosystemu (Gawer, Cusumano 2002; Iansiti, Levien 2004) zakłada, że producent popularnego oprogramowania wykorzystuje istniejące zręby technologiczne i obsługiwaną grupę użytkowników do oferowania kolejnych rozwiązań.

Mogą one pochodzić od zewnętrznych podmiotów-firm partnerskich, jak również firmy kontrolującej platformę. Ten drugi przypadek skłania do stosowania mechanizmów sprzedaży związanej lub pakietowej jako sposobu wzbogacania podstawowej funkcjonalności platformy.

Wobec opisywanej konwergencji technologii, rosnących oczekiwań nabywców i działań konkurencji, producenci platform systemowych są zmuszeni do ich doskonalenia i uzupełniania o nowe funkcje. W wielu przypadkach na takich uzupełnieniach bezpośrednio korzystają klienci – wiele funkcji Windows jest dla nas oczywistym elementem składowym systemu operacyjnego. Przykładami mogą być: możliwość łatwego podłączenia komputera do sieci komunikacyjnych, graficznego przeglądania folderów i plików na dyskach, odtwarzania plików muzycznych, zapisywania danych na płytach CD i DVD czy wydruku dokumentów przy wykorzystaniu profesjonalnych czcionek. Dostawca systemu musi zaoferować nabywcom zestaw funkcji, które zaspokoją ich oczekiwania (Messerschmitt, Szyperski 2003: 203) – to z kolei wpływa na ciągłe „podnoszenie poprzeczki” rynkowych standardów, doskonalenie oprogramowania i wprowadzanie innowacji produktowych. Chociaż integracja i rozbudowa produktów informatycznych są zwykle odpowiedziami na oczekiwania klientów i tendencje rozwoju rynku, w odniesieniu do dominanta mogą być interpretowane jako przejawy wiązania (Ponsoldt, David 2007: 426).

Zaskoczenie ekonomistów, komentujących decyzję Komisji Europejskiej w sprawie Microsoft, wynikało z trudnego do zrozumienia oczekiwania, by uznany za dominanta producent oprogramowania podejmował działania niezgodne z naturalnymi tendencjami rozwoju rynku i technologii i rekomendacjami teoretyków zarządzania, na podstawie których działają pozostałe firmy informatyczne. Poszerzając omawianą argumentację, można zadać pytanie, czy przez sam fakt osiągnięcia dominującej pozycji rynkowej producent oprogramowania nie będzie więc zmuszony do radykalnego ograniczenia innowacyjności i stopniowego obniżania konkurencyjności własnego produktu.

Analizy ekonomiczne dotyczące związku pomiędzy wiązaniem a pozycją monopolistyczną odnoszą się do sytuacji różnych od omawianego przypadku firmy Microsoft. George Stigler, laureat Nagrody Nobla z ekonomii, jako pierwszy poddał analizie sytuację, w której dochodzi do pakietowej sprzedaży produktów nie będących dobrami komplementarnymi. Opisany przez Stiglera (1963) przykład hollywoodzkich dystrybutorów, zmuszających kina do wynajmowania zestawów a nie pojedynczych filmów, do dziś inspiruje ekonomistów i teoretyków regulacji.

Zgodnie z oryginalnym ujęciem problemu, wyobraźmy sobie dwa filmy o różnej wartości artystycznej i komercyjnej. Za wynajęcie filmu A, kino 1 chce zapłacić 8000 dolarów, podczas gdy dla kina 2 ten sam film wart jest tylko 7000. Film B jest wyceniany przez kino 1 na kwotę 2500 dolarów, a przez kino 2 – na kwotę 3000. Dystrybutor musi znaleźć jedną cenę, po której udostępni kinom oba filmy. Dla filmu A, cena gwarantująca maksymalizację przychodów to 7000 dolarów, gdyż tylko wówczas oba kina będą skłonne zamówić kopię filmu. Dla filmu B cena wyniesie 2500. Dystrybutor przekazujący oba filmy do wyświetlania w dwóch kinach, osiągnie więc łączny utarg na poziomie 19 000 dolarów (2 x 7000 dolarów + 2 x 2500 dolarów). Gdyby podjął decyzję o sprzedaży pakietowej, mógłby zwiększyć swoje przychody. Kino 1 jest skłonne zapłacić za filmy A i B łącznie 10 500 dolarów, zaś kino 2 – 10 000 dolarów, czyli cena gwarantująca maksymalizację przychodów to 10 000 dolarów, a łączny utarg na poziomie 20 000 dolarów będzie większy od utargu uzyskanego w przypadku indywidualnej sprzedaży filmów (por. Stigler 1963; Evans, Hagiu 2006: 319).

Analogiczny mechanizm cenowy zastosowali producenci oprogramowania. W roku 1984 firmy Lotus i Ashton-Tate rozpoczęły oferowanie pakietów biurowych, złożo-

nych z edytora tekstu, arkusza kalkulacyjnego, programu do rysowania i bazy danych (Campbell-Kelly 2004: 258). W kolejnych latach analogiczne podejście zastosowała firma Microsoft, wprowadzając pakiet Microsoft Office po cenie niższej niż suma cen indywidualnie nabywanych programów składowych (por. tab. 2). Te działania pozwoliły Microsoftowi na wypromowanie programu PowerPoint, który początkowo nie cieszył się popularnością (Campbell-Kelly 2004: 259) i dopiero w wyniku sprzedaży milionów jego kopii jako elementu pakietu Office stał się *de facto* standardem biurowym, a posiadacze licencji zaprzestali poszukiwać alternatywnych rozwiązań. W omawianych przypadkach, programy komputerowe były jednak powiązane technologicznie – w przeciwieństwie do niezależnych i adresowanych do innych widzów filmów kinowych z przykładu Stiglera. Użytkownik edytora tekstów mógł przykładowo osadzić w tworzonym dokumencie fragment arkusza kalkulacyjnego, wykres lub rysunek (w przypadku Microsoft Office umożliwiało to standard OLE). Specyfika oprogramowania pozwala więc na tworzenie związków technologicznych między produktami, wykraczając poza typowe przypadki sprzedaży pakietowej i związanej, dla których motywacją jest chęć maksymalizacji możliwych do uzyskania cen. Należy jednocześnie pamiętać o tym, że nie wszystkie związki technologiczne będą istotne dla użytkowników oprogramowania, a w specyficznych sytuacjach współzależności mogą być wprowadzane tylko po to, by uzasadnić konieczność zakupu całego pakietu i ograniczyć konkurencję.

Ekonomiści podkreślają wymierne korzyści, płynące ze sprzedaży pakietowej i związanej. Producenci mogą osiągnąć oszczędności dzięki efektom ekonomii skali i zakresu. Economie skali (*economies of scale*) pozwalają na obniżkę kosztów jednostkowych produktu dzięki dotarciu z jednym, standardowym pakietem do dużej liczby nabywców. Economie zakresu (*economies of scope*) dotyczą z kolei wzrostu efektywności procesów produkcji, pakowania, dystrybucji i sprzedaży dzięki ujednoczeniu i uproszczeniu oferty. Wiązanie obniża też koszty transakcyjne klientów (Evans, Hagiu 2006: 52), czyli koszty związane z zakupem (poza samym kosztem nabywanego dobra), w tym czas i środki finansowe przeznaczane na poszukiwanie produktów, negocjacje cenowe i koordynację zakupu. Obie strony transakcji skorzystać mogą na eliminacji tzw. kosztów złożoności (*complexity costs*) (Evans, Hagiu 2006: 316-317), które ponoszone są przy odrębnym obrocie komponentami, a ograniczane dzięki zakupom rozwiązań zintegrowanych. Paradoksalnie, klienci mogą osiągać ekonomiczne korzyści także w przypadkach wiązania produktów, których bezpośrednio nie potrzebują. Dodatki do codziennych gazet, zawierające notowania giełdowe, recenzje kulturalne, horoskopy i przepisy kuchenne docierają do różnych grup czytelników, ale dzięki ich łącznej publikacji gazeta sprzedaje się w dużym nakładzie, pozwalającym na stosowanie cen niższych niż dla ofert niszowych (Evans, Hagiu 2006: 320). Podobną zależność potwierdził model ekonomiczny, opisujący sprzedaż komponentów uzupełniających platformy technologiczne (Dewan, Freimer 2003). Zakup platformy powiązanej z komponentami gwarantuje osiągnięcie przez nabywcę korzyści wyższych niż przy odrębnych zakupach platformy i komponentów, a ta zależność utrzymuje się nawet wtedy, gdy nabywca nie potrzebuje niektórych spośród zakupionych, powiązanych komponentów.

Powracając do problemów firmy Microsoft warto przypomnieć złożoność działań, podlegających analizie Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych w postępowaniu z 1998 r. W konkurencyjnej walce Microsoftu z firmą Netscape, producentem przeglądarki internetowej Communicator, powiązanie przeglądarki Internet Explorer z systemem Windows było tylko jednym z posunięć Microsoftu. Inne ruchy wydawały się o wiele ważniejsze w walce o pozycję rynkową (por. np. Cusumano, Yoffie 1998: 116-117; Fisher 2000: 183):

- oferowanie klientom nowego, kosztownego produktu za darmo i pozbawienie Netscape tradycyjnych źródeł przychodów;
- agresywne taktyki negocjacyjne i „podkupywanie” dotychczasowych dużych klientów Netscape;
- skłonienie wiodących dostawców Internetu w Stanach Zjednoczonych (AOL, AT&T, Compuserve, MCI, Netcom, Prodigy i Sprint) do zastąpienia produktu Netscape przeglądarką Microsoftu mimo poniesienia wcześniejszych wydatków na zakup Communicatora;
- współpraca z najważniejszymi dostawcami oprogramowania użytkowego, wykorzystującego przeglądarkę Netscape (firmami Apple, Intuit i Lotus/IBM);
- restrykcyjne umowy z producentami komputerów, ograniczające możliwości sprzedaży produktów konkurencyjnych wobec Internet Explorera w zamian za dodatkowe korzyści finansowe.

Teoretycy organizacji określają praktyki stosowane przez Microsoft mianem działań politycznych lub przejawów polityki międzyorganizacyjnej (*interorganizational politics*). Połączenie tych działań z technicznymi udoskonaleniami przeglądarki Internet Explorer doprowadziło do jej rynkowego zwycięstwa (Klein 2001: 47), a jej powiązanie z systemem Windows jedynie przypieczętowało wynik opisywanych praktyk (Cusumano, Yoffie 1998: 121–123).

Literatura ekonomiczna omawiała złożone procesy budowy przez Microsoft pozycji rynkowej, a nie tylko wyjęty z szerszego kontekstu fakt powiązania przeglądarki z innymi produktem. Demonizowanie praktyki wiązania w odniesieniu do firmy Microsoft może odwrócić uwagę regulatorów od innych, stosowanych przez firmę sposobów wpływania na rynek. Otwartość platformy systemowej i powszechna dostępność dokumentacji technicznej mogą z kolei przywrócić równowagę w wyścigu rynkowym oraz pozwolić na powstanie innowacyjnych produktów, które udoskonala i zastąpią oferowane przez platformę Microsoftu funkcje (w tym komponenty dołączone w wyniku praktyki wiązania).

7. Perspektywy rozwoju rynku oprogramowania

Opisane mechanizmy ekonomiczne, wpływające na funkcjonowanie rynku oprogramowania, stanowią wyzwanie dla regulatorów wobec unikalnej struktury kosztów wytwórców, źródeł popularności produktów oraz możliwości zdobywania przez liderów kategorii produktowych kontroli nad dalszymi, pokrewnymi segmentami rynku. Microsoft rozwija się dalej i staje przed nowymi wyzwaniami, które nie są związane z postępowaniami antymonopolowymi. Potencjalne zagrożenie dla obecnej dominacji Microsoftu na rynku oprogramowania stanowią alternatywne modele biznesowe i nowe źródła przychodów. Historia pokazuje jednak, że upadek z piedestału przytrafia się liderom rynków zaawansowanych technologii, a wielu wiodących uczestników rynku informatycznego sprzed kilkunastu lat odeszło już w zapomnienie.

Nie sposób przecenić roli, jaką we współczesnej informatyce odgrywa ruch *open source*. Rozwijane przez wspólnoty hobbistów aplikacje są powszechnie wykorzystywane jako tańsze alternatywy wobec wielu systemów dla przedsiębiorstw. Ich zasady licencjonowania zachęcają kolejne podmioty do wykorzystywania elementów kodu źródłowego w swoich rozwiązaniach, pod warunkiem podporządkowania się regułom licencji *open source*, w większości przypadków wymagających udostępnienia zainteresowanym także kodu własnej, stworzonej w ten sposób aplikacji. Microsoft przed laty porównywał ten

mechanizm licencyjny do nowotworu (Greene 2001), który atakuje kolejne komórki organizmu. Z perspektywy tradycyjnego producenta oprogramowania ta analogia wydaje się trafna, gdyż ów nowotwór potrafi odebrać mu nie tylko dotychczasowych klientów, ale też partnerów. Wiele firm oferujących rozwiązania *open source* koncentruje się na przychodach z usług wdrożenia i wsparcia technicznego, udostępniając samo oprogramowanie nawet za darmo, co dodatkowo utrudnia konkurowanie tradycyjnym dostawcom.

Teoria zarządzania wprowadza pojęcie tzw. technologii zaburzających (*disruptive technologies*) (Christensen 2000) – początkowo niedoskonałych, niepotrafiących zaspokoić potrzeb głównych odbiorców dotychczasowych rozwiązań, jednak znajdujących niszowe rynkowe dzięki specyficznym oferowanym funkcjom. Ich początkowa słabość zanika, gdy udoskonalone zostają podstawowe parametry techniczne, a unikalne funkcje stanowią o przewadze konkurencyjnej. Przykładem zaburzającej technologii jest oprogramowanie dostępne za pośrednictwem Internetu, niewymagające instalacji na komputerze użytkownika. Liczne firmy, w tym Google, AdventNet (znana pod marką Zoho) i ThinkFree, oferują internetowe odpowiedniki pakietu Microsoft Office. Programy są pisane przy wykorzystaniu języka JavaScript, stosowanego dotąd do wykonywania prostych instrukcji na stronie internetowej i znacznie wolniej przetwarzającego dane niż typowe programy na platformie Windows. Korzystanie z opisanych programów wymaga stałego połączenia z Internetem i regularnej wymiany danych pomiędzy komputerem użytkownika a serwerem firmy dostawcy. Wielu użytkowników Microsoft Office nie wyobraża sobie dziś rezygnacji z tego pakietu i zastąpienia go internetowym odpowiednikiem, takim jak wspomniane produkty Google Docs, Zoho czy ThinkFree. Wersja on-line jest zbyt wolna, nie oferuje niektórych zaawansowanych funkcji, uzależnia możliwość pracy od nawiązania połączenia internetowego i wreszcie ogranicza bezpieczeństwo danych, które wydostają się poza indywidualny komputer. Z drugiej strony, istnieje grupa entuzjastów nowych rozwiązań, którzy podkreślają korzyści z mobilności, możliwości dostępu do własnych dokumentów z każdego komputera lub urządzenia przenośnego podłączonego do Internetu, jak również okazji do dzielenia się wybranymi dokumentami i zdalnej współpracy z innymi użytkownikami. Gdy za kilka lat poprawie ulegną podstawowe parametry techniczne pakietów internetowych, w tym prędkość przetwarzania danych, może okazać się, że użytkownicy komputerów zdecydują się korzystać z nich zamiast tradycyjnej oferty Microsoftu, doceniając jednocześnie możliwość pracy z dokumentami za pośrednictwem telefonów komórkowych i innych urządzeń, które będą towarzyszyć ich codziennemu życiu. Ten sam scenariusz dotyczy poważnych systemów dla przedsiębiorstw. Już dziś internetowe oferty firm, takich jak Salesforce stanowią atrakcyjną alternatywę wobec kosztownych, instalowanych na firmowych komputerach rozwiązań.

Przyczyn możliwych przyszłych zmian pozycji Microsoftu można poszukiwać także w popularności nowych modeli biznesowych. Epoka dominacji firmy IBM nad branżą informatyczną opierała się na milczącym założeniu, że podstawowym sprzedawanym klientom produktem były komputery, a oprogramowanie i usługi były tylko mniej wartościowymi dodatkami. Czasy Microsoftu to okres przewagi oprogramowania, oferowanego po wysokich cenach i potrafiącego skutecznie uzależnić klientów dzięki pół-otwartym standardom i wyrafinowanym strategiom cenowym. W XXI w. popularny staje się model działalności, upowszechniony przez firmę Google, czyli oferowanie darmowego oprogramowania i uzyskiwanie przychodów z innych źródeł, w tym sprzedaży reklam (prezentowanych korzystającym z aplikacji internautom) oraz sprzedaży usług powiązanych (np. udostępniania własnej przestrzeni dyskowej do przechowywania danych). Taka

filozofia prowadzenia biznesu jest obca tradycyjnym producentom oprogramowania, podważając jednocześnie ich źródła dochodów. Gdyby oferowanie bezpłatnych aplikacji, powiązane ze sprzedażą reklam, okazało się zaspokajać potrzeby rynku masowego, firmy te musiałyby porzucić dotychczasowe strategie cenowe i zbudować kompetencje w obszarze sprzedaży reklam a nie oferowania licencji programów komputerowych. Jednak, ze względu na specyficzną strukturę kosztów oprogramowania, opisaną w pierwszej części rozdziału, jego darmowe oferowanie w celu osiągania przychodów z reklam nie będzie prowadzić do oskarżenia o stosowanie cen drapieżnych (*predatory pricing*) (Klein 2001: 49). Tym bardziej zrozumiałe było więc dążenie firmy Microsoft do przejścia doświadczonego na tym polu Yahoo. Dopiero połączenie ich obszarów kompetencyjnych pozwoliłoby skutecznie konkurować z nową generacją rozwiązań informatycznych.

Podstawą potęgi Microsoftu pozostaje pozycja na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych i serwerów. Pozwala ona na tworzenie i sprzedaż opartych na platformie Windows aplikacji i systemów, jak również umożliwia aktywny udział w rynku internetowym. W innych obszarach rynku oprogramowania, liderzy kategorii produktowych utrzymywali pozycje dominujące jedynie przez krótki okres czasu ze względu na zmiany technologiczne i pojawianie się innowacyjnych alternatyw (Schmalensee 2000:193). Łatwo przywołać przykłady produktów informatycznych, które utraciły dawne znaczące pozycje na swoich rynkach – np. edytory tekstu Wordstar i Wordperfect oraz arkusze kalkulacyjne Visicalc i Lotus (Varian, Farrell 2004: 26). Jedynie system Windows wydaje się radzić sobie z kolejnymi pojawiającymi się wyzwaniami i wprowadzać innowacyjne funkcje, pożądane przez użytkowników. Coraz częściej pojawiają się jednak głosy, zapowiadające powolny schyłek jego dominacji wraz z upowszechnieniem aplikacji internetowych i alternatywnych wobec komputerów urządzeń do przetwarzania danych. W obu obszarach rosnącą gwiazdą wydaje się być firma Google, budująca internetowe odpowiedniki typowych aplikacji komputerowych, dotychczas dostępnych w ofercie Microsoftu, oraz tworząca system operacyjny dla telefonów komórkowych Android, za darmo udostępniany producentom elektroniki i oprogramowania. Wraz z rozwojem rynku i odejściem od tradycyjnych sposobów wytwarzania i oferowania oprogramowania może okazać się, że niektóre prezentowane w niniejszym rozdziale mechanizmy ekonomiczne utracą znaczenie, ustępując miejsca nowym zależnościom, dotychczas analizowanym w odniesieniu do rynku mediów i reklamy.

Przypadek Microsoftu ilustruje wyzwania, przed jakimi stają organy antymonopolowe, próbujące ingerować w funkcjonowanie rynku zaawansowanych technologii. Ekonomiczne podstawy procesów wytwarzania i dystrybucji oprogramowania okazują się radykalnie odmienne od tradycyjnych rynków dóbr materialnych. Dynamiczne zmiany otoczenia i podstawowych dla rynku technologii sprawiają, że interwencje są zwykle spóźnione. Nie są w stanie naprawić strategicznych szkód, wyrządzonych konkurentom, narażając się na zarzuty ignorowania aktualnych oczekiwań klientów, łatwo przyzwyczajających się do kolejnych generacji rozwiązań informatycznych (dylemat ochrony konkurencji czy konkurentów). Rozwój nowych technologii, opartych o sieć Internet, może wkrótce doprowadzić do pomniejszenia roli systemu Windows na rynku informatycznym, stwarzając jednocześnie nowe wyzwania dla regulatorów.

Literatura

- Bancillon, F. (2007) *An open letter to Steve Ballmer*. 31 października 2007. Data dostępu: 11 marca 2008. <http://blog.mandriva.com/2007/10/31/an-open-letter-to-steve-ballmer/>
- Campbell-Kelly, M. (2004) *From Airline Reservations to Sonic the Hedgehog. A History of the Software Industry*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Cusumano, M.A., Yoffie, D.B. (1998) *Competing on Internet time. Lessons from Netscape and Its Battle with Microsoft*. New York: The Free Press.
- Christensen, C. (2000) *The Innovator's Dilemma*. New York: HarperBusiness.
- David, P.A. (1985) Clio and the Economics of QWERTY. *Economic History*, Vol. 75, No. 2, p. 332–337.
- Dewan, R.M., Freimer, M.L. (2003) Consumers Prefer Bundled Add-Ins. *Journal of Management Information Systems*, Vol. 20, No. 2, p. 99–111
- Evans, D.S., Hagiu, A., Schmalensee, R. (2006) *Invisible Engines. How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Fisher, F.M. (2000) The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference? Economic Policy Issues Regarding Microsoft. *American Economic Review*, Vol. 9, No. 2, p. 180–183.
- Fisher, F.M., Rubinfeld, D.L. (2001) U.S. v. Microsoft – an economic analysis. *The Antitrust Bulletin*, Vol. 46, No. 1, p. 1–69.
- Gawer, A., Cusumano, M.A. (2002) *Platform Leadership: How Intel, Microsoft, and Cisco Drive Industry Innovation*. Boston: Harvard Business School Press.
- Gilbert, R.J., Katz, M.L. (2001) An economist's guide to U.S. v. Microsoft. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2, p. 25–44.
- Greene, T.C. (2001) Ballmer: „Linux is a cancer”. Contaminates all other software with Hippy GPL rubbish. *The Register* 2 June 2001. Data dostępu: 11 marca 2008. http://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/
- Hamel, G., Prahalad, C.K. (1999) *Przewaga konkurencyjna jutra*. Warszawa: Business Press.
- Jansiti, M., Levien, R. (2004) *The Keystone Advantage: What the New Dynamics of Business Ecosystems Mean for Strategy, Innovation, and Sustainability*. Boston: Harvard Business School Press.
- IDC (2007) The Economic Impact of IT, Software, and the Microsoft Ecosystem on the Global Economy. *Raport IDC*, October 2007. Data dostępu: 11 marca 2008. http://download.microsoft.com/download/9/a/2/9a22a977-f5ce-40b0-b9cf-79f49e7e5ff5/IDC_Global_White_Paper.doc
- Klein, B. (2001) The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position. *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2, p. 45–62.
- Klincewicz, K. (2005) *Strategic alliances in the high-tech industry*. Berlin: Logos Verlag.
- LiMux (2008) *LiMux – Die IT-Evolution. Freie Software in München – Überblick*. Data dostępu: 11 marca 2008. <http://www.muenchen.de/Rathaus/dir/limux/ueberblick/147191/index.html>
- McGrath, M.E. (2001) *Product Strategy for High-Technology Companies*. New York: McGraw-Hill.
- Messerschmitt, D.G., Szyperski, C. (2003) *Software Ecosystem. Understanding an Indispensable Technology and Industry*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Niman, N.B. (2002) Platform externalities and the antitrust case against Microsoft. *The Antitrust Bulletin*, Winter 2002, p. 641–660.
- Pardolesi, R., Renda, A. (2004) The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill? *World Competition*, Vol. 27, No. 4, p. 513–566.
- Ponsoldt, J.F., David, Ch.D. (2007) A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted? *Northwestern Journal of International Law & Business*, No. 27, p. 421–451.
- Schmalensee, R. (2000) Antitrust Issues in Schumpeterian Industries. *AEA Papers and Proceedings*, May 2000, p. 192–196.
- Shapiro, C., Varian, H.R. (1999) *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*. Boston: Harvard Business School Press.
- Stigler, G.J. (1963) United States vs. Loew's Inc.: A Note on Block-Booking. *Supreme Court Review*, No. 152, p. 152–157.

- Szpringer, Włodzimierz (2003) *Dystrybucja w gospodarce cyfrowej. Między monopolem a konkurencją*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Tapscott, D. (1998) *Gospodarka cyfrowa*. Warszawa: Business Press.
- Varian, H., Farrell, J., Shapiro, C. (2004) *The Economics of Information Technology. An Introduction*. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press.
- Yoffie, D.B. (1997) *Competing in the Age of Digital Convergence*. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press.

Notki o autorach

Tomasz Bagdziński – dr, wspólnik w spółce zajmującej się doradztwem prawnym i podatkowym Vinge, stypendysta Tokio Foundation na Catholic University of America oraz Fundacji Kościuszkowskiej na uniwersytetach Georgetown oraz Yale. Stały Współpracownik CSAiR.

Krzysztof Klineciewicz – dr hab. nauk o zarządzaniu, pracownik Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Zajmuje się tematyką zarządzania technologiami i innowacjami. Posiada wieloletnie doświadczenie na stanowiskach doradczych i menedżerskich w branży informatycznej w Polsce, Finlandii i Wielkiej Brytanii, potwierdzone zawodowym tytułem chartered marketer brytyjskiego Chartered Institute of Marketing. Stypendysta Collegium Invisible, rządu japońskiego i Fundacji na rzecz Nauki Polskiej. Członek Zwyczajny CSAiR.

Dawid Miąsik – dr, adiunkt w Zakładzie Prawa Konkurencji Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Asystent-specjalista członek Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego oddelegowany do Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych. Członek kolegium redakcyjnego Europejskiego Przeglądu Sądowego. Wykładowca Krajowego Centrum Szkolenia Kadr Sądów Powszechnych i Prokuratury. Stypendysta Fullbrighta i Fundacji im. Stefana Batorego. Członek Stowarzyszony CSAiR.

Małgorzata Surdek – adwokat, partner w kancelarii CMS Cameron McKenna kieruje praktyką prawa konkurencji i pomocy publicznej; przygotowuje pracę doktorską nt. „Licencja przymusowa na prawa własności intelektualnej – granice interwencji antymonopolowej”. Stały Współpracownik CSAiR.

Tadeusz Skoczny – dr hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego. Kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW (*Jean Monet Chair on European Economic Law*). Członek Zwyczajny i kierownik CSAiR.

Anna Warzybok – asystent w Zakładzie Europeistyki Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie. Absolwentka zarządzania, europeistyki oraz studiów podyplomowych z zakresu zarządzania projektami i funduszami UE.

Podstawowe źródła

AKTY PRAWNE

- Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z 1957 r. – ostatnia wersja skonsolidowana Dz.Urz. WE 2006 C 321/E37.
- Rozporządzenie Rady nr 17/62 z 06.02.1962 r. w sprawie wprowadzenia w życie przepisów o konkurencji ustanowionych w art. 85 i 86 Traktatu, Dz. U. EWG 1962 C 13/204. Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 8, t. 1, s. 3.
- Dyrektywa Rady nr 91/250/EWG z 14.05.1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.Urz. EWG 1991 L 122/42). Dz.Urz. UE. Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 17, t. 1, s. 114.
- Rozporządzenie nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie przepisów o konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz.Urz. UE L 1/1; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 8, t. 2, s. 205.
- Rozporządzenie Komisji (WE) nr 773/2004 z 07.04.2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowania zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE, Dz.Urz. UE 2004 L 123/18. Polskie wydanie specjalne 2004, rozdz. 8, t. 3, s. 81.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2007 C 303/1.
- Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej TRIPS (załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu), Dz. U. z 1996 r., nr 32, poz. 143.
- Tunney Act, 15 U.S.C. § 16.
- Ustawa (antytrustowa) Shermana z 02.07.1890 r. (15 U.S.C. §§ 1-7). Tłum. pol., w: Pozaeuropejskie ustawy antymonopolowe. Projekt PHARE: Harmonizacja polskiego prawa antymonopolowego z regułami konkurencji Unii Europejskiej, Seria: Wybrane ustawy antymonopolowe, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 31–34.
- Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 244 poz. 2080.
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. Nr 50, poz. 331.

DECYZJE I WYROKI

- Decyzja KE w sprawie *Vaassen/Moris*, Dz.Urz. EWG 1979 L 19/32.
- Decyzja KE w sprawie *IBM*, Dz.Urz. EWG 1984 L 118/24.
- Decyzja KE w sprawie *British Sugar*, Dz.Urz. EWG 1988 L 284/41.
- Decyzja KE w sprawie *Eurofis-Bauco p. Hilti*, Dz.Urz. EWG 1988 L 65/9.
- Decyzja KE w sprawie *Hilti AG*, Dz.Urz. EWG 1988 L 65/19.

- Decyzja KE w sprawie *Napier Brown – British Sugar*, Dz.Urz. EWG 1988 L 284/41.
- Decyzja KE w sprawie *Tetra Pak (BTG License)*, Dz.Urz. EWG 1988 L 272/27.
- Decyzja KE w sprawie *Tetra Pak Int. SA*, Dz.Urz. EWG 1992 L 72/1.
- Decyzja KE w sprawie *Port of Rødby*, Dz.Urz. WE 1994 L 55/52.
- Decyzja KE w sprawie *ATLAS*, Dz.Urz. WE 1996 L 239/23.
- Decyzja KE w sprawie *FAG*, Dz.Urz. WE 1998 L 72/30.
- Decyzja KE w sprawie *Coca Cola*, Dz.Urz. UE 2005 L 253/21.
- Decyzja KE w sprawie COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, Dz.Urz. UE 2007 L 32/23.
- Wyrok ETS w sprawie 6/72 *Europemballage & Continental Can p. Komisji*, Zb. Orz. 1973, s. 215.
- Wyrok ETS w sprawie 6/73 *Commercial Solvents p. Komisji*, Zb. Orz. 1974, s. 357.
- Wyrok ETS w sprawie 87/76 *Hoffmann-La Roche p. Komisji*, Zb. Orz. 1979, s. 461.
- Wyrok ETS w sprawie 311/84 *CBEM p. CLT i IPP (Télémarketing)*, Zb. Orz. 1985, s. 3261.
- Wyrok ETS w sprawie 238/87 *Volvo p. Veng*, Zb. Orz. 1988, s. 6211.
- Wyrok ETS w sprawie 53/87 *CICRA p. Renault*, Zb. Orz. 1988, s. 6039.
- Wyrok ETS w sprawie C-241&242/91/P *RTE i ITP p. Komisji (Magill)*, Zb. Orz. 1995, s. I-743.
- Wyrok ETS w sprawie C-333/94 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1996, s. I-595.
- Wyrok ETS w sprawie C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG p. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG i Mediaprint Anzeiengesellschaft mbH & Co KG*, Zb. Orz. 1998, s. I-7791.
- Wyrok ETS w sprawie C-395/96 i C-396/96 *Compagnie maritime belge transports and Others p. Komisji (CBM)*, Zb. Orz. 2000, s. I-1365.
- Wyrok ETS w sprawie C-418/01 *IMS Health GmbH & Co OHG p. NDC Health GmbH & Co KG*, Zb. Orz. 2002, s. I-3401.
- Wyrok ETS w sprawie C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) p. Telefónica de España SA*, Dz.Urz. UE 2008 C/9.
- Wyrok SPI w sprawie T-30/89 *Hilti p. Komisji*, Zb. Orz. 1991, s. II-1439.
- Wyrok SPI w sprawie T-65/89 *BPB Industries*, Zb. Orz. 1993, s. II-389.
- Wyrok SPI w sprawie T-83/91 *Tetra Pak Int SA p. Komisji*, Zb. Orz. 1994, s. II-755.
- Wyrok SPI w sprawie T-229/94 *Deutsche Bahn p. Komisji*, Zb. Orz. 1997, s. II-1689.
- Wyrok SPI w sprawie T-504/93 *Tiercé Ladbroke p. Komisji*, Zb. Orz. 1997, s. II-923.
- Wyrok SPI w sprawie T-228/97 *Irish Sugar p. Komisji*, Zb. Orz. 1999, s. II-2969.
- Wyrok SPI w sprawie T-65/98 *Van den Bergh Foods p. Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4653.
- Wyrok SPI w sprawie T-203/01 *Michelin p. Komisji*, Zb. Orz. 2003, s. II-4071.
- Wyrok SPI w sprawie T-201/04 *Microsoft p. Komisji*, Dz.Urz. UE 2007 C 269/45.
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540, 41 L.Ed 1007 (1897).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Continental Paper Bag v. Eastern Paper Bag*, 210 U.S. 405 (1908).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S. Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. United States Steel Corporation*, 251 U.S. 417, 40 S. Ct. 293, 64 L.Ed. 343 (1920).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Fashion Originators' Guild v. FTC*, 312 U.S. 457, 61 S.Ct. 703, 85 L.Ed. 949 (1941).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *International Salt Co. v. United States*, 332 US 392, 68 S.Ct. 12, 92 L.Ed. 20 (1947).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951).

- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Times-Picayune Publishing Co. v. U.S.*, 345 U.S. 594 (1953).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29, 80 S.Ct. 503, 4 L.Ed.2d 505 (1960).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. Jerrold Elecs. Corp.*, 1878 F. Supp. 545, 557.
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 263, 83 S.Ct. 696, 702, 9 L.Ed.2d 738, 746 (1963).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc. (Sylvania)*, 433 U.S. 36 (1977).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *National Society of Professional Engineers v. United States (Professional Engineers)*, 435 U.S. 679 (1978).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Co. (BMI)*, 441 U.S. 1 (1979).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Catalano, Inc. v. Target Saled, Inc.*, 446 U.S. 643, 646, 100 S.Ct. 1925, 1927, 64 L.Ed.2d 580 (1980).
- Wyrok w sprawie *United States v. Realty Mutli-List, Inc.*, 629 F.2d 1351, 1363 (5th Cir. 1980).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 102 S.Ct. (1982).
- Wyrok w sprawie *United States v. American Telephone & Telegraph Company Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C.1982)
- Wyrok w sprawie *United States v. Southern Motor Carriers*, 672 F.2d (1982).
- Wyrok w sprawie *MCI Comm. Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S., 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S.Ct., 2948, 2962, 82 L.Ed.2d 70, 85 (1984).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States*, 471 U.S. 48 (1985).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 106 S. Ct. 2009, 90 L.Ed.2d 445 (1986).
- Wyrok w sprawie *Miller Institutform v. Institutform of North America*, 830 F.2d 609 (6th Cir. 1986).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 110 S. Ct. 768, 107 L.Ed.2d 851 (1990).
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Services*, 504 U.S. 451 (1992).
- Wyrok w sprawie *Data General v. Grumman Systems Support*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).
- Wyrok w sprawie *Image Technical Services v. Eastman Kodak*, 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).
- Wyrok w sprawie *Aldridge Corp. v. Microsoft Corp.*, 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998).
- Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. (D.D.C. 1997), potwierdzone w części 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998).
- Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp. No. CIV.A. 98-1232*, 1998 WL 614485 (D.D.C. Sept. 14, 1998).
- Wyrok w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3d (D.C. Cir. 1998).
- Wyrok w sprawie *Integrgraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Fed Cir. 1999).
- Stanowisko sądu w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp.2d (D.D.C. 1999) (Findings of Facts).
- Wyrok w sprawie *CSU v. Xerox*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).
- Wyrok w sprawie *Indep. Serv. Orgs Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322, 1325 (Fed. Cir. 2000).

Stanowisko sądu w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp.2d (D.D.C. 2000) (Conclusions of Law).

Stanowisko sądu w sprawie *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 103 (D.C. Cir. 2001).

Stanowisko sądu w sprawie *New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76, 87 (D.D.C. 2002).

WYDAWNICTWA ZWARTE

Altman L., Callmann R. 1990, *Callmann on Unfair Competition. Trademarks and Monopolies*, Sweet & Maxwell Ltd.

Amato G. 1997, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing.

Anderman S. 2000, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford.

Anderman S.D. (red.) 2007, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press.

Aplin T.F. 2005, *Copyright Law in the Digital Society: The Challenges of Multimedia*, Hart Publishing.

Areeda P.E., Elhague E., Hovenkamp H. 1996, *Antitrust Law*, Little, Brown and Company, Boston.

Areeda P.E., Kaplow L. 1997, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*, Little, Brown and Company, Boston.

Armentano D.T., Brozen Y. 1996, *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*, Independent Institute.

Auletta K. 2001, *World War 3.0: Microsoft and Its Enemies*, Random House.

Authors of Aspatore Books 2004, *Inside the Minds: Winning Antitrust Strategies. Leading Attorneys on Mastering the Laws that Regulate, Promote & Protect Competition*, Aspatore Books.

Barczewski M. 2007, *Traktatowa ochrona praw autorskich i praw pokrewnych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.

Barrett W., Price Ch., Hunt T. 2008, *iProperty: Profiting from Ideas in an Age of Global Innovation*, John Wiley & Sons.

Barta J. (red.) 2004, *Problemy prawa własności intelektualnej*, z. 83, ZNUJ, Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej, Wolters Kluwer Polska, Kraków.

Barta J., Czajkowska-Dąbrowska M., Cwiakalski Z., Markiewicz R., Traple E. 2005, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Kraków.

Barta J., Markiewicz R. 2005a, *Oprogramowanie open source w świetle prawa. Między własnością a wolnością*, Wolters Kluwer Polska, Kraków.

Barta J., Markiewicz R. 2005b, *Prawo autorskie. Przepisy, orzecznictwo, umowy międzynarodowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.

Barta J., Markiewicz R. 2007, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Wolters Kluwer Polska, Kraków.

Beckner P. 2000, *Trial and error: United States v. Microsoft*, Citizens for a Sound Economy Foundation.

Bellamy & Child. 2008, *European Community Law of Competition*, Oxford.

Blanco L.O. 2008, *Market Power in EC Antitrust Law*, Hart Publishing.

Bork R. 1993, *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, New York.

Brinkley J., Lohr S. 2000, *U.S. v. Microsoft: The Inside Story of the Landmark Case*, Mcgraw-Hill.

Cabanellas G. 1988, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Law on Transfer of Technology Transactions*, Wiley-VCH.

Cabanellas G. 1996, *Antitrust and Direct Regulation of International Transfer of Technology*, John Wiley & Sons.

Cabanellas G., Massaguer J. 1991, *Know-How Agreements and EEC Competition Law*, John Wiley & Sons Ltd.

Call S. 1986, *The Deal of the Century: The Breakup of AT&T*, Atheneum, Nowy Jork.

Campbell-Kelly M. 2004, *From Airline Reservations to Sonic the Hedgehog. A History of the Software Industry*, The MIT Press.

- Cho J.W. 2007, *Innovation and Competition in the Digital Network Economy: A Legal and Economic Assessment on Multi-tying Practice and Network Effects*, Kluwer Law International.
- Choate P. 2005, *Hot Property: The Stealing of Ideas in an Age of Globalization*, Knopf.
- Choi J.P. 2006, *Recent Developments in Antitrust: Theory and Evidence*, The MIT Press.
- Chow K.B., Dutfield G., Suthersanen U. 2007, *Innovation Without Patents: Harnessing the Creative Spirit in a Diverse World*, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Christensen C. 2000, *The Innovator's Dilemma*, Harper Business, New York.
- Classen H.W. 2007, *A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensor*, American Bar Association.
- Cornish W., Llewellyn D. 2003, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London.
- Cruz J.B. 2002, *Between Competition and Free Movement*, Hart Publishing.
- Cusumano M.A., Yoffie D.B. 1998, *Competing on Internet time. Lessons from Netscape and Its Battle with Microsoft*, The Free Press, New York.
- de Carvalho N.P. 2002, *The TRIPS Regime of Antitrust and Undisclosed Information*, Aspen Publishers.
- Dimancesc K. 2007, *Competition and Antitrust Law & Practice in Europe*, World Trade Executive Inc.
- Dreier T., Gielen Ch., Hacon R. 2006, *Concise Commentary Of European Intellectual Property Law Series*, Kluwer Law International.
- Dreier T., Hugenholtz P.B. 2006, *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International.
- Drexel J. 2003, *The Future of Transnational Antitrust: From Comparative to Common Competition Law*, Kluwer Law International, 2003.
- Drexel J. 2007, *Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A 'More Economic Approach' to Competition by Imitation and to Competition by Substitution*, w: Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Drexel J., Conde Gallego B., Enchelmaier S., Mackenrodt M.-O. 2007, *Art. 82 EC: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Heidelberg, Berlin.
- du Vall M. 2005, *Prawo własności przemysłowej*, t. I, Wolters Kluwer Polska, Kraków.
- Dworkin G. 1998, *Unfair Competition Law*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Editors of American Bar Association 2005, *Handbook on the Antitrust Aspects of Standards Setting*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2006a, *Antitrust Compliance. Perspectives and Resources for Corporate Counselors*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2006b, *Antitrust Compliance: Perspectives and Resources for Corporate Counselor*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2006c, *Market Power Handbook: Competition Law and Economic Foundation*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2006d, *Model Jury Instructions in Civil Antitrust Cases*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2006e, *Obtaining Discovery Abroad*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2007a, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution*, American Bar Association.
- Editors of American Bar Association 2007b, *Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors*, American Bar Association.
- Edward S. 2006, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press.
- Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Eisenach J.A., Lenard T.M. 1999, *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust*, Springer.
- Elhague E., Geradin D. 2007, *Global Antitrust. Law and Economics*, Foundation Press.
- Elhague E., Geradin D. 2007, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing.

- Ellig J. 2004, *Dynamic Competition and Public Policy. Technology, Innovation, and Antitrust Issues*, Cambridge University Press.
- Epstein R.A. 2007, *Antitrust Consent Decrees in Theory and Practice: Why Less Is more*, AEI Press.
- Epstein R.A., Greve M.S. 2004, *Competition Laws in Conflict*, AEI Press.
- Etro F. 2007, *Competition, Innovation, and Antitrust: A Theory of Market Leaders and Its Policy Implications*, Springer.
- Evans D.S. 2002, *Microsoft, Antitrust and the New Economy*, Kluwer Academic Publishers Group.
- Evans D.S., Hagiu A., Schmalensee R. 2006, *Invisible Engines: How Software Platforms Drive Innovation and Transform Industries*, The MIT Press.
- Ezrachi A. 2008, *EC Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing.
- Faull J., Nikpay A. 2007, *The EC law of competition*, Oxford.
- Fine F.L. 2006, *The EC Competition Law on Technology Licensing*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Fisher R.M., Rubinfeld D.L., Schmalensee R.L., Evans D.S. 2000, *Did Microsoft Harm Consumers? Two Opposing Views*, AEI Press.
- Forrester I. 2007, *Regulating Intellectual Property Via Competition? Or Regulating Competition Via Intellectual Property: Ten Years On, the Debate Still Flourishes*, w: Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Fox E. 2007, *Monopolization, Abuse of Dominance, and Refusal to License Intellectual Property to Competitors – Do Antitrust Duties Help or Hurt Competition and Innovation? How Do We Know?*, w: Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Fox E.M., Crane D.A. 2007, *Antitrust Stories*, Foundation Pres.
- Furse M. 2000, *EC Competition Law and the Computing Industry*, Informa Professional.
- Gawer, A., Cusumano, M.A. 2002, *Platform Leadership: How Intel, Microsoft, and Cisco Drive Industry Innovation*, Harvard Business School Press, Boston.
- Gey P. 2001, *Das Berufungsurteil in Sachen Microsoft – Kartellrecht in dynamischen Technologiemarkten*, WuW, z. 10.
- Ghidini G. 2006, *Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Ghidini G., Arezzo E. 2007, *On the Intersection of IPRs and Competition Law With Regard to Information Technology Markets*, w: Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Glader M. 2006, *Innovation Markets and Competition Analysis. EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Golat R. 2006, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Gordon R.R. 2002, *Antitrust Abuse in the New Economy: The Microsoft Case*, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Graham S., Boarlu A. 2004, *Microsoft Augments Intellectual Property Indemnification*, IDC Research.
- Gruszow L. 2002, *Uzyskiwanie patentów europejskich w trybie międzynarodowym, Euro – PCT*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa.
- Guellec D., van Pottelsberghe De La Potterie B. 2007, *The Economics of the European Patent System: IP Policy for Innovation and Competition*, Oxford University Press.
- Guibault L., van Daalen O. 2006, *Unravelling the Myth around Open Source Licences*, Asser Press.
- Hahn R.W. 2003, *High-Stakes Antitrust*, Brookings Institution U.S.
- Halpern S.W., Nard C.A. 2006, *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, Trademark*, Kluwer Law International.
- Hamel G., Prahalad, C.K. 1999, *Przewaga konkurencyjna jutra*, Business Press, Warszawa.
- Haracoglou I. 2008, *Competition Law and Patents*, Edward Elgar Publishing Ltd.
- Harison E. 2008, *Intellectual Property Rights, Innovation and Software Technologies: The Economics of Monopoly Rights and Knowledge Disclosure*, Edward Elgar Publishing Ltd.

- Heilemann J. 2003, *Pride Before the Fall: The Trials of Bill Gates and the End of the Microsoft Era*, Diane Pub. Co.
- Hildebrand D. 2002, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules* (European Monographs No. 17), Kluwer Law International.
- Holmes M., Davey L. 2004, *A Practical Guide to National Competition Rules Across Europe*, Kluwer Law International.
- Hovenkamp H. 2005, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Group Publishing.
- Hovenkamp H. 2005, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Harvard University Press.
- Hovenkamp H., Janis M. D., Lemley M. A. 2002, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Aspen Law & Business Publishers.
- Hovenkamp H., Janis M., Lemley M. 2005, Unilateral Refusals to License in the US, w: Lévêque F., Shelanski H.A. 2005, *Antitrust, Patents And Copyright: EU And US Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics)*, Edward Elgar Publishing.
- Hylton K.N. 2003, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge University Press.
- Iansiti M., Levien R. 2004, *The Keystone Advantage: What the New Dynamics of Business Ecosystems Mean for Strategy, Innovation, and Sustainability*, Harvard Business School Press, Boston.
- Jacob. R., Alexander D., Lane L. 2004, *A Guidebook to Intellectual Property: Patents, Trade Marks, Copyright and Designs*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Jaffe A.B. 2007, *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*, Princeton University Press.
- Jaffe A.B., Lerner J. 2006, *Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It*, Princeton University Press.
- Joelson M. 2001, *An International Antitrust Primer – A Guide to the Operation of the United States, European*, Springer.
- Jones A., Sufrin B. 2004, *EC competition law*, Oxford.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.) 2004, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej: orzecznictwo*, t. 1, *Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.) 2005, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej: orzecznictwo*, t. 2, *Orzeczenia Sądu Pierwszej Instancji z lat 1990–2004*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Jurkowska A., Skoczny T. (red.) 2007, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Kaserman D.L. 1994, *Government and Business: The Economics of Antitrust and Regulation*, Harcourt Brace College Publishers.
- Kasprzycki D. 2007, *The abuse of dominant position on the software market. The Microsoft example*, w: Matlak A. (red.) 2007, *Recent developments in IP law*, z. 99, ZNUJ. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Kieff F.S. 2002, *United States V. Microsoft*, Foundation Press.
- Klincewicz, K. 2005, *Strategic alliances in the high-tech industry*, Logos Verlag, Berlin.
- Kokkoris I. 2007, *Competition Cases from the European Union*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Komninos A. 2007, *EC Private Antitrust Enforcement*, Hart Publishing.
- Kopel D.B. 2001, *Antitrust after Microsoft: The Obsolescence of Antitrust in the Digital Era*, Heartland Inst.
- Korah V. 2006a, *Cases and Materials on ED Competition Law*, Hart Publishing.
- Korah V. 2006b, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing.
- Körber T. 2007, *Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationsschutz und Machtmissbrauch. Zum Microsoft-Urteil des EuG vom 17.09.2007*, WuW z. 112.
- Kotarba W. 2005, *Ochrona wiedzy w Polsce*, Orgmasz, Warszawa.
- Kunzlik P.F. 2008, *Antitrust in the Global Era*, Oxford University Press.

- Kwatinetz M., Schutte R. 1993, *FTC Investigation of Microsoft*, Black Book.
- Kwoka J.E., White L.J. 2003, *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Oxford University Press.
- Landes W.M., Posner R.A. 2003, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press.
- Lang J. 2008, *The Application of the Essential Facility Doctrine to Intellectual Property Rights under European Competition*, w: Lévêque F., Shelanski H.A. 2005, *Antitrust, Patents And Copyright: EU And US Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics)*, Edward Elgar Publishing.
- Langer J. 2008, *Tying And Bundling As A Leveraging Concern Under EC Competition Law*, Kluwer Law International.
- Leonard G.K., Stiroh L.J. 2005, *Economic Approaches to Intellectual Property Policy, Litigation, and Management*, NERA Economic Consulting.
- Lessig L. 2002, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage.
- Lévêque F. 2005, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, w: Lévêque F., Shelanski H.A. 2005, *Antitrust, Patents And Copyright: EU And US Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics)*, Edward Elgar Publishing.
- Lévêque F., Shelanski H.A. 2005, *Antitrust, Patents And Copyright: EU And US Perspectives (New Horizons in Competition Law and Economics)*, Edward Elgar Publishing.
- Liberman A., Chrocziel P., Levine R., 2008, *International Licensing and Technology Transfer: the Practice and the Law*, Kluwer Law International.
- Liebowitz S.J., Margolis S.E., Hirshleifer J. 2001, *Winners, Losers & Microsoft*, Independent Institute.
- Lott J. 1999, *Are Predatory Commitments Credible?: Who Should the Courts Believe?*, University Of Chicago Press.
- Majcher J. 2007, *IMS Health GmbH & Co. OHG przeciwko NDC Health GmbH & Co. KG*, w: Jurkowska A., Skoczny T. (red.) 2007, *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Matlak A. (red.) 2007a, *Zagadnienia prawa własności intelektualnej*, z. 98, ZNUJ. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Matlak A. (red.) 2007b, *Recent developments in IP law*, z. 99, ZNUJ. Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Matlak A. 2004, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, Wolters Kluwer Polska, Kraków.
- Matlak A. 2007, *Charakter prawny regulacji dotyczących zabezpieczeń technicznych utworów*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- May Ch. 2007, *Digital Rights Management: The Problem of Expanding Ownership Rights*, Chandos Publishing.
- McChesney F.S., Shughart II W.F. 1995, *The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective*, University Of Chicago Press.
- McGrath M.E. 2001, *Product Strategy for High-Technology Companies*, McGraw-Hill, New York.
- McKenzie R.B. 2000, *Trust on Trial How the Microsoft Case is Reframing the Rules of Competition*, The Perseus Books Group.
- McKenzie R.B. 2001, *Antitrust on Trial. How the Microsoft Case Is Reframing the Rules of Competition*, The Perseus Books Group.
- McKenzie R.B., Lee D.R. 2007, *In Defense of Monopoly: How Market Power Fosters Creative Production*, University of Michigan Press.
- Meeker H.J. 2008, *The Open Source Alternative: Understanding Risks and Leveraging Opportunities*, John Wiley & Sons.
- Messerschmitt D.G., Szyperski C. 2003, *Software Ecosystem. Understanding an Indispensable Technology and Industry*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts.
- Miąsik D. 2004, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym. Studium prawnoporównawcze*, Zakamycze, Kraków.
- Michalak A. 2006, *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne*, Wolters Kluwer Polska, Kraków.
- Middleton K. 2007, *Blackstone's UK and EC Competition Documents*, Oxford University Press.

- Möllers T.M.J., Heinemann A. 2008, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge University Press.
- Monti G. 2007, *EC competition law*, Cambridge.
- Mosso C.E., Ryan S.A., Albeck S., Tierno Centella M.L. 2007, *Article 82*, w: Faull J., Nikpay A. 2007, *The EC law of competition*, Oxford.
- Motta M. 2007, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- Murray A. 2004, *A Fair Referee?*, The European Commission and EU Competition Policy, Centre for European Reform.
- Nizankowska A.M. 2007, *Prawo do integralności utworu*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa.
- Noonan Ch. 2008, *The Emerging Principles of International Competition Law*, Oxford University Press.
- Nowicka A. (red.) 2005, *Prawo prywatne czasu przemian – księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśńskiemu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań.
- Nowińska E. 2005, *Prawo własności przemysłowej*, t. II, Wolters Kluwer Polska, Kraków.
- Nuyts A. 2008, *International Litigation in Intellectual Property and Info Technology*, Kluwer Law International.
- O'Donoghue R., Padilla A.J. 2006, *The law and economics of article 82*, Oxford, Portland.
- Page W.H., Lopatka J.E. 2007, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, The University of Chicago Press.
- Pate R.H. 2007, *Competition and Intellectual Property in the US: Licensing Freedom and the Limits of Antitrust*, w: Ehlermann C.D., Atanasiu I. 2007, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland.
- Peritz R.J.R. 1996, *Competition Policy in America, 1888-1992: History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press.
- Philips L. 1995, *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*, Cambridge University Press.
- Posner R. 1976, *Antitrust – economic analysis*, Chicago.
- Puglisi C. 1999, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, World Bank Publications.
- Rahnasto I. 2003, *Intellectual Property Rights, External Effects and Anti-Trust Law: Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford University Press.
- Reynolds A. 2001, *The Microsoft Antitrust Appeal*, Hudson Institute.
- Ritter L., Braun W.D. 2005, *European Competition Law: a practitioner's guide*, Kluwers Law International, Hague.
- Rodger B., MacCulloch A. 2008, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, Taylor & Francis Ltd.
- Rosen J. 2001, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, Vintage.
- Sacker F.J., Montag F., Hirsch G. 2007, *Competition Law. Article-by-article Analysis*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Sacker F.J., Montag F., Hirsch G. 2007, *Competition Law: European Community Practice & Procedure*, Sweet & Maxwell.
- Saxby S. 1990, *Encyclopedia of Information Technology Law*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Scalia A., Gutmann A. 1998, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press.
- Schumpeter J. 1962, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York.
- Scott M.D. 2006, *Scott on Information Technology Law*, Aspen Publishers.
- Senftleben M. 2004, *Copyright, Limitations and the Three-step Test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Shapiro, C., Varian, H.R. 1999, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston.
- Skoczny T. 2002a, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1: *Reguly generalne*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.

- Skoczny T. 2002b, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2: *Reguły sektorowe*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Skubisz R. 2005, *Dylematy wyczerpania prawa z rejestracji znaku towarowego w prawie Unii Europejskiej*, w: Nowicka A. (red.) 2005, *Prawo prywatne czasu przemian – księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Soltyśkiemu*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań.
- Slot P.J., Johnston A. 2006, *An introduction to competition law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon.
- Sozański J. 2005, *Własność intelektualna i przemysłowa w Unii Europejskiej*, Polskie Wydawnictwo Prawnicze Iuris Sp. z o.o., Warszawa.
- Spence M. 2007, *Intellectual Property*, Oxford University Press.
- Stamatoudi I. 2007, *Copyright and Multimedia Products: A Comparative Analysis*, Cambridge University Press.
- Stothert Ch. 2007, *Parallel Trade in Europe. Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing.
- Swan E.J. 2006, *Market Abuse Regulation*, Oxford University Press.
- Szczepanowska-Kozłowska K. 2003, *Wyczerpanie praw własności przemysłowej. Patent i prawo ochronne na znak towarowy*, C.H. Beck, Warszawa.
- Szpringer W. 2003, *Dystrybucja w gospodarce cyfrowej. Między monopolem a konkurencją*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa.
- Tapscott D. 1998, *Gospodarka cyfrowa*, Business Press, Warszawa.
- Turner J.D.C. 2008, *Intellectual Property Law and EU Competition Law*, Oxford University Press.
- van Beal I., Bellis J.-F. 2005, *Competition law of the European Community*, Hague.
- Varian, H., Farrell, J., Shapiro, C. 2004, *The Economics of Information Technology. An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Viscusi W.K., Harrington J.E., Vernon J.M. 2005, *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press.
- Walker M. 2008, *The Economics of EC Competition Law. Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell Ltd.
- Whinston M.D. 2008, *Lectures on Antitrust Economics*, The MIT Press.
- Wils W. 2002, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: A Study in Law and Economics* (European Monographs No. 33), Kluwer Law International.
- Woo J. 2000, *Copyright Law and Computer Programs: The Role of Communication in Legal Structure*, Garland Publishing.
- Woś T. 1992, *Amerykańskie Prawo Antymonopolowe. W stulecie pierwszej ustawy antymonopolowej – Sherman Act*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków.
- Wu L. (ed.) 2007, *Economics of Antitrust: Complex Issues in a Dynamic Economy*, National Economic Research Associates.
- Wu L. 2004, *Economics of Antitrust: New Issues, Questions, and Insights*, NERA Economic Consulting.
- Wurmnest W. 2007, *The Reform of Article 82 in the Light of the 'Economic Approach'*, w: Drexel J., Conde Gallego B., Enchelmaier S., Mackenrodt M.-O. 2007, *Art. 82 EC: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*, Heidelberg, Berlin.
- Yoffie D.B. 1997, *Competing in the Age of Digital Convergence*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts.

ARTYKUŁY

- Allery P. 2004, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, ECLR, Vol. 25, No. 4.
- Andrews P. 1998, *Aftermarket power in the computer services market: the Digital undertaking*, ECLR, Vol. 19, No 3.

- Andrews P. 2007, *Monopolists in the Marketplace of Ideas*, ECLR, Vol. 28 No. 12.
- Apon J. 2007, *Cases Against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, ECLR, Vol. 28 No. 6.
- Appeldoorn J. 2005, *He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, super dominance and article 82 EC*, ECLR, Vol. 26, No. 12.
- Areeda P. 1989, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, Antitrust Law Journal, No. 58.
- Arezzo E. 2007, *Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*, John Marshall Journal of Computer & Information Law, Vol. 24, No. 3.
- Arezzo E., Ghidini G. 2005, *Patent and Copyright Paradigms vis-a-vis Derivative Innovation: The Case of Computer Programs*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 36, No. 2.
- Art J.-Y. 2004, *The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure*, ECLR, Vol. 25, No. 11.
- Art J.-Y., Mc Curdy G. 2004, *The European Commission's Media Player remedy in its Microsoft decision: compulsory code removal despite absence of tying or foreclosure*, ECLR, Vol. 25, No. 11.
- Bar-Gill O. 2006, *Bundling and consumer misperception*, University of Chicago Law Review, Vol. 73.
- Batchelor B. 2008, *The fallout from Microsoft: the Court of First Instance leaves critical IT industry issues unanswered*, Computer and Telecommunications Law Review, Vol. 14, No. 1.
- Betts M. 2007, *United States versus Microsoft: a case study*, Oklahoma Journal of Law & Technology, Vol. 3.
- Bork R.H. 1965/66, *The Rule of Reason and the Per se Concept, Price Fixing and Market Division*, [I] 74 The Yale Law Journal 775 (1965); [II] 75 The Yale Law Journal 373 (1966).
- Buccirossi P., Ferrari Bravo L., Siciliani P. 2005, *Competition in the Internet Backbone Market*, World Competition, Vol. 28, No. 2.
- Buttigieg E. 2005, *Consumer Interests and the Antitrust Approach to Abusive Practices by Dominant Firms*, ECLR, Vol. 16, No. 5.
- Canetti B. 2004, *Microsoft champions intellectual property rights and loses to European Union competition law: proceeding under article 82 of the EC Treaty Case Comp/C-3/37.792 Microsoft*, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy 24 March.
- Canfield K. 2006, *The Disclosure of Source Code in Software Patents: Should Software Patents Be Open Source?*, The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 7, No. 6.
- Chin A. 2005, *Decoding Microsoft A First Principles Approach*, Wake Forest Law Review, Vol. 40, No. 1.
- Coco R. 2007, *Patent Immunity from Antitrust: the Abbott Cases in the United States*, ECLR, Vol. 28, No. 9.
- David P.A. 1985, *Clio and the Economics of QWERTY*, Economic History, Vol. 75, No. 2.
- Davis J. 2004, *A European constitution for IPRs? Competition, trade marks and culturally significant signs*, CMLR, Vol. 41, No. 4.
- Delrahim M. 2004, *Forcing Firms to Share the Sandbox: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights and Antitrust*, ECLR, Vol. 15, No. 5.
- Derclaye E. 2003, *Abuse of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*, World Competition, Vol. 26, No. 4.
- Derclaye E. 2004a, *The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law*, European Law Review, Vol. 29, No. 5.
- Derclaye E. 2004b, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, World Competition, Vol. 27, No. 3.
- Devlin A. 2007, *A neo-Chicago perspective on the law of product tying*, American Business Law Journal, Vol. 44, No. 3.
- Dewan R.M., Freimer M.L. 2003, *Consumers Prefer Bundled Add-Ins*, Journal of Management Information Systems, Vol. 20, No. 2.
- Dolmans M., Graf T. 2004, *Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, World Competition, Vol. 27, No. 2.

- Dolmans M., Loewenthal P. J., O'Donoghue R. 2007, *Are Article 82 EC and intellectual property interoperable? The State of the law pending the judgment in Microsoft v. Commission*, Journal of Intellectual Property Rights, Vol. 12, No. 5.
- Dolmans M., Pickering V. 1998, *The 1997 Digital undertaking*, ECLR, Vol. 18, No. 2.
- Downes L. 2007, *A Tale of Two Microsofts*, CIO Insight, No. 1.
- Downing R. 1995, *Hilti: the final nail*, ECLR, Vol. 16, No. 1.
- Dreher M., Adam M. 2007, *Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law*, ECLR, Vol. 28, No. 4.
- Ehlermann C.D., Ratliff J. 2005, *Mario Monti's Legacy for Competition Policy in Article 82*, Competition Policy International, Vol. 1, No. 1.
- Etro F. 2008, *Market Leaders, Antitrust Policy and the Software Market*, The ICFAI Journal of Industrial Economics, Vol. 5, No. 1.
- Evans D. S., Nichols A. L., Schmalensee, R. 2005, *U.S. v. Microsoft: Did Consumers Win?*, Journal of Competition Law & Economics, No. 3.
- Evans D., Nichols A. 2005, *United States v. Microsoft: did consumers win?*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 1.
- Evans D., Salinger M. 2005, *Why do firms bundle and tie? evidence from competitive markets and implications for tying law*, Yale Journal on Regulation, Vol. 22.
- Evans D.S. 2005, *How Economists Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective*, World Competition, Vol. 28, No. 1.
- Evans D.S., Noel M. 2005, *Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms*, Columbia Business Law Review, Vol. 2005, No. 3.
- Evans D.S., Padilla A.J. 2004, *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, World Competition, Vol. 27, No. 4.
- Farr S. 1992, *Abuse of a dominant position – the Hilti case*, ECLR, Vol. 13, No. 4.
- Fisher, F.M. 2000, *The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference? Economic Policy Issues Regarding Microsoft*, American Economic Review, Vol. 9, No. 2.
- Fisher, F.M., Rubinfeld, D.L. 2001, *U.S. v. Microsoft – an economic analysis*, The Antitrust Bulletin, Vol. 46, No. 1.
- Fitchen J. 2007, *Grand Designs, Competition 'by Other Means' and New Vistas*, International Review of Law, Computers & Technology, Vol. 21, No. 3.
- Galloway J. 2007, *The Pursuit of National Champions: the Intersection of Competition Law and Industrial Policy*, ECLR, Vol. 28, No. 3.
- Geiger A. 2004, *Patents, Trade marks, Copyrights – a Mission for Article 82 EC?*, ECLR, Vol. 25, No. 5.
- Geradin D. 2004, *Limiting The Scope Of Article 82 EC: What Can The EU Learn From The U.S. Supreme Court's Judgment In Trinko, In The Wake Of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom!*, CMLR, Vol. 41, No. 6.
- Geradin D. 2006, *Standardization and Technological Innovation: Some Reflections on Ex-ante Licensing, FRAND, and the Proper Means to Reward Innovators*, World Competition, Vol. 29, No. 4.
- Gilbert R.J. 2007, *Holding Innovation to an Antitrust Standard*, Competition Policy International, Vol. 3, No. 1.
- Gilbert, R.J., Katz, M.L. 2001, *An economist's guide to U.S. v. Microsoft*, The Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 2.
- Gormsen L.L. 2006, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, The Competition Law Review, Vol. 2, No. 2.
- Grave C. 2005, *The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property – An Austrian Approach*, ECLR, Vol. 26, No. 9.
- Grimes W.S. 2002, *The Antitrust Tying Law Schism: A Critique Of Microsoft III And A Response To Hylton And Salinger*, Antitrust Law Journal, Vol. 70, No. 1.
- Grimes W.S. 2005, *Counterproductive Incentives for Innovation? Exclusionary Conduct in the Sale of an IP Product*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 36, No. 2.

- Gyselen L. 2005, *Multilateral Interchange Fees Under E.U. Antitrust Law: A One-Sided View on a Two-Sided Market?*, Columbia Business Law Review, Vol. 2005, No. 3.
- Hausman J., Leonard G. 2002, *The Competitive Effects of a New Products Introduction: A Case Study*, Journal of Industrial Economics, Vol. 50, No. 3.
- Heide T., Treacy P. 2004, *Compulsory licences of IP rights: easier to get after the IMS health decision?*, Computer Law & Security Report, Vol. 20, No. 6.
- Heit J. 2006, *The Justifiability of the ECJ's Wide Approach to the Concept of 'Barriers of Entry'*, ECLR, Vol. 27, No. 3.
- Hildebrand D., Schweinsberg A. 2007, *Refined Economic Approach in European State Aid Control—Will it Gain Momentum?*, World Competition, Vol. 30, No. 3.
- Hoseinian F. 2005, *Passing-on Damages and Community Antitrust Policy – An Economic Background*, World Competition, Vol. 28, No. 1.
- Hovenkamp H.J., Janis M.D., Lemley M.A. 2003, *Anticompetitive Settlement of Intellectual Property Disputes*, Minnesota Law Review, Vol. 87.
- Howarth D., McMahon K. 2008, *Windows has Performed an Illegal Operation: the Court of First Instance's Judgment in Microsoft v. Commission*, ECLR, Vol. 29, No. 2.
- Iansiti, M., Levien, R. 2004, *The Keystone Advantage: What the New Dynamics of Business Ecosystems Mean for Strategy, Innovation, and Sustainability*, Harvard Business School Press, Boston.
- Kareff S. 1997, *Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II): the European approach to monopoly leveraging*, Law and Policy in International Business, Vol. 28.
- Kasprzycki D. 2000, *Zagadnienie monopolizacji rynku w prawie Stanów Zjednoczonych na przykładzie Microsoftu*, PPH, nr 3 (2000).
- Kerber W., Vezzoso S. 2005, *EU Competition Policy, Vertical Restraints, and Innovation: An Analysis from an Evolutionary Perspective*, World Competition, Vol. 28, No. 4.
- Klein, B. 2001, *The Microsoft Case: What Can a Dominant Firm Do to Defend Its Market Position*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 15, No. 2.
- Kobayashi B.H. 2005, *Does economics provide a reliable guide to regulating commodity bundling by firms? A survey of the economic literature*, Journal of Competition Law & Economics, Vol. 1, No. 4.
- Kolasiński M. 2007, *Licencje przymusowe we wspólnotowym prawie konkurencji*, Glosa, nr 1.
- Korah V. 1997, *Tetra Pak II – lack of reasoning in Court's judgment*, ECLR, Vol. 18, No. 2.
- Korah V. 2008a, *Dynamic Competition and Public Policy, Technology, Innovation and Antitrust issues*, World Competition, Vol. 31, No. 1.
- Korah V. 2008b, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, World Competition, Vol. 31, No. 1.
- Kordel G. 2006, *Behavioural Economic Analysis of Collective Bargaining Agreements Under EC Antitrust Law*, ECLR, Vol. 27, No. 1.
- Krattenmaker T.G., Salop S.C. 1986, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, The Yale Law Journal, Vol. 96, No. 2.
- Langer J. 2008, *The Court of First Instance's Microsoft decision: just an orthodox ruling in an On-Orthodox case*, Legal Issues of Economic Integration, Vol. 35, No. 2.
- Le N. 2004, *Microsoft Europe and Switching Costs*, World Competition, Vol. 27, No. 4.
- Leslie Ch. 2007, *Tying conspiracies*, William and Mary Law Review, Vol. 48.
- Lévêque F. 2005, *Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case*, World Competition, Vol. 28, No. 1.
- Levy N. 1995, *Tetra Pak II: stretching the limits of article 86*, ECLR, Vol. 16, No. 2.
- Lim D. 2007, *Copyright Under Siege: An Economic Analysis of the Essential Facilities Doctrine and the Compulsory Licensing of Copyrighted Works*, Albany Law Journal of Science and Technology 12.01.2007.
- Lim D. 2008, *Beyond Microsoft: Intellectual Property, Peer Production and the Law's Concern with Market Dominance*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 18, No. 292, Book 2.

- Luder T. 2007, *The Next Ten Years in E.U. Copyright: Making Markets Work*, Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 18, Book 1.
- Mazziotti G. 2005, *Did Apple's Refusal to License Proprietary Information enabling Interoperability with its iPod Music Player Constitute an Abuse under Article 82 of the EC Treaty*, World Competition, Vol. 28, No. 2.
- Mc Curdy G. 2003, *Intellectual Property and Competition: Does the Essential Facilities Doctrine Shed Any New Light?*, EIPR, Vol. 10, No. 4.
- McHardy J. 2006, *Complementary Monopoly and Welfare: Is Splitting up so Bad?*, Manchester School, Vol. 74, No. 3.
- McMahon K. 2007, *Interoperability: 'indispensability' and 'special responsibilities' in High Technology Markets*, Tulane Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 9, No. 1.
- Metaxas G. 2008, *IPR Licensing in Europe post- Microsoft*, Licensing Journal, Vol. 28, No. 2.
- Montagnani M.L. 2007, *Remedies to Exclusionary Innovation in the High-Tech Sector: Is there a Lesson from the Microsoft Saga?*, World Competition, Vol. 30, No. 4.
- Mota S. 2005, *Hide it or unbundle it: a comparison of the antitrust investigations against Microsoft in the U.S. and the E.U.*, Pierce Law Review, Vol. 3.
- Nagy C.I. 2007, *Refusal to deal and the doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and a proposal for a workable analytical framework*, European Law Review, Vol. 32, No. 5.
- Nebbia, P. 2007, *The Notion of 'Urgency' in Interim Proceedings Concerning Competition Law: Some Thoughts After the Microsoft Order*, ECLR, Vol. 28, No. 4.
- Niman, N.B. 2002, *Platform externalities and the antitrust case against Microsoft*, The Antitrust Bulletin, Vol. 47, No. 4.
- Page W.H., Childers S.J. 2007, *Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of the Microsoft Communications Protocol Licensing Requirement*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 14, No. 1.
- Papandropoulos P. 2006, *Article 82: tying and bundling*, Competition Law Insight, No. 6.
- Pardolesi R., Renda A. 2004, *The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?*, World Competition, Vol. 27, No. 4.
- Petritsi E.G. 2005, *The Case of Unilateral Patent Ambush Under EC Competition Rules*, World Competition, Vol. 28, No. 1.
- Piaskoski M., Corley R., Goldman C. 2004, *Proceed with Caution: The Application of Antitrust to Innovation-Intensive Markets*, The Journal of Information, Law and Technology, No 1.
- Piaskoski M., Corley R., Goldman C. 2004, *Proceed with Caution: The Application of Antitrust to Innovation-Intensive Markets*, The Journal of Information, Law and Technology, No 1.
- Pitofsky R. 2001, *Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, Antitrust Law Journal, No. 68.
- Podszun R. 2007, *A Sparkling Decision: Property Rights and Competition Law in a German Abuse Case*, ECLR, Vol. 28, No. 12.
- Ponsoldt J.F., David Ch. D. 2007, *A comparison between U.S. and E.U. antitrust treatment of tying claims against Microsoft: when should the bundling of computer software be permitted?*, Northwestern Journal of International Law and Business, Vol. 27.
- Prete L. 2004, *From Magill to IMS: Dominant Firms' Duty to License Competitors*, ECLR, Vol. 15, No. 5.
- Rafeedie E. 2004, *Judge formally censures Microsoft for infringing on Stac Electronics patents*, Software Industry Report, Vol. 2, No. 12.
- Ridyard D. 2005, *Tying and bundling – cause for complaint*, ECLR, Vol. 26, No. 6.
- Ritter C. 2005, *Refusal to Deal and 'Essential Facilities': Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?*, World Competition, Vol. 28, No. 3.
- Schmidt C. 2007a, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, ECLR, Vol. 28, No. 4.
- Schmidt C. 2007b, *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v. Static Efficiency*, ECLR, Vol. 28, No. 7.

- Schmidt H. 2002, *Article 82's „Exceptional Circumstances” That Restrict Intellectual Property Rights*, ECLR, Vol. 23, No. 5.
- Schneider H. 2006, *An Antitrust Tying Analysis of Microsoft's Security Software Products*, The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 7, No. 3.
- Schroder D., Matthey Ph. 2004, *Germany: abuse of dominant position – internet access – bundling*, ECLR, Vol. 25, No. 8.
- Slothers C. 2001, *Refusal to Supply As Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union*, ECLR, Vol. 22, No. 7.
- Smith R., King S. 2007, *Does Competition Law Adequately Protect Consumers?*, ECLR, Vol. 28, No. 7.
- Stigler G.J. 1963, *United States vs. Loew's Inc.: A Note on Block-Booking*, Supreme Court Review, No. 152.
- Stratakis A. 2006, *Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine*, ECLR, No. 8.
- Sun H. 2005, *Copyright Law Under Siege: An Inquiry into the Legitimacy of Copyright Protection in the Context of the Global Digital Divide*, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 36, No. 2.
- Swora M. 2005, *Zakaz stosowania transakcji wiązanych przez podmioty dominujące na rynku z perspektywy europejskiego, amerykańskiego i polskiego prawa antymonopolowego*, PPE, nr 1.
- Temple Lang J. 2004, *Mandating Access: The Principles and the Problems in Intellectual Property and Competition Policy*, ECLR, Vol. 15, No. 5.
- Topping S. 1994, *Finally nailed down: the Hilti appeal do the ECJ*, European Intellectual Property Review, Vol. 16, No. 12.
- Välimäki M. 2006, *Copyleft Licensing and EC Competition Law*, ECLR, Vol. 27, No. 3.
- Vedder H. 2006, *Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be Used to Protect Consumers Even Better – or Not*, European Business Law Review, Vol. 17, No. 1.
- Waller S.W. 2007, *ABA Section of Antitrust Law, Intellectual Property and Antitrust Handbook*, World Competition, Vol. 30, No. 3.
- Waller S.W. 2007, *The Intersection of Antitrust and Intellectual Property: Cases and Materials*, World Competition, Vol. 30, No. 3.
- Warren L.M. 2006, *Term Interpretation in Patents and Trademarks: Refining the Vicarious Inquiry in Claim Construction*, The Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 7, No. 5.
- Wielsch D. 2004, *Competition Policy for Information Platform Technology*, ECLR, Vol. 25, No. 2.
- Wiking S., Pouncey C., Buhart J. 2008, *Case comment – European Union: competition – refusal to supply*, EIPR, Vol. 30, No. 1.
- Wu T. 2005, *Intellectual Property, Innovation and Decision Architectures. The Law School the University of Chicago*, Public Law and Legal Theory Working Paper, No. 97.

POZOSTAŁE

14th Report on Competition Policy.

17 th Report on Competition Policy.

26th Report on Competition Policy.

27th Report on Competition Policy.

Ayres I., Parchomovsky G. 2007, *Tradable Patent Rights: A New Approach to Innovation*, University of Pennsylvania Law School: Institute for Law & Economic Research Paper No. 07–23.

Azpúrua A., José M. 2005, *Antitrust Court Enforcement in High Technology Markets: Revisiting Microsoft in the Post-Trinko Era*, New York University – School of Law Working Paper 26.10.2005.

Bancilhon F. 2007, *An open letter to Steve Ballmer. 31 października 2007*, <http://blog.mandriva.com/2007/10/31/an-open-letter-to-steve-ballmer/>.

- Barnett T. 2007, *Statement on European Microsoft Decision*, 17 września 2007, <http://www.usdoj.gov/atr/public/pressreleases/2007/226070.htm>.
- Casadesus-Masanell R., Nalebuff B. R., Yoffie D. 2007, *Competing Complements*, NET Institute Working Paper, No. 07-44.
- Chen K., Nalebuff B. J. 2006, *One-Way Essential Complements*, Yale Economic Applications and Policy Discussion Paper, No. 22.
- DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- Di Guardo Ch., Galvagno M. 2007, *he Dynamic Capabilities View of Coopetition: The Case of Intel, Apple and Microsoft*, University of Catania Working Paper 10.09.2007.
- Economides N., Katsamakas E. 2005, *Two-Sided Competition of Proprietary vs. Open Source Technology Platforms and the Implications for the Software Industry*, New York University Law and Economics Research Paper, No. 05-20.
- Economides N., Lianos I. 2008, *The Elusive Antitrust Standard on Bundling in Europe and in the United States at the Aftermath of the Microsoft Cases*, New York University, Law & Economics Research Paper, No. 08-02.
- Friedman M. 1999, *The Business Community's Suicidal Impulse*, Cato Policy Report, March/April 1999, http://www.cato.org/pubs/policy_report/v21n2/cpr399.pdf
- Gaynor D. 2006, *Technological Tying, FTC*, Bureau of Economics Working Paper, No. 284.
- Gordon W.J. 2003, *Chapter 28: Intellectual Property*, Boston University School of Law Working Paper, No. 03-10.
- Greene, T.C. 2001, *Ballmer: 'Linux is a cancer'. Contaminates all other software with Hippy GPL rubbish.* The Register, 2 czerwca 2001, http://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/.
- Hawker N. 2007, *Wintel Under the Antitrust Microscope: A Comparison of the European Intel Case with the U.S. Microsoft Cases*, American Antitrust Institute Working Paper, No. 07-10.
- Hylton K.N. 2006, *Section 2 and Article 82: A Comparison of American and European Approaches to Monopolization Law*, Boston University School of Law Working Paper, No. 06-11.
- Hylton K. N., Deng F. 2006, *Antitrust Around the World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects*, Boston University School of Law Working Paper, No. 06-47.
- IDC. 2007, *The Economic Impact of IT, Software, and the Microsoft Ecosystem on the Global Economy*, Raport IDC, październik 2007, http://download.microsoft.com/download/9/a/2/9a22a977-f5ce-40b0-b9cf-79f49e7e5ff5/IDC_Global_White_Paper.doc.
- Jalles J.T. 2007, *EU Competition Policy: Some Real Case Applications*, FEUNL Working Paper Series, No. 521.
- Krantz M. 1998, *Bill Gates Blinks*, Time 02.02.1998, <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,987757-1,00.html>.
- Lemley M.A. 2007, *A New Balance between IP and Antitrust*, Stanford Law and Economics Olin Working Paper, No. 340.
- LiMux. 2008, *LiMux – Die IT-Evolution*. Freie Software in München – Überblick, <http://www.muenchen.de/Rathaus/dir/limux/ueberblick/147191/index.html>.
- McDonald J. *Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>.
- Meurer M.J. 2003, *Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust*, Boston University School of Law Working Paper No. 03-03.
- Microsoft Concedes Defeat in EU Battle, Financial Times, 23 October 2007.
- Montagnani M.L. 2006, *Predatory and Exclusionary Innovation: Which Legal Standard for Software Integration in the Context of Competition v. Intellectual Property Rights Clash?*, Bocconi Legal Studies Research Paper, No. 2006-12.
- Niedermayer A.F. 2006, *Does a Platform Monopolist Want Competition*, University of Bern Economics Discussion Paper, No. 06-04.
- O'Rourke M.A., Brodley J.F. 2003, *Antitrust Implications of Patent Settlements: An Incentives Modifying Approach*, Boston University School of Law Working Paper, No. 03-08.

- Oświadczenie Microsoftu, Microsoft Statement on Compliance with European Commission 2004 Decision, <http://microsoft.com/presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.msp>.
- Plotkin R. 2004, *Computer Programming and the Automation of Invention: A Case for Software Patent Reform*, Boston University School of Law Working Paper, No. 04-16.
- Rotenberg B. 2005, *The Legal Regulation of Software Interoperability in the EU*, Jean Monnet Working Paper, No. 07/05.
- Scandizzo S. 2001, *Intellectual Property Rights and International R&D Competition*, International Monetary Fund Working Paper, No. 01/81.
- Scherer F.M. 2005, *Technological Innovation and Monopolization*, American Antitrust Institute Working Paper, No. 05-07.
- Schmalensee, R. 2000, *Antitrust Issues in Schumpeterian Industries*, AEA Papers and Proceedings, May 2000.
- Swora M., Trela A., *Amicus curiae w postępowaniu antymonopolowym?* http://www.wsaiz.edu.pl/gfx/7/files/M_Swora_A_Trela_ArtykuCz_poprawiony.pdf.
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. 2007, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, <http://usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>.
- Wystąpienie Komisarz N. Kroes, *Introductory remarks on CFI ruling on Microsoft's abuse of dominant market position*, wygłoszone na konferencji prasowej w Brukseli w dniu 17 września 2007 roku, SPEECH/07/539.

Decyzja Komisji
z dnia 24 maja 2004 r.
odnosząca się do procedury przewidzianej w art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 Porozumienia EOG
przeciwko Microsoft Corporation
(Sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft)
(notyfikowana jako dokument nr C(2004) 900)
(Jedynie wersja w języku angielskim jest autentyczna)
(Tekst mający znaczenie dla EOG)
(2007/53/WE)

W dniu 24 marca 2004 r. Komisja przyjęła decyzję w sprawie postępowania przewidzianego w art. 82 Traktatu WE oraz w art. 54 Porozumienia EOG. Zgodnie z przepisami art. 21 rozporządzenia nr 17⁽¹⁾ Komisja podaje niniejszym do wiadomości nazwy stron oraz istotną treść decyzji, mając na uwadze uzasadnione interesy przedsiębiorstw związane z ochroną ich tajemnic handlowych. Nieopatrzona klauzulą poufności wersja pełnego tekstu omawianej decyzji w autentycznych wersjach językowych postępowania oraz w językach roboczych Komisji znajduje się na stronie internetowej DG COMP pod adresem: http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html.

I. STRESZCZENIE OPISU NARUSZENIA

Adresat decyzji, charakter i czas trwania naruszenia

- (1) Niniejsza decyzja skierowana jest do Microsoft Corporation.
- (2) Microsoft Corporation naruszył przepisy art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG poprzez:
 - odmowę udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności i zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania i dystrybucji systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych od października 1998 r. do daty niniejszej decyzji,
 - umożliwianie nabycia systemu operacyjnego klient Windows wyłącznie pod warunkiem jednoczesnego zakupu odtwarzacza multimedialnego Windows (Windows Media Player, WMP) od maja 1999 r. do daty niniejszej decyzji.

Właściwe rynki

Systemy operacyjne dla komputerów osobistych

- (3) Systemy operacyjne są programami kontrolującymi podstawowe funkcje komputera. Komputery osobiste spełniające funkcję terminala (Client Personal Computers, PC) są komputerami o zastosowaniu ogólnym, przeznaczonymi do użytku przez jedną osobę naraz. Mogą one być połączone w sieć komputerową.
- (4) Można rozróżnić: i) systemy operacyjne dla komputerów z „procesorami Intelu lub kompatybilnymi”; oraz ii) systemy operacyjne dla komputerów z procesorami niekompatybilnymi z układami Intelu. „Procesory Intelu lub kompatybilne” w tym kontekście odnosi się do szczególnego rodzaju struktury sprzętu. „Portowanie” (czyli dostosowanie) systemu operacyjnego dla komputerów z procesorami niekompatybilnymi z układami Intelu (np. Apple MacIntosh), tak aby działał na sprzęcie z procesorami Intelu lub kompatybilnymi, jest długim i kosztownym procesem. Jednakże kwestia zawarcia w definicji właściwego rynku systemów operacyjnych dla komputerów z procesorami Intelu lub kompatybilnymi i systemów operacyjnych dla komputerów z procesorami niekompatybilnymi z układami Intelu może pozostać otwarta, ponieważ ewentualna różnica nie zmieni wyników oceny pozycji rynkowej Microsoft.
- (5) Systemy operacyjne dla urządzeń podręcznych, takich jak komputery kieszonkowe („PDA”) lub „inteligentne” telefony komórkowe oraz systemy operacyjne dla serwerów, nie mogą obecnie być uważane za konkurencyjne substytuty systemów operacyjnych dla komputerów klienckich.
- (6) Jeżeli chodzi o podaż substytutów, program, który obecnie nie istnieje na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych, musiałby ulec znacznym modyfikacjom w celu dostosowania go

⁽¹⁾ Dz.U. L 13 z 21.2.1962, str. 204/62. Rozporządzenie ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 1/2003 (Dz.U. L 1 z 4.1.2003, str. 1).

do szczególnych potrzeb konsumentów na tym rynku. Obejmują one proces tworzenia i testowania, który zajmuje dużo czasu (często ponad rok) i jest kosztowny, a także niesie za sobą poważne ryzyko handlowe. Ponadto z uwagi na dominację spółki Microsoft na właściwym rynku nowy konkurent napotykałby poważne bariery wejścia na rynek.

Systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych

(7) „Usługi (ang. *services*) serwerów grup roboczych” są podstawowymi usługami, z których korzystają pracownicy biurowi w codziennej pracy, takimi jak na przykład współdzielenie plików przechowywanych na serwerach, współdzielenie drukarek i korzystanie z praw użytkowników sieci podlegających centralnemu zarządzaniu przez dział informatyczny ich organizacji. „Systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych” są to systemy operacyjne opracowane i wprowadzone na rynek w celu umożliwienia zbiorowego korzystania z tych usług stosunkowo niewielkiej liczbie komputerów połączonych ze sobą w małą lub średnią sieć.

(8) Dowody zgromadzone przez Komisję w trakcie dochodzenia potwierdziły, że usługi serwerów grup roboczych są postrzegane przez klientów jako odrębny zestaw usług dostarczanych przez serwer. W szczególności istnieje ścisły związek między usługami związanymi z plikami i drukowaniem, z jednej strony, a usługami związanymi z zarządzaniem grupami i użytkownikami, z drugiej: bez prawidłowego zarządzania grupami i użytkownikami użytkownik nie miałby zapewnionego skutecznego i bezpiecznego dostępu do usług związanych ze współdzieleniem plików i drukarek.

(9) Należy odróżnić serwery grup roboczych (serwery wykorzystujące system operacyjny dla serwerów grup roboczych) od serwerów najwyższej klasy, z których korzysta się na ogół przy operacjach wielkiej wagi, takich jak kontrola zasobów, rezerwacje lotnicze lub transakcje bankowe. Tego typu zadania mogą pociągać za sobą konieczność przechowywania ogromnych ilości danych i wymagają najwyższej (często zwanej w języku angielskim *rock-solid* – o kamiennej wytrzymałości) niezawodności i dyspozycyjności⁽²⁾. Są one wykonywane przez kosztowne urządzenia (czasem zwane „serwerami klasy korporacyjnej”) lub przez superkomputery. Z kolei systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych są zwykle instalowane na mniej kosztownych komputerach.

(10) Jednakże nie wszystkie serwery klasy podstawowej są użytkowane jako serwery grup roboczych. Na przykład serwery klasy podstawowej można instalować na „brzegu” sieci i mogą być one wyspecjalizowane w obsłudze Internetu⁽³⁾, zapisywaniu w pamięci podręcznej obiektów internetowych⁽⁴⁾ lub ścianach ogniowych (ang. *firewall*)⁽⁵⁾; wówczas nie są one wykorzystywane do głównych usług serwerów grup roboczych.

(11) Należy również zauważyć, że podczas gdy jedynie usługi związane z plikami, drukowaniem oraz zarządzaniem grupami i użytkownikami stanowią główne usługi serwerów grup roboczych, operacyjne systemy dla serwerów grup roboczych mogą być wykorzystywane do wykonywania programów użytkowych, tak jak w przypadku innych systemów operacyjnych. Programy te są często ściśle związane z dostarczaniem usług dotyczących zarządzania grupami i użytkownikami. Ponieważ systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych są zasadniczo używane w niedrogich urządzeniach, wymienione programy użytkowe zwykle nie wymagają serwerów o najwyższej niezawodności.

Odtwarzacze mediów strumieniowych

(12) Odtwarzacze multimediów są programami użytkowymi przeznaczonymi dla klientów; ich podstawową funkcją jest rozkodowywanie, rozpakowywanie i odtwarzanie (oraz umożliwienie przetwarzania)

⁽²⁾ Niezawodność jest to zdolność systemu operacyjnego do funkcjonowania przez długi okres czasu bez zakłóceń i bez konieczności ponownego uruchamiania systemu. Dyspozycyjność jest to zdolność systemu operacyjnego do funkcjonowania przez długi okres czasu bez konieczności wyłączenia go z użycia dla potrzeb rutynowej konserwacji lub wprowadzenia unowocześnień. Innym aspektem dyspozycyjności jest, w jak krótkim czasie system operacyjny może zacząć ponownie funkcjonować po wystąpieniu awarii.

⁽³⁾ Serwer internetowy obsługuje strony internetowe i umożliwia dostęp do nich za pomocą standardowych protokołów internetowych.

⁽⁴⁾ Pamięć podręczna jest miejscem, w którym przechowuje się tymczasowe kopie obiektów internetowych. Zapisywanie obiektów internetowych w pamięci podręcznej jest zatem metodą przechowywania plików internetowych w celu ich późniejszego ponownego użycia w sposób przyspieszający dostęp docelowego użytkownika.

⁽⁵⁾ Ściana ogniowa jest rozwiązaniem programowo-sprzętowym, które izoluje sieci komputerowe organizacji, chroniąc je tym sposobem przed zagrożeniami zewnętrznymi.

cyfrowych plików audiowizualnych pobieranych w całości (ang. *downloaded*) lub w strumieniu (ang. *streamed*) z Internetu (i innych sieci). Odtwarzacze multimedialnych umożliwiają również odtwarzanie plików audiowizualnych przechowywanych na nośnikach fizycznych, takich jak płyty CD i DVD.

(13) Jeżeli chodzi o popyt na substytuty, tradycyjne urządzenia odtwarzające, takie jak odtwarzacze płyt CD i DVD, nie mogą zastępować odtwarzaczy multimedialnych, ponieważ dysponują one bardzo ograniczonym zestawem funkcji związanych z odtwarzaniem plików multimedialnych. Odtwarzacze multimedialnych opierające się na prawnie zastrzeżonych technologiach stron trzecich, w przeciwieństwie do WMP firmy Microsoft, RealOne Player firmy RealNetworks i Quicktime Player firmy Apple, nie ograniczają w niczym stron trzecich. Odtwarzacze multimedialnych niezdolne do odbioru treści audiowizualnej przesyłanej strumieniowo przez Internet nie mogą zastępować odtwarzaczy mediów strumieniowych, ponieważ nie zaspokajają one szczególnego popytu konsumentów na strumieniową transmisję danych.

(14) Jeżeli chodzi o podaż na substytuty, charakterystyczne właściwości omawianego rynku, takie jak konieczność znacznych inwestycji w badania naukowe i rozwój, ochrona istniejących technologii medialnych poprzez prawa autorskie oraz pośrednie efekty sieci (ang. *network effects*), stanowią bariery dla twórców innych programów użytkowych, w tym odtwarzaczy mediów niestrumieniowych.

Dominacja

Systemy operacyjne dla komputerów osobistych

(15) Microsoft przyznał, że posiada pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych.

(16) Ta pozycja dominująca charakteryzuje się udziałem w rynku, który przynajmniej od 1996 r. utrzymuje się na bardzo wysokim poziomie (90 % i więcej w ostatnich latach) i obecnością bardzo poważnych barier wejścia na rynek. Bariery te są w szczególności związane z obecnością pośrednich efektów sieci. Popularność systemów operacyjnych dla komputerów osobistych wśród użytkowników spowodowana jest ich popularnością wśród producentów programów użytkowych do komputerów osobistych, którzy z kolei dążą do skupienia swoich wysiłków na rzecz rozwoju technologicznego na najbardziej popularnych wśród użytkowników systemach operacyjnych dla komputerów osobistych. Stwarza to samonapędzającą się dynamikę, która chroni pozycję Windows jako faktycznej normy w dziedzinie systemów operacyjnych dla komputerów osobistych („bariera wejścia na rynek dla oprogramowania”).

Systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych

(17) Komisja stwierdza, że Microsoft osiągnął dominującą pozycję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Wniosek ten opiera się w szczególności na następujących ustaleniach:

— Komisja przeanalizowała różne dane w celu dokonania pomiaru udziału Microsoft w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Wszystkie te dane potwierdzają, że Microsoft posiada zdecydowanie największy udział w rynku, wynoszący ponad 50% niezależnie od zastosowanej metody obliczenia, a w większości pomiarów wahający się od 60 do 75%.

— Istnieją bariery wejścia na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. W szczególności im łatwiej jest znaleźć techników wykwalifikowanych w zarządzaniu danym systemem operacyjnym dla serwerów grup roboczych, tym więcej klientów kupuje ten system operacyjny dla serwerów grup roboczych. Z kolei jednak, im bardziej popularny system operacyjny dla serwerów grup roboczych staje się wśród klientów, tym łatwiej jest technikom (i tym bardziej są oni skłonni) zdobyć umiejętności związane z tym produktem. Mechanizm ten można określić w sposób formalny z perspektywy gospodarczej jako efekty sieci.

— Między rynkiem systemów operacyjnych dla komputerów osobistych a rynkiem systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych istnieją silne powiązania handlowe i techniczne. W wyniku tego dominacja spółki Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych ma wielkie znaczenie dla pokrewnego rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych.

Odmowa udzielenia informacji

(18) Niniejsza decyzja ustala, co następuje.

— Microsoft odmówił udzielenia firmie Sun informacji umożliwiających tej firmie opracowanie systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, które mogłyby zostać płynnie zintegrowane ze „strukturą domeny Active Directory”, siecią powiązanych ze sobą protokołów typu klient-serwer i serwer-serwer, według których zorganizowane są sieci grup roboczych Windows. Warto zauważyć, że w celu umożli-

liwienia firmie Sun takiej płynnej integracji Microsoft musiał jedynie dostarczyć specyfikacje właściwych protokołów, tzn. dokumentację techniczną, nie musiałby natomiast podawać kodu źródłowego oprogramowania Windows, nie wspominając o udzieleniu firmie Sun zezwolenia na skopiowanie go. Należy wymienić dalsze dwa fakty stanowiące okoliczności omawianej odmowy. Po pierwsze, odmowa Microsoft wobec firmy Sun jest częścią szerszej taktyki polegającej na odmowie udzielania istotnych informacji jakimkolwiek producentom systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Po drugie, odmowa Microsoft stanowi przerwanie ciągłości dostaw, ponieważ te same informacje dotyczące poprzednich wersji produktów Microsoft zostały udostępnione firmie Sun i ogółowi przemysłu produkcyjnego, w sposób pośredni poprzez wydanie licencji AT&T.

— Odmowa Microsoft stwarza ryzyko usunięcia konkurencji z rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, ponieważ informacje, których udzielenia odmówiono, są niezbędne konkurentom działającym na tym rynku. Dane pochodzące od klientów potwierdzają istnienie powiązania między uprzywilejowaną interoperacyjnością, jaką systemy operacyjne dla serwerów grup roboczych Microsoft dysponują dzięki dominującemu systemowi operacyjnemu dla komputerów osobistych autorstwa Microsoft, a szybkim osiągnięciem pozycji dominującej przez omawiane systemy (i wzrastającym wykorzystywaniem niekompatybilnych z produktami konkurentów funkcji z zakresu usługi Active Directory). Dochodzenie Komisji wykazuje także, że nie istnieje żaden rzeczywisty ani potencjalny sposób zastąpienia informacji, których udzielenia odmówiono.

— Odmowa Microsoft ogranicza możliwości rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów i jest w szczególności sprzeczna z przepisami art. 82 lit. b). Jeżeli konkurencji miałby dostęp do informacji, których udzielenia odmówiono, mogłoby zaoferować konsumentom nowe i ulepszone produkty. Wskaźniki rynkowe wykazują, że konsumenci cenią w szczególności takie właściwości produktu, jak bezpieczeństwo i niezawodność, jednak właściwości te zostają odsunięte na dalszy plan ze względu na przewagę Microsoft w związku z interoperacyjnością. Odmowa Microsoft działa zatem pośrednio na szkodę konsumentów.

(19) Te wyjątkowe okoliczności prowadzą do wniosku, że odmowa Microsoft stanowi nadużywanie pozycji dominującej niezgodne z art. 82, chyba że odmowa ta jest obiektywnie uzasadniona.

(20) Microsoft podał jako uzasadnienie swej odmowy fakt, że udzielenie omawianych informacji i zezwolenie konkurentom na ich wykorzystanie w celu opracowania kompatybilnych produktów byłoby jednoznaczne z przyznaniem praw do własności intelektualnej. Komisja nie zajęła stanowiska w sprawie zasadności ogólnych roszczeń Microsoft związanych z własnością intelektualną, która mogłaby być uznana jedynie indywidualnie dla każdego rozpatrywanego przypadku, w którym Microsoft przygotował odpowiednie specyfikacje. Jednakże zgodnie z orzecznictwem interes przedsiębiorstwa związany z wykonywaniem praw do własności intelektualnej nie może sam w sobie stanowić obiektywnego uzasadnienia w przypadkach, gdy występują wyjątkowe okoliczności, takie jak te opisane powyżej.

(21) Komisja rozważyła, czy w szczególnych okolicznościach występujących w tej sprawie podane przez Microsoft uzasadnienie przeważa nad wymienionymi wyjątkowymi okolicznościami, i uznała, że Microsoft nie dostarczył żadnych dowodów, które mogłyby to potwierdzić. W szczególności udzielenie przedmiotowych informacji nie mogłoby doprowadzić do skopiowania produktu Microsoft. Komisja wzięła również pod uwagę fakt, że ujawnienie informacji tego rodzaju, jakich Microsoft odmówił, jest na porządku dziennym w przemyśle informatycznym.

(22) Ponadto Komisja oparła się na zobowiązaniu IBM, opracowanym dla Komisji w 1984 r. („Zobowiązanie IBM” – „the IBM Undertaking”)⁽⁶⁾ i na dyrektywie o oprogramowaniu z 1991 r.⁽⁷⁾ Microsoft przyznaje, że zobowiązanie IBM i dyrektywa o oprogramowaniu dostarczają przydatnych wskazówek w obecnej sprawie. Komisja uznała, że nakaz udzielenia informacji w obecnej sprawie byłby analogiczny do sprawy zobowiązania IBM, ponieważ dotyczyłby on wyłącznie specyfikacji interfejsu. Komisja uznała również, że odmowa Microsoft stanowi odmowę udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności w rozumieniu dyrektywy o oprogramowaniu. W związku z tym Komisja zauważyła, że dyrektywa o oprogramowaniu ograniczała korzystanie z praw autorskich w zakresie oprogramowania (w tym korzystanie

⁽⁶⁾ Sprawa Komisji IV/29.479. W następstwie wymienionego zobowiązania IBM Komisja zawiesiła dochodzenie rozpoczęte w latach 70.

⁽⁷⁾ Dyrektywa Rady 91/250/EWG (Dz.U. L 122 z 17.5.1991, str. 42).

z nich przez przedsiębiorstwa nieposiadające pozycji dominującej) w celu zapewnienia interoperacyjności, podkreślając w ten sposób wagę interoperacyjności w przemyśle oprogramowania.

Komisja zauważyła również, że w dyrektywie o oprogramowaniu otwarcie ustalono, że jej przepisy są bez uszczerbku dla zastosowania art. 82, szczególnie jeżeli dominujące przedsiębiorstwo odmawia dostępu do informacji koniecznych dla interoperacyjności.

(23) Spółka Microsoft argumentowała również, że celem jej odmowy udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności nie mogło być ograniczenie konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych, ponieważ nie miała ona podstawy ekonomicznej do prowadzenia takiej strategii. Komisja odrzuciła argument Microsoft, ponieważ był on oparty na modelu ekonomicznym, który nie odpowiadał faktom w tej sprawie i ponieważ argument ten był niespójny z opiniami wyrażonymi przez kadrę kierowniczą Microsoft w wewnętrznych dokumentach Microsoft uzyskanych w trakcie dochodzenia.

Integracja

(24) Niniejsza decyzja stwierdza, że Microsoft narusza przepisy art. 82 Traktatu przez zintegrowanie WMP z systemem operacyjnym dla komputerów osobistych Windows (Windows).

Komisja opiera swoje ustalenia nadużywania integracji na czterech elementach: i) Microsoft zajmuje dominującą pozycję na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych; ii) system operacyjny dla komputerów osobistych Windows i WMP są dwoma oddzielnymi produktami; iii) Microsoft nie pozostawia klientom wyboru nabycia Windows bez WMP; i iv) integracja ta eliminuje konkurencję. Ponadto niniejsza decyzja odrzuca argumenty, jakimi Microsoft uzasadnia zintegrowanie WMP.

(25) Microsoft nie zaprzecza, że posiada pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych.

(26) Decyzja Komisji uznaje, że odtwarzacze mediów strumieniowych i systemy operacyjne dla komputerów osobistych są dwoma oddzielnymi produktami (odrzucając argument Microsoft, że WMP jest integralną częścią Windows). Decyzja określa najpierw, że chociaż Microsoft od pewnego czasu integruje swój odtwarzacz multimediów z Windows, aktualnie istnieje osobny popyt konsumentów na niezależne odtwarzacze multimediów, równoległy do popytu na systemy operacyjne dla komputerów osobistych. Po drugie, wielu producentów opracowuje i oferuje odtwarzacze multimediów oddzielnie. Po trzecie, sam Microsoft tworzy i rozpowszechnia wersje swojego WMP dla innych systemów operacyjnych dla komputerów osobistych. Wreszcie Microsoft promuje WMP w bezpośredniej konkurencji z odtwarzaczami multimediów produkowanymi przez strony trzecie.

(27) Co do trzeciego elementu integracji, niniejsza decyzja ustala, że Microsoft nie daje klientom możliwości nabycia Windows bez WMP. Producenci komputerów osobistych muszą wydawać licencję na Windows z WMP. Jeżeli chcą oni zainstalować inny odtwarzacz multimediów w systemie Windows, mogą to zrobić jedynie w dodatku do WMP. Sytuacja jest taka sama w przypadku, kiedy użytkownik kupuje Windows w sklepie detalicznym. Decyzja uznaje argumenty Microsoft, że klienci nie muszą płacić dodatkowo za WMP i że nie muszą go używać, za nieistotne przy ustalaniu, czy istnieje przymus w rozumieniu art. 82 Traktatu.

(28) Następnie decyzja wyjaśnia, dlaczego w tym konkretnym przypadku integracja może wyeliminować konkurencję. Decyzja ustala, że skutkiem zintegrowania WMP z Windows jest powszechne i niedoścignione przez konkurentów występowanie odtwarzacza multimediów Microsoft w komputerach osobistych na całym świecie. Istotne dane wykazują, że inne sposoby dystrybucji są mniej skuteczne. Poprzez zintegrowanie WMP z Windows spółka Microsoft może zaoferować dostawcom treści internetowej i producentom oprogramowania, którzy używają technologii Windows Media, możliwość dotarcia do niemal wszystkich użytkowników komputerów osobistych na świecie dzięki monopolowi Windows. Dowody wykazują, że używanie kilku technologii medialnych powoduje dodatkowe koszty. W związku z tym wszechobecność WMP skłania dostawców treści internetowej i producentów oprogramowania do używania przede wszystkim technologii Windows Media. Konsumenci z kolei wolą używać WMP, ponieważ dostępna gama oprogramowania uzupełniającego i treści internetowej jest dla omawianego produktu szersza. Integracja stosowana przez Microsoft wzmacnia i zniekształca te „efekty sieci” z korzyścią dla Microsoft, tym sposobem poważnie osłabiając konkurencję na rynku odtwarzaczy multimediów. Dowody wykazują, że użycie WMP wzrasta wskutek integracji, chociaż użytkownicy oceniają wyżej jakość innych odtwarzaczy multimediów. Wskaźniki rynkowe dotyczące użycia odtwarzaczy multime-

diów, użycia formatów oraz treści dostępnych na stronach internetowych wykazują przewagę WMP i formatów Windows Media, niekorzystną dla głównych konkurencyjnych odtwarzaczy multimediów (i technologii medialnych). Niniejsza decyzja podkreśla tę korzystną dla WMP i formatu Windows Media tendencję, zwracając jednocześnie uwagę, że na podstawie orzecznictwa Trybunału w celu ustalenia nadużywania integracji Komisja nie jest obowiązana dostarczyć dowodów na to, że konkurencja została już zakłócona lub że istnieje ryzyko usunięcia wszelkiej konkurencji. W przeciwnym wypadku kontrola służąca wykrywaniu praktyk ograniczających konkurencję i nadużywania pozycji dominującej na niektórych rynkach oprogramowania byłaby spóźniona, ponieważ dowody wpływu na rynek można byłoby przedstawić dopiero wtedy, gdy wpływ ten już zaistniał.

(29) Wreszcie, decyzja analizuje argumenty, jakimi Microsoft uzasadnia zintegrowanie WMP, w szczególności domniemaną skuteczność zintegrowania WMP z Windows. Jeżeli chodzi o domniemaną skuteczność w odniesieniu do dystrybucji, Komisja odrzuca argument Microsoft, że integracja obniża koszty transakcji dla konsumentów, oszczędzając im czasu i zmniejszając możliwość pomyłek dzięki temu, że komputer osobisty z zestawem domyślnych opcji jest natychmiast gotowy do użycia. Fakt, że preinstalacja odtwarzacza multimediów wraz z systemem operacyjnym dla komputera klienckiego jest korzystna, nie oznacza, że Microsoft powinien dokonywać wyboru odtwarzacza za konsumentów. Producenci komputerów osobistych mogą zapewnić, aby popyt konsumentów na preinstalowane odtwarzacze multimediów przez nich wybrane został zaspokojony. Decyzja ustala również, że Microsoft nie przedstawił żadnego aspektu skuteczności technicznej, dla którego „integracja” WMP byłaby koniecznym warunkiem. Zintegrowanie WMP raczej osłania Microsoft przed skuteczną konkurencją ze strony producentów potencjalnie skuteczniejszych odtwarzaczy multimediów, która mogłaby zagrozić jego pozycji. Tym sposobem integracja powoduje obniżenie poziomu zdolności i kapitału inwestowanych w innowacje w dziedzinie odtwarzaczy multimediów.

II. ŚRODKI ZARADCZE

Odmowa udzielenia informacji

(30) Decyzja nakazuje spółce Microsoft ujawnić informacje, których udzielenia spółka odmówiła, i zezwolić na ich wykorzystanie w celu opracowania kompatybilnych produktów. Nakaz ujawnienia jest ograniczony do specyfikacji protokołów i do zapewnienia interoperacyjności z koniecznymi funkcjami określającymi typową sieć grup roboczych. Nakaz ten dotyczy nie tylko firmy Sun, ale też każdej innej firmy zainteresowanej tworzeniem produktów wywierających presję konkurencyjną na Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Niniejsza decyzja może wymagać od Microsoft powstrzymania się od pełnego korzystania z praw do własności intelektualnej w zakresie uzasadnionym potrzebą położenia kresu sytuacji nadużywania pozycji dominującej.

(31) Warunki, na jakich spółka Microsoft ujawni informacje i zezwoli na ich użycie, muszą być rozsądne i niedyskryminujące. Wymóg ustalenia przez Microsoft rozsądnych i niedyskryminujących warunków dotyczy w szczególności wszelkich opłat, których Microsoft mógłby zażądać w zamian za udzielenie informacji. Na przykład opłata taka nie może odpowiadać wartości strategicznej wynikającej z pozycji Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla komputerów osobistych lub na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych. Ponadto Microsoft nie może narzucać ograniczeń dotyczących rodzajów produktów, w których specyfikacje mogą być zastosowane, jeżeli takie ograniczenia stanowią czynnik zniechęcający do konkutowania z Microsoft lub niepotrzebnie ograniczają zdolność beneficjentów do wprowadzania innowacji. Wreszcie, warunki ustalone przez Microsoft w przyszłości muszą być wystarczająco przewidywalne.

(32) Microsoft musi ujawnić właściwe specyfikacje protokołów w odpowiednim czasie, to znaczy jak tylko opracowana zostanie sprawna i wystarczająco stabilna aplikacja tych protokołów w produktach Microsoft.

Integracja

(33) Odnośnie do nadużywania integracji niniejsza decyzja nakazuje spółce Microsoft wprowadzenie do sprzedaży dla użytkowników i producentów komputerów (ang. *OEM – Original Equipment Manufacturers*) na obszarze EOG w pełni sprawnej wersji Windows, niezawierającej WMP. Microsoft zachowuje prawo do oferowania pakietu Windows z WMP.

(34) Microsoft nie może podejmować żadnych działań, których skutek byłby podobny do zintegrowania WMP z Windows, na przykład rezerwować dla WMP uprzywilejowanej interoperacyjności z Windows,

dawać selektywne prawa dostępu do interfejsów programowania aplikacji (API) Windows lub promować WMP w ramach Windows w sposób niekorzystny dla produktów konkurentów. Microsoft nie może również oferować producentom komputerów lub użytkownikom zniżki, której warunkiem będzie zakup Windows wraz z WMP; Microsoft nie może w sposób finansowy lub inny faktycznie uniemożliwiać użytkownikom i producentom komputerów dokonania wolnego wyboru zakupu wersji Windows bez WMP lub ograniczać możliwości takiego wyboru. Wersja Windows bez WMP nie może być mniej sprawna od pakietu Windows z WMP pod względem funkcjonalności WMP, który z definicji nie będzie wchodzić w skład osobnej wersji Windows.

III. GRZYWNY

Kwota podstawowa

(35) Komisja uważa, że omawiane naruszenie stanowi bardzo poważne naruszenie art. 82 Traktatu WE i art. 54 Porozumienia EOG.

(36) Ponadto działania spółki Microsoft, mające na celu skuteczne wyparcie z rynku konkurencji, wywierają znaczny wpływ na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych i rynek odtwarzaczy mediów strumieniowych.

(37) W celu dokonania oceny wagi nadużycia przyjmuje się, że rynek systemów operacyjnych dla komputerów osobistych spełniających funkcje terminala, rynek systemów operacyjnych dla serwerów grup roboczych i rynek odtwarzaczy multimedialnych obejmują cały obszar EOG.

(38) W świetle powyższych okoliczności początkowa kwota grzywny, jaka miała zostać nałożona na Microsoft w celu odzwierciedlenia wagi naruszenia, powinna wynieść 165 732 101 EUR. Ze względu na znaczną zdolność finansową spółki Microsoft⁽⁸⁾ i w celu zapewnienia wystarczającego efektu odstraszającego dla spółki Microsoft, kwota ta zostaje podwojona do wysokości 331 464 203 EUR.

(39) Wreszcie, podstawowa kwota grzywny zostaje podwyższona o 50% ze względu na czas trwania naruszenia (pięć i pół roku). Podstawową kwotę grzywny ustala się zatem na 497 196 304 EUR.

Okoliczności zaostrzające i łagodzące

(40) Nie istnieją okoliczności zaostrzające lub łagodzące do niniejszej decyzji.

⁽⁸⁾ Obecnie Microsoft jest największym przedsiębiorstwem na świecie pod względem wartości rynkowej. (patrz: <http://news.ft.com/servlet/ContentServer?pagename=FT.com/StoryFT/FullStory&c=StoryFT&-cid=1051390342368&p=1051389855198> i <http://specials.ft.com/spdocs/global5002003.pdf> – the Financial Times „World's largest Companies”, tekst zaktualizowany w dniu 27 maja 2003 r., wydrukowany w dniu 13 stycznia 2004 r.). Według tego samego pomiaru Microsoft utrzymuje stale wysoką pozycję na liście największych przedsiębiorstw świata pod względem wartości rynkowej, jako największa spółka w 2000 r., piąta pod względem wielkości w 2001 r. i druga w 2002 r. (patrz: <http://specials.ft.com/ln/specials/global5002a.htm> (za 2000 r., tekst wydrukowany w dniu 24 stycznia 2003 r.), <http://specials.ft.com/ft500/may2001/FT36H8Z8KMC.html> (za 2001 r., tekst wydrukowany w dniu 24 stycznia 2003 r.), <http://specials.ft.com/ft500/may2002/FT30M8IPX0D.html> (za 2002 r., tekst wydrukowany w dniu 24 stycznia 2003)). Zasoby i zyski Microsoft są również znaczne. Dokumentacja Komisji Papierów Wartościowych i Giełd, dotycząca Microsoft za amerykański rok obrotowy od lipca 2002 r. do czerwca 2003 r., wykazuje, że w dniu 30 lipca 2003 r. spółka posiadała rezerwę gotówkową (i rezerwę inwestycji krótkoterminowych) w wysokości 49 048 mln USD. Jeżeli chodzi o zyski, dokumentacja Komisji Papierów Wartościowych i Giełd wskazuje, że w amerykańskim roku obrotowym od lipca 2002 r. do czerwca 2003 r. Microsoft osiągnął zyski w wysokości 13 217 mln USD przy dochodach w wysokości 32 187 mln USD (marża zysku w wysokości 41%). W tym okresie Microsoft osiągnął zyski w wysokości 8 400 mln USD przy dochodach w wysokości 10 394 mln USD (marża zysku wynosząca 81%) ze sprzedaży systemu operacyjnego Windows PC dla komputerów klienckich (segment produktów typu „klient”).

WYROK SĄDU PIERWSZEJ INSTANCJI (Wielka Izba)
z dnia 17 września 2007 r.^{1*}

Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Systemy operacyjne dla stacji roboczych – Systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej – Odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych – Decyzja stwierdzająca naruszenie art. 82 WE – Odmowa dostarczenia przez przedsiębiorstwo dominujące informacji dotyczących interoperacyjności i zezwolenia na ich wykorzystanie – Uzależnienie przez przedsiębiorstwo dominujące dostarczenia systemu operacyjnego dla stacji roboczych od jednoczesnego nabycia produkowanego przez nie odtwarzacza multimedialnego – Środki zaradcze – Wyznaczenie niezależnego pełnomocnika ds. monitorowania – Grzywna – Określenie kwoty – Proporcjonalność

W sprawie T-201/04

Microsoft Corp., z siedzibą w Redmond, Waszyngton (Stany Zjednoczone), reprezentowana przez J.-F. Bellisa, adwokata, oraz I. Forrester, QC,

strona skarżąca,

popierana przez

The Computing Technology Industry Association, Inc., z siedzibą w Oakbrook Terrace, Illinois (Stany Zjednoczone), reprezentowane przez G. van Gervena i T. Franchoo, adwokatów, oraz B. Kilpatricka, solicitor,

DMDsecure.com BV, z siedzibą w Amsterdamie (Niderlandy),

MPS Broadband AB, z siedzibą w Sztokholmie (Szwecja),

Pace Micro Technology plc, z siedzibą w Shipley, West Yorkshire (Zjednoczone Królestwo),

Quantel Ltd, z siedzibą w Newbury, Berkshire (Zjednoczone Królestwo),

Tandberg Television Ltd, z siedzibą w Southampton, Hampshire (Zjednoczone Królestwo),

reprezentowane przez J. Bourgeois, adwokata,

Association for Competitive Technology, Inc., z siedzibą w Waszyngtonie, DC (Stany Zjednoczone), reprezentowane przez L. Ruessmanna, P. Heckera, adwokatów, oraz K. Bacon, barrister,

TeamSystem SpA, z siedzibą w Pesaro (Włochy),

Mamut ASA, z siedzibą w Oslo (Norwegia),

reprezentowane przez G. Berrischa, adwokata,

Exor AB, z siedzibą w Uppsali (Szwecja), reprezentowaną przez S. Martíneza Lage'a, H. Brokelmanna oraz R. Allendesalazara Corcho, adwokatów,

interwencji,

przeciwko

Komisji Wspólnot Europejskich, początkowo reprezentowanej przez R. Wainwrighta, F. Castillo de la Torre, P. Hellströma oraz A. Whelana, działających w charakterze pełnomocników, a następnie przez F. Castillo de la Torre, P. Hellströma oraz A. Whelana,

strona pozwana,

popieranej przez

Software & Information Industry Association, z siedzibą w Waszyngtonie, DC, reprezentowane przez J. Flynn, QC, C. Simpsona i T. Vinje'a, solicitors, D. Paemena, N. Doodoo oraz M. Dolmansa, adwokatów,

Free Software Foundation Europe eV, z siedzibą w Hamburgu (Niemcy), reprezentowane przez C. Pianę, adwokata,

Audiobanner.com, z siedzibą w Los Angeles, Kalifornia (Stany Zjednoczone), reprezentowaną przez L. Alvizara Ceballosa, adwokata,

* Język postępowania: angielski.

European Committee for Interoperable Systems (ECIS), z siedzibą w Brukseli (Belgia), reprezentowany przez D. Paemena, N. Dodoo, M. Dolmansa, adwokatów, oraz J. Flynna, QC,

interwenienci,

mającej za przedmiot skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji 2007/53/WE z dnia 24 marca 2004 r. odnoszącej się do procedury przewidzianej w art. 82 traktatu [WE] oraz art. 54 porozumienia o EOG przeciwko Microsoft Corp. (sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft) (Dz.U. 2007, L 32, str. 23) lub, tytułem żądania ewentualnego, skargę o uchylenie lub obniżenie grzywny nałożonej na skarżącą na mocy tej decyzji,

SĄD PIERWSZEJ INSTANCJI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH (Wielka Izba),

w składzie: B. Vesterdorf, prezes, M. Jaeger, J. Pirrung, R. García-Valdecasas, V. Tiili, J. Azizi, J. D. Cooke, A. W. H. Meij, N. J. Forwood, M. E. Martins Ribeiro, I. Wiszniewska-Białecka, V. Vădăpăleaș i I. Labucka, sędziowie,

sekretarz: E. Coulon,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 24, 25, 26, 27 i 28 kwietnia 2006 r.,

wydaje następujący

Wyrok

Okoliczności faktyczne poprzedzające powstanie sporu

1. Microsoft Corp., spółka z siedzibą w Redmond, Waszyngton (Stany Zjednoczone) projektuje, opracowuje i wprowadza na rynek różnorodne oprogramowanie przeznaczone do różnego rodzaju sprzętu informatycznego. To różnego rodzaju oprogramowanie obejmuje między innymi systemy operacyjne dla komputerów osobistych (zwanymi dalej „stacjami roboczymi”), systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej oraz odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych. Microsoft świadczy również usługi z zakresu pomocy technicznej w odniesieniu do swych różnego rodzaju produktów.
2. W dniu 15 września 1998 r. R. Green, wiceprezes Sun Microsystems, Inc. (zwanej dalej „Sun”), spółki z siedzibą w Palo Alto, Kalifornia (Stany Zjednoczone), która dostarcza między innymi serwery i systemy operacyjne dla serwerów, skierował do P. Maritza, wiceprzewodniczącego Microsoft, pismo o następującej treści:
„Pragniemy zwrócić się do Państwa z prośbą, aby Microsoft dostarczyła [Sun] wszystkie informacje konieczne, aby umożliwić [Sun] oferowanie w systemie operacyjnym Solaris wbudowanej obsługi obiektów COM.
Chcielibyśmy także, aby Microsoft dostarczyła [Sun] wszystkie informacje konieczne, aby umożliwić [Sun] oferowanie w systemie operacyjnym Solaris wbudowanej obsługi całości technologii Active Directory.
Uważamy, że leży w interesie naszej branży, aby aplikacje stworzone w celu uruchomienia ich w systemie Solaris były w stanie w przezroczysty sposób, poprzez COM lub Active Directory, komunikować się z systemami operacyjnymi Windows lub oprogramowaniami opartymi na systemie Windows.
Uważamy, że Microsoft powinna dołączyć implementację referencyjną i informacje konieczne do zapewnienia, aby bez konieczności wykorzystywania analizy odwróconej objekty COM i wszystkie technologie Active Directory działały w systemie Solaris w sposób w pełni kompatybilny. Sądymy, że jest konieczne, aby informacje te były dostarczane w odniesieniu do wszystkich obiektów COM, a także wszystkich technologii Active Directory obecnych na rynku. Jesteśmy także zdania, że informacji dotyczących obiektów COM i technologii Active Directory, jakie w przyszłości zostaną wprowadzone na rynek, należy dostarczać bezzwłocznie i w sposób ciągły”.
3. W dalszej części tekstu pismo to będzie zwane „pismem z dnia 15 września 1998 r.”.

4. Pismem z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz odpowiedział na pismo z dnia 15 września 1998 r. Wskazał w nim, co następuje:

„Dziękujemy za Państwa zainteresowanie pracą z Windows. Mamy wspólnych klientów używających naszych produktów i myślę, że to wspaniale, iż są Państwo zainteresowani otwarciem Państwa systemu na interoperacyjność z Windows. Microsoft zawsze uważała, że korzystne jest pomaganie twórcom oprogramowania, w tym [swym] konkurentom, w projektowaniu najlepszych z możliwych produktów i interoperacyjności dla [jej] platformy.

Być może nie zdajecie sobie Państwo sprawy, że informacje, o których dostarczenie się zwróciliście, dotyczące sposobu interopierowania z COM i technologiami Active Directory, są już opublikowane i dostępne dla Państwa i wszystkich innych twórców oprogramowania na świecie za pomocą produktu »Microsoft Developer Network (MSDN) Universal«. MSDN zawiera pełne informacje dotyczące usług i interfejsów platformy Windows i stanowi doskonale źródło informacji dla twórców oprogramowania, którzy interesują się programowaniem dla Windows lub interopierowaniem z tym systemem. W rzeczywistości [Sun] posiada obecnie 32 aktywne subskrypcje »MSDN Universal«. Ponadto zakładam, że tak jak Państwa spółka czyniła już w przeszłości, wyślecie Państwo duży zespół osób na naszą konferencję »Professional Developers«, która odbędzie się w Denver w dniach 11–15 października 1998 r. Będzie to dodatkowa okazja do uzyskania informacji technicznych, które Państwo pragniecie otrzymać, aby móc współpracować z naszymi technologiami systemowymi. Niektórzy z 23 pracowników [Sun], którzy uczestniczyli w naszej konferencji w poprzednim roku, powinni być w stanie przedstawić Wam uwagi na temat jakości i stopnia szczegółowości informacji dyskutowanych podczas konferencji »Professional Developers«.

Miło nam poinformować, że implementacja referencyjna COM w systemie Solaris już istnieje. Ta implementacja COM w systemie Solaris jest w pełni obsługiwany produktem w wersji binarnej, dostępnym u Microsoft. Kod źródłowy COM może być dostarczony na podstawie licencji przez inne źródła, w tym Software AG [...].

Jeśli chodzi o Active Directory, to nie przewidujemy »przeniesienia« go [...] na Solaris. Jednakże istnieją liczne, mające na celu usatysfakcjonowanie naszych wspólnych klientów, metody charakteryzujące się zróżnicowanymi poziomami funkcjonalności i umożliwiające współpracę z Active Directory. Na przykład, aby mieć dostęp z systemu Solaris do Active Directory Windows NT Server, możecie używać standardowego protokołu LDAP.

Jeśli po udziale [w konferencji »Professional Developers«] i przeanalizowaniu zawartych w MSDN publicznie dostępnych informacji mieliby Państwo potrzebę uzyskania jakiegokolwiek dodatkowej pomocy, w naszej grupie »Developer Relations« działają »Account Managers«, którzy starają się pomóc twórcom oprogramowania potrzebującym dodatkowej pomocy w odniesieniu do platform Microsoft. Zwróciłem się do Marshalla Goldberga, Lead Program Managera, aby służył Państwu pomocą w razie potrzeby [...]”.

5. W dalszej części tekstu pismo P. Maritza z dnia 6 października 1998 r. będzie zwane „pismem z dnia 6 października 1998 r.”.
6. W dniu 10 grudnia 1998 r. Sun złożyła do Komisji skargę na podstawie art. 3 rozporządzenia Rady nr 17 z dnia 6 lutego 1962 r., pierwszego rozporządzenia wprowadzającego w życie art. [81 WE] i [82 WE] (Dz.U. 1962, 13, str. 204).
7. W swej skardze Sun powiadomiła o odmowie przekazania jej przez Microsoft informacji i technologii koniecznych, aby umożliwić interoperacyjność jej systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych (czyli zdolność do współdziałania tych systemów).
8. W dniu 2 sierpnia 2000 r. Komisja skierowała do Microsoft pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (zwane dalej „pierwszym pismem w sprawie przedstawienia zarzutów”). Dotyczyło ono przede wszystkim, po pierwsze, kwestii dotyczących interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych, a po drugie, systemów operacyjnych dla serwerów innych dostawców, (interoperacyjność klient–serwer).
9. Microsoft odpowiedziała na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w dniu 17 listopada 2000 r.

10. W międzyczasie, w lutym 2000 r., Komisja wszczęła z urzędu dochodzenie dotyczące w szczególności generacji Windows 2000 stworzonych przez Microsoft systemów operacyjnych dla stacji roboczych i dla serwerów grupy roboczej oraz włączenia przez Microsoft odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych. Należący do gamy Windows 2000 system operacyjny dla stacji roboczych był przeznaczony do użytku profesjonalnego i nazywał się „Windows 2000 Professional”. Należące do tej gamy systemy operacyjne dla serwerów występowały w trzech następujących wersjach: Windows 2000 Server, Windows 2000 Advanced Server i Windows 2000 Datacenter Server.
11. Dochodzenie to zakończyło się skierowaniem do Microsoft w dniu 29 sierpnia 2001 r. drugiego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów (zwanego dalej „drugim pismem w sprawie przedstawienia zarzutów”). W piśmie tym Komisja podtrzymała swoje poprzednie zarzuty dotyczące interoperacyjności klient-serwer. Poruszyła ona ponadto pewne kwestie dotyczące interoperacyjności między serwerami grupy roboczej (interoperacyjność serwer-serwer). Wreszcie Komisja podniosła pewne kwestie dotyczące włączenia odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych.
12. W dniu 16 listopada 2001 r. Microsoft odpowiedziała na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
13. W grudniu 2001 r. Microsoft przekazała Komisji sprawozdanie zawierające wyniki i analizę sondażu przeprowadzonego przez firmę Mercer Management Consulting (zwaną dalej „Mercer”).
14. Od kwietnia do czerwca 2003 r. Komisja przeprowadziła badanie rynku na dużą skalę, wysyłając na podstawie art. 11 rozporządzenia nr 17 do wielu spółek i stowarzyszeń szereg żądań udzielenia informacji (zwane dalej „badaniem rynku z 2003 r.”).
15. W dniu 6 sierpnia 2003 r. Komisja skierowała do Microsoft trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, mające jej zdaniem na celu uzupełnienie dwóch poprzednich pism oraz przekazanie wskazówek na temat środków zaradczych, jakie zamierzała nakazać (zwane dalej „trzecim pismem w sprawie przedstawienia zarzutów”).
16. Pismem z dnia 17 października 2003 r. Microsoft odpowiedziała na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
17. W dniu 31 października 2003 r. Microsoft przekazała Komisji sprawozdanie zawierające wyniki i analizę dwóch dodatkowych sondaży przeprowadzonych przez Mercer.
18. W dniach 12, 13 i 14 listopada 2003 r. Komisja zorganizowała przesłuchanie.
19. W dniu 1 grudnia 2003 r. Microsoft przedstawiła dodatkowe uwagi na temat trzeciego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.
20. W dniu 24 marca 2004 r. Komisja wydała decyzję 2007/53/WE odnoszącą się do procedury przewidzianej w art. 82 traktatu [WE] oraz art. 54 porozumienia o EOG przeciwko Microsoft Corp. (sprawa COMP/C 3/37.792 – Microsoft) (Dz.U. 2007, L 32, str. 23, zwaną dalej „zaskarżoną decyzją”).

Zaskarżona decyzja

21. Według zaskarżonej decyzji, Microsoft naruszyła art. 82 WE oraz art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG), popełniając dwa różnego rodzaju nadużycia pozycji dominującej.
22. Komisja, po pierwsze, określiła trzy odrębne światowe rynki produktu i stwierdziła, że Microsoft ma na dwóch z nich pozycję dominującą. Po drugie, Komisja określiła dwa rodzaje stanowiących nadużycie zachowań Microsoft. W konsekwencji nałożyła ona na Microsoft grzywnę oraz zastosowała pewne środki zaradcze.

I – Właściwe rynki produktu i rynek geograficzny

23. Zaskarżona decyzja określa trzy odrębne rynki produktu, obejmujące, odpowiednio, systemy operacyjne dla stacji roboczych (motywy 324–342), systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej (motywy 343–401) oraz odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych (motywy 402–425).

24. Pierwszy rynek produktu określony w zaskarżonej decyzji to rynek systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Systemy operacyjne są tam zdefiniowane jako „oprogramowanie systemowe”, które kontroluje podstawowe funkcje komputera oraz pozwala użytkownikowi na obsługę tego komputera i na uruchamianie na nim aplikacji (motyw 37). Stacje robocze są zdefiniowane jako komputery wielofunkcyjne, które zostały zaprojektowane do użytku przez jedną osobę jednocześnie i które mogą zostać podłączone do sieci (motyw 45).
25. W odniesieniu do drugiego rynku zaskarżona decyzja definiuje systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej jako systemy zaprojektowane i wprowadzane na rynek w celu świadczenia w sposób zintegrowany „podstawowych usług infrastrukturalnych” stosunkowo ograniczonej liczbie stacji roboczych przyłączonych do sieci małych i średnich rozmiarów (motywy 53 i 345).
26. Zaskarżona decyzja określa w szczególności trzy rodzaje usług, to jest, po pierwsze, udostępnianie plików umieszczonych na serwerach, po drugie, udostępnianie drukarek oraz, po trzecie, zarządzanie użytkownikami i grupami użytkowników, czyli „administrowanie” warunkami, na jakich zainteresowani mają dostęp do usług sieciowych (motywy 53 i 345). Te ostatnie usługi polegają w szczególności na zapewnieniu dostępu oraz zabezpieczonego korzystania z zasobów sieci, zwłaszcza, w pierwszej kolejności, identyfikując użytkowników, a następnie weryfikując ich uprawnienia do dokonania danej czynności (motyw 54). Zaskarżona decyzja precyzuje, że w celu zapewnienia skutecznego przechowywania i poszukiwania informacji dotyczących zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej opierają się zasadniczo na technologiach „usług katalogowych” (motyw 55). Usługa katalogowa włączona do systemu operacyjnego Windows 2000 Server spółki Microsoft zwana jest „Active Directory” (motyw 149).
27. Według zaskarżonej decyzji, trzy typy usług określone w punkcie poprzednim są ściśle ze sobą powiązane w ramach systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Mogą one zostać uznane w dużej mierze za „jedną usługę”, ale postrzeganą z dwóch różnych punktów widzenia, czyli z jednej strony z punktu widzenia użytkownika (usługi z zakresu plików i drukowania), a z drugiej strony z punktu widzenia administratora sieci (usługi zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników) (motyw 56). Zaskarżona decyzja określa te różne usługi jako „usługi grupy roboczej”.
28. Trzeci rynek określony w zaskarżonej decyzji to rynek odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych. Odtwarzacz multimedialny jest produktem – oprogramowaniem, które jest zdolne do odtwarzania w formacie cyfrowym dźwięku i obrazu, to jest do dekodowania odpowiednich danych oraz przetworzenia ich na polecenia dla urządzeń (np. dla głośników czy monitora) (motyw 60). Odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych są zdolne do odtwarzania dźwięku i obrazu przesyłanych strumieniowo przez Internet (motyw 63).
29. W odniesieniu do właściwego rynku geograficznego Komisja stwierdza w zaskarżonej decyzji, jak zostało wskazane w pkt 22 powyżej, że ma on w przypadku każdego z trzech określonych rynków produktu wymiar światowy (motyw 427).

II – Pozycja dominująca

30. Komisja stwierdza w zaskarżonej decyzji, że Microsoft zajmuje pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych co najmniej od 1996 r., a także na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej od 2002 r. (motywy 429–541).
31. W przypadku rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych Komisja, aby dojść do tego stwierdzenia, opiera się zasadniczo na następujących elementach stanu faktycznego:
 - udziały w rynku Microsoft przekraczają 90% (motywy 430–435);
 - siła rynkowa Microsoft „charakteryzuje się nieprzerwaną stabilnością i ciągłością” (motyw 436);
 - istnieją bardzo poważne bariery utrudniające wejście na ten rynek spowodowane pośrednimi efektami sieciowymi (motywy 448–464);
 - te pośrednie efekty sieciowe polegają z jednej strony na tym, że konsumenci końcowi cenią sobie platformy, na których mogą korzystać z dużej liczby aplikacji, oraz z drugiej strony na

- tym, że twórcy oprogramowania opracowują aplikacje dla najbardziej popularnych wśród komentatorów systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motywy 449–450).
32. W motywie 472 Komisja precyzuje, że ta dominująca pozycja ma „nadzwyczajne właściwości”, ponieważ Windows nie tylko jest produktem dominującym na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, ale także stanowi „faktyczny standard” dla tych systemów.
33. W przypadku rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Komisja powołuje zasadniczo następujące elementy stanu faktycznego:
- udział w rynku Microsoft wynosi, według ostrożnego szacunku, co najmniej 60% (motywy 473–499);
 - pozycja trzech głównych konkurentów Microsoft na tym rynku jest następująca: Novell, z oprogramowaniem NetWare, posiada udział w rynku mieszczący się w przedziale 10–25%, producenci produktów Linux posiadają udział w rynku mieszczący się w przedziale 5–15%, a producenci produktów UNIX posiadają udział w rynku mieszczący się w przedziale 5–15% (motywy 503, 507 i 512);
 - rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej charakteryzuje się istnieniem poważnych barier utrudniających wejście na ten rynek, spowodowanych pośrednimi efektami sieciowymi oraz odmową przez Microsoft ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności (motywy 515–525);
 - istnieją ściśle powiązania handlowe i technologiczne pomiędzy tym ostatnim rynkiem a rynkiem systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motywy 526–540).
34. Linux jest systemem operacyjnym „otwartego źródła”, rozprowadzonym na podstawie licencji „GNU GPL (General Public Licence)”. Jest to tylko, ściśle mówiąc, kod źródłowy, zwany „jądrem”, który realizuje ograniczoną liczbę usług właściwych systemom operacyjnym, lecz może on występować wraz z innymi programami w celu stworzenia „systemu operacyjnego Linux” (motyw 87). Linux jest używany między innymi jako podstawa dla systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motyw 101). Na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Linux występuje razem z oprogramowaniem Samba, także rozprowadzonym na podstawie licencji „GNU GPL” (motywy 506 i 598).
35. Termin „UNIX” oznacza pewną liczbę systemów operacyjnych o pewnych wspólnych właściwościach (motyw 42). Sun opracowała system operacyjny dla serwerów grupy roboczej oparty na UNIX, zwany „Solaris” (motyw 97).

III – Nadużycie pozycji dominującej

A – Odmowa dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie

36. Pierwsze stanowiące nadużycie zachowanie Microsoft polega na odmowie udostępnienia przez nią swoim konkurentom „informacji dotyczących interoperacyjności” oraz udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania oraz rozprowadzania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej produktów konkurencyjnych wobec produktów Microsoft w okresie od października 1998 r. do daty powiadomienia o wydaniu zaskarżonej decyzji [art. 2 lit. a) zaskarżonej decyzji]. Zachowanie to jest opisane w motywach 546–791.
37. W rozumieniu zaskarżonej decyzji „informacje dotyczące interoperacyjności” stanowią „wyczerpujące i prawidłowe specyfikacje wszystkich protokołów [zastosowanych] w systemie operacyjnym Windows dla serwerów grupy roboczej i które są wykorzystywane przez serwery grupy roboczej Windows do dostarczania sieciom Windows dla grupy roboczej usług udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami [użytkowników], w tym usług kontrolera domeny Windows, usług katalogowych Active Directory oraz usługi »Group Policy«” (art. 1 ust. 1 zaskarżonej decyzji).
38. „Sieci Windows dla grupy roboczej” są zdefiniowane jako „grupy stacji roboczych [na których zainstalowany jest system operacyjny Windows dla stacji roboczych] i serwerów [na których zainstalowany jest system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej] połączonych ze sobą za pomocą sieci informatycznej” (art. 1 ust. 7 zaskarżonej decyzji).

39. „Protokoły” są zdefiniowane jako „zbiory reguł określających zasady nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji pomiędzy różnymi instancjami systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej i systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych zainstalowanych na różnych komputerach w sieci Windows dla grupy roboczej” (art. 1 ust. 2 zaskarżonej decyzji).
40. W zaskarżonej decyzji Komisja kładzie nacisk na okoliczność, że wspomniana odmowa nie dotyczy elementów kodu źródłowego Microsoft, lecz wyłącznie specyfikacji przedmiotowych protokołów, to jest szczegółowego opisu tego, czego wymaga się od danego oprogramowania, w przeciwieństwie do „implementacji” (zwanymi również dla celów niniejszego wyroku „realizacjami” lub „wdrożeniami”), polegających na wprowadzeniu kodu do komputera (motywy 24 i 569). Wyjaśnia ona między innymi, że „nie zamierza nakazać Microsoft, aby umożliwiła stronom trzecim skopiowanie Windowsa” (motyw 572).
41. Komisja uznaje ponadto, że odmowa Microsoft wobec Sun jest częścią ogólnej linii postępowania (motywy 573–577). Twierdzi także, że zachowanie zarzucane Microsoft pociąga za sobą obniżenie wysokich poprzednio poziomów dostarczania informacji (motywy 578–584), że niesie ze sobą ryzyko eliminacji konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy 585–692) oraz że wywiera negatywny wpływ na rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów (motywy 693–708).
42. Wreszcie Komisja oddala argumenty Microsoft, zgodnie z którymi jej odmowa jest obiektywnie uzasadniona (motywy 709–778).

B – Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych i odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player

43. Drugie stanowiące nadużycie zachowanie Microsoft polega na uzależnieniu przez Microsoft, w okresie od maja 1999 r. do dnia powiadomienia o wydaniu zaskarżonej decyzji, dostarczania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych od jednoczesnego nabycia programu Windows Media Player [art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji]. Zachowanie to jest opisane w motywach 792–989.
44. Komisja twierdzi w zaskarżonej decyzji, że wspomniane zachowanie Microsoft spełnia przesłanki konieczne w celu stwierdzenia stanowiącej nadużycie w rozumieniu art. 82 WE sprzedaży związanej (motywy 794–954). W tym względzie, po pierwsze, powtarza ona, że Microsoft ma pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motyw 799). Po drugie, stoi na stanowisku, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych oraz systemy operacyjne dla stacji roboczych stanowią produkty odrębne (motywy 800–825). Po trzecie, uważa ona, że Microsoft nie pozostawia konsumentom możliwości zakupu Windows bez Windows Media Playera (motywy 826–834). Po czwarte, zdaniem Komisji stwierdzona przez nią sprzedaż wiązana ogranicza konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych (motywy 835–954).
45. Komisja odrzuca wreszcie argumenty Microsoft, zgodnie z którymi z jednej strony ta sprzedaż wiązana powoduje wzrost efektywności, mający zrekompensować stwierdzone w zaskarżonej decyzji sprzeczne z zasadami konkurencji skutki (motywy 955–970) oraz z drugiej strony nie zachęca do praktykowania „antykonkurencyjnej” sprzedaży związanej (motywy 971–977).

IV – Grzywna i środki zaradcze

46. Oba określone w zaskarżonej decyzji rodzaje nadużyć zostały ukarane nałożeniem grzywny w wysokości 497 196 304 EUR (art. 3 zaskarżonej decyzji).
47. Ponadto, na podstawie art. 4 akapit pierwszy zaskarżonej decyzji, Microsoft jest zobowiązana do zaniechania naruszeń stwierdzonych w art. 2, zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 5 i 6 tej samej decyzji. Microsoft powinna także powstrzymać się od wszelkich zachowań, których przedmiot lub cel mogą być identyczne lub podobne do przedmiotu lub celu wspomnianych nadużyć (art. 4 akapit drugi zaskarżonej decyzji).
48. Mając na celu zaradzenie stwierdzonej w art. 2 lit. a) zaskarżonej decyzji i stanowiącej naruszenie odmowie, w art. 5 zaskarżonej decyzji Komisja nakazuje Microsoft, co następuje:
„(a) Microsoft [...] udostępni w terminie 120 dni, licząc od daty powiadomienia o wydaniu [zaskarżonej decyzji], informacje dotyczące interoperacyjności wszystkim przedsiębiorstwom mają-

cym zamiar opracowywać i rozprowadzać na rynku systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej oraz zezwoli tym przedsiębiorstwom na wykorzystywanie, na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, informacji dotyczących interoperacyjności w celu opracowania oraz rozprowadzania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej;

- (b) Microsoft [...] zapewni, aby udostępnione informacje dotyczące interoperacyjności były systematycznie i szybko aktualizowane;
- (c) Microsoft [...] ustanowi w terminie 120 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu [zaskarżonej decyzji], mechanizm oceny, który pozwoli zainteresowanym przedsiębiorstwom na uzyskanie w sposób efektywny informacji o zakresie i warunkach korzystania z informacji dotyczących interoperacyjności; Microsoft [...] może zastrzec rozsądne i niedyskryminujące warunki w celu zapewnienia, że zaoferowany w tych ramach dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności będzie wykorzystywany wyłącznie w celu oceny;

[...]"

- 49. Mając na celu zarządzenie stwierdzonej w art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji i stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, Komisja w art. 6 tej decyzji nakazuje Microsoft między innymi przedstawienie w terminie 90 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu decyzji, w pełni funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającej Windows Media Playera, przy czym Microsoft zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych związanego z Windows Media Playerem.
- 50. Wreszcie w art. 7 zaskarżonej decyzji Komisja stanowi:
„Microsoft przedstawi [...] Komisji w terminie 30 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu [zaskarżonej decyzji], propozycję ustanowienia mechanizmu mającego na celu pomoc Komisji w upewnieniu się, że Microsoft [...] zastosowała się do [zaskarżonej decyzji]. Mechanizm ten będzie obejmował wyznaczenie niezależnego pełnomocnika Microsoft [...] ds. monitorowania.
W przypadku gdy Komisja stwierdzi, że mechanizm zaproponowany przez Microsoft [...] nie jest stosowny, będzie upoważniona do narzucenia takiego mechanizmu poprzez wydanie decyzji”.

Postępowanie w sprawie naruszenia amerykańskiego prawa antymonopolowego

- 51. Równoległe z dochodzeniem prowadzonym przez Komisję Microsoft była przedmiotem dochodzenia w sprawie naruszenia amerykańskich przepisów antymonopolowych.
- 52. W 1998 r. Stany Zjednoczone Ameryki, 20 stanów i dystrykt Kolumbii wystąpiły ze skargą przeciwko Microsoft na podstawie Sherman Act. Ich skargi dotyczyły działań podjętych przez Microsoft w stosunku do wyszukiwarki internetowej firmy Netscape „Netscape Navigator” oraz technologii „Java” firmy Sun. Stany, których to dotyczyło, wystąpiły również przeciwko Microsoft ze skargami w przedmiocie naruszenia ich własnych uregulowań antymonopolowych.
- 53. Po tym jak United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (zwany dalej „sądem apelacyjnym”), po wniesieniu przez Microsoft apelacji od wyroku United States District Court for the District of Columbia (zwanego dalej „District Court”) z dnia 3 kwietnia 2000 r., wydał wyrok w dniu 28 czerwca 2001 r., Microsoft zawarła w listopadzie 2001 r. ugodę z ministerstwem sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych oraz „Attorneys General” dziewięciu stanów (zwaną dalej „ugodą amerykańską”), w ramach której przyjęła na siebie dwa zobowiązania.
- 54. Po pierwsze, Microsoft zgodziła się na sporządzenie specyfikacji protokołów komunikacyjnych używanych przez systemy operacyjne Windows dla serwerów w celu umożliwienia „interoperowania”, czyli umożliwienia ich współpracy z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych oraz udzielenia osobom trzecim na określonych warunkach licencji na te specyfikacje.
- 55. Po drugie, ugoda amerykańska przewiduje, że Microsoft umożliwi producentom sprzętu oraz konsumentom końcowym aktywowanie albo usunięcie dostępu do swojego oprogramowania warstwy pośredniej („middleware”). Zgodnie z jego definicją zawartą w ugodzie amerykańskiej program Windows Media Player stanowi jeden z produktów zaliczających się do tej kategorii. Celem tych postanowień jest zagwarantowanie dostawcom oprogramowania warstwy pośredniej możliwości opracowywania i rozprowadzania na rynku produktów właściwie funkcjonujących z Windows.

56. Postanowienia te zostały zatwierdzone w dniu 1 listopada 2002 r. przez District Court.
57. W dniu 30 czerwca 2004 r. Court of Appeals, w następstwie wniesienia apelacji przez stan Massachusetts, zatwierdził rozstrzygnięcie District Court z dnia 1 listopada 2002 r.
58. W ramach wykonania ugody amerykańskiej w sierpniu 2002 r. powstał Microsoft Communications Protocol Program (program protokołów komunikacyjnych Microsoft, zwany dalej „MCP”).

Postępowanie

59. Pismem, które wpłynęło do Sądu w dniu 7 czerwca 2004 r., Microsoft wniosła niniejszą skargę.
60. Odrębnym pismem wpisanym do rejestru Sądu w dniu 25 czerwca 2004 r. Microsoft wniosła również, na podstawie art. 242 WE, wniosek o zawieszenie wykonania art. 4, 5 lit. a)–c) oraz art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji.
61. Postanowieniem z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie T-201/04 R Microsoft przeciwko Komisji (Zb.Orz. str. II-4463) prezes Sądu odrzucił ten wniosek, a kwestię kosztów pozostawił do rozstrzygnięcia w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.
62. Postanowieniem z dnia 9 marca 2005 r. prezes czwartej izby Sądu dopuścił do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Microsoft następujące stowarzyszenia i spółki:
 - The Computing Technology Industry Association, Inc. (zwane dalej „CompTIA”);
 - DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd i Tandberg Television Ltd (zwane dalej „DMDsecure i in.”);
 - Association for Competitive Technology, Inc. (zwane dalej „ACT”);
 - TeamSystem SpA i Mamut ASA;
 - Exor AB.
63. W tym samym postanowieniu prezes czwartej izby Sądu dopuścił do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji następujące stowarzyszenia i spółki:
 - Software & Information Industry Association (zwane dalej „SIIA”);
 - Free Software Foundation Europe eV (zwane dalej „FSFE”);
 - Audiobanner.com, działającą pod nazwą handlową „VideoBanner”;
 - RealNetworks, Inc.
64. Pismami z dnia 13 grudnia 2004 r., 9 marca, 27 czerwca i 9 sierpnia 2005 r. Microsoft zwróciła się z wnioskiem o nieprzekazywanie interwenientom niektórych poufnych informacji zawartych w skardze, odpowiedzi na skargę, replice, jej odpowiedzi na uwagi interwentów oraz duplice. Przedstawiła ona jawną wersję tych poszczególnych pism procesowych. Przekazanie tych pism procesowych interwenientom, o których mowa w pkt 62 i 63 powyżej, zostało ograniczone do tej jawnej wersji. Interwenienci ci nie wnieśli zastrzeżeń w tym względzie.
65. Każdy z interwenientów, o których mowa w pkt 62 i 63 powyżej, przedstawił swe uwagi w wyznaczonym terminie. Strony sporu przedstawiły uwagi dotyczące tych interwencji w dniu 13 czerwca 2005 r.
66. Postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie T-201/04 Microsoft przeciwko Komisji (Zb. Orz. str. II-1491) prezes czwartej izby Sądu dopuścił European Committee for Interoperable Systems (ECIS) do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji. Ze względu na to, że wniosek o dopuszczenie tego stowarzyszenia do udziału w sprawie w charakterze interwenienta został złożony po upływie terminu wyznaczonego w art. 116 § 6 regulaminu Sądu, stowarzyszeniu temu zezwolono jedynie na przedstawienie uwag na podstawie sprawozdania na rozprawę, które zostanie mu przekazane, w toku procedury ustnej.
67. Postanowieniem pełnego składu Sądu z dnia 11 maja 2005 r. sprawa została odesłana do izby czwartej w składzie powiększonym.
68. Postanowieniem pełnego składu Sądu z dnia 7 lipca 2005 r. sprawa została odesłana do wielkiej izby Sądu i ponownie została powierzona sędziemu sprawozdawcy.
69. Postanowieniem prezesa wielkiej izby Sądu z dnia 16 stycznia 2006 r. RealNetworks została wykreślona z udziału w sprawie w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.

70. W dniu 1 lutego 2006 r. uczestnicy postępowania zostali zaproszeni przez Sąd do udziału w nieformalnym spotkaniu prezesa wielkiej izby Sądu i sędziego sprawozdawcy w celu między innymi określenia zasad organizacji rozprawy. Spotkanie to odbyło się w Sądzie w dniu 10 marca 2006 r.
71. Na podstawie sprawozdania sędziego sprawozdawcy Sąd (wielka izba) postanowił otworzyć procedurę ustną i, na mocy art. 64 swego regulaminu, wezwał strony do przedstawienia określonych dokumentów i udzielenia odpowiedzi na szereg pytań. Strony uczyniły zadość tym żądaniom w wyznaczonych terminach.
72. Na rozprawie w dniach 24, 25, 26, 27 i 28 kwietnia 2006 r. Sąd wysłuchał wystąpień stron i ich odpowiedzi na przedstawione im pytania.
73. Podczas rozprawy Sąd zwrócił się do Microsoft o przekazanie mu kopii żądań udzielenia informacji wystosowanych przez Komisję w ramach badania rynku z 2003 r., dotyczących kwestii odtwarzaczy multimedialnych, oraz odpowiedzi na te żądania udzielenia informacji, a także sprawozdań zawierających wyniki i analizę sondaży przeprowadzonych przez Mercer (zwanym dalej „sprawozdaniem Mercer”). Microsoft przedstawiła poszczególne dokumenty w wyznaczonych terminach.
74. Pismem z dnia 3 maja 2006 r. Sąd zwrócił się do Microsoft o przedstawienie kopii pozostałych żądań udzielenia informacji skierowanych przez Komisję w ramach badania rynku z 2003 r. oraz odpowiedzi na nie. Microsoft spełnił to żądanie w wyznaczonych terminach.
75. Decyzją z dnia 22 czerwca 2006 r. prezes wielkiej izby Sądu zamknął procedurę ustną.

Żądania stron

76. Microsoft wnosi do Sądu o:
 - stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;
 - tytułem żądania ewentualnego, uchylenie lub znaczne obniżenie grzywny;
 - obciążenie Komisji kosztami postępowania;
 - obciążenie SIIA, FSFE i Audiobanner.com kosztami poniesionymi w związku z ich interwencją.
77. Komisja wnosi do Sądu o:
 - oddalenie skargi;
 - obciążenie Microsoft kosztami postępowania.
78. CompTIA, ACT, TeamSystem i Mamut wnoszą do Sądu o:
 - stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;
 - obciążenie Komisji kosztami postępowania.
79. DMDsecure i in. wnoszą do Sądu o:
 - stwierdzenie nieważności art. 2 lit. b), art. 4, art. 6 lit. a) i art. 7 zaskarżonej decyzji;
 - obciążenie Komisji kosztami postępowania.
80. Exor wnosi do Sądu o:
 - stwierdzenie nieważności art. 2, art. 4, art. 6 lit. a) i art. 7 zaskarżonej decyzji;
 - obciążenie Komisji kosztami postępowania.
81. SIIA, FSFE, Audiobanner.com i ECIS wnoszą do Sądu o:
 - oddalenie skargi;
 - obciążenie Microsoft kosztami postępowania.

Co do prawa

82. Należy najpierw zbadać zarzuty wiążące się z żądaniem zmierzającym do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, a następnie zarzuty dotyczące żądań zmierzających do uchylenia grzywny lub obniżenia jej kwoty.

I – W przedmiocie żądań zmierzających do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji
83. Zarzuty, jakie Microsoft podnosi na poparcie swego żądania stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji, są podzielone na trzy grupy problemowe dotyczące, po pierwsze, odmowy dostarczenia

informacji odnoszących się do interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie, po drugie, sprzedaży związanej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych i Windows Media Playera oraz, po trzecie, obowiązku wyznaczenia niezależnego pełnomocnika ds. monitorowania, zobowiązanego do zapewnienia, aby Microsoft zastosowała się do zaskarżonej decyzji.

A – Uwagi wstępne

84. W swych pismach Komisja podnosi pewne kwestie dotyczące zakresu kontroli sprawowanej przez sąd wspólnotowy oraz dopuszczalności treści kilku załączników do skargi i do repliki.
 1. W sprawie zakresu kontroli sprawowanej przez sąd wspólnotowy
85. Komisja podnosi, że zaskarżona decyzja opiera się na pewnych twierdzeniach wiążących się z dokonaniem złożonych ocen technicznych i ekonomicznych. Twierdzi ona, że zgodnie z orzecznictwem sądy wspólnotowe mogą przeprowadzać tylko ograniczoną kontrolę takich ocen [wyroki Trybunału z dnia 21 listopada 1991 r. w sprawie C-269/90 Technische Universität München, Rec. str. I-5469, pkt 13 oraz z dnia 7 stycznia 2004 r. w sprawach połączonych C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P Aalborg Portland i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-123, pkt 279; wyrok Sądu z dnia 21 kwietnia 2005 r. w sprawie T-28/03 Holcim (Deutschland) przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-1357, pkt 95, 97 i 98].
86. Microsoft, cytując tytułem przykładu wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie T-62/98 Volkswagen przeciwko Komisji, Rec. str. II-2707, pkt 43, odpiera, że sędzia wspólnotowy nie może zaniechać „szczegółowego zbadania stosowności decyzji Komisji, nawet w skomplikowanych sprawach”.
87. Sąd przypomina, że z utrwalonego orzecznictwa wynika, że choć dokonanie ogólnej kontroli, czy zaszły okoliczności pociągające za sobą konieczność zastosowania reguł konkurencji, należy w całości do sądu wspólnotowego, to jednak w przypadku sprawowania kontroli nad dokonywanymi przez Komisję złożonymi ocenami ekonomicznymi sąd wspólnotowy ogranicza się do weryfikacji, czy przestrzegane były reguły proceduralne oraz zasady dotyczące obowiązku uzasadnienia aktu, a także czy nie wystąpił błąd co do okoliczności faktycznych oraz czy nie wystąpił oczywisty błąd w ocenie i czy nie doszło do nadużycia władzy (wyrok Sądu z dnia 30 marca 2000 r. w sprawie T-65/96 Kish Glass przeciwko Komisji, Rec. str. II-1885, pkt 64, potwierdzony w postępowaniu odwoławczym postanowieniem Trybunału z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-241/00 P Kish Glass przeciwko Komisji, Rec. str. I-7759; zob. także podobnie, w odniesieniu do art. 81 WE, wyroki Trybunału z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 42/84 Remia i in. przeciwko Komisji, Rec. str. 2545, pkt 34 oraz z dnia 17 listopada 1987 r. w sprawach połączonych 142/84 i 156/84 BAT i Reynolds przeciwko Komisji, Rec. str. 4487, pkt 62).
88. Podobnie jeśli decyzja Komisji jest wynikiem złożonych ocen technicznych, są one co do zasady przedmiotem ograniczonej kontroli sądowej, co oznacza, że sąd wspólnotowy nie może zastąpić dokonanej przez Komisję oceny okoliczności faktycznych swoją oceną [zob. w odniesieniu do decyzji wydanej po przeprowadzeniu złożonych ocen z dziedziny medyczo-farmaceutycznej postanowienie prezesa Trybunału z dnia 11 kwietnia 2001 r. w sprawie C-459/00 P(R) Komisja przeciwko Trenkerowi, Rec. str. I-2823, pkt 82 i 83; zob. także podobnie wyrok Trybunału z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawie C-120/97 Upjohn, Rec. str. I-223, pkt 34 oraz przywoływane tam orzecznictwo i wyroki Sądu z dnia 3 lipca 2002 r. w sprawie T-179/00 A. Menarini przeciwko Komisji, Rec. str. II-2879, pkt 44 i 45 oraz z dnia 11 września 2002 r. w sprawie T-13/99 Pfizer Animal Health przeciwko Radzie, Rec. str. II-3305, pkt 323].
89. Choć jednak sąd wspólnotowy uznaje, że Komisji przysługuje pewien zakres swobodnego uznania w dziedzinie ekonomicznej lub technicznej, nie oznacza to, że powinien on powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję interpretacji danych o tym charakterze. W istocie sędzia wspólnotowy powinien dokonać zwłaszcza weryfikacji nie tylko materialnej dokładności przytoczonego materiału dowodowego, jego ścisłości i spójności, ale także kontroli tego, czy te materiały stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie (zob. podobnie, w odniesieniu do kontroli koncentracji, wyrok Trybunału z dnia 15 lutego 2005 r. w sprawie C-12/03 P Komisja przeciwko Tetra Laval, Zb.Orz. str. I-987, pkt 39).

90. W świetle tych zasad należy zbadać poszczególne zarzuty, jakie Microsoft podnosi na poparcie żądania stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.
2. W przedmiocie dopuszczalności treści niektórych załączników
91. Komisja, popierana w tej kwestii przez SIIA, twierdzi, że w kilku załącznikach do skargi i do repliki Microsoft podnosi argumenty, które nie figurują w samej treści tych pism procesowych. Podnosi ona także, że Microsoft wielokrotnie stosuje ogólne odesłanie do sprawozdań załączonych do tych pism. Ponadto Komisja krytykuje fakt, że niektóre opinie biegłych przedstawione przez Microsoft są oparte na informacjach, do których ani Komisja, ani Sąd nie miały dostępu. Jest ona zdania, że Sąd nie może uwzględnić wyżej wspomnianych argumentów, sprawozdań i opinii biegłych.
92. Microsoft twierdzi, że „istotne fragmenty skargi” zawierają główne okoliczności faktyczne i prawne, na których opiera się skarga. Przypomina, że zgodnie z orzecznictwem tekst skargi może być wsparty i uzupełniony, w przypadku kwestii szczególnych, odesłaniami do określonych fragmentów dokumentów, które są do niej załączone (postanowienie Sądu z dnia 29 listopada 1993 r. w sprawie T-56/92 Koelman przeciwko Komisji, Rec. str. II-1267, pkt 21). Ponadto wskazuje, że celowo podjęła decyzję o ograniczeniu liczby załączników w trosce o nieobciążanie akt sprawy, że nie ma ona obowiązku przedstawiania każdego z dokumentów, do których się odwołuje w przypisach swych załączników, że Komisja dysponuje kopiami wszystkich dokumentów złożonych w toku postępowania administracyjnego i że nie może zostać podważone, że ma ona prawo do przekazywania informacji swoim biegłym.
93. Podczas nieformalnego posiedzenia w dniu 10 marca 2005 r. (zob. pkt 70 powyżej) sędzia sprawozdawca zwrócił uwagę Microsoft na fakt, że w niektórych załącznikach do swych pism wydaje się ona powoływać argumenty, które nie figurują wyraźnie w samej treści tychże pism, i postawił jej pytanie w tej kwestii. W odpowiedzi Microsoft wskazała, jak jest to zapisane w protokole z tego posiedzenia, co następuje: „Microsoft nie podnosi argumentów, które nie zostały w sposób wyraźny przedstawione w skardze lub w replice”.
94. Sąd przypomina, że zgodnie z art. 21 Statutu Trybunału Sprawiedliwości i art. 44 § 1 lit. c) regulaminu Sądu skarga powinna zawierać przedmiot sporu oraz zwięzłe przedstawienie powołanych zarzutów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby skarga była dopuszczalna, konieczne jest, by istotne okoliczności faktyczne i prawne, na których została oparta, wynikały, choćby w sposób zwięzły, lecz spójny i zrozumiały, z samej treści skargi. Choć sama treść skargi może zostać wsparta lub uzupełniona, w przypadku kwestii szczególnych, odesłaniami do poszczególnych fragmentów dokumentów do niej załączonych, ogólne odesłanie do innych dokumentów, nawet załączonych do skargi, nie może zastąpić braku istotnych elementów argumentacji prawnej, które zgodnie ze wspomnianymi powyżej przepisami, muszą być zawarte w samej skardze (wyrok Trybunału z dnia 31 marca 1992 r. w sprawie C-52/90 Komisja przeciwko Danii, Rec. str. I-2187, pkt 17; ww. w 92 postanowieniach Sądu w sprawie Koelman przeciwko Komisji, pkt 21 oraz z dnia 21 maja 1999 r. w sprawie T-154/98 Asia Motor France i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-1703, pkt 49). Ponadto nie do Sądu należy poszukiwanie i odnajdywanie w załącznikach zarzutów i argumentów, które mogłyby być podstawą skargi, albowiem załączniki spełniają funkcję wyłącznie dowodową i dokumentacyjną (wyroki Sądu z dnia 7 listopada 1997 r. w sprawie T-84/96 Cipeke przeciwko Komisji, Rec. str. II-2081, pkt 34 i z dnia 21 marca 2002 r. w sprawie T-231/99 Joynson przeciwko Komisji, Rec. str. II-2085, pkt 154).
95. Taka wykładnia art. 21 Statutu Trybunału i art. 44 § 1 lit. c) regulaminu Sądu dotyczy również warunków dopuszczalności repliki, której celem, zgodnie z art. 47 § 1 tego regulaminu, jest uzupełnienie skargi (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 20 kwietnia 1999 r. w sprawach połączonych od T-305/94 do T-307/94, od T-313/94 do T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 i T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-931, pkt 40, nieuchylony w tej części przez Trybunał w postępowaniu odwoławczym wyrokiem z dnia 15 października 2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P Limburgse Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-8375).
96. W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że w kilku załączonych do skargi i repliki dokumentach Microsoft przedstawia argumentację natury prawnej lub ekonomicznej, w której nie ogranicza

- się do poparcia lub uzupełnienia okoliczności faktycznych lub prawnych wyraźnie powołanych w treści tych pism procesowych, ale wprowadza w niej nowe argumenty.
97. Ponadto Microsoft wielokrotnie uzupełniała tekst skargi i repliki w odniesieniu do kwestii szczególnych poprzez odesłania do dokumentów do nich załączonych. Jednakże niektóre z tych odesłań dotyczą danego załącznika tylko w sposób ogólny i nie umożliwiają zatem Sądowi dokładnego określenia argumentów, które mógłby uznać za uzupełniające zarzuty przedstawione w skardze lub w replice.
 98. Należy zauważyć, że Komisja twierdząc, iż nie zachodzi tu potrzeba uwzględnienia rozważań zawartych w poszczególnych załącznikach, ustosunkowuje się jednak do niektórych z nich w notatkach załączonych do pism.
 99. Zgodnie z orzecznictwem przypomnianym w pkt 94 i 95 powyżej oraz oświadczeniem złożonym przez Microsoft podczas nieformalnego spotkania w dniu 10 marca 2006 r. (zob. pkt 93 powyżej), załączniki wspomniane w pkt 96–98 powyżej zostaną uwzględnione przez Sąd tylko w zakresie, w jakim popierają lub uzupełniają argumenty wyraźnie powołane przez Microsoft lub Komisję w treści pism lub w jakim możliwe jest dokładne określenie przez Sąd, jakie elementy w nich zawarte wspierają lub uzupełniają wspomniane zarzuty lub argumenty.
 100. W odniesieniu do zastrzeżeń podniesionych przez Komisję co do faktu, że Microsoft nie przekazała informacji, na których opierają się niektóre opinie biegłych załączone do pism, wystarczy wskazać, że do Sądu należy ocena, w stosownych przypadkach, czy twierdzenia zawarte w tych opiniach są pozabawione wartości dowodowej. Gdyby z braku dostępu do niektórych informacji Sąd musiał stwierdzić, że twierdzenia te nie posiadają wystarczającej wartości dowodowej, nie uwzględni ich.

B – W przedmiocie problematyki związanej z odmową dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystywanie

101. W ramach tej pierwszej grupy problemowej Microsoft podnosi jeden zarzut oparty na naruszeniu art. 82 WE. Zarzut ten dzieli się na trzy części. W ramach pierwszej Microsoft podnosi, że kryteria umożliwiające zmuszenie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do przyznania licencji, określone przez sędzię wspólnotowego, nie są w niniejszym przypadku spełnione. W ramach drugiej części twierdzi zasadniczo, że Sun nie zwróciła się do niej o umożliwienie korzystania z „technologii”, którą Komisja nakazała jej ujawnić, oraz że pismo z dnia 6 października 1998 r. w żadnym razie nie może być interpretowane jako zawierające rzeczywistą odmowę z jej strony. Wreszcie w ramach trzeciej części twierdzi, że Komisja nie uwzględniła prawidłowo obowiązków nałożonych na Wspólnoty na mocy Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS) z dnia 15 kwietnia 1994 r. [załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (zwane dalej „porozumieniem TRIPS”)].
 1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na twierdzeniu, że określone przez sąd wspólnotowy kryteria umożliwiające zmuszenie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do przyznania licencji nie są w niniejszym przypadku spełnione
 - a) Wprowadzenie
102. W pierwszym rzędzie należy przedstawić, w sposób ogólny, odpowiednie stanowiska stron w odniesieniu do problematyki związanej z odmową dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie.
103. Według zaskarżonej decyzji Microsoft nadużyła pozycji dominującej, jaką zajmuje na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, odmawiając, po pierwsze, dostarczenia Sun i innym przedsiębiorstwom konkurencyjnym specyfikacji protokołów wprowadzonych w systemach operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej i używanych przez serwery, na których są zainstalowane te systemy, w celu dostarczania sieciom Windows dla grupy roboczej usług udostępniania plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników oraz, po drugie, umożliwienia poszczególnym przedsiębiorstwom używania tych specyfikacji w celu opracowania i wprowadzenia na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
104. Według Komisji, informacje, których udostępnienia Microsoft odmawia, stanowią informacje dotyczące interoperacyjności w rozumieniu dyrektywy Rady 91/250/EWG z dnia 14 maja 1991 r.

- w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz.U. L 122, str. 42). Podnosi ona między innymi, że dyrektywa ta uznaje za interoperacyjność pomiędzy dwoma oprogramowaniami zdolność wymieniaania pomiędzy nimi informacji i wzajemnego wykorzystywania tych informacji w celu umożliwienia każdemu z tych oprogramowań wszechstronnego funkcjonowania (zob. między innymi pkt 256 pierwszego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, pkt 79 drugiego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów i pkt 143 trzeciego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów). Komisja twierdzi, że pojęcie interoperacyjności bronione przez Microsoft jest nieściśle (motywy 749–763 zaskarżonej decyzji).
105. Komisja na podstawie szeregu dowodów o charakterze faktycznym i technicznym twierdzi, że „podstawą prawidłowego funkcjonowania sieci Windows dla grupy roboczej jest architektura połączeń i interakcji klient-serwer oraz serwer-serwer, zapewniająca przezroczysty dostęp do głównych usług serwerów grupy roboczej (w przypadku Windows 2000/Windows 2003 ta »architektura domeny Windows« może być opisana jako »architektura domeny Active Directory«)» oraz że „ogólna zdolność, aby stać się częścią tej architektury, jest elementem kompatybilności pomiędzy stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows a serwerami grupy roboczej funkcjonującymi w systemie Windows” (motyw 182 zaskarżonej decyzji). Opisuje ona tę kompatybilność jako „interoperacyjność z architekturą domeny Windows” (motyw 182 zaskarżonej decyzji) i utrzymuje, że taka interoperacyjność jest „konieczna, aby sprzedawcy systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej mogli w sposób trwały pozostać na rynku” (motyw 779 zaskarżonej decyzji).
 106. Komisja uważa ponadto, że aby konkurenci Microsoft mogli opracowywać systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej mogące osiągać taki stopień interoperacyjności w przypadku dodania do grupy roboczej Windows serwerów, na których systemy te są zainstalowane, konieczne jest, aby mieli oni dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności z architekturą domeny Windows (motywy 183 i 184 zaskarżonej decyzji). Uważa ona między innymi, że żadna z pięciu powoływanych przez Microsoft metod umożliwiających zapewnienie interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi dostarczonymi przez różnych dystrybutorów nie stanowi wystarczającego rozwiązania zastępczego w stosunku do ujawniania tych informacji (motywy 666–687 zaskarżonej decyzji).
 107. Wreszcie Komisja twierdzi, że, zgodnie z orzecznictwem, choć przedsiębiorstwa mają co do zasady swobodę wyboru swych partnerów handlowych, odmowa dostarczania informacji przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może, w pewnych okolicznościach, stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE. Uważa ona, że w niniejszym przypadku istnieje wiele „nadzwyczajnych okoliczności”, które pozwalają na dojście do wniosku, iż odmowa zarzucana Microsoft stanowi nadużycie, nawet w najbardziej wąsko pojmowanym – a zatem dla niej najkorzystniejszym – przypadku, w którym odmowa byłaby uznawana za odmowę przyznania osobom trzecim licencji dotyczącej praw własności intelektualnej (motywy 190 i 546–559 zaskarżonej decyzji). Komisja uważa, że ma prawo uwzględnić „nadzwyczajne okoliczności” inne niż te określone przez Trybunał w wyroku z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P RTE i ITP przeciwko Komisji, Rec. str. I-743, zwanym dalej „wyrokiem w sprawie Magill”, i powtórzone przez Trybunał w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-418/01 IMS Health, Rec. str. I-5039. Te ostatnie nadzwyczajne okoliczności miały w każdym razie miejsce w niniejszym przypadku.
 108. W odniesieniu do Microsoft od początku postępowania administracyjnego broni ona stanowiska, zgodnie z którym pojęcie interoperacyjności przyjęte w niniejszej sprawie przez Komisję nie jest zgodne z pojęciem „pełnej interoperacyjności” przewidzianym w dyrektywie 91/250 i nie odpowiada ono sposobowi, w jaki w praktyce przedsiębiorstwa organizują swe sieci informatyczne (zob. między innymi pkt 151–157 odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz str. 29 i 30 odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów). Microsoft uważa w szczególności, że „twórca systemów operacyjnych dla serwerów uzyskuje pełną interoperacyjność w przypadku, gdy możliwy jest dostęp do wszystkich funkcji jego programu z systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych” (pkt 143 odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów; zob. także podobnie str. 29 i 63 odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie

pismo w sprawie przedstawienia zarzutów). Microsoft stosuje zatem, zgodnie ze sformułowaniami użytymi przez Komisję, definicję „jednokierunkową”, podczas gdy Komisja opiera się na „relacji dwukierunkowej” (motyw 758 zaskarżonej decyzji).

109. Według Microsoft, ta wspomniana powyżej pełna interoperacyjność może być osiągnięta dzięki ujawnianiu informacji dotyczących interfejsów, jakiego spółka ta już dokonuje między innymi za pośrednictwem swego produktu zwanego „MSDN” lub konferencji, jakie organizuje dla „Professional Developers”, lub pewnych innych metod dostępnych na rynku (zob. w szczególności pkt 12, 57–63, 73–83 i 147 odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów; pkt 6, 72, 94–96, 148 i 149 odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz str. 31 odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów).
110. Microsoft uważa, że pojęcie interoperacyjności przyjęte przez Komisję zakłada natomiast, iż systemy operacyjne jej konkurentów funkcjonują pod każdym względem jak system operacyjny Windows dla serwerów. Według Microsoft można to osiągnąć tylko poprzez umożliwienie tym konkurentom klonowania jej produktów lub niektórych ich właściwości i poprzez przekazywanie im informacji na temat wewnętrznych mechanizmów jej produktów (zob. w szczególności pkt 7, 20, 27, 144–150 i 154–169 odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów; pkt 158–161 odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oraz str. 10 i 20 odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów).
111. Microsoft uważa, że gdyby została zmuszona do ujawnienia takich informacji, naruszona zostałaby jej swoboda wykonywania jej praw własności intelektualnej, a także wpłynęłoby to negatywnie na jej zamierzenia innowacyjne (zob. w szczególności pkt 162, 163 i 176 odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i str. 3, 10 i 11 odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów).
112. Wreszcie Microsoft uważa, że należy dokonać oceny niniejszej sprawy w świetle powołanych powyżej w pkt 107 wyroków w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, ponieważ odmowa, która jest jej zarzucana, powinna być uważana za odmowę przyznania osobom trzecim licencji dotyczącej praw własności intelektualnej, i że w związku z tym zaskarżona decyzja prowadzi do obowiązkowego przyznania licencji. Podnosi ona, że żadne z kryteriów ustanowionych, według niej, w sposób wyczerpujący przez Trybunał w tych wyrokach nie jest jednak spełnione w niniejszym przypadku. Wyciąga ona z powyższego wniosek, że rozpatrywana odmowa nie może zostać uznana za nadużycie i że Komisja nie może zatem nakazać ujawniania informacji dotyczących interoperacyjności. Pomocniczo Microsoft powołuje się na wyrok Trybunału z dnia 26 listopada 1998 r. w sprawie C-7/97 Bronner, Rec. str. I-7791 i twierdzi, że kryteria przewidziane w tym wyroku także nie są spełnione w niniejszym przypadku.
113. W drugiej kolejności należy wyjaśnić sposób, w jaki Microsoft rozwija argumentację, jaką podnosi w ramach pierwszej części zarzutu, i sposób, w jaki Sąd zbada tę argumentację.
114. A zatem przed przedstawieniem swej argumentacji w ścisłym tego słowa znaczeniu [zob. poniżej tytuł d) pierwszej części zarzutu], Microsoft przedstawia pewne dotyczące interoperacyjności twierdzenia, które mogą być streszczone w następujący sposób. Po pierwsze, Microsoft powołuje się na istnienie pięciu metod umożliwiających osiągnięcie interoperacyjności pomiędzy z jednej strony systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów, a z drugiej strony konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów. Po drugie, krytykuje ona z jednej strony stopień interoperacyjności przyjęty w niniejszym przypadku przez Komisję – stwierdzając zasadniczo, że Komisja zamierza w rzeczywistości umożliwić jej konkurentom klonowanie jej własnych produktów lub pewnych ich właściwości – i z drugiej strony zakres stosowania środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji.
115. Poza tymi różnego rodzaju twierdzeniami Microsoft przedstawia szereg argumentów w celu wykazania, że protokoły komunikacyjne, które powinna ujawnić swym konkurentom na mocy zaskarżonej decyzji, są innowacyjne z technologicznego punktu widzenia i że protokoły te lub ich specyfikacje są objęte prawami własności intelektualnej.
116. Argumentacja w ścisłym tego słowa znaczeniu, jaką Microsoft przedstawia w ramach pierwszej części niniejszego zarzutu, jest następująca:

- niniejsza sprawa powinna być oceniana w świetle różnego rodzaju okoliczności przyjętych przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie w sprawie Magill i powtórzonych w powołanym powyżej w tym samym punkcie wyroku w sprawie IMS Health;
 - okolicznościami umożliwiającymi uznanie za nadużycie odmowy przyznania przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą osobom trzecim licencji dotyczącej praw własności intelektualnej są: po pierwsze, okoliczność, iż dany produkt lub usługa są niezbędne do prowadzenia określonej działalności; po drugie, okoliczność, iż odmowa może doprowadzić do wykluczenia wszelkiej konkurencji na rynku pochodnym; po trzecie, okoliczność, iż odmowa stoi na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt konsumentów, oraz po czwarte, okoliczność, iż odmowa jest pozbawiona obiektywnego uzasadnienia;
 - żadna z tych czterech okoliczności nie zachodzi w niniejszym przypadku;
 - pomocniczo zastosowanie znajdują kryteria, które zostały przyjęte przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner, które odpowiadają pierwszej, drugiej i czwartej z wyżej wspomnianych okoliczności, o których mowa w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health;
 - także żadne z trzech kryteriów określonych w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner nie jest w niniejszym przypadku spełnione.
117. Sąd zbada najpierw twierdzenia Microsoft dotyczące różnych stopni interoperacyjności i zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji. Argumenty, jakie spółka ta podnosi odnośnie do istnienia pięciu metod umożliwiających osiągnięcie interoperacyjności pomiędzy jej systemami operacyjnymi i systemami jej konkurentów, zostaną przeanalizowane w ramach badania rzekomo niezbędnego charakteru informacji dotyczących interoperacyjności. Sąd wypowie się następnie na temat argumentów Microsoft dotyczących praw własności intelektualnej, które mają obejmować jej protokoły komunikacyjne lub ich specyfikacje. Wreszcie dokona on oceny argumentacji w ścisłym tego słowa znaczeniu, jaką Microsoft podnosi w ramach pierwszej części zarzutu, ustalając najpierw okoliczności, w świetle których należy badać zachowanie zarzucane Microsoft, a następnie – czy okoliczności te zachodzą w niniejszym przypadku.
- b) W przedmiocie różnych stopni interoperacyjności i zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji

Argumenty uczestników

118. Microsoft uważa zasadniczo, że pojęcie interoperacyjności, na którym opiera się Komisja, aby dojść do wniosku, iż odmowa dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności stanowi nadużycie pozycji dominującej, i nałożyć środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji, jest nieściśle.
119. Microsoft podkreśla, że „interoperacyjność dotyczy całego kontinuum w sposób ciągły” i że „[n]ie stanowi ona absolutnego standardu”.
120. Spółka ta wskazuje, że „możliwe jest, że pewien minimalny poziom interoperacyjności jest konieczny, aby zapewnić skuteczną konkurencję”, ale uważa, że taki poziom nie jest trudny do osiągnięcia, podnosząc, iż istnieją różne środki osiągania interoperacyjności w sensie „posiadania systemów operacyjnych dostarczanych przez różnych dystrybutorów, które prawidłowo razem funkcjonują”.
121. Microsoft twierdzi, że w zaskarżonej decyzji Komisja przyjęła pojęcie interoperacyjności całkowicie odmienne od pojęcia przewidzianego w dyrektywie 91/250 i które jest używane w praktyce przez przedsiębiorstwa w celu zorganizowania sieci informatycznych. Zdaniem Microsoft Komisja zmierza bowiem do umożliwienia, aby konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów „funkcjonował pod każdym względem” jak system operacyjny Windows dla serwerów (czyli do osiągnięcia „doskonałej substytucyjności” lub „plug replaceability”). Tymczasem może to być zrealizowane jedynie poprzez zezwolenie konkurentom Microsoft na klonowanie jej produktów lub ich właściwości. Microsoft dodaje, że dwa systemy operacyjne dla serwerów mogą współpracować w tym sensie, że wymieniają one informacje lub wzajemnie świadczą sobie usługi, przy czym nie jest konieczne, aby były one „dokładnie takie same”. Należałoby zatem rozróżnić pojęcie „interoperacyjności” od pojęć „klonowania” lub „duplikacji”.

122. Na poparcie tych twierdzeń Microsoft odsyła do sprawozdania opracowanego przez dwóch biegłych z zakresu informatyki, które dołączyła ona do odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, w którym biegli ci wyjaśniają pojęcia „ścisłego wiązania” i „luźnego wiązania”, a także uzasadniają, dlaczego wysiłki podjęte w celu osiągnięcia „ścisłego wiązania” z oprogramowaniem pochodzącym od różnych twórców nie powiodły się (załącznik A.9.2 do skargi). Uzasadnienie to ma charakter zarówno techniczny, jak i ekonomiczny.
123. Microsoft wskazuje także, że w toku postępowania administracyjnego przedstawiła ona 50 oświadczeń przedsiębiorstw, publicznych i prywatnych, działających we wszystkich sektorach przemysłu i pochodzących z różnych ówczesnych państw członkowskich. Przedsiębiorstwa te oświadczyły w nich, że dzięki stosowaniu metod już dostępnych na rynku istnieje wysoki stopień interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów z jednej strony, a konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów z drugiej strony. Microsoft dodaje, że ze sprawozdań Mercer wynika, iż przedsiębiorstwa nie wybierają systemów operacyjnych dla serwerów w oparciu o względy związane z interoperacyjnością z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów.
124. Microsoft w replice, we wprowadzeniu do swej argumentacji zmierzającej do wykazania, że jej protokoły komunikacyjne są chronione prawami własności intelektualnej, a także w odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych, jakie jej zadał Sąd, przedstawia szereg twierdzeń na temat zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji. W tych twierdzeniach porusza ona także kwestię wymaganego w niniejszym przypadku przez Komisję stopnia interoperacyjności.
125. W replice Microsoft stwierdza zatem, że istnieje pewna niespójność pomiędzy zakresem wspomnianego środka zaradczego oraz „standardem interoperacyjności”, do jakiego odwołuje się Komisja w zaskarżonej decyzji, aby dokonać oceny stosowności „alternatywnych metod interoperacyjności”. W odpowiedzi na jedno z zadanych przez Sąd pytań pisemnych twierdzi ona, że zakres obowiązku ujawniania przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji był przedmiotem różnych wykładni ze strony Komisji.
126. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii Microsoft podnosi, że w motywie 669 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, iż „otwarte standardy branży nie pozwalają konkurentom na osiągnięcie tego samego stopnia interoperacyjności z architekturą domeny Windows co systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej”. Podnosi ona także, że w motywie 679 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że „system operacyjny Novell dla serwerów grupy roboczej »bez modułu dla stacji roboczych« nie może w pełni wykorzystywać zdolności stacji roboczych funkcjonujących w systemie Windows i serwerów grupy roboczej funkcjonujących w systemie Windows w ten sam sposób, w jaki może to czynić system operacyjny [Windows] dla serwerów grupy roboczej”. Microsoft wywodzi z tych stwierdzeń, że Komisja uważała interoperacyjność przede wszystkim za zdolność konkurentów do umożliwienia ich produktom funkcjonowania dokładnie w ten sam sposób, jak systemy operacyjne Windows dla serwerów. Zdaniem Microsoft Komisja uważa zatem, że istnieje „quasi-tożsamość” tych ostatnich systemów i konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów.
127. Microsoft uważa, że aby stopień interoperacyjności zalecany przez Komisję mógł zostać osiągnięty (stopień, który Microsoft określa, bez wprowadzania rozróżnienia, wyrażeniami „plug replacement”, „plug-replaceability”, „drop-in”, „ekwiwalent funkcjonalny” i „klon funkcjonalny”), musiałaby ona ujawniać dużo więcej informacji niż te, o których mowa w art. 5 zaskarżonej decyzji, a zwłaszcza informacje dotyczące wewnętrznych mechanizmów jej systemów operacyjnych dla serwerów (w tym „algorytmy i zasady decyzyjne”).
128. Następnie Microsoft uważa, że Komisja broniła wąskiej wykładni tegoż art. 5, twierdząc, iż zobowiązuje on do udzielenia konkurentom Microsoft licencji tylko w zakresie dotyczącym protokołów komunikacyjnych „on the wire”. Na poparcie tego twierdzenia Microsoft powołuje fakt, że podczas przesłuchania w trakcie postępowania w sprawie zastosowania środków tymczasowych strony dopuszczone wówczas do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji oświadczyły, iż nie są one zainteresowane uzyskaniem dostępu do informacji na temat wewnętrznych mechanizmów systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Powołuje się ona także na fakt, że w odpowiedzi na skargę oraz w duplice Komisja potwierdziła, iż nie zamierzała umożliwić jej konkurentom klonowania dostarczanych przez systemy operacyjne Windows dla serwerów usług udostępniania plików i drukarek, a także usług zarządzania użytkownikami

- i grupami użytkowników. Microsoft zauważa, że tysiące stron specyfikacji, jakie przekazała Komisji w zastosowaniu zaskarżonej decyzji, umożliwią jednak jej konkurentom skopiowane niektórych „właściwości” produktów, jakie stworzyła dzięki swym własnym wysiłkom z zakresu badań i rozwoju. Na przykład zatem, mając dostęp do protokołu DRS (Directory Replication Service), osoby trzecie są w stanie przeprowadzić analizę odwróconą na innych częściach systemów operacyjnych Windows dla serwerów, które używają Active Directory.
129. Dalej, w październiku 2005 r., czyli wiele miesięcy po zamknięciu procedury pisemnej w niniejszej sprawie, Komisja dokonała ponownej wykładni art. 5 zaskarżonej decyzji, interpretując go w ten sposób, że informacje, jakie Microsoft powinna ujawnić, muszą umożliwić jej konkurentom stworzenie funkcjonalnych ekwiwalentów systemów operacyjnych Windows dla serwerów lub, innymi słowy, systemów „doskonale substytucyjnych” wobec tych ostatnich. Microsoft potwierdza, że taka interpretacja art. 5 zobowiązuje do udostępnienia informacji na temat wewnętrznych mechanizmów jej systemów operacyjnych Windows dla serwerów.
 130. W trakcie rozprawy Microsoft poświęciła długie rozważania mechanizmowi „replikacji typu multi-master” i w tym kontekście podniosła argumenty podobne do tych, które zostały przedstawione powyżej.
 131. Microsoft między innymi wyjaśniła, że w przeszłości usługi katalogowe były wykonywane przez jeden bardzo duży i drogi serwer. Obecnie natomiast usługi te są ogólnie wykonywane przez wiele małych tańszych serwerów, umieszczonych w różnych miejscach i powiązanych między sobą w ramach jednej całości, którą zilustrowała, za pomocą różnego rodzaju wyświetlonych podczas rozprawy przezroczki, jako „błękitną bańkę”. Microsoft wskazała, że oprogramowania zainstalowane na serwerach stanowiących część tej „błękitnej bańki” i uczestniczące w wykonywaniu usług katalogowych powinny posiadać taką samą logikę wewnętrzną, aby te serwery mogły funkcjonować wspólnie, jakby były jednym serwerem. Każdy z tych serwerów powinien bowiem zakładać, że pozostałe zareagują dokładnie w ten sam sposób w odpowiedzi na dane polecenie. Microsoft dodała, że komunikacja mająca miejsce między serwerami funkcjonującymi w danym systemie operacyjnym w ramach „błękitnej bańki” ma bardzo szczególny charakter.
 132. Microsoft także wyjaśniła, że mechanizm replikacji typu multi-master umożliwia to, iż każda zmiana danych umieszczonych na serwerze działającym jako kontroler domeny i mieszczącym się wewnątrz „błękitnej bańki” (na przykład zmiana hasła użytkownika) jest następnie automatycznie „replikowana” na wszystkich innych serwerach pełniących rolę kontrolerów domeny i należących do tej samej „błękitnej bańki”.
 133. Microsoft wyjaśniła, że pierwszą spółką, której w 1993 r. udało się stworzyć taki mechanizm, była Novell. Jednakże mechanizm zawarty w jej systemie operacyjnym dla serwerów NetWare umożliwia funkcjonowanie w sposób perfekcyjnie zsynchronizowany w ramach „błękitnej bańki” tylko maksymalnie 150 kontrolerów domeny, podczas gdy mechanizm stosowany przez Active Directory zawarty w systemie Windows 2000 Server może jednocześnie obsługiwać kilka tysięcy kontrolerów domeny.
 134. Microsoft powtórzyła, także w kontekście swych rozważań dotyczących mechanizmu replikacji typu multi-master, że zaskarżona decyzja miała na celu umożliwienie jej konkurentom tworzenie systemów operacyjnych dla serwerów stanowiących funkcjonalne ekwiwalenty jej własnych systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Celem tej decyzji było w szczególności to, aby wykonujące usługi katalogowe serwery, na których jest zainstalowany konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów, mogły zastąpić, w ramach „błękitnej bańki”, istniejące serwery, na których jest zainstalowany system operacyjny Windows dla serwerów używających Active Directory. Tymczasem aby można było to osiągnąć, konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów musiałyby funkcjonować dokładnie w ten sam sposób – i posiadać w związku z tym tę samą logikę wewnętrzną – co systemy operacyjne Windows dla serwerów używających Active Directory. Byłoby to możliwe tylko w przypadku, gdyby jej konkurenci dysponowali informacjami dotyczącymi wewnętrznych mechanizmów jej systemów operacyjnych dla serwerów, w tym pewnymi algorytmami, czyli informacjami wykraczającymi znacznie poza informacje dotyczące interoperacyjności w rozumieniu zaskarżonej decyzji.
 135. Microsoft dodała, że pomiędzy serwerami funkcjonującymi w systemie operacyjnym pochodzącym od różnych dostawców replikacja typu multi-master nie może zatem mieć miejsca. Na przykład

serwer, na którym zainstalowany jest system operacyjny Sun, nie może być umieszczony wewnątrz „błękitnej bańki” grupującej serwery funkcjonujące w systemie operacyjnym Novell lub używające Active Directory. Sprecyzowała ona jednak, że ponieważ Active Directory opiera się na standardowych protokołach, takich jak protokół LDAP (Lightweight Directory Access Protocol), jest w stanie funkcjonować w ramach tej samej sieci informatycznej z usługami katalogowymi wykonywanymi przez systemy operacyjne dla serwerów jej konkurentów. Bez różnicy jest, czy interoperacyjność istnieje pomiędzy dwoma odrębnymi serwerami, czy pomiędzy serwerem z jednej strony, a zespołem serwerów zgrupowanych w ramach „błękitnej bańki” z drugiej strony.

136. Komisja odrzuca twierdzenia Microsoft.
137. Na wstępie przypomina definicję pojęć „informacji dotyczących interoperacyjności” i „protokołów” przyjętą w art. 1 ust. 1 i 2 zaskarżonej decyzji. Wyjaśnia, że decyzja ta zobowiązuje Microsoft do przedstawienia dokumentacji technicznej, zwanej „specyfikacjami”, która szczegółowo opisuje te protokoły. Specyfikacje wskazują, „jak sformatować wiadomości, kiedy je wysłać, jak je interpretować, co należy zrobić z nieprawidłowymi informacjami, itp.”. Komisja podkreśla, że należy odróżnić tę dokumentację techniczną od kodu źródłowego produktów Microsoft. Wyjaśnia, że konkurent pragnący opracować system operacyjny dla serwerów „rozumiejący” protokoły Microsoft musi zaopatrzyć swój produkt w kod źródłowy, który wdraża specyfikacje tych protokołów. Dwoch programistów wdrażających te same specyfikacje protokołu nie napisze zaś takiego samego kodu źródłowego, a osiągi ich programów będą różne (motywy 24, 25 i 698 oraz 719–722 zaskarżonej decyzji). Z tego punktu widzenia protokoły mogą zostać porównane z językiem, którego składnia i słownictwo stanowiłyby specyfikacje, a przecież sam fakt opanowania przez dwie osoby składni i słownictwa tego samego języka nie oznacza, że będą one korzystały z niego w taki sam sposób. Komisja wyjaśnia także, że „fakt, iż dwa produkty świadczą swe usługi za pośrednictwem kompatybilnych protokołów, nie mówi nic na temat sposobu, w jaki świadczą one te usługi”.
138. Komisja twierdzi, że Microsoft broni wąskiej koncepcji pojęcia interoperacyjności, która jest ponadto niezgodna z dyrektywą 91/250. Odsyła ona do motywów 749–763 zaskarżonej decyzji i podnosi, że Microsoft nie przedstawia żadnego nowego argumentu w stosunku do tego, co już twierdziła w toku postępowania administracyjnego. Podczas rozprawy Komisja wyjaśniła, że oparła się na tej dyrektywie nie tylko po to, aby wykazać znaczenie interoperacyjności w sektorze oprogramowania, ale także aby dokonać oceny pojęcia interoperacyjności.
139. Ponadto Komisja przyznaje, że istnieje cały szereg możliwych stopni interoperacyjności pomiędzy stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows a systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej i że „pewna interoperacyjność” z architekturą domeny Windows jest już możliwa do zrealizowania. Uważa ona, że nie ustaliła a priori określonego poziomu interoperacyjności, który jest niezbędny do utrzymania skutecznej konkurencji na rynku, ale stwierdziła, po przeprowadzeniu dochodzenia, że stopień interoperacyjności, jaki mogą osiągnąć konkurenci za pośrednictwem dostępnych metod, jest za niski, aby umożliwić im pozostanie w trwały sposób na rynku. Komisja, odsyłając do tej sekcji zaskarżonej decyzji, w której stwierdza, że „interoperacyjność jest siłą napędową przyjęcia systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Microsoft” (motywy 637–665), wyjaśnia, że okazało się, że wspomniane metody „nie zapewniają poziomu interoperacyjności wymaganego przez klientów w trwały z ekonomicznego punktu widzenia sposób”.
140. W duplice Komisja wyjaśnia, że w zaskarżonej decyzji nie twierdzi, iż niezbędne jest, aby konkurentom Microsoft zezwolono na powielanie „rozwiązań w zakresie interoperacyjności” wprowadzonych przez Microsoft. Ważne jest, aby mogli oni osiągnąć równoważny stopień interoperacyjności dzięki swym własnym wysiłkom w zakresie wprowadzania innowacji.
141. Wreszcie Komisja podkreśla, że wbrew temu, co twierdzi Microsoft, zaskarżona decyzja nie zmierza do tego, aby konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów mogły funkcjonować pod każdym względem tak jak system operacyjny Windows dla serwerów, a w konsekwencji aby jej konkurenci mieli możliwość klonowania właściwości jej produktów. Celem zaskarżonej decyzji jest w rzeczywistości umożliwienie tym konkurentom opracowywania produktów, które „funkcjonują w inny sposób, ale [...] są zdolne do zrozumięcia wiadomości przekazywanych przez dane produkty Microsoft”. Dodaje, że informacje dotyczące interoperacyjności, jakie Microsoft powinna ujawnić swym konkurentom w zastosowaniu zaskarżonej decyzji, nie umożliwią im stworzenia dokładnie produktów takich samych jak produkty Microsoft.

142. W tym względzie Komisja wyjaśniła podczas rozprawy, że należy rozróżnić pojęcie „ekwiwalentu funkcjonalnego” od pojęcia „klonu funkcjonalnego”. Ekwiwalent funkcjonalny nie jest bowiem systemem funkcjonującym dokładnie w ten sam sposób jak system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej, jaki zastępuje, ale systemem, który może dostarczyć stosownej odpowiedzi na dane zapytanie w takich samych warunkach jak system operacyjny Windows oraz spowodować, aby stacja robocza lub serwer funkcjonujący w systemie Windows zareagowały na te wiadomości w taki sam sposób, jak gdyby pochodziły one od tego systemu operacyjnego Windows.
143. Komisja przyznaje, że „ściste wiązanie” i „luźne wiązanie” nie są wyraźnie zdefiniowanymi terminami technicznymi, w szczególności w dziedzinie oprogramowania systemów operacyjnych. Zaprzecza ona jednak, jakoby „informacje interfejsu o ścisłym wiązaniu”, o których mowa w sprawozdaniu zamieszczonym w załączniku A.9.2 do skargi, były innowacyjne.
144. W odniesieniu do oświadczeń klientów przedstawionych przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego Komisja przypomina, że zostały one już skomentowane w motywach 357, 358, 440–444, 511, 513, 595, 602, 628 i 707 zaskarżonej decyzji. Zauważa ona, że te oświadczenia, które pochodzą z 2000 i 2001 r., dotyczą co do zasady przedsiębiorstw, które w dużej mierze przyjęły system Windows jako „standard” ich sieci grupy roboczej. W odniesieniu do sprawozdań Mercer Komisja stwierdza, iż w motywie 645 zaskarżonej decyzji już wskazała, że przeanalizowane w nich dane dowodzą wyraźnie czegoś przeciwnego niż twierdzi Microsoft.
145. Komisja odrzuca ponadto argument, który Microsoft opiera na rzekomej niespójności pomiędzy środkiem zaradczym przewidzianym w art. 5 zaskarżonej decyzji a standardem interoperacyjności zastosowanym w tej decyzji, aby dokonać oceny stosowności „alternatywnych metod interoperacyjności”.
146. Komisja uważa, że miała trudności ze zrozumieniem znaczenia tego argumentu. W tym względzie wskazuje, że w cytowanych przez Microsoft fragmentach motywów 669 i 679 zaskarżonej decyzji w żaden sposób nie odrzuca pewnych rozwiązań zastępujących ujawnianie informacji dotyczących interoperacyjności z uwagi na to, że rozwiązania te nie umożliwiają klonowania produktów Microsoft lub niektórych ich właściwości. Stwierdza ona w nich jedynie, że rozwiązania te „zapewniają mniejszy stopień interoperacyjności z dominującymi produktami Microsoft (mniejszą zdolność dostępu do funkcji tych produktów) niż własna oferta Microsoft”. Problem dotyczy zatem zdolności do „pracy ze” środowiskiem Windows.
147. Komisja dodaje, że z motywów 568–572, 740 i 749–763 zaskarżonej decyzji wyraźnie wynika, iż dotyczy ona tylko ujawnienia specyfikacji interfejsu. Ponadto uważa ona, że Microsoft nie poparła w sposób wystarczający pod względem prawnym swego twierdzenia, zgodnie z którym mając dostęp do niektórych specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych, osoby trzecie mogą przeprowadzać analizę odwrotną na innych częściach systemu operacyjnego Windows dla serwerów, które używają Active Directory.
148. Podczas rozprawy Komisja podważyła zasadność twierdzeń, które Microsoft wywodzi z mechanizmu replikacji typu multi-master. Potwierdziła, że zaskarżona decyzja zmierzała między innymi do tego, aby serwery funkcjonujące w konkurencyjnym wobec Microsoft systemie operacyjnym dla serwerów grupy roboczej mogły włączyć się do „błękitnej bańki” złożonej z serwerów, na których zainstalowany jest system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej, oraz aby obowiązek ujawnienia przewidziany w art. 5 tej decyzji obejmował zatem także informacje dotyczące komunikacji pomiędzy serwerami działającymi w ramach tej „błękitnej bańki”. Odrzuciła ona jednak twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym cel ten może być osiągnięty tylko poprzez udostępnienie informacji na temat wewnętrznych mechanizmów jej produktów.
149. SIIA podkreśla zasadniczą rolę, jaką odgrywa interoperacyjność w branży oprogramowania. Według niego nie można podważyć, że konsumenci przywiązują wielką wagę od tego, aby programy komputerowe były interoperacyjne z produktami quasi-monopolistycznymi, jakimi są systemy operacyjne Windows dla stacji roboczych. Wskazuje ono, że w normalnej sytuacji konkurencyjnej dla twórców oprogramowania korzystne jest wspieranie interoperacyjności pomiędzy ich produktami a produktami ich konkurentów oraz ujawnianie informacji dotyczących interoperacyjności. W ten sposób konkurują oni na podstawie „normalnych” czynników, takich jak cena i bezpieczeństwo produktów, szybkość przetwarzania poleceń lub innowacyjny charakter niektórych funkcji. Natomiast Microsoft wykorzystuje na rynkach sąsiadujących, poprzez wykorzystanie

„efektu dźwigni” (leveraging), pozycję quasi-monopolistyczną, jaką zajmuje na innych rynkach. W szczególności Microsoft ogranicza zdolność jej konkurentów do osiągania interoperacyjności z jej quasi-monopolistycznymi produktami, nie przestrzegając standardowych protokołów branży, wyposażając je w „dodatki drugorzędne (i zbyteczne)” i odmawiając następnie przekazywania swym konkurentom informacji na temat wspomnianych „poszerzonych protokołów”.

150. Ponadto SIIA podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym zaskarżona decyzja zmierzała do umożliwienia jej konkurentom opracowywania systemów operacyjnych dla serwerów, które funkcjonowałyby pod każdym względem tak jak system operacyjny Windows dla serwerów. Według SIIA, celem zaskarżonej decyzji jest umożliwienie konkurencyjnym wobec Microsoft systemom operacyjnym dla serwerów grupy roboczej współpracy z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów grupy roboczej w ten sam sposób, w jaki czynią to systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej.

Ocena Sądu

151. Microsoft w swych różnego rodzaju argumentach przedstawionych w pkt 118–135 powyżej podnosi dwie główne kwestie dotyczące, po pierwsze, stopnia interoperacyjności przyjętego przez Komisję w niniejszym przypadku oraz, po drugie, zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji.
152. Należy zauważyć, że te dwie kwestie są ściśle ze sobą związane w tym sensie, iż jak wynika między innymi z motywu 998 zaskarżonej decyzji, ten środek zaradczy zmierza do nałożenia na Microsoft obowiązku ujawnienia informacji, których ujawniania, według Komisji w sposób stanowiący naruszenie, Microsoft odmówiła zarówno Sun, jak i swym innym konkurentom. Zakres wspomnianego środka zaradczego powinien zatem zostać określony w świetle stanowiącego nadużycie zachowania Microsoft, gdyż jest on w szczególności uzależniony od stopnia interoperacyjności przyjętego przez Komisję w zaskarżonej decyzji.
153. Aby można było rozstrzygnąć te kwestie, należy najpierw przypomnieć szereg ustaleń faktycznych i technicznych zawartych w zaskarżonej decyzji. Dopiero bowiem po zbadaniu w szczególności sposobu, w jaki zorganizowane są sieci Windows dla grupy roboczej, a także powiązania pomiędzy poszczególnymi systemami operacyjnymi w ramach tych sieci, Komisja oceniła wymagany w niniejszym przypadku stopień interoperacyjności i doszła do wniosku, że informacje dotyczące interoperacyjności są niezbędne. Należy także najpierw wyjaśnić, na czym polegają cechy charakterystyczne informacji, o których mowa w zaskarżonej decyzji.

– Ustalenia faktyczne i techniczne

154. W motywach 21–59, 67–106 i 144–184 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawia szereg ustaleń o charakterze faktycznym i technicznym w przedmiocie rozpatrywanych produktów i technologii.
155. Należy na wstępie podnieść, że Microsoft nie podważa zasadniczo poszczególnych stwierdzeń. W dużej mierze są one zresztą oparte na oświadczeniach złożonych przez nią w toku postępowania administracyjnego, w szczególności w odpowiedziach na trzy pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, a także na dokumentach i sprawozdaniach opublikowanych na jej stronie internetowej. Ponadto prezentacje techniczne przedstawione przez biegłych stron podczas rozprawy, w tym prezentacje Microsoft, potwierdzają zasadność wspomnianych stwierdzeń.
156. W pierwszym rzędzie Komisja, po stwierdzeniu, że termin „interoperacyjność” może być używany przez techników w różnych kontekstach i może przyjąć różne znaczenia, cytuje najpierw dziesiąty, jedenasty i dwunasty motyw dyrektywy 91/250 (motyw 32 zaskarżonej decyzji).
157. Treść tych motywów jest następująca:

„rolą programu komputerowego jest wejście w kontakt i wspólne funkcjonowanie z innymi częściami składowymi systemu komputerowego i użytkownikami, w tym celu logiczne i, w miarę potrzeb, fizyczne wzajemne połączenia i wzajemne oddziaływanie są wymagane, aby pozwolić wszystkim elementom oprogramowania i sprzętu komputerowego funkcjonować z innym oprogramowaniem, sprzętem komputerowym i użytkownikami we wszelkich formach działania, do jakich są przeznaczone;

części programu umożliwiające takie wzajemne połączenia i wzajemne oddziaływanie między elementami oprogramowania i sprzętu komputerowego są ogólnie znane pod nazwą »interfejsów«;

- to funkcjonalne wzajemne połączenie i wzajemne oddziaływanie jest ogólnie znane pod nazwą »interoperacyjności«, podczas gdy sama »interoperacyjność« może być zdefiniowana jako zdolność do wymiany informacji oraz wszechstronnego wykorzystania informacji już wymienionych [...]».
158. Komisja następnie wskazuje, że Microsoft jej zarzuca, iż przyjęła w niniejszym przypadku pojęcie interoperacyjności, które wykracza poza to, co jest przewidziane w dyrektywie 91/250. Wyjaśnia, że Microsoft i ona sama zgadzają się jednakże co do faktu, że „interoperacyjność jest kwestią stopnia i że poszczególne oprogramowania systemu »interoperują« (co najmniej częściowo) w przypadku, gdy są one w stanie wymieniać informacje i wzajemnie wykorzystywać wymieniane informacje” (motyw 33 zaskarżonej decyzji).
159. Po drugie, Komisja podnosi, że obecnie w przedsiębiorstwach i organizacjach komputery funkcjonują coraz częściej w połączeniu z innymi komputerami w ramach sieci. Wyjaśnia, że użytkownicy stacji roboczych w zależności od szczególnych zadań, jakie zamierzają realizować, używają jednocześnie mocy obliczeniowej ich własnych stacji roboczych oraz tych mocy poszczególnych rodzajów silniejszych komputerów przeznaczonych do wykorzystania przez wielu użytkowników, czyli serwerów, do których mają oni bezpośredni dostęp za pośrednictwem tej stacji roboczej (motyw 47 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia także, że w celu zapewnienia ułatwionego i skutecznego dostępu do poszczególnych zasobów sieci z jednej strony, aplikacje muszą być rozdzielone na kilka komputerów, z których każdy zawiera inne części składowe, które współpracują ze sobą, a z drugiej strony komputery połączone w ramach tej sieci muszą być włączone do spójnego „rozproszonego systemu komputerowego” (motyw 48 zaskarżonej decyzji). Wreszcie Komisja wskazuje, że „w [i]dealnym przypadku taki rozproszony system powinien uczynić złożoność sprzętu i oprogramowania »przejrzystą« (czyli niewidoczną) zarówno dla użytkownika, jak i dla aplikacji rozproszonych, tak aby mogły one z łatwością znaleźć drogę poprzez tę złożoność i uzyskać dostęp do zasobów informatycznych” (motyw 48 zaskarżonej decyzji).
160. Po trzecie, Komisja podkreśla, że niniejsza sprawa jest skoncentrowana na usługach przeznaczonych dla grupy roboczej, czyli podstawowych usługach infrastrukturalnych, które są wykorzystywane przez pracowników biura w ich codziennej pracy (motyw 53 zaskarżonej decyzji). Dokładniej rzecz ujmując, określa ona trzy następujące grupy usług: po pierwsze, udostępnianie plików umieszczonych na serwerach, po drugie, udostępnianie drukarek, i po trzecie, zarządzanie użytkownikami i grupami użytkowników. Komisja wyjaśnia, że trzecia grupa usług polega w szczególności na zapewnieniu zabezpieczonego dostępu do zasobów sieci, a także ich zabezpieczonego użytkowania, między innymi, po pierwsze, poprzez uwierzytelnianie użytkowników, a następnie, po drugie, poprzez weryfikację, czy są oni uprawnieni do danego działania (motyw 54 zaskarżonej decyzji).
161. Komisja twierdzi ponadto, że te różnego rodzaju usługi są ściśle powiązane między sobą i że mogą w rzeczywistości być uważane, w dużej mierze, za „jedną usługę”, ale postrzeganą z dwóch różnych punktów widzenia, czyli z jednej strony z punktu widzenia użytkownika (usługi z zakresu plików i drukowania), a z drugiej strony z punktu widzenia administratora sieci (zarządzanie użytkownikami i grupami użytkowników) (motywy 56 i 176 zaskarżonej decyzji). Należy podnieść, że Microsoft, choć twierdzi w ramach argumentacji dotyczącej eliminacji konkurencji, że Komisja przyjęła „sztucznie wąską” definicję rynku właściwego produktu, obejmując nią tylko trzy grupy usług, o których mowa powyżej (zob. pkt 443–449 poniżej), nie podważa istnienia takich powiązań pomiędzy wspomnianymi usługami.
162. W świetle tych elementów stanu faktycznego Komisja definiuje „systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej” jako systemy operacyjne tworzone i wprowadzane na rynek w celu oferowania, w sposób zintegrowany, usług udostępniania plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników o stosunkowo ograniczonej liczbie stacji roboczych przyłączonych do sieci małych lub średnich rozmiarów (motywy 53 i 345 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia ona między innymi, że w celu zapewnienia skutecznego przechowywania i poszukiwania informacji dotyczących zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników te systemy operacyjne opierają się zasadniczo na technologiach usług katalogowych (motyw 55 zaskarżonej decyzji).
163. Po czwarte, Komisja bada sposób, w jaki osiągnana jest interoperacyjność w sieciach Windows dla grupy roboczej (motywy 144–184 zaskarżonej decyzji), czyli „w grupach stacji roboczych [na których jest zainstalowany system operacyjny Windows dla stacji roboczych] oraz serwerów [na

- których jest zainstalowany system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej] połączonych między sobą poprzez sieć informatyczną” (art. 1 ust. 7 zaskarżonej decyzji).
164. W tym celu Komisja koncentruje się na systemach operacyjnych generacji Windows 2000 Microsoft, podnosząc, że zasadnicze właściwości tych systemów są analogiczne do właściwości systemów, które je zastąpiły (czyli systemów operacyjnych dla stacji roboczych Windows XP Home Edition i Windows XP Professional oraz systemu operacyjnego dla serwerów Windows 2003 Server) (przypis na str. 182 zaskarżonej decyzji).
 165. Po pierwsze, Komisja formułuje szereg stwierdzeń dotyczących usług zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników (motywy 145–157 zaskarżonej decyzji). Podnosi, że w ramach sieci Windows dla grupy roboczej w centrum realizacji tych usług znajdują się „domeny Windows”, i uznaje te domeny za „jednostki administracyjne”, za pośrednictwem których systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej zarządzają stacjami roboczymi i serwerami grupy roboczej (motywy 145 i 146 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśnia między innymi, że każdy „zasób” (komputer, drukarka, użytkownik, aplikacja itp.) domeny Windows posiada „konto domenowe”, definiujące jego tożsamość dla całej domeny oraz że w ramach tej samej domeny Windows istnieje „jedno połączenie na użytkownika” w tym znaczeniu, iż kiedy użytkownik ten łączy się z zasobem domeny (zasadniczo swoją stacją roboczą), jest on „rozpoznawany” przez wszystkie inne zasoby tej samej domeny i nie musi wprowadzać po raz kolejny swojej nazwy i hasła (motyw 146 zaskarżonej decyzji).
 166. Komisja podkreśla znaczenie roli odgrywanej w ramach domen Windows przez serwery wyznaczone jako „kontrolerzy domeny”, w przeciwieństwie do innych serwerów, czyli „serwerów członkowskich” (motyw 147 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia ona, że kontrolerzy domeny mają obowiązek przechowywania kont domenowych, a także informacji, które się do nich odnoszą. Innymi słowy, te ostatnie serwery pełnią funkcję „operatorów centrali” domeny Windows (motyw 147 zaskarżonej decyzji).
 167. Komisja w szczególności podkreśla kluczową rolę Active Directory oraz zmiany, jakie spowodowało wprowadzenie tej „pełnej usługi katalogowej” do systemu operacyjnego Windows 2000 Server ze względu na sposób, w jaki kontrolerzy domeny są połączeni pomiędzy sobą w domenie Windows 2000, w stosunku do poprzednich systemów operacyjnych Windows dla serwerów, czyli systemów generacji Windows NT (motyw 149 zaskarżonej decyzji).
 168. W tym względzie Komisja wyjaśnia z jednej strony, że w systemie operacyjny Windows NT 4.0 występowały główni kontrolerzy domeny i zapasowi kontrolerzy domeny. W tamtym systemie zmiany wniesione do kont domenowych mogły być wprowadzane tylko za pośrednictwem głównego kontrolera domeny i były następnie okresowo i automatycznie rozsyłane do wszystkich zapasowych kontrolerów domeny. Natomiast w domenie Windows 2000 wszyscy kontrolerzy funkcjonują jako „jednostki równorzędne” (peers), tak że możliwe jest wprowadzenie zmian do kont domenowych na obojętnie którym z nich, po czym zmiany te są następnie automatycznie przesyłane do pozostałych kontrolerów domeny (motyw 150 zaskarżonej decyzji). Operacje te są realizowane dzięki pewnego rodzaju protokołom synchronizacyjnym, odmiennym od tych, które były wykorzystywane przez system operacyjny Windows NT 4.0.
 169. Z drugiej strony Komisja wskazuje, że nową właściwością domen Windows 2000 jest fakt, że mogą one być organizowane w sposób hierarchiczny, w formie „drzew” domen Windows 2000 połączonych pomiędzy sobą poprzez ustanawiane automatycznie relacje zaufania, przy czym kilka „drzew” może być połączonych ze sobą relacjami zaufania w jeden „las” (motyw 151 zaskarżonej decyzji). Komisja dodaje, że kontrolerzy domeny Windows 2000 mogą pełnić rolę „globalnych serwerów katalogowych”, co oznacza, iż zachowują oni nie tylko informacje o zasobach związanych z domenami, które kontrolują, ale także „streszczenie” wszystkich zasobów dostępnych w „lesie”, czyli „katalog globalny”. Wyjaśnia ona, że dane przechowywane w katalogu globalnym są uaktualniane poprzez różne protokoły.
 170. Ponadto Komisja wyjaśnia, że przejście od technologii Windows NT do technologii Windows 2000 także pociągnęło za sobą zmiany w odniesieniu do architektury bezpieczeństwa sieci Windows dla grupy roboczej (motywy 152–154 zaskarżonej decyzji). Stwierdza ona między innymi, że w domenach Windows 2000 uwierzytelnienie nie jest już oparte na protokole NTLM (NT LAN Manager), ale na protokole Kerberos, co przynosi szereg korzyści w zakresie szybkości

połączeń, wzajemnego uwierzytelnienia i zarządzania relacjami zaufania. Komisja wskazuje, że „centrum dystrybucji kluczy” (Key Distribution Centre) przewidziane w protokole Kerberos „jest zintegrowane z innymi usługami bezpieczeństwa Windows 2000 wykonywanymi na kontrolerze domeny i korzysta z Active Directory domeny jako bazy danych kont zabezpieczeń” (motyw 153 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśnia, że protokół Kerberos zintegrowany z systemami operacyjnymi Windows 2000 Professional i Windows 2000 Server nie jest jednak standardową wersją tworzoną przez Massachusetts Institute of Technology (MIT), ale wersją „rozszerzoną” przez Microsoft (motywy 153 i 154 zaskarżonej decyzji).

171. Wśród pozostałych zmian wynikających z przejścia z technologii Windows NT do technologii Windows 2000 i Active Directory Komisja wreszcie wskazuje fakt, że niektóre funkcje są zintegrowane zarówno z systemem operacyjnym Windows 2000 Professional, jak i z systemem operacyjnym Windows 2000 Server, a to w celu ułatwienia zarządzania stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows w domenach Windows (motywy 155–157 zaskarżonej decyzji). Podkreśla, że funkcje te – przytaczając między innymi funkcje zwane „Group Policy” i „Intellimirror” – są „znacznie ulepszone”, lub tylko dostępne w domenie Windows 2000 zarządzanej przez kontrolera domeny Windows używającego Active Directory (motyw 156 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi, że Microsoft wyjaśniła, że „[Group Policy] jest funkcją Windows 2000 [...], która umożliwia administratorom scentralizowane zarządzanie zespołami użytkowników, komputerów, aplikacji i innych zasobów sieci, zamiast zarządzania wszystkimi tymi obiektami indywidualnie”. Grupy te mogą być zdefiniowane w sposób lokalny, dla danego komputera, lub dla całości domeny Windows. W odniesieniu do Intellimirror Komisja wskazuje, że funkcja ta, która jest dostępna tylko w domenie Windows 2000, umożliwia użytkownikom dysponowanie ich „środowiskiem pracy” (danymi, oprogramowaniem itp.) z ich ustawieniami osobistymi, niezależnie od tego, czy są one, czy też nie są podłączone do sieci, i gdzie one się na niej znajdują (motyw 157 zaskarżonej decyzji).
172. Po drugie, Komisja przedstawia szereg twierdzeń dotyczących usług udostępniania plików i drukarek (motywy 158–164 zaskarżonej decyzji).
173. Podnosi między innymi, że systemy operacyjne dla nowoczesnych serwerów grupy roboczej oferują wsparcie „rozproszonym systemom plików” i że pod koniec lat 90. Microsoft wprowadziła na rynek taki system, zwany „Dfs” (Distributed File System), pod postacią produktu uzupełniającego, który można zainstalować na stacjach roboczych i serwerach funkcjonujących w systemie Windows NT 4.0. Wskazuje, że Windows 2000 jest pierwszą generacją produktów Microsoft, która oferuje wbudowaną obsługę systemu Dfs zarówno ze strony stacji roboczych, jak i ze strony serwerów grupy roboczej (motywy 161–163 zaskarżonej decyzji).
174. Komisja podnosi także, że w systemie Windows 2000 Dfs może być zainstalowany albo w sposób „autonomiczny”, albo jako „domena”, ale że ten ostatni sposób, który przynosi pewne korzyści w zakresie „inteligentnego” poszukiwania informacji Dfs na stacjach roboczych, jest dostępny tylko w domenach Windows i działa sprawniej w obecności kontrolerów domeny korzystających z Active Directory (motyw 164 zaskarżonej decyzji).
175. Po trzecie, Komisja wyjaśnia, że Microsoft stworzyła swój własny zespół technologii dla „systemów obiektów rozproszonych”, obejmujący technologie COM (Component Object Model) i DCOM (Distributed Component Object Model) (motyw 166 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia, że te dwie technologie są ze sobą ściśle powiązane i że COM, która jest włączona zarówno do systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych, jak i do systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej, łączy te dwa systemy operacyjne w spójną platformę dla aplikacji rozproszonych (motyw 166 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi, że Microsoft w swej odpowiedzi na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów oświadczyła, że „COM jest podstawowym składnikiem architektury systemów operacyjnych Windows i [że] wiele interfejsów w Windows opiera się w związku z tym na COM” (motyw 167 zaskarżonej decyzji). Podkreśla w szczególności, że wiele interakcji pomiędzy stacjami roboczymi a Active Directory zachodzących na serwerach, na których zainstalowany jest system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej, wykorzystuje COM/DCOM. Dodaje, że protokół DCOM jest stosowany w komunikacji klient-serwer, dzięki której serwery funkcjonujące w systemie Windows dostarczają usług uwierzytelniania lub udostępniania plików stacjom roboczym funkcjonującym w systemie Windows (motyw 167 zaskarżonej decyzji).

176. Po czwarte, Komisja wyjaśnia, że Microsoft wspiera na różne sposoby „naturalną migrację” systemów operacyjnych Windows NT w kierunku systemów operacyjnych Windows 2000 zarówno w przypadku klientów, jak i twórców oprogramowania (motywy 168–175 zaskarżonej decyzji).
177. Komisja zatem podnosi, że w domenie Windows możliwe jest „aktualizowanie” komputerów, na których zainstalowane są stare wersje Windowsa, poprzez „migrację” w kierunku Windows 2000, bez wykorzystania Active Directory. Jednakże klienci mogą w pełni korzystać z zalet aktualizacji tylko w przypadku, gdy zainstalują „w sposób wbudowany” domenę Windows 2000 używającą Active Directory, wskutek czego wszyscy kontrolerzy danej domeny „migrują” do Windows 2000 i Active Directory. Konieczne jest także, aby serwery grupy roboczej tej domeny, które nie działają jako kontrolerzy domeny, były kompatybilne z Windows 2000 (co zakłada między innymi, że wdrażają one protokół Kerberos w wersji rozszerzonej przez Microsoft). Komisja wyjaśnia, że w przypadku gdy domena Windows 2000 jest zainstalowana w „sposób mieszany” (czyli gdy kontroler domeny głównej „wyemigrował” w kierunku Windows 2000, ale niektórzy zapasowi kontrolerzy domeny wciąż funkcjonują w systemie Windows NT), użytkownik nie może korzystać ze wszystkich zaawansowanych funkcji tej domeny. Musi on w szczególności zrezygnować z większości dodatkowej elastyczności, jaką Active Directory wnosi do zarządzania grupami użytkowników. Komisja wyjaśnia, że jeśli użytkownik przestawi swojego głównego kontrolera domeny na działanie w „trybie wbudowanym”, nie może już wykorzystywać jako kontrolera domeny serwera, który może współpracować tylko z generacją Windows NT 4.0 produktów Microsoft (w tym serwerów grupy roboczej, na których zainstalowane są inne systemy niż systemy Microsoft).
178. W odniesieniu do twórców oprogramowania Komisja stwierdza, że Microsoft silnie zachęca ich do wykorzystywania nowych funkcji systemów operacyjnych Windows 2000, w szczególności Active Directory, między innymi za pośrednictwem programów certyfikacji, które wprowadza (motywy 171–175 zaskarżonej decyzji).
179. Po piąte, Komisja wyciąga szereg wniosków (motywy 176–184 zaskarżonej decyzji).
180. Powtarza ona przede wszystkim, że usługi udostępniania plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników są w technologiach Windows dostarczane użytkownikom stacji roboczych funkcjonującym w systemie Windows jako „zestaw powiązanych pomiędzy sobą usług”. Ilustruje ona to twierdzenie, wskazując na to, że w domenie Windows 2000 „serwer SMB (Server Message Block) kliencki i serwer, który stanowi podstawę [Dfs], [DCOM], uwierzytelnienie LDAP, [...] wykorzystują automatycznie Kerberos [Microsoft] do uwierzytelnienia” (motyw 176 zaskarżonej decyzji). Dodaje ona, że poza uwierzytelnieniem proces autoryzacji zależy od zdolności do tworzenia, zmieniania i interpretowania „list kontroli dostępu” (CAL), co wiąże się w nawiązaniem kontaktu z kontrolerami poszczególnych domen (motyw 176 zaskarżonej decyzji).
181. Następnie Komisja stwierdza, że aby serwery grupy roboczej funkcjonujące w systemie Windows mogły dostarczać swych usług „w sposób przejrzysty” użytkownikowi stacji roboczej, używają specjalnych fragmentów kodu źródłowego włączonych do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych (motyw 177 zaskarżonej decyzji). W tym względzie podnosi między innymi, że Microsoft oświadczyła, że „Dfs ma element lokalny, który działa, nawet jeśli stacja robocza używająca systemu Windows 2000 Professional funkcjonuje w sposób autonomiczny”, i że „Windows 2000 Professional zawiera kod klienta, który może być używany w celu zdobycia dostępu do Active Directory” (motyw 177 zaskarżonej decyzji). Powtarzając stwierdzenia autora dzieła zatytułowanego „Understanding Active Directory Services” (Zrozumieć usługi Active Directory) opublikowanego przez Microsoft Press, Komisja wskazuje także, że „Active Directory jest w pełni zintegrowana – przy czym często nie jest to widoczne – ze stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows” (motyw 177 zaskarżonej decyzji).
182. Komisja podkreśla, że nie należy rozpatrywać jednak nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji wykorzystujących kod źródłowy systemu operacyjnego Windows 2000 Professional tylko pod kątem relacji pomiędzy danym serwerem grupy roboczej funkcjonującym w systemie Windows a daną stacją roboczą funkcjonującą w systemie Windows. Komisja twierdzi, że bardziej poprawne jest bowiem opisywanie tego nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji w kategoriach interoperacyjności w ramach systemu informatycznego obejmującego kilka stacji roboczych funkcjonujących w systemie Windows i kilka serwerów grupy roboczej funkcjonujących w systemie Windows, przy czym wszystkie one są połączone ze sobą w ramach sieci. Komisja

- twierdzi, że interoperacyjność w ramach takiego systemu informatycznego charakteryzuje się w związku z tym dwoma nierozzerwalnie ze sobą związanymi elementami, czyli interoperacyjnością klient-serwer z jednej strony oraz interoperacyjnością serwer-serwer z drugiej strony (motyw 178 zaskarżonej decyzji).
183. W tej ostatniej kwestii Komisja dodaje, że w licznych przypadkach istnieje „symetria pomiędzy nawiązywaniem wzajemnych połączeń i interakcjami serwer-serwer z jednej strony, a nawiązywaniem połączeń i interakcjami klient-serwer z drugiej strony” (motyw 179 zaskarżonej decyzji). Wskazuje ona tytułem przykładu na fakt, że ten sam „interfejs programowania aplikacji” (API) „ASDI” (Active Directory Service Interface) jest włączony, w celu zarządzania dostępem do kontrolerów domeny Active Directory, zarówno do systemu operacyjnego dla stacji roboczych Windows 2000 Professional, jak i do systemu operacyjnego dla serwerów Windows 2000 Server. Innym przykładem przytaczanym przez Komisję jest fakt, że w domenie Windows rozszerzony przez Microsoft protokół Kerberos jest używany do uwierzytelniania zarówno pomiędzy stacją roboczą funkcjonującą w systemie Windows a serwerem grupy roboczej funkcjonującym w systemie Windows, jak i pomiędzy kilkoma serwerami grupy roboczej funkcjonującymi w systemie Windows.
184. Komisja podnosi także, że w pewnych okolicznościach „serwery mogą kierować zapytania do innych serwerów w imieniu stacji roboczej” (motyw 180 zaskarżonej decyzji). Jako przykład podaje między innymi w tym względzie „delegację uprawnień Kerberos”, która to funkcja została zawarta w systemie operacyjnym Windows 2000 Server i umożliwia serwerowi, poprzez zapożyczenie tożsamości stacji roboczej, zażądanie usługi od innego serwera w imieniu tej stacji roboczej. W związku z tym często serwery kierują polecenia do innych serwerów i działają zatem jako stacje robocze (zob. także przypis na str. 51 zaskarżonej decyzji).
185. Komisja dodaje także, że niektóre rodzaje komunikacji klient-serwer są ustanawiane przy założeniu, że wcześniej miała miejsce komunikacja serwer-serwer. W tym względzie przypomina ona między innymi fakt, że w przypadku gdy stacja robocza funkcjonująca w systemie Windows 2000 Professional kieruje zapytanie do kontrolera domeny Windows 2000, wymaga to „pewnej wstępnej koordynacji pomiędzy kontrolerami domeny funkcjonującymi w systemie Windows 2000 Server” (motyw 181 zaskarżonej decyzji). Według Komisji „obejmuje [to], przykładowo, zarówno fakt, że kontrolerzy domeny posiadają pełną kopię przechowywanych w Active Directory danych, które są aktualizowane poprzez protokoły synchronizacyjne, jak i fakt, że serwery katalogu globalnego są w stanie przechowywać informacje dotyczące komputerów lasu, które są umieszczone na zewnątrz ich domeny, a to dzięki różnego rodzaju protokołom związanym z katalogiem globalnym” (motyw 181 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśnia, że takiej sytuacji komunikacja serwer-serwer jest „logicznie związana” z komunikacją klient-serwer, ponieważ jest ustanawiana w celu jej przygotowania.
186. Ze wszystkich powyższych stwierdzeń – których Microsoft zasadniczo nie podważa i których prawdziwość została w znacznym stopniu potwierdzona prezentacjami technicznymi przedstawionymi na rozprawie – wynika, że jak słusznie podnosi Komisja w motywie 182 decyzji, sieci Windows dla grupy roboczej opierają się na architekturze nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji zarówno typu klient-serwer, jak i typu serwer-serwer oraz że architektura ta – którą Komisja określa mianem „architektury domeny Windows” – umożliwia zapewnienie „przejrzystego dostępu” do głównych usług dostarczanych przez serwery grupy roboczej.
187. Te różnego rodzaju informacje wykazują na to, że jak zostało wielokrotnie stwierdzone w zaskarżonej decyzji (zob. między innymi motywy 279 i 689), to nawiązywanie wzajemnych połączeń i te interakcje są ściśle pomiędzy sobą powiązane.
188. Innymi słowy, prawidłowe funkcjonowanie sieci Windows dla grupy roboczej opiera się zarówno na protokołach komunikacyjnych klient-serwer – które są, ze względu na ich cechy charakterystyczne, włączone zarówno do systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych, jak i systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej – jak i na protokołach komunikacyjnych serwer-serwer. Jak wyjaśniła Komisja podczas rozprawy, w odniesieniu do wielu zadań protokoły komunikacyjne serwer-serwer okazują się w rzeczywistości „rozszerzeniem” protokołów komunikacyjnych klient-serwer. W niektórych przypadkach serwer zachowuje się wobec innego serwera jak stacja robocza (zob. pkt 184 powyżej). Podobnie należy podnieść, że choć prawdą jest,

że niektóre protokoły komunikacyjne są włączone tylko do systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej, niemniej jednak z funkcjonalnego punktu widzenia są one powiązane ze stacjami roboczymi. Komisja powołuje się w tym względzie, co nie zostało podważone przez Microsoft, na protokoły dotyczące katalogu globalnego, a także na protokoły synchronizacyjne i te służące replikacji pomiędzy kontrolerami domeny.

189. Należy zatem stwierdzić, że bardzo słusznie Komisja stwierdza, iż „ogólna zdolność, aby stać się częścią [architektury domeny Windows], jest elementem kompatybilności pomiędzy stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows i serwerami roboczej funkcjonującymi w systemie Windows” (motyw 182 zaskarżonej decyzji).
190. Wreszcie należy podkreślić ważną rolę, jaką odgrywają usługi katalogowe na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Sama Microsoft podnosi w replice, że na rynku tym „usługa katalogowa stanowi kluczową z punktu widzenia konkurencji właściwość, w dużej mierze odpowiedzialną za sukces pewnych produktów”. Podkreśla ona między innymi, że „Active Directory znajduje się [...] w centrum systemów operacyjnych Windows dla serwerów”, po uprzednim wskazaniu, że „[z]arówno z punktu widzenia usług udostępniania plików i drukarek, jak i usług zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników ważne jest, aby dokładnie wiedzieć, jaki użytkownik ma prawo dostępu do jakich zasobów sieci”.
191. Active Directory rejestruje wszystkie informacje dotyczące obiektów sieci i umożliwia scentralizowane zarządzanie tą siecią. W pełni łączy ona funkcje zarządzania uwierzytelnianiem użytkowników i kontrolą dostępu, gwarantując w ten sposób bezpieczeństwo informacji. Należy także przypomnieć, że Active Directory korzysta z mechanizmu replikacji typu multi-master.
 - W przedmiocie charakteru informacji, o których mowa w zaskarżonej decyzji
192. Pierwsze stanowiące nadużycie zachowanie zarzucane Microsoft polega na odmowie udostępnienia przez nią swoim konkurentom „informacji dotyczących interoperacyjności” oraz udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie w celu opracowania oraz rozprowadzania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej produktów konkurencyjnych do produktów Microsoft, w okresie od października 1998 r. do dnia powiadomienia o wydaniu zaskarżonej decyzji [art. 2 lit. a) zaskarżonej decyzji].
193. Mając na celu zaradzenie tej rzekomej odmowie, Komisja między innymi nakazała Microsoft [art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji], co następuje:

„Microsoft [...] udostępni w terminie 120 dni, licząc od daty powiadomienia o wydaniu [zaskarżonej decyzji], informacje dotyczące interoperacyjności wszystkim przedsiębiorstwom mającym zamiar opracowywać i rozprowadzać na rynku systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej oraz zezwoli tym przedsiębiorstwom na wykorzystywanie, na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, informacji dotyczących interoperacyjności w celu opracowania oraz rozprowadzania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”.
194. Należy przypomnieć sposób, w jaki Komisja zdefiniowała i oceniła podstawowe pojęcia mające znaczenie w niniejszym przypadku.
195. W art. 1 ust. 1 zaskarżonej decyzji Komisja definiuje zatem „informacje dotyczące interoperacyjności” jako „wyczerpujące i prawidłowe specyfikacje wszystkich protokołów [zastosowanych] w systemach operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej i które są wykorzystywane przez serwery grupy roboczej Windows w celu dostarczania sieciom Windows dla grupy roboczej usług udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, w tym usług kontrolera domeny Windows, usług katalogu Active Directory oraz usługi »Group Policy«”.
196. Jeśli chodzi o „protokoły”, Komisja przedstawia je jako reguły nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji pomiędzy poszczególnymi elementami oprogramowania w ramach sieci (motyw 49 zaskarżonej decyzji). W odniesieniu w szczególności do protokołów rozpatrywanych w niniejszej sprawie definiuje je jako „zbiory reguł określających zasady nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji pomiędzy różnymi instancjami systemów operacyjnych serwerów grupy roboczej Windows i systemów operacyjnych stacji roboczych Windows funkcjonujących na różnych komputerach w sieci Windows dla grupy roboczej” (art. 1 ust. 2 zaskarżonej decyzji).

197. Należy stwierdzić, że Microsoft nie podważa sposobu, w jaki Komisja definiuje pojęcie „protokołów”. Przeciwnie, w skardze sama opisuje protokoły jako umożliwiające „komputerom połączonym za pośrednictwem sieci wymianę informacji w celu wypełnienia wcześniej określonych zadań”. Nie ulega wątpliwości, że w sprawozdaniu opracowanym przez jednego z jej biegłych, S. E. Madnicka, załączonym do odpowiedzi na uwagi interwenientów, dokonuje ona rozróżnienia na dwie kategorie protokołów komunikacyjnych na podstawie kryterium tego, czy są one „proste”, czy też „złożone”, i wskazuje, że protokół DRS należy do tej drugiej kategorii [załącznik 1.3 (S. E. Madnick, „Response to Mr. Ronald S. Alepin’s Annex on Interoperability and the FSFE’s Submission”)]. Jednakże poprzez wprowadzenie tego rozróżnienia nie zmierza ona do podważenia zasadności wyżej wspomnianej definicji, ale jedynie do wykazania, że protokoły złożone regulują takie interakcje pomiędzy różnymi podobnymi elementami sieci, które dostarczają wspólnej usługi w ścisłej współpracy, oraz że „ujawniają” one dużo bardziej szczegółowe i wartościowe informacje niż protokoły proste.
198. Pojęcie „specyfikacji” nie zostało natomiast zdefiniowane w sentencji zaskarżonej decyzji. Jest jednak oczywiste, że specyfikacje stanowią formę szczegółowej dokumentacji technicznej, co odpowiada ponadto rozumieniu tego pojęcia w branży informatycznej.
199. W motywie 24 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśla, że należy rozróżnić pojęcie „specyfikacji” od pojęcia „implementacji”, ponieważ „[s]pecyfikacja szczegółowo opisuje, czego oczekuje się od oprogramowania, podczas gdy implementacja jest konkretnym kodem, który będzie uruchamiany na komputerze” (zob. podobnie motyw 570 zaskarżonej decyzji). Innymi słowy, specyfikacje opisują interfejsy, za pośrednictwem których dany element systemu informatycznego może wykorzystywać inny element tego samego systemu. Opisują one między innymi w bardzo abstrakcyjny sposób, jakie są dostępne funkcje, a także zasady umożliwiające ich wywołanie i otrzymanie.
200. W motywie 571 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że możliwe jest dostarczanie specyfikacji interfejsów bez ujawniania szczegółów implementacji. Wyjaśnia ona, że praktyka ta jest stosowana w branży informatycznej, w szczególności po przyjęciu otwartych standardów interoperacyjności (zob. także w tym względzie, motyw 34 zaskarżonej decyzji). W swych uwagach interwenienta SIIA podnosi podobne argumenty.
201. Wiele elementów stanu faktycznego potwierdza zasadność tych różnorodnych twierdzeń. Z jednej strony praktyka powoływana przez Komisję jest poparta szeregiem przykładów – niepodważonych przez Microsoft – wymienionych w zaskarżonej decyzji, takich jak między innymi specyfikacje „POSIX 1” (motywy 42 i 88), specyfikacje „Java” (motyw 43), specyfikacje protokołu Kerberos wersja 5 (motyw 153), specyfikacje protokołu NFS (Network File System) opracowanego przez Sun (motyw 159) i specyfikacje „CORBA” opracowane przez Object Management Group (motyw 165). Z drugiej strony należy podnieść, że jak wskazuje Komisja w motywie 571 zaskarżonej decyzji, w ramach MCPP wdrożonego na podstawie ugody amerykańskiej licencjodawcy nie mają dostępu do elementów kodu źródłowego Microsoft, ale do specyfikacji danych protokołów.
202. Ponadto Microsoft podważa jedynie w sposób całkiem przypadkowy wyżej dokonane rozróżnienie pomiędzy pojęciami „specyfikacji” i „implementacji”, ograniczając się w przypisie na str. 74 skargi do ogólnego odesłania do opinii opracowanej przez jej biegłych, S. E. Madnicka i A. J. Nicholasa, przekazanej Komisji w toku postępowania administracyjnego i załączonej do skargi (załącznik A.12.2 do skargi). Ze względów przedstawionych w pkt 94 i 97 powyżej Sąd uważa, że opinii tej nie można uwzględnić. Ponadto w każdym razie należy stwierdzić, że rozważania zawarte w tej opinii opierają się w dużej mierze na błędnej przesłance, iż stopień interoperacyjności przyjęty w niniejszym przypadku przez Komisję wiąże się z koniecznością umożliwienia konkurentom Microsoft powielania lub klonowania jej produktów lub niektórych z ich funkcji (zob. pkt 234–239 poniżej).
203. Ponadto należy podnieść, że w zaskarżonej decyzji Komisja wyraźnie podkreśla fakt, iż stanowiąca nadużycie odmowa zarzucana Microsoft dotyczy wyłącznie specyfikacji niektórych protokołów, a nie elementów kodu źródłowego (zob. między innymi motywy 568–572 zaskarżonej decyzji).
204. Podobnie Komisja podkreśla wielokrotnie, że w żaden sposób nie zamierza nakazać Microsoft ujawniania tych elementów jej konkurentom. W motywie 999 zaskarżonej decyzji tłumaczy ona bowiem, że „z pojęcia »specyfikacji« jasno wynika, iż Microsoft nie ma obowiązku udostępniania jej własnej implementacji tych specyfikacji, czyli jej kodu źródłowego”. Podobnie w motywie

- 1004 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że decyzja „nie przewiduje nałożenia na Microsoft obowiązku udostępnienia kodu źródłowego Windows, ponieważ kod ten nie jest konieczny do tworzenia wzajemnie kompatybilnych produktów”. W tym samym motywie wyjaśnia ona, że „[n]akaz ujawniania dotyczy tylko specyfikacji interfejsów”.
205. Należy podnieść, że w opinii zatytułowanej „Innovation in Communication Protocols that Microsoft is ordered to license to its server operating system competitors” (Innowacje [zawarte] w protokołach komunikacyjnych, jakie Microsoft ma obowiązek udostępnić na podstawie licencji swym konkurentom [na rynku] systemów operacyjnych dla serwerów) i zamieszczonej w załączniku C.4 do repliki W. Lees, jeden z biegłych Microsoft, sam dokonuje rozróżnienia pomiędzy „protokołami używanymi do komunikacji pomiędzy serwerami a algorytmami/regułami decyzyjnymi, które działają w sposób wewnętrzny na każdym serwerze”, aby następnie podnieść, że to właśnie te protokoły powinny być ujawniane na mocy art. 5 zaskarżonej decyzji. W swej opinii W. Lees koncentruje się na protokole DRS, używanym w przypadku mechanizmu replikacji typu multi-master, wyjaśniając, że stanowi on jeden z licznych protokołów komunikacyjnych, jakie Microsoft musi udostępnić swym konkurentom w zastosowaniu zaskarżonej decyzji.
206. Z powyższego wynika, że informacje, o których mowa w zaskarżonej decyzji, stanowią szczegółowy opis techniczny pewnych reguł nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji mających zastosowanie w ramach sieci Windows dla grupy roboczej w odniesieniu do dostarczania usług grupy roboczej. Opis ten nie obejmuje sposobu, w jaki Microsoft wdraża te reguły, czyli między innymi wewnętrznej struktury lub kodu źródłowego jej produktów.
- W przedmiocie stopnia interoperacyjności przyjętego przez Komisję w zaskarżonej decyzji
207. Aby określić, czy rozpatrywane informacje są niezbędne, Komisja przeprowadziła dwuetapowe rozumowanie. W pierwszym rzędzie zbadała ona, jaki jest stopień interoperacyjności z architekturą domeny Windows, jaki dostarczane przez konkurentów Microsoft systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej muszą osiągnąć, aby konkurenci ci mogli w trwały sposób pozostać na rynku. W drugim rzędzie oceniła ona, czy informacje dotyczące interoperacyjności, do których Microsoft odmawia dostępu, są niezbędne do osiągnięcia tego stopnia interoperacyjności.
208. Sąd zbada poniżej stopień interoperacyjności, jakiego zażądała Komisja w zaskarżonej decyzji. Na tym etapie nie wypowie się on jednak na temat kwestii, czy Komisja słusznie twierdziła, że konkurenci Microsoft mogą pozostać w trwały sposób na rynku tylko wtedy, gdy ich produkty są w stanie osiągnąć ten stopień interoperacyjności. Kwestia ta zostanie oceniona, wraz z innymi aspektami wyżej wspomnianego rozumowania Komisji, w ramach badania rzekomo niezbędnego charakteru tych informacji (zob. pkt 369–436 poniżej).
209. Najpierw należy przypomnieć pokrótce argumenty stron.
210. Microsoft podziela opinię Komisji, zgodnie z którą „interoperacyjność jest kwestią stopnia” (motyw 33 zaskarżonej decyzji).
211. Spółka ta stoi jednakże na stanowisku, że stopień interoperacyjności wymagany przez Komisję w niniejszym przypadku jest niewłaściwy, ponieważ wykracza poza pojęcie „pełnej interoperacyjności” przewidziane w dyrektywie 91/250. Uważa ona, że pojęcie to – które określa także mianem „interoperacyjności produktów pochodzących od wielu sprzedawców” – opiera się tylko na założeniu, iż systemy operacyjne pochodzące od poszczególnych twórców oprogramowania są w stanie „funkcjonować poprawnie” razem.
212. Konkretnie Microsoft podnosi, że Komisja zmierza w rzeczywistości do tego, aby konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów funkcjonowały pod każdym względem tak, jak system operacyjny Windows dla serwerów. Microsoft odwołuje się w tym względzie jednocześnie do wyrażeń „plug replacement”, „plug-replaceability”, „drop-in”, „ekwiwalent funkcjonalny” i „klon funkcjonalny”. Uważa, że taki poziom interoperacyjności może zostać osiągnięty jedynie poprzez umożliwienie jej konkurentom klonowania lub powielania jej produktów (lub ich właściwości) i przekazywanie wspomnianym konkurentom informacji dotyczących wewnętrznych mechanizmów jej produktów.
213. Wreszcie Microsoft utrzymuje, że interoperacyjność produktów pochodzących od wielu sprzedawców może zostać osiągnięta dzięki metodom już dostępnym na rynku.

214. Zauważono, że przypominane powyżej stanowisko Microsoft odpowiada temu, jakiego broniła ona w toku całego postępowania administracyjnego.
215. Zatem w odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Microsoft wskazuje, że stopień interoperacyjności rzekomo wymagany przez Komisję nie jest zgodny z prawem wspólnotowym i nie istnieje na rynku. Powołując się w szczególności na drugi motyw (w wersjach angielskiej i francuskiej) dyrektywy 91/250, podnosi ona, że „twórca systemów operacyjnych dla serwerów dysponuje pełną interoperacyjnością w przypadku, gdy możliwy jest dostęp do wszystkich funkcji jego programu z systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych” (pkt 143 odpowiedzi; zob. także motyw 751 zaskarżonej decyzji). Microsoft twierdzi, że Komisja niesłusznie definiuje interoperacyjność w sposób dużo szerszy, stojąc na stanowisku, iż warunkiem zaistnienia interoperacyjności pomiędzy dwoma oprogramowaniami jest prawidłowe działanie wszystkich funkcji obydwóch produktów. Sprowadza się to zaś do wymogu „plug-replaceability” lub możliwości klonowania (pkt 144 odpowiedzi). Microsoft zgłasza zastrzeżenia co do faktu, że Komisja popiera w ten sposób stanowisko Sun, zgodnie z którym w ramach sieci informatycznej przedsiębiorstwa, która jest złożona ze stacji roboczych funkcjonujących w systemie Windows, musi być możliwe zastąpienie serwera funkcjonującego w systemie Windows 2000 serwerem, na którym zainstalowany jest system operacyjny Solaris, bez jednoczesnego zmniejszenia liczby dostępnych użytkownikom funkcji (pkt 145 i 162 odpowiedzi). Według Microsoft aby osiągnąć pełną interoperacyjność, wystarczy ujawnienie przez nią interfejsów systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych, których to interfejsów twórcy konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów potrzebują, aby udostępnić funkcje tych systemów użytkownikom stacji roboczych korzystających z systemu Windows.
216. Podobnie w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Microsoft, powtarzając zasadniczo tę samą argumentację, jaką przedstawiła w odpowiedzi na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, podnosi, że krytyka Komisji opiera się na „nieprawidłowej definicji interoperacyjności” (pkt 149–163 odpowiedzi). Powtarza ona w tym względzie, że dyrektywa 91/250 nie wymaga „plug-replaceability”, ale pełnej interoperacyjności i że ujawnianie informacji, jakiego już dokonuje, jest wystarczające, aby tę interoperacyjność osiągnąć.
217. W odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów Microsoft przyjmuje zasadniczo taką samą linię argumentacji, powtarzając, że Komisja uważa, iż jej konkurenci powinni mieć dostęp do wszystkich informacji koniecznych do stworzenia „kopii systemów operacyjnych Windows dla serwerów”, i że utożsamia w związku z tym interoperacyjność z klonowaniem (str. 29–32 odpowiedzi). Stwierdza, że „interoperacyjność dotyczy dostępności informacji na temat interfejsów systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych i dla serwerów, które są wystarczające, aby umożliwić produktom konkurencyjnym funkcjonowanie z tymi systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów na wszelkie sposoby, na jakie te produkty konkurencyjne powinny funkcjonować” (str. 29 odpowiedzi). Podobnie Microsoft wskazuje, że „od początku zgadzała się z Komisją, iż gdyby jej konkurenci nie byli w stanie stworzyć systemów operacyjnych dla serwerów, których funkcje byłyby w pełni dostępne z systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych, może zaistnieć problem z dziedziny prawa konkurencji” (str. 63 odpowiedzi). Uważa ona, że w żadnym z trzech pism w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja nie wykazała jednakże istnienia takiego problemu.
218. Komisja broni stanowiska, zgodnie z którym pojęcie interoperacyjności zastosowane w zaskarżonej decyzji jest zgodne z pojęciem przewidzianym w dyrektywie 91/250. Odrzuca w szczególności interpretację jednokierunkową, jaką Microsoft nadaje temu pojęciu.
219. Komisja przyznaje, że pewna interoperacyjność z architekturą domeny Windows już jest możliwa, ale uważa, iż z badania, jakie przeprowadziła, wynika, że stopień interoperacyjności, który może zostać osiągnięty dzięki dostępnym metodom, jest za niski, aby umożliwić konkurentom Microsoft pozostanie w trwały sposób na rynku (przypis nr 712 zaskarżonej decyzji).
220. Podnosi, że w sieciach Windows dla grupy roboczej interoperacyjność klient-serwer i interoperacyjność serwer-serwer są ze sobą ściśle związane, i stwierdza, że aby można było osiągnąć pełną interoperacyjność pomiędzy stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows a serwerem funkcjonującym w systemie operacyjnym konkurencyjnym wobec Microsoft, Microsoft powinna

- udostępnić zarówno protokoły komunikacyjne klient-serwer, jak i protokoły komunikacyjne serwer-serwer (motywy 177–182 oraz 689 zaskarżonej decyzji), w tym protokoły stricte serwer-serwer, czyli nieimplementowane na stacji roboczej, ale „związane [z nią] z funkcjonalnego punktu widzenia” (motywy 277, 567 i 690 zaskarżonej decyzji).
221. Komisja podważa, jakoby celem zaskarżonej decyzji było opracowanie przez konkurentów Microsoft produktów funkcjonujących pod każdym względem tak jak system operacyjny Windows dla serwerów. Decyzja ta bowiem ma na celu umożliwienie „tworzenia produktów konkurencyjnych, które funkcjonowałyby inaczej, ale byłyby zdolne do zrozumienia wiadomości przekazywanych przez dane produkty Microsoft”. Według Komisji zatem, rozpatrywane informacje dotyczące interoperacyjności nie będą wykorzystywane przez konkurentów Microsoft w celu opracowania dokładnie takich samych produktów, jak produkty Microsoft, ale produktów ulepszonych, posiadających „wartość dodaną”.
 222. Po pierwsze Sąd stwierdza, że z powyższych stwierdzeń wynika, iż Microsoft i Komisja zajmują odmienne stanowiska co do kwestii, czy pojęcie interoperacyjności zastosowane w zaskarżonej decyzji jest zgodne z pojęciem ustanowionym w dyrektywie 91/250.
 223. Należy podnieść z tym względzie, że w motywach 749–763 zaskarżonej decyzji Komisja w szczególności sposób przedstawia motywy, dla których według niej interpretacja jednokierunkowa, jaką Microsoft nadaje pojęciu interoperacyjności, jest nieściśła.
 224. Należy najpierw podnieść, że w swych pismach procesowych Microsoft nie przywołuje żadnego argumentu, który mógłby podważyć ocenę Komisji w tym względzie. Odsyłając do pewnych fragmentów swych odpowiedzi na drugie i trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, zadawała się stwierdzeniem, że „zaskarżona decyzja przyjmuje pojęcie interoperacyjności, które jest całkowicie odmienne od pojęcia przewidzianego w dyrektywie [91/250]” (pkt 95 skargi).
 225. Należy stwierdzić następnie, że pojęcie interoperacyjności zastosowane w zaskarżonej decyzji – które polega na uznaniu interoperacyjności pomiędzy dwoma oprogramowaniami za zdolność do wymiany przez nie informacji i wzajemnego wykorzystania tych informacji w celu umożliwienia każdemu ze wspomnianych oprogramowań wszechstronnego funkcjonowania – jest zgodne z pojęciem, o którym mowa w dyrektywie 91/250.
 226. Jak zatem wyjaśnia Komisja w motywach 752–754, 759 i 760 zaskarżonej decyzji, drugi motyw dyrektywy 91/250 – zarówno w wersji angielskiej, jak i francuskiej – nie da się pogodzić z bronioną przez Microsoft jednokierunkową interpretacją. Przeciwnie, jak słusznie podkreśla Komisja w motywie 758 zaskarżonej decyzji, wspomniany motyw wyraźnie wyjaśnia, że interoperacyjność z samej swej natury wiąże się z relacją dwukierunkową, ponieważ wskazuje on, że „rolą programu komputerowego jest wejście w kontakt i wspólne funkcjonowanie z innymi częściami składowymi systemu komputerowego”. Podobnie należy podnieść, że dwunasty motyw dyrektywy 91/250 definiuje interoperacyjność jako „zdolność do wymiany informacji oraz wszechstronnego wykorzystania informacji już wymienionych”.
 227. Należy jednak przypomnieć, że w niniejszej sprawie rozpatrywana jest decyzja wydana na podstawie art. 82 WE, czyli postanowienia wyższego rzędu niż dyrektywa 91/250. Kwestia, jaką należy rozwiązać w niniejszym przypadku, nie polega na tym, czy pojęcie interoperacyjności zastosowane w zaskarżonej decyzji jest zgodne z pojęciem przewidzianym w dyrektywie, ale na tym, czy Komisja prawidłowo określiła stopień interoperacyjności, który powinien być osiągalny z punktu widzenia celów art. 82 WE.
 228. Po drugie, Sąd przypomina, że Komisja oceniła stopień interoperacyjności w odniesieniu do tego, co według niej było konieczne, aby umożliwić twórcom systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej konkurencyjnych wobec Microsoft pozostanie w sposób trwały na rynku (zob. między innymi przypis na str. 712 i motyw 779 zaskarżonej decyzji).
 229. Nie można podważać zasadności takiego stanowiska. Artykuł 82 WE dotyczy bowiem zachowania jednego lub kilku podmiotów gospodarczych, polegającego na wykorzystywaniu w sposób stawiący nadużycie siły gospodarczej, która umożliwia danemu podmiotowi stawianie na przeszkodzie utrzymaniu skutecznej konkurencji na danym rynku, umożliwiając mu w znacznej mierze niezależne zachowanie wobec swych konkurentów, klientów i, ostatecznie, konsumentów (wyrok Trybunału z dnia 16 marca 2000 r. w sprawach połączonych C-395/96 P i C-396/96 P Compagnie

maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, Rec. str. I-1365, pkt 34). Należy także przypomnieć, że choć stwierdzenie, iż dane przedsiębiorstwo zajmuje pozycję dominującą, nie jest samo w sobie zastrzeżeniem wysuniętym wobec tego przedsiębiorstwa, to jednak na przedsiębiorstwie tym ciąży szczególna odpowiedzialność za przestrzeganie, aby jego zachowanie nie naruszało skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku (wyrok Trybunału z dnia 9 listopada 1983 r. w sprawie 322/81 Michelin przeciwko Komisji, Rec. str. 3461, pkt 57 i wyrok Sądu z dnia 7 października 1999 r. w sprawie T-228/97 Irish Sugar przeciwko Komisji, Rec. str. II-2969, pkt 112). Skoro zaś w niniejszym przypadku wykazano, że istniejący stopień interoperacyjności nie umożliwia twórcom konkurencyjnych wobec Microsoft systemów operacyjnych dla serwerów pozostania w sposób trwały na rynku tych systemów operacyjnych, wynika z tego, że zostaje na nim naruszona skuteczna konkurencja.

230. Z zaskarżonej decyzji wynika, że przyjmując takie podejście i opierając się na analizie stanu faktycznego oraz analizie technicznej danych produktów i technologii, a także sposobu osiągnięcia interoperacyjności w sieciach Windows dla grupy roboczej, Komisja stwierdziła, iż aby móc konkurować w sposób trwały z systemami operacyjnymi Windows dla serwerów grupy roboczej, konkurencyjne systemy operacyjne powinny być w stanie współpracować z architekturą domeny Windows na takich samych zasadach jak systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej (zob. podobnie między innymi motywy 182 i 282 zaskarżonej decyzji).
231. Interoperacyjność przyjęta przez Komisję charakteryzuje się w związku z tym dwoma nierozdzielnie ze sobą związanymi elementami, czyli z jednej strony interoperacyjnością klient-serwer oraz z drugiej strony interoperacyjnością serwer-serwer (motywy 177–182 i 689 zaskarżonej decyzji).
232. Komisja uważa także, że jeśli konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów grupy roboczej jest zainstalowany na serwerze w ramach sieci Windows dla grupy roboczej, powinien on być w stanie nie tylko dostarczać stacjom roboczym używającym systemu Windows wszystkich funkcji, jakie zawiera, ale także wykorzystywać wszystkie funkcje oferowane przez wspomniane stacje robocze.
233. Biorąc pod uwagę te poszczególne elementy, Komisja uważa w szczególności, że serwer, na którym jest zainstalowany konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów grupy roboczej, powinien w ramach domeny Windows używającej Active Directory móc działać jako kontroler domeny, a nie tylko jako serwer członkowski, a w związku z tym być w stanie uczestniczyć w mechanizmie replikacji typu multi-master z innymi kontrolerami domeny.
234. Sąd twierdzi, że wbrew temu, co utrzymuje Microsoft, nie można wywodzić ze stopnia interoperacyjności w ten sposób pojmowanego przez Komisję, iż zmierza ona w rzeczywistości do tego, aby konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów funkcjonowały pod każdym względem tak jak system operacyjny Windows dla serwerów, a w związku z tym aby konkurenci Microsoft byli w stanie klonować lub powielać jej produkty lub niektóre ich właściwości.
235. Sformułowane przez Microsoft stwierdzenia opierają się zatem na błędnym zrozumieniu zaskarżonej decyzji.
236. Należy w tym względzie podnieść, że zgodnie z motywem 1003 zaskarżonej decyzji jej celem jest „zapewnienie, aby konkurenci Microsoft opracowywali produkty, które współpracują z architekturą domeny Windows, która jest w sposób wbudowany włączona do produktu dominującego, jaki stanowi system operacyjny Windows dla stacji roboczych, oraz aby mogli w ten sposób konkurować w sposób trwały z systemem operacyjnym dla serwerów grupy roboczej Microsoft”.
237. Tak jak Komisja szczegółowo wyjaśniła podczas rozprawy, osiągnięcie tego celu zakłada, że konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej są zdolne do otrzymywania określonej wiadomości od systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów grupy roboczej oraz do udzielania wymaganej odpowiedzi na tę wiadomość w takich samych warunkach, jak system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej, a także uzyskiwania od systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów grupy roboczej reakcji na tę odpowiedź w ten sam sposób, jak gdyby pochodziła ona od systemu operacyjnego Windows dla serwerów grupy roboczej.
238. Aby zaś takie operacje mogły zostać przeprowadzone, nie jest wymagane, aby systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej konkurencyjne wobec Microsoft funkcjonowały na płaszczyźnie

wewnętrznej w dokładnie w ten sam sposób jak systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej.

239. Tym różnego rodzaju twierdzeniom nie zaprzeczają cytowane przez Microsoft fragmenty motywów 669 i 679 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 126 powyżej). W pierwszym fragmencie Komisja ogranicza się do stwierdzenia, że stopień interoperacyjności z architekturą domeny Windows, który może być osiągnięty przez konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej korzystające ze standardowych protokołów, jest niższy od stopnia osiąganego przez systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej. Odnośnie do drugiego fragmentu, Komisja wskazuje w nim jedynie, że systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej konkurencyjne wobec Microsoft mają możliwość dostępu do funkcji systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych i dla serwerów grupy roboczej w mniejszym stopniu niż systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej.
240. W tym samym kontekście należy odrzucić twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym zaskarżona decyzja zmierzała do tego, aby konkurenci Microsoft tworzyli produkty dokładnie takie same jak systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej. Jak zostanie bardziej szczegółowo wyjaśnione w pkt 653–658 poniżej, w trakcie badania okoliczności dotyczącej pojawienia się nowego produktu, celem, do którego dąży Komisja, jest zlikwidowanie przeszkody, jaką dla konkurentów Microsoft stanowi niewystarczający stopień istniejącej interoperacyjności z architekturą domeny Windows, a to w celu umożliwienia tymże konkurentom zaoferowania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, które odróżniają się od systemów Microsoft w zakresie istotnych parametrów, takich jak między innymi bezpieczeństwo, niezawodność, szybkość wykonywania zadań lub innowacyjny charakter niektórych funkcji.
241. Należy także podnieść, że jak to skądinąd przyznała wyraźnie Microsoft w swych pismach (zob. na przykład pkt 14 i 48 repliki), jej konkurenci, mając dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji, nie będą w stanie opracować produktów stanowiących „klony” lub powielenie systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej. Jak zostało wyjaśnione w pkt 192–206 powyżej, informacje te nie odnoszą się do elementów kodu źródłowego Microsoft. W szczególności art. 5 zaskarżonej decyzji nie zobowiązuje Microsoft do ujawniania jej konkurentom szczegółów implementacji.
242. Należy dodać, że jak także zostanie wyjaśnione bardziej szczegółowo w pkt 658 poniżej, w trakcie badania okoliczności dotyczącej nowego produktu, konkurenci Microsoft nie mieliby żadnego interesu w tworzeniu dokładnie takich samych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jak systemy Microsoft.
243. Nie można także przyjąć twierdzenia Microsoft, zgodnie z którym z oświadczeń przedsiębiorstw, jakie przedstawiła ona w toku postępowania administracyjnego wynikało, że dzięki wykorzystaniu już dostępnych na rynku metod istnieje już wysoki stopień interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów z jednej strony, oraz konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów z drugiej strony.
244. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że rozpatrywane oświadczenia zostały już w pełni przeanalizowane w zaskarżonej decyzji (zob. między innymi motyw 357, 358, 440–444, 511, 513, 595, 598, 602, 628, 702 i 707) i że Microsoft nie wysuwa żadnego konkretnego argumentu, na podstawie którego mogłaby dowieść, iż dokonana przez Komisję ocena jest błędna. Jak bowiem podkreśla Komisja w motywie 707 zaskarżonej decyzji, oświadczenia te dotyczą organizacji, które w dużej mierze przyjęły „rozwiązanie Windows” dla ich sieci grupy roboczej.
245. Twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym ze sprawozdań Mercer wynikało, że przedsiębiorstwa nie wybierają systemów operacyjnych dla serwerów w oparciu o względy związane z ich interoperacyjnością z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów, jest nieścisłe, jak zostanie wyjaśnione bardziej szczegółowo w pkt 401–412 poniżej.
- W przedmiocie zakresu art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji
246. Artykuł 5 lit. a) zaskarżonej decyzji dotyczy wyczerpujących i dokładnych specyfikacji wszelkich protokołów, które są wdrażane w systemach operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej i które są wykorzystywane przez serwery, na których są zainstalowane te systemy w celu dostarczenia usług przeznaczonych dla grupy roboczej sieciom Windows dla grupy roboczej.

247. Jak wynika z ustaleń technicznych i faktycznych przedstawionych w pkt 154–191 powyżej, prawidłowe funkcjonowanie sieci grupy roboczej Windows opiera się na architekturze nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji zarówno klient-serwer, jak i serwer-serwer.
248. Tak więc Komisja wyjaśnia w motywie 999 zaskarżonej decyzji, że obowiązek ujawnienia przewidziany w tej decyzji „obejmuje zarówno bezpośrednie nawiązywanie wzajemnych połączeń i bezpośrednie interakcje pomiędzy serwerem grupy roboczej funkcjonującym w systemie Windows a stacją roboczą funkcjonującą w systemie Windows, jak i nawiązywanie wzajemnych połączeń i interakcje pomiędzy tymi maszynami, które są pośrednie i przechodzą przez jeden lub kilka serwerów grupy roboczej funkcjonujących w systemie Windows”.
249. Specyfikacje, jakie Microsoft musi sporządzić i ujawnić swym konkurentom, dotyczą zarówno protokołów komunikacyjnych klient-serwer, które są włączone do systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych oraz do systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, jak i do protokołów komunikacyjnych serwer-serwer.
250. Należy wyjaśnić, że informacje, które Microsoft musi ujawnić swym konkurentom na mocy art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji, powinny między innymi umożliwić, aby komputery, na których zainstalowane są systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej jej konkurentów, odgrywały w ramach domeny Windows używającej Active Directory rolę serwera członkowskiego lub rolę kontrolera domeny, a w związku z tym aby uczestniczyły w mechanizmie replikacji typu multi-master. Środek zaradczy przewidziany w tym przepisie dotyczy zatem w szczególności komunikacji, która ma miejsce pomiędzy serwerami w ramach „błękitnej bańki”.
251. W ten sposób określony zakres art. 5 zaskarżonej decyzji wynika z szeregu motywów tej decyzji, a w szczególności z motywów 194–198, 206, 564 i 690.
252. Zatem w motywach 194–198 zaskarżonej decyzji Komisja wymienia, wśród innych przykładów informacji dotyczących interoperacyjności, których ujawnienia Microsoft odmawia zarówno Sun, jak i jej konkurentom, niektóre informacje dotyczące mechanizmu replikacji stosowanego przez Active Directory.
253. W motywie 206 zaskarżonej decyzji Komisja wyraźnie odrzuca twierdzenie sformułowane przez Microsoft w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, zgodnie z którym „właściwości replikacji i katalogu globalnego Active Directory nie dotyczyły interoperacyjności”. Wyjaśnia ona w tym względzie, że „kontroler domeny w domenie Active Directory (tryb wbudowany) replikuje dane przechowywane w katalogu Active Directory z innych danych przechowywanych w Active Directory innych kontrolerów domeny poprzez pewne protokoły synchronizacyjne”. Wskazuje ona także, że dzięki innym protokołom, których specyfikacje stanowią informacje dotyczące interoperacyjności, dane katalogu globalnego są wymieniane pomiędzy kontrolerami domeny „lasu”.
254. Podobnie w motywie 564 zaskarżonej decyzji, kiedy Komisja odnosi się do faktu, że Microsoft „podtrzymywała swą odmowę” po otrzymaniu skargi Sun i trzech pism w sprawie przedstawienia zarzutów, odsyła ona do motywu 194 i następnych.
255. Należy także podnieść, że w motywie 690 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, iż MCPP „nie dotyczy szerszej kwestii, która się pojawia w niniejszym przypadku”, a w szczególności nie dotyczy on protokołów, które są protokołami stricte serwer-serwer, ale które są związane z funkcjonalnego punktu widzenia ze stacjami roboczymi, w tym „protokołów służących replikacji pomiędzy kontrolerami domeny i protokołów związanych z katalogiem globalnym”.
256. Należy dodać, że Microsoft interpretuje podobnie zakres art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji. Aby zatem wykazać innowacyjny charakter protokołów komunikacyjnych, w odniesieniu do których musi ona przekazywać informacje swym konkurentom, w skardze powołuje się ona właśnie na mechanizm replikacji typu multi-master używany przez Active Directory (zob. między innymi opinię M. Campbella-Kelly’ego, zatytułowaną „Commentary on Innovation in Active Directory” zamieszczoną w załączniku A.20 do skargi). Podobnie w replice opiera się ona, w tym samym celu, głównie na protokole DRS, który jest używany przez Active Directory w celu realizacji między innymi funkcji replikacyjnych (zob. między innymi opinię W. Leesa wspomnianą w pkt 205 powyżej). W swej opinii W. Lees wyjaśnia w szczególności, że protokół DRS stworzony przez Microsoft cechuje się szeregiem nowych właściwości, a mianowicie „może dokonywać jednocześnie

aktualizacji z wielu serwerów; jest zintegrowany ze standardowym protokołem Domain Naming Service (DNS) (w przypadku nazewnictwa) oraz z protokołem Kerberos (w przypadku wzajemnego uwierzytelnienia); przekazuje informacje opisujące sposób, w jaki dane przedsiębiorstwo zaprojektowało swą usługę katalogową; przekazuje informacje na temat roli, jaką niektóre serwery odgrywają w administrowaniu usługą katalogową, i automatycznie przekazuje aktualizacje katalogu pomiędzy serwerami”. Dalej W. Lees wyjaśnia, że protokół DRS jest tylko jednym z wielu protokołów komunikacyjnych, które Microsoft powinna ujawniać swym konkurentom w zastosowaniu zaskarżonej decyzji. Przytacza on tytułem przykładu następujące protokoły: Microsoft Remote Procedure Call (MSRPC), Network Authentication (Kerberos extensions), Dfs i File Replication Service (FRS).

257. Należy podnieść wreszcie, że określony powyżej zakres art. 5 zaskarżonej decyzji obejmuje także to, czego żądała Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Jak bowiem zostanie wyjaśnione bardziej szczegółowo w pkt 737–749 poniżej, celem żądania Sun było w szczególności uzyskanie przez jej system operacyjny dla serwerów grupy roboczej Solaris zdolności do działania jako kontroler domeny w pełni kompatybilny z sieciami Windows dla grupy roboczej Windows 2000 lub jako serwer członkowski (w szczególności jako serwer plików lub drukarek) w pełni kompatybilny z architekturą domeny Windows.
258. Należy ponadto odrzucić jako bezzasadne twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym zakres środka zaradczego przewidzianego w art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji był niespójny ze „standardem interoperacyjności” stosowanym przez Komisję przy dokonywaniu oceny stosowności „alternatywnych metod interoperacyjności” (zob. pkt 125–129 powyżej).
259. Twierdzenie to opiera się bowiem na błędnej idei, że Komisja rozpatruje interoperacyjność jako zdolność do umożliwienia przez konkurentów Microsoft swym systemom operacyjnym dla serwerów grupy roboczej funkcjonowania dokładnie w ten sam sposób jak systemy operacyjne Windows i zamierza umożliwić tym konkurentom klonowanie tych systemów (zob. pkt 234–242 powyżej).
260. Należy dodać, że wbrew temu, co twierdzi Microsoft, stanowisko, którego broniła Komisja w swych pismach w odniesieniu do stopnia interoperacyjności wymaganego w niniejszym przypadku oraz zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji, w pełni odpowiada stanowisku zajętemu w zaskarżonej decyzji. Ponadto w celu przypisania Komisji określonej interpretacji zaskarżonej decyzji Microsoft nie może oprzeć się na oświadczeniach, jakie złożyli interwenienci podczas przesłuchania w trakcie postępowania w sprawie zastosowania środków tymczasowych. Należy także przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem, nielegalność aktu wspólnotowego ocenia się według okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie wydania aktu (wyroki Trybunału z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawach połączonych 15/76 i 16/76 Francja przeciwko Komisji, Rec. str. 321, pkt 7 i 8 oraz Sądu z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawach połączonych T-177/94 i T-377/94 Altman i in. przeciwko Komisji, Rec. str. II-2041, pkt 119).
261. Wreszcie należy odrzucić także jako bezzasadną argumentację opartą na mechanizmie replikacji typu multi-master oraz „błękitnej bańce”, jaką Microsoft przedstawiła na rozprawie.
262. W argumentacji tej Microsoft zmierza do wykazania, że cel zaskarżonej decyzji nie może być w pełni osiągnięty bez ujawnienia jej konkurentom pewnych informacji dotyczących wewnętrznych mechanizmów systemów operacyjnych dla serwerów oraz w szczególności algorytmów, czyli informacji wykraczających poza informacje, o których mowa w tej decyzji. Microsoft opiera swą argumentację na twierdzeniu, zgodnie z którym aby kontroler domeny współdziałający z konkurencyjnym systemem operacyjnym dla serwerów grupy roboczej mógł być włączony do „błękitnej bańki” składającej się z kontrolerów domeny, na których zainstalowany jest system operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej używający Active Directory, te poszczególne systemy operacyjne muszą posiadać to samo oprogramowanie wewnętrzne.
263. Tymczasem, po pierwsze, należy stwierdzić, że Microsoft nie wykazała, że aby jej systemy operacyjne dla grupy roboczej i systemy jej konkurentów mogły funkcjonować razem w ramach „błękitnej bańki”, muszą one koniecznie posiadać to samo oprogramowanie wewnętrzne.
264. Po drugie, nie zostało także wykazane, że nawet jeśli taka tożsamość oprogramowania wewnętrznego byłaby wymagana, musi to oznaczać, iż Microsoft powinna przekazywać swym konkurentom informacje dotyczące wewnętrznych mechanizmów swych produktów, a w szczególności algo-

rytmy. Należy przypomnieć w tym względzie, że w opinii dołączonej do repliki jeden z biegłych Microsoft, komentując protokół DRS, który jest używany w przypadku mechanizmu replikacji typu multi-master, sam czyni rozróżnienie pomiędzy „protokołami używanymi do komunikacji pomiędzy serwerami” a „algorytmami/regułami decyzyjnymi, które działają w sposób wewnętrzny na każdym serwerze”, aby następnie podnieść, że są to właśnie te protokoły, które powinny być ujawnianie na podstawie art. 5 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 205 powyżej).

265. Po trzecie, w odniesieniu do algorytmu „Intersite Topology”, o którym Microsoft bardziej szczegółowo wspominała na rozprawie, całkiem możliwe jest, że jak również wyjaśniła Komisja podczas rozprawy, konkurenci powinni tylko być w stanie implementować algorytm prowadzący to tego samego wyniku, co wyżej wspomniany algorytm. Innymi słowy, Microsoft nie musiała przekazywać żadnej informacji dotyczącej implementacji tego algorytmu do swych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, ale może zadowolili się przekazaniem ogólnego opisu tego algorytmu, przy czym do konkurentów należałoby opracowanie ich własnej implementacji.
266. Z powyższych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że nie istnieje żadna niespójność pomiędzy zakresem art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji a „standardem interoperacyjności” przyjętym przez Komisję w tej decyzji.
- c) W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym protokoły komunikacyjne Microsoft są chronione prawami własności intelektualnej

Argumenty uczestników

267. Microsoft najpierw podnosi szereg argumentów mających na celu wykazanie, że jej protokoły komunikacyjne są innowacyjne pod względem technologicznym. Wyjaśnia w szczególności, że są one często opracowywane w związku z wykonywaniem szczególnych zadań przez systemy operacyjne dla serwerów i że są one nierozdzielnie związane ze sposobem, w jaki te zadania są wykonywane. Przyznanie licencji dotyczących tych protokołów komunikacyjnych musiałoby zatem wiązać się z przekazaniem konkurentom informacji dotyczących wewnętrznych właściwości systemów operacyjnych dla serwerów, z którymi wspomniane protokoły komunikacyjne są używane. Microsoft dodaje, że w celu opracowania i ulepszania protokołów komunikacyjnych zatrudnia ona bardzo wielu inżynierów i wykorzystuje znaczne zasoby finansowe.
268. Microsoft kładzie nacisk w szczególności na innowacyjny charakter Active Directory, po uprzednim podkreśleniu, że usługi katalogowe stanowią główny czynnik konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. W tym względzie odsyła ona do notatki sporządzonej przez jednego z jej biegłych, M. Campbella-Kelly’ego, w której opisuje on innowacje, jakimi charakteryzuje się usługa Active Directory, a zwłaszcza „jej metodę replikacji w różnych serwerach w ramach sieci informatycznej” (załącznik A.20 do skargi). Odsyła także do opinii wydanej przez W. Leesa, zamieszczonej w załączniku C.4 do repliki (zob. pkt 205 i 256 powyżej), w której opisuje on innowacyjne aspekty jednego z protokołów stosowanych przez Active Directory, a mianowicie protokołu DRS, o którym informacje należy według niej przekazać jej konkurentom na mocy zaskarżonej decyzji. Wreszcie Microsoft odwołuje się do załącznika C.8.1 do repliki, w którym jeden z jej inżynierów, R. Hirst, opisuje szereg specyfikacji dotyczących mechanizmu replikacji typu multi-master używanego przez Active Directory, czyli specyfikacje, które według niej powinna była sporządzić w zastosowaniu zaskarżonej decyzji.
269. Następnie Microsoft podnosi szereg argumentów zmierzających do wykazania, że jej protokoły komunikacyjne są chronione prawami własności intelektualnej.
270. Po pierwsze, wyjaśnia ona, że innowacyjne aspekty tych protokołów komunikacyjnych podlegają opatentowaniu. Microsoft wskazuje, że uzyskała na nie wiele patentów w Europie i Stanach Zjednoczonych, a także że około dwudziestu wniosków patentowych jest właśnie rozpatrywanych. Ponadto opierając się na dwóch opiniach wydanych przez S. Knauera (załącznik A.21 do skargi i załącznik C.6 do repliki), adwokata wyspecjalizowanego w prawie patentowym, twierdzi ona, że art. 5 zaskarżonej decyzji obejmuje obowiązkowe przyznanie licencji patentowych.
271. Po drugie, Microsoft utrzymuje, że specyfikacje protokołów komunikacyjnych serwer-serwer, jakie powinna tworzyć i ujawniać swym konkurentom w zastosowaniu zaskarżonej decyzji, są chronione prawem autorskim.

272. W replice Microsoft rozpatruje kwestię ochrony prawa autorskiego pod różnymi względami. Z jednej strony odwołuje się do pojęć „przymusowego tworzenia” i „przymusowej publikacji”, twierdząc, że gdyby zaskarżona decyzja jej tego nie nakazała, nie opracowałaby ona rozpatrywanych specyfikacji ani nie przyznałaby ona swym konkurentom licencji dotyczącej tych specyfikacji. Z drugiej strony powołując się na art. 4 dyrektywy 91/250, podnosi ona kwestię „adaptacji lub modyfikacji chronionych dzieł”. Podnosi ona także, że konkurent, który stosowałby wspomniane specyfikacje, aby umożliwić jego systemowi operacyjnemu dla serwerów współpracę z częściami systemów operacyjnych Windows dla serwerów, które świadczą usługi grupy roboczej, nie tworzyłby „odrębnego dzieła”.
273. Po trzecie, Microsoft podnosi, że protokoły komunikacyjne są tajemnicą handlową o wielkiej wartości. Wskazuje w szczególności w tym względzie, że ujawnia ona swe protokoły komunikacyjne klient-serwer tylko na podstawie umowy licencyjnej ustanawiającej obowiązek zachowania poufności i w której uznaje się ją za właściciela tej technologii. Podkreśla ona, że tajemnice handlowe stanowią chronioną prawem krajowym formę własności przemysłowej. Wreszcie odrzuca ona bronioną przez Komisję koncepcję, zgodnie z którą przedsiębiorstwo ponosi mniejszą szkodę w przypadku, gdy musi ujawnić tajemnicę handlową, niż wtedy, gdy zobowiązane jest do akceptowania naruszenia jego patentów lub jego praw autorskich.
274. Microsoft wywodzi z powyższych stwierdzeń, że fakt zobowiązania jej do przyznania konkurentom licencji dotyczących specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych pozbawiłby ją korzyści osiągniętych dzięki istotnym inwestycjom i wysiłkom w zakresie badań i rozwoju czynionym przez nią w celu tworzenia i ulepszania protokołów komunikacyjnych. Ponadto zmniejszyłoby to związane z protokołami komunikacyjnymi zamierzenia inwestycyjne zarówno w odniesieniu do jej samej, jak i jej konkurentów.
275. Komisja podważa argumenty przedstawione w pkt 267–274 powyżej.
276. Przede wszystkim Komisja odrzuca twierdzenia Microsoft, zgodnie z którymi z jednej strony rozpatrywane protokoły komunikacyjne mają charakter innowacyjny i z drugiej strony przyznanie licencji dotyczących protokołów wiąże się koniecznością przekazania informacji na temat wewnętrznych właściwości jej systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Uważa ona w szczególności, że dokumenty sporządzone przez W. Leesa (załącznik C.4 do repliki) i R. Hirsta (załącznik C.8.1 do repliki) nie wykazują, aby te informacje obejmowały „jakąkolwiek innowację mającą istotną wartość”. Odsyła ona do dwóch notatek sporządzonych przez swego konsultanta OTR (załączniki D.2 i D.3 do dupliki), w których ten ostatni komentuje dokumenty W. Leesa i R. Hirsta i wyjaśnia, dlaczego idee i zasady, które leżą u podstaw danych protokołów, nie są nowe.
277. Następnie Komisja odrzuca tezę Microsoft, zgodnie z którą z jednej strony jej protokoły komunikacyjne są chronione przez prawa własności intelektualnej, a z drugiej strony zaskarżona decyzja pociąga za sobą konieczność przyznania licencji.
278. Po pierwsze, podnosi ona, że Microsoft nie wykazała, iż rzekome innowacje, jakie stanowią rozpatrywane protokoły komunikacyjne, są przedmiotem patentu. Ponadto zdaniem Komisji wiele dowodów wskazuje na to, że odmowa Microsoft nie była uzasadniona względami związanymi z ochroną jej patentów. W tym względzie Komisja podnosi w szczególności że dopiero pod koniec postępowania administracyjnego, czyli kilka tygodni przed wydaniem zaskarżonej decyzji, i wskutek nalegań Komisji Microsoft powołała się na patent (czyli patent EP 0669020).
279. Po drugie, Komisja odrzuca twierdzenia, jakie Microsoft podnosi w przedmiocie praw autorskich. Wskazuje w szczególności, że nie wyklucza, że specyfikacje, o których mowa w zaskarżonej decyzji, mogą jako takie być objęte prawem autorskim. Wyjaśnia jednakże, że nie oznacza to, że użycie „w ten sposób udokumentowanych” informacji podczas ich implementacji do systemu operacyjnego stanowi naruszenie prawa autorskiego. Implementacja specyfikacji nie stanowi bowiem kopii, lecz prowadzi do powstania w znacznym stopniu odrębnego dzieła. Komisja podkreśla ponadto fakt, że kwestia, czy specyfikacje są objęte prawem autorskim, jest z natury rzeczy czysto drugorzędna, ponieważ w centrum niniejszej sprawy znajduje się nałożony na Microsoft obowiązek ujawniania informacji i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie, co wiąże się z koniecznością sporządzenia dokumentu. Wreszcie Komisja zauważa, że Microsoft podnosi w replice dwa nowe argumenty dotyczące praw autorskich (zob. pkt 272 powyżej), i twierdzi, że argumenty te powinny

być uznane za niedopuszczalne na mocy art. 48 § 2 regulaminu. Uważa ona, że w każdym razie są one bezzasadne.

280. Po trzecie, Komisja przyznaje, że informacje, które Microsoft powinna ujawnić w zastosowaniu zaskarżonej decyzji, są aż do dnia obecnego zachowywane w tajemnicy wobec jej konkurentów na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Uważa ona natomiast, że utożsamienie przez Microsoft tych „tajemnic handlowych” z „ustawowymi” prawami własności intelektualnej nie jest oczywiste. Komisja podnosi w tym względzie, że orzecznictwo dotyczące obowiązkowego przyznania licencji nie ma zastosowania jako takie do tajemnic handlowych i że ochrona tych tajemnic przez prawo krajowe jest zwykle bardziej ograniczona niż ochrona przyznawana prawu autorskiemu lub patentom. Komisja twierdzi, że choć może istnieć domniemanie legalności odmowy udzielenia licencji dotyczącej „ustawowego” prawa własności intelektualnej, o tyle zasadność, na gruncie prawa konkurencji, odmowy ujawnienia tajemnicy handlowej, której istnienie zależy wyłącznie od jednostronnej decyzji rynkowej, powinna być uzależniona od okoliczności danej sprawy, a w szczególności od interesów wchodzących w grę. W niniejszym przypadku wartość rozpatrywanej „tajemnicy” nie wynika z faktu, że wiąże się ona z innowacją, ale z faktu, że należy ona do przedsiębiorstwa dominującego.
281. SIIA, podnosząc zasadniczo argumenty takie same jak te, które zostały przedstawione w tej kwestii przez Komisję, utrzymuje, że Microsoft nie wykazała, iż zaskarżona decyzja narusza jej prawa własności intelektualnej i pociąga za sobą konieczność przyznania licencji.
282. FSFE uważa, że „technologia”, której ujawnienia swym konkurentom Microsoft odmawia, nie jest ani nowa, ani innowacyjna. Wyjaśnia ono, że Microsoft prowadzi bowiem politykę przyjmowania ciągle takich samych protokołów, do których są następnie wnoszone nieznaczne i bezużyteczne zmiany w celu utrudnienia interoperacyjności. Powołuje się ono w szczególności na następujące protokoły: CIFS/SMB (Common Internet File System/Server Message Block), DCE/RPC (Distributed Computing Environment/Remote Procedure Call), Kerberos 5 i LDAP.

Ocena Sądu

283. Pomimo że strony długo rozważały, zarówno w swych pismach, jak i na rozprawie, kwestię praw własności intelektualnej, którymi są objęte protokoły komunikacyjne Microsoft lub ich specyfikacje, Sąd uważa, że rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest konieczne do rozwiązania niniejszego sporu.
284. Argumenty, które Microsoft opiera na rzekomych prawach własności intelektualnej, nie mogą bowiem jako takie wpływać na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji. Komisja, nie zajmując stanowiska na temat zasadności tych argumentów, wydała tę decyzję, że Microsoft może w niniejszym przypadku powołać się na takie prawa. Innymi słowy, wyszła ona z założenia, zgodnie z którym jest możliwe, w odniesieniu do pierwszej grupy problemowej (informacje potrzebne do zapewnienia interoperacyjności), że zachowanie rozpatrywane w niniejszej sprawie nie jest zwykłą odmową dostarczenia produktu lub usługi niezbędnej do istnienia danej działalności, ale stanowi odmowę przyznania osobie trzeciej licencji dotyczącej praw własności intelektualnej, wybierając w ten sposób kwalifikację prawną, która jest najwęższa, a w związku z tym – najkorzystniejsza dla Microsoft (zob. pkt 312–336 poniżej). Komisja nie potwierdziła zatem ani nie wykluczyła, że po pierwsze, zachowanie zarzucane Microsoft jest odmową przyznania licencji, i po drugie, że środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji obejmuje obowiązkowe przyznanie licencji.
285. Tak więc w motywie 190 zaskarżonej decyzji Komisja podnosi, że w toku postępowania administracyjnego Microsoft powołała się na istnienie praw własności intelektualnej, a także fakt, że informacje dotyczące rozpatrywanej interoperacyjności stanowią tajemnice handlowe. Wskazuje ona, że nie jest wykluczone, iż Microsoft mogła oprzeć się na tych prawach w celu zapobieżenia implementacji przez Sun rozpatrywanych specyfikacji w swych własnych produktach. Przyznaje ona także, że możliwe jest, iż specyfikacje te obejmują innowacje i stanowią tajemnice handlowe. Ogólnie rzecz ujmując, Komisja stwierdza, że nie można wykluczyć, iż fakt nakazania Microsoft ujawnienia osobom trzecim informacji dotyczących interoperacyjności i umożliwienia im ich wykorzystania narusza swobodę wykonywania jej praw własności intelektualnej. Komisja powtarza to ostatnie twierdzenie w motywie 546 zaskarżonej decyzji. W przypisie na str. 249

- zaskarżonej decyzji wyjaśnia, że „skoro jednak stosowane specyfikacje nie są dostępne, [nie ma ona] możliwości określenia, w jakiej mierze twierdzenia Microsoft w przedmiocie jej praw własności intelektualnej są dokładne”.
286. Ponadto w motywach 1003 i 1004 zaskarżonej decyzji Komisja, opisując zakres środka zmierzającego do zarzucenia zarzucanej Microsoft i stanowiącej nadużycie odmowy, podkreśla, po pierwsze, że środek ten dotyczy tylko specyfikacji interfejsu, a nie elementów kodu źródłowego, oraz, po drugie, że zmierza ona do umożliwienia konkurentom Microsoft otrzymania zezwolenia na implementację ujawnionych specyfikacji w ich systemach operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Wskazuje ona zatem w szczególności, że „specyfikacje nie będą powielane, adaptowane, poprawiane ani modyfikowane, ale będą wykorzystywane przez osoby trzecie w celu stworzenia ich własnych interfejsów zgodnych z tymi specyfikacjami” (motyw 1004 zaskarżonej decyzji). Kończy ona stwierdzeniem, że „gdyby jednak [zaskarżona] decyzja miała na celu zażądanie od Microsoft zaniechania wykonywania w pełni niektórych z przysługujących jej praw własności intelektualnej, byłoby to uzasadnione koniecznością doprowadzenia do zaniechania stwierdzonego nadużycia” (motyw 1004 zaskarżonej decyzji).
287. Podobne argumenty są podnoszone przez Komisję w jej pismach procesowych. W duplice zatem uznaje ona za „kłamliwe” sformułowane przez Microsoft w replice twierdzenie, zgodnie z którym „[zaskarżona] decyzja zobowiązywała [tę ostatnią] do przyznania licencji obejmującej wszystkie prawa własności intelektualnej, jakie mogą być konieczne do implementacji specyfikacji w jej własnych produktach”. W tym względzie wyjaśnia ona przede wszystkim, że „zaskarżona decyzja zobowiązuje Microsoft do przyznania prawa do używania specyfikacji w celu projektowania produktów zdolnych do interoperacyjności” oraz że „w zakresie, w jakim [obowiązek ten] może ograniczyć zdolność Microsoft do domagania się przestrzegania w pełni jej [praw własności intelektualnej], jest on uzasadniony koniecznością doprowadzenia do zaniechania naruszenia”. Komisja podkreśla, że „w [zaskarżonej] decyzji nie zajmuje ona stanowiska w kwestii, czy [prawa własności intelektualnej] Microsoft są, czy też nie są naruszone”. Następnie wyjaśnia, że nie można jednak z tego wywodzić, że zarzucana odmowa Microsoft jest uzasadniona wykonywaniem praw własności intelektualnej, ani że niniejsza sprawa wiąże się z koniecznością przyznania licencji. Ani bowiem akta sprawy, ani skarga nie zawierają dowodów wskazujących na to, że tak jest, a w szczególności, że „konkurenci potrzebują, w celu zapewnienia interoperacyjności z architekturą domeny Windows, licencji dającej im dostęp do pewnych [praw własności intelektualnej] Microsoft”.
288. Należy podnieść także, że Komisja, w odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych, jakie jej postawił Sąd, potwierdziła, że nie zostało w żaden sposób stwierdzone w zaskarżonej decyzji, iż informacje dotyczące interoperacyjności nie są objęte patentem lub prawem autorskim lub przeciwnie, iż są nim objęte. Uznała ona, że nie jest konieczne, aby wypowiedała się ona w tej kwestii, ponieważ w każdym razie „przesłanki stwierdzenia istnienia nadużycia i zastosowania środka zaradczego [przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji] są spełnione niezależnie od tego, czy informacje są chronione, czy też nie przez jakikolwiek patent lub prawo autorskie”.
289. Z powyższych stwierdzeń wynika, iż zasadność pierwszej części zarzutu powinna być oceniana przy wyjściu z założenia, że rozpatrywane protokoły lub ich specyfikacje są objęte prawami własności intelektualnej lub stanowią tajemnice handlowe i że te ostatnie powinny być utożsamiane z prawami własności intelektualnej.
290. Z powyższego wynika, że głównym problemem, jaki należy rozstrzygnąć w ramach tej części zarzutu, jest to, czy jak twierdzi Komisja i co podważa Microsoft, przesłanki umożliwiające zmuszenie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do przyznania licencji dotyczącej praw własności intelektualnej są w niniejszym przypadku spełnione.
- d) W przedmiocie powoływanej na poparcie pierwszej części zarzutu argumentacji w ścisłym tego słowa znaczeniu
- (i) W przedmiocie okoliczności, w świetle których należy analizować zarzucane zachowanie
- Argumenty uczestników
291. Tytułem żądania głównego Microsoft, popierana przez CompTIA i ACT, wnosi przede wszystkim, że pierwsza grupa problemowa powinna być oceniana z punktu widzenia kryteriów przyjętych

- przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill i przypomnianych w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health.
292. Na poparcie tej tezy, po pierwsze, Microsoft powtarza, że art. 5 zaskarżonej decyzji pociąga za sobą konieczność przyznania licencji dotyczących jej protokołów komunikacyjnych, które to protokoły są innowacyjne pod względem technologicznym i objęte są prawami własności intelektualnej.
293. Po drugie, Microsoft interpretuje argument Komisji przedstawiony w pkt 302 poniżej w ten sposób, że Komisja uważa, iż nie powinna stosować wyżej wspomnianych kryteriów, w przypadku gdy rozpatrywana jest „sprzedaż wiązana ze względów technologicznych”. Argument ten nie znajduje zaś zdaniem Microsoft żadnego oparcia w sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku Sądu z dnia 6 października 1994 r. w sprawie T-83/91 Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. str. II-755, potwierdzonego w postępowaniu odwoławczym wyrokiem Trybunału z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie C-333/94 P Tetra Pak przeciwko Komisji, Rec. str. I-5951 (zwane dalej „wyrokami w sprawie Tetra Pak”), na którą powołuje się Komisja.
294. Po trzecie, Microsoft odrzuca argumenty, które Komisja opiera na tym, że okoliczności niniejszej sprawy mają różnić się od okoliczności sprawy, która doprowadziła do wydania powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health.
295. W tym względzie Microsoft, po pierwsze, podnosi, że w tej ostatniej sprawie należało uwzględnić znaczne efekty sieciowe i że to właśnie z uwagi na istnienie tych efektów uznano strukturę o 1860 modułach stworzoną przez IMS Health za normę branżową. Dodaje, że Komisja nie powołała się w zaskarżonej decyzji na argument, zgodnie z którym odmawiając „umożliwienia kompatybilności”, Microsoft narusza leżące w interesie ogólnym cele określone w dyrektywie 91/250. Nieprecyzyjne twierdzenia oparte na interesie ogólnym nie mogą jednak zdaniem Microsoft uzasadniać nakazania przedsiębiorstwu przyznania licencji. Microsoft wreszcie podnosi, że dyrektywa 91/250 nie przewiduje żadnego pozytywnego obowiązku ujawniania informacji.
296. Po drugie, Microsoft odrzuca twierdzenie Komisji, zgodnie z którym wykorzystuje ona posiadaną na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych siłę rynkową, aby zdobyć rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Microsoft twierdzi, że ani zaskarżona decyzja, ani odpowiedź na skargę nie wskazują wyraźnie, jaka jest siła rynkowa, którą ona wykorzystuje, ani sposobu, w jaki ta siła jest wykorzystywana.
297. Po trzecie, Microsoft uważa, że twierdzenie Komisji, jakoby zerwała ona z wcześniejszymi poziomami dostarczania informacji, jest błędne zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym, a także że nie uwzględnia ona zasad ustanowionych w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner. Spółka ta twierdzi, że nigdy nie przyznała Sun lub innemu dostawcy konkurencyjnych systemów operacyjnych licencji dotyczącej specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych. Wskazuje ona, że w 1994 r. przyznała ona na rzecz AT&T licencję dotyczącą technologii sieci w celu umożliwienia opracowania produktu zwanego „Server for UNIX (AS/U)” oraz że znaczący dostawcy UNIX opracowali pewne produkty oparte na AS/U, w tym system „PC NetLink” spółki Sun. Microsoft wyjaśnia, że pomimo iż w 2001 r. uzgodniła ona z AT&T, że porozumienie licencyjne nie będzie rozszerzane w celu objęcia nim nowych technologii, „technologia AS/U” i produkty na niej oparte nadal są dostępne. Microsoft uważa, że fakt przekazania ponad dziesięć lat temu na rzecz AT&T licencji dotyczącej danej technologii nie może zobowiązywać do przyznania, na przyszłość i w sposób nieograniczony, licencji dotyczących wszystkich technologii, które są z nią związane, w tym protokołów komunikacyjnych.
298. Po czwarte, Microsoft podnosi, że w motywie 577 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, iż „odmowa dostarczenia przez Microsoft informacji na rzecz Sun jest częścią postępowania na szerszą skalę, które ma na celu nieujawnianie producentom systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej pewnych informacji dotyczących interoperacyjności”. Spółka ta uważa, że linia postępowania, która jest jej w ten sposób zarzucana, odpowiada „prowadzeniu w sposób niedyskryminacyjny polityki, którą stosują niemalże wszystkie spółki z branży technologicznej w celu ochrony owoców swych wysiłków z zakresu badań i rozwoju” oraz że takie zachowanie nie może stanowić „nadzwyczajnej okoliczności” w rozumieniu powołanych powyżej w pkt 107 wyroków w sprawie Magill i w sprawie IMS Health.

299. Tytułem żądania pomocniczego Microsoft, popierana przez CompTIA i ACT, wnosi, że w przypadku gdyby zostało stwierdzone, iż w niniejszej sprawie nie wchodzi w grę żadne prawo własności intelektualnej, kryteriami, jakie należy stosować, są te, które zostały przyjęte przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner i które odpowiadają pierwszemu, drugiemu i czwartemu z kryteriów określonych w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health, o których mowa w pkt 116 powyżej.
300. Wreszcie Microsoft, CompTIA i ACT podnoszą, że żadne z czterech kryteriów określonych w wyroku w powołanej powyżej w pkt 107 sprawie IMS Health ani zatem żadne z trzech kryteriów określonych w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner nie zostało w niniejszym przypadku spełnione.
301. Tytułem żądania głównego Komisja, popierana przez SIIA i FSFE, wnosi, iż nawet jeśli należałoby stwierdzić, że rozpatrywana odmowa jest uzasadniona wykonywaniem praw własności intelektualnej i że zaskarżona decyzja pociąga za sobą konieczność przyznania licencji, niniejsza problematyka nie może automatycznie być oceniana w świetle kryteriów ustanowionych w „orzecznictwie IMS Health”.
302. W tym względzie Komisja po pierwsze podnosi, że ustanowiona w orzecznictwie „zasada nadzwyczajnych okoliczności” nie może mieć zastosowania „jako taka i bez podania innych szczególnych informacji” do odmowy ujawniania tajemnic handlowych, która ma na celu stworzenie „powiązania technologicznego” pomiędzy produktem odrębnym a produktem dominującym.
303. Po drugie, Komisja uważa, że powołany powyżej w pkt 107 wyrok w sprawie IMS Health nie zawiera wyczerpującego wykazu wyjątkowych okoliczności. Podnosi, że w tym wyroku, tak jak w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill, Trybunał ustanowił warunki, w jakich możliwe jest wydanie decyzji przewidującej obowiązkowe przyznanie licencji w świetle szczególnych okoliczności właściwych dla spraw, które doprowadziły do wydania tych wyroków. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health Trybunał ograniczył się zaś do ustanowienia wykazu kryteriów, jakie „wystarczy” spełnić. W celu określenia zaś, czy zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które odmawia dostarczenia informacji, ma charakter nadużycia, Komisja powinna zbadać wszystkie czynniki związane z tą odmową, a zwłaszcza jej szczególny kontekst gospodarczy i prawny.
304. Po trzecie, Komisja wylicza elementy stanu faktycznego, jakie odróżniają okoliczności niniejszej sprawy od okoliczności sprawy, która doprowadziła do wydania powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health, i które pozwalają stwierdzić, że odmowa zarzucana Microsoft stanowi nadużycie pozycji dominującej.
305. Po pierwsze, Komisja podnosi, że zaskarżona decyzja posiada cechę szczególną w tym sensie, iż dotyczy odmowy dostarczenia informacji odnoszących się do interoperacyjności w sektorze oprogramowania. Celem tej decyzji jest umożliwienie opracowywania produktów kompatybilnych z produktami Microsoft, podczas gdy sprawy wymienione przez tę ostatnią dotyczą sytuacji, w których „produkt chroniony” powinien być włączony do produktów konkurentów ze względów, które wykraczają poza troskę o zapewnienie zwykłej kompatybilności pomiędzy odrębnymi produktami. Ponadto sprawy te nie dotyczą szczególnych problemów, jakie pojawiają się w sektorach, w których efekty sieciowe napotyka się na każdym kroku. Komisja dodaje, że w odróżnieniu od sektora rozpatrywanego w niniejszej sprawie sektory gospodarcze, których dotyczyły poprzednie sprawy, nie były „sektorami, w których ustawodawca wyraźnie uznał użyteczność kompatybilności dla ogółu społeczeństwa”. W szczególności, odsyłając do motywów 745–763 zaskarżonej decyzji, Komisja przypomina znaczenie, jakie ustawodawca wspólnotowy nadał interoperacyjności, zwłaszcza w ramach dyrektywy 91/250, a także bronię przez niego stanowisko, zgodnie z którym ujawnianie informacji do celów interoperacyjności jest korzystne dla konkurencji i innowacji.
306. Po drugie, Komisja powołuje się na fakt, że niniejsza problematyka dotyczy dostawcy zajmującego pozycję dominującą, który wykorzystuje siłę rynkową, jaką posiada na danym rynku, w niniejszym przypadku na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, aby wyeliminować konkurencję na rynku sąsiadującym, czyli na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, „wzmocniając w ten sposób bariery utrudniające wejście na rynek pierwotny przy jednoczesnym uzyskiwaniu dodatkowego dochodu z monopolu”. Sytuacja ta zwiększa szkodę wyrządzaną już konsumentom ze względu na ograniczenie opracowywania nowych produktów.

307. Po trzecie, Komisja podkreśla, że niniejsza problematyka dotyczy dostawcy zajmującego pozycję dominującą, który zrywa z wcześniejszymi poziomami dostarczania informacji (motywy 578–584 zaskarżonej decyzji). Wskazuje ona, że pierwotnie Microsoft prowadziła politykę ujawniania, a nie zatrzymywania dla siebie informacji dotyczących interoperacyjności, co w szczególności ułatwiło wprowadzenie na rynek jej własnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i w żaden sposób nie zniechęciło jej do wprowadzania innowacji. Jednakże skoro tylko jej „produkty serwerowe” uzyskały wystarczająco stabilną pozycję na rynku, Microsoft zmieniła podejście i postanowiła wykluczyć swych konkurentów, odmawiając udostępnienia im tych informacji (motywy 587, 588, 637 i nast. zaskarżonej decyzji).
308. Komisja uważa, że Microsoft nie może podważać, iż zerwała z wcześniejszymi poziomami dostarczania informacji. W tym względzie Komisja wskazuje przede wszystkim, że umowa zawarta pomiędzy Microsoft a AT&T, która umożliwiła AT&T opracowanie AS/U, dotyczyła ujawniania nie tylko informacji dotyczących interoperacyjności tego rodzaju, co rozpatrywane w zaskarżonej decyzji, ale także informacji dodatkowych. Następnie Komisja twierdzi, że fakt, iż technologia AS/U nadal jest dostępna, nie jest istotny dla sprawy. Odsyłając do motywów 580–583 zaskarżonej decyzji, wskazuje ona w tym względzie, że ujawnianie informacji „w ramach AS/U” jest obecnie przestarzałe, ponieważ Microsoft zmieniła odpowiednie protokoły w późniejszych wersjach Windowsa. Wreszcie Komisja uważa, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym fakt, iż przekazała ona ponad dziesięć lat temu na rzecz AT&T licencję na daną technologię, nie może zobowiązać jej do przyznania, na przyszłość i w sposób nieograniczony, licencji dotyczących wszystkich technologii, które są nią związane, jest bez znaczenia w świetle podejścia przyjętego w zaskarżonej decyzji. Kwestia zerwania ze wcześniejszymi poziomami dostarczania informacji jest w niej bowiem potraktowana nie jako nadużycie samo w sobie, ale jako element oceny zarzucanej Microsoft odmowy dostarczenia informacji (motywy 578 i nast. zaskarżonej decyzji).
309. Po czwarte, Komisja wskazuje, że nie uważa, iż sam fakt, że odmowa przyznania licencji dotyczącej praw własności intelektualnej wpisuje się w ogólną linię postępowania, stanowi sam z siebie „okoliczność nadzwyczajną” w sposób wystarczający do nadania tej odmowie charakteru nadużycia. Stwierdziła ona po prostu, że fakt, iż Sun nie jest jedynym konkurentem, jakiemu Microsoft odmówiła dostępu do informacji dotyczących interoperacyjności, jest istotną okolicznością oceny zgodności zachowania Microsoft z art. 82 WE.
310. W odniesieniu do argumentacji, jaką Microsoft podnosi pomocniczo i zgodnie z którą niniejsza sprawa powinna być badana w świetle kryteriów ustanowionych w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Brenner, Komisja twierdzi, że nie może ona zostać przyjęta. Podnosi ona, że wyrok ten dotyczy dostępu do infrastruktury, która wymagała znacznych inwestycji, i uważa, że gdyby zostało ustalone, iż informacje rozpatrywane w niniejszej sprawie nie są chronione prawami własności intelektualnej, ale składają się z czysto abstrakcyjnych kombinacji wiadomości, wspomniany wyrok nie byłby z pewnością „stosownym punktem odniesienia”.
311. Pomocniczo Komisja popierana przez SIIA i FSFE podnosi, że – zakładając nawet, iż zgodność z prawem zaskarżonej decyzji, w zakresie w jakim odnosi się ona do pierwszej grupy problemowej, powinna być oceniana w świetle kryteriów przyjętych przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health – są one w niniejszym przypadku spełnione.

Ocena Sądu

312. Należy przypomnieć, że Microsoft broni tezy, zgodnie z którą odmowa dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności, która jest jej zarzucana, nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE, ponieważ z jednej strony informacje te są chronione przez prawa własności intelektualnej – lub stanowią tajemnice handlowe – a z drugiej strony ustanowione w orzecznictwie przesłanki pozwalające na nałożenie na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą obowiązku przyznania licencji osobom trzecim nie zostały w niniejszym przypadku spełnione.
313. Należy także przypomnieć, że Komisja uważa, iż nie jest konieczne zajmowanie stanowiska w kwestii tego, czy zachowanie przypisywane Microsoft stanowi odmowę przyznania licencji dotyczącej praw własności intelektualnej osobie trzeciej oraz czy tajemnice handlowe zasługują na ten sam stopień ochrony, jak te prawa, ponieważ w każdym razie ścisłe kryteria, na podsta-

- wie których taka odmowa może być uważana za nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE, zostały w niniejszym przypadku spełnione (zob. pkt 284–288 powyżej).
314. Choć Microsoft i Komisja zgadzają się co do twierdzenia, że rozpatrywana odmowa może być oceniana w świetle art. 82 WE, zakładając, iż stanowi ona odmowę przyznania licencji dotyczącej praw własności intelektualnej, to zajmują one odmienne stanowiska w kwestii ustanowionych w orzecznictwie i mających zastosowanie w takim przypadku przesłanek.
315. Microsoft powołuje się bowiem przede wszystkim na kryteria ustanowione w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, a pomocniczo na kryteria określone w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner.
316. Komisja ze swej strony uważa, że „automatyczne” stosowanie kryteriów ustanowionych w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health jest w niniejszym przypadku „problematyczne”. Uważa ona, że aby określić, czy taka odmowa ma charakter nadużycia, musi ona uwzględnić wszystkie szczególne okoliczności tej odmowy, przy czym okoliczności te niekoniecznie muszą być takie same jak okoliczności określone w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health. W motywie 558 zaskarżonej decyzji wyjaśnia zaś ona, że „[o]rzecznictwo Trybunału skłania [...] do przekonania, że Komisja powinna przeanalizować wszystkie okoliczności danego przypadku odmowy dostarczenia informacji i wydać decyzję w kontekście wyników tego całościowego badania”.
317. Podczas rozprawy Komisja, zapytana w tej kwestii przez Sąd, potwierdziła, że stwierdziła w zaskarżonej decyzji, iż zachowanie przypisywane Microsoft posiada trzy charakterystyczne cechy, które umożliwiają uznanie go za stanowiące nadużycie. Pierwszą charakterystyczną cechą stanowi fakt, że informacje, jakich Microsoft odmawia ujawniania swym konkurentom, odnoszą się do interoperacyjności w sektorze oprogramowania, czyli kwestii, do której ustawodawca wspólnotowy przywiązuje szczególne znaczenie. Drugą cechą charakterystyczną polega na tym, że Microsoft wykorzystuje nadzwyczajną siłę rynkową, jaką posiada na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, w celu wyeliminowania konkurencji na sąsiednim rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Trzecią cechą charakterystyczną jest fakt, że rozpatrywane zachowanie wiąże się z zerwaniem z wcześniejszymi poziomami dostarczania informacji.
318. Komisja utrzymuje, że w każdym razie kryteria przyjęte przez Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health zostały także spełnione w niniejszym przypadku.
319. W odpowiedzi na poszczególne argumenty należy podnieść, że jak słusznie podkreśla Komisja w pkt 547 zaskarżonej decyzji, pomimo iż przedsiębiorstwa mają zasadniczo swobodę wyboru swych partnerów handlowych, odmowa dostarczenia informacji ze strony przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą może, w pewnych okolicznościach i o ile nie jest obiektywnie uzasadniona, stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE.
320. Trybunał stwierdził zatem, że spółka zajmująca pozycję dominującą na rynku surowców, która w celu zastrzeżenia tych surowców do swej własnej produkcji pochodnej odmawia ich dostarczenia klientowi, który sam jest producentem tych produktów pochodnych, i może wyeliminować wszelką konkurencję ze strony tego klienta, wykorzystuje swą pozycję dominującą w sposób stanowiący nadużycie w rozumieniu art. 82 WE (wyrok Trybunału z dnia 6 marca 1974 r. w sprawach połączonych 6/73 i 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji, Rec. str. 223; zob. w odniesieniu do odmowy świadczenia usługi wyrok Trybunału z dnia 3 października 1985 r. w sprawie 311/84 CBEM, Rec. str. 3261).
321. W sprawie, która doprowadziła do wydania wyroku z dnia 5 października 1988 r. w sprawie 238/87 Volvo, Rec. str. 6211, Trybunał, do którego skierowano wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na mocy art. 234 WE, został zapytany w kwestii tego, czy odmowa producenta samochodów posiadającego wzory elementów karoserii przyznania osobom trzecim licencji dotyczącej dostawy części zawierających chroniony wzór powinna być uważana za nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE. W wyroku tym Trybunał podkreślił, że uprawnienie właściciela chronionego wzoru do zapobiegania wytwarzaniu i sprzedaży lub przyzwolowi przez podmioty trzecie, bez jego zgody, produktów zawierających wzór stanowi samą istotę jego prawa wyłącznego. Orzekł on (w pkt 8), że „obowiązek nałożony na posiadacza chronionego wzoru przyznania osobom trzecim, nawet jako świadczenie wzajemne za rozsądne wynagrodzenie, licencji

dotyczącej dostarczania produktów zawierających wzór doprowadziłoby do pozbawienia tego posiadacza istoty jego wyłącznego prawa oraz że odmowa przyznania podobnej licencji nie może stanowić sama z siebie nadużycia pozycji dominującej”. Trybunał dodał jednak, że „wykonywanie wyłącznego prawa przez posiadacza wzoru dotyczącego elementów karoserii samochodów może być zakazane na mocy art. [82 WE], jeśli prowadzi do pewnych stanowiących nadużycie zachowań ze strony przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej, takich jak arbitralna odmowa dostarczania części zamiennych do niezależnych nakładów naprawczych, określenie cen części zamiennych na nieuczciwym poziomie lub decyzja o zaprzestaniu produkowania części zamiennych dla pewnego modelu, podczas gdy wiele samochodów tego modelu jeszcze jeździ, pod warunkiem że dorachowania te mogłyby wpłynąć na handel pomiędzy państwami członkowskimi” (pkt 9).

322. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill Trybunał, w ramach postępowania odwoławczego, miał rozstrzygnąć kwestię odmowy przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą przyznania osobie trzeciej licencji na wykonywanie prawa własności intelektualnej. Sprawa, która doprowadziła do wydania tego wyroku, dotyczyła decyzji Komisji, w której stwierdziła ona, że trzy spółki zajmujące się emisją telewizyjną nadużyły pozycji dominującej, jaką zajmowały na rynku, jaki stanowiły ich odnośne ramówki tygodniowe, oraz na rynku przewodników po programach telewizyjnych, w których te ramówki były publikowane, powołując się na ich prawo autorskie dotyczące tych przewodników, aby zapobiec publikowaniu przez osoby trzecie pełnych przewodników cotygodniowych po programach poszczególnych kanałów telewizyjnych. Komisja nakazała zaś tym spółkom zajmującym się emisją telewizyjną wzajemne dostarczanie oraz dostarczanie osobom trzecim na ich żądanie i w niedyskryminacyjny sposób ich wcześniej ustalonych programów tygodniowych i umożliwienie powielenia tych programów przez te strony. W szczególności wyjaśniła ona, że opłaty żądane przez wspomniane spółki, w przypadku gdy postanawiają one dostarczać i umożliwić powielenie tych programów na podstawie licencji, powinny mieć rozsądną wysokość.
323. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill (pkt 49) Trybunał, powołując się na powołany powyżej w pkt 321 wyrok w sprawie Volvo, stwierdził, że „wyłączne prawo powielania stanowi część prerogatyw autora w tym sensie, że odmowa licencji, nawet w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nie może stanowić sama z siebie jej nadużycia”. Odsyłając także do powołanego powyżej w pkt 321 wyroku w sprawie Volvo, Trybunał wyjaśnił jednak, że „wykonywanie wyłącznego prawa przez posiadacza może, w nadzwyczajnych okolicznościach, prowadzić do zachowania stanowiącego nadużycie” (pkt 50).
324. Trybunał stwierdził, iż dla celów ustalenia, że zachowanie zarzucane rozpatrywanym spółkom zajmującym się emisją telewizyjną ma charakter nadużycia, istotne są następujące okoliczności. Po pierwsze, odmowa zarzucana tym spółkom dotyczyła produktu, ramówek tygodniowych kanałów telewizyjnych, których dostarczanie było niezbędne do wykonywania rozpatrywanej działalności, czyli wydawania całościowego tygodniowego przewodnika po programach telewizyjnych (pkt 53). Po drugie, odmowa ta stanowiła przeszkodę dla pojawienia się nowego produktu, czyli całościowego przewodnika po programach telewizyjnych, jakiego wyżej wspomniane spółki zajmujące się emisją telewizyjną nie oferowały, i na który istniał potencjalny popyt ze strony konsumentów, co stanowiło nadużycie w rozumieniu art. 82 WE akapit drugi lit. b) WE (pkt 54). Po trzecie, wspomniana odmowa nie była uzasadniona (pkt 55). Wreszcie po czwarte, poprzez swe zachowanie te spółki zajmujące się emisją telewizyjną zastrzegły sobie rynek pochodny, czyli rynek tygodniowych przewodników po programach telewizyjnych, wykluczając wszelką konkurencję na tym rynku (pkt 56).
325. W sprawie, która doprowadziła do wydania powołanego powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner, do Trybunału, do którego skierowano wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym na mocy art. 234 WE, zwrócono się o orzeczenia w kwestii tego, czy fakt, że grupa prasowa posiadająca bardzo znaczącą część austriackiego rynku dzienników i stosująca jedyny istniejący na szczeblu krajowym w Austrii system dostarczania dzienników do domu odmawia dostępu, w zamian za stosowne wynagrodzenie, do tego systemu wydawcy dziennika konkurencyjnego lub przyznaje go tylko pod warunkiem, że zakupi on od grupy pewne usługi dodatkowe, stanowi nadużycie pozycji dominującej sprzeczne z art. 82 WE.

326. W wyroku tym (pkt 38) Trybunał podniósł przede wszystkim, iż choć w powołanych powyżej w pkt 320 wyrokach w sprawie Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji i w sprawie CBEM orzekł on, że fakt, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na danym rynku odmówiło dostarczenia przedsiębiorstwu, z którym konkurowało na rynku sąsiadującym, odpowiednio surowców i usług niezbędnych do wykonywania przez nie działalności, stanowi nadużycie, wydał to rozstrzygnięcie w zakresie, w jakim rozpatrywane zachowanie może wyeliminować wszelką konkurencję ze strony tego przedsiębiorstwa.
327. Następnie Trybunał wskazał (pkt 39), że w pkt 49 i 50 powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill potwierdził on, że odmowa przyznania licencji ze strony podmiotu prawa własności intelektualnej – nawet w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą – nie może stanowić sama z siebie nadużycia tej pozycji, ale że to wykonywanie wyłącznego prawa przez jego podmiot mogło, w nadzwyczajnych okolicznościach, doprowadzić do stanowiącego nadużycie zachowania.
328. Wreszcie Trybunał przypomniał nadzwyczajne okoliczności, jakie uwzględnił w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill, po czym stwierdził (pkt 41):
„[Z]akładając nawet, że orzecznictwo dotyczące wykonywania prawa własności intelektualnej ma zastosowanie do wykonywania jakiegokolwiek prawa własności, aby wyrok [ten] [...] mógł być użytecznie przywoływany w celu ustalenia istnienia nadużycia w rozumieniu art. [82 WE] w takiej sytuacji jak ta, która stanowi przedmiot [...] pytania prejudycjalnego, konieczne jest nie tylko, aby odmowa usługi, jaką stanowi dostarczanie do domu, mogła wyeliminować wszelką konkurencję na rynku dzienników ze strony podmiotu żądającego usługi i nie mogła być obiektywnie uzasadniona, ale także, aby usługa sama w sobie była niezbędna do prowadzenia przez ten podmiot działalności w tym sensie, że nie istnieje żaden rzeczywisty lub potencjalny substytut dla tego systemu dostarczania do domu”.
329. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku IMS Health Trybunał ponownie wypowiedział się na temat warunków, w jakich odmowa przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą przyznania osobie trzeciej licencji dotyczącej używania produktu chronionego prawem własności intelektualnej może stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE.
330. Trybunał najpierw potwierdził (pkt 34), powołując się na powołany powyżej w pkt 321 wyrok w sprawie Volvo oraz na powołany powyżej w pkt 107 wyrok w sprawie Magill, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, wyłączne prawo powielania stanowi część prerogatyw podmiotu prawa własności intelektualnej w tym sensie, że odmowa licencji, nawet w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nie może stanowić sama z siebie jej nadużycia. Podniósł on także (pkt 35), iż z tego samego orzecznictwa wynika, że wykonywanie wyłącznego prawa przez jego podmiot może, w nadzwyczajnych okolicznościach, doprowadzić do zachowania stanowiącego nadużycie. Następnie, po przypomnieniu wyjątkowych okoliczności uwzględnionych w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill, Trybunał orzekł (pkt 38), iż ze wspomnianego orzecznictwa wynika, że aby odmowa przedsiębiorstwa będącego podmiotem prawa autorskiego udostępnienia produktu lub usługi niezbędnych do prowadzenia danej działalności mogła stanowić nadużycie, wystarczy, aby spełnione zostały łącznie trzy przesłanki, czyli aby odmowa stanowiła przeszkodę dla pojawienia się nowego produktu, na jaki istnieje potencjalny popyt konsumentów, aby była ona pozbawiona uzasadnienia i mogła wykluczyć wszelką konkurencję na rynku pochodnym.
331. Z przywołanego powyżej orzecznictwa wynika, że fakt, iż przedsiębiorstwo znajdujące się w pozycji dominującej odmówiło przyznania osobie trzeciej licencji na wykorzystywanie produktu objętego prawem własności intelektualnej, nie może stanowić sam w sobie nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE. Jedyne w nadzwyczajnych okolicznościach wykonywanie wyłącznego prawa przez podmiot prawa własności intelektualnej może prowadzić do takiego nadużycia.
332. Z orzecznictwa tego wynika także, że za nadzwyczajne należy uważać następujące okoliczności:
- po pierwsze, odmowa dotyczy produktu lub usługi niezbędnych do prowadzenia danej działalności na rynku;
 - po drugie, odmowa może wykluczyć wszelką skuteczną konkurencję na tym rynku sąsiadującym;
 - po trzecie, odmowa stoi na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt konsumentów.

333. Jeśli wykazano, iż zaistniały takie okoliczności, odmowa przez podmiot zajmujący pozycję dominującą przyznania licencji może naruszać art. 82 WE, chyba że jest obiektywnie uzasadniona.
334. Należy zauważyć, że na okoliczność, iż odmowa stoi na przeszkodzie pojawieniu się nowego produktu, na który istnieje potencjalny popyt konsumentów, powoływano się tylko w orzecznictwie dotyczącym prawa własności intelektualnej.
335. Wreszcie należy dodać, że aby odmowa udostępnienia produktu lub usługi niezbędnych do prowadzenia danej działalności mogła być uważana za nadużycie, należy rozróżnić dwa rynki, czyli z jednej strony rynek, jaki stanowi ten produkt lub usługa i na którym przedsiębiorstwo odmawiająca zajmuje pozycję dominującą, oraz z drugiej strony rynek sąsiadujący, na którym dany produkt lub usługa jest wykorzystywana do celów produkowania innego produktu lub świadczenia innej usługi. Należy wyjaśnić, że fakt, iż niezbędne produkt lub usługa nie są wprowadzane na rynek osobno, nie wyklucza z góry możliwości określenia odrębnego rynku (zob. podobnie ww. w pkt 107 wyrok w sprawie IMS Health, pkt 43). Trybunał w pkt 44 powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health zaś orzekł, że wystarczy, aby można było określić rynek potencjalny, a wręcz hipotetyczny, i że ma to miejsce w przypadku gdy produkty lub usługi są niezbędne do prowadzenia danej działalności i gdy istnieje na nie rzeczywisty popyt ze strony przedsiębiorstw, które zamierzają prowadzić tę działalność. W następnym punkcie swego wyroku Trybunał orzekł, że decydujące jest, aby można było określić dwa odrębne etapy produkcji, powiązane w ten sposób, iż produkt należący do wcześniejszego ogniwa łańcucha procesu produkcji jest niezbędnym elementem do dostarczania produktu należącego do późniejszego ogniwa łańcucha procesu produkcji.
336. W świetle powyższego Sąd uważa, że należy najpierw zbadać, czy okoliczności podniesione w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, przypomniane w pkt 332 i 333 powyżej, występują także w niniejszym przypadku. Jedynie w przypadku gdy zostanie stwierdzone, że co najmniej jedna z tych okoliczności nie występuje, Sąd następnie dokona oceny szczególnych okoliczności przywołanych przez Komisję (zob. pkt 317 powyżej).

(ii) W przedmiocie niezbędnego charakteru informacji dotyczących interoperacyjności

Argumenty uczestników

337. Microsoft utrzymuje, że informacje dotyczące interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji, nie są niezbędne do prowadzenia działalności dostawcy systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Twierdzi ona, że dana technologia nie może zostać uznana za niezbędną, jeśli opracowywanie i wprowadzanie na rynek, bez dostępu do niej, produktów konkurentów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą jest „trwale z ekonomicznego punktu widzenia”.
338. Microsoft uważa, że zaskarżona decyzja narusza w tym względzie prawo i zawiera błąd co do okoliczności faktycznych.
339. Po pierwsze, w odniesieniu do naruszenia prawa Microsoft twierdzi, że polega ono na tym, iż Komisja, „dokonując oceny, czy może istnieć konkurencja”, przyjęła niewłaściwe, nadzwyczajne i bezwzględne kryterium. Odsyłając do motywów 176–184 zaskarżonej decyzji, podnosi ona, że decyzja ta stwierdza, iż konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów powinny być w stanie komunikować się z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów dokładnie w ten sam sposób, w jaki czynią to systemy operacyjne Windows dla serwerów. Tymczasem orzecznictwo nie wymaga, aby został przyznany taki „optymalny dostęp” do rynku.
340. W replice Microsoft krytykuje fakt, że Komisja oceniła wymagany stopień interoperacyjności w oparciu o to, co jest konieczne, aby umożliwić jej konkurentom pozostanie w sposób trwały na rynku. Uważa ona, że pojęcie interoperacyjności zastosowane przez Komisję w motywach 666–687 zaskarżonej decyzji jest nierozsądne, ponieważ pociąga ono za sobą „quasi-tożsamość” systemów operacyjnych Windows dla serwerów i konkurencyjnych systemów operacyjnych. Odsyłając do fragmentów motywów 669 i 679 zaskarżonej decyzji wspomnianych w pkt 126 powyżej, Microsoft podnosi, że gdyby należało zastosować takie pojęcie, „każda technologia byłaby niezbędna”. Microsoft dodaje, że jedynym uzasadnieniem podniesionym w zaskarżonej decyzji w celu poparcia twierdzenia, iż taki „poziom” interoperacyjności jest niezbędny, aby konkurenci mogli pozostać

w sposób trwały na rynku, jest fakt, że dostęp do rozpatrywanych specyfikacji mógłby umożliwić tym konkurentom uniknięcie sytuacji, w której użytkownicy musieliby „dwukrotnie się logować” (motyw 183 zaskarżonej decyzji). Microsoft uważa, że to uzasadnienie jest niestosowne, ponieważ, po pierwsze, wielu sprzedawców dostarcza już rozwiązania do „pojedynczego logowania się”, po drugie, fakt, że należy logować się dwukrotnie, stanowi wyraźnie rozwiązanie alternatywne (nawet jeśli jest ono nieco mniej korzystne), a po trzecie, środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji wykracza daleko poza to, co jest konieczne do zaradzenia temu drugorzęd-nemu problemowi.

341. W replice Microsoft, po odesłaniu do argumentów przedstawionych w pkt 125–128 powyżej i po powtórzeniu, że środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji nie umożliwi jej konkurentom opracowywania produktów „quasi-identycznych” wobec systemów operacyjnych Windows dla serwerów, stwierdza także, iż Komisja nie wykazała istnienia związku przyczynowego pomiędzy „brakiem dostępu” do specyfikacji dotyczących jej protokołów komunikacyjnych a faktem, że jej konkurenci nie są rzekomo w stanie pozostać w sposób trwały na rynku.
342. W odpowiedzi na uwagi interwentów Microsoft podważa, jakoby podmioty na rynku i konsumenci wymagali „doskonałej substytucyjności”, i stwierdza, że taki wymóg wykracza daleko poza „kryterium niezbędnego charakteru” ustanowione przez Trybunał w powołanym powyżej w pkt 112 wyroku w sprawie Bronner oraz powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health. Wskazuje w szczególności, że jej konkurenci „nie potrzebują Active Directory”, ponieważ ich systemy operacyjne dla serwerów dysponują swymi własnymi usługami katalogowymi, które są w stanie dostarczać usługi grupy roboczej systemom operacyjnym Windows dla stacji roboczych i dla serwerów.
343. Po drugie, Microsoft podnosi, że zaskarżona decyzja zawiera błąd co do okoliczności faktycznych w zakresie, w jakim Komisja nie uwzględniła, iż na rynku obecnych jest kilka systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Microsoft uważa, że przedsiębiorstwa w Europie nadal używają heterogenicznych sieci informatycznych, czyli takich, które obejmują systemy operacyjne dostarczane przez różnych dystrybutorów.
344. W tym względzie Microsoft przypomina, że w toku postępowania administracyjnego przedstawiła sprawozdania, w których biegli w dziedzinie informatyki opisują „środki zapewnienia interoperacyjności w ramach sieci informatycznych”. Dodaje, że odpowiedzi na żądania przez Komisję udzielenia informacji potwierdzają, iż interoperacyjność pomiędzy różnymi rodzajami systemów operacyjnych w sieciach informatycznych jest w Europie powszechna. Zatem 47% spółek, które odpowiadały na żądania udzielenia informacji, wskazało, że wykorzystują one konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów w celu dostarczenia usług udostępnienia plików i drukarek systemom operacyjnym Windows dla stacji roboczych. Podobne dowody istnieją w odniesieniu do usług zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników. Ponadto Microsoft powtarza, że ze sprawozdań Mercer wynika, iż przedsiębiorstwa nie czują, aby względy związane z interoperacyjnością ograniczały ich wybór systemów operacyjnych dla serwerów.
345. Microsoft uważa także, że interoperacyjność pomiędzy konkurencyjnymi systemami operacyjnymi dla serwerów a systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów może być osiągnięta dzięki pięciu różnym metodom. Każda z tych metod stanowi alternatywę dla ujawniania rozpatrywanych protokołów komunikacyjnych i umożliwia tym poszczególnym systemom operacyjnym „sprawne współdziałanie”. Microsoft podnosi, że choć prawdą jest, iż „doskonała substytucyjność”, którą Komisja uważa za mającą zasadnicze znaczenie, nie może zostać osiągnięta poprzez korzystanie z tych różnych metod, metody te jednak umożliwiają osiągnięcie z łatwością „minimalnego poziomu interoperacyjności [...] koniecznego do zapewnienia skutecznej konkurencji”.
346. Microsoft powołuje się na następujących pięć metod: po pierwsze, stosowanie standardowych protokołów komunikacyjnych, takich jak TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) oraz HTTP (Hyper Text Transfer Protocol); po drugie, dodanie kodu oprogramowania do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów w celu umożliwienia mu komunikacji z konkurencyjnym systemem operacyjnym dla serwerów przy użyciu protokołów komunikacyjnych właściwych temu systemowi operacyjnemu dla serwerów; po trzecie, dodanie kodu oprogramowania do konkurencyjnego systemu operacyjnego dla serwerów w celu umożli-

- wienia mu komunikacji z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych lub dla serwerów przy użyciu protokołów komunikacyjnych właściwych systemowi operacyjnemu Windows; po czwarte, używanie systemu operacyjnego Windows dla serwerów jako „przejścia” między dwoma różnymi zespołami protokołów komunikacyjnych oraz, po piąte, dodanie do wszystkich systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz dla serwerów sieci zespołu kodów oprogramowania pozwalających na zapewnienie interoperacyjności w drodze komunikacji między tymi zespołami kodów oprogramowania. W tym samym kontekście Microsoft zarzuca Komisji, że nie wykazała w zaskarżonej decyzji, iż analiza odwrócona jej protokołów komunikacyjnych jest „technicznie lub ekonomicznie niemożliwa”.
347. Microsoft dodaje, że z dowodów zebranych przez Komisję w toku postępowania administracyjnego wynika, iż wyżej wspomniane metody funkcjonują w praktyce dla produktów Linux i dla innych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Podkreśla, że twórcy produktów Linux nie zaprzestali zdobywania udziałów w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej mimo braku dostępu do specyfikacji jej protokołów komunikacyjnych. Odsyłając do sekcji D i E sprawozdania sporządzonego przez D. S. Evansa, A. J. Nicholasa i A. J. Padillę (załącznik C.11 do repliki), Microsoft dodaje, że produkty te nadal będą się rozwijać, ze szkodą dla systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Wyjaśnia ona także, że jest powszechnie wiadome, że Linux stanowi poważnego konkurenta Microsoft i że dziesięciu największych dostawców serwerów kosztujących poniżej 25 000 dolarów USA (USD) oferuje serwery grupy roboczej korzystające z Linuksa.
348. CompTIA i ACT podnoszą zasadniczo podobne argumenty jak te przywoływane przez Microsoft.
349. CompTIA krytykuje w szczególności fakt, że Komisja uważa, iż konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej powinny osiągać stopień interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych, który jest „tak wysoki jak poziom osiągnięty przez samą Microsoft”.
350. Odsyłając do argumentów, które Microsoft przedstawiła w tej kwestii w swych pismach procesowych, ACT uważa, że istnieje kilka metod pozwalających na zapewnienie wystarczającej interoperacyjności między systemami operacyjnymi różnych dostawców. Ponadto obawia się ono, że sposób, w jaki Komisja interpretuje kryterium niezbędnego charakteru, ma negatywny wpływ na innowacje.
351. Komisja uważa, że ujawnianie przez Microsoft informacji dotyczących interoperacyjności jej konkurentom jest niezbędne do umożliwienia im dalszego konkurowania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
352. Po pierwsze, w odniesieniu do rzekomego naruszenia przez nią prawa Komisja podnosi, że zarzuty Microsoft opierają się na niedokładnym przedstawieniu jej stanowiska i na pomieszaniu różnych kwestii analizowanych w zaskarżonej decyzji. Wyjaśnia ona, że kryterium niezbędnego charakteru wymaga zbadania z jednej strony, jaki jest stopień interoperacyjności konieczny do tego, aby konkurent mógł pozostać w sposób trwały na rynku, i z drugiej strony, czy informacje, do których dostępu się odmawia, stanowią jedyne trwałe z ekonomicznego punktu widzenia źródło konieczne do tego, aby osiągnąć ten stopień interoperacyjności.
353. Komisja, podkreśliwszy, że informacje, których ujawnienia Microsoft odmawia, są „powiązane z funkcjonalnego punktu widzenia ze stacjami roboczymi”, wyjaśnia, iż niezbędny charakter wspomnianych informacji wynika, po pierwsze, ze znaczenia, jakie ma interoperacyjność ze stacjami roboczymi dla systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy 383–386 zaskarżonej decyzji), i po drugie, z quasi-monopolu, jaki Microsoft posiada na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych.
354. Komisja zauważa także, że w motywach 666–686 zaskarżonej decyzji przeanalizowała zdefiniowane w orzecznictwie kryterium niezbędnego charakteru oraz że zbadała w szczególności, czy istnieją inne niż ujawnianie rozpatrywanych informacji rozwiązania umożliwiające przedsiębiorstwom trwałe konkurowanie z Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
355. Według Komisji Microsoft twierdzi, że sam fakt, iż istnieją nieskuteczne rozwiązania w zakresie interoperacyjności, które umożliwiają jej konkurentom jedynie minimalną penetrację rynku lub

- ochronę zajmowanej na nim pozycji minimalnej, wykazuje, że kryterium niezbędego charakteru nie zostało spełnione. Takie twierdzenie nie może zostać przyjęte, ponieważ wspomniane kryterium musi być oceniane zgodnie z celem zachowania korzystnej dla konsumentów struktury skutecznej konkurencji. Chodzi w rzeczywistości o zbadanie, czy informacje, których ujawnienia Microsoft odmawia, są niezbędne do prowadzenia działalności na danym rynku „jako trwałe ograniczenie konkurencji, a nie jako podmiot o marginalnym znaczeniu, który faktycznie znajduje się poza rynkiem, w jego niszy”.
356. W duplice Komisja wyjaśnia, że broniona przez nią teza polega na tym, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie ma prawa zakłócać skutecznej konkurencji na rynku pochodnym, odmawiając w sposób stanowiący naruszenie swym konkurentom dostępu do „danych wejściowych” koniecznych do prowadzenia przez nich działalności w sposób trwały. Dodaje ona, że skoro nie istnieje żadne rozwiązanie zastępcze dla odmawianych „danych wejściowych”, które umożliwiłoby konkurentom wywieranie skutecznej presji konkurencyjnej na przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na rynku pochodnym, jest zatem oczywiste, że wspomniane „dane wejściowe” są niezbędne dla utrzymania skutecznej konkurencji.
357. W duplice Komisja także powtarza, że istnieje cały szereg możliwych stopni interoperacyjności pomiędzy stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows a systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej. Uważa ona, że nie określiła a priori pewnego poziomu stopnia interoperacyjności niezbędnego do utrzymania skutecznej konkurencji na rynku, ale oparła swe wnioski w tym zakresie na oczywiście niezadowolającym charakterze metod alternatywnych, z których konkurenci Microsoft już korzystali i które „nie zapewniają poziomu interoperacyjności wymaganego przez klientów w sposób trwały z ekonomicznego punktu widzenia”. Ponownie podważa ona przyjęcie stopnia interoperacyjności pozwalającego na osiągnięcie „quasi-podobieństwa” przywoływanego przez Microsoft i wskazuje, że twierdzi ona, iż niezbędne jest, aby konkurenci Microsoft nie posiadali zezwolenia na powielanie rozwiązań w zakresie interoperacyjności wdrażanych przez Microsoft, ale aby umożliwiono im osiągnięcie „równoważnego stopnia interoperacyjności dzięki ich własnym wysiłkom w zakresie innowacji”. Komisja wreszcie wskazuje, że właśnie w motywach 590–692 zaskarżonej decyzji bada ona „poważne konsekwencje”, jakie ma dla konkurentów i klientów ograniczony stopień interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych. Wyjaśnia ona w szczególności, że zachowanie zarzucane Microsoft prowadzi do stopniowego usuwania wszystkich konkurentów Microsoft z rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, podczas gdy niektórzy z nich korzystali pierwotnie na wspomnianym rynku ze znacznej przewagi gospodarczej lub technologicznej w stosunku do Microsoft (motywy 587 i 668 zaskarżonej decyzji).
358. W drugim rzędzie Komisja odrzuca twierdzenia dotyczące rzekomego błędu co do okoliczności faktycznych.
359. Po pierwsze, podnosi, że nie wykazano, iż rozwiązania zaproponowane przez biegłych w dziedzinie informatyki w sprawozdaniach przedstawionych przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego stanowią trwale z gospodarczego punktu widzenia alternatywy rozwiązania polegającego na ujawnianiu informacji dotyczących interoperacyjności.
360. Po drugie, argument, jaki Microsoft opiera na odpowiedziach na żądania Komisji udzielenia informacji, jest pozbawiony znaczenia dla sprawy, ponieważ „oznacza on, że wystarczy interoperacyjność z podmiotami mniej znaczącymi lub że pewna interoperacyjność już istnieje”. Microsoft nie uwzględnia bowiem tego, iż jej konkurenci weszli na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej przed tym, jak rozpoczęła ona rozprowadzanie tego rodzaju produktów. Fakt, że rozpatrywane informacje są niezbędne do umożliwienia jej konkurentom ustanowienia trwałego ograniczenia konkurencji w odniesieniu do produktów Microsoft, skutkuje stopniową eliminacją tych konkurentów. Fakt, że ta eliminacja nie jest jeszcze zakończona, nie dowodzi, iż kryterium niezbędnego charakteru nie jest spełnione, ponieważ kluczowe znaczenie ma kwestia, czy te informacje są niezbędne do zachowania trwałej pozycji konkurenta na rynku.
361. Po trzecie, w odniesieniu do pięciu alternatywnych metod umożliwiających zapewnienie interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi dostarczonymi przez różnych dystrybutorów przywoływanymi przez Microsoft Komisja podnosi, że Microsoft nie podważa twierdzeń przedstawionych na ten temat w zaskarżonej decyzji, ale ogranicza się do stwierdzenia, iż metody

- te są „wykonalne” i że umożliwiają one jej produktom i produktom jej konkurentów „sprawne współdziałanie”.
362. Komisja przypomina, że w zaskarżonej decyzji zbadała ona już wspomniane metody, a w szczególności kwestię, czy analiza odwrócona może stanowić alternatywę dla ujawniania informacji dotyczących interoperacyjności (motywy 683–687 zaskarżonej decyzji), i wykazała, iż nie stanowią one „trwałych substytutów” ujawniania informacji dotyczących rozpatrywanej interoperacyjności.
363. Po czwarte, Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym analiza przeprowadzona w zaskarżonej decyzji pozostawała w sprzeczności z wejściem Linuksa na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i rzekomą poprawą jego pozycji na tym rynku.
364. Wyjaśnia ona najpierw, że statystyki odnoszące się do Linuksa „nie [przedstawiają] penetracji rynku przez jeden podmiot, ale raczej wysiłki pewnej liczby konkurencyjnych twórców oprogramowania, którzy opierają się na Linuksie (Red Hat, Novell/SuSE, IBM, Sun itp.)”. Odpowiedni udział w rynku tych konkurencyjnych twórców oprogramowania jest zaś „bardzo mały”.
365. Następnie Komisja podważa twierdzenia zawarte w sekcji D sprawozdania D. S. Evansa, A. J. Nicholasa i A. J. Padilli znajdującego się w załączniku C.11 do repliki, podnosząc, że:
- jak wyjaśniono w szczególności w motywach 487–490 zaskarżonej decyzji, dane pochodzące od International Data Corporation (IDC), które zostały wykorzystane przez tych biegłych w celu sporządzenia sprawozdania, są przybliżone i nie są zatem odpowiednie, same w sobie, do przeprowadzenia oceny rozwoju rynku;
 - „ma to a fortiori zastosowanie do zmian rocznych, o całkowicie marginalnym w stosunku do światowego wymiaru rynku znaczeniu”;
 - nic nie dowodzi, że udział w rynku w wysokości 6,75%, jaki Linux posiada w kategoriach sprzedawanych jednostek, obliczony przez Microsoft w oparciu o prognozę dotyczącą wszystkich serwerów, ma zastosowanie do rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej;
 - dwa przykłady odpowiedzi na badanie rynku z 2003 r. przywoływane przez biegłych w celu wykazania, że możliwe jest stosowanie w relacji z Linuksem rozwiązań w zakresie interoperacyjności opartych na technice analizy odwróconej, nie są reprezentatywne, ponieważ rozpatrywane podmioty są dwoma z trzech jedynych podmiotów – na ogólną liczbę ponad 100 uczestniczących w tym badaniu rynku – które „używały Linuksa/Samby w znacznym stopniu”;
 - biegli nie dostarczają żadnej informacji dotyczącej sposobu, w jaki cztery pozostałe metody umożliwiające zapewnienie interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi dostarczonymi przez różnych dystrybutorów przywoływane przez Microsoft mogły umożliwić rzekomą poprawę pozycji zajmowanej przez Linuksa na rynku w okresie obejmującym czas trwania nadużycia dotyczącego odmowy dostarczania informacji.
366. Podobnie Komisja podważa twierdzenia zawarte w sekcji E tego sprawozdania. Podnosi ona, co następuje:
- odrzuciła ona już, w motywach 605–610 zaskarżonej decyzji, argumenty, jakie Microsoft opiera na przewidywaniach IDC i na wynikach trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer;
 - IDC ma tendencję do przeceniania przewidywań udziałów w rynku Linuksa w odniesieniu do podkategorii „zarządzanie siecią” i „udostępnianie plików/drukarek”;
 - istnieje ryzyko, że „migracja” systemu operacyjnego Windows NT w stronę systemu operacyjnego Linux, o której wspomina sprawozdanie z dnia 8 marca 2004 r. opracowane przez Merrill Lynch (załącznik 7 do załącznika C.11 repliki), jest zjawiskiem jednorazowym, ponieważ Windows NT jest „produktem przestarzałym, który nie jest już promowany przez Microsoft”;
 - sprawozdanie z dnia 25 maja 2004 r. opracowane przez Yankee Group (załącznik 9 do załącznika C.11 do repliki) dotyczy systemów operacyjnych dla serwerów w ogólności, a nie systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, a zatem w dużej mierze jest pozbawione znaczenia dla niniejszej sprawy;
 - sprawozdanie z dnia 27 maja 2004 r. opracowane przez Forrester Research (załącznik 10 do załącznika C.11 do repliki) nie dotyczy co do zasady systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i zawiera twierdzenia, które są sprzeczne z twierdzeniami bronionymi przez

Microsoft, a zwłaszcza tym, zgodnie z którym 92% zapytanych osób będzie w 2006 r. korzystać z Active Directory.

367. SIIA podnosi zasadniczo te same argumenty co Komisja. Podkreśla ono, że w odniesieniu do konkurencji innej niż cenowa w branży oprogramowania zasadnicze znaczenie ma fakt, aby dostawcy systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej byli w stanie osiągnąć interoperacyjność z produktami quasi-monopolistycznymi Microsoft „na tych samych zasadach” co ta ostatnia. Uważa ono, że aby dostawcy ci mogli konkurować w sposób skuteczny na rynku, niezbędne jest, aby mieli oni dostęp do rozpatrywanych informacji dotyczących interoperacyjności.
368. FSFE odrzuca argumentację Microsoft opartą na istnieniu pięciu alternatywnych metod umożliwiających zapewnienie interoperacyjności. Twierdzi ono w szczególności, że „z technicznego punktu widzenia wszystkie te metody opisują realistyczne scenariusze”, ale „pomijają podstawowy element: uwiarytelnianie”. Wyjaśnia ono w tym względzie, że Microsoft „ściśle związała” swoje systemy operacyjne Windows dla stacji roboczych ze swoimi własnymi „serwerami uwiarytelniającymi” tak, iż jest po prostu niemożliwe oddzielenie zadania uwiarytelnienia od innych zadań wykonywanych przez serwery grupy roboczej funkcjonujące w systemie Windows.

Ocena Sądu

369. Jak już zostało wskazane w pkt 207 powyżej, Komisja przeprowadziła dwustopniowe rozumowanie w celu określenia, czy rozpatrywane informacje są niezbędne, w tym znaczeniu, że najpierw zbadała ona, jaki jest stopień interoperacyjności z architekturą domeny Windows, jaki systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej dostarczane przez konkurentów Microsoft muszą osiągnąć, aby mogły one pozostać w sposób trwały na rynku, a następnie zbadała, czy informacje dotyczące interoperacyjności, których ujawnienia Microsoft odmawiała, są niezbędne, aby osiągnąć ten stopień interoperacyjności.
370. Microsoft uważa, że rozumowane to jest błędne zarówno pod względem prawnym, jak i faktycznym.
- W przedmiocie rzekomego naruszenia prawa
371. Argumenty Microsoft dotyczące rzekomego naruszenia prawa popełnionego przez Komisję odnoszą się do pierwszej części jej rozumowania.
372. Microsoft podważa najpierw stopień interoperacyjności przyjęty przez Komisję w niniejszym przypadku, twierdząc, że zasadniczo stanowisko Komisji sprowadza się do wymogu, aby systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej jej konkurentów były w stanie komunikować się z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych i dla serwerów dokładnie w ten sam sposób, w jaki czynią to systemy operacyjne Windows dla serwerów. Powtarza ona, że ten stopień interoperacyjności pociąga za sobą wymóg quasi-tożsamości tych ostatnich systemów i systemów jej konkurentów.
373. Należy odrzucić powyższe twierdzenia.
374. W tym względzie Sąd przypomina, że już określił w pkt 207–245 powyżej, jaki jest stopień interoperacyjności przyjęty przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Uznał on w szczególności, że w zaskarżonej decyzji stwierdzono, iż systemy operacyjne konkurentów, aby mogły trwale konkurować z systemami operacyjnymi Windows dla serwerów grupy roboczej, powinny być w stanie współdziałać z architekturą domeny Windows na tych samych zasadach co te systemy Windows (zob. pkt 230 powyżej). Wyjaśnił on, że interoperacyjność, w postaci takiej, w jakiej jest ona pojmowana przez Komisję, składa się z dwóch nierozzerwalnie ze sobą związanych elementów, czyli interoperacyjności klient-serwer i interoperacyjności serwer-serwer, i że pociąga ona za sobą w szczególności konieczność, aby serwer, na którym zainstalowany jest konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów grupy roboczej, mógł działać jako kontroler domeny w ramach domeny Windows używającej Active Directory, a zatem aby był w stanie uczestniczyć w mechanizmie replikacji typu multi-master z innymi kontrolerami domeny (zob. pkt 231 i 233 powyżej).
375. Sąd już stwierdził także, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Microsoft, Komisja, stosując taki stopień interoperacyjności, nie zmierza w żaden sposób do tego, aby konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej funkcjonowały pod każdym względem tak jak system

- operacyjny Windows dla serwerów grupy roboczej, a w związku z tym, aby ci konkurenci mogli opracowywać systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej, które są identyczne, a nawet „quasi-identyczne” z jej systemami (zob. pkt 234–242 powyżej).
376. Następnie Microsoft krytykuje fakt, że Komisja oceniła przyjęty stopień interoperacyjności w oparciu o to, co według niej jest konieczne do umożliwienia twórcom konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej pozostanie w sposób trwały na rynku.
377. Wystarczy stwierdzić w tym względzie, że Sąd już potwierdził w pkt 229 powyżej zasadność podejścia przyjętego przez Komisję.
378. Wreszcie Microsoft podnosi, że aby konkurenci mogli pozostać w sposób trwały na rynku, nie jest konieczne, aby systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej tych konkurentów osiągały przyjęty przez Komisję stopień interoperacyjności.
379. Należy podkreślić, że analiza tej kwestii przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji opiera się na złożonych ocenach ekonomicznych i że może w związku z tym być przedmiotem tylko ograniczonej kontroli ze strony Sądu (zob. pkt 87 powyżej).
380. Tymczasem jak wynika z poniższych stwierdzeń, Microsoft nie wykazała, że wspomniana analiza jest w oczywisty sposób błędna.
381. W tym względzie w pierwszym rzędzie należy podnieść, że Microsoft nie wykazała, iż twierdzenie Komisji, zgodnie z którym „interoperacyjność z systemem operacyjnym dla stacji roboczych posiada duże znaczenie dla konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej” (motyw 586 zaskarżonej decyzji), jest w oczywisty sposób błędne.
382. Wprost przeciwnie, wiele elementów stanu faktycznego potwierdza zasadność tego stwierdzenia.
383. Jak zatem wynika w szczególności z dotyczących rozpatrywanych produktów wyjaśnień natury technicznej, zarówno tych zawartych w motywach 21–59 zaskarżonej decyzji, jak i tych przedstawionych przez biegłych stron w trakcie rozprawy, należy pamiętać, że ze względu na swe cechy charakterystyczne programy komputerowe nie funkcjonują w sposób odizolowany, ale są zaprojektowane tak, aby komunikować się i funkcjonować z innymi programami komputerowymi lub sprzętem, a w szczególności w środowisku sieciowym (zob. także w pkt 157 powyżej drugi motyw dyrektywy 91/250).
384. Należy podnieść także, że w ramach sieci informatycznych stosowanych przez organizacje konieczność zapewnienia, aby możliwe było wspólne funkcjonowanie, ma szczególne znaczenie w odniesieniu do systemów operacyjnych dla stacji roboczych z jednej strony i systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej z drugiej strony. Jak bowiem podkreśla Komisja w motywie 383 zaskarżonej decyzji i jak już zostało stwierdzone w pkt 161 powyżej, usługi udostępniania plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników są ściśle związane z korzystaniem ze stacji roboczych i są dostarczane użytkownikom stacji roboczych jako całość powiązanych między sobą zadań. Jak wyjaśnili biegli stron w trakcie rozprawy, w ramach sieci informatycznych relacje pomiędzy serwerami grupy roboczej z jednej strony, a stacjami roboczymi z drugiej strony są „stymulowane” lub „prowokowane” przez działania lub polecenia ze strony użytkowników stacji roboczych, takie jak w szczególności wprowadzanie nazwy użytkownika lub hasła, tworzenie plików lub polecenie drukowania dokumentu. Podobnie Komisja słusznie stwierdza w motywie 532 zaskarżonej decyzji, że „[s]tacje robocze i serwery grupy roboczej stanowią węzły sieci informatycznej i [...] są powiązane pomiędzy sobą fizycznie”. Wreszcie należy przypomnieć, że jedną z zasadniczych funkcji systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jest właśnie zarządzanie stacjami roboczymi.
385. Należy dodać, że jak wskazano w motywach 383–386 zaskarżonej decyzji, niektóre wyniki sondaży przeprowadzonych przez Mercer potwierdzają znaczenie interoperacyjności systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych. Oprócz wyników drugiego i trzeciego sondażu Mercer, które dotyczą w szczególności interoperacyjności ze stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie operacyjnym Windows i które zostaną zbądane w pkt 401–412 poniżej, należy podnieść, że z pierwszego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, iż łatwość, z jaką produkt może zostać włączony do środowiska informatycznego istniejącego lub którego istnienie jest przewidywane w przyszłości, jest jednym z głównych czyn-

- ników, które osoby odpowiedzialne w przedsiębiorstwach za sprawy informatyki uwzględniają przy podejmowaniu decyzji dotyczących nabywania produktów informatycznych. Należy także zauważyć, że z porównania niektórych wyników tego ostatniego sondażu z niektórymi wynikami trzeciego sondażu Mercer wynika, iż znaczenie interoperacyjności z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych jest dużo większe w przypadku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej niż w przypadku innych rodzajów produktów dla serwerów (motyw 386 zaskarżonej decyzji).
386. Po drugie, Sąd uważa, że interoperacyjność systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych jest jeszcze ważniejsza w przypadku, gdy te ostatnie są systemami Windows.
387. Należy bowiem podnieść, że pozycja dominująca, jaką Microsoft zajmuje na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, ma, jak wskazuje Komisja w motywach 429 i 472 zaskarżonej decyzji, „nadzwyczajne właściwości” w tym znaczeniu, w szczególności że udziały, jakie posiada w tym rynku, są wyższe od 90% (motywy 430–435 zaskarżonej decyzji) i że Windows stanowi „faktyczny standard” dla tych systemów operacyjnych.
388. Ponieważ system operacyjny Windows jest obecny niemalże we wszystkich stacjach roboczych zainstalowanych w ramach organizacji, konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej nie mogą nadal być wprowadzane na rynek w sposób trwały, jeśli nie są one w stanie osiągnąć z nim wysokiego stopnia interoperacyjności.
389. Po trzecie, Sąd podnosi, że zgodnie z zaskarżoną decyzją ważne jest, aby konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej mogły współpracować nie tylko z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych, ale także, szerzej, ze architekturą domeny Windows.
390. W szczególności Komisja uważa, że konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej, aby mogły być wprowadzane na rynek w sposób trwały, muszą być w stanie uczestniczyć w architekturze domeny Windows – którą stanowi „architektura” nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji zarówno klient-serwer, jak i serwer-serwer, wzajemnych i ściśle powiązanych pomiędzy sobą (zob. pkt 179–189 powyżej) – na takich samych zasadach jak systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej. Wiąże się to między innymi z koniecznością, aby serwer, na którym jest zainstalowany konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów grupy roboczej, mógł działać jako kontroler domeny w ramach domeny Windows używającej Active Directory, a zatem – był w stanie uczestniczyć w mechanizmie replikacji typu multi-master z innymi kontrolerami domeny.
391. Należy stwierdzić, że Microsoft nie wykazała, iż ocena ta jest w oczywisty sposób błędna.
392. W tym względzie należy, po pierwsze, stwierdzić, że w świetle bardzo ścisłych i uprzywilejowanych powiązań technologicznych, jakie Microsoft wprowadziła pomiędzy jej systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych z jednej strony oraz dla serwerów grupy roboczej z drugiej strony, oraz faktu, że Windows jest obecny niemalże na wszystkich stacjach roboczych zainstalowanych w ramach organizacji, Komisja słusznie stwierdziła w motywie 697 zaskarżonej decyzji, iż Microsoft jest w stanie narzucić strukturę domeny Windows jako „faktyczny standard w branży informatyki sieci grupy roboczej” (zob. podobnie motyw 779 zaskarżonej decyzji, w którym Komisja wskazuje w szczególności, że quasi-monopolistyczna pozycja, jaką zajmuje od lat Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, umożliwia jej „określenie w znacznej mierze i niezależnie od jej konkurentów zespołu spójnych reguł komunikacyjnych, które będą rządzić faktycznym standardem interoperacyjności w sieciach grupy roboczej”).
393. Po drugie, jak wskazuje Komisja w motywie 637 zaskarżonej decyzji, różnego rodzaju źródła danych, takie jak własna dokumentacja handlowa Microsoft, sprawozdania analityków oraz informacje zebrane w ramach badania rynku z 2003 r. i sondaży przeprowadzonych przez Mercer dowodzą, że interoperacyjność ze środowiskiem Windows jest czynnikiem, który odgrywa kluczową rolę w przyjmowaniu systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej.
394. W motywach 638–641 zaskarżonej decyzji Komisja podnosi zatem różnego rodzaju elementy stanu faktycznego dowodzące, że z ekonomicznego punktu widzenia Microsoft systematycznie wykorzystuje interoperacyjność ze środowiskiem Windows jako zasadniczy argument marketingowy przy sprzedaży swych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Microsoft tego nie podważa.

395. Podobnie w motywach 642–646 zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się na niektóre wyniki badania rynku z 2003 r., aby wykazać, że interoperacyjność ze środowiskiem Windows odgrywa ważną rolę w podejmowaniu przez zapytane organizacje decyzji dotyczących zakupu systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
396. Należy podnieść, że w skardze Microsoft zadawała się stwierdzeniem, że organizacje nie wybierają systemów operacyjnych dla serwerów w oparciu o względy związane z ich interoperacyjnością z systemami operacyjnymi Windows, i powołuje się w ogólny sposób na pewne załączone do tej skargi dokumenty [załącznik A.12.1 do skargi (Matthews, „The Commission’s Case on Microsoft’s Interoperability: An Examination of the Survey Evidence”) i załącznik A.22 do skargi (Evans, Nichols i Padilla, „The Commission Has Failed to Address Major Flaws in the Design, Conduct, and Analyses of Its Article 11 Inquiries”)]. Ze względów przedstawionych w pkt 94–99 powyżej Sąd nie może uwzględnić tych załączników.
397. W każdym razie należy stwierdzić, że wyżej wspomniane wyniki badania rynku z 2003 r. potwierdzają zasadność tezy Komisji.
398. W trakcie tego badania Komisja w szczególności zażądała zatem od zapytanych podmiotów poinformowania jej, czy wprowadziły już (lub postanowiły wprowadzić) Active Directory w większości domen Windows ich sieci informatycznej (pytanie nr 15). Zażądała ona także od podmiotów, które odpowiedziały twierdząc na to pytanie, czyli 61 podmiotów na 102, wskazania spośród szeregu czynników tych, które odegrały ważną rolę przy podejmowaniu przez nie decyzji o przyjęciu Active Directory (pytanie nr 16). Spośród tych 61 podmiotów 52 (czyli około 85,2%) wskazały zaś jako taki czynnik fakt, że „Active Directory oferuje lepszą integrację ze stacjami roboczymi Windows, w tym z aplikacjami używanymi na stacjach roboczych lub zintegrowanymi ze stacjami roboczymi (na przykład Outlook, Office), niż usługi katalogowe konkurentów”, lub fakt, że „Active Directory jest wymagana przez aplikacje stosowane w ramach [ich] organizacji” (pytanie nr 16). Natomiast tylko 17 podmiotów (czyli około 27,9%) wskazało jako ważny przy podejmowaniu przez nie decyzji o przyjęciu Active Directory jeden z następujących czynników: „Active Directory oferuje lepszą integrację z usługami WWW niż konkurencyjne usługi katalogowe”; „Active Directory jest dojrzałym produktem niż konkurencyjne usługi katalogowe” oraz „Active Directory oferuje lepszą zgodność ze standardami związanymi z usługami katalogowymi i wyższą jakość wdrażania tych standardów niż konkurencyjne usługi katalogowe”.
399. Podobnie należy podnieść, że podmioty objęte badaniem rynku z 2003 r. także zostały zapytane w kwestii tego, czy w celu dostarczania usług udostępniania plików i drukarek używają one głównie serwerów funkcjonujących w systemie Windows (pytanie nr 13). W przypadku odpowiedzi twierdzącej powinny być one sprecyzować, czy przy podejmowaniu decyzji o skorzystaniu z takich serwerów istotną rolę odegrały pewne czynniki związane z interoperacyjnością, przytoczone w tym samym pytaniu. Na 77 podmiotów, które odpowiedziały na to pytanie, 58 (czyli około 75,3%) wskazało co najmniej jeden z wymienionych czynników.
400. Należy podnieść, że w przypisie na str. 101 skargi, a także w przypisie na str. 68 repliki Microsoft podnosi, zadawając się ogólnym odesłaniem do rozważań zawartych w niektórych załącznikach [załącznik A.22 do skargi i sekcja A załącznika C.13 do repliki (Evans, Nichols i Padilla, „Response to the Commission’s Annex B.6 Regarding Its Article 11 Inquiries”)], że niektóre pytania postawione przez Komisję w ramach badania rynku z 2003 r. były „dotknięte wadą” lub „pokrętne”. Sąd uważa, że argument ten nie może być uwzględniony. Poza bowiem faktem, że takie ogólne odesłanie do załączników nie może być przyjęte ze względów przedstawionych w pkt 94–99 powyżej, należy stwierdzić, iż argument Microsoft jest wewnętrznie sprzeczny w tym znaczeniu, że we fragmentach pism procesowych, z którymi wiąże się rozpatrywane przypisy, Microsoft powołuje się właśnie, w celu poparcia swej własnej tezy, na pewne wyniki badania rynku z 2003 r.
401. Ponadto należy stwierdzić, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Microsoft, wyniki drugiego i trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer prowadzą, w odniesieniu do znaczenia interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla konsumentów, do takich samych wniosków jak badanie rynku z 2003 r.
402. W ramach zatem swego drugiego sondażu Mercer, przytaczając te same czynniki związane z interoperacyjnością jak te, które znajdują się w pytaniu nr 13 badania rynku z 2003 r. (zob.

pkt 399 powyżej), zwrócił się do szeregu osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki, których organizacja używa w celu dostarczania usług udostępniania plików i drukarek głównie systemów operacyjnych Windows, o wskazanie, czy jeden lub kilka z tych czynników odegrały istotną rolę przy podejmowaniu przez nie decyzji o przyjęciu tych systemów operacyjnych, przypisując tymże czynnikom ocenę w skali od 1 (małe znaczenie) do 5 (wielkie znaczenie). Na 134 osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki, do których się zwrócono, 99 (czyli około 73,9%) wskazało zaś, że co najmniej jeden z tych czynników odegrał taką rolę. Ponadto należy stwierdzić, że 91 osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki (czyli około 67,9%) przyznało ocenę 4 lub 5 co najmniej jednemu z tych czynników.

403. W ramach tego samego sondażu zapytane osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki zostały także poproszone o dokonanie oceny roli odgrywanej przez 21 różnego rodzaju czynników przy podejmowaniu przez nie decyzji dotyczących nabycia systemów operacyjnych w celu korzystania z usług udostępniania plików i drukarek, przyznając tym czynnikom ocenę w skali od 0 (bez znaczenia) do 5 (wielkie znaczenie). Czynnik „interoperacyjność ze stacjami roboczymi (Windows)” uzyskał średnią ocenę 3,78 i został zaklasyfikowany na czwartej pozycji, za czynnikami „niezawodność/dostępność” (średnia ocena 4,01), „dostępne funkcje i dostępność pomocy (wewnętrznej lub zewnętrznej)” (średnia ocena 3,93) oraz „bezpieczeństwo” (średnia ocena 3,80).
404. W odniesieniu do wyników drugiego sondażu przeprowadzonego przez Mercer należy stwierdzić, że zapytane odpowiedzialne za sprawy informatyki osoby, poproszone o dokonanie oceny roli odgrywanej przez 18 czynników przy podejmowaniu przez nie decyzji dotyczących nabycia usług katalogowych, przyznały czynnikowi „interoperacyjność ze stacjami roboczymi (Windows)” średnią ocenę 3,94 (pierwsza pozycja).
405. W odniesieniu do trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer należy stwierdzić, że do osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki zwrócono się o dokonanie oceny roli odgrywanej przez trzynaście różnego rodzaju czynników przy podejmowaniu przez nie decyzji dotyczących nabycia systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, przyznając tym czynnikom ocenę w skali od 0 (bez znaczenia) do 5 (wielkie znaczenie). W odpowiedziach na to pytanie czynnik „interoperacyjność ze stacjami roboczymi Windows” uzyskał średnią ocenę 4,25. Choć prawdą jest, że wspomniany czynnik został zaklasyfikowany na drugiej pozycji, pomiędzy czynnikami „niezawodność/dostępność systemu operacyjnego dla serwerów” (średnia ocena 4,47) oraz „bezpieczeństwo zintegrowane z systemem operacyjnym dla serwerów” (średnia ocena 4,04), niemniej jednak wyniki, jakie on uzyskał, wykazują, że w dużej mierze decyzje nabywców systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej są oparte na względach związanych z interoperacyjnością ze stacjami roboczymi funkcjonującymi w systemie Windows.
406. Prawdą jest, że w ramach trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki zostały także poproszone o dokonanie oceny względnego znaczenia każdego z trzynastu czynników, o których mowa w punkcie poprzednim, oraz że na tej podstawie różnica pomiędzy „niezawodnością/dostępnością systemu operacyjnego dla serwerów” (zaklasyfikowaną na pierwszej pozycji z 34%) a „interoperacyjnością ze stacjami roboczymi Windows” (zaklasyfikowaną na drugiej pozycji z 9%) okazuje się dużo bardziej wyraźna. Wyniki te należy potraktować w sposób względny, biorąc pod uwagę fakt, że jak wyjaśnia Komisja w motywach 643 i 659 zaskarżonej decyzji, interoperacyjność jest czynnikiem, który ma wpływ na inne czynniki, jakie nabywcy biorą pod uwagę przy wybieraniu systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej. Nabywcy mogą zaś mieć poczucie, że konkurencyjny wobec Microsoft system operacyjny dla serwerów grupy roboczej ma braki w zakresie bezpieczeństwa i szybkości wykonywania zadań, podczas gdy w rzeczywistości braki te są spowodowane brakiem interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows (zob. w tym względzie dwa przykłady przytoczone przez Komisję w przypisie na str. 786 zaskarżonej decyzji). Wspomniani nabywcy mają zatem tendencję do niedoceniań znaczenia tej interoperacyjności.
407. Należy dodać, że wyniki trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer są istotne także ze względu na to, iż wykazują, że wyraźna i rosnąca przewaga, z jakiej korzysta Microsoft w stosunku do jej konkurentów na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (zob. w tym względzie badanie okoliczności dotyczącej wyeliminowania konkurencji w pkt 479–620 poniżej), wynika raczej z przewagi, jaką ona dysponuje w zakresie interoperacyjności, a nie zalet jej produktów.

408. Należy zatem podnieść, że zapytane osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki zostały poproszone nie tylko o dokonanie oceny względnego znaczenia trzynastu różnych czynników uwzględnianych przy podejmowaniu przez nie decyzji dotyczących nabycia systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (zob. pkt 406 powyżej), ale także o dokonanie oceny, w odniesieniu do każdego z tych czynników, odpowiednich osiągnięć systemów Linux, NetWare, UNIX i Windows.
409. W przypadku czynnika „niezawodność/dostępność systemu operacyjnego dla serwerów”, który został uznany przez zapytane osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki za najważniejszy z czynników (34%), Windows uzyskał niską średnią ocenę (3,63). System UNIX uplasował się wyraźnie na czele (średnia ocena 4,55), za nim zaś znalazły się systemy Linux (średnia ocena 4,10) oraz NetWare (średnia ocena 4,01).
410. Podobnie Windows uzyskał najniższą średnią ocenę w odniesieniu do swych osiągnięć dotyczących czynnika „bezpieczeństwo zintegrowane z systemem operacyjnym dla serwerów” (średnia ocena 3,14), plasując się daleko za systemami UNIX (średnia ocena 4,09), NetWare (średnia ocena 3,82) oraz Linux (średnia ocena 3,73), podczas gdy czynnik ten odgrywa bardzo istotną rolę przy podejmowaniu przez organizacje decyzji dotyczących nabywania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (zob. pkt 405 powyżej). Wyniki te są tym bardziej znamienne, że jak zostało wyjaśnione w pkt 406 powyżej, nabywcy mają tendencję do twierdzenia, iż problemy, które w rzeczywistości wynikają z braku interoperacyjności z systemami Windows, wiążą się z bezpieczeństwem.
411. Natomiast interesujące jest stwierdzenie, że w odniesieniu do osiągnięć dotyczących czynnika „interoperacyjność ze stacjami roboczymi Windows” Windows uzyskał najwyższą średnią ocenę (4,87) wśród wszystkich średnich ocen przyznanych poszczególnym systemom operacyjnym dla serwerów w odniesieniu do każdego z trzynastu czynników zastosowanych przez Mercer. Ponadto to właśnie w stosunku do tego czynnika różnica pomiędzy Microsoft a systemami operacyjnymi jej konkurentów jest bardziej wyraźna, gdyż NetWare uzyskał średnią ocenę 3,78; Linux – 3,43; a UNIX – 3,29.
412. Nadal w tym samym kontekście należy podnieść, że jak bardzo słusznie wyjaśnia Komisja w motywie 662 zaskarżonej decyzji, jeśli wyważy się średnie oceny przyznane za osiągi systemom Linux, NetWare, UNIX i Windows w odniesieniu do każdego z trzynastu rozpatrywanych czynników, za pomocą wyrażonej procentowo wartości „względnego wpływu” przypisanej każdemu z tych czynników, i jeśli doda się następnie w ten sposób wyważone oceny, najlepszy wynik uzyskują systemy UNIX, a następnie Windows i, z wynikami dosyć przybliżonymi i nieznacznie niższymi od wyniku Windows, systemy Linux i NetWare.
413. Po trzecie, Sąd podnosi, że w motywie 183 zaskarżonej decyzji Komisja przyznaje, że „[j]eśli serwer grupy roboczej [który nie funkcjonuje w systemie Windows] zostaje dodany do sieci Windows dla grupy roboczej, stopień interoperacyjności z architekturą domeny Windows, jaki ten serwer grupy roboczej może osiągnąć, wpłynie na skuteczność, z jaką może on dostarczać swoje usługi użytkownikom sieci”.
414. Należy stwierdzić, że wiele elementów zaskarżonej decyzji potwierdza zasadność tego stwierdzenia. Opisuje ona bowiem szereg problemów, na jakie napotykają konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej z tego powodu, że nie mogą one współpracować z architekturą domeny Windows z tą samą intensywnością jak systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej.
415. Pierwszym przykładem przytoczonym przez Komisję jest okoliczność polegająca na tym, że jeśli serwer grupy roboczej nie współpracuje w wystarczającym stopniu z „architekturą bezpieczeństwa” sieci Windows dla grupy roboczej, użytkownik może być zobowiązany do dwukrotnego połączenia się, jeśli pragnie mieć dostęp jednocześnie do „zasobów opartych na Windows” oraz do „zasobów oferowanych przez serwery grupy roboczej [używające konkurencyjnych systemów operacyjnych]” (motyw 183 zaskarżonej decyzji). W swych pismach procesowych Microsoft nie podważa tego, że problem ten istnieje, zmierza natomiast do jego minimalizacji (zob. pkt 340 powyżej). Należy zaś stwierdzić, że podczas rozprawy jeden z biegłych Microsoft podkreślił zagrożenia dla bezpieczeństwa sieci, jakie niesie ze sobą duża liczba nazw użytkowników i haseł, oraz wady w zakresie skuteczności i wydajności, jakie są związane z faktem, że użytkownicy muszą wprowadzać kilka nazw użytkownika i haseł.

416. Kolejny przykład znajduje się w motywie 196 zaskarżonej decyzji. Komisja przedstawia w nim oświadczenie złożone przez Microsoft w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, zgodnie z którym „jeśli stacja robocza, [na której jest zainstalowany] Windows 2000 Professional, jest powiązana z serwerem [funkcjonującym] w systemie Windows 2000 z Active Directory, dostępnych jest więcej opcji zarządzania [grupami użytkowników] niż w przypadku, gdy serwer ten funkcjonuje w sposób niezależny lub stanowi część domeny lub partycji »nie-Windows 2000«”.
417. W motywie 240 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że ponad rok po stworzeniu Windows 2000 Microsoft wciąż nie ujawniła w pełni swym konkurentom zaktualizowanej wersji specyfikacji protokołu CIFS/SMB. W przypisie na str. 319 słusznie wyjaśnia, że nawet gdyby Microsoft go ujawniła, nie wystarczyłoby to do umożliwienia „sprawnego zarządzania usługą udostępniania plików”.
418. Należy przytoczyć także bardzo słuszne twierdzenia przedstawione przez Komisję w odniesieniu do interfejsu ADSI, stworzonego przez Microsoft w celu umożliwienia producentom oprogramowania przystąpienia do protokołu LDAP, na którym opiera się Active Directory (motywy 243–250 zaskarżonej decyzji). W szczególności należy odnieść się do ograniczeń, jakie zawiera „dostawca ADSI” stworzony przez Novell (motyw 250 zaskarżonej decyzji).
419. W motywach 251–266 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że Microsoft, „zachowując się jak właściciel”, rozszerzyła standardowy protokół Kerberos i że systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej, które wdrażają „nierozszerzoną” wersję tego protokołu bezpieczeństwa, gdy funkcjonują one w środowisku Windows, napotykały na trudności w zakresie uwierzytelnienia (zob. także przypis na str. 786 zaskarżonej decyzji). W odniesieniu do tego samego zmienionego przez Microsoft protokołu Kerberos należy przypomnieć, że jego używanie przynosi korzyści w zakresie między innymi szybkości połączeń i skuteczności (zob. motyw 152 zaskarżonej decyzji i pkt 170 powyżej).
420. W motywach 283–287 zaskarżonej decyzji Komisja słusznie wyjaśnia, że „narzędzia synchronizacji katalogów”, na jakie powołuje się Microsoft, umożliwiają usługom katalogowym dostarczonym przez systemy jej konkurentów osiągnięcie tylko ograniczonej synchronizacji z Active Directory. Podkreśla ona między innymi, że narzędzia te „synchronizują tylko ograniczoną część informacji zawartych w katalogu” i że „nie eliminują one konieczności zarządzania użytkownikami, zezwoleniami, przynależnością do grup i polityką bezpieczeństwa osobno w odniesieniu do serwerów grupy roboczej [używających] systemu Windows i osobno w odniesieniu do serwerów grupy roboczej [używających konkurencyjnych systemów operacyjnych]” (motyw 285 zaskarżonej decyzji).
421. Ze wszystkich powyższych twierdzeń wynika, iż Microsoft nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd, stwierdzając, iż aby konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej mogły być wprowadzane na rynek w sposób trwały, konieczne jest, aby były one w stanie współpracować z architekturą domeny Windows na tych samych zasadach co systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej.
422. Należy także wyciągnąć z tych stwierdzeń wnioski, że brak podobnej interoperacyjności z architekturą domeny Windows prowadzi do wzmocnienia pozycji konkurencyjnej Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, zwłaszcza ze względu na to, iż skłania użytkowników do korzystania raczej z jej systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej niż z systemów jej konkurentów, nawet wtedy gdy te ostatnie systemy posiadają właściwości, do których użytkownicy przywiązują wielką wagę.
- W przedmiocie błędu co do okoliczności faktycznych
423. Argumenty, jakie Microsoft opiera na popełnionym przez Komisję rzekomym błędzie co do okoliczności faktycznych, dzielą się na dwie grupy.
424. Po pierwsze, Microsoft podnosi, że tezę Komisji podważa z jednej strony obecność na rynku wielu systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i heterogeniczny charakter sieci informatycznych europejskich przedsiębiorstw oraz z drugiej strony fakt, że autorzy produktów Linux, mimo braku dostępu do rozpatrywanych informacji dotyczących interoperacyjności, weszli ostatnio na rynek i nie przestają zdobywać w nim udziałów.

425. W odniesieniu do pierwszego z argumentów, o których mowa w punkcie poprzednim, Sąd uważa, że nie jest on wystarczający, aby podważyć zasadność tezy Komisji.
426. W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Microsoft, względy związane z interoperacyjnością odgrywają kluczową rolę przy podejmowaniu decyzji dotyczących nabywania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (zob. pkt 381–412 powyżej).
427. Należy przypomnieć także, że z trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, iż czynnik „interoperacyjności ze stacjami roboczymi Windows” jest tym czynnikiem, w stosunku do którego różnica pomiędzy systemem operacyjnym dla serwerów grupy roboczej Microsoft a systemami jej konkurentów jest najbardziej wyraźna (zob. pkt 411 powyżej).
428. Następnie należy podnieść, że jak zostanie bardziej szczegółowo wyjaśnione w pkt 569–582 poniżej, w momencie, kiedy Microsoft rozpoczęła tworzenie i rozprowadzanie systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, konkurenci Microsoft, z wyjątkiem producentów produktów Linux, byli obecni na rynku tych systemów operacyjnych od wielu lat. Choć prawdą jest, że w dniu wydania zaskarżonej decyzji konkurenci ci byli nadal obecni na rynku, niemniej jednak ich udział w rynku zmniejszył się w znacznym stopniu, równocześnie z szybkim wzrostem udziału Microsoft, i to pomimo faktu, że niektórzy z nich, a zwłaszcza Novell, dysponowali znaczną przewagą technologiczną nad Microsoft. Fakt, że eliminacja konkurencji jest stopniowa, a nie natychmiastowa, w żaden sposób nie podważa tezy Komisji, zgodnie z którą rozpatrywane informacje są niezbędne.
429. W rzeczywistości, jak wskazała Komisja w odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych postawionych przez Sąd, fakt, że konkurenci Microsoft mogli jeszcze przez kilka lat, które poprzedzały wydanie zaskarżonej decyzji, sprzedawać systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej, tłumaczy się po części okolicznością, iż w tym czasie istniała jeszcze w ramach organizacji znacząca zainstalowana baza stacji roboczych używających systemu operacyjnego Windows należącego do gamy produktów wcześniejszej od Windows 2000 (zob. motywy 441–444 zaskarżonej decyzji). Na przykład z tabeli zamieszczonej w motywie 446 zaskarżonej decyzji wynika, że w 2001 r. przedmiotem znacznej liczby nowych licencji były jeszcze systemy operacyjne dla stacji roboczych Windows 98, Windows Millennium Edition (Windows Me) i Windows NT. Związane z interoperacyjnością problemy konkurentów Microsoft wystąpiły zaś ze szczególną ostrością w odniesieniu do systemów operacyjnych gamy Windows 2000 (zob. pkt 571–573 poniżej). W tym samym czasie istniała także jeszcze znacząca zainstalowana baza serwerów grupy roboczej używających systemów operacyjnych Windows NT, które sprawiały mniej problemów związanych z interoperacyjnością niż systemy, które je zastąpiły. Należy pamiętać w tym względzie, że organizacje wprowadzają zmiany do swych sieci serwerów grupy roboczej tylko raz na kilka lat i jedynie stopniowo (zob. motyw 590 zaskarżonej decyzji).
430. W odniesieniu do drugiego argumentu, o którym mowa w pkt 424 powyżej, opartego na wejściu produktów Linux na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i zwiększaniu się ich udziału w tym rynku, także musi on zostać oddalony.
431. W tym względzie należy najpierw podnieść, że jak wyjaśnia Komisja w motywach 487 i 488 zaskarżonej decyzji i jak zostanie wyjaśnione w pkt 502 i 533 poniżej, dane IDC, na których Microsoft opiera się w celu opisania zmiany pozycji produktów Linux na rynku, mają pewne wady. Dane te pochodzą bowiem z bazy danych, która została opracowana przez tę organizację za pomocą określenia ośmiu głównych kategorii zadań (lub „obciążeń pracą”) wykonywanych przez serwery w ramach organizacji i wprowadzenia, wewnątrz tych kategorii głównych, rozróżnienia na wiele „podkategorii”. Dwie podkategorie zadań najbardziej zbliżone do zadań grupy roboczej, o których mowa w zaskarżonej decyzji, czyli do zadań udostępniania plików i drukarek z jednej strony oraz do zadań zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników z drugiej strony, to zadania zwane odpowiednio „udostępnianiem plików/drukarek” oraz „zarządzaniem siecią” (motyw 486 zaskarżonej decyzji). Jednakże zadania należące do dwóch wyżej wspomnianych podkategorii nie odpowiadają dokładnie usługom stanowiącym rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Co więcej, niektóre z tych zadań wymagają niższego stopnia interoperacyjności pomiędzy stacjami roboczymi i serwerami niż zadania grupy roboczej uwzględnione przez Komisję i w związku z tym w większym stopniu niż te ostatnie zadania mogą być wykonane przez konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne.

432. Następnie należy stwierdzić, że wzrost udziału produktów Linux w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w ciągu kilku lat poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji był niewielki. Produkty Linux, jeśli były używane w połączeniu z oprogramowaniem Samba (stworzonym dzięki technikom analizy odwrotnej), mogły osiągnąć pewien stopień interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows. Ten stopień interoperacyjności został jednakże znacznie zmniejszony po stworzeniu generacji Windows 2000. Zatem w październiku 2003 r. – czyli kilka miesięcy po tym, jak Microsoft zaczęła już wprowadzać na rynek system operacyjny dla serwerów Windows 2003 Server, który to system zastąpił system Windows 2000 Server – stopień interoperacyjności, jaki udawało się osiągnąć produktom Linux, umożliwiał im tylko działanie jako serwery członkowskie w ramach domeny używającej Active Directory (zob. motywy 296 i 297 zaskarżonej decyzji).
433. Wreszcie w odniesieniu do przewidywanego wzrostu udziału produktów Linux w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej należy podnieść, że jak zostanie wyjaśnione bardziej szczegółowo w pkt 595–605 poniżej, z jednej strony jest on mniejszy niż twierdzi Microsoft, a z drugiej strony ten wzrost udziału pociągnie za sobą szkodę nie dla systemów Microsoft, ale zwłaszcza dla systemów Novell i producentów produktów UNIX.
434. Po drugie, Microsoft uważa, że Komisja nie uwzględniła tego, iż wiele metod, innych niż ujawnianie rozpatrywanych informacji, umożliwia zapewnienie wystarczającej interoperacyjności pomiędzy systemami operacyjnymi różnych dostawców.
435. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że sama Microsoft przyznała zarówno w swych pismach procesowych, jak i w odpowiedzi na pytanie, jakie jej postawiono podczas rozprawy, iż żadna z zalecanych przez nią metod lub rozwiązań nie umożliwia osiągnięcia wysokiego stopnia interoperacyjności, jakiego słusznie wymaga Komisja w niniejszym przypadku.
436. Ze wszystkich powyższych stwierdzeń wynika, że Microsoft nie wykazała, iż w niniejszym przypadku nie zachodzi okoliczność polegająca na tym, iż informacje dotyczące interoperacyjności mają niezbędny charakter.

(iii) W przedmiocie eliminacji konkurencji

Argumenty uczestników

437. Microsoft podnosi, że odmowa, jaka jest jej zarzucana, nie może wykluczyć wszelkiej konkurencji na rynku pochodnym, czyli w niniejszym przypadku na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
438. Na poparcie tego twierdzenia Microsoft podnosi, po pierwsze, że Komisja zastosowała w niniejszym przypadku błędne, w świetle prawa, kryterium.
439. W tym względzie Microsoft twierdzi, że w motywie 589 zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się na zwykłe „ryzyko” wyeliminowania konkurencji na rynku. Zaś w sprawach dotyczących obowiązkowego przyznania licencji dotyczących praw własności intelektualnej Trybunał zawsze weryfikował, czy rozpatrywana odmowa może „wyeliminować wszelką konkurencję”, i wymagał w tym zakresie „sytuacji bliskiej pewności”. Komisja powinna była zatem zastosować bardziej zawiązujące kryterium, a mianowicie kryterium „dużego prawdopodobieństwa” wyeliminowania skutecznej konkurencji. Microsoft twierdzi, że wbrew temu, co utrzymuje Komisja, terminy „ryzyko”, „możliwość” i „prawdopodobieństwo” nie mają tego samego znaczenia.
440. Microsoft dodaje, że powołanie się w zaskarżonej decyzji na wymienione powyżej w pkt 320 wyroki w sprawie Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji oraz w sprawie CBEM jest pozbawione znaczenia dla niniejszej sprawy. Sprawy, które doprowadziły do wydania tych wyroków, nie dotyczyły bowiem odmowy przyznania licencji dotyczącej praw własności intelektualnej. Ponadto, według Microsoft, w każdej z tych spraw perspektywa eliminacji konkurencji była, z uwagi na brak jakiegokolwiek alternatywnego źródła zaopatrzenia, natychmiastowa i rzeczywista.
441. Po drugie, Microsoft podnosi, że tezie Komisji, zgodnie z którą konkurencja na rynku systemów operacyjnych dla serwerów może zostać wyeliminowana w wyniku jej odmowy ujawnienia jej konkurentom protokołów komunikacyjnych, przeczą zaobserwowane na rynku fakty. W tym względzie powtarza ona z jednej strony, że w przypadku europejskich przedsiębiorstw powszechnie

jest posiadanie heterogenicznych środowisk informatycznych złożonych z systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych oraz dla serwerów i konkurencyjnych systemów operacyjnych dla serwerów, a z drugiej strony, że ze sprawozdań Mercer wynika, iż klienci biznesowi podejmują decyzje o nabyciu systemów operacyjnych dla serwerów w oparciu o szereg kryteriów, takich jak niezawodność, możliwość dostosowania oraz kompatybilność oprogramowania, i nie biorą pod uwagę kryterium związanego z interoperacyjnością z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych jako kryterium decydującego.

442. Microsoft zauważa także, że sześć lat po zarzucanej odmowie istnieje na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jeszcze wielu konkurentów, czyli w szczególności IBM, Novell, Red Hat i Sun, a także wielu dystrybutorów produktów Linux. Powtarza ona, że Linux weszła ostatnio na rynek i odnotowuje szybki wzrost w nim udziałów oraz że jest niepodważalne, iż produkty Linux, same lub w połączeniu z produktami Samba lub z oprogramowaniem dla serwerów Nterprise spółki Novell, konkurują bezpośrednio z systemami operacyjnymi Windows dla serwerów w zakresie wykonywania szerokiej gamy zadań, w tym dostarczania usług grupy roboczej systemom operacyjnym Windows dla stacji roboczych. Ponadto Microsoft podnosi, że IDC, które stanowi największą światową grupę zajmującą się doradztwem i badaniami w zakresie rynków technologii informatycznych i telekomunikacyjnych, oszacowało, iż nie istnieje ryzyko wyeliminowania konkurencji. Z przewidywań IDC wynika, że w latach 2003–2008 udział Microsoft w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej używanych na serwerach kosztujących poniżej 25 000 USD pozostanie na prawie niezmiennym poziomie, podczas gdy udział w rynku Linux podwoi się.
443. Po trzecie, Microsoft krytykuje „sztucznie zawężoną” definicję drugiego rynku produktu zastosowaną przez Komisję.
444. Według Microsoft bowiem, „konkurencja z systemami operacyjnymi Windows dla serwerów jest [...] jeszcze silniejsza”, jeśli uwzględni się w tej definicji rynku zadania inne niż dostarczanie usług udostępniania plików i drukarek, a także usług zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, jakie systemy operacyjne Windows dla serwerów mogą świadczyć.
445. W tym względzie Microsoft podnosi, że Komisja nie podważa, iż podstawowa wersja jej systemu operacyjnego Windows Server 2003 umożliwia wykonywanie szerokiego wachlarza zadań, z których wiele znajduje się poza określonym w zaskarżonej decyzji drugim rynkiem produktu. Spółka ta wyjaśnia, że zgodnie z przyjętym przez Komisję podejściem, ten sam system operacyjny Windows dla serwerów wchodzi w zakres rozpatrywanego rynku w przypadku, gdy dostarcza usługi z zakresu plików i drukowania systemom operacyjnym Windows dla stacji roboczych, i jest z niego wykluczony w przypadku, gdy dostarcza usługi „proxy” lub „firewalla” tym samym systemom operacyjnym.
446. Microsoft uważa, że Komisja nie może opierać się na fakcie, iż jej system operacyjny Windows 2003 występuje w różnych wersjach fakturowanych po różnych cenach, aby utrzymywać, że podstawowa wersja tego systemu należy do rynku odrębnego od rynku innych wersji tego samego systemu. Spółka ta wskazuje w tym względzie, że „droższe” wersje tego systemu dostarczają tych samych usług grupy roboczej co wersja podstawowa.
447. W replice Microsoft przedstawia pokrótce zarzut oparty na błędnej definicji drugiego rynku produktu. Wyjaśnia ona najpierw, że na rynku systemów operacyjnych dla serwerów w ogólności posiada ona udział w rynku wynoszący około 30%. Następnie wskazuje, że „[n]ikt w branży nie używa terminu »serwer grupy roboczej« w znaczeniu użytym przez Komisję w celu zdefiniowania [tego rynku produktu]” oraz że kiedy „obserwatorzy branży” odwołują się sporadycznie do pojęcia „serwerów grupy roboczej”, obejmują oni nim serwery, które wykonują szeroki wachlarz zadań, w tym „serwery WWW, bazy danych i aplikacje”. Wreszcie Microsoft uważa, że żaden z największych dostawców serwerów obecnych na rynku nie sprzedaje serwerów grupy roboczej ograniczających się do wykonywania zadań określonych przez Komisję.
448. Ponadto Microsoft odrzuca wyjaśnienia przedstawione przez Komisję w odpowiedzi na skargę w celu uzasadnienia tej definicji rynku. W tym względzie spółka ta podnosi przede wszystkim, że „dostawcy nie fakturują po różnych cenach różnym osobom tej samej edycji systemu operacyjnego dla serwerów w zależności od sposobu, w jaki będą go one używać”. Następnie podważa ona, jakoby systemy operacyjne dla serwerów uznawane przez Komisję za systemy operacyjne dla

serwerów grupy roboczej były „optymalizowane” pod kątem dostarczania usług grupy roboczej. Z danych IDC, na jakie powołuje się Komisja w celu obliczenia udziałów w rynku, wynika zaś, że z wyjątkiem NetWare spółki Novell „te systemy operacyjne poświęcają dużo więcej czasu na te zadania, które nie wchodzą w zakres grup roboczych, niż na zadania grupy roboczej”. Wreszcie twierdzi ona, że „[k]oszt wprowadzenia zmian jest w wielu przypadkach zerowy [a] niewielki w innych”.

449. Poza tym Microsoft odsyła w sposób ogólny do sporządzonych przez D. S. Evansa, A. J. Nicholisa i A. J. Padillę dwóch sprawozdań zamieszczonych w załączniku A.23 do skargi i załączniku C.12 do repliki.
450. Po czwarte, w replice Microsoft krytykuje metodologię zastosowaną przez Komisję w celu obliczenia udziałów, jakie podmioty gospodarcze mają w drugim rynku produktu, która polegała na uwzględnieniu tylko czasu poświęcanego przez systemy operacyjne dla serwerów na wykonywanie zadań grupy roboczej oraz sprzedaży systemów operacyjnych dla serwerów kosztujących poniżej 25 000 USD. Przyjęcie takiej metodologii prowadzi bowiem do absurdu skutku polegającego na tym, że „jeden i ten sam system operacyjny jest uznawany jednocześnie za należący do danego rynku lub za znajdujący się poza nim w zależności od zadań, jakie wykonuje w danym momencie”, i nie dostarcza żadnej „istotnej informacji o pozycji dominującej”.
451. CompTIA uważa najpierw, że Komisja zastosowała błędne w świetle prawa kryterium, badając, czy odmowa zarzucana Microsoft prowadzi do zwykłego „ryzyka wyeliminowania wszelkiej skutecznej konkurencji”, podczas gdy powinna ona być zweryfikowana, czy odmowa ta wyeliminowałaby prawdopodobnie wszelką konkurencję na rynku pochodnym. Następnie CompTIA podnosi, że z dowodów zawartych w aktach sprawy nie wynika, aby wspomniana odmowa mogła mieć takie konsekwencje. CompTIA podkreśla w szczególności fakt, że Linux „odnosi coraz większe sukcesy”.
452. ACT podkreśla bardzo ścisły związek, jaki istnieje pomiędzy kryterium niezbędności charakteru a kryterium wyeliminowania konkurencji. Uważa ono w szczególności, że zaskarżona decyzja jest wewnętrznie sprzeczna w zakresie, w jakim z jednej strony Komisja twierdzi w niej, że aż 40% rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej może należeć do konkurentów, którzy nie posiadając dostępu do informacji dotyczących interoperacyjności, są w stanie dostarczać produktów substytucyjnych, a z drugiej strony wskazuje ona, iż w przypadku braku takiego dostępu na rynku nie jest możliwa żadna konkurencja, a to ze względu na niezbędny charakter wspomnianych informacji.
453. Ponadto ACT podważa tezę Komisji, zgodnie z którą nie należy uwzględniać konkurencji ze strony „podmiotów o marginalnym znaczeniu”. Krytykuje ono także fakt, że Komisja oparła się na zwykłym „ryzyku” wyeliminowania konkurencji, i podkreśla, że pozycja zajmowana przez Linuksa na rynku nadal rośnie.
454. Komisja twierdzi, że rozpatrywana odmowa oznacza ryzyko wyeliminowania wszelkiej skutecznej konkurencji na rynku pochodnym systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
455. Na poparcie tego twierdzenia Komisja w pierwszym rzędzie podnosi, że dowody przeanalizowane w motywach 585–692 zaskarżonej decyzji wyraźnie wykazują, iż ryzyko to „z dużym prawdopodobieństwem może się urzeczywistnić w bliskiej przyszłości”. Odsyłając do motywu 700 zaskarżonej decyzji, wyjaśnia ona, że jeśli Microsoft będzie się nadal mogła zachowywać w niezmienny sposób, istnieje poważne ryzyko, że produkty jej konkurentów staną się „niszowe” i nie będą w ogóle rentowne.
456. Komisja uważa, że sprawy, które doprowadziły do wydania powołanych powyżej w pkt 320 wyroków w sprawie Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents przeciwko Komisji oraz w sprawie CBEM, dostarczają cennych wskazówek do oceny postępowania Microsoft w świetle art. 82 WE, nawet jeśli sprawy te nie dotyczą odmowy przyznania licencji odnoszącej się do praw własności intelektualnej. Utrzymuje ona w tym kontekście, że terminy „ryzyko”, „możliwość” i „prawdopodobieństwo”, używane przez Trybunał w orzecznictwie dotyczącym stanowiących nadużycie odmów dostarczenia informacji, mają takie samo znaczenie.
457. Komisja twierdzi, że większość argumentów Microsoft jest oparta na błędnym założeniu, zgodnie z którym do niej należy ustalenie, czy konkurencja już została wyeliminowana, lub co najmniej, że jej wyeliminowanie jest nieuchronne. Przypomina ona, że wykazała w zaskarżonej decyzji, iż

- „stopień interoperacyjności, jaki może być osiągnięty dzięki informacjom już ujawnionym przez Microsoft, jest niewystarczający, aby umożliwić konkurentom pozostanie na rynku w sposób zapewniający rentowność” (przypis na str. 712 zaskarżonej decyzji). Microsoft nie przedstawiła zaś dowodu, że ten wniosek jest dotknięty oczywistym błędem w ocenie.
458. Po drugie, Komisja zajmuje stanowisko w kwestii argumentów, jakie Microsoft opiera na faktach zaobserwowanych na rynku.
459. Wskazuje ona najpierw, że „ryzyko wyeliminowania wszelkiej konkurencji istniało już w 1998 r., podobnie jak istnieje obecnie”, a jedyną różnicą jest to, że „to wyeliminowanie konkurencji jest obecnie bardziej nieuchronne niż w 1998 r.”.
460. Następnie Komisja podważa wnioski, jakie Microsoft wyciąga ze sprawozdań Mercer, podnosząc, że wynika z nich, iż klienci wybierają Windows jako system operacyjny dla serwerów grupy roboczej z uwagi na „nieależną przewagę”, z jakiej korzysta Microsoft w zakresie interoperacyjności, pomimo faktu, że Windows „pasuje się za” innymi produktami w odniesieniu do wielu właściwości, do jakich klienci przywiązują wagę.
461. W odniesieniu do argumentu Microsoft opartego na wzroście udziału w rynku produktów Linux Komisja uważa, że nie jest on niczym poparty, i odsyła do motywów 506 i 632 zaskarżonej decyzji, w których zostało wyraźnie wykazane, że „wzrost udziału Linuksa w rynku w przeszłości był marginalny”. Dodaje, że z dwóch ostatnich sondaży przeprowadzonych przez Mercer wynika, iż Linux posiada tylko bardzo niewielki udział, rzędu 5%, w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
462. W odniesieniu do przewidywań IDC Komisja powtarza, że są one przesadzone i opierają się na nieścisłych danych (zob. pkt 365 i 366 powyżej). Dodaje ona, iż w rzeczywistości z danych IDC wynika, że Microsoft szybko uzyskała pozycję dominującą na rozpatrywanym rynku, że nadal zwiększa ona swój udział w rynku i że konkuruje z coraz bardziej kurczącą się grupą coraz mniejszych podmiotów zajmujących ściśle określone nisze rynkowe.
463. Po trzecie, Komisja odrzuca zastrzeżenia, jakie Microsoft podnosi wobec jej definicji drugiego rynku produktu.
464. Komisja przypomina, że aby określić tę definicję, sporządziła najpierw „wykaz zasadniczych usług grupy roboczej, które ściśle odpowiadają szczególnym potrzebom klientów”. Chodzi tu o usługi o kluczowym znaczeniu, które klienci biorą pod uwagę przy zakupie systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej. Komisja wyjaśnia, że oparła swą analizę na różnego rodzaju dowodach, w tym na informacjach zebranych w ramach badania rynku z 2003 r. (motywy 349–352 zaskarżonej decyzji), na „statystycznej korelacji” pomiędzy używaniem danego systemu operacyjnego w celu realizacji jednego z zasadniczych zadań grupy roboczej a jego używaniem w celu realizacji innych zasadniczych zadań (motyw 353 zaskarżonej decyzji), a także na dokonanym przez Microsoft opisie jej produktów oraz na stosowanych przez tę spółkę cenach tych produktów (motywy 359–382 zaskarżonej decyzji).
465. Komisja utrzymuje, że systemy operacyjne dla grupy roboczej są „optymalizowane” pod kątem dostarczania usług grupy roboczej i że sposób, w jaki dostarczają one tych usług, odgrywa decydującą rolę przy podejmowaniu decyzji o nabyciu tych systemów. Dodaje ona, że fakt, iż serwery grupy roboczej są czasami używane do uruchomienia aplikacji, nie prowadzi do ich „czasowego” wykluczenia z rynku lub „czasowego” włączenia do rynku serwerów przedsiębiorstwa, które są „optymalizowane” pod kątem zarządzania aplikacjami przedsiębiorstwa.
466. W odpowiedzi na argument Microsoft oparty na tym, iż jej systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej mogą być używane w celu dostarczania usług proxy lub firewalle, Komisja, powołując się na motyw 58 zaskarżonej decyzji, wskazuje, że zadania te są wykonywane przez wyspecjalizowane „serwery krawędziowe”. Serwery te nie mogą zatem wywierać presji konkurencyjnej na Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
467. W duplice Komisja podnosi najpierw, że terminologia, jakiej używa w celu opisanego rynku produktu, nie ma znaczenia dla kwestii, czy prawidłowo zdefiniowała ten rynek. Wyrażenie „system operacyjny dla serwerów grupy roboczej” jest ponadto często używane w branży dla opisania „tego rodzaju produktów, których dotyczy [zaskarżona] decyzja”.

468. Następnie Komisja odrzuca zastrzeżenia, jakie Microsoft podnosi wobec wyjaśnień zawartych w odpowiedzi na skargę (zob. pkt 448 powyżej).
469. W tym względzie twierdzi ona, po pierwsze, że w przeciwieństwie do tego, co utrzymuje Microsoft, zarówno spółka, jak i jej konkurenci „fakturują klientom po różnych cenach ten sam system operacyjny w zależności od sposobu, w jaki będzie on używany”. Te ceny są bowiem zróżnicowane w zależności od liczby stacji roboczych, które mają dostęp do danego serwera. Komisja dodaje, że sprzedawcy systemów operacyjnych dla serwerów proponują kilka różnych edycji – po różnych cenach – systemów stanowiących część tej samej „rodziny”. Ogólnie rzecz ujmując, Komisja wskazuje, że „systemy operacyjne Windows dla serwerów są zbywane przez Microsoft klientom na podstawie umowy licencyjnej i [że] zasadniczo nie ma żadnego powodu, aby Microsoft nie mogła stosować zróżnicowanych cen w zależności od sposobu ich używania”.
470. Po drugie, Komisja podnosi, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej „poświęcają dużo więcej czasu na te zadania, które wchodzą w zakres grup roboczych, niż na zadania grupy roboczej”, opiera się na danych IDC, które zostały przetworzone za pomocą niewłaściwej metody.
471. Po trzecie, w odpowiedzi na twierdzenie Microsoft, jakoby „[k]oszt wprowadzenia zmiany był w wielu przypadkach zerowy”, Komisja odsyła do motywów 334–341 oraz 388–400 zaskarżonej decyzji, w których dowodzi ona braku substytucyjności podażowej zarówno w przypadku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, jak i w przypadku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
472. Ponadto także w duplice Komisja podkreśla, że Microsoft nie podważa, iż interoperacyjność ze stacjami roboczymi – a w szczególności z tymi, które funkcjonują w systemie Windows – jest szczególnie ważna dla wykonywania zadań grupy roboczej przez system operacyjny dla serwerów. Komisja twierdzi, że odmowa przez Microsoft ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności znacznie narusza zdolność konkurentów Microsoft do zaspokojenia oczekiwań konsumentów w odniesieniu do wykonywania tych zadań i zmienia w związku z tym warunki konkurowania systemów operacyjnych dla serwerów sprzedawanych w celu wykonania tych zadań z systemami przeznaczonymi do wykonywania innych zadań. Według Komisji, „pozostaje to prawdą, nawet przy założeniu [...], że tak w odniesieniu do Microsoft, jak i do każdego z jej konkurentów wszystkie edycje ich systemów operacyjnych dla serwerów znajdujące się obecnie na rynku są także w stanie [...] wykonywać zarówno zadania serwera grupy roboczej, jak i pewne zadania o »niskim stopniu zaawansowania technologicznego« (aplikacje, które są pozbawione kluczowego znaczenia, takie jak poczta elektroniczna itp.)”.
473. Komisja dodaje, iż „[j]eśli chodzi o podaź, to oczywiste jest, że gdy przyjmie się do celów niniejszej analizy [z jednej strony] istnienie po stronie klientów wymogów popytowych w odniesieniu do usług grupy roboczej (niepodważone przez Microsoft) i [z drugiej strony] własną hipotezę Microsoft, zgodnie z którą różne edycje systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej każdego producenta mają identyczne możliwości w zakresie zadań grupy roboczej, te same zakłócenia rynku, które powodują usunięcie konkurentów Microsoft ze sprzedaży systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, przeszkadzają substytucji podażowej z powodu (ponownego) wejścia na rynek »bardziej zaawansowanych technologicznie« edycji »rodzin« tych samych systemów operacyjnych”.
474. Wreszcie Komisja odsyła do załącznika B.11 do odpowiedzi na skargę oraz załącznika D.12 do dupliki, w których komentuje uwagi zawarte odpowiednio w załączniku A.23 do skargi i załączniku C.12 do repliki.
475. Po czwarte, Komisja odrzuca zastrzeżenia Microsoft podniesione wobec metody, jaką zastosowała ona w celu obliczenia udziałów w rynku. Zauważa ona najpierw, że do celów jej oceny nie jest konieczne, aby Microsoft już uzyskała pozycję dominującą na rozpatrywanym rynku pochodnym za pośrednictwem nadużycia, które jest jej zarzucane, ponieważ istotne jest, aby istniało ryzyko, że konkurencja na tym rynku zostanie wyeliminowana. Wskazuje ona następnie, że wspomniana metoda umożliwia „sporządzenie wystarczająco wiarygodnego obrazu braku równowagi sił rynkowych na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”. Ponadto Komisja uważa, że nie wzięła pod uwagę czasu poświęcanego na poszczególne zadania przez dany serwer, ale zbadała, w odniesieniu do przedsiębiorstw, które uczestniczyły w badaniu rynku z 2003 r. i od-

powiedziały na drugi i trzeci sondaż przeprowadzony przez Mercer, jaka była proporcja zadań grupy roboczej wykonywanych przez serwery poszczególnych dostawców. Ani z tego badania rynku, ani z tych sondaży nie wynika, aby Microsoft posiadała udział w rynku niższy niż 60% w przypadku któregośkolwiek z zadań grupy roboczej.

476. Komisja dodaje, że „stosowanie »filtrów« wskazanych przez Microsoft umożliwia wykorzystywane danych [IDC] jako przybliżonej wielkości sprzedaży edycji poszczególnych producentów oprogramowania, uznanych za systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej”. Wyjaśnia ona, że „w zakresie, w jakim własne wykluczające zachowanie Microsoft prowadzi do oddzielenia sprzedaży systemów operacyjnych dla serwerów nabywanych głównie w celu wykonywania zadań grupy roboczej od sprzedaży systemów nabywanych głównie w celu wykonywania innych zadań, zastosowanie filtru »obciążenia pracą« umożliwia wyrobienie sobie opinii o względnej sile Microsoft w zakresie sprzedaży przeznaczonej głównie na wykonanie tych pierwszych zadań”. W każdym razie nawet gdyby stosowany był tylko „filtr 25 000 USD”, bez wprowadzania rozróżnienia w zależności od obciążenia pracą, udział Windows wynosiłby 65% w przypadku wielkości sprzedaży i 61% w przypadku wielkości obrotów (motyw 491 zaskarżonej decyzji).
477. SIIA podnosi, że w świetle niezbędnego charakteru informacji dotyczących interoperacyjności rozpatrywania odmowa może, ze względu na swe cechy charakterystyczne, wyeliminować konkurencję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Podkreśla ono w szczególności, że udział Microsoft w tym rynku znacznie i szybko wzrósł w okresie, kiedy wprowadziła ona na rynek swój system operacyjny Windows 2000 Server. SIIA uważa także, że argumenty, jakie Microsoft opiera na rzekomym wzroście udziału produktów Linux w rynku, są bezzasadne.
478. FSFE twierdzi, że produkty Linux nie wywierają presji konkurencyjnej na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.

Ocena Sądu

479. Cztery kategorie argumentów, na jakie Microsoft się powołuje na poparcie swej tezy, zgodnie z którą w niniejszym przypadku nie zachodzi okoliczność dotycząca wyeliminowania konkurencji, zostaną zbadane przez Sąd w następującym porządku: po pierwsze, zbadana zostanie definicja rynku właściwego produktu; po drugie – metodologia zastosowana w celu obliczenia udziałów w rynku; po trzecie – mające zastosowanie kryterium; po czwarte – ocena danych rynkowych oraz sytuacji konkurencyjnej.

– W przedmiocie definicji rynku właściwego produktu

480. Argumenty, jakie Microsoft podnosi w odniesieniu do definicji rynku produktu, dotyczą drugiego z trzech określonych przez Komisję w zaskarżonej decyzji rynków (zob. pkt 23 oraz 25–27 zaskarżonej decyzji), czyli rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Komisja opisuje te systemy jako systemy operacyjne tworzone i wprowadzane na rynek w celu oferowania, w sposób zintegrowany, usług udostępniania plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników o stosunkowo ograniczonej liczbie stacji roboczych przyłączonych do sieci małych i średnich rozmiarów (motywy 53 i 345 zaskarżonej decyzji).
481. Microsoft uważa co do zasady, że Komisja zdefiniowała ten rynek za wąsko, obejmując nim tylko systemy operacyjne dla serwerów, które są używane do dostarczania usług wspomnianych w punkcie poprzednim, czyli usług zwanych usługami „grupy roboczej”. Celem, do jakiego dąży Microsoft, podważając definicję zastosowaną przez Komisję, jest co do zasady wykazanie, że rozwój rynku przebiega w sposób odmienny od tego, który został opisany w motywach 590–636 zaskarżonej decyzji, i nie przekłada się na eliminację wszelkiej konkurencji.
482. Należy podnieść na wstępie, że definicja rynku produktu, w zakresie w jakim pociąga ona za sobą konieczność dokonania przez Komisję złożonych ocen ekonomicznych, może być przedmiotem jedynie ograniczonej kontroli ze strony sądu wspólnotowego (zob. podobnie wyrok Sądu z dnia 6 lipca 2002 r. w sprawie T-342/99 Airtours przeciwko Komisji, Rec. str. II-2585, pkt 26). Ten ostatni nie może jednak powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję interpretacji danych o charakterze ekonomicznym. W tym względzie do niego należy sprawdzenie, czy Komisja oparła swą ocenę na ścisłych, wiarygodnych i spójnych dowodach, które stanowią zbiór istotnych danych, które należy uwzględnić w celu dokonania oceny złożonej sytuacji i które mogą stano-

- wić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie (zob. podobnie ww. w pkt 89 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Tetra Laval, pkt 39).
483. Ponadto należy stwierdzić, że Microsoft zadowala się zasadniczo z jednej strony powtórzeniem argumentów, które przedstawiła już w toku postępowania administracyjnego i których Komisja wyraźnie nie przyjęła w zaskarżonej decyzji, nie wskazując, dlaczego ocena Komisji była błędna, i z drugiej strony ogólnym odesłaniem do dwóch sprawozdań zamieszczonych odpowiednio w załączniku A.23 do skargi oraz w załączniku C.12 do repliki. Ze względów przedstawionych w pkt 94–99 powyżej sprawozdania te zostaną uwzględnione przez Sąd tylko w takim zakresie, w jakim popierają lub uzupełniają one zarzuty lub argumenty wyraźnie przywołane przez Microsoft w treści pism procesowych.
484. W celu ustalenia podważanej definicji rynku produktu Komisja wzięła pod uwagę, po pierwsze, podażową substytucyjność produktów oraz, po drugie, tę substytucyjność ze strony podaży. Należy przypomnieć w tym względzie, że z komunikatu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. 1997, C 372, str. 5, pkt 7) wynika, że „właściwy rynek asortymentowy składa się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są za zamiennie lub za substytuty przez konsumenta ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie”. Należy również przypomnieć, że jak wskazano w pkt 20 tego komunikatu, substytucyjność podażowa może także być wzięta pod uwagę przy definiowaniu rynku właściwego w sytuacjach, w których ta substytucyjność prowadzi do skutków równoważnych ze skutkami substytucyjności popytowej w zakresie natychmiastowości i skuteczności. W tym celu dostawcy muszą mieć możliwość przestawienia swej produkcji na właściwe produkty, a także możliwość ich wprowadzenia na rynek w krótkim okresie, bez ponoszenia dodatkowych znacznych kosztów lub ryzyka, jako odpowiedź na małe, ale trwałe zmiany względnych cen.
485. Należy na wstępie podnieść, że określenie drugiego rynku w żaden sposób nie opiera się na koncepcji, iż istnieje osobna kategoria systemów operacyjnych dla serwerów wykonujących wyłącznie zadania udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników. Wprost przeciwnie, wielokrotnie w zaskarżonej decyzji Komisja wyraźnie stwierdza, że systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej mogą także być używane do wykonywania innych zadań, a w szczególności mogą uruchamiać aplikacje, które są pozbawione kluczowego znaczenia (zob. w szczególności motywy 59, 355, 356 i 379 zaskarżonej decyzji). W motywie 59 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że aplikacjami, których znaczenie nie jest kluczowe, są aplikacje, których nieprawidłowe działanie „wpłynie negatywnie na pracę niektórych użytkowników, [ale] nie będzie jednak miało takiego wpływu na pracę organizacji jako całości”. W tym względzie Komisja powołuje się w szczególności na obsługę usług wewnętrznej poczty elektronicznej. Jak zostanie wyjaśnione w sposób bardziej szczegółowy poniżej, definicja zastosowana przez Komisję opiera się w rzeczywistości na stanowisku, zgodnie z którym zdolność systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej do dostarczania łącznie usług udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników stanowi, bez uszczerbku dla innych zadań, jakie są one w stanie wykonywać, główną cechą tych systemów i zgodnie z którym systemy te są tworzone, wprowadzane na rynek, nabywane i używane w celu dostarczania tych usług.
486. W odniesieniu w pierwszym rzędzie do substytucyjności popytowej Komisja w motywie 387 zaskarżonej decyzji zawarła wniosek, że „nie istnieją produkty, które [...] są w stanie wywierać na systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej taką presję konkurencyjną, aby mogły one być włączone do tego samego właściwego rynku produktu”.
487. Aby dojść do tego wniosku, Komisja, po pierwsze, stwierdziła, że z informacji zebranych w ramach badania rynku z 2003 r. wynika, iż serwery dla grupy roboczej wykonują wyodrębniony zespół zadań, które są ze sobą połączone i na które istnieje popyt ze strony konsumentów (motywy 348–358 zaskarżonej decyzji).
488. Sąd uważa, że twierdzenie to potwierdzają dowody zawarte w aktach sprawy i że Microsoft nie podnosi żadnego argumentu, który mógłby je podważyć.
489. Należy podnieść w tym względzie, że w żądaniu udzielenia informacji z dnia 4 czerwca 2003 r. Komisja zapytała organizacje, których ta kwestia dotyczy, czy istnieje w ich ramach specjalny rodzaj serwerów mających na celu dostarczanie usług udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania

- użytkownikami i grupami użytkowników (pierwsza część pytania nr 1). Na 85 organizacji, które odpowiedziały na to pytanie, 70 (czyli około 82,3%) udzieliło odpowiedzi twierdzącej.
490. Komisja także zapytała organizacje, czy uważają, że wspomniane usługi stanowią „zespół zadań serwera, które są »wykonywane wspólnie«” (druga część pytania nr 1). Na 83 organizacje, które odpowiedziały na to pytanie, 51 (czyli około 61,4%) potwierdziło to stanowisko.
491. Wyniki te tłumaczy głównie fakt, że wspomniane usługi stanowią usługi podstawowe, z których użytkownicy stacji roboczych korzystają w ich codziennej pracy. Na przykład podmiot I 06, uzasadniając swą twierdzącą odpowiedź na obydwie części wyżej wspomnianego pytania nr 1, uznaje serwery umożliwiające dostarczanie usług grupy roboczej za „serwery infrastrukturalne”, a wspomniane usługi za „standardowe usługi dla stacji roboczych”. Wskazuje w tym względzie, że „[k]ażdy użytkownik jest identyfikowany i uwierzytelniany; tworzy on i zmienia pliki, drukuje je, wymienia je i udostępnia”. Podobnie inne organizacje odwołują się do serwerów jako „dostawców usług infrastrukturalnych” (zob. odpowiedź podmiotów I 13 i I 30).
492. W tym względzie warto także podnieść, jak to czyni Komisja w motywie 352 zaskarżonej decyzji, że wiele organizacji uzasadnia swe odpowiedzi twierdzące na obydwie części wyżej wspomnianego pytania nr 1, podkreślając potrzebę „pojedynczego logowania się” użytkowników chcących mieć dostęp do zasobów sieci lub pojedynczego punktu zarządzania siecią (zob. w szczególności odpowiedzi podmiotów I 30, I 46-16, I 46-37 i spółki Inditex). Inne organizacje podnoszą względy związane z kosztami, wskazując w szczególności, że używanie tego samego systemu operacyjnego do dostarczania usług grupy roboczej umożliwia obniżenie kosztów zarządzania (zob. w szczególności odpowiedzi podmiotu I 49-19 i spółki Inditex).
493. Prawdą jest, że w opisie „zadań grupy roboczej” zawartym w żądaniu udzielenia informacji z dnia 4 czerwca 2003 r. Komisja także umieściła „obsług[ę] usług wewnętrznej poczty elektronicznej i służących współpracy oraz innych aplikacji, które są pozbawione kluczowego znaczenia”, a także że wiele zapytanych organizacji zaaprobowało objęcie tych usług tym opisem. Prawdą jest także, że w odpowiedzi na pytanie nr 2 tego samego żądania udzielenia informacji 62 organizacje na 85 (czyli około 72,9%) wskazały, iż cenią elastyczność oferowaną przez system operacyjny dla serwerów grupy roboczej, który poza usługami udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników jest w stanie zaoferować aplikacje, które są pozbawione kluczowego znaczenia.
494. Jednakże nie można na podstawie tych tylko twierdzeń wyciągać wniosku, że Komisja za wąsko zdefiniowała drugi rynek produktu.
495. Po pierwsze bowiem, należy wprowadzić pewne rozróżnienia między tymi twierdzeniami. Należy zatem przypomnieć, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 żądania udzielenia informacji z dnia 4 czerwca 2003 r. wiele zapytanych organizacji odpowiedziało, iż w ich ramach usługi wewnętrznej poczty elektronicznej lub służące współpracy są wykonywane na wyspecjalizowanych serwerach, i odróżniło te usługi od innych usług grupy roboczej przytoczonych przez Komisję (zob. w szczególności odpowiedzi podmiotów I 09-1, I 11, I 22, I 37, I 53, I 46-13, I 46-15, I 59 i I 72, a także spółek Danish Crown, Spardat i Stork Food & Dairy Systems). Na przykład podmiot I 37, stwierdzając, że zadania grupy roboczej zdefiniowane przez Komisję stanowią zespół powiązanych między sobą zadań serwera, wskazał, iż „[usługi] udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania stacjami roboczymi są wykonywane razem”, podczas gdy „[usługi] wewnętrznej poczty elektronicznej [są wykonywane] przez inny zespół serwerów”. Podobnie podmiot I 46-15 wyjaśnił, że posiada „serwer, który dostarcza tylko usług udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania stacjami roboczymi”.
496. Po drugie, jak wskazała Komisja w motywach 353 i 354 zaskarżonej decyzji i jak przypomina w swej odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych postawionych przez Sąd, z badania rynku z 2003 r. wynika także, że gdy organizacje korzystają z danego systemu operacyjnego w celu dostarczania usług udostępniania plików lub drukarek, używają one zasadniczo tego samego systemu operacyjnego w celu dostarczania usług zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników. Należy w tym względzie podnieść, że Microsoft nie podważa twierdzeń zawartych w przypisach na str. 436 i 438 zaskarżonej decyzji i dotyczących „współczynników korelacji” obliczonych przez Komisję na podstawie odpowiedzi na zawarte w jej żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. pytanie nr 5. Komisja wyjaśnia w tych przypisach, że „współczynnik korelacji” pomiędzy częścią

obciążenia pracą systemu NetWare lub systemu Windows przez jedną z usług grupy roboczej, czyli udostępniania plików, drukarek czy zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, a częścią obciążenia pracą tego samego systemu przez inną z tych usług jest szczególnie wysoki. Dużo niższy jest natomiast „współczynnik korelacji” pomiędzy częścią obciążenia pracą systemu NetWare lub systemu Windows przez jedną z usług grupy roboczej a częścią obciążenia pracą tego samego systemu przez innego rodzaju usługi, w szczególności usługi wewnętrznej poczty elektronicznej lub innych aplikacji, które są pozbawione kluczowego znaczenia. Komisja dodaje, że te same twierdzenia można wywieść z niektórych wyników drugiego i trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer. Innymi słowy, z dowodów tych, niepodważonych przez Microsoft, wynika, że dużo częściej łączy się na tym samym serwerze usługi grupy roboczej przyjęte przez Komisję niż jedną z tych usług i usługę innego rodzaju.

497. Choć zaś prawdą jest, że użytkownicy przywiązują pewną wagę do możliwości używania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w celu wykonywania, oprócz usług grupy roboczej, niektórych zadań, które są pozbawione kluczowego znaczenia, pozostaje to bez wpływu na wnioski, zgodnie z którym istnieje odrębny popyt na systemy operacyjne dla serwerów dostarczające usługi grupy roboczej. Skoro zaś zostało ustalone, że to te trzy rozpatrywane kategorie usług determinują wybór od strony popytowej, nie jest istotne, iż systemy operacyjne dla serwerów należące do rynku właściwego są w stanie wykonywać pewne dodatkowe zadania.
498. Należy dodać, że jak zostało wskazane w motywach 357, 358 i 628 zaskarżonej decyzji, oświadczenia klientów przedstawione przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego potwierdzają zasadność analizy Komisji.
499. Z oświadczeń tych wynika bowiem, że choć z pewnością, jak to wielokrotnie podkreśliła Microsoft w swych pismach, organizacje posiadają często sieci informatyczne „heterogeniczne”, czyli takie, w których używa się systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i dla stacji roboczych pochodzących od różnych producentów, używają one jednakże, w celu wykonywania różnych rodzajów zadań, różnych rodzajów serwerów. W szczególności ze wspomnianych oświadczeń wynika, że usługi grupy roboczej w rozumieniu przyjętym przez Komisję są zasadniczo dostarczane przez inne rodzaje serwerów niż te oferujące aplikacje o kluczowym znaczeniu. Tak więc z dokonanej przez te organizacje opisu środowiska informatycznego wynika, że zazwyczaj usługi grupy roboczej są dostarczane przez serwery o podstawowej jakości, na których zainstalowany jest system Windows lub NetWare, podczas gdy aplikacje o kluczowym znaczeniu funkcjonują na droższych i większych serwerach, na których zainstalowany jest system operacyjny UNIX, lub na głównych komputerach typu „mainframe”.
500. Na przykład duża grupa podmiotów prowadzących działalność w sektorach chemicznym i farmaceutycznym wskazuje, że aplikacje o kluczowym znaczeniu, jakich używają one do wypłaty płac swojemu personelowi oraz przeprowadzania wewnętrznych operacji bankowych, funkcjonują na głównych komputerach typu „mainframe”. Dodają one, że inne aplikacje o kluczowym znaczeniu, używane w szczególności do zarządzania administracyjnego i technicznego niektórymi działami, są oferowane przez serwery funkcjonujące w systemie UNIX. Natomiast zadania, które są pozbawione kluczowego znaczenia, a w szczególności zadania udostępniania plików i drukarek oraz zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, są, w ramach tej grupy podmiotów, wykonywane przez osobne serwery, na których zainstalowane są głównie systemy operacyjne Windows. Podobnie duża linia lotnicza wyjaśnia, że aplikacje, których używa w szczególności do planowania lotów i wykonywania usług rezerwacji, obsługiwane są przez serwery funkcjonujące w systemie UNIX, podczas gdy aplikacje, które są pozbawione kluczowego znaczenia, obsługiwane są przez serwery funkcjonujące w systemie Windows. Innym stosownym przykładem jest przykład grupy bankowej, która wskazuje, że używa serwerów funkcjonujących w systemie UNIX w przypadku zasadniczych aplikacji finansowych, serwerów funkcjonujących w systemie Solaris – w przypadku innych aplikacji finansowych oraz aplikacji opracowywanych wewnątrz grupy bankowej, a serwerów funkcjonujących w systemie Windows NT – w przypadku obsługi „funkcji infrastrukturalnych, takich jak usługi domeny (w szczególności logowanie i uwierzytelnianie), a także usług z zakresu plików i drukowania”.
501. Należy podnieść, że jak zostało w szczególności wskazane w motywach 58 i 346 zaskarżonej decyzji, nie wszystkie serwery podstawowej jakości są używane do dostarczania usług grupy roboczej.

Niektóre z tych serwerów są bowiem zainstalowane „na krawędzi” sieci i są przeznaczone do wykonywania zadań specjalnych, takich jak zadania serwera WWW, pamięci podręcznej WWW i firewalla.

502. Wreszcie argument Microsoft, zgodnie z którym z danych IDC wynika, że z wyjątkiem systemu NetWare spółki Novell systemy operacyjne, które Komisja uznaje za „systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej”, poświęcają dużo mniej czasu na wykonywanie zadań grupy roboczej niż na wykonywanie innych zadań, nie może być przyjęty. Argument ten oparty jest na danych IDC, z których wynika, że tylko 24% sprzedaży, we wszystkich przedziałach cenowych, serwerów, na których zainstalowany jest system operacyjny Windows, odnosi się do zadań „udostępniania plików”, „drukarek” i „zarządzania siecią” (zob. przypis na str. 93 repliki). Tymczasem jak wynika w szczególności z motywów 487 i 488 zaskarżonej decyzji i jak zostanie wyjaśnione bardziej szczegółowo w pkt 553 poniżej, metodologia zastosowana przez IDC w celu obliczenia udziałów w rynku obciążona jest pewnymi nieścisłościami. W każdym razie nawet jeśli należałoby stwierdzić, że wyżej wspomniane zadania odpowiadają usługom grupy roboczej, o których mowa w zaskarżonej decyzji, stosunek procentowy obliczony na podstawie danych IDC stanowi jedynie tę część sprzedaży przez Microsoft wszystkich wersji systemów operacyjnych dla serwerów, która odnosi się do rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. W przeciwnieństwie bowiem do tego, co twierdzi Microsoft, ta wyrażona w procentach wielkość nie ogranicza się do systemów operacyjnych dla grupy roboczej.
503. Po drugie, Komisja stwierdziła, opierając się w szczególności na dokonanych przez Microsoft opisie swych produktów, że systemy operacyjne dla serwerów są „optymalizowane” pod kątem zadań, jakie mają wykonywać (motywy 359–368 zaskarżonej decyzji).
504. Sąd uważa, że akta sprawy potwierdzają zasadność tego stwierdzenia.
505. W odniesieniu zatem do systemów operacyjnych dla serwerów gry Windows 2000 z informacji opublikowanych przez Microsoft na jej stronie internetowej wynika, że są one wprowadzane na rynek w trzech różnych wersjach, czyli Windows 2000 Server, Windows 2000 Advanced Server i Windows 2000 Datacenter Server, oraz że każda z tych wersji jest przeznaczona do zaspokojenia szczególnego, uwarunkowanego rodzajem zadań popytu ze strony użytkowników.
506. Microsoft opisuje Windows 2000 Server jako wersję systemów operacyjnych dla serwerów Windows 2000 o „podstawowej jakości” i jako „rozwiązanie dostosowane do serwerów grupy roboczej w zakresie zadań udostępniania plików, drukarek i komunikacji” (motyw 361 zaskarżonej decyzji). Spółka ta wyjaśnia, że Windows 2000 Server „może służyć za podstawę dla od jednego do czterech procesorów i aż do czterech [gigabajtów (GB)]” (motyw 346 zaskarżonej decyzji).
507. Microsoft przedstawia Windows 2000 Advanced Server jako „system operacyjny idealny dla najważniejszych aplikacji biznesowych i tych służących obsłudze handlu elektronicznego, które wiążą się z większym obciążeniem pracą i przeprowadzaniem procesów o wysokim priorytecie” (motyw 362 zaskarżonej decyzji). Spółka ta wyjaśnia, że Windows 2000 Advanced Server nie tylko zawiera wszystkie funkcje oferowane przez Windows 2000 Server, ale ponadto posiada „właściwości dodatkowe w zakresie możliwości poszerzenia i niezawodności, takie jak »clustering«, mające na celu zapewnienie funkcjonowania aplikacji o kluczowym znaczeniu w najbardziej wymagających przypadkach” (motyw 362 zaskarżonej decyzji). Microsoft wskazuje także, że Windows 2000 Advanced Server „może służyć za podstawę dla od jednego do ośmiu procesorów i aż do ośmiu GB” (motyw 364 zaskarżonej decyzji).
508. Wreszcie Microsoft przedstawia Windows 2000 Datacenter Server jako system oferujący „maksymalną niezawodność i dostępność” i stanowiący „system operacyjny idealny dla uruchamiania na nim baz danych o kluczowym znaczeniu i oprogramowania do planowania zasobów przedsiębiorstwa” (motyw 363 zaskarżonej decyzji). Spółka ta wyjaśnia, że Windows 2000 Datacenter Server „jest przeznaczony dla przedsiębiorstw, które potrzebują bardziej zaawansowanych technologicznie i niezawodnych sterowników i oprogramowania”, i że „może on służyć za podstawę dla od jednego do 32 procesorów i aż do 64 GB” (motywy 363 i 364 zaskarżonej decyzji).
509. Należy stwierdzić, że Microsoft w podobny sposób przedstawia różne wersje systemów operacyjnych dla serwerów gry, która zastąpiła grę Windows 2000, czyli Windows Server 2003 Standard Edition, Windows Server 2003 Enterprise Edition, Windows Server 2003 Datacenter Edition i Windows Server 2003 Web Edition.

510. Tak więc Windows Server 2003 Standard Edition został opisany przez Microsoft jako „system operacyjny sieci wielozadaniowej idealny dla zaspokajania bieżących potrzeb organizacji wszelkich rozmiarów, ale w szczególności małych przedsiębiorstw i grup roboczych” i jako „[umożliwiający] inteligentne udostępnianie plików i drukarek [oraz oferujący] nawiązanie zabezpieczonej łączności internetowej, wdrażanie scentralizowanego zarządzania stacjami roboczymi, a także rozwiązań WWW umożliwiających połączenie pracowników, partnerów i klientów” (motyw 365 zaskarżonej decyzji).
511. W odniesieniu do Windows Server 2003 Enterprise Edition Microsoft wyjaśnia, że system ten oferuje, oprócz funkcji istniejących w Windows Server 2003 Standard Edition, „charakterystyki niezawodności wymagane dla mających kluczowe znaczenie aplikacji przedsiębiorstwa” (motyw 366 zaskarżonej decyzji).
512. W odniesieniu do Windows Server 2003 Datacenter Edition Microsoft wskazuje, że ten system operacyjny „został stworzony z myślą o mających kluczowe znaczenie aplikacjach wymagających najwyższego poziomu zdolności do rozbudowy, dostępności i niezawodności” (motyw 366 zaskarżonej decyzji).
513. Wreszcie Windows Server 2003 Web Edition został opisany przez Microsoft jako „przeznaczony do tworzenia i przechowywania (hostingu) aplikacji, stron i usług WWW” i jako „stworzony specjalnie z myślą o dedykowanych usługach WWW” (motyw 367 zaskarżonej decyzji). Microsoft podkreśla, że system ten „może być używany tylko w celu zamieszczania stron WWW, adresów WWW, aplikacji WWW i usług WWW” (motyw 367 zaskarżonej decyzji).
514. Z powyższego wynika zatem, że sama Microsoft przedstawia różne wersje swych systemów operacyjnych dla serwerów jako mające na celu zaspokajanie odrębnych, w kategoriach zadań, rodzajów potrzeb użytkowników. Z tych przedstawionych przez Microsoft elementów stanu faktycznego wynika także, że te różne wersje nie są przeznaczone do funkcjonowania na tym samym sprzęcie informatycznym.
515. Ponadto należy podnieść, że produkty innych twórców systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej są także „optymalizowane” pod kątem dostarczania usług grupy roboczej. Jest tak w szczególności w przypadku produktów przedsiębiorstwa Red Hat, którego systemy operacyjne Red Hat Enterprise Linux ES i Red Hat Enterprise Linux AS są wyraźnie przeznaczone do zaspokajania odrębnych rodzajów potrzeb użytkowników. Jak zatem wskazuje Komisja w przypisie na str. 463 zaskarżonej decyzji, przedsiębiorstwo to opisuje na swej stronie internetowej system Red Hat Enterprise Linux ES jako „doskonale dostosowany do usług sieci, plików, drukowania, poczty elektronicznej i do serwera WWW, a także do standardowych lub dedykowanych aplikacji biznesowych”. Natomiast system Red Hat Enterprise Linux AS Red Hat przedstawia jako system przeznaczony dla „systemów zaawansowanych technologicznie i o kluczowym znaczeniu” i jako „optymalne rozwiązanie dla wielkich serwerów departamentalnych i serwerów centrów danych”. Jest to zgodne z twierdzeniem, zgodnie z którym systemy operacyjne, które są zainstalowane na zaawansowanych technologicznie serwerach, są przeznaczone do wykonywania zadań o kluczowym znaczeniu i powinny w związku z tym być najbardziej niezawodne i posiadać więcej funkcji niż systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej (motywy 57 i 346 zaskarżonej decyzji).
516. Po trzecie, Komisja oparła się na „strategii Microsoft w zakresie cen”, a w szczególności na fakcie, że Microsoft fakturuje po różnych cenach poszczególne wersje swych systemów operacyjnych dla serwerów (motywy 369–382 zaskarżonej decyzji).
517. W tym względzie należy najpierw podnieść, że z informacji zamieszczonych w motywach 370–373 zaskarżonej decyzji i niepodważonych przez Microsoft wynika, iż pomiędzy poszczególnymi wersjami systemów operacyjnych dla serwerów Microsoft istnieją znaczne różnice cen zarówno w przypadku gamy Windows 2000 Server, jak i gamy Windows Server 2003.
518. Na podstawie 25 licencji dostępowych lub „Client Access Licenses (CAL)” stwierdzić zatem należy, że cena sprzedaży systemu Windows 2000 Advanced Server jest 2,22 razy wyższa od ceny Windows 2000 Server. W odniesieniu do systemu Windows 2000 Datacenter Server jego cena sprzedaży jest 5,55 razy wyższa od ceny systemu Windows 2000 Server (na podstawie 25 CAL).
519. Podobnie na podstawie 25 CAL stwierdzić należy, że cena sprzedaży systemu Windows Server 2003 Enterprise Edition jest 2,22 razy wyższa od ceny sprzedaży systemu Windows Server 2003

- Standard Edition. Cena sprzedaży systemu Windows Server 2003 Datacenter Edition jest 5,55 razy wyższa od ceny sprzedaży systemu Windows Server 2003 Standard Edition (na podstawie 25 CAL). W odniesieniu do systemu Windows Server 2003 Web Edition, który może być używany tylko do wykonywania niektórych określonych zadań (zob. pkt 513 powyżej), jest on sprzedawany po cenie znacznie niższej od ceny systemu Windows Server 2003 Standard Edition.
520. Następnie należy podkreślić, że w przeciwieństwie do tego, co wydaje się sugerować Microsoft (zob. pkt 446 powyżej), Komisja wniosku, iż wspomniane wersje należą do odrębnych rynków produktu, nie wywodzi z samego tylko faktu, że Microsoft fakturuje różne wersje swego systemu operacyjnego dla serwerów po różnych cenach. W odniesieniu do substytucyjności popytowej Komisja uwzględniła nie tylko ten element, ale także i przede wszystkim fakt, że każda z tych różnych wersji jest przeznaczona do spełniania szczególnego rodzaju zapotrzebowania użytkowników.
521. Ponadto Microsoft nie może opierać się na fakcie, że „droższe” wersje jej produktów gry Windows Server 2003, czyli systemy Windows Server 2003 Enterprise Edition i Windows Server 2003 Datacenter Edition, umożliwiają wykonywanie takich samych zadań grupy roboczej jak system Windows Server 2003 Standard Edition. Choć bowiem jest to prawda, niemniej jednak dwa pierwsze systemy są przeznaczone do zaspokajania innych rodzajów potrzeb niż ten trzeci system i jest mało prawdopodobne, aby użytkownik zainteresowany tylko usługami grupy roboczej nabył w tym celu system znacznie droższy od systemu Windows Server 2003 Standard Edition.
522. Jak słusznie podnosi Komisja w motywie 376 zaskarżonej decyzji, sama Microsoft podziela tę opinię, ponieważ w swej dokumentacji handlowej, odnosząc się do systemów gry Windows 2000 Server, wskazuje:
- „[T]rzy produkty należące do tej rodziny – Windows 2000 Server, [Windows 2000] Advanced Server i [Windows 2000] Datacenter Server – umożliwiają Państwu dostosowanie wielkości inwestycji w taki sposób, aby uzyskać poziom dostępności systemu stosowny do przeprowadzanych przez Państwa różnych operacji handlowych, bez konieczności przeplacania za operacje, które nie wymagają maksymalnego nieprzerwanego czasu pracy”.
523. W tym samym kontekście Microsoft nie może także opierać się na fakcie, że system operacyjny Windows Server 2003 Standard Edition umożliwia również wykonywanie zadań innych niż zadania grupy roboczej. Argument ten nie uwzględnia bowiem faktu, że Microsoft fakturuje ten system operacyjny po różnych cenach, w zależności od tego, czy jest przeznaczony do używania do dostarczania usług grupy roboczej, czy też innych rodzajów usług. Jak wyjaśniono w motywach 84 i 380 zaskarżonej decyzji, ceny określone przez Microsoft dla systemu operacyjnego Windows Server 2003 Standard Edition obejmują opłatę naliczaną od każdego serwera, na którym jest zainstalowany, oraz opłatę (CAL) naliczaną od każdej stacji roboczej, której ten serwer dostarcza usługi grupy roboczej. Użytkownik nie musi natomiast nabywać CAL, jeśli zamierza używać tego systemu operacyjnego do wykonywania zadań „nieuwierzytelnionych”, takich jak zadania firewalla, proxy lub pamięci podręcznej. Wnioski te wskazują ponadto na to, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym „dostawcy nie fakturują tej samej edycji systemu operacyjnego dla serwerów różnym osobom po różnych cenach w zależności od sposobu, w jaki będą go one używać”, jest nieprawdziwe.
524. Wreszcie, po czwarte, Komisja podniosła, że systemy operacyjne dla serwerów inne niż systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej nie muszą współpracować ze stacjami roboczymi w ramach organizacji w tak samo pełnym zakresie, jak te ostatnie systemy (motywy 346 i 383–386 zaskarżonej decyzji).
525. W tym względzie należy zauważyć, że już w pkt 385 powyżej zostało stwierdzone, iż Komisja słusznie dokonała takiej oceny. W każdym razie ocena Microsoft nie podważa tej oceny.
526. Z powyższych rozważań wynika, że Microsoft nie wykazała, iż wniosek Komisji, zgodnie z którym nie istnieje produkt, który od strony popytowej jest w stanie wyrzucić na systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej taką presję konkurencyjną, aby mogły zostać one włączone do tego samego rynku właściwego produktu (motyw 387 zaskarżonej decyzji), jest w oczywisty sposób błędny.
527. W odniesieniu w drugim rzędzie do substytucyjności podażowej należy stwierdzić, że kwestia ta została przeanalizowana przez Komisję w motywach 388–400 zaskarżonej decyzji.

528. Komisja stoi w tym względzie na stanowisku, że „inni twórcy systemów operacyjnych, w tym w szczególności twórcy systemów operacyjnych dla serwerów, nie są w stanie przestawić swych zasobów produkcyjnych i dystrybucyjnych na systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej bez jednoczesnego poniesienia znacznych dodatkowych kosztów i ryzyka oraz w terminie wystarczająco krótkim, aby względy związane z substytucyjnością podażową mogły mieć znaczenie dla niniejszej sprawy” (motyw 399 zaskarżonej decyzji). Komisja odrzuca w szczególności tezę przedstawioną przez Microsoft w odpowiedzi z dnia 16 listopada 2001 r. na drugie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, zgodnie z którą istnieje „praktycznie natychmiastowa substytucyjność podażowa” w tym znaczeniu, że wystarczyłoby „dezaktywować bardziej złożone funkcje” zawarte w systemach operacyjnych dla zaawansowanych technologicznie serwerów wysokiej jakości, aby uzyskać produkt porównywalny z systemem operacyjnym dla serwerów grupy roboczej.
529. Należy stwierdzić, że w treści swych pism procesowych Microsoft nie podnosi żadnego konkretnego argumentu, który mógłby podważyć analizę dokonaną przez Komisję w wyżej wspomnianych motywach zaskarżonej decyzji. W replice spółka ta ogranicza się do stwierdzenia w sposób ogólny, że „[k]oszt wprowadzenia zmian byłby w wielu przypadkach zerowy”, a „niewielki w innych”, nie wyjaśniając nawet, czy zamiera w ten sposób podważyć twierdzenia Komisji dotyczące braku substytucyjności podażowej.
530. W tych okolicznościach należy stwierdzić, że Microsoft nie wykazała, iż Komisja w błędny sposób doszła do wniosku, że w niniejszym przypadku nie zachodzi substytucyjność podażowa.
531. Z powyższego należy wyciągnąć wniosek, że Komisja słusznie zdefiniowała drugi rynek produktu jako rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
532. Tego ostatniego wniosku nie może podważyć argument Microsoft, zgodnie z którym „[n]ikt w branży nie używa wyrażenia »serwer grupy roboczej« w znaczeniu użytym przez Komisję w celu zdefiniowania [właściwego rynku produktu]”. Z jednej strony bowiem, jak słusznie podkreśla Komisja, terminologia, jaką wykorzystuje ona w celu określenia rynku, jest pozbawiona znaczenia dla ustalenia, czy prawidłowo go zdefiniowała. Z drugiej strony argument Microsoft nie ma w żadnym razie oparcia w okolicznościach faktycznych, ponieważ z akt sprawy wynika, że wyrażenia „serwer grupy roboczej” i „system operacyjny dla serwerów grupy roboczej” są używane w branży w celu opisanego produktów tego rodzaju, o których mowa w zaskarżonej decyzji. W swej złożonej do Komisji skardze z dnia 10 grudnia 1998 r. Sun wyjaśnia zaś wyraźnie, że odnosi się ona do postępowania Microsoft „w sektorze systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”. Podobnie należy przypomnieć, że sama Microsoft w dokumentacji handlowej przedstawia swój system operacyjny Windows 2000 Server jako „rozwiązanie dostosowane do serwerów grupy roboczej w przypadku zadań z zakresu plików, drukowania i komunikacji” (zob. pkt 506 powyżej).
- W przedmiocie metodologii zastosowanej w celu obliczenia udziałów w rynku
533. Microsoft zarzuca Komisji, że ta zastosowała w celu obliczenia udziałów poszczególnych podmiotów w drugim rynku produktu niewłaściwą metodę. Spółka ta twierdzi w szczególności, że metodologia ta nie dostarcza żadnej „istotnej informacji w odniesieniu do pozycji dominującej”.
534. Sąd uważa, że ze względów, które zostaną wyjaśnione poniżej, Microsoft nie wykazała, iż metodologia zastosowana przez Komisję jest obciążona oczywistym błędem w ocenie.
535. W motywach 473–490 zaskarżonej decyzji Komisja zamieszcza szczegółowe wyjaśnienia dotyczące tej metodologii.
536. Komisja wskazuje najpierw, że w celu dokonania oceny pozycji poszczególnych podmiotów na rynku wykorzystuje ona dwie kategorie „wartości wskaźnikowych” (proxies), czyli z jednej strony dane szacunkowe opracowane przez IDC na podstawie przedziałów cenowych sprzętu, a także na podstawie podziału na poszczególne zadania wykonywane przez serwery, oraz z drugiej strony dane szacunkowe udziałów w rynku oparte na wynikach badania rynku z 2003 r. oraz przeprowadzonych przez Mercer drugiego i trzeciego sondażu (motyw 473 zaskarżonej decyzji).
537. Należy najpierw podnieść, że z całości stwierdzeń zamieszczonych w poprzednim punkcie wynika, iż zarzut Microsoft, zgodnie z którym Komisja uwzględniła przy obliczaniu udziałów w rynku tylko czas poświęcany przez systemy operacyjne dla serwerów na wykonywanie zadań grupy roboczej i wielkość sprzedaży systemów operacyjnych dla serwerów kosztujących mniej niż 25 000 USD,

- jest oczywiście nieprawdziwy. Microsoft nie wspomniała, że Komisja wzięła pod uwagę także dane pochodzące z innych źródeł niż IDC. Jak zostanie wskazane w pkt 556 poniżej, udziały w rynku, które zostały ustalone na podstawie tych ostatnich danych, odpowiadają co do zasady udziałom określonym na podstawie danych IDC.
538. Następnie Komisja stwierdza, że oceny wielkości udziałów w rynku należy dokonać przy uwzględnieniu zarówno liczby sprzedanych jednostek, jak i obrotów osiągniętych dzięki sprzedaży oprogramowania wraz ze sprzętem (motywy 474–477 zaskarżonej decyzji).
539. Wreszcie w odniesieniu do danych IDC Komisja uważa za konieczne dostosowanie ich przy zastosowaniu dwóch „filtrów” (motywy 478–489 zaskarżonej decyzji). Z jednej strony uwzględniła ona tylko serwery, których cena sprzedaży jest niższa od 25 000 USD lub 25 000 EUR, ponieważ w tym czasie, jak wynika z przypisu na str. 6 zaskarżonej decyzji, jedno euro odpowiadało około jednemu dolarowi. Z drugiej strony uwzględniła ona tylko niektóre kategorie zadań określonych przez IDC.
540. Zarzut Microsoft dotyczy właśnie zastosowania tych dwóch filtrów.
541. W odniesieniu do pierwszego filtra Microsoft ogranicza się w treści repliki do podważenia w sposób ogólny jego stosowności dla niniejszej sprawy. W załączniku C.12 do repliki wyjaśnia nieco swą argumentację, z jednej strony twierdząc, że badanie rynku z 2003 r. – którego niektóre wyniki zostały wykorzystane przez Komisję w celu uzasadnienia zastosowania tegoż filtra – dotyczy „zachowania szczególnej grupy klientów”, i z drugiej strony krytykując fakt, że Komisja uwzględniła cenę sprzedaży serwerów, a nie cenę systemów operacyjnych. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii spółka ta podnosi, że ten sam system operacyjny dla serwerów grupy roboczej może funkcjonować na serwerach o bardzo różnych cenach, a w szczególności na serwerach kosztujących więcej niż 25 000 USD.
542. Argumentów tych nie można przyjąć.
543. W pierwszej kolejności bowiem podmioty, którym Komisja zadała pytania w ramach badania rynku z 2003 r., nie stanowią „szczególnej grupy klientów”. Jak zostało wskazane w motywie 8 zaskarżonej decyzji, podmiotami tymi są spółki wybrane losowo przez Komisję, posiadające siedziby w różnych państwach członkowskich, o różnych rozmiarach i prowadzące działalność w różnych sektorach gospodarki.
544. Następnie należy podnieść, że jak wyjaśniła Komisja w odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych Sądu, granica cenowa 25 000 USD lub 25 000 EUR odnosi się do „całkowitego kosztu systemu (czyli sprzętu i oprogramowania)”. Sąd uważa, że przy obliczaniu udziałów podmiotów w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Komisja słusznie uwzględniła cenę sprzętu wraz z oprogramowaniem. Jak bowiem stwierdzono w motywach 69 i 474 zaskarżonej decyzji, wielu dostawców, w tym Sun i większość dostawców produktów UNIX, opracowuje i wprowadza na rynek jednocześnie systemy operacyjne dla serwerów i sprzęt. Należy stwierdzić ponadto, że w toku postępowania administracyjnego sama Microsoft zalecała podejście przyjęte przez Komisję (zob. motyw 476 zaskarżonej decyzji).
545. Wreszcie należy stwierdzić, że Komisja słusznie zastosowała granicę cenową 25 000 USD lub 25 000 EUR, która jest kwotą odpowiadającą maksymalnej cenie sprzedaży serwerów należących do pierwszej z trzech kategorii serwerów, w oparciu o które IDC dzieli rynek na potrzeby swej analizy (motyw 480 zaskarżonej decyzji). Z wyników badania rynku z 2003 r. wynika bowiem, że systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej funkcjonują co do zasady na względnie tanich serwerach, w przeciwieństwie do aplikacji o kluczowym znaczeniu, które są uruchamiane przez serwery zaawansowane technologicznie.
546. W ramach tego badania Komisja w szczególności zaś zwróciła się do objętych nim organizacji, aby wyjaśniły, jaka jest cena, którą są one w stanie zapłacić za serwer grupy roboczej (pytanie nr 3 żądania udzielenia informacji z dnia 4 czerwca 2003 r.). Na 85 organizacji, które odpowiedziały na to pytanie, 83 (czyli około 97,6%) wskazało, że nie zapłaciłyby kwoty wyższej od 25 000 EUR.
547. Podobnie w żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. Komisja zadała organizacjom pewne pytania dotyczące ich dokonanych i planowanych zakupów serwerów przeznaczonych do dostarczania usług z zakresu plików i drukowania (pytania nr 8 i 9). Z odpowiedzi na te pytania wynika, że na 8236 serwerów zakupionych w tym celu przez te organizacje 8001 (czyli około

- 97,1%) kosztowało poniżej 25 000 EUR i że na 2695 planowanych zakupów takich serwerów 2683 (czyli około 99,6%) kosztowało poniżej 25 000 EUR (motyw 479 zaskarżonej decyzji).
548. W odniesieniu do drugiego filtru Microsoft ogranicza się w treści repliki do stwierdzenia, że jego zastosowanie prowadzi do absurdu skutku polegającego na tym, że „jeden i ten sam system operacyjny jest uznawany jednocześnie za należący do danego rynku lub za znajdujący się poza nim, w zależności od zadań, jakie wykonuje w danym momencie”. W załączniku C.12 do repliki spółka ta dodaje, że „znaczną część sprzedaży (szczerze) wykluczonej z rynku [przy zastosowaniu tego filtru] odpowiada prawie z pewnością sprzedaży edycji [systemów operacyjnych dla serwerów], które wchodzi w zakres rynku proponowanego przez Komisję [czyli rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej]”.
549. Argumenty te także nie mogą zostać przyjęte.
550. Należy bowiem stwierdzić, że Komisja nie tylko w pełni słusznie zastosowała ten drugi filtr, ale także że Microsoft w dużej mierze wyolbrzymia konsekwencje jego zastosowania.
551. W tym względzie należy przypomnieć przyczynę, dla której Komisja uznała zastosowanie wspomnianego filtru za konieczne. Jak wynika z motywu 482 zaskarżonej decyzji, przyczyną jego zastosowania było to, że nie wszystkie systemy operacyjne, które są zainstalowane na serwerach kosztujących mniej niż 25 000 USD lub 25 000 EUR, są systemami dostarczającymi usług grupy roboczej. W szczególności niektóre z tych systemów są przeznaczone wyłącznie do wykonywania wyspecjalizowanych zadań, umieszczonych poza sieciami grupy roboczej lub na ich krawędzi, takich jak usługi WWW i firewalla. Ma to na przykład miejsce w przypadku systemu Windows Server 2003 Web Edition, którego warunki licencji zakazują używania go do dostarczania usług grupy roboczej i który jest zazwyczaj zainstalowany na serwerach o cenie niższej niż 25 000 USD lub 25 000 EUR.
552. Komisja słusznie zatem stwierdziła, że należy potraktować dane IDC dotyczące sprzedaży serwerów kosztujących mniej niż 25 000 USD lub 25 000 EUR jako względne, biorąc także pod uwagę różny rodzaj wykonywanych przez te serwery zadań (motyw 483 zaskarżonej decyzji). W tym celu wykorzystwała ona dane IDC zawarte w bazie danych zwanej „IDC Server Workloads 2003 Model”. Chodzi o dane zebrane u konsumentów, do których IDC zwróciła się o wyjaśnienie zadań (lub „obciążenia pracą”) wykonywanych przez serwery, których używają oni w ich organizacji. Jak już zostało przedstawione w pkt 431 powyżej, IDC określiła osiem głównych kategorii zadań i wyodrębniła w ich ramach wiele podkategorii. Komisja przyjęła podkategorie zwane „udostępnianie plików i drukarek” i „zarządzanie siecią”, które były najbliższe usługom „udostępniania plików i drukarek” oraz „zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników”, o których mowa w zaskarżonej decyzji (motyw 486 zaskarżonej decyzji).
553. Z pewnością zadania należące do dwóch wyżej wspomnianych podkategorii nie odpowiadają w pełni usługom stanowiącym rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Komisja miała zresztą pełną tego świadomość, jak wynika z przykładów, które podaje w motywach 487 i 488 zaskarżonej decyzji i które wskazują w szczególności na to, że niektóre zadania wykonywane na zaawansowanych technologicznie serwerach mogą być włączone do jednej lub drugiej z tych podkategorii, podczas gdy nie ulega wątpliwości, że nie stanowią one zadań grupy roboczej.
554. Jednak to właśnie połączenie tych dwóch krytykowanych przez Microsoft filtrów umożliwia zmniejszenie tego problemu zgodności pomiędzy zadaniami zdefiniowanymi przez IDC i zadaniami przyjętymi przez Komisję.
555. W każdym razie należy stwierdzić, że udziały w rynku uzyskane po zastosowaniu tylko pierwszego filtru nie różnią się znacznie od tych uzyskanych po zastosowaniu obydwóch filtrów łącznie. W odniesieniu do udziału w rynku Microsoft w 2002 r. obliczonego na podstawie wszystkich serwerów sprzedanych po cenie niższej od 25 000 USD wynosi on zatem 64,9% w kategoriach sprzedanych jednostek i 61% w kategoriach wielkości obrotów (motyw 491 zaskarżonej decyzji). Uwzględniając w odniesieniu do tych samych serwerów tylko podkategorie „udostępnianie plików i drukarek” oraz „zarządzanie siecią”, udziały w rynku Microsoft są następujące: 66,4% w kategoriach sprzedanych jednostek (65,7% w kategoriach wielkości obrotów) w odniesieniu do pierwszej podkategorii oraz 66,7% w kategoriach sprzedanych jednostek (65,2% w kategoriach wielkości obrotów) w odniesieniu do drugiej podkategorii (motyw 493 zaskarżonej decyzji).

556. Ogólnie rzecz ujmując, jak zostało stwierdzone w motywie 473 zaskarżonej decyzji, wyrażone w procentach wielkości uzyskane dzięki wykorzystaniu danych IDC, po zastosowaniu łącznie dwóch filtrów, odpowiadają w przybliżeniu wyrażonym w procentach wielkościom uzyskanym na podstawie wyników badań rynku z 2003 r. oraz drugiego i trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer (zob. na przykład motywy 495, 497 i 498 zaskarżonej decyzji). Należy podkreślić w tym kontekście, że Komisja za każdym razem traktowała te dane w bardzo ostrożny sposób. W odniesieniu do Microsoft przyjęła ona zatem najmniejszy udział w rynku, czyli „co najmniej 60%” (motyw 499 zaskarżonej decyzji).
557. Z powyższego należy wnioskować, że Microsoft nie wykazała, iż metodologia zastosowania przez Komisję w celu obliczenia udziałów w rynku jest obciążona oczywistym błędem w ocenie, ani w konsekwencji iż dane szacunkowe dotyczące udziałów w rynku zawarte w motywach 491–513 zaskarżonej decyzji powinny być uznane za w oczywisty sposób błędne.
558. Należy dodać, że Komisja, aby stwierdzić, iż Microsoft zajmowała pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, nie oparła się wyłącznie na jej udziałach w tym rynku. Uwzględniła ona bowiem także fakt, że istnieją bariery utrudniające wejście na ten rynek (motywy 515–525 zaskarżonej decyzji), spowodowane w szczególności efektami sieciowymi i przeszkodami dla interoperacyjności, a także ścisłymi powiązaniem handlowymi i technologicznymi pomiędzy wspomnianym rynkiem a rynkiem systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motywy 526–540 zaskarżonej decyzji).
559. Wreszcie należy przypomnieć, że w odniesieniu do rozpatrywanej stanowiącej nadużycie odmowy Komisja zarzuca Microsoft w zaskarżonej decyzji wykorzystanie, poprzez zastosowanie „efektu dźwigni” (leveraging), pozycji quasi-monopolistycznej, jaką zajmowała ona na rynku systemów operacyjnych dominującej dla stacji roboczych, w celu wywarcia wpływu na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy 533, 538, 539, 764–778, 1063, 1065 i 1069). Innymi słowy, podstawę stanowiącego nadużycie postępowania zarzucanego Microsoft stanowi pozycja dominująca, jaką zajmuje ona na pierwszym rynku produktu (motywy 567 i 787 zaskarżonej decyzji). Fakt, że Komisja niesłusznie oceniła, iż Microsoft znajduje się w pozycji dominującej na drugim rynku (zob. w szczególności motywy 491–541, 781 i 788 zaskarżonej decyzji), nie może sam z siebie doprowadzić do wyciągnięcia wniosku, że błędnie stwierdziła ona nadużycie przez Microsoft pozycji dominującej.
- W przedmiocie mającego zastosowanie kryterium
560. W zaskarżonej decyzji Komisja zbadała, czy z rozpatrywaną odmową wiąże się „ryzyko” wyeliminowania konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy 585, 589, 610, 622, 626, 631, 636, 653, 691, 692, 712, 725, 781, 992 i 1070). Microsoft uważa, że kryterium to nie jest wystarczająco ścisłe, a orzecznictwo dotyczące wykonywania prawa własności intelektualnej stawia Komisji wymóg, aby wykazała, iż odmowa przyznania licencji osobie trzeciej „może wyeliminować wszelką konkurencję” lub, innymi słowy, iż istnieje „duże prawdopodobieństwo”, że wspomniana odmowa doprowadzi do takiego rezultatu.
561. Sąd uważa, że zarzut przedstawiony przez Microsoft jest czysto terminologiczny i pozbawiony wszelkiego znaczenia dla sprawy. Wyrażenia „ryzyko wyeliminowania konkurencji” i „może wyeliminować wszelką konkurencję” są bowiem bez rozróżnienia używane przez sąd wspólnotowy w celu odzwierciedlenia tej samej idei, czyli tej, zgodnie z którą art. 82 WE nie ma zastosowania wyłącznie od momentu, gdy już nie istnieje lub prawie nie istnieje konkurencja na rynku. Gdyby Komisja musiała czekać, aż konkurenci zostaliby wyeliminowani z rynku lub aby taka eliminacja była wystarczająco nieuchronna, zanim mogłaby podjąć ona działania na podstawie tego postanowienia, byłoby to oczywiście sprzeczne z celem tego postanowienia, którym jest zachowanie niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku, a zwłaszcza ochrona konkurencji jeszcze istniejącej na rynku właściwym.
562. W niniejszym przypadku Komisja zastosowała art. 82 WE przed całkowitym urzeczywistnieniem się eliminacji konkurencji na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej tym bardziej zasadnie, że rynek ten charakteryzuje się znacznymi efektami sieciowymi i taka eliminacja byłaby trudno odwracalna (zob. motywy 515–522 i 533 zaskarżonej decyzji).
563. Należy dodać, że nie jest konieczne wykazanie eliminacji wszelkiej konkurencji na rynku. Do celów ustalenia, czy doszło do naruszenia art. 82 WE, ważne jest bowiem, aby z rozpatrywaną

odmową wiązało się ryzyko wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku lub aby taka konkurencja mogła być wskutek tej odmowy wyeliminowana. Należy wyjaśnić w tym względzie, że fakt, iż konkurencji przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą nadal są obecni w sposób marginalny w pewnych „niszach” rynku, nie wystarczy, aby dojść do wniosku o istnieniu takiej konkurencji.

564. Wreszcie należy przypomnieć, że do Komisji należy stwierdzenie, czy z daną odmową dostarczenia informacji wiąże się ryzyko wyeliminowania wszelkiej skutecznej konkurencji. Jak już zatem zostało wskazane w pkt 482 powyżej, Komisja powinna oprzeć swą ocenę na ścisłych, wiarygodnych i spójnych dowodach, które stanowią zbiór istotnych danych, które należy uwzględnić w celu dokonania oceny złożonej sytuacji i które mogą stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie.
- W przedmiocie oceny danych rynkowych i sytuacji konkurencyjnej
565. Sąd zauważa, że w zaskarżonej decyzji Komisja analizuje jednocześnie okoliczność, zgodnie z którą informacje dotyczące interoperacyjności mają charakter niezbędny, i okoliczność, zgodnie z którą z rozpatrywaną odmową wiąże się ryzyko wyeliminowania konkurencji (motywy 585–692 zaskarżonej decyzji). Dokonana przez nią analiza dzieli się na cztery części. W pierwszej z nich Komisja bada rozwój rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motywy 590–636 zaskarżonej decyzji). W drugiej części stwierdza, że interoperacyjność jest czynnikiem, który odgrywa decydującą rolę w przyjmowaniu systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej (motywy 637–665 zaskarżonej decyzji). W trzeciej wskazuje, że nie istnieją rozwiązania zastępcze w stosunku do ujawniania przez Microsoft informacji dotyczących interoperacyjności (motywy 666–687 zaskarżonej decyzji). W czwartej części Komisja czyni kilka uwag w odniesieniu do MCP (motywy 688–691 zaskarżonej decyzji).
566. Argumenty, jakie Microsoft podnosi na poparcie niniejszej części zarzutu, dotyczą zasadniczo pierwszej części wyżej wspomnianej analizy Komisji. Microsoft uważa co do zasady, że dane rynkowe podważają tezę Komisji, zgodnie z którą konkurencja na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej może zostać wyeliminowana z uwagi na rozpatrywaną odmowę.
567. W ramach tej pierwszej części Komisja najpierw zbadała rozwój udziałów w rynku Microsoft i jej konkurentów na drugim rynku produktu. Stwierdziła co do zasady, że udział w rynku Microsoft odnotował szybki i znaczny wzrost i że nadal rośnie, że szkoda w szczególności dla Novell. Komisja następnie podniosła, że udział w rynku producentów produktów UNIX jest mały. Wreszcie oceniła ona, że produkty Linux są tylko w bardzo ograniczonym stopniu obecne na rynku, że nie odnotowały żadnego wzrostu na tym rynku w ciągu kilku lat poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji i że niektóre przewidywania dotyczące ich przyszłego wzrostu nie mogą podważyć jej wniosku dotyczącego wyeliminowania skutecznej konkurencji na rynku.
568. Sąd uważa, że te poszczególne stwierdzenia są poparte dowodami zawartymi w aktach sprawy i nie mogą być podważone argumentami Microsoft.
569. Po pierwsze bowiem z akt sprawy wynika, że początkowo Microsoft dostarczała tylko systemy operacyjne dla stacji roboczych i że dopiero dosyć późno weszła ona na rynek systemów operacyjnych dla serwerów (zob. w szczególności pkt 47 odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów). Dopiero na początku lat 90. zaczęła ona opracowywać system operacyjny dla serwerów – wprowadzając na rynek pierwszy system, zwany „Windows NT 3.5 Server”, w lipcu 1992 r. – i dopiero dzięki swemu produktowi „Windows NT 4.0”, wprowadzonemu na rynek w lipcu 1996 r., osiągnęła ona rzeczywisty sukces handlowy (zob. w szczególności pkt 50 odpowiedzi z dnia 17 listopada 2000 r. na pierwsze pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i pkt 50 i 56 skargi).
570. Z danych IDC, przedstawionych w motywie 591 zaskarżonej decyzji, wynika, że udział Microsoft, w kategoriach sprzedanych jednostek, w rynku systemów operacyjnych zainstalowanych na serwerach kosztujących mniej niż 25 000 USD wzrósł z 25,4% (24,5% w przypadku obrotów) w 1996 r. do 64,9% (61% w przypadku obrotów) w 2002 r., czyli skok ten wyniósł niemalże 40% w ciągu jedynie sześciu lat.
571. Z wspomnianych w motywie 592 zaskarżonej decyzji danych IDS wynika także, że po stworzeniu przez Microsoft generacji Windows 2000 jej systemów operacyjnych udział w rynku tej spółki

odnotował trwały wzrost. Jak zaś wielokrotnie Komisja słusznie stwierdza w zaskarżonej decyzji (zob. na przykład motywy 578–584, 588 i 613), to właśnie w odniesieniu do systemów operacyjnych tej gamy produktów problemy dotyczące interoperacyjności pojawiły się w sposób szczególnie dotkliwy dla konkurentów Microsoft.

572. Tak więc na przykład oprogramowanie zwane „NDS dla NT”, które zostało opracowane przez Novell przy wykorzystaniu technik analizy odwróconej, ułatwiło interoperacyjność pomiędzy systemami operacyjnymi dla serwerów grupy roboczej konkurencyjnych wobec Microsoft spółek a strukturą domeny Windows, w tym przypadku Windows NT. Produkt ten mógł być zainstalowany na kontrolerze domeny Windows NT i umożliwiał klientom używanie NDS (Novell Directory Service, później zwanej eDirectory) Novell w celu zarządzania poszczególnymi aspektami domen Windows NT. Z uwagi na brak przekazania Novell przez Microsoft pewnych informacji NDS dla NT nie może natomiast funkcjonować z systemem operacyjnym Windows 2000 Server (zob. motyw 301 zaskarżonej decyzji).
573. Innym przykładem jest produkt „AS/U”, który AT&T stworzyła w latach 90., wykorzystując niektóre elementy kodu źródłowego Windows, jakie Microsoft zgodziła się jej przekazać w ramach licencji. Dzięki temu produktowi serwer, na którym był zainstalowany system UNIX, był w stanie funkcjonować jako kontroler domeny głównej w domenie Windows NT (zob. motyw 211 zaskarżonej decyzji). Podobnie Sun stworzyła na podstawie kodu źródłowego AS/U, który został jej przekazany przez AT&T w ramach licencji, produkt podobny do AS/U, zwany „PC NetLink”. Ten ostatni produkt, w przypadku gdy jest on zainstalowany na serwerze funkcjonującym w systemie operacyjnym Solaris, umożliwia temu serwerowi z jednej strony „dostarczanie w sposób przejrzysty klientom Windows 3.X/95/98/NT usług z zakresu plików i drukowania, usług katalogowych i usług bezpieczeństwa Windows NT” „w sposób wbudowany”, czyli bez konieczności instalowania przez użytkowników dodatkowego oprogramowania na ich stacjach roboczych, a z drugiej strony – działanie jako główny lub zapasowy kontroler domeny głównej w domenie Windows NT (zob. motyw 213 zaskarżonej decyzji). W 2001 r. Microsoft i AT&T postanowiły nie rozszerzać swego porozumienia dotyczącego licencji na pewne nowe technologie w dziedzinie systemu operacyjnego dla serwerów. Microsoft nie przekazała zatem AT&T koniecznych elementów kodu źródłowego dotyczących systemów, które zastąpiły jej systemy Windows NT 4.0. W konsekwencji PC NetLink był w stanie funkcjonować już tylko ze stacjami roboczymi, na których zainstalowany był system Windows NT – nie funkcjonował on w szczególności z systemami Windows 2000 – i stopniowo tracił zainteresowanie klientów.
574. W tym samym kontekście należy wspomnieć o różnych zmianach, jakie wyniknęły z przejścia z technologii Windows NT do technologii Windows 2000 i do Active Directory (zob. pkt 167–171 powyżej).
575. Po drugie, z akt sprawy wynika, że jednocześnie do opisanego powyżej rozwoju pozycji Microsoft Novell nadal wycofywała się z rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i stała się na nim, w ciągu zaledwie kilku lat, podmiotem o drugorzędnym znaczeniu. W czasie zaś, gdy Microsoft weszła na rynek systemów operacyjnych dla serwerów, czołowym produktem w dziedzinie dostarczania usług grupy roboczej był system NetWare spółki Novell (zob. pkt 56 skargi), która była obecna na rynku od połowy lat 80.
576. Ze wspomnianych w motywie 593 zaskarżonej decyzji danych IDC wynika zatem, że uwzględniając podkategorię „udostępnianie plików i drukarek” oraz serwery kosztujące mniej niż 25 000 USD, należy stwierdzić, że udział w rynku NetWare spadł z 33,3% w 2000 r. do 23,6% w 2002 r. w kategoriach sprzedanych jednostek oraz z 31,5% w 2000 r. do 22,4% w 2002 r. w kategoriach wielkości obrotów.
577. Spadek udziałów Novell jest potwierdzony zarówno przez oświadczenia analityków rynku, jak i przez samą Microsoft (zob. motyw 596 zaskarżonej decyzji).
578. Podobnie w sprawozdaniu zawierającym analizę wyników trzeciego sondażu Mercer wyraźnie wskazuje, że wiele organizacji ograniczyło stosowanie NetWare. Mercer podnosi w szczególności, że „[Z] odpowiedzi na pytanie o stosowanie każdego z systemów operacyjnych dla serwerów do funkcji serwera grupy roboczej w ciągu ostatnich pięciu lat wynika, iż liczba organizacji, które zmniejszyły zastosowanie NetWare, przekracza liczbę tych, które je zwiększyły w proporcji niemalże siedem do jednego (zob. str. 25 i tabela 16 sprawozdania).

579. Ponadto jak słusznie podnosi Komisja w motywach 594 i 595 zaskarżonej decyzji, niektóre wyniki badania rynku z 2003 r., jak również niektóre oświadczenia klientów przedstawione przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego, wskazują wyraźnie na tendencję do zastępowania w ramach organizacji NetWare przez Windows 2000 Server. Istnieje zaś jedynie bardzo niewiele przykładów „migracji” Windows w kierunku „NetWare” (zob. motywy 594 i 632 zaskarżonej decyzji).
580. Po trzecie, w odniesieniu do innych konkurentów Microsoft z akt sprawy wynika, że byli oni w stanie utrzymać tylko marginalną pozycję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
581. W odniesieniu zatem najpierw do twórców systemów UNIX (w tym Sun) z wspomnianych w motywie 508 zaskarżonej decyzji danych IDC wynika, że w 2002 r. ich łączny udział w rynku wynosił, biorąc pod uwagę podkategorię „udostępnianie plików i drukarek” i serwery kosztujące mniej niż 25 000 USD, tylko 4,6% w kategoriach sprzedanych jednostek oraz 7,4% w kategoriach wielkości obrotów. W odniesieniu do podkategorii „zarządzanie siecią” odpowiednie wielkości wynosiły 6,4% w kategoriach sprzedanych jednostek oraz 10,8% w kategoriach wielkości obrotów.
582. Należy w tym względzie podnieść, że z wyników badania rynku z 2003 r. i przedstawionych przez Microsoft oświadczeń klientów wynika, iż systemy UNIX są głównie używane nie w celu wykonywania zadań grupy roboczej, ale aby oferować na nich aplikacje o kluczowym znaczeniu, aby dostarczać usług WWW i firewalla, a także, w najmniejszym stopniu, aby obsługiwać usługi wewnętrznej poczty elektronicznej (zob. motywy 509–511 zaskarżonej decyzji).
583. Następnie w odniesieniu do produktów Linux z danych IDC, wyników badania rynku z 2003 r. oraz oświadczeń klientów Microsoft wynika, że w przeciwieństwie do twierdzeń Microsoft w dniu wydania zaskarżonej decyzji były one obecne na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jedynie w marginalny sposób.
584. Z danych IDC przedstawionych w motywie 599 zaskarżonej decyzji wynika zatem, że łączny udział w rynku producentów produktów Linux, w kategoriach sprzedanych jednostek, spadł, w odniesieniu do podkategorii „udostępnianie plików i drukarek” oraz serwerów kosztujących mniej niż 25 000 USD, z 5,1% w 2000 r. do 4,8% w 2002 r. Udział ten, mierzony w kategoriach wielkości obrotów, utrzymywał się w tym samym okresie na poziomie 3,9%.
585. Z pewnością w odniesieniu do podkategorii „zarządzanie siecią” i serwerów kosztujących mniej niż 25 000 USD łączny udział producentów produktów Linux, w kategoriach sprzedanych jednostek, według wspomnianych w przypisie na str. 728 zaskarżonej decyzji danych IDC (zob. także motyw 505 zaskarżonej decyzji), wzrósł z 10,1% w 2000 r. do 13,4% w 2002 r. (i z 8% do 10,8% w kategoriach wielkości obrotów). Wzrost ten jednak powinien zostać potraktowany w sposób względny z uwagi na fakt, że jak podnosi Komisja w motywie 488 i przypisie na wyżej wspomnianej stronie zaskarżonej decyzji, ta podkategoria obejmuje usługi, które nie stanowią usług grupy roboczej w rozumieniu zaskarżonej decyzji. Wspomniana podkategoria została opisana przez IDC jako „[obejmująca] następujące aplikacje sieciowe: usługi katalogowe, usługi związane z bezpieczeństwem i uwierzytelnianiem, transfer danych i plików poprzez sieć, komunikacja oraz transfer danych i plików poprzez system” (motyw 488 zaskarżonej decyzji). Podobny opis może spowodować włączenie przez zapytanych przez IDC użytkowników do tej podkategorii pewnych zadań, które do niej nie należą i nie należą także do właściwego rynku produktu i które są wykonywane głównie przez systemy Linux i UNIX. Na przykład wspomniany opis może być interpretowany jako obejmujący zadania „na krawędzi sieci”, takie jak firewall, który może być uznany za wiążący się z „bezpieczeństwem”, oraz sortowanie przesyłek, które może być uznane za wiążące się z „transferem danych i plików poprzez sieć”. Jak tymczasem wskazano w szczególności w motywach 58, 346, 482, 600 i 601 zaskarżonej decyzji, ten rodzaj zadań jest zasadniczo wykonywany na zaawansowanych technologicznie serwerach przez systemy Linux. W związku z tym dane IDC odnoszące się do podkategorii „zarządzanie siecią” zawijają wielkość sprzedaży systemów Linux na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
586. Prawdą jest, że w motywie 487 zaskarżonej decyzji Komisja podnosi, iż dane IDC dotyczące podkategorii „udostępnianie plików i drukarek” także są nieściśle, między innymi dlatego, że z uwagi na to, iż zaawansowane technologicznie serwery, które wykonują aplikacje o kluczowym znaczeniu, mogą drukować pewne dokumenty, na przykład faktury, zapytani użytkownicy mogą dojść do wniosku, że serwery te wykonują zadania wchodzące w zakres wspomnianej podka-

- tegorii, podczas gdy oczywiste jest, że nie stanowią one serwerów grupy roboczej. Jednakże zastosowanie filtru 25 000 EUR lub 25 000 USD umożliwia zmniejszenie podobnej nieściśłości (zob. motyw 489 zaskarżonej decyzji, w którym Komisja wyjaśnia, że cena komputerów głównych typu „mainframe”, które drukują faktury, jest zasadniczo wyższa niż wspomniana kwota). Dane IDC są zatem w większym stopniu nieściśle w odniesieniu do podkategorii „zarządzanie siecią” niż w przypadku podkategorii „udostępnianie plików i drukarek”.
587. Należy podnieść, że wyniki badania rynku z 2003 r. nie charakteryzują się tego rodzaju nieściśłościami, o jakich mowa w poprzednim punkcie. Wyniki te potwierdzają zaś tylko marginalną obecność Linuksa na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. W swym żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. Komisja zwróciła się bowiem do objętych nim organizacji zapytaniem, czy używają one serwerów funkcjonujących w systemie Linux w połączeniu z oprogramowaniem Samba w celu wykonywania zadań grupy roboczej (pytanie nr 25). Na 102 organizacje, które uczestniczyły w tym badaniu, tylko 19 wykorzystuje takie serwery do wykonywania zadań grupy roboczej i to w większości przypadków w bardzo ograniczonym zakresie (motyw 506 zaskarżonej decyzji). Na całkowitą zaś liczbę 1 200 000 stacji roboczych objętych badaniem rynku z 2003 r. mniej niż 70 000 (czyli mniej niż 5,8%) było obsługiwanych przez serwery funkcjonujące w systemie Linux w połączeniu z oprogramowaniem Samba w celu wykonywania zadań udostępniania plików i drukarek (motywy 506 i 599 zaskarżonej decyzji).
588. Podobnie należy także podnieść, że jak wyjaśnia Komisja w odpowiedzi na skargę (pkt 140), z drugiego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, iż produkty Linux posiadają łączny udział w rynku wynoszący 4,8% w przypadku zadań udostępniania plików i drukarek oraz 5,2% w przypadku zadań zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników, podczas gdy z trzeciego sondażu Mercer wynika, w odniesieniu do tych samych produktów, że ich udział w rynku wynosi 5,4% w przypadku zadań udostępniania plików i drukarek oraz 4,5% w przypadku zadań zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników.
589. W rzeczywistości wyniki badania rynku z 2003 r. wykazują, tak jak w przypadku UNIX, że produkty Linux są zasadniczo używane w celu wykonywania zadań innych niż zadania grupy roboczej, czyli w szczególności dostarczanie usług WWW i firewalla oraz obsługiwanie aplikacji o kluczowym znaczeniu (zob. motywy 600 i 601 zaskarżonej decyzji, w których zostały skomentowane odpowiedzi na pytania 5 i 6 żądania udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r.).
590. Należy dodać, że twierdzenie potwierdzają, jak to słusznie podnosi Komisja w motywie 602 zaskarżonej decyzji, oświadczenia klientów przekazane przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego.
591. Należy dodać, że obecność twórców produktów Linux na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, poza faktem, iż w żaden sposób nie jest ona porównywalna z obecnością, jaką Microsoft udało się uzyskać w ciągu zaledwie kilku lat, nie działa na niekorzyść Microsoft, ale na niekorzyść Novell i twórców produktów UNIX. W tym względzie należy podnieść, że jak wyjaśnia Komisja w duplice (pkt 104), spośród zapytanych przez Mercer w ramach trzeciego sondażu podmiotów, które w ciągu ostatnich pięciu lat zwiększyły zastosowanie systemów Linux, mając na celu wykonywanie przez nie zadań grupy roboczej, 67% zmniejszyło stosowanie NetWare lub UNIX, podczas gdy tylko 14% zmniejszyło stosowanie systemów Windows. Ponadto jak zostało słusznie stwierdzone w motywie 632 zaskarżonej decyzji, badanie rynku z 2003 r. ujawniło tylko dwa przypadki „migracji” systemów operacyjnych Windows w kierunku systemów Linux w odniesieniu do wykonywania zadań grupy roboczej.
592. Przeciwnie twierdzenia, jakie Microsoft podnosi w załączniku C.11 do repliki, są mało wiarygodne, w szczególności w kontekście stałego wzrostu udziału tej spółki w rozpatrywanym rynku produktu w ciągu całego okresu objętego rozpatrywaną stanowiącą nadużycie odmową.
593. Wyżej wspomniane elementy stanu faktycznego potwierdzają, że rozpatrywana odmowa doprowadziła w konsekwencji do tego, iż produkty konkurentów Microsoft stały się niszowe, a wręcz pozbawiła je rentowności. Ewentualne istnienie mającej marginalne znaczenie konkurencji pomiędzy podmiotami na rynku nie może zatem podważyć tezy Komisji dotyczącej ryzyka wyeliminowania wszelkiej skutecznej konkurencji na tym rynku.
594. Biorąc pod uwagę elementy stanu faktycznego wspomniane w pkt 583–593 powyżej, Sąd stwierdza, że Komisja w motywie 603 zaskarżonej decyzji słusznie wskazała, że twórcy produktów Linux nie

- stanowią dla Microsoft poważnego zagrożenia na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
595. W odniesieniu do produktów Linux Microsoft podnosi jeszcze, że ich obecność na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w przyszłości nadal będzie wzrastać. Spółka ta przedstawia ten argument w załączniku A.19 do skargi oraz w załączniku C.11 do repliki. Komisja ze swej strony odpowiada w szczegółowy sposób na ten argument w załączniku B.10 do odpowiedzi na skargę oraz w załączniku D.11 do dupliki.
596. Na poparcie tego argumentu Microsoft powołuje się przede wszystkim na niektóre wyniki trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer.
597. W ramach tego sondażu Mercer zwróciła się do osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki, których organizacje stosowały już systemy operacyjne Linux w celu wykonywania zadań grupy roboczej, czy przewidują zwiększenie ich zastosowania w ciągu pięciu najbliższych lat. Jak wynika z tabeli nr 19 zamieszczonej w sprawozdaniu Mercer i analizującej wyniki tego sondażu, na 70 osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki, którym postawiono to pytanie, 53 udzieliło odpowiedzi twierdzącej.
598. Sąd uważa, że Komisja słusznie stwierdziła w motywie 605 zaskarżonej decyzji, że dowód ten nie jest niezbity. Należy bowiem zauważyć z jednej strony, że te 53 osoby odpowiedzialne za sprawy informatyki stanowią tylko około 17,9% z 296 osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki, które uczestniczyły w trzecim sondażu Mercer, a 226 z nich wskazało, że ich organizacja nie stosuje systemów Linux w celu dostarczania usług grupy roboczej. Z drugiej strony te 53 osoby odpowiedzialne w zakresie informatyki nie wyraziły swego zamiaru stosowania w coraz większym stopniu systemów Linux do wykonywania zadań grupy roboczej w kategoriach liczbowych ani nie wyjaśniły, czy będzie się to niekorzystne dla systemów Windows.
599. Należy ponadto podnieść, że z tabeli nr 18 zamieszczonej w tym sprawozdaniu Mercer wynika, iż 58 osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki uznało, że systemy operacyjne Linux nie staną się nawet „trwale zdolne” do wykonywania zadań grupy roboczej w ciągu pięciu najbliższych lat.
600. Prawdą jest, że z tej samej tabeli wynika, iż 60% zapytanych osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki wskazało, że ich organizacja przewiduje przyjęcie w ciągu pięciu najbliższych lat systemów Linux w celu dostarczania usług grupy roboczej. Jednakże jak słusznie podnosi Komisja w motywie 606 zaskarżonej decyzji, do wspomnianych osób nie zwrócono się o ujęcie tego przyjęcia systemów w kategoriach liczbowych ani o wyjaśnienie, czy ich przyjęcie będzie niekorzystne dla systemów Windows.
601. Następnie Microsoft powołuje się na pewne przewidywania opracowane przez IDC, z których wynika, że udział w rynku systemów Linux w latach 2003–2008 podwoi się.
602. W tym względzie należy przypomnieć z jednej strony, że dane IDC charakteryzują się pewną nieścisłością, ponieważ zastosowane przez IDC podkategorie obejmują zadania, które znajdują się poza rynkiem systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, o którym mowa w zaskarżonej decyzji. Przewidywania IDC dotyczące wzrostu należy zatem przyjąć z pewnymi zastrzeżeniami.
603. Z drugiej strony, jak słusznie podnosi Komisja w motywie 609 zaskarżonej decyzji, ograniczony wzrost, jaki zgodnie z przewidywaniami powinny odnotować systemy Linux na rynku, nie powinien być niekorzystny dla Windows, ale dla systemów konkurencyjnych, a w szczególności NetWare. W tym kontekście należy zauważyć, że w kwietniu 2003 r. Novell ogłosiła, iż od 2005 r. jej system operacyjny „NetWare 7.0” będzie wprowadzany na rynek w dwóch różnych wersjach, jednej opartej na tradycyjnej platformie NetWare i drugiej opartej na systemie operacyjnym Linux (zob. motyw 95 zaskarżonej decyzji).
604. Wreszcie w załączniku A.19 do skargi i w załączniku C.11 do repliki Microsoft powołuje się na opinię wyrażoną przez pewnych „profesjonalnych obserwatorów branży”. Dotyczy ona w szczególności niektórych fragmentów sprawozdania z dnia 8 marca 2004 r. sporządzonego przez Merrill Lynch (załącznik 7 do załącznika C.11 do repliki) i zawierającego wyniki sondażu przeprowadzonego przez tę firmę wśród 50 osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki. Microsoft podnosi, że połowa z nich przewidywała wzrost zastosowania systemów Linux w ramach swych organizacji

- i że wśród tej połowy 34% przewidywało zastąpienie tymi systemami, w celu wykonywania zadań udostępniania plików i drukarek, systemów Windows NT.
605. Argument ten nie jest przekonujący. Oznacza on bowiem tylko, że 17% zapytanych osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki miało zamiar zastąpić Windows NT systemami Linux w celu wykonywania zadań, o których mowa w poprzednim punkcie, nie wyjaśniając w żaden sposób zakresu tego zastąpienia. W rzeczywistości biorąc pod uwagę fakt, że w momencie przeprowadzania sondażu przez Merrill Lynch technologia Windows NT była już przestarzała (zob. motyw 583 zaskarżonej decyzji), bardzo prawdopodobne jest, iż zainstalowana baza serwerów funkcjonujących na podstawie tego systemu jest stosunkowo ograniczona, a w związku z tym, iż wyżej wspomniana „migracja” powinna mieć tylko stosunkowo niewielki zakres. Ponadto należy przypomnieć, że konkurencyjne wobec Microsoft systemy operacyjne dla serwerów mogą osiągnąć wyższy stopień interoperacyjności z systemami generacji Windows NT niż z produkowanymi przez Microsoft systemami późniejszych generacji. Jak podkreśla Komisja w ramach dokonanej przez nią oceny okoliczności dotyczącej niezbędnego charakteru rozpatrywanych informacji (zob. pkt 366 powyżej), „migracja” powoływana przez Merrill Lynch jest zjawiskiem jednorazowym i w związku z tym nie może podważyć twierdzeń Komisji dotyczących wyeliminowania konkurencji.
 606. Również w ramach pierwszej części swej analizy (czyli części dotyczącej rozwoju rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej) Komisja następnie stwierdziła, że technologie Windows 2000, a w szczególności Active Directory, zajmują „szybko coraz ważniejsze miejsce na rynku” (motywy 613–618 i 781 zaskarżonej decyzji). Dodała ona, że „biorąc pod uwagę, iż Microsoft zerwała z dotychczasowymi poziomami ujawniania informacji dotyczących interoperacyjności, interoperacyjność z właściwościami Windows 2000 jest dla systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej [konkurencyjnych wobec] Microsoft trudniejsza do osiągnięcia niż interoperacyjność z analogicznymi technologiami w systemie Windows NT”, po czym doszła do wniosku, że „przyjęcie [nowych właściwości domeny Windows, które są charakterystyczne dla Windows 2000,] przyczynia się do przywiązania klientów do jednorodnego rozwiązania Windows dla ich sieci grupy roboczej” (motyw 613 zaskarżonej decyzji).
 607. Sąd uważa, że wiele elementów akt sprawy potwierdza zasadność tych twierdzeń.
 608. Tak więc w biuletynie opublikowanym w 2001 r. IDC oświadczyło, że „[w] przypadku znacznej większości użytkowników kwestia, jaką rozważają, nie polega na tym czy, ale kiedy wdrożą usługi katalogowe w celu oferowania [systemu] Windows 2000 Server oraz przyszłych systemów operacyjnych Windows dla serwerów”, oraz że „usługą katalogową, która zostanie wybrana przez użytkowników Windows 2000, będzie przeważnie Active Directory” (motyw 614 zaskarżonej decyzji).
 609. Podobnie jak stwierdza Komisja w motywie 616 zaskarżonej decyzji, z sondażu przeprowadzonego przez Evans Data Corporation w 2002 r. wynika, że w odpowiedzi na pytanie, dla jakich usług katalogowych zostały stworzone ich aplikacje, 50,3% zapytanych twórców aplikacji zatrudnianych przez przedsiębiorstwa wskazało Active Directory.
 610. Niektóre wyniki badania rynku z 2003 r. potwierdzają także imponujące zainteresowanie wywołane przez Active Directory. W żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. Komisja zapytała zatem badane podmioty, czy już wprowadziły (lub postanowiły wprowadzić) Active Directory w większości domen Windows ich sieci informatycznej (pytanie nr 15). Na 102 podmioty objęte badaniem 61 udzieliło odpowiedzi twierdzącej na to pytanie.
 611. Jak stwierdza Komisja w motywie 618 zaskarżonej decyzji, to zainteresowanie potwierdzają także niektóre wyniki drugiego sondażu przeprowadzonego przez Mercer.
 612. Ponadto już w pkt 571–574 powyżej wyjaśniono, że interoperacyjność z produktami generacji Windows 2000, jaką konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej mogą osiągnąć, jest dużo mniejsza niż interoperacyjność, jaką mogą osiągnąć z systemami poprzedniej generacji.
 613. Wreszcie Komisja zakończyła pierwszą część analizy, odrzucając trzy kategorie argumentów, które Microsoft podniosła w toku postępowania administracyjnego w celu podważenia twierdzenia Komisji o stwierdzonym ryzyku wyeliminowania konkurencji. Microsoft powołała się na pewne oświadczenia złożone przez jej konkurentów oraz na fakt, że sieci informatyczne w ramach przedsiębiorstw są heterogeniczne, i stwierdziła istnienie zastępczych wobec Windows rozwiązań.

614. Microsoft, powołując się w swych pismach na przedstawione w toku postępowania administracyjnego oświadczenia złożone przez jej klientów, powtarza argument oparty na tym, iż sieci informatyczne w ramach przedsiębiorstw są heterogeniczne.
615. W tym względzie wystarczy podnieść, że w pkt 498–500 powyżej już zostało stwierdzone, że oświadczenia te potwierdzają, iż w zakresie dotyczącym serwerów grupy roboczej sieci informatyczne tych klientów składają się przede wszystkim z systemów Windows.
616. Microsoft w swych pismach procesowych powołuje się także na fakt, że klienci biznesowi podejmują decyzje dotyczące nabycia systemów operacyjnych dla serwerów w oparciu o szereg kryteriów i że kwestia interoperacyjności w systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych nie jest w tym względzie elementem decydującym. Jak już wykazano w pkt 426 powyżej, twierdzenie to jest nieprawdziwe.
617. W odniesieniu do argumentu Microsoft, zgodnie z którym sześć lat po zarzucanej odmowie na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej wciąż istnieje wielu konkurentów (zob. pkt 422 powyżej), należy go oddalić ze względów przedstawionych w pkt 429 powyżej.
618. Z całości powyższych rozważań wynika, iż Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, stwierdzając, że rozwój rynku ujawnił ryzyko wyeliminowania konkurencji na rynku systemów operacyjnych grupy roboczej.
619. Komisja wyciągnęła wniosek o istnieniu ryzyka wyeliminowania konkurencji na tym rynku tym słuszniej, że posiada on pewne właściwości, które mogą zniechęcać organizacje, które już przyjęły Windows dla swych serwerów grupy roboczej, do migrowania w przyszłości w kierunku konkurencyjnych systemów operacyjnych. Jak słusznie zatem wyjaśnia Komisja w motywie 523 zaskarżonej decyzji, z niektórych wyników trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, że fakt posiadania „utrwalonej reputacji sprawdzonej technologii” jest ważnym czynnikiem w oczach znacznej większości zapytanych osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki. W dniu wydania zaskarżonej decyzji Microsoft posiadała zaś, ostrożnie szacując, wynoszący co najmniej 60% udział w rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motyw 499 zaskarżonej decyzji). Podobnie należy podnieść, że niektóre wyniki tego sondażu wykazują także na to, że dla większości zapytanych osób odpowiedzialnych za sprawy informatyki czynnik „dostępnych kwalifikacji oraz kosztów i dostępności pomocy (wewnętrznej i zewnętrznej)” odgrywa ważną rolę. Jak bardzo słusznie wyjaśnia Komisja w motywie 520 zaskarżonej decyzji, „[o]znacza to, że im łatwiej jest znaleźć techników kompetentnych w zakresie danego systemu operacyjnego dla serwerów grupy roboczej, tym bardziej klienci skłaniają się do jego przyjęcia” oraz „[o]dwrotnie, w im większym stopniu system operacyjny dla serwerów grupy roboczej jest stosowany przez klientów, tym łatwiej jest technikom zdobyć kwalifikacje dotyczące tego produktu (i tym bardziej skłonni są oni to czynić)”. Fakt posiadania przez Microsoft bardzo dużego udziału na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej powoduje zaś, że bardzo duża liczba techników posiada kwalifikacje odpowiednie dla systemów operacyjnych Windows.
620. Podsumowując, należy zatem stwierdzić, że w niniejszym przypadku rozpatrywana odmowa wiąże się z ryzykiem wyeliminowania konkurencji.

(iv) W przedmiocie nowego produktu

Argumenty uczestników

621. Microsoft, cytując motywy 48 i 49 powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health, utrzymuje, że nie zostało ustalone, iż odmowa, jaka jest jej zarzucana, utrudniała pojawienie się nowego produktu, na który istnieje niezaspokojony popyt ze strony konsumentów.
622. W tym względzie Microsoft przypomina z jednej strony, że wprowadza już na rynek systemy operacyjne dla serwerów, które implementują rozpatrywane protokoły komunikacyjne, a z drugiej strony, że jej konkurenci wprowadzają na rynek własne systemy operacyjne dla serwerów wykorzystujących wybrane przez tych konkurentów protokoły komunikacyjne w celu dostarczania usług grupy roboczej.
623. Ponadto Microsoft, powołując się na motyw 669 zaskarżonej decyzji, ponownie stwierdza, że zaskarżona decyzja zmierza do umożliwienia, aby produkty jej konkurentów funkcjonowały dokładnie w taki sam sposób jak systemy operacyjne Windows dla serwerów. Powtarza ona, że Komisja

- zmierza do tego, aby protokoły komunikacyjne Microsoft były stosowane przez konkurentów tej spółki do tworzenia systemów operacyjnych dla serwerów, które będą konkurować bezpośrednio z produktami Microsoft, „naśladując” ich funkcje.
624. Microsoft podnosi także, że w zaskarżonej decyzji nie określono żadnego nowego produktu, jaki jej konkurenci stworzyliby, stosując jej protokoły komunikacyjne, ani nie wykazano istnienia popytu na ten produkt. Zdaniem Microsoft Komisja zadowolila się stwierdzeniem, że konkurenci Microsoft „mogliby wykorzystywać przekazywane informacje w celu tworzenia zaawansowanych funkcji ich własnych produktów” (motyw 695 zaskarżonej decyzji).
625. Microsoft zauważa, że ani w piśmie z dnia 15 września 1998 r., ani w skardze Sun z dnia 10 grudnia 1998 r. nie zawarto najmniejszej wskazówki, że Sun zamierzała wykorzystywać „technologię Microsoft” do stworzenia produktu innego niż system operacyjny dla serwerów grupy roboczej.
626. Microsoft podważa twierdzenie Komisji, zgodnie z którym do uznania produktu za nowy wystarczy, aby zawdzięczał on swe zasadnicze elementy wysiłkom poczynionym przez samego licencjobiorcę. Według niej bowiem „[d]odanie właściwości pochodzącej od produktów konkurenta z trudnością może być uznane za stworzenie nowego produktu”.
627. Microsoft sprzeciwia się także twierdzeniu Komisji, zgodnie z którym odmowa, która jest jej zarzucana, jest „odmową umożliwienia wprowadzania kolejnych innowacji” (zob. pkt 632 poniżej). Podważa ona zasadność twierdzeń zawartych w motywie 696 zaskarżonej decyzji, wskazując, że Novell nigdy nie stosował AS/U i że wielkość sprzedaży systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej Sun i „kilku innych sprzedawców”, którzy uzyskali licencję dotyczącą AS/U, zawsze była niska. W rzeczywistości według Microsoft to właśnie przewidziane w zaskarżonej decyzji obowiązkowe przyznanie licencji może doprowadzić do zmniejszenia liczby innowacji, ponieważ jeśli będzie musiała udostępniać daną technologię swym konkurentom, będzie ona w mniejszym stopniu zainteresowana jej tworzeniem.
628. Wreszcie Microsoft podważa, jakoby rozpatrywana odmowa była szkodliwa dla konsumentów. Twierdzi ona, że przywoływane przez Komisję sprawozdanie Mercer (zob. pkt 635 poniżej) odnosi się do produktów, które znajdują się obecnie na rynku, i że w związku z tym jest ono pozbawione znaczenia dla kwestii, czy wspomniana odmowa utrudnia pojawienie się nowych produktów, na które będzie istniał niezaspokojony popyt ze strony konsumentów. Ponadto w jej opinii w żadnym ze sprawozdań Mercer nie ustalono, że Microsoft „plasuje się” za swymi konkurentami. W szczególności Komisja nie wspomniała, że w odniesieniu do dziesięciu na trzynaście czynników systemy operacyjne Windows dla serwerów uzyskują lepsze oceny niż systemy NetWare i Linux oraz w odniesieniu do dziewięciu na trzynaście czynników – lepsze niż systemy UNIX. Microsoft podnosi także, że żaden klient nie twierdził w toku postępowania administracyjnego, iż w wyniku jej rzekomej odmowy ujawniania jej konkurentom informacji dotyczących interoperacyjności był on zmuszony do używania systemów operacyjnych Windows dla serwerów.
629. CompTIA podnosi, że Komisja nie wykazała w zaskarżonej decyzji, że odmowa zarzucana Microsoft utrudnia pojawienie się nowego produktu.
630. Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym rozpatrywana odmowa nie utrudnia pojawienia się nowego produktu, na który istnieje niezaspokojony popyt ze strony konsumentów.
631. W tym względzie, po pierwsze, Komisja podnosi, że z pkt 49 powołanego powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health wynika, iż „nowy produkt” jest to produkt, który nie ogranicza się „zasadniczo do powielenia” produktów już oferowanych na rynku przez uprawnionego z tytułu prawa autorskiego. Stąd wystarczy, aby dany produkt zawdzięczał swe zasadnicze elementy wysiłkom poczynionym przez samego licencjobiorcę. Przypominając, że Microsoft jest zobowiązana do ujawnienia tylko specyfikacji jej interfejsów, a nie ich implementacji, Komisja twierdzi, iż konkurenci Microsoft nie ograniczą się do powielania jej produktów i nie będą zresztą w stanie tego zrobić. Uważa ona, że konkurenci ci będą wykorzystywać informacje dotyczące interoperacyjności w celu nieprzerwanego wprowadzania na rynek ulepszonych produktów, „oferując wartość dodaną w stosunku do jej własnych produktów i do poprzedniej oferty Microsoft”, zamiast bycia wyeliminowanymi z rynku wskutek odmowy przez Microsoft ujawnienia tych informacji (motyw 695 zaskarżonej decyzji). Komisja dodaje, że żadna właściwość produktów Microsoft,

- a w szczególności żadna część jej kodu źródłowego, nie będzie włączana do innych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
632. W drugiej kolejności Komisja podkreśla, że w zaskarżonej decyzji nie ograniczyła się do samego przeprowadzenia analizy kryterium nowego produktu, które zostało zdefiniowane w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health. Zbadała ona bowiem to kryterium w świetle ustanowionego w art. 82 akapit drugi lit. b) WE zakazu nadużyć polegających na ograniczaniu rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów. Sprawdziła ona zatem ze szczególną uwagą, czy odmowa zarzucana Microsoft stanowi „odmowę umożliwienia wprowadzania kolejnych innowacji”, czyli tworzenia nowych produktów, a nie zwykłą odmowę zezwolenia na powielanie.
633. Na poparcie tych twierdzeń Komisja po pierwsze wskazuje, że zbadała sposób, w jaki zachowywali się konkurenci Microsoft w przeszłości, gdy ta ostatnia dostarczała im informacji dotyczących interoperacyjności lub zezwalała poprzez nieuwagę niektórym z nich na stosowanie „obejść (workarounds)” (motyw 696 zaskarżonej decyzji). W odpowiedzi na zastrzeżenia, jakie Microsoft podniosła w tej kwestii (zob. pkt 627 powyżej), Komisja wyjaśnia, że Novell ze względu na to, że nie jest „sprzedawcą UNIX”, nie interesowała się „implementacjami opartymi na UNIX”, takimi jak AS/U. Komisja dodaje, że Sun oraz inni producenci UNIX zaproponowali produkty innowacyjne, które wykorzystują AS/U do osiągnięcia interoperacyjności z systemami Windows i które mogłyby zaspokoić popyt konsumentów, gdyby Microsoft nie odmówiła przekazania informacji dotyczących interoperacyjności.
634. Po drugie, Komisja przypomina, że w motywie 698 zaskarżonej decyzji stwierdziła, iż możliwych jest wiele różnego rodzaju implementacji tej samej specyfikacji.
635. Po trzecie, Komisja, cytując motyw 699 zaskarżonej decyzji, twierdzi, że z wyników trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, iż pomimo faktu, że „Microsoft plasuje się za swymi konkurentami” w kategoriach wielu właściwości, które są ważne dla konsumentów systemów operacyjnych dla serwerów, konsumenci ci zadowalają się produktami Microsoft „z uwagi na przeszkodę, jaką brak interoperacyjności stanowi dla przyjęcia alternatywnych rozwiązań”. Komisja wyjaśnia, że Microsoft uzyskuje lepsze miejsce w klasyfikacji niż jej konkurenci tylko wtedy, gdy z jednej strony uwzględnia się czynnik interoperacyjności z Windows i z drugiej strony gdy czynnikiem drugorzędym przyznaje się tę samą wagę co czynnikowi ważnym. W odniesieniu do argumentu Microsoft, zgodnie z którym żaden klient nie skarżył się, iż wskutek rozpatrywanej odmowy musiał przyjąć system operacyjny Windows, Komisja odsyła do motywów 702–708 zaskarżonej decyzji.
636. Po czwarte, Komisja wskazuje, że konkurenci Microsoft prowadzą prace w zakresie badań i rozwoju, ale potrzebują dostępu do protokołów Microsoft w celu umożliwienia organizacjom używającym stacji roboczych i serwerów grupy roboczej funkcjonujących w systemie Windows korzystania z ich innowacji bez ponoszenia negatywnych konsekwencji braku interoperacyjności. Wyjaśnia ona, że „[j]ako taka, odmowa nie ma bezpośredniego wpływu na zdolność konkurentów do wprowadzania innowacji, ale raczej na zdolność konsumenta do korzystania z tych innowacji, a także na zdolność konkurentów do osiągania zysków ze swych innowacji – a zatem, w dłuższym okresie, na ich zamierzenia innowacyjne”.
637. Po piąte wreszcie, Komisja twierdzi, że argumenty, które Microsoft podnosi w odniesieniu do jej własnych zamierzeń innowacyjnych, są pozbawione znaczenia z punktu widzenia oceny wpływu, jaki jej stanowiąca nadużycie odmowa wywiera na zamierzenia innowacyjne jej konkurentów.
638. W trzeciej kolejności Komisja uważa, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym kryterium nowego produktu nie jest spełnione w niniejszym przypadku, opiera się na błędnej interpretacji orzecznictwa.
639. W tym względzie Komisja, po pierwsze, twierdzi, że kryterium to nie stawia wymogu konkretnego wykazania, iż produkt licencjobiorcy przyciągnie klientów, którzy nie kupują produktów oferowanych przez istniejącego dostawcę dominującego. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health Trybunał skupił się w swej analizie na istniejących pomiędzy produktami różnicach, które mogą wpływać na wybory dokonywane przez konsumentów, lub innymi słowy, na kwestii, czy istnieje „potencjalny popyt” na nowy produkt. Podkreśla on fakt, że kryterium nowego produktu nie odnosi się wyłącznie do ograniczeń produkcji. W duplice Komisja twierdzi, że przewidywane nowe produkty zaspokoją wyraźnie potencjalny popyt i że będą one się

opierać na systemach operacyjnych wprowadzanych obecnie na rynek przez konkurentów Microsoft i posiadających właściwości, które konsumenci doceniają często bardziej niż odpowiednie właściwości systemów operacyjnych Microsoft dla grupy roboczej.

640. Po drugie, Komisja uważa, że Microsoft nie może opierać argumentu na tym, iż zaskarżona decyzja koncentruje się na zdolności konkurentów do dostosowania ich własnych „istniejących produktów”. Istotną kwestią, jaką należy rozważyć, jest bowiem to, czy wspomniani konkurenci ograniczą się zasadniczo do powielenia opracowanych przez podmiot prawa własności intelektualnej produktów istniejących. Komisja podkreśla w tym względzie, że produkty konkurentów Microsoft będą implementować ten sam zespół protokołów co systemy operacyjne Windows dla serwerów grupy roboczej, ale będą one się znacznie od nich różnić w kategoriach osiągnięć, bezpieczeństwa i funkcji.
641. Po trzecie, Komisja uważa, że orzecznictwo nie wyklucza możliwości, iż przyszłe produkty licencjodawcy będą konkurować z produktami podmiotu prawa własności intelektualnej, jak o tym świadczą okoliczności faktyczne spraw, które doprowadziły do wydania powołanych powyżej w pkt 107 wyroków w sprawie Magill i w sprawie IMS Health.
642. SIIA podnosi, że rozpatrywania odmowa utrudnia pojawienie się „nowych lub innowacyjnych systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej innych [niż produkowane przez] Microsoft, które zaspokajają potrzeby klientów w zakresie interoperacyjności”. Wyjaśnia ono, że dzięki informacjom dotyczącym interoperacyjności konkurenci Microsoft będą mogli nie tylko oferować produkty zawierające „ulepszone funkcje”, ale także i przede wszystkim produkty zdolne do interoperowania. SIIA podkreśla ponadto, że konkurenci Microsoft nie uzyskaliby żadnej przewagi konkurencyjnej, jeśli ograniczyliby się do „skopiowania produktów [Microsoft]”, oraz że mając dostęp do informacji, o których mowa w zaskarżonej decyzji, nie byłoby w stanie tego uczynić.

Ocena Sądu

643. Należy podkreślić, że okoliczność, że zarzucane zachowanie utrudnia pojawienie się nowego produktu na rynku, należy uwzględnić w kontekście art. 82 akapit drugi lit. b) WE, który zakazuje nadużyć polegających na „ograniczeniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów”.
644. W powołanym powyżej w pkt 107 pkt 54 wyroku w sprawie Magill Trybunał orzekł, że odmowa spółek zajmujących się emisją telewizyjną, w zakresie w jakim stanowi przeszkodę dla pojawienia się nowego produktu, jakiego te spółki nie oferują i na który istnieje potencjalny popyt ze strony konsumentów, powinna zostać uznana za stanowiącą nadużycie w rozumieniu tego postanowienia.
645. Z decyzji, która była przedmiotem sprawy, która doprowadziła do wydania tego wyroku, wynika, że Komisja w szczególności stwierdziła, iż poprzez swą odmowę spółki zajmujące się emisją telewizyjną ograniczają produkcję lub rynki ze szkodą dla konsumentów [zob. pkt 23 akapit pierwszy decyzji Komisji 89/205/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie postępowania przewidzianego w art. (82 WE) (IV/31.851, Magill TV Guide przeciwko ITP, BBC i RTE) (Dz.U. 1989, L 78, str. 43)]. Stwierdziła ona bowiem, że wspomniana odmowa utrudniała wydawcom produkowanie i publikowanie ogólnego tygodniowego przewodnika po programach telewizyjnych dla konsumentów w Irlandii i Irlandii Północnej, czyli takiego rodzaju przewodnika, który w tym czasie nie był dostępny na tym rynku geograficznym. Choć każda spółka zajmująca się emisją telewizyjną publikowała cotygodniowy przewodnik po programach telewizyjnych, był on jednak poświęcony wyłącznie jej własnym programom. Komisja, aby stwierdzić nadużycie pozycji dominującej popełnione przez te spółki zajmujące się emisją telewizyjną, podkreślała szkodę, jaką brak ogólnego cotygodniowego przewodnika po programach telewizyjnych wyrządzał na rynku w Irlandii i Irlandii Północnej konsumentom, którzy gdy chcieli uzyskać informacje na temat ofert programowych na przyszły tydzień, nie mieli innej możliwości niż kupno tygodniowych przewodników każdego kanału i samodzielnie wyciągnięcie z nich użytecznych danych w celu dokonania porównania.
646. W powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie IMS Health Trybunał, dokonując oceny okoliczności związanej z pojawieniem się nowego produktu, umieścił ją także w kontekście naruszenia interesów konsumentów. W pkt 48 tego wyroku, odsyłając do pkt 62 opinii rzecznika generalnego Tizzano do tego samego wyroku (Rec. str. I-5042), podkreślił zatem, że okoliczność ta odpowiada

- sytuacji, w której przy wyważaniu interesu związanego z ochroną prawa własności intelektualnej i wolnością gospodarczą podmiotu tego prawa z jednej strony oraz interesu związanego z ochroną wolnej konkurencji z drugiej strony ten ostatni może przeważać tylko w przypadku, gdy odmowa przyznania licencji stanowi przeszkodę dla rozwoju rynku pochodnego ze szkodą dla konsumentów.
647. Należy podnieść, że rozpatrywane w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health pojawienie się nowego produktu nie może stanowić jedyne parametru umożliwiającego ustalenie, czy odmowa przekazania na podstawie licencji prawa własności intelektualnej może wyrządzić szkodę konsumentom w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE. Jak wynika z brzmienia tego postanowienia, taka szkoda może zostać wyrządzona nie tylko w przypadku ograniczenia produkcji lub rynków, ale także rozwoju technicznego.
648. W zaskarżonej decyzji Komisja zajęła stanowisko właśnie w tej ostatniej kwestii. Stwierdziła ona zatem, że odmowa zarzucana Microsoft ogranicza rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE (motywy 693–701 i 782 zaskarżonej decyzji), i odrzuciła twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym nie zostało wykazane, iż wspomniana odmowa wyrządza szkodę konsumentom (motywy 702–708 zaskarżonej decyzji).
649. Sąd uważa, że twierdzenia Komisji zamieszczone w motywach wspomnianych w punkcie poprzednim nie są w oczywisty sposób błędne.
650. W pierwszej kolejności Komisja słusznie zatem podniosła w motywie 694 zaskarżonej decyzji, że „[z] uwagi na brak interoperacyjności, jaką konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej są w stanie osiągnąć z architekturą domeny Windows, coraz więcej konsumentów, w odniesieniu do systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, ogranicza się do jednorodnego rozwiązania Windows”.
651. Należy przypomnieć w tym względzie, że w pkt 371–422 powyżej zostało już wyjaśnione, iż odmowa zarzucana Microsoft utrudnia jej konkurentom opracowywanie takich systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, które byłyby w stanie osiągnąć wystarczający stopień interoperacyjności ze strukturą domeny Windows, wskutek czego konsumenci przy podejmowaniu decyzji dotyczących nabywania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej są bardziej skłonni nabywać produkty Microsoft. W pkt 606–611 powyżej podniesiono już także, że w wielu elementach akt sprawy wynika, iż technologie należące do gamy Windows 2000, a w szczególności Active Directory, są przyjmowane przez organizacje w coraz większym stopniu. Ze względu na to, że problemy związane z interoperacyjnością pojawiają się z większą ostrością w przypadku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej należących do tej gamy produktów niż w przypadku tych należących do poprzedniej generacji (zob. pkt 571–574 powyżej i motywy 578–584, 588 i 613 zaskarżonej decyzji), przyjmowanie w coraz większym stopniu tych systemów tylko wzmocniło efekt „ograniczania”, o którym mowa w punkcie poprzednim.
652. Nałożone w ten sposób na wybór konsumentów ograniczenie wyrządza im szkodę tym bardziej, że jak zostało podniesione w pkt 407–412 powyżej, uważają oni konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej za lepsze od systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej w zakresie szeregu właściwości, do których przywiązują oni dużą wagę, takich jak „niezawodność/dostępność systemu” oraz „bezpieczeństwo zintegrowane z systemem operacyjnym dla serwerów”.
653. W drugiej kolejności Komisja słusznie stwierdziła, że sztuczna przewaga w zakresie interoperacyjności, jaką Microsoft uzyskała dzięki swej odmowie, zniechęca konkurentów tej spółki do opracowywania i wprowadzania na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej posiadających innowacyjne właściwości, ze szkodą w szczególności dla konsumentów (zob. podobnie motywy 694 zaskarżonej decyzji). Odmowa ta prowadzi w konsekwencji do postawienia tych konkurentów w niekorzystnej w stosunku do Microsoft pozycji w zakresie zalet jej produktów, zwłaszcza w zakresie parametrów takich jak bezpieczeństwo, niezawodność, łatwość obsługi lub szybkość wykonywania zadań (motyw 699 zaskarżonej decyzji).
654. Twierdzenie Komisji, zgodnie z którym „jeżeli konkurenci Microsoft będą mieli dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności, których ujawnienia [ta ostania] odmawia, będą oni mogli je wykorzystać, w ramach sieci stosunków interoperacyjności, na której opiera się architektura domeny Windows, w celu udostępnienia zaawansowanych funkcji ich produktów” (motyw 695

- zaskarżonej decyzji), znajduje potwierdzenie w sposobie, w jaki konkurenci zachowywali się w przeszłości, gdy mieli dostęp do niektórych informacji dotyczących produktów Microsoft. Przemawiające w tym zakresie są dwa przywoływane przez Komisję w motywie 696 zaskarżonej decyzji przykłady, czyli produkty zwane „PC NetLink” i „NDS dla NT”. PC NetLink jest oprogramowaniem stworzonym przez Sun na podstawie AS/U, które zostało opracowane przez AT&T przy wykorzystaniu niektórych elementów kodu źródłowego Microsoft, które ta ostatnia przekazała mu w ramach licencji w latach 90. (motywy 211–213 zaskarżonej decyzji). Z dokumentu przekazanego przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego wynika, że innowacyjne właściwości i wartość dodana, jakie PC NetLink wniosło do sieci Windows dla grupy roboczej, zostały podkreślone przez Sun jako argument przemawiający za sprzedażą tego produktu (przypis na str. 840 zaskarżonej decyzji). Podobnie w swej dokumentacji handlowej Novell podkreśliła nowe właściwości, jakie NDS dla NT – oprogramowanie, które spółka ta stworzyła przy wykorzystaniu technik analizy odwróconej – wniosło do struktury domeny Windows, w tym przypadku – Windows NT (przypis na str. 841 zaskarżonej decyzji).
655. Należy podnieść, że Komisja starała się podkreślić w tym kontekście, iż istnieją „duże możliwości dywersyfikacji i wprowadzania innowacji poza specyfikacją interfejsu” (motyw 698 zaskarżonej decyzji). Innymi słowy, ta sama specyfikacja może być przedmiotem wielu różnych i mających innowacyjny charakter implementacji ze strony twórców oprogramowania.
656. A zatem zaskarżona decyzja opiera się na koncepcji, że po usunięciu przeszkody, jaką dla konkurentów Microsoft stanowi niewystarczający stopień interoperacyjności z architekturą domeny Windows, konkurenci ci będą mogli oferować systemy operacyjne dla grupy roboczej, które będą dalekie od zwykłego powielania systemów Windows już znajdujących się na rynku, będą różnić się od tych systemów w zakresie ważnych dla konsumentów parametrów (zob. podobnie motyw 699 zaskarżonej decyzji).
657. Należy w tym względzie przypomnieć, że konkurenci Microsoft, mając dostęp tylko do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji, nie byłoby zresztą w stanie klonować lub powielać produktów tej ostatniej. Poza tym, że sama Microsoft przyznaje w swych pismach, iż środek zaradczy przewidziany w art. 5 teżej decyzji nie umożliwi osiągnięcia tego (zob. pkt 241 powyżej), należy powtórzyć, że rozpatrywane informacje nie obejmują szczegółów implementacji lub innych elementów kodu źródłowego Microsoft (zob. pkt 194–206 powyżej). Należy także podnieść, że protokoły, których specyfikacje Microsoft jest zobowiązana ujawnić na podstawie zaskarżonej decyzji, stanowią tylko minimalną część wszystkich protokołów, które są implementowane w systemach operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej.
658. Należy dodać, że konkurenci Microsoft nie mają żadnego interesu w tym, aby poprzestać na powielaniu systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej. Po umożliwieniu im, dzięki informacjom, które zostaną im przekazane, opracowywania systemów w wystarczającym stopniu interoperacyjnych z architekturą domeny Windows, jeśli będą chcieli skorzystać z przewagi konkurencyjnej nad Microsoft i pozostać w sposób rentowny na rynku, nie będą oni mieć innego wyboru niż zróżnicowanie swych produktów w stosunku do produktów Microsoft w zakresie pewnych parametrów i właściwości. Należy w tym względzie pamiętać, że jak wyjaśnia Komisja w motywach 719–721 zaskarżonej decyzji, implementacja specyfikacji jest zadaniem trudnym, które wymaga poważnych inwestycji finansowych i czasu.
659. Wreszcie w odniesieniu do argumentu Microsoft, zgodnie z którym jeśli zostanie zmuszona do udostępnienia danej technologii swoim konkurentom, będzie ona w mniejszym stopniu chętna do jej opracowania (zob. pkt 627 powyżej), wystarczy stwierdzić, że jest on pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia w kontekście badania okoliczności dotyczącej nowego produktu, skoro kwestią, którą należy rozstrzygnąć, jest wpływ rozpatrywanej odmowy na zamierzenia innowacyjne konkurentów Microsoft, a nie kwestia zamierzeń innowacyjnych tej ostatniej. Tę ostatnią kwestię należy ocenić w ramach badania okoliczności polegającej na braku obiektywnego uzasadnienia.
660. Po trzecie, Komisja również słusznie odrzuciła jako bezzasadne twierdzenie sformułowane przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego, zgodnie z którym nie zostało wykazane, że zarzucona Microsoft odmowa wyrządza szkodę konsumentom (motywy 702–708 zaskarżonej decyzji).
661. Przede wszystkim, jak już zostało podniesione w pkt 407–412 powyżej, z wyników trzeciego sondażu przeprowadzonego przez Mercer wynika, że w przeciwieństwie do tego, co twierdzi

Microsoft, konsumenci uważają konkurencyjne systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej za lepsze od systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej w zakresie szeregu właściwości, do których przywiązują oni wielką wagę.

662. Następnie Microsoft nie może opierać argumentu na okoliczności, że konsumenci w żadnym momencie w toku postępowania administracyjnego nie stwierdzili, iż zostali zmuszeni, wskutek jej odmowy ujawnienia swym konkurentom informacji dotyczących interoperacyjności, do przyjęcia systemu operacyjnego Windows dla serwerów grupy roboczej. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że Microsoft nie podważa twierdzeń przedstawionych przez Komisję w motywach 705 i 706 zaskarżonej decyzji. W motywie 705 zaskarżonej decyzji Komisja podnosi zatem, że to twórcy oprogramowania uzupełniającego, które powinno interoperować z systemami Microsoft, są „uzależnieni od ujawnienia przez tę ostatnią informacji dotyczących interoperacyjności” i że „konsumenci nie zawsze wiedzą dokładnie, co Microsoft ujawnia lub czego nie ujawnia producentom systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej”. W motywie 706 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że „[k]onsumenci, gdyby musieli wybierać pomiędzy tolerowaniem problemów związanych z interoperacyjnością, które sprawiają, że przebieg ich działań jest bardziej skomplikowany, mniej skuteczny i bardziej kosztowny, a homogenicznym środowiskiem Windows, będą skłaniać się ku temu ostatniemu rozwiązaniu” i że „[p]o wybraniu Windows jako standardu jest mało prawdopodobne, aby konsumenci powoływali się na problemy interoperacyjności pomiędzy stacjami roboczymi a serwerami grupy roboczej”.
663. Należy ponadto podnieść, że z oświadczeń złożonych przez Microsoft w odniesieniu do ujawniania informacji na podstawie umowy amerykańskiej wynika, iż dzięki temu ujawnianiu konsumenci mają zaofiarowany większy wybór (zob. motyw 703 zaskarżonej decyzji).
664. Wreszcie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, art. 82 WE dotyczy nie tylko praktyk, które mogą wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę pośrednią, naruszając strukturę skutecznej konkurencji (wyrok Trybunału z dnia 13 lutego 1979 r. w sprawie 85/76 Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, Rec. str. 461, pkt 125 i ww. w pkt 229 wyrok w sprawie Irish Sugar przeciwko Komisji, pkt 232). W niniejszym zaś przypadku Microsoft, nabywając znaczną część rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, naruszyła strukturę skutecznej konkurencji na tym rynku.
665. Na podstawie wszystkich powyższych rozważań należy stwierdzić, że wniosek Komisji, zgodnie z którym odmowa zarzucana Microsoft ogranicza rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE, nie jest w oczywisty sposób błędny. Należy zatem stwierdzić, że okoliczność dotycząca pojawienia się nowego produktu zachodzi w niniejszym przypadku.

(v) W przedmiocie obiektywnego uzasadnienia

Argumenty uczestników

666. W pierwszej kolejności Microsoft twierdzi, że odmowa, która jest jej zarzucana, jest obiektywnie uzasadniona prawami własności intelektualnej, jakie posiada wobec rozpatrywanej „technologii”. Podnosi ona, że w celu opracowania swych protokołów komunikacyjnych dokonała ona znacznych inwestycji i że sukces gospodarczy, jaki osiągnęła, jest słuszną rekompensatą za te wysiłki. Podnosi ona także, że jest ogólnie przyjęte, że odmowa przekazania przez przedsiębiorstwo swym konkurentom danej technologii może być uzasadniona faktem, iż nie życzy ono sobie, aby wykorzystywali oni wspomnianą technologię i stanowili dla niego konkurencję.
667. W replice Microsoft powołuje się na fakt, że technologia, jaką musi ujawnić swym konkurentom, jest tajna i bardzo cenna dla licencjodawców, a także że zawiera ona istotne innowacje.
668. W odpowiedzi na jedno z pytań pisemnych skierowanych przez Sąd Microsoft dodaje, że dysponuje obiektywnym uzasadnieniem decyzji o nieprzyznawaniu licencji dotyczącej wspomnianej technologii „ze względu na szkodę, jaką wyrządziłoby zamierzeniom innowacyjnym wykorzystanie tej technologii – przez Sun (lub inne przedsiębiorstwa) – do opracowania ekwiwalentu funkcjonalnego, który stanowiłby konkurencję dla produktów Microsoft na tym samym rynku”.
669. Po drugie, Microsoft utrzymuje, że Komisja oddaliła jej argumenty, stosując nowe kryterium, które jest błędne pod względem prawnym i wyraźnie odbiega od tych uznanych przez wcześniej-

sze orzecznictwo. W motywie 783 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła bowiem, że odmowa udzielania informacji chronionych na podstawie prawa własności intelektualnej stanowi naruszenie art. 82 WE, jeżeli przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności pozytywny wpływ na innowacyjność w całym sektorze kompensuje negatywny wpływ na zamierzenia innowacyjne przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą.

670. Microsoft uważa, że zastosowanie takiego „kryterium zrównoważenia” w konsekwencji doprowadzi do sytuacji, w której przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą będą w mniejszym stopniu chętne do inwestowania w badania i rozwój, ponieważ będą musiały dzielić się owocami swych wysiłków ze swymi konkurentami. Podnosi ona, że prawa własności intelektualnej zachęcają ich podmiot do dalszego wprowadzania innowacji, jednocześnie zachęcając przedsiębiorstwa konkurencyjne do rozwoju ich własnej działalności w zakresie innowacji, aby nie „pozostać z tyłu”. Ponadto krytykuje ona fakt, że Komisja nie zmierza do „liczbowego określenia” negatywnego wpływu, jaki narzucone przez zaskarżoną decyzję obowiązkowe przyznanie licencji będzie miało na jej konkurentów, którzy będą bardziej skłonni oczekiwać na technologię, jaką będą mogli dysponować za pośrednictwem licencji, niż usiłować stworzyć swą własną technologię.
671. Microsoft krytykuje także niejednoznaczny charakter i nieprzewidywalne skutki zastosowania tego kryterium, podnosząc między innymi, że Komisja nie dostarczyła żadnej informacji umożliwiającej przedsiębiorstwom zajmującym pozycję dominującą dokonanie oceny, czy „zachowanie [ich] skłonności do innowacji może uzasadniać decyzję o zachowaniu [ich] własności intelektualnej do [ich] własnego użytku”. Bardziej ogólnie rzecz ujmując, zaskarżona decyzja nie dostarcza żadnego wyjaśnienia ani na temat sposobu, w jaki wspomniane kryterium zostało zastosowanie w niniejszym przypadku, ani na temat sposobu, w jaki powinno ono być wdrażane w przyszłości.
672. W trzeciej kolejności Microsoft podważa stosowność powołania się Komisji na ugodę amerykańską i na porozumienia zawarte z Sun (zob. pkt 687 poniżej).
673. W odniesieniu do ugody amerykańskiej Microsoft przypomina, że zobowiązuje ona do przyznawania licencji dotyczących protokołów komunikacyjnych implementowanych w systemach operacyjnych Windows dla stacji roboczych tylko do celów ich implementacji w oprogramowaniu dla serwerów. Natomiast zaskarżona decyzja zobowiązuje ją do przyznawania licencji dotyczących jej protokołów komunikacyjnych „serwer-serwer”, tak aby mogły one być implementowane w bezpośrednio konkurencyjnych systemach operacyjnych dla serwerów. Zauważa ona również, że obowiązki wynikające z ugody amerykańskiej są ograniczone do okresu pięciu lat i że spółka jest bardziej zainteresowana dalszym rozwojem technologii, ponieważ po upływie tego terminu może ona ponownie korzystać na zasadzie wyłączności z ulepszeń wniesionych do tej technologii.
674. W odniesieniu do porozumienia zawartego z Sun Microsoft podnosi, że zawiera ono wzajemne zobowiązanie się do udostępniania technologii i praw własności intelektualnej na wynegocjowanych warunkach w ograniczonym, sześcioletnim okresie. Natomiast na mocy zaskarżonej decyzji Microsoft nie będzie mogła swobodnie wybierać swych licencjobiorców i nie otrzyma w zamian żadnej licencji; opłaty i inne warunki dotyczące przyznania licencji podlegają kontroli ze strony Komisji, a obowiązek przyznawania licencji przez Microsoft „nie jest ograniczony w czasie”.
675. CompTIA podkreśla przede wszystkim znaczenie innowacji dla konkurencji w sektorze technologii informacyjnych i komunikacyjnych oraz konieczność posiadania w jego ramach „silnego systemu ochrony praw własności intelektualnej”. Wskazuje ono między innymi, że te prawa zachęcają spółki do ulepszania swych istniejących już produktów oraz do wprowadzania na rynek nowych produktów.
676. Następnie CompTIA, odnosząc się do motywu 783 zaskarżonej decyzji, stwierdza, że Komisja zastosowała w niniejszym przypadku nowe kryterium oceny, i uważa, że kryterium to jest niezgodne z orzecznictwem.
677. Komisja w pierwszej kolejności podnosi, że w sposób właściwy uwzględniła przedstawione przez Microsoft uzasadnienie.
678. W tym względzie Komisja twierdzi, że w swej skardze Microsoft przyznała, iż przedstawiła tylko jedno uzasadnienie, czyli fakt, że posiada prawa własności intelektualnej do rozpatrywanej „technologii”. Komisja uważa, że takie uzasadnienie nie może zostać przyjęte, zauważając między innymi, iż w sprawie, która doprowadziła do wydania powołanego powyżej w pkt 107 wyroku

w sprawie Magill – w której nie było żadnych wątpliwości co do tego, że podważana decyzja zobowiązuje dane spółki do przyznania licencji dotyczących prawa autorskiego – Trybunał orzekł, że rozpatrywana odmowa nie została obiektywnie uzasadniona. SIIA popiera Komisję w tym względzie.

679. Następnie Komisja wyjaśnia, że zrozumiała argument Microsoft w ten sposób, iż okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, a w szczególności „prawdopodobny wpływ nakazu udzielenia informacji na jej zamierzenia innowacyjne”, były do tego stopnia wyjątkowe, że nie mogła ona zastosować rozwiązań pochodzących z orzecznictwa.
680. W tym kontekście Komisja przypomina, że to do Microsoft należy udowodnienie, że stanowiące nadużycie zachowanie, które jest jej zarzucane, jest obiektywnie uzasadnione. W szczególności Komisja uważa, że ta ostatnia powinna była co najmniej wykazać, po pierwsze, iż nałożony na nią obowiązek ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności miałby negatywny wpływ na jej zamierzenia innowacyjne, a po drugie, że istnieje ryzyko, że ten negatywny wpływ przeważa nad „wszystkimi zidentyfikowanymi przez Komisję czynnikami, które w przeciwnym razie nadają temu zachowaniu charakter naruszenia”. Tymczasem Microsoft zadowolili się przedstawieniem argumentów czysto teoretycznych i nie popartych w tym zakresie żadnymi dowodami.
681. Komisja uważa także, że Microsoft nie może uzasadnić swej odmowy faktem, iż rozpatrywana technologia jest tajna i bardzo cenna, a także zawiera istotne innowacje. Uzasadnienia tego ponadto nie powołano w skardze.
682. W drugiej kolejności Komisja podważa okoliczność, że zastosowała w niniejszym przypadku nowe kryterium oceny.
683. W tym względzie, po pierwsze, Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym przedsiębiorstwo jest uprawnione do odmowy przekazania swym konkurentom danej technologii w przypadku, gdy pragnie uniknąć możliwości wykorzystywania jej przez nich w celu konkurowania z nim. Twierdzenie to można z jednej strony interpretować w ten sposób, że nawet jeśli spełnione są trzy pierwsze z ustanowionych przez Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health kryteriów, odmowa udzielenia licencji jest zgodna z prawem, jeśli konkurenci zamierzają wykorzystywać licencję w celu konkurowania z przedsiębiorstwem dominującym. Taka teza jest zaś w oczywisty sposób błędna. Wspomniane twierdzenie można interpretować z drugiej strony w ten sposób, że zasady ustanowione w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill nie mają zastosowania w przypadku, gdy dane prawo własności intelektualnej dotyczy technologii. Jednakże oprócz tego, że Microsoft w żaden sposób nie wyjaśnia, co rozumie pod pojęciem „technologii” w tym kontekście, jest niezmiernie trudno dokonać rozróżnienia pomiędzy „technologicznymi” i „nietechnologicznymi” prawami własności intelektualnej. Ponadto nie jest pewne, czy rozpatrywane informacje dotyczące interoperacyjności stanowią taką technologię, w szczególności jeśli są one tylko zwykłymi arbitralnymi ustaleniami, pozbawionymi innowacyjnego charakteru.
684. Po drugie, Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym z uwagi na wydanie zaskarżonej decyzji jej konkurenci nie będą już mieli motywacji do tworzenia własnych technologii. Zdaniem Komisji Microsoft nie zajmuje stanowiska w kwestii twierdzenia zawartego w motywie 697 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym ze względu na quasi-monopolistyczną pozycję zajmowaną przez tę spółkę na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych jej konkurenci nie są w stanie opracowywać rozwiązań stanowiących trwałą alternatywę dla jej protokołów komunikacyjnych.
685. Po trzecie, Komisja podnosi, że Microsoft ogranicza się do powołania się na zamierzenia innowacyjne w zakresie tworzenia protokołów, pomijając swe inne produkty. Odsyłając do motywu 724 zaskarżonej decyzji, Komisja twierdzi, że takie podejście jest błędne.
686. Po czwarte, Komisja utrzymuje, że Microsoft pomija fakt, iż rozpatrywane informacje są konieczne do osiągnięcia interoperacyjności w rozumieniu dyrektywy 91/250. Z art. 6 tej dyrektywy wynika zaś, że prawodawca wspólnotowy uważa, iż ujawnianie takich informacji jest korzystne dla innowacyjności.
687. W trzeciej kolejności Komisja odwołuje się do pewnych oświadczeń złożonych przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego, a także po wydaniu zaskarżonej decyzji. Microsoft pod-

czas jej przesłuchania, w odpowiedzi na pytanie postawione przez służby Komisji, podniosła zatem, że nie stwierdziła, iż uгода amerykańska miała negatywny wpływ na jej zamierzenia innowacyjne. Podobnie podczas wspólnej z Sun konferencji prasowej, odnosząc się do porozumienia zawartego z tą spółką, Microsoft oświadczyła, że obydwie spółki nadal konkurują ze sobą i wprowadzają innowacje oraz że „skutkiem zawarcia porozumienia nie będzie mniej, ale więcej innowacji”. Komisja uważa, że argument, jaki Microsoft opiera na fakcie, iż to porozumienie przewiduje zobowiązania wzajemne, jest pozbawiony znaczenia dla sprawy. Zauważa ona w tym względzie, że Sun już w momencie zawierania tego porozumienia prowadziła politykę ujawniania całemu sektorowi stosownych protokołów.

Ocena Sądu

688. Należy podnieść na wstępie, że choć ciężar dowodu w odniesieniu do istnienia okoliczności stanowiących naruszenie art. 82 WE spoczywa na Komisji, to jednak na danym przedsiębiorstwie dominującym, a nie na Komisji spoczywa, w razie takiej konieczności, przedstawienie ewentualnego obiektywnego uzasadnienia i przedstawienie w tym względzie argumentów i dowodów, a wszystko to przed zakończeniem postępowania administracyjnego. Następnie do Komisji należy, jeśli zamierza ona stwierdzić istnienie nadużycia pozycji dominującej, wykazanie, że argumenty i dowody przedstawione przez wspomniane przedsiębiorstwo, a w związku z tym przedstawione uzasadnienie, nie mogą zostać przyjęte.
689. W niniejszej sprawie, jak stwierdzono w motywie 709 zaskarżonej decyzji i co Microsoft wyraźnie potwierdziła w skardze, Microsoft przedstawiła jako uzasadnienie swego postępowania jedynie fakt, że rozpatrywana technologia jest objęta prawami własności intelektualnej. Wyjaśniła w tym kontekście, że gdyby została zmuszona do udostępnienia stronom trzecim tej technologii, „wyeliminowałoby to motywację do inwestowania w przyszłości w tworzenie własności intelektualnej” (motyw 709 zaskarżonej decyzji). W replice powołała się ona również na fakt, że wspomniana technologia jest tajna, bardzo cenna i zawiera istotne innowacje.
690. Sąd uważa, że sama okoliczność – zakładając, że miała miejsce – iż protokoły komunikacyjne, o których mowa w zaskarżonej decyzji, lub ich specyfikacje są objęte prawami własności intelektualnej, nie może stanowić obiektywnego uzasadnienia w rozumieniu powołanych powyżej w pkt 107 wyroków w sprawie Magill i w sprawie IMS Health. Teza broniona przez Microsoft jest bowiem niezgodna z uzasadnieniem istnienia wyjątku, jaki to orzecznictwo ustanawia w tej dziedzinie z myślą o wolnej konkurencji w tym znaczeniu, że gdyby samo posiadanie praw własności intelektualnej mogło stanowić samo w sobie obiektywne uzasadnienie odmowy przyznania licencji, to wyjątek ustanowiony przez orzecznictwo nie mógłby nigdy znaleźć zastosowania. Innymi słowy, odmowa przyznania prawa własności intelektualnej na podstawie licencji nie mogłaby być nigdy uważana za naruszenie art. 82 WE, podczas gdy Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health orzekł coś dokładnie przeciwnego.
691. Należy przypomnieć w tym względzie, że jak zostało wyjaśnione w pkt 321, 323, 327 i 330 powyżej, sąd wspólnotowy stoi na stanowisku, iż możliwość korzystania przez podmiot prawa własności intelektualnej z tego prawa tylko na własny użytek stanowi samą istotę jego wyłącznego prawa. A zatem sama odmowa, nawet ze strony przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, przyznania licencji stronie trzeciej nie może stanowić sama w sobie nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 WE. Tylko w przypadku gdy odmowa jest wydana w nadzwyczajnych okolicznościach, takich jak te przewidziane dotychczas przez orzecznictwo, może ona zostać uznana za nadużycie, a w związku z tym dozwolona jest, w interesie publicznym polegającym na utrzymaniu skutecznej konkurencji na rynku, ingerencja w wyłączne prawo podmiotu prawa własności intelektualnej, która polega na zobowiązaniu go do przyznania licencji stronom trzecim, które zamierzają wejść na rynek lub się na nim utrzymać. Należy przypomnieć w tym względzie, że powyżej zostało ustalone, iż takie okoliczności zachodzą w niniejszym przypadku.
692. W odniesieniu do argumentu przywołanego przez Microsoft w replice i opartego na okoliczności, że rozpatrywana technologia jest tajna, bardzo cenna dla beneficjentów licencji oraz zawiera istotne innowacje, także on nie może zostać przyjęty.

693. Po pierwsze bowiem okoliczność, że rozpatrywana technologia jest tajna, jest konsekwencją podjętej przez Microsoft jednostronnej decyzji gospodarczej. Poza tym Microsoft nie może jednocześnie opierać argumentu na rzekomo tajnym charakterze informacji dotyczących interoperacyjności w celu wykazania, że może ona być zobowiązana do ich ujawnienia tylko w przypadku gdy zachodzą nadzwyczajne okoliczności określone przez Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, i uzasadniać swej odmowy na podstawie tego samego rzekomo tajnego charakteru tychże informacji. Wreszcie nic nie uzasadnia tego, aby tajna technologia korzystała z wyższego poziomu ochrony niż na przykład technologia, którą twórca musiał ujawnić publicznie w ramach procedury udzielania patentu.
694. Po drugie, informacje dotyczące interoperacyjności, od momentu gdy – tak jak w niniejszej sprawie – zostaje ustalone, że mają one charakter niezbędny, muszą być bardzo cenne dla konkurentów, którzy pragną mieć do nich dostęp.
695. Po trzecie, z faktem, iż dane przedsiębiorstwo posiada prawa własności intelektualnej, nierozdzielnie związana jest okoliczność, że ich przedmiot ma innowacyjny lub oryginalny charakter. Nie może bowiem istnieć patent, jeśli nie ma wynalazku, ani prawo autorskie, jeśli nie ma oryginalnego dzieła.
696. Ponadto Sąd podnosi, że w zaskarżonej decyzji Komisja nie ograniczyła się do odrzucenia uzasadnienia, jakie przedstawiła Microsoft, a zgodnie z którym rozpatrywana technologia jest objęta prawami własności intelektualnej. Zbadala ona również argument Microsoft oparty na tym, że gdyby spółka ta została zobowiązana do udostępnienia stronom trzecim wspomnianej technologii, miałyby to negatywny wpływ na jej zamierzenia innowacyjne (motywy 709 i 712 zaskarżonej decyzji).
697. Należy stwierdzić, że jak słusznie podnosi Komisja, Microsoft, na której spoczywa pierwotny ciężar dowodu w tym względzie (zob. pkt 688 powyżej), nie wykazała w sposób wystarczający, iż gdyby została zmuszona do ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności, miałyby to negatywny wpływ na jej zamierzenia innowacyjne.
698. Microsoft ograniczyła się bowiem do podniesienia niejednoznacznych, ogólnych i teoretycznych argumentów w tym zakresie. Jak zatem podnosi Komisja w motywie 709 zaskarżonej decyzji, Microsoft w odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów zadowolili się oświadczeniem, że „ujawnienie [...] wyeliminowałoby motywację do inwestowania w przyszłości w tworzenie własności intelektualnej”, nie wyjaśniając, do jakich technologii lub produktów odnosiło się to oświadczenie.
699. W niektórych fragmentach odpowiedzi wspomnianej w punkcie poprzednim Microsoft przewiduje negatywny wpływ na jej zamierzenia innowacyjne w dziedzinie ogólnie pojmowanych systemów operacyjnych, czyli zarówno systemów operacyjnych dla stacji roboczych, jak i dla serwerów.
700. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że w motywach 713–729 zaskarżonej decyzji Komisja bardzo słusznie oddaliła argumenty Microsoft dotyczące obawy przed sklonowaniem jej produktów. Należy przypomnieć w szczególności, że środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji nie umożliwia i nie służy umożliwieniu konkurentom Microsoft kopiowania jej produktów (zob. pkt 198–206, 240–242 i 656–658 powyżej).
701. Z powyższego wynika, że nie zostało wykazane, iż ujawnienie informacji, które są przedmiotem tego środka zaradczego, znacznie obniży – a jeszcze w mniejszym stopniu, że wyeliminuje – zamierzenia innowacyjne Microsoft.
702. W tym kontekście należy zauważyć, że jak słusznie stwierdziła Komisja w motywach 730–734 zaskarżonej decyzji, ujawnianie stronom trzecim informacji mających na celu ułatwienie interoperacyjności z ich produktami jest powszechną praktyką w przypadku podmiotów gospodarczych działających w rozpatrywanym sektorze i sama Microsoft postępowała w ten sposób aż do momentu, w którym jej pozycja na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej ustabilizowała się w wystarczający sposób. Umożliwia to bowiem tym podmiotom zwiększenie atrakcyjności, a zatem wartości ich produktów. Żaden zaś z uczestników niniejszej sprawy nie twierdził, że ujawnienia tego rodzaju miałyby jakikolwiek negatywny wpływ na zamierzenia innowacyjne tych podmiotów gospodarczych.
703. Należy ponadto stwierdzić, że jeśli ujawnienia, jakich dokonano w ramach ugody amerykańskiej i MCPP w odniesieniu do protokołów serwer-klient, nie miały negatywnego wpływu na zamierzenia

- innowacyjne Microsoft (motyw 728 zaskarżonej decyzji), nie ma żadnego oczywistego powodu, aby sądzić, że konsekwencje ujawniania informacji dotyczących protokołów serwer-serwer będą odmienne.
704. Ponadto w odniesieniu do twierdzenia Microsoft, zgodnie z którym w zaskarżonej decyzji Komisja odrzuciła przedstawione przez nią obiektywne uzasadnienie, stosując nowe kryterium oceny, należy stwierdzić, że opiera się ono na błędnym zrozumieniu tej decyzji.
705. Twierdzenie to jest bowiem oparte na jednym, znajdującym się w motywie 783 zaskarżonej decyzji zdaniu, które wpisuje się w część decyzji zawierającej wniosek z przeprowadzonej przez Komisję w motywach 560–778 analizy dotyczącej rozpatrywanej odmowy.
706. Zdanie to brzmi następująco:
„[P]ogłębiona analiza zakresu przedmiotowego ujawnienia pozwala na wyciągnięcie wniosku, że po wyważeniu wchodzących w grę interesów ewentualny negatywny skutek, jaki obowiązek dostarczenia informacji miałby dla zamierzeń innowacyjnych Microsoft, jest rekompensowany przez pozytywne skutki dla poziomu innowacji w całym sektorze (w tym dla Microsoft)”.
707. Zdanie to należy jednak czytać łącznie ze zdaniem, które następuje w tym samym motywie bezpośrednio po nim i zgodnie z którym „konieczność ochrony zamierzeń innowacyjnych Microsoft nie powinna stanowić obiektywnego uzasadnienia, które stanowiłoby przeciwwagę dla wyjątkowych okoliczności określonych powyżej”.
708. Należy także przytoczyć motyw 712 zaskarżonej decyzji, w którym Komisja przedstawia następujące rozważania:
„Powyżej zostało ustalone [...], że odmowa Microsoft łączy się z ryzykiem wyeliminowania konkurencji na rozpatrywanym rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej, że jest to spowodowane okolicznością, że wkład, którego odmówiono, jest niezbędny do dalszego prowadzenia działalności handlowej na tym rynku oraz że odmowa Microsoft ma negatywny wpływ na rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów. W świetle tych wyjątkowych okoliczności sama okoliczność faktyczna, że odmowa Microsoft stanowi odmowę przekazania na podstawie licencji prawa własności intelektualnej, nie stanowi jej obiektywnego uzasadnienia. Konieczne jest zatem dokonanie oceny, czy argumenty przywołane przez Microsoft w odniesieniu do zamierzeń innowacyjnych przeważają nad tymi wyjątkowymi okolicznościami”.
709. Innymi słowy, zgodnie z ustanowionymi w orzecznictwie zasadami (zob. pkt 331–333 powyżej), Komisja po ustaleniu, że w niniejszej sprawie zachodzą wyjątkowe okoliczności określone przez Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, zbadała, czy uzasadnienie przedstawione przez Microsoft i oparte na rzekomym wpływie na zamierzenia innowacyjne może przeważać nad tymi wyjątkowymi okolicznościami, w tym tą polegającą na tym, że rozpatrywana odmowa ogranicza rozwój techniczny ze szkodą dla konsumentów w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. b) WE.
710. Do wniosku, że nie ma to miejsca, Komisja doszła nie po wyważeniu negatywnego wpływu, jaki mogłoby mieć zobowiązanie do udzielenia rozpatrywanych informacji na zamierzenia innowacyjne Microsoft, z pozytywnym wpływem tego obowiązku, ale po odrzuceniu argumentów Microsoft dotyczących obawy przed „sklonowaniem” jej produktów (motywy 713–729), po stwierdzeniu, że ujawnianie informacji dotyczących interoperacyjności jest szeroko stosowaną praktyką w tym sektorze przemysłu (motywy 730–735), a także wskazaniu, że zobowiązanie złożone przez IBM wobec Komisji w 1984 r. nie było co do zasady odmienne niż to nałożone na Microsoft w zaskarżonej decyzji (motywy 736–742) oraz że zastosowane przez nią podejście jest zgodne z dyrektywą 91/250 (motywy 743–763 zaskarżonej decyzji).
711. Z całości powyższych rozważań wynika, że Microsoft nie wykazała istnienia jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia swej odmowy ujawnienia rozpatrywanych informacji dotyczących interoperacyjności.
712. Ponadto ze względu na to, że w niniejszym przypadku zachodzą wyjątkowe okoliczności, które zostały określone przez Trybunał w powołanych powyżej w pkt 107 wyrokach w sprawie Magill i w sprawie IMS Health, pierwszą część zarzutu należy w całości oddalić jako bezzasadną.

2. W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na fakcie, że Sun nie zwróciła się do Microsoft o umożliwienie korzystania z technologii, której ujawnienie nakazała Komisja

a) Argumenty uczestników

713. W pierwszym rzędzie Microsoft podnosi, że Sun nie zwróciła się do niej o udostępnienie informacji dotyczących interoperacyjności w rozumieniu zaskarżonej decyzji.
714. W tym względzie Microsoft, powołując się na fragment skargi Sun, utrzymuje, że żądanie zawarte w piśmie z dnia 15 września 1998 r. nie dotyczyło „kompletnych specyfikacji” jej protokołów komunikacyjnych, ale szczegółowych informacji dotyczących wewnętrznych właściwości jej systemów operacyjnych Windows dla serwerów.
715. Według Microsoft zatem, zakładając nawet, że pismo z dnia 6 października 1998 r. mogło zostać zinterpretowane jako zawierające odmowę, co nie ma jej zdaniem miejsca, nie można twierdzić, iż Microsoft odmówiła udostępnienia Sun technologii, której brak ujawnienia zarzuca jej zaskarżona decyzja.
716. Microsoft dodaje, że „zakres żądania Sun nie wskazuje [...], że zmierzała ona do uzyskania licencji [dotyczącej jej] protokołów komunikacyjnych”.
717. Microsoft podnosi ponadto, że Sun w swej skardze w żaden sposób nie powołuje się na protokoły komunikacyjne.
718. Poza tym Microsoft zauważa, że w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun wskazuje, iż jej zdaniem „Microsoft powinna dołączyć implementację referencyjną i informacje konieczne do zapewnienia, aby bez konieczności wykorzystywania analizy odwróconej obiektu COM i wszystkie technologie Active Directory działały w systemie Solaris w sposób w pełni kompatybilny”. Podnosi ona, że dostęp do takiej „technologii” umożliwiłby Sun „naśladowanie” prawie wszystkich funkcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Microsoft dodaje, że żądanie Sun dotyczyło „wciąż rozwijającej się technologii”, ponieważ Windows 2000 Server i Active Directory zostały wprowadzone na rynek dopiero w grudniu 1999 r.
719. W drugiej kolejności Microsoft utrzymuje, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. nie odpowiedziała ona na żądanie Sun „bezwzględną odmową”, ale wezwała Sun do zbadania wraz z nią „sposobu, w jakim obydwaj przedsiębiorstwa mogłyby ulepszyć interoperacyjność pomiędzy ich odpowiednimi produktami, z korzyścią dla ich wspólnych klientów”. Twierdzi ona także, że w tym piśmie wskazała Sun kilka sposobów „osiągnięcia interoperacyjności”. Cytując motyw 565 zaskarżonej decyzji, Microsoft dodaje, że Komisja nie może utrzymywać, iż rozpatrywane technologie są do tego stopnia złożone, że niemożliwe jest oczekiwanie od Sun, aby ta wiedziała, czego potrzebuje. Microsoft zaznacza w tym względzie, że Sun jest wysoko wyspecjalizowanym dystrybutorem systemów operacyjnych dla serwerów i że w każdym razie do niej należy wyjaśnienie jej żądania.
720. Ponadto Microsoft twierdzi, że Sun nie zareagowała na wezwanie, jakie do niej skierowała, podnosząc między innymi, iż Sun nie wzięła udziału w spotkaniu, które zostało zorganizowane w celu przedyskutowania kwestii interoperacyjności ich odpowiednich produktów.
721. Wreszcie Microsoft uważa, że nie ma sprzeczności pomiędzy jej stanowiskiem, zgodnie z którym nie jest pewne, czy odmówiłaby ona ujawnienia specyfikacji swych protokołów komunikacyjnych, gdyby Sun lub „ktokolwiek inny” zażądał tego od niej, oraz okolicznością, że dąży ona do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji. Istnieje bowiem zasadnicza różnica pomiędzy z jednej strony „dotyczącym licencji wzajemnych porozumieniem wynegocjowanym z innym dużym dostawcą systemów operacyjnych” a z drugiej strony „obowiązkiem dostarczenia »wszystkim« technologii, której jest ona właścicielem, zgodnie z nakazem władzy publicznej”.
722. W trzeciej kolejności Microsoft uważa, że Sun nie zażądała od niej udzielenia licencji dotyczącej prawa własności intelektualnej w celu opracowania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w EOG. Microsoft stoi w związku z tym na stanowisku, że kiedy odpowiadała na pismo z dnia 15 września 1998 r., w żaden sposób nie była zobowiązana do uwzględnienia szczególnej odpowiedzialności, która na niej spoczywa na mocy art. 82 WE, aby nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji.
723. W tym kontekście Microsoft przypomina, że Sun jest spółką amerykańską i że pismo z dnia 15 września 1998 r. zostało wysłane z jej siedziby znajdującej się w Stanach Zjednoczonych do

- siedziby Microsoft znajdującej się w Stanach Zjednoczonych, która także jest spółką amerykańską. Uważa ona, że w świetle braku jakiegokolwiek związku z EOG i ze względu na to, że w piśmie tym w żaden sposób nie wskazano, iż rozpatrywana technologia jest konieczna do opracowania i dystrybucji systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej na terytorium EOG, nie miała ona żadnego powodu, aby sądzić, że Sun zamierza uzyskać licencję obejmującą ten obszar.
724. Komisja odrzuca wszystkie przedstawione przez Microsoft argumenty.
725. W pierwszej kolejności Komisja twierdzi, że żądanie sformułowane przez Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r., „mimo że pod pewnymi względami wychodzi poza zakres zastosowania [zaskarżonej] decyzji”, jest wystarczająco jasne, aby Microsoft zrozumiała, po pierwsze, że Sun pragnie mieć dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności oraz, po drugie, że niektóre z tych informacji odnoszą się do właściwości sieci Windows dla grupy roboczej (struktura domeny Active Directory), które są niezbędne Sun do wywierania trwałej presji konkurencyjnej na rynek systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
726. Komisja twierdzi, że Microsoft niedokładnie przedstawia żądanie Sun, twierdząc, iż dotyczy ono elementów kodu źródłowego, a nie informacji odnoszących się do interfejsów. Przypomina ona, że celem żądania Sun było umożliwienie jej produktom „komunikowania się w przezroczysty sposób” ze środowiskiem Windows oraz że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz wyraźnie wskazał, iż rozumie to żądanie jako odnoszące się do informacji dotyczących interoperacyjności. Komisja podnosi także, że Sun w swej złożonej do niej skardze podkreśliła, iż pragnie mieć dostęp do „informacji dotyczących interoperacyjności”.
727. Komisja, odsyłając do motywów 713–722 zaskarżonej decyzji, dodaje, że dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności nie umożliwi konkurentom Microsoft „klonowania” lub „naśladowania” funkcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej.
728. Komisja uważa, że fakt, iż Sun nie zastosowała wyrażenia „protokół komunikacyjny”, jest pozbawiony znaczenia, ponieważ żądanie udostępnienia informacji koniecznych do umożliwienia nawiązywania wzajemnych połączeń i interakcji z oprogramowaniem Windows oraz żądanie udzielenia dostępu do specyfikacji protokołów są „jednym i tym samym”.
729. Komisja zauważa również, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. Microsoft nie powołała się na fakt, iż żądanie Sun dotyczy „wciąż rozwijającej się technologii”. Taki argument nie może w każdym razie zostać przyjęty, ponieważ pierwsza wersja beta systemu Windows 2000 Server w momencie, gdy Sun skierowała do Microsoft pismo z dnia 15 września 1998 r., była już obecna na rynku od roku.
730. W drugiej kolejności Komisja utrzymuje, że Microsoft nie może podważać, iż odpowiedziała ona odmownie na żądanie Sun.
731. W tym względzie Komisja podnosi, po pierwsze, że takie stanowisko Microsoft stoi w sprzeczności z żądaniem stwierdzenia nieważności art. 5 zaskarżonej decyzji.
732. Po drugie, odsyłając od motywów 194–198 zaskarżonej decyzji, Komisja twierdzi, że Microsoft wyraźnie potwierdziła, iż odmówiła udostępnienia pewnych informacji dotyczących interoperacyjności. Dodaje ona, że jak zostało wyjaśnione w motywach 573–577 zaskarżonej decyzji, odmowa ta wpisuje się w ogólną linię postępowania. Podobnie w trakcie postępowania w przedmiocie środka tymczasowego Microsoft wskazała, że wspomniana odmowa jest częścią jej „modelu prowadzenia działalności biznesowej”.
733. Po trzecie, Komisja wskazuje, że ma wątpliwości, czy Microsoft przekazałaby Sun żądane informacje, gdyby ta zareagowała w sposób bardziej zdecydowany na propozycję Microsoft dotyczącą przeprowadzenia dyskusji na temat interoperacyjności. Odwołuje się ona w tym względzie do przedstawionych w motywach 576 i 778 zaskarżonej decyzji pewnych oświadczeń osób zarządzających spółką Microsoft. Komisja dodaje, że jest mało prawdopodobne, aby M. Goldberg, pracownik Microsoft, o którym wspomina pismo z dnia 6 października 1998 r., był upoważniony do podejmowania decyzji w tym zakresie. Wskazuje także, że C. Terranova, pracownik Sun, spotkał się z M. Goldbergiem w dniu 25 listopada 1998 r. i że Microsoft nie wyjaśnia, dlaczego okoliczność, iż C. Terranova musiał unieważnić kolejne spotkanie przewidziane na dzień 8 marca 1999 r., uniemożliwiła przeprowadzenie dyskusji na temat interoperacyjności. Ponadto Komisja zauważa, że zasugerowany przez M. Goldberga porządek dnia tego ostatniego

spotkania nie obejmował żadnego odniesienia do stosownych technologii, takich jak Active Directory.

734. W trzeciej kolejności Komisja uważa, że bez znaczenia jest, iż w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun nie odniosła się wyraźnie do EOG. W tym względzie, po pierwsze, wskazuje ona, że ponieważ właściwy rynek geograficzny ma wymiar światowy, EOG musiał być objęty zawartym w tym piśmie żądaniem, oraz, po drugie, przypomina, że Sun złożyła skargę do Komisji dnia 10 grudnia 1998 r.

b) Ocena Sądu

735. Za pomocą argumentacji, jaką Microsoft przedstawia na poparcie drugiej części swego jedyne go zarzutu, zmierza ona do wykazania, że Komisja niesłusznie stwierdziła w zaskarżonej decyzji, iż odmawiając ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności, nadużyła ona pozycji dominującej, ponieważ nie można jej zarzucać żadnej rzeczywistej odmowy. Na poparcie tej tezy Microsoft powołuje się zasadniczo na dokonaną pomiędzy nią a Sun wymianę pism, jaka miała miejsce pod koniec 1998 r. Jej argumentacja składa się z trzech głównych części. W pierwszej kolejności Microsoft podnosi, że żądanie Sun zawarte w piśmie z dnia 15 września 1998 r. nie odnosi się do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji. W drugiej kolejności Komisja w każdym razie podważa, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. odpowiedziała odmownie na to żądanie. W trzeciej kolejności Microsoft twierdzi, że w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun nie zażądała od niej umożliwienia skorzystania z licencji dotyczącej praw własności intelektualnej, jakie ona posiada w odniesieniu do EOG.

736. Każda z tych części powinna stać się przedmiotem odrębnej analizy.

W przedmiocie zakresu żądania Sun

737. Na wstępie należy przypomnieć dokładną treść pisma z dnia 15 września 1998 r., a także przeprowadzoną przez Komisję w zaskarżonej decyzji jego analizę.

738. W piśmie tym Sun określa w następujący sposób informacje, jakie pragnie uzyskać od Microsoft:

- po pierwsze, wszystkie informacje konieczne do umożliwienia jej oferowania wbudowanej obsługi „obiektów COM” w systemie Solaris;
- po drugie, wszystkie informacje konieczne do umożliwienia oferowania wbudowanej obsługi dla całości technologii Active Directory w systemie Solaris.

739. W tym samym piśmie Sun wyjaśnia zakres żądanych informacji, a także celu jej żądania, wskazując, że:

- aplikacje stworzone w celu uruchamiania ich w systemie Solaris powinny móc komunikować się w sposób przejrzysty poprzez COM lub Active Directory z systemami operacyjnymi Windows lub z oprogramowaniem opartym na Windows;
- Microsoft powinna dołączyć implementację referencyjną i informacje konieczne do zapewnienia, aby bez konieczności wykorzystywania analizy odwróconej „obiekty COM” i wszystkie technologie Active Directory działały w systemie Solaris w sposób w pełni kompatybilny;
- informacje powinny obejmować wszystkie „obiekty COM”, a także wszystkie znajdujące się obecnie na rynku technologie Active Directory;
- informacje dotyczące „obiektów COM” i technologii Active Directory, które zostaną wprowadzone na rynek w przyszłości, powinny być dostarczane bez nieuzasadnionego opóźnienia i w sposób ciągły.

740. W motywie 186 zaskarżonej decyzji Komisja interpretuje drugą część żądania przedstawionego przez Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r. (zob. pkt 738 powyżej, tiret drugie) jako dotyczącą „zdolności Solaris do działania jako w pełni kompatybilny kontroler domeny w sieciach grupy roboczej Windows 2000 lub jako serwer członkowski (w szczególności jako serwer dla plików i drukarek) całkowicie kompatybilny z architekturą domeny Active Directory (bezpieczeństwo, usługa katalogowa)”. Komisja dodaje, że fakt, iż żądanie to dotyczy jednocześnie interoperacyjności klient-serwer oraz interoperacyjności serwer-serwer, nie stoi w sprzeczności z tym, że „architektura domeny Windows” ściśle łączy w sobie te dwa rodzaje interoperacyjności. Innymi

słowy, według Komisji „żądanie Sun obejmuje specyfikacje protokołów wykorzystywanych przez grupę roboczą [funkcjonującą w systemie] Windows w celu dostarczania usług udostępniania plików i drukarek, a także usług zarządzania użytkownikami i grupami [użytkowników] w sieciach Windows dla grupy roboczej”, co obejmuje „jednocześnie nawiązywanie wzajemnych połączeń i interakcji między serwerem grupy roboczej [funkcjonującym w systemie] Windows i stacją roboczą [funkcjonującą w systemie] Windows oraz nawiązywanie takich wzajemnych połączeń i interakcji między tymi maszynami, które są pośrednie i przechodzą przez jeden lub kilka serwerów grupy roboczej [funkcjonujących w systemie] Windows” (motyw 187 zaskarżonej decyzji).

741. W motywie 188 zaskarżonej decyzji Komisja bada pierwszą część żądania Sun (zob. pkt 738 powyżej, tiret trzecie). Przypominając, że COM/DCOM jest technologią, która „jest istotna dla dostarczania usług udostępnienia plików i drukarek, a także zarządzania użytkownikami i grupami użytkowników w produktach Windows”, Komisja stwierdza, że ta część żądania Sun pokrywa się z drugą częścią tego samego żądania, dotyczącą Active Directory. W następnym motywie wyjaśnia ona jednak, że „jedynymi elementami żądania Sun, które dotyczą technologii COM i mają znaczenie z punktu widzenia odmowy udzielenia informacji rozpatrywanej w [zaskarżonej decyzji], są te elementy, które są objęte żądaniem Sun dotyczącym kompatybilności z Active Directory”. To wyjaśnienie należy porównać z oświadczeniem złożonym przez Komisję w motywie 566 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym z jednej strony „jedyną odmową, jaka jest rozpatrywana w [tej] decyzji, jest odmowa przez Microsoft dostarczenia pełnej specyfikacji protokołów stanowiących podstawę architektury domeny Windows, które organizują sposób, w jaki serwery grupy roboczej [funkcjonujące w systemie] Windows dostarczają usług grupy roboczej dla stacji roboczych [funkcjonujących w] Windows, a z drugiej strony „[f]akt, że Microsoft także odrzucił żądanie przez Sun informacji, które zwiększyłyby możliwość przenoszenia obiektów COM pomiędzy różnymi platformami, nie jest częścią zachowania mającego znaczenie dla [tej] decyzji”.
742. Komisja dodaje w motywie 190 zaskarżonej decyzji, że w żądaniu Sun zawarte zostało domyślnie stwierdzenie, że pragnie ona mieć dostęp do specyfikacji, aby móc je implementować w swych dwóch produktach.
743. W motywach 199–207 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawia szereg rozważań mających na celu wykazanie, że informacje, do których Sun żąda dostępu w piśmie z dnia 15 września 1998 r., są powiązane z interoperacyjnością. W tym względzie, po pierwsze, odrzuca ona twierdzenie sformułowane przez Microsoft w odpowiedzi z dnia 17 października 2003 r. na trzecie pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, zgodnie z którym Sun zmierza do tego, aby Microsoft stworzyła wersję Active Directory, która może być stosowana w systemie Solaris. Po drugie, Komisja odrzuca również argument Microsoft, przywołany także w toku postępowania administracyjnego, zgodnie z którym żądanie Sun dotyczy „wewnętrznej architektury systemów operacyjnych Windows dla serwerów” i wykracza w związku z tym poza informacje dotyczące interoperacyjności. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii Komisja zauważa, że w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun wyraźnie wspomina o tym, iż pragnie móc osiągnąć „przezroczystą komunikację” pomiędzy środowiskiem Solaris i środowiskiem Windows (motyw 207 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi także, że z pisma z dnia 6 października 1998 r. wynika, iż Microsoft doskonale zrozumiała, że Sun chce uzyskać dostęp do informacji dotyczących interoperacyjności z „niektórymi właściwościami Windows” (motyw 207 zaskarżonej decyzji).
744. Następnie w świetle tych różnego rodzaju elementów stanu faktycznego należy stwierdzić, po pierwsze, że choć, jak zresztą sama Komisja przyznaje w odpowiedzi na skargę, zakres żądania zawartego w piśmie z dnia 15 września 1998 r. był pod pewnymi względami szerszy od zakresu zaskarżonej decyzji, niemniej jednak w tym samym piśmie Sun uszczegółowiła ten zakres, wskazując, że jej celem jest możliwość „komunikowania się (jej produktów) w sposób przezroczysty” (seamlessly communicate) ze środowiskiem Windows. W tym samym kontekście należy podnieść, że we wspomnianym piśmie Sun także wyjaśniła, iż żądane informacje powinny umożliwić „zapewnienie działania obiektów COM oraz całości technologii Active Directory w systemie operacyjnym Solaris w sposób w pełni kompatybilny, bez potrzeby wykorzystywania analizy odwróconej”. Innymi słowy, z treści pisma z dnia 15 września 1998 r. wynika wyraźnie, że Sun pragnęła mieć dostęp do informacji i że informacje te powinny być jej umożliwić osiągnięcie interoperacyjności pomiędzy jej produktami i środowiskiem Windows.

745. Ponadto z treści pisma z dnia 15 września 1998 r. wynika, że Sun dążyła do tego, aby móc osiągnąć wysoki poziom interoperacyjności pomiędzy jej produktami a architekturą domeny Windows. W tym względzie należy podnieść, iż w piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz, wskazując, że Microsoft nie ma wcale zamiaru „przeniesienia [»to port«] Active Directory do systemu Solaris” i że istnieją „różne poziomy funkcji [stworzonych w celu umożliwienia systemom operacyjnym] interoperowania z Active Directory”, wprowadza wyraźne rozróżnienie pomiędzy z jednej strony wyższym stopniem interoperacyjności, jaki może być osiągnięty w przypadku, gdy elementy jednego systemu operacyjnego zostają „przeniesione” do innego systemu operacyjnego, a z drugiej strony niższymi lub „różnymi” stopniami interoperacyjności, jakie mogą być osiągnięte przy wykorzystaniu innych metod, jakie zaleca w tym samym piśmie.
746. Po drugie, Microsoft nie może w sposób uzasadniony opierać argumentu na okoliczności, że w swej skardze Sun nie użyła wyrażenia „protokoły komunikacyjne”. Jak zostało przedstawione w motywie 49 zaskarżonej decyzji i jak słusznie przypomina Komisja w swych pismach, „protokół” to zbiór reguł określających zasady nawiązywania połączeń i interakcji pomiędzy różnymi instancjami oprogramowania w ramach sieci (zob. także pkt 196 i 197 powyżej). Jak zaś wskazano w pkt 740 powyżej, Sun dążyła do uzyskania informacji właśnie na temat tego rodzaju zasad. Argument Microsoft jest nie do przyjęcia tym bardziej, że jest on czysto formalny. W piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz powołuje się bowiem wielokrotnie na interoperacyjność pomiędzy z jednej strony produktami Microsoft, a z drugiej strony produktami Sun lub produktami innych producentów oprogramowania. Okoliczność ta dowodzi, że Microsoft doskonale zrozumiała zakres żądania Sun, pomimo faktu iż w piśmie z dnia 15 września 1998 r. formalnie nie powołano się na „protokoły komunikacyjne”.
747. Po trzecie, twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym dostęp do żądanej technologii umożliwiłby Sun „naśladowanie” niemalże wszystkich funkcji systemów operacyjnych Windows dla serwerów, nie może zostać przyjęte. Jak bowiem wynika z powyższych stwierdzeń, celem Sun było uzyskanie dostępu do informacji koniecznych, aby móc osiągnąć interoperacyjność pomiędzy jej produktami a architekturą domeny Windows. Tymczasem jak wynika między innymi z motywów 34, 570 i 571 zaskarżonej decyzji i jak zostało już podniesione w pkt 199–206 powyżej, taki rezultat może zostać osiągnięty dzięki przekazaniu tylko specyfikacji niektórych protokołów, czyli bez ujawniania elementów implementacji. W zakresie, w jakim twierdzenie Microsoft opiera się na fakcie, że w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun wskazuje, iż Microsoft powinna między innymi przekazać jej „implementację referencyjną”, należy stwierdzić, że nawet jeśli przez to wyrażenie Sun rozumiała żądanie przekazania elementów kodu źródłowego Microsoft, w świetle uszczegółowienia przez Sun zakresu jej żądania (zob. pkt 744 powyżej) nie pozwala to na stwierdzenie, iż nie żądała ona ponadto uzyskania specyfikacji protokołów, o których mowa w zaskarżonej decyzji, ponieważ zachowanie ukarane w tej decyzji jest zresztą ograniczone, jak przypomina motyw 569, do odmowy Microsoft przekazania tych specyfikacji.
748. Po czwarte, Microsoft nie może także skutecznie twierdzić, że żądanie sformułowane przez Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r. dotyczy „wciąż rozwijającej się technologii”. Z jednej strony bowiem twierdzenie to jest pozbawione wszelkiego znaczenia dla kwestii, czy żądanie to odnosi się do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji. Z drugiej strony Microsoft nie uwzględnia faktu, że jak zostało stwierdzone w motywach 398 i 790 zaskarżonej decyzji, już w dniu 23 września 1997 r., czyli niemalże rok przed wysłaniem tego pisma, rozprowadzała ona pierwszą wersję beta systemu Windows 2000 Server.
749. Z treści powyższych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że wbrew temu, co twierdzi Microsoft, żądanie Sun zawarte w piśmie z dnia 15 września 1998 r. wyraźnie odnosiło się do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji i które są przedmiotem środka zaradczego przewidzianego w art. 5 tej decyzji.
- W przedmiocie zakresu pisma z dnia 6 października 1998 r.
750. Druga część argumentacji, jaką Microsoft przedstawia na poparcie drugiej części zarzutu, czyli części dotyczącej zakresu pisma z dnia 6 października 1998 r., także nie może zostać przyjęta.
751. Biorąc bowiem pod uwagę samo brzmienie tego pisma, zbadane w świetle kontekstu, w jakim zostało ono sporządzone, tożsamości jego autora, zakresu wiedzy, jaką posiadał na temat roz-

patrywanych technologii i stanowiska przyjmowanego przez Microsoft aż do momentu wydania zaskarżonej decyzji, należy stwierdzić, że Komisja słusznie zinterpretowała w tej decyzji wspomniane pismo jako zawierające odmowę ujawnienia Sun informacji, jakich ta ostatnia od niej żądała.

752. W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że jak zostało stwierdzone w ramach pierwszej części zarzutu, argumentacja, jaką Microsoft podnosi w kontekście problematyki odmowy udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności oraz zezwolenia na ich wykorzystywanie, opiera się dużej mierze na kwestii tego, jaki stopień interoperacyjności pomiędzy jej produktami a produktami jej konkurentów należy osiągnąć. W toku całego postępowania administracyjnego i w niniejszym postępowaniu Microsoft broniła stanowiska, zgodnie z którym wystarczy, aby różne systemy operacyjne były w stanie wymieniać się informacjami lub świadczyć sobie wzajemnie usługi albo, innymi słowy, aby mogły „sprawnie współdziałać”. Według Microsoft, informacje i metody już dostępne na rynku umożliwiają osiągnięcie tego rezultatu, tak że nie może ona zostać zobowiązana do ujawniania dodatkowych informacji, a w szczególności informacji dotyczących komunikacji mającej miejsce w ramach „błękitnej bańki”. Microsoft twierdzi między innymi, że Komisja wymaga stopnia interoperacyjności, który wykracza daleko poza to, co zostało przewidziane w dyrektywie 91/250, i nie odpowiada sposobowi, w jaki przedsiębiorstwa organizują w praktyce swe sieci informatyczne. Jej zdaniem, Komisja uznała bowiem, że systemy operacyjne konkurencyjne wobec systemów Microsoft funkcjonują pod każdym względem tak samo jak system operacyjny Windows dla serwerów, co zobowiązuje Microsoft do przekazywania swym konkurentom dużo więcej informacji niż te dotyczące interfejsów jej produktów i narusza jej prawa własności intelektualnej, a także wywiera wpływ na jej zamierzenia innowacyjne.
753. Jak zostało podniesione w pkt 207–245 powyżej, sposób w jaki Microsoft interpretuje stopień interoperacyjności wymagany przez Komisję, i w związku z tym zakres informacji, o których mowa w zaskarżonej decyzji, jest błędny.
754. Aby dokonać oceny sposobu, w jaki Komisja interpretuje pismo z dnia 6 października 1998 r. oraz argumenty przedstawione w tym względzie przez Microsoft, należy uwzględnić te elementy stanu faktycznego.
755. Jak zostało wykazane w pkt 746 powyżej, Microsoft doskonale pojęła zakres żądania sformułowanego przez Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r., a w szczególności zrozumiała, że Sun dąży do uzyskania informacji koniecznych do umożliwienia jej produktom „komunikowania się w sposób przezroczysty” ze środowiskiem Windows lub, innymi słowy, do osiągnięcia wysokiego poziomu interoperacyjności pomiędzy jej produktami a wspomnianym środowiskiem.
756. Poza tym pismo z dnia 15 września 1998 r. zostało w oczywisty sposób skierowane do Microsoft w celu uzyskania dostępu do informacji, które nie były już dostępne publicznie lub w drodze licencji oferowanych na rynku licencji.
757. Pismo z dnia 6 października 1998 r. składa się zaś z sześciu następujących części odpowiedzi:
- po pierwsze, P. Maritz dziękuje R. Greenowi za pismo z dnia 15 września 1998 r. i informuje go, że Microsoft zawsze dążyła do pomagania swym konkurentom w „projektowaniu takich produktów i osiągnięcia takiej interoperacyjności, które są najlepsze dla [ich] platformy”;
 - po drugie, zwraca on uwagę R. Greena na fakt, że informacje dotyczące usług i interfejsów „platformy Windows” są już dostępne za pośrednictwem produktu zwanego „MSDN”;
 - po trzecie, wzywa on Sun do uczestnictwa w konferencji organizowanej przez Microsoft w Denver w dniach 11–15 października 1998 r.;
 - po czwarte, powołuje się on na istnienie implementacji referencyjnej COM w systemie Solaris, wyjaśniając, że kod źródłowy COM może być udostępniony na podstawie licencji, zwłaszcza przez Software AG;
 - po piąte, oświadcza on, że Microsoft nie ma zamiaru „przenoszenia” Active Directory do systemu Solaris, wskazując jednocześnie na istnienie cechujących się różnymi poziomami interoperacyjności metod służących współpracy z Active Directory, w tym na możliwość skorzystania z protokołu standardowego LDAP;

- po szóste, wzywa on Sun do zwrócenia się, w wypadku gdy będzie potrzebować „dodatkowej pomocy”, do „Account Managers” grupy „Developer Relations” Microsoft, którzy mają za zadanie „pomaganie twórcom oprogramowania, którzy potrzebują dodatkowej pomocy w odniesieniu do platform Microsoft”, wyznaczając M. Goldberga jako osobę, z którą należy się kontaktować w tym celu.
758. Należy stwierdzić w pierwszej kolejności, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz, nie odpowiadając na szczegółowe pytania postawione przez Sun w piśmie z dnia 15 września 1998 r., ogranicza się do odesłania Sun do źródeł informacji i do metod, które już były dostępne publicznie lub w drodze licencji. Ze względu na to, że P. Maritz prawidłowo rozumiał znaczenie poszczególnych pytań sformułowanych przez R. Greena, takiego odesłania nie można interpretować w inny sposób niż jako odmowę udzielenia żądanych informacji.
759. Fakt, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz wskazuje, iż Microsoft nie ma zamiaru „przenoszenia” Active Directory do systemu Solaris, potwierdza zasadność tej interpretacji, ponieważ tłumaczy on, że P. Maritz był w pełni świadomy okoliczności, iż konkurenci Microsoft, w tym Sun, mogą mieć nadzieję na osiągnięcie poziomu interoperacyjności wyższego niż poziom, który może być osiągnięty przy wykorzystaniu metod wskazanych w tym piśmie (zob. pkt 745 powyżej).
760. Kwestia ta jest tym bardziej niewątpliwa, że w odniesieniu przede wszystkim do MSDN Microsoft nie podważa w niniejszej części zarzutu analizy przeprowadzonej przez Komisję w zaskarżonej decyzji, zgodnie z którą mechanizm ten nie umożliwia konkurentom osiągnięcia wystarczającego stopnia interoperacyjności z systemami operacyjnymi Windows dla stacji roboczych (motyw 563 zaskarżonej decyzji odsyłający do sekcji 4.1.3, a zwłaszcza do motywów 209 i 210).
761. Następnie w odniesieniu do możliwości wykorzystania przez Sun ogólnie dostępnej implementacji referencyjnej COM, wskazanej także przez Microsoft w piśmie z dnia 6 października 1998 r., Microsoft również nie twierdziła w ramach niniejszej części zarzutu, że Komisja popełniła błąd, stwierdzając w zaskarżonej decyzji, iż produkt ten nie stanowi wystarczającego rozwiązania (motyw 563 zaskarżonej decyzji odsyłający do sekcji 4.1.3, a zwłaszcza do motywów 218–230; zob. także motywy 288–291).
762. Wreszcie w odniesieniu do możliwości wykorzystania przez Sun protokołu LDAP, także wskazanego w wyraźny sposób w piśmie z dnia 6 października 1998 r., Microsoft nie utrzymywała w ramach niniejszej części zarzutu ani nie wykazała w ramach poprzedniej części zarzutu, że Komisja popełniła błąd, stwierdzając, w szczególności w motywach 194, 195 i 243–250 zaskarżonej decyzji, iż protokół ten nie jest rozwiązaniem wystarczającym, aby osiągnąć odpowiedni poziom interoperacyjności z Active Directory.
763. W drugiej kolejności Microsoft nie może argumentu na to, iż pismo to nie zawiera żadnej odmowy, opierać na fakcie, że w piśmie z dnia 6 października 1998 r. P. Maritz zaproponował dodatkową pomoc M. Goldberga. Dodatkowa pomoc, do jakiej odnosi się on w ostatnim akapicie tego pisma, nie dotyczy bowiem informacji i metod, o których mowa w drugim i trzecim akapicie tego pisma. Microsoft proponuje w istocie w ten sposób pomóc Sun tylko w takim samym zakresie, w jakim „Account Managers” grupy „Developer Relations” pomagają każdemu twórcy oprogramowania, który potrzebuje pomocy dotyczącej „platform Microsoft”.
764. Microsoft nie może także skutecznie utrzymywać, że jak wynika z protokołu sporządzonego w celu streszczenia korespondencji z Sun, ta ostatnia nie zamierzała zareagować na propozycje M. Goldberga. Należy bowiem stwierdzić, że jak słusznie podniosła Komisja w motywie 193 zaskarżonej decyzji, żaden fragment tego protokołu nie wspomina o złożeniu przez Microsoft formalnej oferty udzielenia informacji żądanych przez Sun, czyli wykraczających poza zakres informacji dostępnych publicznie.
765. W trzeciej kolejności należy dodać, że w zaskarżonej decyzji Komisja zinterpretowała pismo z dnia 6 października 1998 r. w ten sposób, iż zawiera ono odmowę udostępnienia informacji dotyczących interoperacyjności żądanych przez Sun, tym zasadniej, że w toku postępowania administracyjnego Microsoft wyraźnie przyznała, iż nie ujawniła niektórych z tych informacji i że dalej odmawia ich ujawnienia (zob. w tym zakresie motywy 194–198 zaskarżonej decyzji). Mimo że Microsoft podważała podczas rozprawy wyczerpujący charakter jednego z cytatów znajdujących się w motywie 195 zaskarżonej decyzji, nie zaprzeczyła ona, że w toku postępowania admini-

stracyjnego przyznała, iż replikacja pomiędzy poszczególnymi kopiami Active Directory stanowi „proces właścicielski”.

766. Argumentacja Microsoft, zgodnie z którą pismo z dnia 6 października 1998 r. nie zawiera odmowy, powinna zatem zostać oddalona jako bezzasadna.
767. Zresztą pismo z dnia 6 października 1998 r. należy analizować w szerszym kontekście, opisanym w zaskarżonej decyzji. Komisja, nie opierając się tylko na tym piśmie, stwierdziła zaś, jak to wynika w szczególności z motywów 194–198 i 573–577, że zachowanie Microsoft wpisuje się w ogólną linię jej postępowania.
768. W motywie 573 zaskarżonej decyzji, który odsyła do motywu 194 tej decyzji, Komisja wyjaśniła w szczególności, że wielu konkurentów Microsoft potwierdza, iż nie otrzymało wystarczających informacji dotyczących interoperacyjności, a niektórzy z nich także wskazali, iż Microsoft odmówiła udzielenia żądanych informacji lub nie odpowiedziała na ich wnioski.
769. Poza tym w motywie 576 zaskarżonej decyzji Komisja powtórzyła fragmenty zeznań przedstawionych przez sądami amerykańskimi przez osobę odpowiedzialną za licencje dotyczące kodu źródłowego Windows, z których według Komisji wynika, że Microsoft zawęza porozumienia licencyjne dotyczące technologii koniecznych do osiągnięcia interoperacyjności ze strukturą domeny Windows.
770. Microsoft nie podważyła zaś w sposób szczególny tych dowodów przed Sądem.
771. Ponadto należy przypomnieć, że w pkt 778 zaskarżonej decyzji Komisja, aby odrzucić negację przez Microsoft istnienia odmowy polegającą na twierdzeniu przez tę ostatnią, że nie ma żadnego powodu, aby wykluczała konkurentów za pomocą efektu dźwigni (leveraging), przywołała fragment przemówienia wygłoszonego w lutym 1997 r. przez B. Gatesa, prezesa Microsoft, przed osobami reprezentującymi nabywców Microsoft. Fragment ten potwierdza istnienie ogólnej linii postępowania zmierzającej do ograniczenia przekazywania informacji dotyczących interoperacyjności, ponieważ zawiera on następujące oświadczenie:
„Próbujemy wykorzystywać naszą kontrolę nad serwerami w celu tworzenia nowych protokołów i wykluczenia w szczególności Sun i Oracle [...]. Nie wiem, czy osiągniemy ten cel, ale w każdym razie próbujemy to uczynić”.

W przedmiocie zasięgu geograficznego żądania zawartego w piśmie z dnia 15 września 1998 r.

772. Trzecia części argumentacji, jaką Microsoft przedstawia na poparcie drugiej części swego jedynego zarzutu, jest oparta na fakcie, że w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun nie zażądała od niej wyraźnie umożliwienia, w celu tworzenia systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej na EOG, korzystania z licencji dotyczącej praw własności intelektualnej, jakie Microsoft posiada w EOG. Microsoft wyciąga z powyższego wniosek, że odpowiadając Sun, nie musiała uwzględnić spoczywającej na niej szczególnej odpowiedzialności, aby nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji.
773. Argumenty te są czysto formalne i należy je oddalić.
774. W tym względzie należy stwierdzić, że z pewnością w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Sun nie zażądała wyraźnie od Microsoft, aby ta przyznała jej licencję dotyczącą praw własności intelektualnej, jakie ta ostatnia posiada w EOG. Jednakże Sun nie musiała w swym żądaniu dokonywać oceny, czy informacje, do jakich pragnęła mieć dostęp, są chronione prawami własności intelektualnej i czy wykorzystanie tych informacji wymaga przyznania licencji przez Microsoft. Poza tym oczywiście jest, że Sun pragnęła, aby Microsoft przekazała jej rozpatrywane informacje po to, aby mogła je implementować w swych własnych systemach operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Ponadto ponieważ właściwy rynek geograficzny tych ostatnich systemów ma wymiar światowy (zob. w tym względzie motyw 427 zaskarżonej decyzji), terytorium EOG jest bez wątplenia objęte sformułowanym w sposób ogólny żądaniem Sun. Wreszcie jak przypomina Komisja w swych pismach, ze względu na to, że Sun kilka tygodni później złożyła do niej skargę na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17, Microsoft nie mogła w każdym razie nadal nie wiedzieć, iż żądanie obejmowało również EOG.
775. Z powyższego wynika, że Komisja słusznie stwierdzała w motywie 787 zaskarżonej decyzji, iż Microsoft, odpowiadając na pismo z dnia 15 września 1998 r., nie uwzględniła w sposób wystarczający

spoczywającej na niej szczególnej odpowiedzialności, aby nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku. Komisja także słusznie wskazała w tym samym motywie, że ta szczególna odpowiedzialność wynika z „quasi-monopolistycznej” pozycji, jaką Microsoft zajmuje na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Jak bowiem wynika w szczególności ze stwierżeń przedstawionych w pkt 740 powyżej, rozpatrywana odmowa dotyczyła „specyfikacji interfejsów, na których opiera się komunikacja poprzez sieć serwerów grupy roboczej [funkcjonujących w systemie] Windows i stacji roboczych [funkcjonujących w systemie] Windows i które to specyfikacje, jako takie, nie mogą być przypisane do jednego z dwóch [rodzajów] rozpatrywanych produktów (stacji roboczych lub serwerów grupy roboczej), ale stanowią raczej regułę kompatybilności pomiędzy tymi dwoma [rodzajami] produktów” (motyw 787 zaskarżonej decyzji).

776. Z całości powyższych rozważań wynika, że drugą część jedyne go zarzutu podniesionego przez Microsoft w ramach problematyki odmowy udzielenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystywanie należy oddalić jako bezzasadną.

3. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, opartej na okoliczności, że Komisja nie uwzględniła w sposób prawidłowy obowiązków nałożonych przez Wspólnoty na mocy porozumienia TRIPS

a) Argumenty uczestników

777. Microsoft podnosi, że zaskarżona decyzja, zobowiązując ją do przyznania jej konkurentom licencji dotyczących specyfikacji protokołów komunikacyjnych, których jest właścicielem, narusza art. 13 porozumienia TRIPS. Przewidziane w tym przepisie przesłanki kumulatywne nie zostały bowiem w niniejszym przypadku spełnione.

778. W tym względzie w pierwszej kolejności Microsoft podnosi, że obowiązek ten wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia interoperacyjności, a zatem nie jest spełniona przesłanka, zgodnie z którą prawa własności intelektualnej mogą być przedmiotem „ograniczeń” lub „wyjątków” tylko w „przypadkach specjalnych”. Nakładając wspomniany obowiązek, Komisja zmierzała bowiem do umożliwienia innym dostawcom systemów operacyjnych dla serwerów tworzenia produktów, które „naśladują” funkcje systemów operacyjnych Windows dla serwerów. Microsoft krytykuje także nałożony na nią obowiązek udostępnienia protokołów komunikacyjnych konkurentom, niezależnie od okoliczności, czy jej rzekomo sprzeczne z zasadami konkurencji zachowanie ma na nich wpływ, czy też nie.

779. W drugiej kolejności Microsoft podnosi, że obowiązek przyznania licencji szkodzi bezpośrednio „normalnemu korzystaniu” przez nią z jej praw własności intelektualnej. Spółka ta wyjaśnia w tym względzie, że zwykle producenci oprogramowania komercyjnego, tacy jak ona, korzystają raczej ze swych praw własności intelektualnej, opracowując i wprowadzając na rynek produkty, które wdrażają ich innowacyjne technologie, a nie przyznając stronom trzecim licencje dotyczące tych technologii. Wskazuje ona także, że wspomniany obowiązek będzie miał negatywny wpływ na wielkość jej sprzedaży, ponieważ jej konkurenci będą w stanie wykorzystywać jej protokoły komunikacyjne w celu stworzenia systemów operacyjnych dla serwerów zamiennych w stosunku do jej własnych produktów.

780. W trzeciej kolejności Microsoft uważa, że obowiązek na nią nałożony powoduje „nieuzasadnioną szkodę [dla jej] słusznych interesów”, ponieważ jest nieproporcjonalny w stosunku do zadeklarowanego przez Komisję celu, czyli wyeliminowania skutków sprzecznych z zasadami konkurencji zachowania. Nowe kryterium wyważenia zastosowane przez Komisję wydaje się bowiem legitymizować obowiązkowe przyznanie licencji, ilekroć konkurenci przedsiębiorstwa dominującego mogą korzystać z dostępu do jego własności intelektualnej, bez dokonania oceny, czy taki środek jest konieczny do zapobieżenia takiemu sprzecznemu z zasadami konkurencji zachowaniu.

781. Wreszcie Microsoft wskazuje, że możliwe jest, iż porozumienie TRIPS nie ma bezpośredniego zastosowania w prawie wspólnotowym. Podnosi ona, że Trybunał ustanowił zasadę, zgodnie z którą prawo wspólnotowe, w tym art. 82 WE, powinno być interpretowane zgodnie z umowami międzynarodowymi zawartymi przez Wspólnotę, takimi jak wspomniane porozumienie (wyrok Trybunału z dnia 10 września 1996 r. w sprawie C-61/94 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. I-3989, pkt 52).

782. ACT twierdzi w pierwszej kolejności, że zasada dokonywania wykładni, o której mowa w punkcie poprzednim, powinna mieć zastosowanie nie tylko do dokumentów wtórnego prawa wspólnotowego, ale także do przepisów prawa pierwotnego.
783. Następnie ACT podnosi, że wykładnia, jaką Komisja nadaje w zaskarżonej decyzji art. 82 WE, jest niezgodna ze zobowiązaniami międzynarodowymi Wspólnoty, jakie wynikają z porozumienia TRIPS, z trzech powodów.
784. W pierwszej kolejności środek zaradczy przewidziany w art. 5 zaskarżonej decyzji jest niezgodny z art. 13 tego porozumienia.
785. W drugiej kolejności wspomniany środek zaradczy, w zakresie w jakim nakłada obowiązek przyznawania licencji dotyczących patentów Microsoft, narusza art. 31 porozumienia TRIPS.
786. W szczególności ACT przypomina, że artykuł ten przewiduje między innymi, co następuje:
„Jeżeli ustawodawstwo członka zezwala na inne użycie [niż to, które jest dozwolone na podstawie art. 30] przedmiotu patentu bez upoważnienia podmiotu praw, włącznie z użyciem przez rząd lub strony trzecie upoważnione przez rząd, przestrzegane będą następujące postanowienia:
a) upoważnienie do takiego użycia będzie rozpatrywane co do zasadności w każdej indywidualnej sprawie”.
787. ACT twierdzi, że postanowienie to uzależnia przyznanie licencji od okoliczności konkretnego przypadku. Artykuł 5 zaskarżonej decyzji przewiduje zaś obowiązkowe przyznawanie licencji „obejmujących patenty, które już zostały przyznane, te o które złożono wniosek, oraz wszystkie te, o które zostanie złożony wniosek lub które zostaną przyznane w przyszłości”. Z decyzji tej wynika konieczność przyznania licencji dotyczących „kategorii innowacji”.
788. W trzeciej kolejności w świetle art. 39 porozumienia TRIPS (który jest jedynym artykułem znajdującym się w sekcji 7 tego porozumienia) art. 5 zaskarżonej decyzji, w zakresie w jakim zobowiązuje Microsoft do ujawnienia jej konkurentom tajemnic handlowych, nie tylko powoduje utratę prawa do kontroli nad wykorzystywaniem tych tajemnic handlowych, ale także prowadzi do „całkowitego wyeliminowania” tych ostatnich.
789. Komisja przypomina przede wszystkim, że z uwagi na swój charakter i strukturę porozumienia WTO nie znajdują się co do zasady pośród przepisów, w świetle których Trybunał Sprawiedliwości dokonuje kontroli legalności aktów instytucji wspólnotowych” (wyrok Trybunału z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawie C-149/96 Portugalia przeciwko Radzie, Rec. str. I-8395, pkt 47). Dodaje, że w wyroku z dnia 14 grudnia 2000 r. w sprawach połączonych C-300/98 i C-392/98 Dior i in., Rec. str. I-11307, pkt 44, Trybunał orzekł, że „postanowienia [porozumienia TRIPS], które znajduje się w załączniku do porozumienia [ustanawiającego] WTO, nie mają charakteru przyznającego osobom prywatnym prawa, na które osoby te mogłyby powoływać się bezpośrednio przed sądem w oparciu o prawo wspólnotowe”. Komisja podnosi również, że powołany w pkt 781 powyżej wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom jest pozbawiony znaczenia dla niniejszej sprawy, ponieważ nie dotyczy on wykładni postanowienia traktatowego, ale wtórnego prawa wspólnotowego. W każdym razie, jej zdaniem, Microsoft broni przede wszystkim tezy, iż zaskarżona decyzja jest niezgodna z prawem ze względu na naruszenie porozumienia TRIPS.
790. Następnie Komisja podnosi, że argumentacja Microsoft opiera się na błędnej przesłance, zgodnie z którą zaskarżona decyzja zobowiązuje do przyznania jej konkurentom licencji dotyczących chronionych prawem autorskim specyfikacji protokołów komunikacyjnych, których jest ona właścicielem. Komisja zauważa również, że kwestia praw autorskich jest w niniejszym przypadku co najwyżej „czysto drugorzędna”, i dodaje, że ponieważ „prawo do ujawnienia”, na które powołuje się Microsoft, jest „prawem niemajątkowym”, nie może ono być objęte porozumieniem TRIPS.
791. Wreszcie Komisja podnosi, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym ustanowione w art. 13 porozumienia TRIPS przesłanki nie są w niniejszym przypadku spełnione, opiera się na „błędnych założeniach”. W tym względzie Komisja twierdzi, że nakazane w zaskarżonej decyzji rzekome obowiązkowe przyznanie licencji nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia interoperacyjności, i powtarza, że w niniejszej sprawie nie zastosowała nowego kryterium wyważenia interesów.

792. W odniesieniu do argumentów przedstawionych przez ACT Komisja twierdzi, że należy je odrzucić jako niedopuszczalne w zakresie, w jakim opierają się one na art. 31 i 39 porozumienia TRIPS, ponieważ nie zostały one przywołane przez Microsoft. Argumenty tego stowarzyszenia są w każdym razie w całości bezzasadne.
793. SIIA popiera argumenty Komisji.
- b) Ocena Sądu
794. W ramach trzeciej części niniejszego jedynego zarzutu Microsoft podnosi, że Komisja zinterpretowała art. 82 WE w sposób niezgodny z art. 13 porozumienia TRIPS. Spółka ta twierdzi, że gdyby Komisja prawidłowo uwzględniła to ostatnie porozumienie, nie mogłaby stwierdzić w art. 2 zaskarżonej decyzji, iż rozpatrywania odmowa stanowi nadużycie pozycji dominującej, ani nałożyć środka zaradczego przewidzianego w art. 4–6 tejże decyzji w zakresie, w jakim odnosi się on do informacji dotyczących interoperacyjności.
795. Microsoft opiera swą argumentację na pkt 52 powołanego powyżej w pkt 781 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, w którym Trybunał wyjaśnił, że prawo wspólnotowe, w tym art. 82 WE, powinno być interpretowane w świetle wiążących umów międzynarodowych, takich jak porozumienie TRIPS. Podczas rozprawy Microsoft podkreśliła, że w żaden sposób nie twierdzi, iż postanowienia tego ostatniego porozumienia powinny być bezpośrednio stosowane.
796. Sąd stoi na stanowisku, że Microsoft nie może zgodnie z prawem powoływać się na powołany powyżej w pkt 781 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niemcom.
797. Punkt 52 tego wyroku stanowi między innymi:
„[P]ierwszeństwo umów międzynarodowych zawartych przez Wspólnotę nad przepisami prawa wtórnego wymaga, by te ostatnie interpretowane były w miarę możliwości zgodnie z tymi umowami.
798. Należy stwierdzić, że ustanowiona w ten sposób przez Trybunał zasada zgodnej wykładni ma zastosowanie tylko w przypadku, gdy rozpatrywane porozumienie międzynarodowe ma pierwszeństwo nad danym dokumentem prawa wspólnotowego. Ze względu na to, że porozumienie międzynarodowe tego rodzaju jak porozumienie TRIPS nie ma pierwszeństwa nad prawem wspólnotowym, zasada ta nie może w szczególności znaleźć zastosowania w przypadku, gdy tak jak w niniejszej sprawie, postanowieniem rzekomo podlegającym wykładni jest art. 82 WE.
799. Poza tym w niniejszym przypadku, w odróżnieniu od sytuacji, o której mowa w pkt 52 powołanego powyżej w pkt 781 wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom, Komisja nie musiała, ściśle rzecz biorąc, dokonywać wyboru pomiędzy kilkoma możliwymi wykładniami dokumentu prawa wspólnotowego. Niniejsza sprawa dotyczy bowiem sytuacji, w której Komisja musiała zastosować art. 82 WE do okoliczności faktycznych i prawnych konkretnego przypadku i w której należy domniemywać, że – z zastrzeżeniem dowodu przeciwnego – wnioski, do jakich doszła ona w tym względzie, są jedynymi, jakie mogą zostać zgodnie z prawem przyjęte.
800. Ponadto Sąd uważa, że „pod płaszczykiem” zasady zgodnej wykładni Microsoft w rzeczywistości podważa zgodność z prawem zaskarżonej decyzji z uwagi na jej sprzeczność z art. 13 TRIPS.
801. Tymczasem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, z uwagi na swój charakter i strukturę, porozumienia WTO nie znajdują się co do zasady pośród przepisów, w świetle których Trybunał Sprawiedliwości dokonuje kontroli legalności aktów instytucji wspólnotowych (ww. w pkt 789 powyżej wyrok w sprawie Portugalia przeciwko Radzie, pkt 47; wyroki z dnia 12 marca 2002 r. w sprawach połączonych C-27/00 i C-122/00 Omega Air i in., Rec. str. I-2569, pkt 93; z dnia 9 stycznia 2003 r. w sprawie C-76/00 P Petrotub i Republica przeciwko Radzie, Rec. str. I-79, pkt 53 i z dnia 30 września 2003 r. w sprawie C-93/02 P Biret International przeciwko Radzie, Rec. str. I-10497, pkt 52).
802. Tylko w przypadku gdy Wspólnota wyraziła zamiar wykonania szczególnego zobowiązania przyjętego w ramach WTO lub w przypadku gdy akt wspólnotowy wyraźnie odsyła do konkretnych postanowień porozumienia WTO, zadaniem sądu wspólnotowego jest dokonanie kontroli legalności tego aktu wspólnotowego w świetle przepisów WTO (ww. w pkt 789 wyrok w sprawie Portugalia przeciwko Radzie, pkt 49 i ww. w pkt 801 wyrok w sprawie Biret International przeciwko Radzie, pkt 53).

803. Ze względu na to, że okoliczności niniejszego przypadku nie odpowiadają wyraźnie żadnemu z dwóch przypadków przedstawionych w punkcie poprzednim, Microsoft nie może powoływać się na art. 13 porozumienia TRIPS, aby poprzeć swe żądania stwierdzenia nieważności art. 2, 4, 5 i 6 zaskarżonej decyzji. Należy zatem zbadać argumenty, jakie Microsoft, popierana przez ACT, podnosi na poparcie twierdzenia, zgodnie z którym przesłanki ustanowione w art. 13 nie są w niniejszym przypadku spełnione.
804. Argumentację ACT opartą na okoliczności, że art. 5 zaskarżonej decyzji jest niezgodny z art. 31 i 39 porozumienia TRIPS (zob. pkt 785–788 powyżej), należy odrzucić z tych samych względów jak te, które zostały przedstawione w pkt 796–803 powyżej.
805. Poza tym należy zauważyć, że argument ACT, zgodnie z którym art. 5 zaskarżonej decyzji narusza art. 31 lit. a) porozumienia TRIPS, opiera się na całkowicie błędnym założeniu, zgodnie z którym środek zaradczy przewiduje obowiązkowe przyznanie licencji dotyczących „kategorii innowacji” i zakłada brak jakiegokolwiek indywidualnej oceny. Zakładając nawet, że aby dostosować się do art. 5 zaskarżonej decyzji, Microsoft powinna za pośrednictwem licencji zezwolić niektórym ze swych konkurentów na wykorzystywanie jednego lub kilku jej patentów, decyzja w żaden sposób nie uniemożliwia wynegocjowania warunków tej licencji w zależności od okoliczności konkretnego przypadku.
806. W tym względzie należy podnieść, że z zaskarżonej decyzji wynika, iż środek zaradczy przewidziany w art. 5 powinien być zastosowany zgodnie z procedurą obejmującą trzy etapy i przy spełnieniu warunków przewidzianych w motywach 1005–1009 zaskarżonej decyzji.
807. Po pierwsze, Microsoft jest zatem zobowiązana do opracowania informacji dotyczących interoperacyjności z rozumieniu art. 1 ust. 1 zaskarżonej decyzji, a także ustanowienia mechanizmu oceny, o którym mowa w art. 5 lit. c) tej decyzji.
808. Po drugie, powinna ona udostępnić informacje dotyczące interoperacyjności przedsiębiorstwom mającym zamiar opracowywać i rozprowadzać na rynku systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej, aby umożliwić im ocenę wartości ekonomicznej, jaką będzie mieć dla nich implementacja tych informacji do ich produktów [motyw 1008, lit. i) zaskarżonej decyzji]. Warunki, na jakich Microsoft zezwala na tę ocenę, powinny być rozsądne i niedyskryminujące.
809. Po trzecie, Microsoft jest zobowiązana do udostępnienia każdemu zainteresowanemu przedsiębiorstwu, poprzez całość lub część informacji dotyczących interoperacyjności, rozpatrywanych informacji oraz do zezwolenia temu przedsiębiorstwu na ich implementację w systemach operacyjnych dla serwerów grupy roboczej (motyw 1003 zaskarżonej decyzji). Także w tym kontekście warunki, jakie zamierza nałożyć, powinny być rozsądne i niedyskryminujące (motywy 1005–1008 zaskarżonej decyzji).
810. Z tych różnych fragmentów zaskarżonej decyzji wynika wyraźnie, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby Microsoft, w przypadku gdy informacje dotyczące interoperacyjności, których domaga się dane przedsiębiorstwo, odnoszą się do technologii będącej przedmiotem patentu (lub objętej prawem własności intelektualnej), udostępniła te informacje i zezwoliła na ich wykorzystywanie na podstawie licencji, pod warunkiem stosowania rozsądnych i niedyskryminujących warunków.
811. Jedynym nałożonym w zaskarżonej decyzji wymogiem jest, aby warunki, jakim będą podlegać te ewentualne licencje, były rozsądne i niedyskryminujące, który to wymóg w żaden sposób nie oznacza, że Microsoft powinna nakładać takie same warunki na wszystkie wnioskujące o takie licencje przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem wykluczone, że warunki te mogą być dostosowane do sytuacji właściwej każdemu z tych przedsiębiorstw i będą zależeć na przykład od zakresu informacji, do jakich pragną one mieć dostęp, lub rodzaju produktów, w jakich mają one zamiar je implementować.
812. Z całości powyższych rozważań wynika, że trzecią część jedynego zarzutu należy oddalić jako bezzasadną.
813. Jedyne zarzut podniesiony w ramach pierwszej grupy problemowej należy zatem oddalić jako w całości bezzasadny.

A – W przedmiocie problematyki sprzedaży wiązanej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych oraz odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player

814. W ramach tej drugiej grupy problemowej Microsoft podnosi dwa zarzuty oparte, po pierwsze, na naruszeniu art. 82 WE oraz, po drugie, na naruszeniu zasady proporcjonalności. Pierwszy zarzut

dotyczy wyciągniętego przez Komisję wniosku, zgodnie z którym zachowanie Microsoft polegające na uzależnieniu dostawy systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych od jednoczesnego nabycia oprogramowania Windows Media Player jest stanowiącą nadużycie sprzedażą związaną [art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji]. Drugi zarzut odnosi się do środka zaradczego przewidzianego w art. 6 zaskarżonej decyzji.

815. Przed przystąpieniem do badania tych zarzutów należy przypomnieć szereg twierdzeń faktycznych i technicznych zawartych w zaskarżonej decyzji i dotyczących ram, w które wpisuje się wyżej wspomniane zachowanie. W tym względzie należy podnieść, że co do zasady te różnego rodzaju twierdzenia nie są podważane przez Microsoft.

1. Twierdzenia faktyczne i techniczne

816. W motywach 60–66 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawia opis multimediów cyfrowych.
817. Najpierw definiuje ona odtwarzacze multimedialne jako produkt – oprogramowanie, które jest zdolne do odtwarzania w formacie cyfrowym dźwięku i obrazu, to jest do dekodowania odpowiednich danych oraz zamiany ich na polecenia dla urządzeń takich jak głośniki, monitor (motyw 60 zaskarżonej decyzji).
818. Następnie w motywie 61 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że dźwięki i obrazy są ułożone w multimedialnych plikach numerycznych zgodnie z pewnymi specyficznymi formatami i że w celu zmniejszenia objętości pamięci potrzebnej do przechowywania tych dźwięków i obrazów bez jednoczesnego obniżenia jakości dźwięku lub obrazu opracowane zostały pewne algorytmy kompresji i dekompresji. Komisja wyjaśnia, że te algorytmy są implementowane w odtwarzaczach multimedialnych, a także w oprogramowaniu do kodowania, które umożliwia generowanie spakowanych plików. Dodaje ona, że część kodu, który w odtwarzaczu multimedialnym implementuje algorytm kompresji lub dekompresji, jest zwana „kodekiem” i że odtwarzacz multimedialny, by mógł prawidłowo współpracować z „numeryczną treścią medialną” spakowaną w danym formacie przy wykorzystaniu danego algorytmu kompresji i dekompresji, musi mieć możliwość rozumienia tego formatu oraz tego algorytmu kompresji i dekompresji, czyli musi mieć możliwość implementacji odpowiedniego kodeka.
819. W następnym motywie zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że użytkownik końcowy może mieć dostęp przez Internet do dźwięków i obrazów poprzez pobranie danego pliku na swą stację roboczą, czyli kopiując i przenosząc go na nią. Po jego pobraniu plik ten może być „odczytywany” przez odtwarzacz multimedialny zgodny z jego formatem.
820. W motywie 63 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że użytkownik końcowy może także otrzymywać dźwięki i obrazy przesyłane za pośrednictwem Internetu strumieniowo. W takim przypadku nie jest konieczne pobranie danego pliku w całości, gdyż jest on wysyłany do stacji roboczej w formie sekwencji małych elementów, czyli „strumienia” danych, które odtwarzacz multimedialny stopniowo odtwarza. Takie przesyłanie wymaga, aby stacja robocza miała odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych.
821. Komisja wyjaśnia, że przesyłanie użytkownikowi końcowemu dźwięków i obrazów w sposób strumieniowy wiąże się często z koniecznością stosowania specjalnych protokołów strumieniowego przesyłania danych, zarządzających komunikacją pomiędzy odtwarzaczem multimedialnym a oprogramowaniem serwera, który przesyła dźwięk i obraz przez Internet. Aby mieć dostęp do dźwięków i obrazów przesyłanych zgodnie z danym protokołem, dany użytkownik musi posiadać odtwarzacz multimedialny, który „rozumie” ten protokół (motyw 64 zaskarżonej decyzji).
822. Wreszcie w motywie 66 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że przy wykorzystaniu oprogramowania do kodowania, serwerów przesyłających dane strumieniowo oraz odtwarzaczy multimedialnych, które są kompatybilne w zakresie obsługi kodeków, formatów i protokołów przesyłania, możliwe jest skonstruowanie infrastruktury programowej mającej na celu dostarczanie i wykorzystywanie w sieciach informatycznych dźwięków i obrazów cyfrowych przesyłanych strumieniowo. Komisja wyjaśnia, że taka infrastruktura będzie mogła także stanowić platformę służącą opracowywaniu innych aplikacji, które będą wykorzystywać usługi przez nią dostarczane. Odtwarzacze multimedialne mogą między innymi mieć interfejsy API, które będą wykorzystywane przez inne aplikacje, na przykład w celu uruchomienia odczytu pliku przez odtwarzacz.

823. W motywach 107–120 zaskarżonej decyzji Komisja opisuje pokrótce czynniki ekonomiczne, jakie charakteryzują podaż, konkurencję oraz konsumpcję w sektorze multimediów cyfrowych.
824. W tym względzie w pierwszej kolejności podnosi ona, że na początku łańcucha dystrybucji multimedialnych treści cyfrowych znajdują się właściciele tych treści, którzy co do zasady posiadają prawa autorskie w odniesieniu do nich i mogą w związku z tym kontrolować ich powielanie i dystrybucję (motyw 108 zaskarżonej decyzji).
825. W drugiej kolejności Komisja wskazuje, że treści są następnie grupowane przez ich dostawców, którzy je rozpowszechniają wśród konsumentów, w szczególności przechowując je na podłączonych do Internetu serwerach, do których konsumenci mogą mieć dostęp ze swoich stacji roboczych (motywy 109–111 zaskarżonej decyzji).
826. W trzeciej kolejności Komisja wyjaśnia, że infrastruktura programowa umożliwiająca tworzenie, przekazywanie i odtwarzanie treści cyfrowych jest dostarczana przez twórców oprogramowania, w tym Microsoft, RealNetworks i Apple (motyw 112 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia ona, że te trzy spółki cechują się tym, że oprócz pewnych znormalizowanych formatów sektora oferują też kompletne rozwiązania, począwszy od oprogramowania do kodowania po odtwarzacz, oparte głównie na ich własnych technologiach z zakresu mediów cyfrowych i na formatach plików, których są właścicielami (motyw 113 zaskarżonej decyzji). Microsoft posiada zatem następujące formaty: Windows Media Audio (WMA), Windows Media Video (WMV) i Advanced Streaming Format (ASF). Formaty RealNetworks są zwane „RealAudio” i „RealVideo”. Natomiast formaty QuickTime spółki Apple obejmują rozszerzenia plików „.qt”, „.mov” i „.moov”. Komisja dodaje, że inni twórcy oprogramowania nie oferują kompletnych rozwiązań służących dostarczaniu treści multimedialnych, ale nabywają co do zasady licencje jednej z trzech wyżej wspomnianych spółek umożliwiających wykorzystanie ich technologii lub odwołują się do otwartych standardów branży (motyw 117 zaskarżonej decyzji).
827. W czwartej kolejności Komisja wskazuje, że istnieje kilka łańcuchów dystrybucji odtwarzaczy multimedialnych do użytkowników końcowych (motywy 119 i 120 zaskarżonej decyzji).
828. Po pierwsze, odtwarzacze te mogą być zainstalowane na stacjach roboczych przez producentów sprzętu na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy tymi ostatnimi a twórcami oprogramowania. Użytkownicy końcowi posiadają zatem wcześniej zainstalowany na ich stacjach roboczych, oprócz systemu operacyjnego, odtwarzacz multimedialny oraz ewentualnie inne dodatkowe oprogramowanie. Zgodnie z motywem 68 zaskarżonej decyzji producenci sprzętu są przedsiębiorstwami, których działalność polega na montowaniu komputerów przy wykorzystaniu gamy części składowych dostarczanych przez różnych producentów. Operacja ta obejmuje co do zasady instalację systemu operacyjnego dostarczanego przez twórcę oprogramowania lub opracowanego przez samego producenta sprzętu, a także dołączenie do niego kilku aplikacji wymaganych przez użytkownika końcowego. Zmontowane w ten sposób urządzenia są następnie kupowane przez „redystrybutorów”, którzy je odsprzedają po zainstalowaniu na nich dodatkowego oprogramowania.
829. Po drugie, użytkownicy końcowi mogą pobierać na swoje stacje robocze odtwarzacze multimedialne za pomocą Internetu.
830. Po trzecie, odtwarzacze multimedialne mogą być oferowane w ramach handlu detalicznego lub dystrybuowane wspólnie z innymi rodzajami oprogramowania.
831. W motywach 121–143 zaskarżonej decyzji Komisja opisuje rozpatrywane produkty Microsoft i jej konkurentów.
832. W odniesieniu do Microsoft Komisja przypomina, że jej odtwarzacz multimedialny nazywa się „Windows Media Player”, i wyjaśnia, że w dniu wydania zaskarżonej decyzji najnowsza wersja tego odtwarzacza nazywała się „Windows Media Player 9 Series” (WMP 9). Komisja wskazuje, że WMP 9, który umożliwia między innymi odtwarzanie dźwięków i obrazów cyfrowych pobranych lub przesyłanych strumieniowo, jest dostępny od dnia 7 stycznia 2003 r. i od początku listopada 2003 r. działa także z systemami operacyjnymi Mac Os i UNIX. Komisja dodaje, że WMP 9 nie obsługuje formatów Real i QuickTime.
833. W odniesieniu do konkurentów Microsoft Komisja opisuje w szczególności produkty RealNetworks (motywy 125–134 zaskarżonej decyzji) oraz Apple (motywy 135–140 zaskarżonej decyzji).

834. Komisja wskazuje między innymi, że w 1995 r. RealNetworks – która wówczas nazywała się Progressive Networks Inc. – była pierwszą dużą spółką, która wprowadziła na rynek produkty umożliwiające strumieniowe przesyłanie dźwięków cyfrowych, w tym odtwarzacz RealAudio Player. W lutym 1997 r. RealNetworks wyprodukowała RealPlayera 4.0, który umożliwiał odtwarzanie plików audio i wideo bezpośrednio i na żądanie.
835. W odniesieniu do Apple Komisja podnosi, że spółka ta opracowała na początku lat 90. odtwarzacz multimedialny o nazwie „QuickTime Player”, który pierwotnie działał tylko na stacjach roboczych Macintosh. W listopadzie 1994 r. Apple wyprodukowała odtwarzacz QuickTime 2.0 dla Windows, a w kwietniu 1999 r. odtwarzacz QuickTime 4.0, który umożliwiał obsługę strumieniowych treści multimedialnych.
836. Poza tym Komisja wspomina o odtwarzaczu MusicMatch Jukebox spółki MusicMatch i odtwarzaczu Winamp Media Player spółki Nullsoft, wyjaśniając, że nie opierają się one na ich własnych kodekach lub formatach plików, ale na technologiach, których właścicielami są Microsoft, Apple lub RealNetworks, albo na formatach otwartych (motywy 141–143 zaskarżonej decyzji).
837. W motywach 302–314 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawiła chronologię działań prowadzonych przez Microsoft w sektorze oprogramowania multimedialnego, które można streścić w sposób następujący:
- w sierpniu 1991 r. Microsoft wyprodukowała wersję swego systemu operacyjnego Windows 3.0, która zwierała „rozszerzenia multimedialne” umożliwiające użytkownikom oglądanie obrazów stałych i słuchanie dźwięków, ale niepozwalające na obsługę strumieniowych treści multimedialnych;
 - w 1993 r. Microsoft wyprodukowała produkt o nazwie „Video for Windows”, który zawierał odtwarzacz Media Player 2.0 i umożliwiał użytkownikom odtwarzanie, na ich stacjach roboczych, pobranych plików wideo;
 - w sierpniu 1995 r. Microsoft wprowadziła na rynek system operacyjny Windows 95, do którego później włączyła przeglądarkę internetową Internet Explorer, który zawierał odtwarzacz audio RealAudio Player spółki RealNetworks;
 - we wrześniu 1996 r. Microsoft wprowadziła na rynek oprogramowanie NetShow 1.0, które zostało zaprojektowane z myślą o funkcjonowaniu z Windows 95 i które umożliwiała odtwarzanie dźwięków i obrazów przesyłanych za pośrednictwem sieci intranetowych;
 - w dniu 21 lipca 1997 r. Microsoft i RealNetworks ogłosiły zawarcie porozumienia o współpracy w zakresie strumieniowego przesyłania treści multimedialnych, na mocy którego Microsoft uzyskała na podstawie licencji od RealNetworks, po pierwsze, kodeki RealAudio i RealVideo 4.0 w celu ich włączenia do swego oprogramowania NetShow oraz, po drugie, Realplayera 4.0 w celu włączenia go do Internet Explorera;
 - w październiku 1997 r. Microsoft ogłosiła włączenie Realplayera 4.0 do Internet Explorera 4.0;
 - w dniu 4 maja 1998 r. Microsoft wprowadziła na rynek wersję beta swego oprogramowania Microsoft Media Player, umożliwiającą odtwarzanie treści multimedialnych przesyłanych strumieniowo przez Internet i oferującą między innymi formaty MPEG, QuickTime, RealAudio i RealVideo, a także wersję beta swego oprogramowania Netshow 3.0 Server;
 - w dniu 25 czerwca 1998 r. Microsoft wprowadziła na rynek system operacyjny Windows 98, wraz z którym rozprowadzała, na płycie CD służącej do instalacji tego systemu, odtwarzacz NetShow 2.0, który umożliwiał obsługę danych strumieniowych, ale który nie był częścią konfiguracji domyślnej, jaką Windows 98 oferowała użytkownikom;
 - w dniu 7 lipca 1998 r. Microsoft wprowadziła na rynek Windows Media Player 6 (WMP 6), odtwarzacz multimedialny, który umożliwiał odtwarzanie treści przesyłanych strumieniowo przez Internet i działał z systemami operacyjnymi Windows 95, Windows 98 i Windows NT 4.0 oraz obsługiwał formaty RealAudio 4.0, RealVideo 4.0, ASF, AVI, WAV, MPEG i QuickTime;
 - w dniu 5 maja 1999 r. Microsoft wprowadziła na rynek system operacyjny dla stacji roboczych Windows 98 Second Edition, do którego włączony został odtwarzacz WMP 6, bez możliwości jego usunięcia przez producentów sprzętu lub użytkowników i który to odtwarzacz był także

- włączony do późniejszych wersji Windows, czyli Windows Me, Windows 2000 Professional i Windows XP;
- w sierpniu 1999 r. Microsoft wprowadziła na rynek „architekturę Windows Media Technologies 4”, która zawierała odtwarzacz Windows Media Player, Windows Media Services, Windows Media Tools i jej własną technologię zarządzania prawami cyfrowymi;
 - oprogramowanie to nie oferowało już wbudowanej obsługi formatów RealNetworks ani formatu QuickTime;
 - we wrześniu 2002 r. Microsoft ogłosiła wyprodukowanie wersji beta swej technologii Windows Media 9 Series, która zawierała między innymi odtwarzacz WMP 9.
838. Należy podnieść, że Microsoft zgodziła się na nałożenie na nią w ramach ugody amerykańskiej obowiązku polegającego na umożliwieniu producentom sprzętu lub konsumentom końcowym uaktywnienia albo usunięcia dostępu do swojego oprogramowania warstwy pośredniej („middleware”), wprowadzając w dniu 1 sierpnia 2002 r. na rynek Windows 2000 Professional Service Pack 3, a w dniu 9 września 2002 r. – Windows XP Service Pack 1 (motyw 315 zaskarżonej decyzji).
2. W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 82 WE
839. Powoływany przez Microsoft w ramach niniejszej grupy problemowej pierwszy zarzut podzielony jest na cztery części. W ramach pierwszej z nich Microsoft podnosi, że Komisja, aby stwierdzić istnienie skutku w postaci wykluczenia konkurentów z rynku, zastosowała nową teorię, mającą spekulatywny charakter i nieopierającą się na żadnej postawie prawnej. W ramach drugiej części zarzutu Microsoft podnosi, że Komisja nie uwzględniła w sposób wystarczający korzyści wynikających z „koncepcji budowy” jej systemu operacyjnego. W ramach trzeciej części zarzutu Microsoft podnosi, że Komisja nie ustaliła, że naruszono art. 82 WE, a w szczególności – art. 82 akapit drugi lit. d) WE. Wreszcie, w ramach czwartej części zarzutu, Microsoft twierdzi, że Komisja nie uwzględniła obowiązków nałożonych porozumieniem TRIPS.
840. Ponadto Microsoft we wprowadzeniu do argumentacji, jaką przedstawia w ramach niniejszej grupy problemowej, formułuje pewne twierdzenia dotyczące przesłanek, których spełnienie jest wymagane, aby stwierdzić, że doszło do stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej.
841. Najpierw Sąd zbada twierdzenia, o których mowa w punkcie poprzednim. Następnie, uwzględniając wnioski, do których dojdzie w tym względzie (zob. pkt 869 poniżej), zbada on argumenty, jakie Microsoft podnosi w ramach trzech pierwszych części pierwszego zarzutu. Wreszcie wypowie się na temat czwartej części tego zarzutu.
- a) W przedmiocie przesłanek, których spełnienie jest wymagane, aby stwierdzić stanowiącą naruszenie sprzedaż związaną
- Argumenty uczestników
842. Microsoft, odwołując się do motywu 794 zaskarżonej decyzji, uważa, że Komisja, aby stwierdzić, że w niniejszym przypadku doszło do stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, oparła się na następujących elementach stanu faktycznego:
- po pierwsze, produkt wiążący i produkt związany są dwoma odrębnymi produktami;
 - po drugie, przedsiębiorstwo, którego sprawa dotyczy, zajmuje pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego;
 - po trzecie, wspomniane przedsiębiorstwo nie pozostawia konsumentom swobody wyboru zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego;
 - po czwarte, rozpatrywana praktyka ogranicza konkurencję.
843. Odsyłając do motywu 961 zaskarżonej decyzji, Microsoft podnosi, że Komisja uwzględniła także fakt, iż rozpatrywana sprzedaż wiązana rzekomo nie była obiektywnie uzasadniona.
844. Microsoft twierdzi, że te poszczególne elementy odbiegają od przesłanek ustanowionych w art. 82 akapit drugi lit. d) WE pod dwoma względami.
845. Po pierwsze, Komisja zastąpiła przesłankę polegającą na „uzależnieniu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaj handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów”, przesłanką, zgodnie

z którą przedsiębiorstwo dominujące „nie pozostawia konsumentom swobody wyboru zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego”.

846. Po drugie, Komisja dodała przesłankę dotyczącą wykluczenia konkurentów z rynku, która wyrażenie nie została ustanowiona w art. 82 akapit drugi lit. d) WE i która nie jest zwykle uwzględniana przy dokonywaniu oceny istnienia stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej. W szczególności Komisja po uznaniu w motywie 841 zaskarżonej decyzji, że niniejsza sprawa nie stanowi „klasycznego przypadku sprzedaży związanej”, stwierdziła istnienie skutku w postaci wykluczenia konkurentów z rynku, opierając się na nowej i „wysoko spekulatywnej” teorii, zgodnie z którą rozprowadzanie na rynku na szeroką skalę funkcji multimedialnej Windows zmusza dostawców treści do kodowania ich treści w formatach Windows Media, co prowadzi do wykluczenia z rynku wszystkich konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych, a następnie, pośrednio, do zmuszenia konsumentów do używania tylko tej funkcji multimedialnej.
847. Microsoft dodaje, że zaskarżona decyzja jest wewnętrznie sprzeczna ze względu na to, iż Komisja stwierdza w motywie 792, że przesłanki ustanowione w art. 82 akapit drugi lit. d) WE zostały w niniejszym przypadku spełnione, a jednocześnie uwzględniła przesłanki, które od nich odbiegają.
848. ACT uważa, że Komisja, aby stwierdzić istnienie w niniejszym przypadku stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, uwzględniła trzy różne kategorie przesłanek, czyli po pierwsze, przesłanki ustanowione w art. 82 akapit drugi lit. d) WE, po drugie, przesłanki ustanowione w art. 82 jako całości oraz po trzecie, cztery przesłanki, o których mowa w motywie 794 zaskarżonej decyzji. ACT uważa, że niezależnie od zastosowanej kategorii przesłanek ocena przeprowadzona przez Komisję jest błędna.
849. Komisja, odsyłając do motywu 831 zaskarżonej decyzji, stwierdza, że rozpatrywana sprzedaż wiązana narusza „art. 82 [WE] jako całość oraz art. 82 [akapit drugi] lit. d) [WE] w szczególności”. Wyjaśnia ona, że powołała się ona te dwa postanowienia łącznie w świetle argumentów, które zostały podniesione przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego, i w celu „rozwiązania wszelkich wątpliwości”, a także „uniknięcia semantycznej debaty nad wykładnią [art. 82 akapit drugi lit.] d) [WE]”. Komisja dodaje, że przesłanki, jakie zastosowała w niniejszym przypadku, aby stwierdzić istnienie stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, są zgodne z przesłankami przyjętymi przez orzecznictwo.

Ocena Sądu

850. Sąd uważa, że argumenty przywołane przez Microsoft mają charakter czysto semantyczny i nie mogą być przyjęte.
851. W tym względzie należy przypomnieć sposób, w jaki Komisja systematyzuje w zaskarżonej decyzji swą argumentację dotyczącą rozpatrywanej sprzedaży związanej.
852. W motywie 794 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że istnienie niedozwolonej sprzedaży związanej w rozumieniu art. 82 WE zakłada spełnienie czterech określonych w pkt 842 powyżej przesłanek.
853. Następnie bada ona zarzucane Microsoft zachowanie pod kątem tych czterech przesłanek (motywy 799–954 zaskarżonej decyzji).
854. Po pierwsze, Komisja przypomina zatem, że Microsoft zajmuje pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motyw 799 zaskarżonej decyzji). Należy na wstępie podnieść, że fakt ten nie jest przez Microsoft podważany.
855. Po drugie, Komisja twierdzi, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych i systemy operacyjne dla stacji roboczych są dwoma odrębnymi produktami (motywy 800–825 zaskarżonej decyzji).
856. Po trzecie, Komisja wyjaśnia, że Microsoft nie daje konsumentom możliwości zakupu systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych bez Windows Media Playera (motywy 826–834 zaskarżonej decyzji).
857. Po czwarte, Komisja uważa, że sprzedaż wiązana Windows Media Player ogranicza konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych (motywy 835–954 zaskarżonej decyzji). W tym względzie podnosi ona między innymi, że w klasycznych przypadkach sprzedaży związanej Komisja i sąd

- wspólnotowy „stwierdziły, że sprzedaż wiązana produktu odrębnego z produktem dominującym stanowi przesłankę zaistnienia skutku w postaci wykluczenia konkurentów, jaki powoduje ta praktyka” (motyw 841 zaskarżonej decyzji). Uważa ona jednakże, że w niniejszej sprawie istnieją słuszne względy przemawiające za tym, aby bez przeprowadzenia dodatkowego badania nie uważać za dowiedziony fakt, że sprzedaż wiązana Windows Media Playera stanowi zachowanie, które może, ze względu na swój charakter, ograniczyć konkurencję (ten sam motyw). Komisja twierdzi bowiem, że „fakt związania [Windows Media Playera] z produktem dominującym Windows czyni z [Windows Media Playera] płaszczyznę wyboru dla treści i aplikacji uzupełniających i niesie ze sobą ryzyko ograniczenia konkurencji na rynku odtwarzaczy multimedialnych” (motyw 842 zaskarżonej decyzji). Komisja dodaje, że „[m]a to wpływ na konkurencję na powiązanych rynkach produktu, takich jak rynki oprogramowania do kodowania i zarządzania multimediami (często od strony serwerów), a także na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, w przypadku których odtwarzacze multimedialne kompatybilne z wysokiej jakości treścią stanowią bardzo ważną aplikację” (ten sam motyw).
858. Wreszcie Komisja bada elementy przywołane przez Microsoft w celu wykazania, że stanowiące nadużycie zachowanie, jakie jest jej zarzucane, jest obiektywnie uzasadnione (motywy 955–970 zaskarżonej decyzji).
859. Sąd stoi na stanowisku, że przeprowadzona w ten sposób przez Komisję analiza elementów składających się na pojęcie sprzedaży wiązanej jest prawidłowa i zgodna zarówno z art. 82 WE, jak i z orzecnictwem. Komisja w celu dokonania oceny, czy zachowanie zarzucane Microsoft jest stanowiącą nadużycie sprzedażą wiążaną, słusznie oparła się na elementach przedstawionych w motywie 794 zaskarżonej decyzji, a także na okoliczności, że ta sprzedaż wiązana jest pozbawiona obiektywnego uzasadnienia. Elementy te można wywieść nie tylko z samego pojęcia sprzedaży wiązanej, ale także z orzecnictwa (zob. w szczególności wyrok Sądu z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie T-30/89 Hilti przeciwko Komisji, Rec. str. II-1439, potwierdzony wyrokiem Trybunału z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P Hilti przeciwko Komisji, Rec. str. I-667; ww. w pkt 293 wyroki z dnia 6 października 1994 r. i z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji).
860. Należy przypomnieć, że lista nadużyć zawarta w art. 82 akapit drugi WE nie jest wyczerpująca, co oznacza, iż wymienione w tym postanowieniu traktatowym praktyki stanowią jedynie przykłady nadużycia pozycji dominującej (zob. podobnie ww. w pkt 293 wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 37). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecnictwem zawarta w tym przepisie lista praktyk stanowiących nadużycie nie wyczerpuje sposobów nadużycia pozycji dominującej zakazanych przez traktat WE (wyrok Trybunału z dnia 21 lutego 1973 r. w sprawie 6/72 Europemballage i Continental Can przeciwko Komisji, Rec. str. 215, pkt 26 oraz ww. w pkt 229 wyrok w sprawie Compagnie maritime belge transports i in. przeciwko Komisji, pkt 112).
861. Z powyższego wynika, że stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą sprzedaż wiązana może naruszać art. 82 WE także w przypadku, gdy nie odpowiada przykładowi zamieszczonemu w art. 82 akapit drugi lit. d) WE. Komisja słusznie zatem, aby stwierdzić istnienie niedozwolonej sprzedaży wiązanej, oparła się w zaskarżonej decyzji na art. 82 jako całości, a nie wyłącznie na art. 82 akapit drugi lit. d) WE.
862. W każdym razie należy stwierdzić, że określone przez Komisję w motywie 794 zaskarżonej decyzji elementy decydujące o istnieniu niedozwolonej sprzedaży wiązanej obejmują co do zasady przesłanki ustanowione w art. 82 akapit drugi lit. d) WE.
863. W tym kontekście należy odrzucić argument Microsoft, zgodnie z którym Komisja zastosowała w niniejszym przypadku przesłanki, które w dwojaki sposób odbiegają od warunków przewidzianych w art. 82 akapit drugi lit. d) WE.
864. W pierwszej kolejności stwierdzając, że należy zbadać, czy przedsiębiorstwo dominujące „nie pozostawia konsumentom wyboru zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego”, Komisja wyraża zatem tylko innymi słowami ideę, iż pojęcie sprzedaży wiązanej zakłada, że konsumenci są zmuszeni, bezpośrednio lub pośrednio, do zaakceptowania „zobowiązań dodatkowych”, o których mowa w art. 82 akapit drugi lit. d) WE.
865. W niniejszym przypadku, jak zostanie przedstawione w sposób bardziej szczegółowy w pkt 962 i 965 poniżej, przymus ten dotyczy głównie producentów sprzętu, którzy przenoszą go następnie

na użytkownika końcowego. Ten ostatni odczuwa wspomniany przymus bezpośrednio w rzadziej spotykanej sytuacji, gdy nabywa system operacyjny dla stacji roboczych u detalisty, a nie u producenta sprzętu.

866. W drugiej kolejności nie można twierdzić, że Komisja w celu stwierdzenia istnienia sprzedaży związanej stanowiącej naruszenie w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. d) WE wprowadziła nową przesłankę wykluczenia konkurentów z rynku.
867. W tym względzie, po pierwsze, należy podnieść, że choć prawdą jest, iż ani to ostatnie postanowienie, ani ogólniej art. 82 WE nie zawierają odesłania do skutku antykonkurencyjnego danej praktyki, niemniej jednak zachowanie będzie uważane za stanowiące nadużycie co do zasady tylko wtedy, gdy może ograniczyć konkurencję (zob. podobnie wyrok Sądu 30 września 2003 r. w sprawie T-203/01 Michelin przeciwko Komisji, Rec. str. II-4071, zwany dalej „wyrokiem Michelin II”, pkt 237).
868. Po drugie, jak zostanie wyjaśnione w pkt 1031–1058 poniżej, nie można twierdzić, że Komisja, aby dojść do wniosku, że w niniejszym przypadku występuje skutek w postaci wykluczenia konkurentów z rynku, oparła się na nowej i wysoce spekulatywnej teorii. Jak wynika z motywu 841 zaskarżonej decyzji, Komisja stwierdziła, że biorąc pod uwagę szczególne okoliczności tego przypadku, nie mogła ona poprzestać na stwierdzeniu – jak to zwykle czyni w sprawach z zakresu stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej – że sprzedaż związana danego produktu i produktu dominującego prowadzi sama z siebie do wywołania skutku w postaci wykluczenia. W związku z tym zbadała ona najpierw konkretne skutki, jakie rozpatrywana sprzedaż związana już pociąga za sobą na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych, a także sposób, w jaki ten rynek powinien się rozwijać.
869. W świetle całości powyższych rozważań Sąd stwierdza, że kwestia rozpatrywanej sprzedaży związanej powinna zostać oceniona w świetle czterech określonych w motywie 794 zaskarżonej decyzji przesłanek (zob. pkt 842 powyżej), a także przesłanki braku obiektywnego uzasadnienia.
870. Druga wymieniona w motywie 794 zaskarżonej decyzji przesłanka powinna zostać uznana za spełnioną, ponieważ oczywiste jest, że Microsoft zajmuje pozycję dominującą na rynku produktu rzekomo wiążącego, czyli systemu operacyjnego dla stacji roboczych. Argumenty, jakie Microsoft podnosi w ramach trzech pierwszych części pierwszego zarzutu (zob. pkt 839 powyżej), zostaną zbadane w powiązaniu z czterema innymi przesłankami, których spełnienie jest konieczne, aby stwierdzić stanowiącą nadużycie sprzedaż związaną. Badanie to zostanie przeprowadzone w następujący sposób. Po pierwsze, Sąd zbada przesłankę istnienia dwóch odrębnych produktów w świetle twierdzeń sformułowanych przez Microsoft w ramach drugiej i trzeciej części zarzutu. Po drugie, zbada przesłankę uzależnienia zawarcia kontraktów od przyjęcia zobowiązań dodatkowych w świetle argumentów powołanych przez Microsoft na poparcie trzeciej części niniejszego zarzutu. Po trzecie, Sąd przeanalizuje przesłankę ograniczenia konkurencji na rynku w świetle twierdzeń sformułowanych przez Microsoft w ramach pierwszej części zarzutu. Po czwarte wreszcie, zbada on obiektywne uzasadnienie, na jakie powołuje się Microsoft, biorąc między innymi pod uwagę argumenty, jakie spółka ta podnosi w ramach drugiej części zarzutu.
871. Jako ostatnia zostanie zbadana czwarta część zarzutu, dotycząca rzekomego braku uwzględnienia zobowiązań nałożonych na Wspólnoty przez porozumienie TRIPS.

b) W przedmiocie istnienia dwóch odrębnych produktów

Zaskarżona decyzja

872. Ta pierwsza przesłanka została zbadana przez Komisję w motywach 800–825 zaskarżonej decyzji. Jej analiza składa się z trzech części. W pierwszej kolejności Komisja dąży do wykazania, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych i systemy operacyjne dla stacji roboczych stanowią odrębne produkty (motywy 800–813). W drugiej kolejności odrzuca ona argument Microsoft oparty na fakcie, że łączenie jej technologii odtwarzania multimedialnego z systemem operacyjnym Windows rozpoczęło się przed 1999 r. (motywy 814–820 zaskarżonej decyzji). W trzeciej kolejności odrzuca ona argument Microsoft, zgodnie z którym sprzedaż związana odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych i systemu operacyjnego stanowi zwykłą praktykę handlową (motywy 821–824 zaskarżonej decyzji).

873. W ramach pierwszej części swej analizy Komisja wyjaśnia, że zgodnie z orzecznictwem, samo istnienie niezależnych producentów specjalizujących się w produkcji produktów powiązanych oznacza istnienie odrębnego popytu ze strony konsumentów, a zatem – odrębnego rynku dla produktu związanego (motyw 802 zaskarżonej decyzji). W związku z tym Komisja uważa, że w celu dokonania analizy w świetle art. 82 WE odrębny charakter produktów powinien być oceniany w uwzględnieniu popytu ze strony konsumentów w tym sensie, iż w przypadku braku niezależnego popytu na produkt rzekomo związany rozpatrywane produkty nie są odrębne (motyw 803 zaskarżonej decyzji).
874. Po drugie, Komisja podnosi, że „rynek oferuje odtwarzacze multimedialne osobno” i że istnieją producenci, którzy projektują i dostarczają odtwarzacze multimedialne niezależnie od systemów operacyjnych (motyw 804 zaskarżonej decyzji).
875. Po trzecie, Komisja powołuje się na praktykę Microsoft polegającą na projektowaniu i rozprowadzaniu na rynku wersji jej odtwarzacza Windows Media Player dla systemów operacyjnych Mac spółki Apple i Solaris spółki Sun (motyw 805 zaskarżonej decyzji). Podnosi ona także, że Microsoft produkuje uaktualnienia do swego odtwarzacza, które są odrębne od wersji lub uaktualnień systemów operacyjnych Windows (ten sam motyw).
876. Po czwarte, Komisja wyjaśnia, że znaczna liczba konsumentów nabywa odtwarzacze multimedialne osobno od systemu operacyjnego; dotyczy to na przykład odtwarzacza RealPlayer spółki RealNetworks, która nie opracowuje i nie sprzedaje systemów operacyjnych (motyw 806 zaskarżonej decyzji).
877. Po piąte, Komisja podnosi, że niektórzy użytkownicy systemów operacyjnych nie będą potrzebować lub nie będą chcieli odtwarzacza multimedialnego (motyw 807 zaskarżonej decyzji).
878. Po szóste, odrzuca ona argument Microsoft, zgodnie z którym popyt na systemy operacyjne niezawierające technologii odtwarzaczy multimedialnych jest nieznaczny (motyw 809 zaskarżonej decyzji).
879. Po siódme, Komisja podnosi, że działalność promocyjna Microsoft skupia się w sposób szczególny, niezależnie od systemu operacyjnego, na Windows Media Playerze (motyw 810 zaskarżonej decyzji).
880. Po ósme, Komisja wyjaśnia, że systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych różnią się od siebie także pod względem funkcji (motyw 811 zaskarżonej decyzji).
881. Po dziewiąte, Komisja wskazuje, że te dwa produkty „wiążą się” z różnymi strukturami sektorowymi, jak tego dowodzi fakt, iż na rynku odtwarzaczy multimedialnych Microsoft ma pewnych konkurentów, podczas gdy jej konkurenci zajmują nieznaczną część rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (motyw 812 zaskarżonej decyzji). Poza tym poziomy cen obydwu produktów także są różne (ten sam motyw).
882. Po dziesiąte, Komisja wyjaśnia, że Microsoft stosuje porozumienia licencyjne, zwane „porozumieniami licencyjnymi software developer’s kit” (zwane dalej „porozumieniami licencyjnymi SDK”), które są zróżnicowane w zależności od tego, czy „software developer’s kit” (narzędzia i wskazówki dla twórców oprogramowania, zwane dalej „SDK”) dotyczy systemu operacyjnego Windows, czy technologii Windows Media (motyw 813 zaskarżonej decyzji).
883. W ramach drugiej części analizy Komisja podnosi, że argument Microsoft, zgodnie z którym jej technologia odtwarzaczy multimedialnych jest powiązana z Windows od 1992 r., nie może skutecznie podważyć jej wniosku o istnieniu dwóch odrębnych produktów. Komisja podnosi między innymi, że „uważa ona zachowanie Microsoft za niewłaściwe od momentu, gdy sprzedaż wiązana stała się bardziej szkodliwa niż nią była uprzednio”, wyjaśniając w tym względzie, iż w 1999 r. Microsoft „zaczęła wiązać produkt (WMP 6), który odpowiadał produktom innych producentów w zakresie dotyczącym głównej funkcji, której większość konsumentów oczekuje od odtwarzacza multimedialnego (czyli obsługi danych strumieniowych przekazywanych przez Internet), z którym to produktem weszła na rynek odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych w 1998 r.” (motyw 816 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi także, że pierwszym odtwarzaczem multimedialnym umożliwiającym obsługę danych strumieniowych, który w 1995 r. Microsoft rozprowadzała na rynku wspólnie z Windows, był RealAudio Player spółki RealNe-

tworzyć, gdyż w tym czasie Microsoft nie dysponowała jeszcze „trwałym” odtwarzaczem multimedialnym (motyw 817 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśnia, że kod programowy RealAudio Player mógł być w całości odinstalowany (ten sam motyw).

884. W ramach trzeciej części swej analizy Komisja odrzuca argument Microsoft, zgodnie z którym powiązanie odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych z systemem operacyjnym dla stacji roboczych stanowi zwykłą praktykę handlową. Wyjaśnia ona, po pierwsze, że argument ten nie uwzględnia istnienia niezależnych dostawców produktu związanego, po drugie, że Sun i producenci produktów Linux nie wiążą z systemami operacyjnymi ich własnych odtwarzaczy multimedialnych, ale odtwarzacze multimedialne pochodzące od dostawców trzecich oraz, po trzecie, że żaden z tych sprzedawców systemów operacyjnych nie wiąże odtwarzacza multimedialnego z systemem operacyjnym w taki sposób, aby niemożliwe było jego odinstalowanie (motyw 823 zaskarżonej decyzji).

Argumenty uczestników

885. W pierwszej kolejności Microsoft, popierana przez CompTIA, DMDsecure i in., ACT, TeamSystem, Mamut i Exor, podnosi, że w zaskarżonej decyzji nie wykazano, iż system Windows i jego funkcja multimedialna należą do dwóch odrębnych rynków produktów.
886. Microsoft uważa, że ta funkcja multimedialna jest „od dawna właściwością systemu operacyjnego Windows”. W Windows kod programowy, który umożliwia użytkownikom odtwarzanie dźwięków i obrazów, w żaden sposób nie różni się od tego, który umożliwia im dostęp do innych rodzajów informacji, takich jak teksty lub grafika. Poza tym inne części składowe Windows, a także aplikacje przedsiębiorstw trzecich stosowane w tym systemie operacyjnym korzystają z tego samego kodu programowego.
887. Microsoft krytykuje fakt, że w zaskarżonej decyzji Komisja rozpatruje tylko kwestię, czy produkt rzekomo związany, czyli funkcja multimedialna, jest dostępny osobno od produktu rzekomo dominującego, czyli systemu operacyjnego dla stacji roboczych. Zdaniem Microsoft kwestia, którą należało rozważyć, polega w rzeczywistości na określeniu, czy ten ostatni produkt jest systematycznie sprzedawany bez produktu związanego. Zdaniem tej spółki zaś nie istnieje rzeczywisty popyt ze strony konsumentów na system operacyjny dla stacji roboczych pozbawiony funkcji multimedialnej i w związku z tym żaden podmiot gospodarczy nie wprowadza takiego systemu operacyjnego na rynek.
888. Microsoft uważa, że Komisja karze przedsiębiorstwa dominujące, które ulepszają swe produkty, włączając do nich nowe funkcje, w przypadku gdy wymaga, aby mogły one być usunięte, kiedy inne przedsiębiorstwo wprowadza na rynek niezależny produkt, który dostarcza takie same lub podobne funkcje.
889. Microsoft dodaje, iż stanowisko zajęte przez Komisję jest nie do zaakceptowania tym bardziej, że zarzucane nadużycie nie wynika z włączenia do Windows funkcji multimedialnej – która została stworzona w 1992 r., a następnie stale była ulepszana – ale z ulepszenia tej funkcji w 1999 r., kiedy Microsoft dorzuciła do niej swą własną zdolność do odczytu danych strumieniowych. Innymi słowy, Komisja podważyła funkcję multimedialną w Windows tylko w takim zakresie, w jakim umożliwia ona odtwarzanie przesyłanych strumieniowo wyszukanych w Internecie dźwięków i obrazów przed ich pełnym pobraniem.
890. Microsoft podnosi także, że wszystkie główne systemy operacyjne dla stacji roboczych, między innymi Mac OS, Linux, OS/2 i Solaris, zawierają funkcję multimedialną zdolną do odtwarzania treści przesyłanych strumieniowo za pośrednictwem Internetu. Wszyscy jej konkurenci uważają, że zawarcie takiej funkcji w systemach operacyjnych dla stacji roboczych stanowi zwykłą praktykę handlową, która odpowiada na popyt ze strony konsumentów. Dowodzi to, że zdolność do odtwarzania danych strumieniowych jest „naturalną funkcją” systemów operacyjnych dla stacji roboczych, a nie odrębnym produktem. W tym kontekście Microsoft podkreśla fakt, że „produkt powinien być w pierwszym rzędzie definiowany na podstawie oczekiwań i zapotrzebowania ze strony konsumentów”. Jak wynika zaś z motywu 824 zaskarżonej decyzji, wydaje się, że Komisja przyznaje, iż konsumenci właśnie życzą sobie, aby systemy operacyjne były wyposażone w funkcję multimedialną.
891. Microsoft dodaje, że Komisja wyraźnie przyznaje w motywie 1013 zaskarżonej decyzji, iż spółka ta nie popełniłaby nadużycia, gdyby w 1999 r. proponowała po tej samej cenie dwie wersje Win-

dows, czyli jedną zawierającą Windows Media Playera i drugą – pozbawioną tego odtwarzacza. Tymczasem nic nie dowodzi tego, że istnieje popyt na wersję Windows zawierającą, po tej samej cenie, mniej właściwości. Zdaniem Microsoft ten brak popytu wskazuje także na to, że „Windows wyposażony w funkcje multimedialne” stanowi jeden produkt.

892. Ponadto Microsoft, popierana przez DMDsecure i in. i ACT, twierdzi, że Komisja nie może opierać się na powołanych powyżej w pkt 293 wyrokach w sprawie Tetra Pak oraz powołanych powyżej w pkt 859 wyrokach z dnia 12 grudnia 1991 r. i z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie Hilti przeciwko Komisji (zwanymi dalej „wyrokami w sprawie Hilti”), aby uzasadnić swą tezę, zgodnie z którą Windows i jego funkcja multimedialna należą do dwóch odrębnych rynków produktów. W tym względzie Microsoft podnosi przede wszystkim, że powołane powyżej sprawy dotyczyły materiałów eksploatacyjnych, które były wykorzystywane wraz ze sprzętem trwałym w trakcie całego życia tego produktu i od którego były „fizycznie odrębne”. Microsoft twierdzi, że w tamtych dwóch sprawach, w odróżnieniu od niniejszego przypadku, były dowody na istnienie popytu na produkt wiążący bez produktu związanego. Następnie spółka ta wyjaśnia, że w niniejszym przypadku Komisja nigdy nie zidentyfikowała żadnego klienta, który chciałby nabyć produkt rzekomo wiążący bez produktu rzekomo związanego.
893. Wreszcie Microsoft krytykuje niektóre argumenty przedstawione przez Komisję w odpowiedzi na skargę w celu wykazania, że Windows stanowi produkt odrębny od Windows Media Playera. Po pierwsze Microsoft twierdzi, że sądy amerykańskie nigdy nie doszły do wniosku, iż odtwarzacz ten należy do rynku odrębnego od tego, do którego należy system operacyjny Windows. Po drugie, spółka ta uważa, że fakt, iż wprowadza ona na rynek wersje Windows Media Playera odrębne od Windows, nie dowodzi, że istnieje popyt na Windows pozbawiony Windows Media Playera. Poza tym wspomniane wersje tego odtwarzacza są w rzeczywistości tylko zwykłymi uaktualnieniami zawartej w Windows funkcji multimedialnej. Po trzecie, Microsoft twierdzi, że twierdzenie Komisji, zgodnie z którym pliki, które składają się na Windows Media Playera, mogą być łatwo zidentyfikowane, jest pozbawione znaczenia dla sprawy. W każdym razie twierdzenie to nie jest prawdziwe.
894. Ponadto Microsoft twierdzi, że Komisja nie wykazała, iż funkcja multimedialna nie jest związana, ze względu na swój charakter i zwyczaje handlowe, z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych.
895. Microsoft uważa, że to włączenie funkcji multimedialnej stanowi „naturalny etap” rozwoju tych systemów operacyjnych, co także potwierdza fakt, iż wszyscy sprzedawcy tych systemów włączają taką funkcję do swych produktów. Spółka ta wyjaśnia, że reagując na zmiany technologiczne i zmiany popytu konsumentów, stale dąży ona do ulepszania Windows, i wskazuje, że Windows i inne systemy operacyjne dla stacji roboczych stopniowo ewoluowały, aby mogły oferować obsługę coraz szerszej gamy plików. Dla twórców oprogramowania i jego użytkowników nie istnieje zasadnicza różnica pomiędzy plikami, które zawierają tekst lub grafikę, i tymi, które zawierają dźwięki i obrazy. Od nowoczesnego systemu operacyjnego oczekuje się bowiem, aby umożliwiał on wykorzystywanie tych dwóch rodzajów plików.
896. Microsoft dodaje, że systemy operacyjne i funkcje multimedialne stały się „ściśle powiązane” także zgodnie ze zwyczajami handlowymi. W tym względzie przypomina ona, że zawarła taką funkcję w Windows w 1992 r., a następnie stale ją ulepszała. Microsoft wyjaśnia, że zdolność do odtwarzania danych strumieniowych, jaką dodała w 1999 r., „była tylko jedną z licznych zdolności, jakie dołączyła do systemu w celu uwzględnienia szybkich zmian technologicznych”.
897. Wreszcie Microsoft stwierdza, że Komisja nie może się w niniejszym przypadku powoływać na stwierdzenie Trybunału zawarte w pkt 37 powołanego powyżej w pkt 293 wyroku z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, zgodnie z którym nawet gdy sprzedaż wiązana dwóch produktów jest zgodna ze zwyczajami handlowymi, może ona jednak stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, chyba że jest obiektywnie uzasadniona. W tym względzie podnosi ona między innymi, że w niniejszym przypadku, w przeciwieństwie do sytuacji, która miała miejsce w sprawie Tetra Pak II, dostawcy odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw nie są wykluczeni z rynku ze względu na zawarcie w Windows funkcji multimedialnej.
898. W replice Microsoft dodaje, że argument Komisji, zgodnie z którym przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą być pozbawione prawa do zachowania, które nie podlegałyby karze,

gdyby było stosowane przez przedsiębiorstwa, które nie znajdują się w pozycji dominującej, i według którego to argumentu odesłanie do praktyki branżowej w pewnych okolicznościach jest nie do przyjęcia, jest pozbawiony znaczenia dla kwestii, czy Komisja wykazała, że spełnione zostały przesłanki ustanowione w art. 82 WE akapit drugi lit. d) WE.

899. Komisja, popierana przez SIIA, podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym w zaskarżonej decyzji nie wykazano, że system Windows i jej „funkcja multimedialna” należą do dwóch odrębnych rynków.
900. Komisja na wstępie zauważa, że argumentacja przedstawiona przez Microsoft opiera się na „nieostrym pojęciu »funkcji multimedialnej«”. Wskazuje ona, że to, co Microsoft nazywa „funkcją multimedialną”, nie jest ogólnym i niewidocznym blokiem kodowym. Sama Microsoft rozróżnia w praktyce infrastrukturę multimedialną leżącą u podstaw systemu operacyjnego, która służy jako platforma dla aplikacji multimedialnych i dostarcza podstawowych usług funkcjonalnych pozostałej części systemu operacyjnego, oraz aplikację odtwarzacza multimedialnego, która jest uruchamiana w systemie operacyjnym i która dekoduje, dekompresuje i odtwarza cyfrowe pliki audio i wideo pobrane z Internetu lub przesyłane przezeń strumieniowo. Komisja przywołuje w tym względzie przykład produktu Microsoft o nazwie „Windows XP Embedded”. Podkreśla ona, że zaskarżona decyzja dotyczy sprzedaży związanej przez Microsoft odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych Windows Media Player, a nie leżącej u jego podstaw infrastruktury multimedialnej.
901. Odsyłając do motywu 802 zaskarżonej decyzji, Komisja podnosi, że sąd wspólnotowy stwierdził, iż samo istnienie niezależnych producentów specjalizujących się w produkcji produktu związanego oznacza istnienie odrębnego popytu ze strony konsumentów, a zatem – odrębnego rynku dla produktu związanego. Uważa ona, że rozróżnienie, jakie Microsoft wprowadza pomiędzy niniejszą sprawą a sprawami, które zakończyły się wydaniem wyroków w sprawach Tetra Pak i Hilti, w oparciu o okoliczność, iż te ostatnie dotyczą materiałów eksploatacyjnych, które były fizycznie odrębne od sprzętu, z jakim były stosowane, nie jest przekonujące. Komisja dodaje, że powołane powyżej w pkt 293 i 859 wyroki wydane w tych ostatnich sprawach nie mogą być interpretowane w ten sposób, iż zastosowanie art. 82 WE powinno być ograniczone do sprzedaży związanej materiałów eksploatacyjnych.
902. Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym powinna ona była raczej zbadać, czy istnieje popyt na produkt wiążący bez produktu związanego, podnosząc, iż jest to równoznaczne z błędnym twierdzeniem, iż do celów zastosowania art. 82 WE produkty komplementarne nie mogą stanowić produktów odrębnych. Dodaje ona, że sądy amerykańskie odrzuciły podobne argumenty, jakie Microsoft przed nimi podniosła, i niezmiennie twierdziły, że istnieje odrębny rynek systemów operacyjnych dla stacji roboczych kompatybilnych z Intel, oraz wykluczyły produkty „middleware” (które obejmowały Windows Media Playera) z tego rynku.
903. Komisja także podnosi, że praktyka handlowa Microsoft, polegająca na tworzeniu i rozprowadzaniu na rynku wersji Windows Media Playera dla systemów operacyjnych Mac spółki Apple i Solaris spółki Sun, a nawet dla innych platform niż stacje robocze – między innymi dekodery TV – stanowi dodatkową wskazówkę, iż systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne nie są jedynie elementami tego samego produktu (motyw 805 zaskarżonej decyzji). Podobnie Komisja podnosi, że Microsoft wprowadza na rynek uaktualnienia Windows Media Playera, które są odrębne od wersji lub uaktualnień systemu operacyjnego Windows, prowadzi działalność promocyjną w sposób szczególnie skoncentrowaną na tym odtwarzaczu i stosuje porozumienia licencyjne SDK, które różnią się w zależności od tego, czy SDK dotyczy Windows, czy technologii Windows Media (motywy 805 i 813 zaskarżonej decyzji).
904. Ponadto Komisja twierdzi, że należy zwrócić szczególną uwagę na specjalną rolę producentów sprzętu, którzy w stosunkach z producentami oprogramowania spełniają rolę pośredników działających na rzecz użytkowników końcowych i dostarczają tym ostatnim produktu „gotowego do użytku”, łącząc sprzęt, system operacyjny dla stacji roboczych i aplikację zgodnie z ich żądaniem (motywy 68 i 119 zaskarżonej decyzji). Komisja podkreśla, że znaczna większość (75%) sprzedaży systemów operacyjnych dla stacji roboczych Microsoft odbywa się za pośrednictwem producentów sprzętu. Zauważa ona także, że okoliczność, iż konsumenci życzą sobie, aby odtwarzacz był wcześniej zainstalowany na ich komputerze, nie jest powodem, dla którego Microsoft łączy

- swój odtwarzacz multimedialny z systemem operacyjnym dla stacji roboczych. W odpowiedzi na takie zapotrzebowanie ze strony konsumentów producenci sprzętu mogą dodawać odtwarzacz multimedialny do sprzedawanych przez nich stacji roboczych tak samo, jak oferują możliwość zintegrowania z nimi innych aplikacji oprogramowania. Według Komisji argument Microsoft, zgodnie z którym nie istnieje popyt na system operacyjny Windows niezawierający odtwarzacza multimedialnego, nie uwzględnia opisanej powyżej roli producentów sprzętu.
905. Komisja dodaje, że z dowodów, jakimi dysponuje, wynika, iż użytkownicy systemów operacyjnych niekoniecznie życzą sobie, aby te systemy były wyposażone w odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych (motyw 807 zaskarżonej decyzji), oraz że „jeśli chcą posiadać taki odtwarzacz, ich zapotrzebowanie na odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych jest odrębne od zapotrzebowania na systemy operacyjne”.
906. Ponadto Komisja, odsyłając do motywów 814–820 zaskarżonej decyzji, podnosi, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym zarzucane nadużycie wynika z ulepszenia, jakie wniosła ona do jej funkcji multimedialnej w 1999 r., jest błędne.
907. W odpowiedzi na argument, jaki Microsoft opiera na fakcie, że inni sprzedawcy systemów operacyjnych postępują w dokładnie ten sam sposób jak ona, Komisja zaznacza, iż praktyki sprzedaży związanej mają różne konsekwencje, w zależności od tego, czy są prowadzone przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, czy też nie. Wskazuje ona także, że niektórzy sprzedawcy systemów operacyjnych, tacy jak Sun i producenci produktów Linux, nie łączą swego systemu operacyjnego ze swoim własnym odtwarzaczem multimedialnym, ale z odtwarzaczem multimedialnym zaproponowanym przez niezależnych dostawców oraz nie łączą danego odtwarzacza multimedialnego ze swoim systemem operacyjnym, uniemożliwiając jego odinstalowanie (motywy 822 i 823 zaskarżonej decyzji).
908. Komisja podważa, że w motywie 1013 zaskarżonej decyzji lub w jakimkolwiek innym miejscu tej decyzji przyznała, iż Microsoft nie popełniłaby nadużycia, gdyby zaproponowała w 1999 r. w tej samej cenie dwie wersje Windows, czyli jedną zawierającą Windows Media Player i drugą pozbawioną tego odtwarzacza. Wskazuje ona, że gdyby Microsoft musiała teraz podjąć decyzję o sprzedaży wersji niewiązanej Windows po tej samej cenie co wersja wiązana, zbadałaby tę praktykę w świetle obecnej sytuacji na rynku oraz nałożonego na Microsoft obowiązku, aby powstrzymać się od wszelkich działań, które mają skutek równoważny do sprzedaży związanej, i jeśli istniałaby taka konieczność, wydałaby nową decyzję na podstawie art. 82 WE.
909. Wreszcie Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym nie zostało wykazane, że funkcja multimedialna nie jest powiązana, ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe, z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych.
910. W tym względzie, odsyłając do motywu 961 zaskarżonej decyzji, Komisja podkreśla, że przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą mogą być pozbawione prawa do zachowań, które nie podlegałyby karze, gdyby były stosowane przez przedsiębiorstwa niezajmujące pozycji dominującej. Komisja podnosi, że Trybunał orzekł w swym powołanym powyżej w pkt 293 wyroku Tetra Pak II, że nawet jeśli sprzedaż wiązana dwóch produktów jest zgodna ze zwyczajami handlowymi, może ona jednak stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, chyba że jest obiektywnie uzasadniona. Komisja uważa, że „tautologią” jest mówienie o zwyczajach handlowych lub praktyce handlowej w sektorze kontrolowanym w 95% przez Microsoft, i przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, nie do przyjęcia jest odwoływanie się do praktyki branży w przypadku rynku, na którym konkurencja jest już ograniczona z uwagi na samą obecność przedsiębiorstwa dominującego.
911. Wreszcie Komisja podważa argument Microsoft, zgodnie z którym włączenie do systemu operacyjnego dla stacji roboczych funkcji multimedialnej jest następstwem zwykłego rozwoju. W tym względzie, po pierwsze, Komisja podnosi, że Microsoft nie była w stanie, opierając się na swej własnej technologii, opracować odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych i że dopiero dzięki nabyciu w 1997 r. spółki VxTreme mogła ona stworzyć odtwarzacz zdolny do konkurowania z odtwarzaczem RealNetworks. Po drugie, odnosi się ona do wiadomości przesłanej w styczniu 1999 r. pocztą elektroniczną do B. Gatesa przez M. Bay’a, przedstawiciela Microsoft, w której ten ostatni proponuje „na nowo określić przeciwnika w zakresie multimedii [przesyłanych] strumieniowo, zastępując przeciwstawienie NetShow i Real

przeciwstawieniem Windows i Real” oraz „zastosowanie strategii [Internet Explorer] wszędzie tam, gdzie jest to stosowne”.

Ocena Sądu

912. Microsoft uważa co do zasady, że funkcja multimedialna nie stanowi produktu odrębnego od systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych, ale jest jego integralną częścią. Jej zdaniem rozpatrywany jest zatem jeden produkt, czyli system operacyjny Windows dla stacji roboczych, który podlega ciągłym zmianom. Według Microsoft konsumenci oczekują bowiem, aby każdy system operacyjny dla stacji roboczych był wyposażony w funkcje, które postrzegają jako mające zasadnicze znaczenie, w tym funkcje audio i wideo, i aby funkcje te były stale aktualizowane.
913. Należy na wstępie podnieść, że sektor technologii informacyjnych i komunikacyjnych jest sektorem podlegającym stałym i szybkim zmianom, w efekcie czego produkty, które początkowo wydawały się produktami odrębnymi, mogą następnie zostać uznane za stanowiące jeden produkt, zarówno z punktu widzenia technologii, jak i w świetle reguł konkurencji.
914. Sąd powinien dokonać oceny tego, czy Komisja miała prawo stwierdzić, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych i systemy operacyjne dla stacji roboczych stanowią dwa odrębne produkty, uwzględniając sytuację faktyczną i techniczną, jaka miała miejsce właśnie w czasie, w którym według Komisji zarzucane postępowanie stało się szkodliwe, a zatem począwszy od maja 1999 r.,
915. Do Sądu należy zatem zweryfikowanie, czy Komisja słusznie stwierdziła w zaskarżonej decyzji, że produkowanie przez Microsoft począwszy od maja 1999 r. wersji Windows, do której został włączony Windows Media Player, odpowiada sprzedaży związanej dwóch odrębnych produktów w rozumieniu art. 82 WE.
916. Także tytułem wstępu należy podnieść, że jak słusznie wyjaśnia Komisja, argumentacja, jaką Microsoft przedstawia w kontekście problematyki sprzedaży związanej Windows z Windows Media Player, opiera się w dużej mierze na nieostrym pojęciu funkcji multimedialnej. W tym względzie należy podkreślić, że z zaskarżonej decyzji wyraźnie wynika, iż w zakresie tej grupy problemowej zarzucane postępowanie dotyczy tylko oprogramowania, które stanowi odtwarzacz Windows Media Player, z wyłączeniem każdej innej technologii multimedialnej zawartej w systemie operacyjnym Windows dla stacji roboczych (zob. w szczególności motywy 1019 i 1020 zaskarżonej decyzji). Należy stwierdzić, że jak podniosły w swych pismach procesowych oraz podczas rozprawy Komisja i interwenienci popierający jej żądania, sama Microsoft w swej dokumentacji technicznej wprowadza rozróżnienie między plikami, które składają się na Windows Media Playera, a innymi plikami multimedialnymi, między innymi tymi, które odnoszą się do infrastruktury multimedialnej leżącej u podstaw systemu operacyjnego. Należy także przytoczyć przykład produktu Microsoft o nazwie „Windows XP Embedded”, wspomnianego w motywach 1028–1031 zaskarżonej decyzji i przedstawionego podczas rozprawy. Pod względem technicznym produkt ten stanowi typowy system operacyjny dla stacji roboczych, ale warunki licencji Microsoft ograniczają jego wykorzystywanie do pewnych wyspecjalizowanych maszyn, takich jak bankomaty i dekodery. Szczególną cechą tego produktu jest to, że umożliwia on inżynierom informatykom wybieranie elementów składowych systemu operacyjnego. W tym celu mają oni dostęp, dzięki narzędziu o nazwie „Target Designer”, do menu elementów składowych, jakie mogą włączyć do ich systemu operacyjnego lub wykluczyć z niego. Wśród tych elementów znajduje się zaś właśnie Windows Media Player. Należy dodać, że wspomniane menu zawiera oddzielne „wejścia” dla infrastruktury multimedialnej z jednej strony oraz aplikacji multimedialnych z drugiej strony i że Windows Media Player został wyraźnie zaliczony do tych ostatnich aplikacji.
917. Przede wszystkim należy podnieść, że jak słusznie wyjaśnia Komisja w motywie 803 zaskarżonej decyzji, ocena do celów analizy przeprowadzanej na podstawie art. 82 WE kwestii, czy produkty są odrębne, powinna być przeprowadzana z uwzględnieniem popytu ze strony konsumentów. Należy zresztą stwierdzić, że Microsoft podziela tę opinię (zob. pkt 890 powyżej).
918. Komisja także słusznie wyjaśniła w tym samym motywie, że w przypadku braku niezależnego popytu na produkt rzekomo związany nie można stwierdzić istnienia produktów odrębnych, a w związku z tym – stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej.

919. Argument Microsoft, zgodnie z którym Komisja zastosowała w ten sposób błędne kryterium, gdyż w rzeczywistości powinna była zbadać, czy produkt rzekomo wiążący jest systematycznie oferowany bez produktu związanego lub czy konsumenci „chęć nabyć Windows bez funkcji multimedialnej”, nie może zostać przyjęty.
920. W pierwszej kolejności bowiem stanowisko bronione przez Komisję znajduje poparcie w orzecznictwie (zob. podobnie ww. w pkt 293 wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 36; ww. w pkt 859 wyrok z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie Hilti przeciwko Komisji, pkt 67 oraz ww. w pkt 293 wyrok z dnia 6 października 1994 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 82).
921. W drugiej kolejności, jak słusznie podnosi Komisja w swych pismach procesowych, argument Microsoft, który opiera się na idei, zgodnie z którą nie ma popytu na system operacyjny Windows dla stacji roboczych bez odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych, oznacza faktycznie twierdzenie, że produkty komplementarne nie mogą stanowić, do celów zastosowania art. 82 WE, produktów odrębnych, co byłoby sprzeczne z dotyczącym sprzedaży wiązanej orzecznictwem wspólnotowym. Na przykład w odniesieniu do sprawy Hilti można zakładać, że nie było popytu na magazynki do gwoździarek bez gwoździ, ponieważ gwoździarka bez gwoździ jest bezużyteczna. Nie przeszkodziło to zaś sądowi wspólnotowemu w stwierdzeniu, że te dwa produkty należą do odrębnych rynków.
922. W przypadku produktów komplementarnych, takich jak systemy operacyjne dla stacji roboczych i oprogramowanie aplikacji, możliwe jest, że konsumenci chcą mieć oba produkty łącznie, ale nabywając je w różnych źródłach. Na przykład fakt, że większość użytkowników stacji roboczych życzy sobie, aby ich systemy operacyjne dla stacji roboczych były wyposażone w oprogramowanie do edycji tekstu, nie skutkuje przekształceniem tych różnych produktów w jeden produkt do celów zastosowania art. 82 WE.
923. Argument Microsoft nie uwzględnia specyficznej roli pośrednika, jaką odgrywają producenci sprzętu, którzy aby zaoferować stację roboczą gotową do użytku przez użytkownika końcowego, łączą sprzęt i oprogramowanie pochodzące z różnych źródeł. Jak bardzo słusznie stwierdza Komisja w motywie 809 zaskarżonej decyzji, gdyby producenci sprzętu i konsumenci mieli możliwość uzyskania Windows bez Windows Media Playera, niekoniecznie oznaczałoby to, że wybrałoby system Windows bez żadnego odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych. Producenci sprzętu odpowiedzialiby na popyt konsumentów na odtwarzacze multimedialne wcześniej zainstalowane w systemie operacyjnym i oferowałyby zestaw oprogramowania zawierający odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych funkcjonujący z Windows, z tą jednak różnicą, że odtwarzaczem tym nie musiałby być Windows Media Player.
924. W trzeciej kolejności i w każdym razie argument Microsoft nie może być przyjęty, ponieważ jak stwierdza Komisja w motywie 807 zaskarżonej decyzji, istnieje popyt na systemy operacyjne dla stacji roboczych bez odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych – na przykład ze strony przedsiębiorstw, które obawiają się, że ich pracownicy będą ich używać do celów niezwiązanych z wykonywaniem pracy. Fakt ten nie jest podważany przez Microsoft.
925. Następnie Sąd stwierdza, że szereg czynników związanych z charakterem i właściwościami technicznymi rozpatrywanych produktów, okoliczności faktyczne zaobserwowane na rynku, historia rozwoju tych produktów, a także praktyka handlowa Microsoft wskazują na istnienie odrębnego popytu konsumentów na odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych.
926. W tym względzie w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że system operacyjny Windows dla stacji roboczych jest oprogramowaniem systemowym, podczas gdy Windows Media Player jest oprogramowaniem aplikacji. Jak wyjaśnia Komisja w motywie 37 zaskarżonej decyzji, „»[o]programowanie systemowe« kontroluje sprzęt komputerowy, do którego przekazuje instrukcje wysyłane przez »oprogramowanie aplikacji«, które zostało stworzone w celu zaspokojenia szczególnych potrzeb użytkownika, takich jak na przykład aplikacja do edycji tekstu, która została stworzona w celu operowania tekstem w formacie cyfrowym”, a „systemy operacyjne są oprogramowaniem systemowym, które kontroluje podstawowe funkcje komputera i umożliwia

- użytkownikowi wykorzystywanie tego komputera wraz z oprogramowaniem aplikacji”. Ogólniej rzecz ujmując, należy podnieść, że z opisu tych produktów zamieszczonego w motywach 324–342 i 402–425 zaskarżonej decyzji wynika, iż systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne wyraźnie różnią się do siebie pod względem funkcji.
927. W drugiej kolejności należy stwierdzić, że istnieją producenci, którzy projektują i dostarczają odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych niezależnie od systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Apple dostarcza bowiem odtwarzacza QuickTime niezależnie od systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Innym przykładem, szczególnie przekonującym, jest spółka RealNetworks, główny konkurent Microsoft na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych, który ani nie produkuje, ani nie sprzedaje systemów operacyjnych dla stacji roboczych. Należy w tym względzie podnieść, że zgodnie z orzecznictwem fakt, iż na rynku istnieją niezależne spółki specjalizujące się w produkcji i sprzedaży produktu związanego, w dużym stopniu wskazuje na istnienie odrębnego rynku tego produktu (zob. podobne ww. w pkt 293 wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 36; ww. w pkt 859 wyrok z dnia 12 grudnia 1991 r. w sprawie Hilti przeciwko Komisji, pkt 67, i ww. w pkt 293 wyrok z dnia 6 października 1994 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 82).
928. Podobnie w trzeciej kolejności należy podnieść, że Microsoft, jak sama potwierdziła w odpowiedzi na pytanie pisemne Sądu, opracowuje i wprowadza na rynek wersje Windows Media Playera, które są przeznaczone do działania w systemach operacyjnych dla stacji roboczych konkurencyjnych wobec jej systemów, a konkretnie – w systemach Mac OS X spółki Apple i Solaris spółki Sun. Podobnie RealPlayer spółki RealNetworks działa między innymi w systemach operacyjnych Windows, Mac OS X, Solaris i niektórych systemach UNIX.
929. W czwartej kolejności odtwarzacz Windows Media Player może być pobrany, niezależnie od systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych, ze strony internetowej Microsoft. Podobnie należy zauważyć, że ta ostatnia dokonuje aktualizacji tego odtwarzacza niezależnie od wprowadzania na rynek lub aktualizacji swego systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych.
930. W piątej kolejności należy podnieść, że działalność promocyjna Microsoft w sposób szczególny koncentruje się na odtwarzaczu Windows Media Player (zob. motyw 810 zaskarżonej decyzji).
931. W szóstej kolejności należy zauważyć, że jak słusznie wyjaśniła Komisja w motywie 813 zaskarżonej decyzji, Microsoft oferuje porozumienia licencyjne SDK, które są zróżnicowane w zależności od tego, czy dotyczą systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych, czy też technologii Windows Media. Istnieje także specjalna licencja SDK dla Windows Media Playera.
932. Wreszcie w siódmej kolejności, pomimo stosowanej przez Microsoft sprzedaży związanej znaczna liczba konsumentów nadal nabywa osobno systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne konkurencyjne wobec Windows Media Playera, co dowodzi tego, że uważają oni te dwa produkty za odrębne.
933. Z powyższych rozważań wynika w sposób wystarczający pod względem prawnym, że Komisja słusznie stwierdziła, iż systemy operacyjne dla stacji roboczych z jednej strony oraz odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych z drugiej strony stanowią, do celów zastosowania art. 82 WE, produkty odrębne.
934. Wniosku tego nie mogą podważyć inne argumenty przedstawione przez Microsoft.
935. W pierwszej kolejności w odniesieniu do argumentu Microsoft, zgodnie z którym włączenie, począwszy od maja 1999 r., odtwarzacza Windows Media Player do systemu operacyjnego Windows stanowi zwykły i konieczny etap rozwoju tego systemu i wpisuje się w ramy stałego ulepszania jego funkcji multimedialnej, wystarczy stwierdzić, że fakt, iż sprzedaż wiązana odbywa się w formie integracji technicznej jednego produktu z drugim, nie skutkuje tym, że z punktu widzenia oceny jej wpływu na rynek integracja ta nie może zostać uznana za sprzedaż wiązaną dwóch odrębnych produktów.
936. Jak sama Microsoft przyznała w odpowiedzi na pytanie postawione jej przez Sąd podczas rozprawy, jej decyzja o dostarczaniu, począwszy od maja 1999 r., WMP 6 jako funkcji zintegrowanej z systemem operacyjnym Windows nie wynika z przymusu natury technicznej. Nic w tamtym czasie nie uniemożliwiało Microsoft rozprowadzania tego odtwarzacza na rynku w ten sam sposób,

- jak to czyniła od czerwca 1998 r. ze swym poprzednim odtwarzaczem, czyli NetShow, który był zawarty na płycie CD z instalacją systemu Windows 98, a żadna z czterech domyślnych instalacji systemu Windows 98 nie przewidywała instalacji NetShow, który musiał być zainstalowany przez użytkowników, jeśli chcieli korzystać z tego odtwarzacza.
937. Poza tym argument Microsoft, zgodnie z którym włączenie Windows Media Playera do systemu operacyjnego Windows było podyktowane względami technicznymi, jest mało wiarygodny w świetle treści niektórych jej pism wewnętrznych. Jak zatem wynika z przesłanej pocztą elektroniczną wiadomości M. Bay'a do B. Gatesa z dnia 3 stycznia 1999 r. (zob. pkt 911 powyżej), włączenie Windows Media Playera do systemu Windows miało przede wszystkim na celu wzmocnienie potencjału konkurencyjnego Windows Media Playera w stosunku do RealPlayera, a to poprzez przedstawienie go jako części składowej systemu Windows, a nie jako oprogramowania aplikacji porównywalnego z RealPlayerem.
938. W drugiej kolejności Microsoft nie może twierdzić, że Komisja nie wykazała, iż funkcja multimedialna nie jest związana, ze względu na jej charakter lub zwyczaje handlowe, z systemami operacyjnymi dla stacji roboczych.
939. Po pierwsze bowiem z rozważań przedstawionych w pkt 925–932 powyżej wynika, że systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych nie stanowią, ze względu na ich charakter, produktów nierozdzielnych. Choć prawdą jest, że istnieje związek pomiędzy systemem operacyjnym dla stacji roboczych, takim jak Windows, a oprogramowaniem aplikacji, takim jak Windows Media Player, w tym znaczeniu, że obydwa produkty znajdują się na tym samym komputerze z punktu widzenia użytkownika i że odtwarzacz multimedialny działa tylko w przypadku zainstalowania systemu operacyjnego, nie oznacza to jednak, że oba te produkty nie dają się, w celu zastosowania reguł konkurencji, rozdzielić z ekonomicznego i handlowego punktu widzenia.
940. Po drugie, jak słusznie podkreśla Komisja, trudno mówić o zwyczajach handlowych w sektorze kontrolowanym w 95% przez Microsoft.
941. Po trzecie, Microsoft nie może opierać argumentu na fakcie, że sprzedawcy konkurencyjnych systemów operacyjnych dla stacji roboczych także wiążą te systemy z odtwarzaczem multimedialnym umożliwiającym obsługę danych strumieniowych. Z jednej strony bowiem Microsoft nie przedstawiła dowodu, że taka praktyka wiązania była już stosowana przez jej konkurentów w czasie, kiedy rozpoczęła ona stanowiącą naruszenie sprzedaż wiążaną. Z drugiej strony należy stwierdzić, że zachowanie handlowe wspomnianych konkurentów nie podważa tezy Komisji, a wręcz przeciwnie – popiera ją. Jak bowiem wynika między innymi z motywów 822 i 823 zaskarżonej decyzji i jak podnosi Komisja w swych pismach procesowych, niektórzy sprzedawcy konkurencyjnych wobec Microsoft systemów operacyjnych, którzy dostarczają je wraz z odtwarzaczem multimedialnym, przewidują opcjonalną instalację tego odtwarzacza, umożliwiając jego pełne odinstalowanie oraz oferując wybór różnego rodzaju odtwarzaczy multimedialnych.
942. Po czwarte i w każdym razie zgodnie z orzecznictwem, nawet jeśli sprzedaż wiązana dwóch produktów jest zgodna ze zwyczajami handlowymi lub jeśli istnieje naturalny związek pomiędzy dwoma rozpatrywanymi produktami, może ona jednak stanowić nadużycie w rozumieniu art. 82 WE, chyba że jest obiektywnie uzasadniona (ww. w pkt 293 wyrok z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie Tetra Pak przeciwko Komisji, pkt 37).
943. Wreszcie w trzeciej kolejności także należy odrzucić argument przedstawiony przez Microsoft podczas rozprawy i oparty na porażce niezwiązanej wersji Windows, jaką wprowadziła na rynek w zastosowaniu środka zaradczego. Jak zostało bowiem wyjaśnione w pkt 260 powyżej, zgodność z prawem aktu wspólnotowego jest oceniana na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dniu wydania aktu. Poza tym ewentualne wątpliwości dotyczące skuteczności środka zaradczego nakazanego przez Komisję nie wskazują same w sobie na to, że ocena Komisja dotycząca istnienia dwóch odrębnych produktów jest błędna.
944. Z całości powyższych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że Komisja słusznie stwierdziła, iż systemy operacyjne dla stacji roboczych i odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych stanowią odrębne produkty.

c) W przedmiocie okoliczności, że konsumenci nie mają możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego

Zaskarżona decyzja

945. W motywach 826–834 zaskarżonej decyzji Komisja dąży do wykazania, że trzecia przesłanka, która jest konieczna do stwierdzenia stanowiącej naruszenie sprzedaży wiązanej, czyli przesłanka istnienia przymusu, jest w niniejszym przypadku spełniona, ponieważ Microsoft nie pozostawia konsumentom możliwości nabycia systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych bez odtwarzacza Windows Media Player.
946. W pierwszej kolejności Komisja wyjaśnia, że zwykle producenci sprzętu, którzy otrzymują system operacyjny Windows na podstawie licencji od Microsoft w celu preinstalacji go na stacji roboczej, są „bezppośrednimi adresatami” tego przymusu i przenoszą go na użytkowników końcowych (motyw 827 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśnia w tym względzie, że zgodnie z systemem udzielania licencji Microsoft, producenci sprzętu powinni otrzymać na podstawie licencji system operacyjny Windows wraz z wcześniej zainstalowanym Windows Media Playerem. Microsoft nie przyznaje bowiem licencji na ten system bez wspomnianego odtwarzacza. Producenci sprzętu, którzy pragną zainstalować w tym systemie inny odtwarzacz multimedialny, nie mogą tego uczynić w inny sposób, jak tylko dodając go do odtwarzacza Windows Media Player. W motywie 829 zaskarżonej decyzji Komisja dodaje, że nie istnieje żaden środek techniczny umożliwiający odinstalowanie Windows Media Playera.
947. W drugiej kolejności Komisja podnosi, że ugoda amerykańska nie zmienia w żaden sposób tej sytuacji, ponieważ „[u]niemożliwienie dostępu użytkownika do produktu nie przywraca klientom Microsoft wyboru nabycia Windows bez [Windows Media Playera]” (motyw 828 zaskarżonej decyzji).
948. W trzeciej kolejności Komisja uważa, że Microsoft nie może powoływać się na fakt, iż konsumenci nie muszą płacić dodatkowo za otrzymanie Windows Media Playera, ponieważ art. 82 akapit drugi lit. d) WE, kiedy odnosi się do „zobowiązań dodatkowych”, nie wspomina o „zapłacie” (motyw 831 zaskarżonej decyzji). Komisja dodaje, że cena tego odtwarzacza jest prawdopodobnie „ukryta” w całkowitej cenie stosowanej przy sprzedaży wiązanej Windows ze wspomnianym odtwarzaczem (przypis na str. 971 zaskarżonej decyzji).
949. W czwartej kolejności Komisja podnosi, że żaden fragment art. 82 WE nie skłania do myślenia, iż konsumenci muszą być zmuszani do używania produktu „związanego”. Komisja uważa, że w zakresie, w jakim sprzedaż wiązana łączy się z ryzykiem ograniczenia konkurencji, bez znaczenia jest to, czy konsumenci są zmuszani do zakupu lub używania Windows Media Playera (motywy 832 i 833 zaskarżonej decyzji).

Argumenty uczestników

950. Microsoft, popierana przez CompTIA, DMDsecure i in., ACT, TeamSystem, Mamut i Exor, podnosi, że nie można w niniejszym przypadku stwierdzić istnienia „zobowiązań dodatkowych” w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. d) WE.
951. Na poparcie tego stwierdzenia Microsoft podnosi przede wszystkim, że konsumenci nie muszą płacić żadnej dodatkowej kwoty za funkcję multimedialną Windows. Wskazuje ona, że funkcja ta jest właściwością Windows i że jest ona wliczona w całkowitą cenę systemu operacyjnego. W przeciwieństwie do sprawy, która doprowadziła do wydania powołanego powyżej w pkt 664 wyroku w sprawie Hoffmann-La Roche przeciwko Komisji, oraz sprawy Hilti, Microsoft nie nakłada żadnego obciążenia finansowego, które mogłoby zniechęcać konsumentów do używania produktów konkurencyjnych.
952. Microsoft podnosi następnie, że konsumenci nie są zobowiązani do używania funkcji multimedialnej Windows. Mogą oni nawet, w celu wykluczenia jakiegokolwiek dostępu użytkownika końcowego do tej funkcji multimedialnej, wykorzystać funkcję „Set Program Access & Defaults” Windows, którą Microsoft stworzyła na podstawie ugody amerykańskiej, zatwierdzonej wyrokiem wydanym przez District Court w dniu 1 listopada 2002 r., i zainstalować, jako zarządzający domyślnie różnymi rodzajami plików, konkurencyjny odtwarzacz multimedialny.
953. Microsoft podnosi wreszcie, że w przeciwieństwie do spraw zakończonych wydaniem wyroków Tetra Pak II i Hilti, konsumentom w żaden sposób nie uniemożliwia się zainstalowania i używania

odtworzący multimedialnych innych przedsiębiorstw zamiast lub oprócz funkcji multimedialnej Windows. Podnosi ona, że w motywie 860 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje zresztą, że konsumenci używają średnio 1,7 odtwarzacza multimedialnego miesięcznie, i wyjaśnia, że wskaźnik ten ma tendencję wzrostową.

954. W replice Microsoft dodaje, że broniona przez Komisję teza skutkuje pozbawieniem art. 82 WE wszelkiej praktycznej skuteczności. Gdyby bowiem teza ta została przyjęta, w konsekwencji zlikwidowałoby to wymóg „przymusu” w zakresie stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, co byłoby sprzeczne ze zdroworozsądkowymi zasadami ekonomicznym.
955. Komisja podnosi, że argumenty, jakie Microsoft przytacza na poparcie tezy, zgodnie z którą nie można w niniejszym przypadku stwierdzić istnienia „zobowiązań dodatkowych” w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. d) WE, zostały już odrzucone w motywach 826–834, 960 i 961 zaskarżonej decyzji. Argumenty te nie znajdują żadnego poparcia w orzecznictwie i pozbawiłyby art. 82 WE wszelkiej praktycznej skuteczności. Komisja podkreśla, że przymus istnieje w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dominujące pozbawia swych klientów rzeczywistej możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego.
956. Komisja zauważa, że art. 82 akapit drugi lit. d) WE nie zawiera żadnej wzmianki na temat „zapłaty”. Argumentacja Microsoft prowadziła do uznania, że naruszenie konkurencji nie ma miejsca w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dominujące żąda jednolitej ceny, zamiast dwóch odrębnych cen, za dwa odrębne produkty lub zmusza konsumentów do zakupu produktu, nie żądając dodatkowej kwoty. Microsoft myli zatem kwestię przymusu z kwestią naruszenia konkurencji.
957. Komisja dodaje, że ze sformułowania art. 82 WE także nie wynika, iż klienci muszą być zmuszani do używania produktu związanego lub musi im się uniemożliwiać używanie wytwarzanych przez konkurentów produktów zastępujących produkt związany. Podnosi ona natomiast, że kwestia, czy konsumenci lub dostawcy oprogramowania i treści dodatkowych mogą używać produktu związanego ze szkodą dla niezwiązanych produktów konkurentów, z pewnością jest istotna z punktu widzenia badania przesłanki dotyczącej wykluczenia konkurencji.
958. W odpowiedzi na twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym konsumenci używają średnio 1,7 odtwarzacza multimedialnego miesięcznie, Komisja podnosi, że konsumenci nie mogą zastąpić na ich stacji roboczej Windows Media Playera żadnym innym odtwarzaczem multimedialnym, a mogą tylko dodać drugi odtwarzacz multimedialny. Wskaźnik ten nie może prowadzić do pominięcia faktu, że każda stacja robocza pracująca w Windows ma zawsze preinstalowanego Windows Media Playera.
959. Wreszcie w odpowiedzi na pytanie pisemne Sądu Komisja wskazuje, że ugoda amerykańska nie zobowiązuje Microsoft do zlikwidowania dostępu użytkownika końcowego do Windows Media Playera, ale tylko do ukrycia tego dostępu, tak iż odtwarzacz ten wciąż jest preinstalowany i w pełni aktywny na stacji roboczej. W związku z tym producenci sprzętu i użytkownicy końcowi nadal są zmuszani do nabywania jednocześnie Windows Media Playera i systemu Windows. Odsyłając do motywu 852 zaskarżonej decyzji, Komisja wyjaśniła także w swej odpowiedzi, że Microsoft zaprojektowała taki mechanizm ukrywania, iż Windows Media Player może usuwać parametry domyślne i pojawiać się ponownie w przypadku, gdy użytkownik będzie korzystał, poprzez Internet Explorera, z plików multimedialnych przesyłanych przez Internet strumieniem danych.

Ocena Sądu

960. Microsoft uważa co do zasady, że fakt włączenia odtwarzacza Windows Media Player do systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych nie wiąże się z żadnym przymusem lub zobowiązaniem dodatkowym w rozumieniu art. 82 akapit drugi lit. d) WE. Na poparcie swej tezy podkreśla ona fakt, że konsumenci, po pierwsze, nie płacą żadnej dodatkowej kwoty za funkcję multimedialną Windows, po drugie, nie są zobowiązani do używania tej funkcji, a po trzecie, w żaden sposób nie uniemożliwia się im instalowania lub używania konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych.
961. Sąd podnosi, że nie można podważać, iż w konsekwencji zarzucanego zachowania konsumenci nie mają możliwości nabycia systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych, nie nabywając jednocześnie Windows Media Playera, co oznacza (zob. pkt 864 powyżej), że przesłankę

dotyczącą uzależnienia zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań należy uważać za spełnioną.

962. Jak słusznie wyjaśnia Komisja w motywie 827 zaskarżonej decyzji, w większości przypadków przymus ten jest wywierany najpierw na producentów sprzętu, którzy następnie przenoszą go na konsumentów. Producenci sprzętu, których zadanie polega na montowaniu stacji roboczych, instalują między innymi na nich system operacyjny dla stacji roboczych dostarczany przez producenta oprogramowania lub produkowany przez nich samych. Producenci sprzętu, którzy chcą zainstalować system operacyjny Windows na stacjach roboczych, które montują, powinni nabyć w tym celu licencję od Microsoft. Tymczasem na mocy systemu udzielania licencji stosowanego przez Microsoft nie jest możliwe uzyskanie licencji dotyczącej systemu operacyjnego Windows bez Windows Media Playera. Należy wyjaśnić w tym kontekście, że oczywiste jest, iż znaczna większość sprzedaży systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych jest dokonywana poprzez producentów sprzętu, czyli poprzez przekazanie na podstawie licencji oprogramowania nabywanego podczas zakupu stacji roboczej, podczas gdy tylko 10% sprzedaży tych systemów jest dokonywane poprzez sprzedaż indywidualnych licencji Windows.
963. Przymus, jaki jest w ten sposób wywierany na producentów sprzętu, ma nie tylko umowny, ale i techniczny charakter. Jest bowiem oczywiste, że z technicznego punktu widzenia odinstalowanie Windows Media Playera jest niemożliwe.
964. Ze względu na to, że producenci sprzętu spełniają w stosunkach z producentami oprogramowania rolę pośredników działających na rzecz użytkowników końcowych i dostarczają tym ostatnim stacji roboczej „gotowej do użycia”, brak możliwości nabycia systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych bez jednoczesnego nabycia Windows Media Playera ma ostatecznie wpływ na wspomnianych użytkowników.
965. W rzadziej spotykanych sytuacjach, gdy użytkownik nabywa system operacyjny Windows dla stacji roboczych bezpośrednio od sprzedawcy detalicznego, wyżej wspomniany przymus o charakterze umownym i technicznym wywierany jest bezpośrednio na tego użytkownika końcowego.
966. Sąd uważa, że przywoływane przez Microsoft argumenty należy oddalić.
967. W pierwszej zatem kolejności Microsoft nie może skutecznie powoływać się na fakt, że konsumenci nie muszą płacić żadnej dodatkowej kwoty za odtwarzacz Windows Media Player.
968. Po pierwsze, choć bowiem prawdą jest, że Microsoft nie fakturuje osobnej ceny za Windows Media Playera, nie można jednak z tego wyciągać wniosku, iż ten odtwarzacz jest dostarczany bezpłatnie. Jak wynika z pkt 232 skargi, cena Windows Media Playera jest zawarta w całkowitej cenie systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych.
969. Po drugie i w każdym razie ani z art. 82 akapit drugi lit. d) WE, ani z orzecznictwa w zakresie sprzedaży związanej nie wynika, że aby można było stwierdzić, że na konsumentów zostały nałożone dodatkowe zobowiązania w rozumieniu tego postanowienia, muszą oni koniecznie płacić pewną cenę za produkt związany.
970. W drugiej kolejności w ramach badania niniejszej przesłanki także pozbawiona jest znaczenia przywoływana przez Microsoft okoliczność, że konsumenci nie są zobowiązani do używania preinstalowanego na ich stacji roboczej odtwarzacza Windows Media Player i że mogą na niej zainstalować odtwarzacze multimedialne innych przedsiębiorstw i używać ich. Znowu ani z art. 82 akapit drugi lit. d) WE, ani z orzecznictwa w zakresie sprzedaży związanej nie wynika, że aby przesłankę dotyczącą uzależnienia zawarcia umowy od przyjęcia dodatkowych zobowiązań można było uważać za spełnioną, konsumenci muszą być zmuszeni do używania produktu związanego lub niemożliwe musi być używanie przez nich takiego samego produktu dostarczanego przez konkurenta przedsiębiorstwa dominującego. Na przykład, jak słusznie podnosi Komisja w motywie 832 zaskarżonej decyzji, w sprawie Hilti konsumenci w żaden sposób nie byli zobowiązani do używania gwoździ marki Hilti, które otrzymywali jednocześnie z gwoździarkami tej samej marki.
971. Należy podnieść, że jak zostanie wyjaśnione w bardziej szczegółowy sposób przy badaniu przesłanki ograniczenia konkurencji na rynku ze względu na rozpatrywaną sprzedaż związaną, z jednej strony producenci sprzętu są zniechęceni do preinstalowania drugiego odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych na stacjach roboczych, a z drugiej strony

- konsumenci są zachęceni do używania Windows Media Playera ze szkodą dla konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych, pomimo że te ostatnie są wyższej jakości.
972. Argument, jaki Microsoft opiera na niektórych środkach, które przyjęła w zastosowaniu ugody amerykańskiej (zob. pkt 952 powyżej), także należy oddalić.
973. Z jednej strony bowiem ugoda ta została zawarta dopiero w listopadzie 2001 r., a Microsoft zastosowała środki przez nią wymagane w odniesieniu do odtwarzaczy multimedialnych (w tym Windows Media Playera) w sierpniu i wrześniu 2002 r. Tymczasem stanowiąca nadużycie sprzedaż wiązana rozpoczęła się w maju 1999 r. Należy także podnieść, że ugoda amerykańska obowiązywała tylko do 2007 r.
974. Z drugiej strony, jak słusznie stwierdza Komisja w motywie 828 zaskarżonej decyzji, środki, jakie Microsoft przyjęła w zastosowaniu ugody amerykańskiej, nie doprowadziły w konsekwencji do umożliwienia konsumentom nabywania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych bez jednoczesnego nabycia Windows Media Playera. Na podstawie tej ugody Microsoft także została zobowiązana do zlikwidowania ikony Windows Media Player, która pojawiała się na ekranie, i podobnych punktów dostępu, a także do dezaktywowania automatycznego stosowania tego odtwarzacza. Ze względu na to, że Windows Media Player jest w ten sposób nadal preinstalowany i w pełni aktywny, producenci sprzętu i konsumenci nadal są zmuszani do nabywania wspólnie dwóch produktów. Ponadto jak wyjaśniono w motywie 852 zaskarżonej decyzji, Microsoft zaprojektowała mechanizm polegający na tym, że Windows Media Player może usuwać parametry domyślne i pojawiać się ponownie w przypadku, gdy użytkownik korzysta, poprzez Internet Explorera, z plików multimedialnych przesyłanych przez Internet strumieniem danych.
975. Z całości powyższych rozważań wynika, że Komisja słusznie stwierdziła, iż przesłanka nałożenia zobowiązań dodatkowych jest w niniejszym przypadku spełniona.
- d) W przedmiocie ograniczenia konkurencji
- Zaskarżona decyzja
976. W motywach 835–954 zaskarżonej decyzji Komisja analizuje czwartą przesłankę konieczną do stwierdzenia stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej, czyli ograniczenie konkurencji.
977. Punktem wyjścia tej analizy jest motyw 841 zaskarżonej decyzji, który brzmi:
- „Istnieją [...] okoliczności, które uzasadniają, jeśli chodzi o sprzedaż związaną odtwarzacza [Windows Media Player], bardziej uważną analizę wpływu, jaki praktyka ta ma na konkurencję. Podczas gdy w klasycznych przypadkach sprzedaży związanych Komisja i sąd wspólnotowy uznali, że sprzedaż wiązana produktu odrębnego i produktu dominującego stanowi przesłankę zaistnienia skutku w postaci wykluczenia, jaki wywiera ta praktyka w odniesieniu do konkurencyjnych sprzedawców, [należy stwierdzić,] że w niniejszym przypadku użytkownicy mogą się zaopatrzyć – co zresztą w pewnym stopniu czynią – w konkurencyjne odtwarzacze multimedialne przez Internet, i to czasami nieodpłatnie. Istnieją zatem słuszne względy przemawiające za nieprzyjmowaniem, bez dodatkowej analizy, że sprzedaż wiązana Windows Media Playera stanowi postępowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję”.
978. Komisja przeprowadza następnie w zaskarżonej decyzji trójstopniowe rozumowanie.
979. W pierwszej kolejności stwierdza ona, że sprzedaż wiązana zapewnia odtwarzaczowi Windows Media Player wszechobecność na stacjach roboczych na skalę światową (motywy 843–878 zaskarżonej decyzji).
980. W tym kontekście, po pierwsze, Komisja podnosi, że system operacyjny Windows dla stacji roboczych jest preinstalowany na ponad 90% sprzedawanych na całym świecie stacji roboczych, w efekcie czego, wiążąc Windows Media Playera z Windows, Microsoft zapewnia, iż jej odtwarzacz jest tak wszechobecny na stacjach roboczych jak system Windows. Komisja uważa, że użytkownicy, którzy mają na swych stacjach roboczych preinstalowany odtwarzacz multimedialny, są co do zasady mniej skłonni do używania innego odtwarzacza multimedialnego (motywy 843–848 zaskarżonej decyzji).
981. Po drugie, Komisja uważa, że możliwość zawarcia z producentami sprzętu porozumień dotyczących rozprowadzania na rynku stanowi mniej skuteczny środek rozprowadzania odtwarzaczy

- multimedialnych na rynku niż praktykowania przez Microsoft sprzedaż wiązana (motywy 849–857 zaskarżonej decyzji).
982. Po trzecie, Komisja uważa, że ani pobieranie odtwarzaczy multimedialnych z Internetu, ani inne kanały dystrybucyjne, wśród których znajduje się sprzedaż wiązana odtwarzacza multimedialnego z innymi rodzajami oprogramowania lub z usługami dostępu do Internetu oraz sprzedaż detaliczna odtwarzaczy multimedialnych, nie może zrównoważyć wszechobecności odtwarzacza Windows Media Player (motywy 858–876 zaskarżonej decyzji).
983. W drugiej kolejności Komisja bada skutki, jakie wywiera ta sprzedaż wiązana na dostawców treści i twórców oprogramowania, a także na niektóre sąsiednie rynki (motywy 879–899 zaskarżonej decyzji). Uważa ona co do zasady, że biorąc pod uwagę pośrednie efekty sieciowe, jakie charakteryzują rynek odtwarzaczy multimedialnych, „wszechobecność kodu [Windows Media Playera] zapewnia temu odtwarzaczowi znaczną przewagę nad produktami konkurencyjnymi, która może wyrzucić szkodliwy skutek na strukturę konkurencji na tym rynku” (motyw 878 zaskarżonej decyzji).
984. W tym kontekście Komisja podkreśla przede wszystkim, że dostawcy treści i twórcy oprogramowania wybierają technologię, w oparciu o którą będą produkować oprogramowanie dodatkowe, na podstawie określonej procentowo ilości instalacji i przypadków używania odtwarzaczy multimedialnych. Twierdzi ona, że podmioty te mają tendencję do opracowywania swych rozwiązań na podstawie odtwarzacza Windows Media Player, ponieważ umożliwia on im dotarcie do wszystkich użytkowników Windows, czyli do ponad 90% użytkowników stacji roboczych. Komisja dodaje, że różne rodzaje oprogramowania dodatkowego, po ich zakodowaniu w formatach „multimediałów zastrzeżonych dla Windows Media”, mogą funkcjonować z konkurencyjnymi odtwarzaczami multimedialnymi tylko wtedy, gdy Microsoft przekaze na podstawie licencji odpowiednią technologię.
985. W motywach 883–891 zaskarżonej decyzji Komisja bada w szczególności sytuację dostawców treści. Wyjaśnia ona między innymi, że biorąc pod uwagę okoliczność, iż oferowanie licznych zróżnicowanych technologii prowadzi do powstania dodatkowych kosztów w zakresie rozwoju, infrastruktury i zarządzania, dostawcy ci mają tendencję do przyznawania pierwszeństwa jednej technologii. Komisja podnosi także, że okoliczność, iż dany odtwarzacz multimedialny zawierający pewną liczbę technologii multimedialnych jest instalowany na szeroką skalę, jest istotnym czynnikiem, który może przekonać dostawców treści do tworzenia treści multimedialnych dla technologii używanych przez ten odtwarzacz. Opierając się bowiem na najbardziej rozpowszechnionym odtwarzaczu multimedialnym, maksymalizują oni potencjalną liczbę użytkowników ich własnych produktów. Komisja uważa, że wszechobecność Windows Media Playera na stacjach roboczych pracujących w Windows zapewnia zatem Microsoft przewagę konkurencyjną, która nie jest związana z samoistnymi zaletami produktu.
986. W motywach 892–896 zaskarżonej decyzji Komisja bada sytuację, w jakiej znajdują się producenci oprogramowania. Wyjaśnia ona co do zasady, że są oni zainteresowani tworzeniem aplikacji przeznaczonych raczej do funkcjonowania tylko na platformie Windows Media Playera niż tych przeznaczonych do funkcjonowania na kilku różnych platformach, ponieważ mogą w ten sposób dotrzeć do niemalże wszystkich potencjalnych użytkowników ich produktów, pokryć swe koszty i uczynić wykorzystanie swych ograniczonych zasobów w zakresie rozwoju rentownym. Komisja podkreśla, że z niektórych wyników badania rynku z 2003 r. wynika, że projektowanie aplikacji oferujących obsługę przez kilka technologii multimedialnych powoduje powstanie dodatkowych kosztów.
987. W motywach 897–899 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że wszechobecność Windows Media Playera na stacjach roboczych wywiera skutki na pewne rynki sąsiadujące, takie jak rynki odtwarzaczy multimedialnych zainstalowanych na przenośnych urządzeniach elektronicznych, dekodeków, rozwiązań DRM (zarządzanie prawami cyfrowymi) oraz rozpowszechniania muzyki w Internecie.
988. Wreszcie w trzeciej kolejności Komisja bada rozwój rynku z punktu widzenia badań przeprowadzonych przez spółki Media Metrix, Synovate i Nielsen/NetRatings (motywy 900–944 zaskarżonej decyzji). Stoi ona co do zasady na stanowisku, że dane zawarte w tych badaniach „ujawniają niezmiennie tendencję do stosowania Windows Media Playera oraz formatów Windows Media na niekorzyść konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych oraz związanych z nimi technologii” (motyw 944 zaskarżonej decyzji).

Argumenty uczestników

989. Microsoft przede wszystkim podnosi, że Komisja dodała przesłankę polegającą na wykluczeniu konkurentów z rynku, która to przesłanka normalnie nie jest uwzględniana przy ocenie stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej. Spółka ta przypomina, iż w motywie 841 zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że niniejsza sprawa nie stanowi „klasycznego przypadku sprzedaży związanej” i że istnieją „słuszne względy przemawiające za nieprzyjmowaniem, bez dodatkowej analizy, że sprzedaż związana odtwarzacza Windows Media Player stanowi postępowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję”. Spółka ta powtarza, że Komisja następnie, opierając się na nowej i wysoce spekulatywnej teorii, stwierdziła, iż zachodzi skutek w postaci wykluczenia konkurentów z rynku (zob. pkt 846 powyżej).
990. Odwołując się do motywu 842 zaskarżonej decyzji, Microsoft wyjaśnia, że nowa teoria Komisji opiera się na istnieniu pośrednich efektów sieciowych oraz na koncepcji, zgodnie z którą konkurencja może zostać w nieokreślonej przyszłości ograniczona, jeśli z uwagi na znaczne rozpowszechnienie funkcji multimedialnej Windows producenci oprogramowania i dostawcy treści byłiby skłonni do projektowania swych produktów wyłącznie dla Windows Media Player. Teoria ta zakłada zatem zaistnienie skutków antykonkurencyjnych, opierając się jedynie na hipotetycznym przyszłym zachowaniu stron trzecich, na które Microsoft nie ma żadnego wpływu.
991. Następnie Microsoft twierdzi, że podjęła wszystkie środki konieczne do zapewnienia, iż integracja funkcji multimedialnej w Windows nie skutkuje wykluczeniem z rynku konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych. Dodaje ona, że wiele z tych środków zostało „skodyfikowanych” w wyroku wydanym przez District Court w dniu 1 listopada 2002 r.
992. Na poparcie tego argumentu w pierwszym rzędzie Microsoft przytacza szereg twierdzeń dotyczących sposobu, w jaki zaprojektowany jest Windows.
993. Po pierwsze, zapewnia ona, że integracja ta nie oddziałuje na funkcjonowanie konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych. Technicznie jest zatem możliwe – i w praktyce powszechne – instalowanie na tej samej stacji roboczej, na której zainstalowany jest Windows, jednego lub kilku odtwarzaczy multimedialnych oprócz funkcji multimedialnej Windows. Po drugie, odtwarzacze multimedialne innych przedsiębiorstw są łatwo dostępne z interfejsu użytkownika Windows. Po trzecie, Microsoft projektuje Windows w taki sposób, aby odtwarzacze multimedialne podmiotów trzecich dostarczały automatycznie pewnych aspektów funkcji multimedialnej, którą sama Windows jest w stanie dostarczyć. Po czwarte, dzięki narzędziu, jakie Microsoft stworzyła w tym celu, możliwe jest usunięcie przez producentów sprzętu i konsumentów dostępu użytkownika końcowego do Windows Media Playera. Po piąte, Microsoft ułatwia opracowywanie aplikacji, które konkurują z funkcją multimedialną Windows, rozpowszechniając ją poprzez publikowane API.
994. W drugiej kolejności Microsoft uważa, że w umowach, jakie zawiera z dystrybutorami Windows, czyli głównie z producentami sprzętu, dąży ona do tego, aby producenci konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych zachowali możliwość rozprowadzania na rynku ich własnych produktów. Przewiduje bowiem ona wyraźnie, że producenci sprzętu mają swobodę wyboru w zakresie instalowania oprogramowania na pracujących w Windows stacjach roboczych, w tym także konkurencyjnych wobec Windows Media Playera odtwarzaczy multimedialnych. Poza tym zezwala im ona na oferowanie dostępu do Internetu poprzez umieszczenie ikon w menu „start” na „pulpicie” Windows lub wyświetlenie tych ofert na ekranie w momencie pierwszego uruchomienia Windows. Dostawcy usług dostępu do Internetu często zatem rozprowadzają na rynku odtwarzacze multimedialne, które są konkurencyjne wobec Windows Media Playera i zapewniają ich promocję.
995. W trzeciej kolejności Microsoft wyjaśnia, że w umowach zawieranych z twórcami oprogramowania, dostawcami treści i każdym innym podmiotem nigdy nie wymaga ona od nich, aby rozprowadzali Windows Media Playera na rynku lub zapewniaли jego promocję w sposób wyłączny lub w zależności od określonego w procentach jego udziału w ich całkowitej sprzedaży oprogramowania multimedialnego.
996. W czwartej kolejności Microsoft podnosi, że integracja funkcji multimedialnej w Windows nie uniemożliwia używania w tym systemie wobec Windows Media Playera odtwarzaczy multimedialnych konkurencyjnych ani też ich „masowej dystrybucji”. Spółka ta podnosi, że istnieje wiele metod mogących zapewnić rozprowadzanie konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych na

- ryнку, a mianowicie między innymi ich preinstalacja przez producentów sprzętu na nowych stacjach roboczych, pobieranie z Internetu lub stron intranetowych przedsiębiorstw, integracja przez innych producentów w ich różnego rodzaju oprogramowaniu oraz rozprowadzanie na rynku przez dostawców treści lub usług internetowych docierających do użytkowników ich produktów lub usług.
997. W tym samym kontekście Microsoft wyjaśnia, odsyłając od analizy znajdującej się w załączniku A.24.1 do skargi, że z ostatnio przeprowadzonego badania wynika, iż większość producentów oprogramowania zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak w Europie Zachodniej instaluje na stacjach roboczych, które montują, odtwarzacze multimedialne konkurencyjne wobec Windows Media Playera, takie jak RealPlayer i QuickTime. Twierdzenie Komisji, zgodnie z którym producenci sprzętu instalują konkurencyjne odtwarzacze na stacji roboczej tylko w przypadku, gdy mogą z niej usunąć Windows Media Playera, jest zatem nieprawdziwe. Microsoft dodaje, że nawet znajdujące się w zaskarżonej decyzji dane rynkowe dowodzą, iż używanie konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych jest coraz bardziej popularne, czasami w takim samym stopniu jak wzrost popularności funkcji multimedialnej Windows, a czasem w stopniu go przekraczającym.
998. Wreszcie Microsoft, popierana w tej kwestii przez ACT, uważa, że przyjęta przez Komisję teoria wykluczenia konkurentów nie uwzględnia pewnych istotnych czynników i że opiera się ona na przewidywaniach, którym zaprzeczają okoliczności faktyczne. Spółka ta podkreśla, że ciężar dowodu, który spoczywa na Komisji, jest szczególnie duży w przypadku, gdy dokonuje ona analizy prospektywnej.
999. W tym względzie w pierwszej kolejności Microsoft podnosi, że Komisja „pomięła czynniki, które skłaniają dostawców treści do używania innych formatów niż format Windows Media”. Twierdzi ona, że nic nie uzasadnia twierdzenia, iż skala, na jaką oprogramowanie multimedialne jest rozprowadzane na rynku, połączona ze szczególnym formatem jest czynnikiem determinującym dokonywany przez dostawców treści wybór formatu kodowania ich produktów. W tym kontekście Microsoft zarzuca Komisji, że podczas przeprowadzania badania rynku z 2003 r. nie spytała dostawców, czy na ich podejmowane w zakresie kodowania decyzje mają wpływ inne czynniki.
1000. Microsoft krytykuje twierdzenie Komisji, zgodnie z którym dostawcy treści ponoszą dodatkowe koszty w przypadku, gdy udostępniają swe produkty w więcej niż jednym formacie. Spółka ta uważa, iż Komisja powinna była udowodnić, że koszty, które powstają przy dostarczaniu treści w dodatkowym formacie, przekraczają korzyści, które wynikają z tej sytuacji. Komisja w rzeczywistości zebrała – jednak nie uwzględniając ich – dowody wykazujące, że koszty związane z udostępnieniem treści w określonym formacie multimedialnym stanowią nieznaczną część kosztów całkowitych. Odwołując się do motywu 894 zaskarżonej decyzji, Microsoft dodaje, że „kodowanie w drugiej technologii multimedialnej kosztuje [...] tylko 50% tego, ile kosztuje kodowanie w pierwszej technologii multimedialnej”. Popierana w tej kwestii przez CompTIA i ACT, Microsoft wyciąga z tego wniosek, iż oferowanie kilku formatów multimedialnych skutkuje powstaniem korzyści skali i że drugi format jest oferowany, nawet jeśli jest on wyraźnie mniej popularny wśród użytkowników.
1001. Microsoft podnosi także, że nawet dostawcy treści, którzy opierają się na jednym formacie, nie wybrali Windows Media, także po rozpoczęciu rzekomego nadużycia. Apple nie korzysta zatem z technologii multimedialnej Windows ani w przypadku swego produktu iPod, ani w przypadku swego internetowego sklepu muzycznego – iTunes. Poza tym producenci oprogramowania poinformowali Komisję, że używają przeciętnie „dwóch z trzech najważniejszych zespołów API (Windows, Real lub QuickTime)”.
1002. W replice Microsoft, popierana w tej kwestii przez DMDsecure i in., odwołując się do sprawozdania sporządzonego przez jednego ze swych biegłych (załącznik C.16 do repliki), twierdzi, że odtwarzacze multimedialne mogą decydować o „przeważeniu” tylko wtedy, gdy z jednej strony stosowanie kilku odtwarzaczy multimedialnych powoduje powstanie dodatkowych kosztów dla użytkowników lub dostawców treści oraz z drugiej strony odtwarzacze multimedialne są postrzegane jako jednorodne w zakresie ich wewnętrznych właściwości oraz treści, jakie udostępniają. Tymczasem żaden z tych dwóch warunków nie jest w niniejszym przypadku spełniony.
1003. W drugiej kolejności Microsoft podnosi, że przewidywaniom przedstawionym w motywie 984 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi „przeważenie” na korzyść formatu Windows Media nastąpi

- w „najbliższej przyszłości”, zaprzeczają okoliczności faktyczne i dowody przedstawione w aktach sprawy. Te okoliczności faktyczne i dowody wskazują bowiem na to, że dostawcy treści nadal stosują różne formaty, że odtwarzacze multimedialne innych producentów nie zniknęły z rynku, a wprost przeciwnie – znakomicie na nim prosperują, a także że konsumenci nie są zmuszani do używania Windows Media Playera.
1004. W tym względzie, po pierwsze, Microsoft podnosi, że z badania rynku z 2003 r. wynika, iż dieściu na dwunastu dostawców treści, którzy kodują treść w formatach Windows Media, czyni to także w innych formatach. Wielu dostawców treści nadal stosuje zatem formaty opracowane przez Apple, RealNetworks lub innych producentów. Badania obejmujące 1000 najczęściej odwiedzanych w Stanach Zjednoczonych w latach 2001–2004 stron internetowych wykazują, że liczba stron „z jakąkolwiek treścią multimedialną” wzrosła o 47%, podczas gdy liczba stron wykorzystujących formaty RealNetworks wzrosła o 59%, a liczba stron wykorzystujących formaty QuickTime – o 79%.
1005. Po drugie, Microsoft twierdzi, że producenci sprzętu nadal oferują kilka odtwarzaczy multimedialnych na stacjach roboczych, które sprzedają. W maju 2004 r. średnia liczba odtwarzaczy multimedialnych innych producentów, które były zainstalowane na komputerach domowych lub niewielkich komputerach biurowych sprzedawanych przez głównych producentów sprzętu, wynosiła zatem 4,3 w przypadku modeli amerykańskich oraz 2,4 w przypadku modeli europejskich.
1006. Po trzecie, Microsoft podnosi, że średnia liczba odtwarzaczy multimedialnych używanych miesięcznie na osobę wzrosła z 1,5 pod koniec 1999 r. do 2,1 w 2004 r. Spółka ta uważa, że Komisja nie może opierać argumentu na okoliczności, że liczba użytkowników Windows Media Player wzrasta. Według Microsoft istotna jest kwestia, czy liczba użytkowników innych formatów jest wystarczająca, aby dostawcom treści opłacało się kodowanie swych produktów w tych formatach. Ponadto Microsoft podważa zasadność dokonanej przez Komisję analogii z Netscape Navigator.
1007. Microsoft dodaje, że zastosowana przez Komisję teoria wykluczenia konkurentów z rynku jest wyraźnie nieobiektywna. Z zaskarżonej decyzji wynika bowiem, że teoria znajduje zastosowanie tylko w przypadku, gdy powiązana z Windows funkcja multimedialna jest autorstwa Microsoft. Nie znalazła ona w szczególności zastosowania w latach 1995–1998, kiedy z Windows zintegrowano umożliwiający obsługę danych strumieniowych odtwarzacz multimedialny spółki RealNetworks.
1008. DMDsecure i in., ACT, TeamSystem, Mamut i Exor podnoszą co do zasady takie same argumenty jak Microsoft.
1009. Komisja najpierw przypomina twierdzenia zawarte w motywie 841 zaskarżonej decyzji i podnosi, że z „dobrze znanych wcześniejszych spraw” wynika, że sama tylko okoliczność, iż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą dokonuje sprzedaży związanej produktu odrębnego z produktem dominującym, umożliwia stwierdzenie istnienia skutku w postaci wykluczenia konkurencji z rynku. W niniejszym przypadku ze względu na szczególne właściwości rynku stwierdziła ona jednak, że „istnieją słuszne względy przemawiające za nieprzyjmowaniem, bez dodatkowej analizy, że sprzedaż wiązana odtwarzacza Windows Media Player stanowi postępowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję”. Komisja wyjaśnia, iż nie stwierdziła, że zarzucane zachowanie nie stanowiło nadużycia samo w sobie, ale że należy je przeanalizować „w kontekście konkretnego rynku”. Komisja uważa za zaskakujące, że Microsoft zarzuca jej, iż podjęła trud zbadania rzeczywistego skutku wykluczenia konkurencji spowodowanego przez rozpatrywaną sprzedaż wiązaną, i uważa, że fakt, iż wykazała istnienie takiego skutku wykluczenia, podczas gdy zwykle jest on domniemywany, nie oznacza, że zastosowała ona nową teorię prawną.
1010. Komisja uważa, że doszła w swej analizie do wniosku, iż „Microsoft zakłóca normalny proces konkurencji” (motyw 980 zaskarżonej decyzji) oraz że „[i]stnieje w związku z tym znaczne ryzyko, że praktyka sprzedaży związanej odtwarzacza Windows Media Player z Windows doprowadzi do osłabienia konkurencji w takim stopniu, iż utrzymanie struktury skutecznej konkurencji nie będzie już w najbliższej przyszłości zapewnione” (motyw 984 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi, że wbrew temu, co twierdzi Microsoft, ani w motywie 984 zaskarżonej decyzji, ani w jakimkolwiek innym miejscu w tej decyzji nie uznała ona, iż rozpatrywane nadużycie doprowadzi do wyeliminowania w najbliższej przyszłości wszystkich odtwarzaczy multimedialnych innych producentów. Komisja uważa, że wykazała, iż Microsoft „zakłóca wybór i zamiary uczestników rynku poprzez

sprzedaż wiążaną”, i uważa, że takie zakłócenie procesu konkurencyjnego jest równoznaczne z ograniczeniem konkurencji w rozumieniu orzecznictwa, „ponieważ może wykluczyć konkurencję”. Dodaje, że dokonała także, na podstawie danych dotyczących rozwoju rynku, analizy rzeczywistych skutków wykluczenia konkurentów, jakie pociąga za sobą stanowiące nadużycie zachowanie Microsoft. Odwołując się do motywu 944 swej decyzji, Komisja podnosi, że dane te niezmiennie ujawniają tendencję do stosowania Windows Media Playera i formatów Windows Media oraz potwierdzają, że pewien stopień wykluczenia z rynku już istnieje.

1011. Następnie Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym ta ostatnia podjęła wszelkie środki konieczne do zapewnienia, aby rozpatrywana sprzedaż wiązana nie doprowadziła do wykluczenia z rynku konkurencyjnych wobec Windows Media Playera odtwarzaczy multimedialnych. Komisja uważa, że to stanowiące naruszenie zachowanie rozpoczęło się w maju 1999 r. i było kontynuowane jeszcze po złożeniu odpowiedzi na skargę. Podnosi ona, że ugoda amerykańska została zawarta dopiero w listopadzie 2001 r. i że środki przyjęte na postawie tej ugody zaczęły być stosowane dopiero w sierpniu i wrześniu 2002 r. Poza tym te ostatnie środki są w oczywisty sposób niewystarczające, aby zapobiec nadużyciu, jakie stanowi stwierdzona w zaskarżonej decyzji sprzedaż wiązana. W odniesieniu do różnego rodzaju metod rozprowadzania na rynku konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych, jakie przedstawia Microsoft, Komisja, odsyłając od motywów 849–877 zaskarżonej decyzji, wyjaśnia, że metody te nie pozwalają tym odtwarzaczom na osiągnięcie wszechobecności, jaką Microsoft może zapewnić Windows Media Playerowi dzięki rozpatrywanej sprzedaży wiązanej.
1012. Ponadto Komisja przypomina swe twierdzenia dotyczące wykluczenia konkurencji, jakie przedstawiła w zaskarżonej decyzji, a w szczególności w jej motywach 844–846 i 879–882.
1013. Komisja, popierana w tej kwestii przez SIIA, uważa, że jej twierdzenie, zgodnie z którym rozpatrywana sprzedaż wiązana łączy się z ryzykiem wykluczenia konkurencji z rynku, nie ma spekulatywnego charakteru, ale opiera się na faktycznej ocenie szczególnych właściwości tego rynku, a także zamiarzeniach dostawców treści i twórców oprogramowania. Uważa ona, że z wyroku Sądu z dnia 23 października 2003 r. w sprawie T-65/98 Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, Rec. str. II-4653, wynika, iż przy dokonywaniu oceny, czy jednostronne działanie przedsiębiorstwa dominującego może doprowadzić do wykluczenia konkurencji, dopuszczalne jest uwzględnienie prawdopodobnych reakcji ze strony podmiotów trzecich, zwłaszcza konkurentów lub klientów tego przedsiębiorstwa. W niniejszym przypadku jest niepodważalne, że Microsoft nie daje klientom możliwości nabycia Windows bez Windows Media Playera. Poza tym rozpatrywana sprzedaż wiązana ma bezpośredni wpływ na podmioty trzecie i wywiera w związku z tym wpływ na ich swobodę wyboru (motywy 845, 851, 870, 883, 884 i 895 zaskarżonej decyzji).
1014. Odsyłając do motywów 879–896 zaskarżonej decyzji, Komisja przypomina w tym kontekście, że przeanalizowała szczegółowo wpływ, jaki wywiera zarzucane zachowanie, w szczególności kierując do dużej liczby dostawców treści, twórców oprogramowania oraz właścicieli treści obszernie kwestionariusze.
1015. Odpowiedzi na te kwestionariusze umożliwiły jej dojście do następujących wniosków:
 - wszyscy dostawcy treści, którzy odpowiedzieli na kwestionariusze, wskazali, że tworzenie danej treści dla więcej niż jednej technologii powoduje powstanie dodatkowych kosztów (motyw 884 zaskarżonej decyzji);
 - ci sami dostawcy treści twierdzili, że liczba użytkowników danej technologii oraz obecność na stacjach roboczych danego klienckiego oprogramowania multimedialnego stanowią czynniki determinujące wybór przyjętej technologii (motyw 886 zaskarżonej decyzji);
 - niektórzy z tych dostawców nawet oświadczyli, że liczba użytkowników danej technologii jest „czynnikiem najważniejszym i pozostawiającym w tyle pozostałe” (motyw 889 zaskarżonej decyzji);
 - dopóki stopień wykorzystywania konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych pozostaje znaczący, oferowanie obsługi dodatkowych formatów może pozostawać dla dostawców treści korzystne w stosunku do kosztów (motyw 890 zaskarżonej decyzji);
 - twórcy oprogramowania dostarczyli odpowiedzi podobnych do odpowiedzi udzielonych przez dostawców treści (motywy 893–896 zaskarżonej decyzji);

- a zatem dwunastu z trzynastu twórców oprogramowania odpowiedziało twierdząco na pytanie, czy dodatkowe koszty związane z „oferowaniem obsługi wielu formatów” mogą w przyszłości zaciążyć na decyzji dotyczącej projektowania aplikacji dla technologii innych niż Windows Media (motyw 890 zaskarżonej decyzji);
 - wiążąc sprzedaż Windows z Windows Media Playerem, Microsoft gwarantuje dostawcom treści i twórcom oprogramowania, że użytkownicy końcowi są w stanie odczytać ich treści; innymi słowy, że mogą oni dotrzeć do szerokiej grupy odbiorców; wszechobecność Windows Media Playera na stacjach roboczych zapewnia zatem Microsoft przewagę konkurencyjną, która nie jest związana z samoistnymi zaletami tego produktu (motyw 891 zaskarżonej decyzji).
1016. Wreszcie Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym teoria zastosowana w niniejszym przypadku nie uwzględnia pewnych istotnych czynników i opiera się na przewidywaniach, którym zaprzeczają okoliczności faktyczne.
1017. W tym względzie w pierwszej kolejności Komisja podważa twierdzenie, że „nie uwzględniła czynników, które skłaniają dostawców treści do stosowania innych formatów niż format Windows Media”. Komisja twierdzi, że w skierowanych do tych dostawców żądaniach udzielenia informacji nie powołała się wyłącznie na kwestię „stopnia obecności” odtwarzacza multimedialnego oraz że w zaskarżonej decyzji nie wskazała, iż wspomniany stopień obecności jest jedynym istotnym czynnikiem, ale stwierdziła jedynie, że czynnik ten jest istotny. W każdym razie Microsoft przyznała, że dostawcy treści uwzględniają ten czynnik przy wyborze formatu kodowania swych produktów i w sposób dorozumiany przyznała zatem, że „niezrównoważona wszechobecność osiągnięta dzięki stosowaniu [przez nią] sprzedaży związanej [...] zakłóca ten [wybór]”.
1018. Komisja dodaje, że z pytań, jakie postawiła dostawcom treści i twórcom oprogramowania, wynika, iż podmioty te faktycznie dążą do zrównoważenia swego bilansu i przypisują większą wagę kosztom oferowania obsługi kilku technologii niż wynikającym z niego korzyściom. Komisja podnosi, że sama Microsoft wskazała, iż „kodowanie treści przesyłanej strumieniowo w kilku formatach jest dla dostawców tej treści kosztowne i czasochłonne” (motyw 883 zaskarżonej decyzji), oraz odwołuje się do pewnych dowodów zebranych w ramach badania rynku z 2003 r. (motyw 884 zaskarżonej decyzji). Koszt oferowania obsługi kilku technologii, nawet jeśli nie jest jedynym czynnikiem determinującym dokonywaną przez dostawców treści decyzję o stosowaniu kodowania w kilku formatach, jest niewątpliwie ważnym i uwzględnianym przez tych ostatnich elementem. Komisja podważa także, że zebrala w ramach badania rynku z 2003 r. dowody wykazujące, iż koszty związane z udostępnieniem treści w określonym formacie multimedialnym stanowią tylko nieznaczną część kosztów całkowitych. Wprost przeciwnie, z informacji, jakie uzyskała, wynika, że koszty związane z przygotowaniem treści są znaczne.
1019. Ponadto Komisja podważa zasadność stwierdzeń zawartych w sprawozdaniu zamieszczonym w załączniku C.16 do repliki (zob. pkt 1002 powyżej). Przypomina ona przede wszystkim, że z zaskarżonej decyzji wynika, iż pobieranie nie jest w stanie zrównoważyć wszechobecności, jaką Windows Media Player uzyskał dzięki rozpatrywanej sprzedaży związanej, i że ta wszechobecność zakłóca zmierzenia dostawców treści. Następnie Komisja wyjaśnia, że wniosek dotyczący istnienia nadużycia pozycji dominującej nie opiera się na stwierdzeniu całkowitego wyeliminowania konkurencji lub „przeważenia” rynku. Wreszcie Komisja twierdzi, że autor tego sprawozdania, po pierwsze, nie popiera jej tezy, po drugie, nie uwzględnia różnych ważnych w niniejszym przypadku aspektów, takich jak „zakłócenia efektów sieciowych powodowane wykorzystaniem dzięki monopolowi efektu dźwigni”, oraz po trzecie, nie wykazuje, że przesłanki, które uważa ona za konieczne dla „przeważenia” rynku, nie zostały spełnione.
1020. W drugiej kolejności Komisja, popierana w tej kwestii przez SIIA, podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym przeprowadzona w zaskarżonej decyzji analiza wykluczenia konkurencji stoi w sprzeczności z okolicznościami faktycznymi.
1021. W pierwszej kolejności Komisja powtarza, że Microsoft błędnie interpretuje motyw 984 zaskarżonej decyzji, gdyż nie powołuje się ona w nim na „przeważenie” rynku, ale wskazuje jedynie, że stosowana przez Microsoft sprzedaż związana łączy się z ryzykiem naruszenia struktury konkurencji na rynku odtwarzaczy multimedialnych.
1022. Następnie Komisja podnosi, że dane handlowe, jakie uwzględniła w zaskarżonej decyzji, ujawniają niezmiennie tendencję do stosowania Windows Media Playera oraz formatów Windows

- Media zamiast konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych (motywy 906–942 zaskarżonej decyzji). Z danych tych wynika, że aż do drugiego kwartału 1999 r. RealPlayer zajmował pierwszą pozycję na rynku i posiadał niemalże dwa razy więcej użytkowników niż Windows Media Player i QuickTime (motyw 906 zaskarżonej decyzji). Natomiast w okresie od drugiego kwartału 1999 r. do drugiego kwartału 2002 r. całkowita liczba użytkowników Windows Media Playera wzrosła o około 39 milionów, co stanowiło wzrost niemalże równy łącznemu wzrostowi liczby użytkowników odtwarzaczy RealNetworks i Apple (motywy 907 zaskarżonej decyzji). Najnowsze dane spółki Nielsen/NetRatings wskazują, że Windows Media Player wyraźnie wyprzedził RealPlayera (ponad 50% wyłącznych użytkowników więcej) oraz QuickTime'a (ponad trzykrotnie więcej wyłącznych użytkowników) i że ta przewaga jeszcze wzrosła w okresie od października 2002 r. do stycznia 2004 r. (motyw 922 zaskarżonej decyzji). Tendencja opisana powyżej jest porównywalna z tendencją rynku przeglądarek internetowych, którego dotyczyło postępowanie o naruszenie amerykańskiego prawa antytrustowego.
1023. Według Komisji Microsoft nie podważa tych różnego rodzaju danych, ale przedstawia nowe, których część dotyczy okresu po wydaniu zaskarżonej decyzji, a w związku z tym nie może zostać uwzględniona.
1024. Wreszcie Komisja podnosi, że w każdym razie stwierdzony w zaskarżonej decyzji skutek w postaci wykluczenia konkurencji jest potwierdzony przez najnowsze dane.
1025. Po pierwsze zatem, w odniesieniu do przedstawionych przez Microsoft danych dotyczących dostawców treści (zob. pkt 1004 powyżej) Komisja wskazuje, że spółka ta nie poparła ich żadnymi dowodami i że błędnie je przedstawia. W tym względzie Komisja zaznacza, iż w latach 2001–2004 liczba stron internetowych oferujących „jakośkolwiek” treść multimedialną wzrosła tak, że nie jest zaskakujący fakt, iż jest więcej stron oferujących formaty inne niż Windows Media. Dodaje ona, że Microsoft nie wspomina, iż w tym samym okresie liczba stron internetowych obsługujących format Windows Media wzrosła o 141%. Microsoft nie przedstawia także żadnych wskazówek dotyczących rzeczywistej ilości treści oferowanych przez rozpatrywane strony internetowe w formatach innych niż format Windows Media ani rzeczywistego wykorzystywania treści w tych formatach multimedialnych.
1026. Po drugie, w odniesieniu do danych dotyczących średniej liczby odtwarzaczy multimedialnych preinstalowanych przez producentów sprzętu na stacjach roboczych Komisja stwierdza, że nie są one przekonujące (zob. pkt 1005 powyżej). W każdym razie z dowodów przedstawionych przez Microsoft wynika, że ponad 70% stacji roboczych sprzedawanych w Europie i ponad 80% stacji roboczych sprzedawanych na świecie zawiera co do zasady tylko jeden odtwarzacz multimedialny i że ze względu na rozpatrywaną sprzedaż związaną jest nim zawsze Windows Media Player. Komisja dodaje, że w zakresie, w jakim producenci sprzętu preinstalują na stacjach roboczych konkurencyjne odtwarzacze multimedialne, tę preinstalację „przyciemnia” okoliczność, iż Windows Media Player jest automatycznie obecny na 95% stacji roboczych sprzedawanych na świecie. Wreszcie Komisja uważa, że dane przedstawione przez Microsoft nie są wiarygodne, ponieważ odnoszą się między innymi do tych konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych, które zostały preinstalowane w wyniku „legacy deals” (umów, które przestają obowiązywać), które nie zostały przedłużone, a także do oprogramowania, które nie może być uznane za odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych.
1027. Po trzecie, Komisja uważa, że istnieje wyraźna tendencja do używania Windows Media Playera i formatu Windows Media. Z danych przedstawionych przez spółkę Nielsen/NetRatings i dotyczących odtwarzaczy multimedialnych w Stanach Zjednoczonych wynika, że w marcu 2005 r. udział Windows Media Playera w ogólnej liczbie przypadków użycia odtwarzaczy multimedialnych przekroczył 80%, RealPlayer spadł do poniżej 40%, natomiast udział QuickTime'a stanowił już tylko nieco powyżej 10%. Z najnowszych danych spółki Nielsen/NetRatings także wynika, że udział wyłącznych użytkowników Windows Media Playera wciąż wzrastał, przy czym obecnie 53–55% użytkowników korzysta wyłącznie z tego odtwarzacza, 10–13% z RealPlayera, a 3% lub 4% z QuickTime Playera.
1028. W odpowiedzi na twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym teza o wykluczeniu konkurentów z rynku pozbawiona jest obiektywnego uzasadnienia, ponieważ nie znalazła ona zastosowania wtedy, gdy odtwarzacz multimedialny RealNetworks był zintegrowany z Windows (zob. pkt 1007

powyżej), Komisja odsyła do motywu 818 zaskarżonej decyzji i podnosi, że nie można uniemożliwić jej ścigania danego naruszenia wspólnotowego prawa konkurencji z uwagi na brak ścigania innego ewentualnego naruszenia.

1029. SIIA formułuje co do zasady takie same argumenty jak Komisja.
1030. Audiobanner.com uważa, że rozpatrywana sprzedaż wiązana ma negatywny wpływ na inwestycje dokonywane przez podmioty trzecie w technologii konkurencyjne wobec technologii Microsoft, na innowacje w sektorze multimedialnych cyfrowych przesyłanych strumieniowo oraz na konsumentów. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii Audiobanner.com podkreśla fakt, że wspomniana sprzedaż wiązana uniemożliwia konkurencję inną niż cenowa.

Ocena Sądu

1031. Microsoft podnosi co do zasady, że Komisja nie udowodniła, iż integracja Windows Media Playera z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych prowadzi do ograniczenia konkurencji – a zatem nie można twierdzić, że w niniejszym przypadku spełniona została przedstawiona w motywie 794 zaskarżonej decyzji czwarta przesłanka konieczna do stwierdzenia istnienia stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej.
1032. W szczególności Microsoft utrzymuje, że Komisja, uznawszy, iż nie ma ona do czynienia z klasycznym przykładem sprzedaży związanej, musiała zastosować nową i wysoce spekulatywną teorię i, opierając się na prospektywnej analizie ewentualnych reakcji stron trzecich, doszła do wniosku, że rozpatrywana sprzedaż wiązana może ograniczać konkurencję.
1033. Sąd uważa, że argumenty Microsoft są bezzasadne i że opierają się na wybiórczej i niedokładnej lekturze zaskarżonej decyzji. Argumenty te bowiem skupiają się co do zasady na drugim z trzech etapów rozumowania Komisji, przedstawionym w motywach 835–954 zaskarżonej decyzji.
1034. Należy zaś stwierdzić, iż w zaskarżonej decyzji Komisja między innymi wyraźnie wykazała, że fakt, iż począwszy od maja 1999 r. Microsoft oferowała producentom sprzętu, w celu preinstalowania jej na stacjach roboczych, tylko wersję Windows powiązaną z Windows Media Playerem, musi mieć wpływ na stosunki, jakie istnieją na rynku pomiędzy Microsoft, producentami sprzętu oraz dostawcami odtwarzaczy multimedialnych innych producentów, zmieniając istotnie równowagę konkurencyjną na korzyść Microsoft i ze szkodą dla innych przedsiębiorstw.
1035. Jak zatem zostało podniesione w pkt 868 powyżej, okoliczność, iż Komisja zbadała raczej konkretne skutki, jakie rozpatrywana sprzedaż wiązana już pociągnęła za sobą na rynku, a także sposób, w jaki ten rynek powinien się rozwijać, zamiast zadowolić się stwierdzeniem – jak to zwykle czyni w sprawach z zakresu stanowiących naruszenie sprzedaży wiązanych – że wspomniana sprzedaż wiązana sama w sobie prowadzi do skutku w postaci wykluczenia z rynku, nie oznacza, iż przyjęła ona nową teorię prawną.
1036. Punktem wyjścia przeprowadzonej przez Komisję analizy przesłanki ograniczenia konkurencji jest motyw 841 zaskarżonej decyzji, w którym wyjaśnia ona, że w niniejszej sprawie istnieją słuszne względy, aby bez przeprowadzania dodatkowej analizy nie przyjmować, iż sprzedaż wiązana odtwarzacza Windows Media Player stanowi zachowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję (zob. pkt 977 powyżej). Co do zasady wniosek, do jakiego doszła Komisja w tym względzie, opiera się na stwierdzeniu, zgodnie z którym fakt powiązania Windows Media Playera z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych – który to system operacyjny jest preinstalowany na znacznej większości stacji roboczych na świecie – bez możliwości usunięcia tego odtwarzacza z systemu umożliwi wspomnianemu odtwarzaczowi multimedialnemu korzystanie z wszechobecności tego systemu operacyjnego dla stacji roboczych, której to wszechobecności inne sposoby rozprowadzania na rynku odtwarzaczy multimedialnych nie mogą zrównoważyć.
1037. Sąd uważa, że to będące przedmiotem pierwszego etapu rozumowania Komisji stwierdzenie (zob. motywy 843–878 zaskarżonej decyzji, streszczone w pkt 979–982 powyżej) jest w pełni zasadne.
1038. W pierwszej zatem kolejności oczywiste jest, że rozpatrywana sprzedaż wiązana zapewniła odtwarzaczowi Windows Media Player nieporównywalną z żadnym innym odtwarzaczem obecność w stacjach roboczych na świecie, ponieważ umożliwiła mu uzyskanie automatycznie takiego poziomu penetracji rynku, który odpowiada poziomowi penetracji przez system operacyjny Windows dla

stacji roboczych, i to bez konieczności konkutowania niecenowego z produktami wobec tego odtwarzacza konkurencyjnymi. W tym względzie należy przypomnieć, że oczywiście jest, iż udział Microsoft w rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych wynosi ponad 90% oraz iż znaczna większość sprzedaży systemów operacyjnych Windows dla stacji roboczych (około 75%) jest dokonywana za pośrednictwem producentów sprzętu, którzy je preinstalują na składanych przez nich i rozprowadzanych na rynku stacjach roboczych. Ze statystyk przedstawionych w motywie 843 zaskarżonej decyzji wynika zatem, że w 2002 r. udział Microsoft w rynku wynosił 93,8% w kategorii liczby jednostek sprzedanych na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (zob. także motyw 431 zaskarżonej decyzji) oraz że Windows – a w konsekwencji Windows Media Player – był preinstalowany na 196 milionach z 207 milionów stacji roboczych, które zostały sprzedane na świecie w okresie od października 2001 r. do marca 2003 r.

1039. Jak zostanie wyjaśnione w sposób bardziej szczegółowy poniżej, żaden odtwarzacz multimedialny innego producenta nie mógłby osiągnąć takiego stopnia penetracji rynku, nie korzystając z przewagi w zakresie rozprowadzania na rynku, z jakiej korzysta Windows Media Player dzięki tak zorganizowanemu przez Microsoft wykorzystaniu jej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych.
1040. Należy dodać, że wiązana oferta systemu operacyjnego i odtwarzacza NetShow 2.0, jaką Microsoft stosowała począwszy od czerwca 1998 r., nie gwarantowała temu odtwarzaczowi takiego samego stopnia obecności na stacjach roboczych. Jak bowiem zostało wyjaśnione w pkt 837 i 936 powyżej, NetShow 2.0 był umieszczony na płycie CD służącej do instalacji Windows 98, ale żadna z czterech instalacji domyślnych tego systemu nie przewidywała instalacji tego odtwarzacza. Innymi słowy, użytkownicy musieli osobno zainstalować NetShow 2.0 i mogli podjąć decyzję, aby tego nie czynić. Podobnie należy podnieść, że wspomniana oferta wiązana nie uniemożliwiała innym producentom odtwarzaczy konkutowania z Microsoft w oparciu o samoistne cechy ich produktów ani producentom sprzętu – wykorzystywania tej konkurencji.
1041. W drugiej kolejności oczywiście jest, że jak słusznie podnosi Komisja w motywie 845 zaskarżonej decyzji, „użytkownicy, na których stacjach roboczych został preinstalowany [Windows Media Player], są co zasady mniej skłonni do używania alternatywnego odtwarzacza multimedialnego, ponieważ mają już aplikację, która dostarcza tej funkcji odtwarzacza treści multimedialnych przesyłanych strumieniowo”. Należy zatem stwierdzić, że w przypadku braku rozpatrywanej sprzedaży wiązanej konsumenci chcący posiadać odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych zostaliby skłonieni do wybrania jednego spośród tych, które są oferowane na rynku.
1042. W tym względzie należy przypomnieć okoliczność, na jaką powołuje się Komisja w motywach 119, 848, 869 i 956 zaskarżonej decyzji, czyli znaczenie, jakie użytkownicy przywiązują do możliwości nabycia stacji roboczych lub systemów „gotowych do użycia” (out of the box), czyli takich, które mogą być zainstalowane lub używane minimalnym wysiłkiem. Dostawca, którego oprogramowanie jest preinstalowane na stacji roboczej i działa od momentu jej uruchomienia, dysponuje zatem wyraźnie przewagą konkurencyjną nad każdym innym dostawcą podobnych produktów.
1043. W trzeciej kolejności Sąd uważa, że Komisja słusznie stwierdziła w motywie 857 zaskarżonej decyzji, iż zarzucane zachowanie zniechęca producentów sprzętu do preinstalowania na stacjach roboczych, które sprzedają, konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych.
1044. Z jednej bowiem strony, jak zostało stwierdzone w motywie 851 zaskarżonej decyzji, producenci sprzętu zachowują ostrożność przy dodawaniu drugiego odtwarzacza multimedialnego do składanych przez nich stacji roboczych, jakie proponują konsumentom, gdyż ten drugi odtwarzacz multimedialny zajmuje miejsce na dysku twardym stacji roboczej, oferując jednocześnie funkcje porównywalne zasadniczo z tymi, które oferuje Windows Media Player, podczas gdy jest mało prawdopodobne, aby konsumenci byli skłonni zapłacić wyższą cenę za ten dodatek.
1045. Z drugiej strony obecność kilku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych na tej samej stacji roboczej pociąga za sobą ryzyko pomyłki ze strony użytkowników oraz wzrost kosztów pomocy świadczonej klientom, a także kosztów przeprowadzania testów (zob. motyw 852 zaskarżonej decyzji). Należy w tym względzie podnieść, że w toku postępowania administracyjnego sama Microsoft podkreśliła, iż producenci sprzętu stosują co do zasady niskie

- marze i dążą w związku z tym to uniknięcia ponoszenia takich kosztów (zob. przypis na str. 1006 zaskarżonej decyzji).
1046. Wprowadzenie na rynek wersji Windows powiązanej z Windows Media Playerem jako jedynej wersji systemu operacyjnego Windows, która może być preinstalowana przez producentów sprzętu na nowych stacjach roboczych, prowadzi zatem do bezpośredniego i natychmiastowego skutku w postaci pozbawienia tych ostatnich posiadanej wcześniej możliwości łączenia produktów w oparciu o dokonywaną przez siebie ocenę tego, co uważają za najbardziej atrakcyjne dla konsumentów, a w szczególności do uniemożliwienia im wybrania odtwarzacza konkurencyjnego wobec Windows Media Playera jako jedynego odtwarzacza multimedialnego. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii należy przypomnieć, że w swoim czasie RealPlayer korzystał z przewagi handlowej, jaką posiada produkt wiodący na rynku. Jak przyznaje sama Microsoft, dopiero w 1999 r. udało jej się wyprodukować odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych, który osiągał wystarczająco dobre wyniki, ponieważ jej poprzedni odtwarzacz, czyli NetShow, „[n]ie był popularny wśród konsumentów, ponieważ nie funkcjonował zbyt dobrze” (motyw 819 zaskarżonej decyzji). Poza tym należy przypomnieć, że w okresie pomiędzy sierpniem 1995 r. a lipcem 1998 r. to właśnie produkty RealNetWorks – w tym przypadku początkowo RealAudio Player, a następnie RealPlayer – były rozprowadzane na rynku wraz z Windows. Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że gdyby Microsoft nie zaczęła zachowywać się w zarzucany sposób, konkurencja pomiędzy RealPlayerem a Windows Media Playerem byłaby zdeterminowana samoistnymi zaletami tych produktów.
1047. Należy dodać, że nawet jeśli konkurencyjni wobec Microsoft producenci odtwarzaczy multimedialnych doszliby z producentami sprzętu do porozumienia w przedmiocie preinstalowania ich produktów, nadal znajdowałyby się w niekorzystnej w stosunku do Microsoft pozycji konkurencyjnej. Z jednej bowiem strony ze względu na to, że Windows Media Player nie może być usunięty przez producentów sprzętu lub użytkowników z zestawu składającego się z Windows i Windows Media Playera, odtwarzacz multimedialny innego producenta nie mógłby nigdy być jedynym zainstalowanym na stacji roboczej odtwarzaczem multimedialnym. W szczególności rozpatrywana sprzedaż wiązana uniemożliwia innym producentom odtwarzaczy multimedialnych konkurowanie w tym zakresie z Microsoft w oparciu o samoistne zalety produktów. Z drugiej strony z uwagi na to, że liczba odtwarzaczy multimedialnych, jakie producenci sprzętu są skłonni preinstalować na stacjach roboczych, jest ograniczona, inni producenci odtwarzaczy multimedialnych konkurują wzajemnie ze sobą o taką preinstalację, podczas gdy dzięki rozpatrywanej sprzedaży wiązanej Microsoft unika konkurencji i znacznych dodatkowych kosztów, jakie ona generuje. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii należy odesłać do motywu 856 zaskarżonej decyzji, w którym Komisja powołuje się na odnoszące się do RealPlayera porozumienie dotyczące rozprowadzania na rynku, zawarte w 2001 r. pomiędzy RealNetworks i Compaq, a także na okoliczność, że Microsoft przyznała w toku postępowania administracyjnego, iż RealNetworks płacił producentom sprzętu za preinstalację jej produktów.
1048. Z powyższych stwierdzeń wynika, że Komisja słusznie stwierdziła, iż „możliwość zawarcia z producentami sprzętu porozumień dotyczących rozprowadzania na rynku stanowi mniej skuteczny środek rozprowadzania odtwarzaczy multimedialnych na rynku niż praktykowania przez Microsoft sprzedaż wiązana” (motyw 859 zaskarżonej decyzji).
1049. W czwartej kolejności Sąd uważa, że Komisja również słusznie stwierdziła, iż inne niż preinstalacja przez producentów sprzętu sposoby rozprowadzania odtwarzaczy multimedialnych na rynku nie umożliwiają zrównoważenia wszechobecności na nim Windows Media Playera (motywy 858–876 zaskarżonej decyzji).
1050. Z jednej strony w odniesieniu do pobierania odtwarzaczy multimedialnych z Internetu, choć prawdą jest, że ten sposób rozprowadzania na rynku umożliwia dotarcie do bardzo dużej liczby użytkowników, to nie jest on jednak tak skuteczny jak preinstalacja przez producentów sprzętu. Po pierwsze bowiem, pobieranie nie zapewnia konkurencyjnym odtwarzaczom multimedialnym rozprowadzania na rynku równoważnego rozprowadzaniu na nim Windows Media Playera (motyw 861 zaskarżonej decyzji). Po drugie, pobranie, w odróżnieniu od używania produktu preinstalowanego, jest postrzegane przez znaczną liczbę użytkowników jako skomplikowana operacja. Po trzecie, jak podnosi Komisja w motywie 866 zaskarżonej decyzji, duża liczba prób

- pobierania – ponad 50% według badań przeprowadzonych przez spółkę RealNetworks w 2003 r. – kończy się niepowodzeniem. Choć prawdą jest, że dostęp do sieci szerokopasmowej przyspiesza pobieranie i czyni je mniej skomplikowanym, należy jednak podnieść, że w 2002 r. tylko jedna szósta gospodarstw domowych w Europie miała szerokopasmowy dostęp do Internetu (motyw 867 i przypis na str. 1037 zaskarżonej decyzji). Po czwarte, użytkownicy będą mieć prawdopodobnie tendencję do twierdzenia, że odtwarzacz multimedialny zintegrowany ze stacją roboczą, którą nabyli, będzie funkcjonował lepiej niż produkt, który sami zainstalują (motyw 869 zaskarżonej decyzji). Wreszcie, po piąte, należy podnieść, że w większości przedsiębiorstw pracownicy nie mają prawa pobierać oprogramowania z Internetu, ponieważ komplikuje to zadanie administratora sieci (ten sam motyw).
1051. Niektóre dane dostarczone przez samą Microsoft w toku postępowania administracyjnego i wspomniane w motywach 909–911 zaskarżonej decyzji potwierdzają, że pobieranie z Internetu nie stanowi sposobu rozprowadzania na rynku równie skutecznego jak preinstalacja przez producentów sprzętu. Microsoft bowiem wskazała, po pierwsze, że w ciągu dwunastu miesięcy od wprowadzenia na rynek jej odtwarzacza WMP 6 z Internetu zostało pobranych 8,8 miliona jego egzemplarzy, oraz po drugie, że w okresie od lipca do września 1999 r. sprzedała 7,9 miliona systemów operacyjnych Windows 98 SE. Innymi słowy, w ciągu trzech miesięcy WMP 6 osiągnął, dzięki sprzedaży związanej z systemem operacyjnym Windows, niemalże ten sam stopień rozpowszechnienia jak ten, który osiągnięto w ciągu jednego roku za pośrednictwem pobierania z Internetu.
1052. Także w odniesieniu do pobierania z Internetu należy dodać, że jak wyjaśnia Komisja w motywie 870 zaskarżonej decyzji, pomimo iż stanowi ono mało kosztowny pod względem technicznym sposób rozprowadzania odtwarzaczy multimedialnych na rynku, producenci muszą jednak zgromadzić znaczne środki, aby „przezwyciężyć inercję użytkowników końcowych i przekonać ich do zignorowania preinstalowanego odtwarzacza [Windows Media Player]”.
1053. Z drugiej strony w odniesieniu do innych przytoczonych w zaskarżonej decyzji sposobów rozprowadzania na rynku umożliwiających obsługę danych strumieniowych odtwarzaczy multimedialnych, czyli wiązania odtwarzacza z innym rodzajem oprogramowania lub z usługami dostępu do Internetu, a także sprzedaży detalicznej, wystarczy stwierdzić, że Microsoft nie powołuje żadnego argumentu, który mógłby podważyć ocenę Komisji, zgodnie z którą stanowią one tylko „półśrodki, które nie mogą rywalizować ze skutecznością preinstalacji oprogramowania na [pracujących w Windows] stacjach roboczych” (motyw 872–876 zaskarżonej decyzji).
1054. Z powyższych rozważań wynika, że Komisja w sposób wystarczający pod względem prawnym wykazała w swej zawartej w motywach 843–878 zaskarżonej decyzji analizie, która stanowi pierwszy etap jej rozumowania, iż prowadzona począwszy od maja 1999 r. sprzedaż wiązana Windows z Windows Media Playerem niewątpliwie miała znaczne konsekwencje dla struktury konkurencji. Praktyka ta bowiem umożliwiła Microsoft uzyskanie nieporównywalnej przewagi w zakresie rozprowadzania swego produktu na rynku i zagwarantowanie wszechobecności Windows Media Playera na stacjach roboczych na całym świecie, zniechęcając w ten sposób użytkowników do korzystania z odtwarzaczy multimedialnych innych producentów, a producentów sprzętu – do preinstalowania takich odtwarzaczy na stacjach roboczych.
1055. Z pewnością, jak twierdzi Microsoft, wielu producentów oprogramowania nadal dodaje odtwarzacze multimedialne innych przedsiębiorstw do składanych przez siebie i oferowanych klientom stacji roboczych. Oczywiście jest również, że liczba odtwarzaczy multimedialnych oraz stopień używania kilku odtwarzaczy jednocześnie wciąż rosną. Jednakże okoliczności te nie podważają wniosku Komisji, zgodnie z którym zarzucane zachowanie może osłabić konkurencję w rozumieniu orzecznictwa. Od maja 1999 r. producenci odtwarzaczy multimedialnych innych przedsiębiorstw nie są bowiem już w stanie konkurować za pośrednictwem producentów sprzętu o umieszczenie, zamiast Windows Media Playera, ich własnych produktów jako jedynego zainstalowanego na stacjach roboczych składanych i sprzedawanych przez tych ostatnich odtwarzacza multimedialnego.
1056. Ponadto należy podnieść, że zasadność powyższych stwierdzeń jest poparta niektórymi danymi zbadanymi przez Komisję w ramach trzeciego etapu jej rozumowania. W szczególności, jak zostanie wyjaśnione w pkt 1080–1084 poniżej, z danych wspomnianych w motywach 905–926 zaskarżonej decyzji wynika wyraźna tendencja do używania Windows Media Playera, ze szkodą dla konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych.

1057. Należy dodać, że z informacji przekazanych przez samą Microsoft w toku postępowania administracyjnego i wspomnianych w motywach 948–951 zaskarżonej decyzji wynika, iż znaczny postęp w używaniu Windows Media Playera nie może być przypisany okoliczności, że ten odtwarzacz posiada wyższą jakość od jakości konkurencyjnych odtwarzaczy lub że te ostatnie, a w szczególności RealPlayer, charakteryzują się jakimiś brakami.
1058. Z całości powyższych rozważań należy wywieść wniosek, że twierdzenia Komisji poczynione w ramach pierwszego etapu jej rozumowania wystarczają same w sobie do ustalenia, iż czwarta przesłanka konieczna do stwierdzenia stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej została w niniejszym przypadku spełniona. Twierdzenia te nie opierają się na nowej, wysoce spekulatywnej teorii, ale na charakterze zarzucanego zachowania, na warunkach rynkowych oraz na zasadniczych właściwościach rozpatrywanych produktów. Opierają się one na ścisłych, wiarygodnych i spójnych dowodach, których błędny charakter Microsoft nie wykazała, ograniczając się jedynie do twierdzenia, że stanowią one zwykle przypuszczenia.
1059. Z powyższego wynika, że nie jest konieczne badanie argumentów, jakie Microsoft przeciwstawia przedstawionym przez Komisję w ramach dwóch pozostałych etapów swego rozumowania twierdzeniom. Sąd uważa jednak, że należy je pokrótce przeanalizować.
1060. Na drugim etapie swego rozumowania Komisja zmierza do ustalenia, czy wynikająca z powiązania z Windows wszechobecność Windows Media Playera może mieć znaczny wpływ na dostawców treści i twórców oprogramowania.
1061. Broniona przez Komisję teza opiera się na okoliczności, że rynek odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych charakteryzuje się znacznymi pośrednimi efektami sieciowymi lub, powtarzając wyrażenie, jakiego użył B. Gates, istnieniem „pozytywnego sprzężenia zwrotnego” (motyw 882 zaskarżonej decyzji). Wyrażenie to opisuje zjawisko polegające na tym, że im większa jest liczba użytkowników danej platformy oprogramowania, tym wyższe są inwestycje w rozwój produktów kompatybilnych z tą platformą, co z kolei wzmacnia popularność wspomnianej platformy wśród użytkowników.
1062. Sąd uważa, że Komisja słusznie stwierdziła zaistnienie w niniejszym przypadku takiego zjawiska i uznała, że dostawcy treści i twórcy oprogramowania wybierają technologię, w oparciu o którą opracowują swe własne produkty, na podstawie określonej procentowo liczby instalacji i przypadków używania odtwarzaczy multimedialnych (motyw 879 zaskarżonej decyzji). Komisja z jednej strony słusznie stwierdziła, że te podmioty gospodarcze mają tendencję do przyznawania pierwszeństwa Windows Media Playerowi, ponieważ umożliwia im to dotarcie do znacznej większości użytkowników stacji roboczych na świecie, a także z drugiej strony, że rozpowszechnianie treści i aplikacji kompatybilnych z danym odtwarzaczem multimedialnym stanowi samo z siebie istotny czynnik konkurencyjny, ponieważ zwiększa ono popularność tego odtwarzacza multimedialnego, co z kolei sprzyja używaniu leżącej u jego podstaw technologii multimedialnej, w tym kodeków, formatów (w tym DRM) oraz oprogramowania dla serwerów (motywy 880 i 881 zaskarżonej decyzji).
1063. W pierwszej kolejności, w odniesieniu w szczególności do skutków, jakie pociąga za sobą sprzedaż wiązana dla dostawców treści, Sąd uważa, że ocena tej kwestii przeprowadzona przez Komisję w motywach 883–891 jest zasadna.
1064. W szczególności Komisja słusznie stwierdziła, że oferowanie kilku różnych technologii powoduje powstanie po stronie dostawców treści dodatkowych kosztów w zakresie rozwoju, infrastruktury i zarządzania, w związku z czym ci ostatni są skłonni do opierania się w odniesieniu do swych produktów na tylko jednej technologii, jeśli umożliwia im ona dotarcie do dużej grupy odbiorców.
1065. A zatem z dowodów zebranych przez Komisję, a przede wszystkim z odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji, jakie Komisja skierowała do dostawców treści w ramach badania rynku z 2003 r., wynika, że kodowanie w kilku formatach treści rozpowszechnianych strumieniowo jest kosztowne i czasochłonne. W żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. Komisja między innymi zwróciła się do dostawców treści o poinformowanie jej, czy tworzenie danych treści dla więcej niż jednej technologii pociąga za sobą koszty dodatkowe (pytanie nr 19). Wszystkie podmioty, które odpowiedziały na to pytanie, wskazały, że tak jest, powołując się między innymi na koszty dodatkowe, jakie pociąga za sobą zatrudnienie dodatkowego personelu oraz dodatkowe

godziny pracy, konieczne do przygotowania treści, sprzętu, infrastruktury i licencji. Wezwane do oszacowania wysokości tych kosztów dodatkowych, podmioty te umieściły je w przedziale 20–100% w stosunku do kosztów początkowych dostawy treści w jednym tylko formacie, co oznacza, że koszty dodatkowe średnio wynoszą około 50% (pytanie nr 20). Jak podnosi Komisja w motywie 884 zaskarżonej decyzji, jeden z zapytanych podmiotów nawet stwierdził, że „stosunkowo wysokie koszty związane z przygotowaniem treści mogą zredukować ewentualną zachętę gospodarczą dla mediów lub portali internetowych do oferowania obsługi kilku formatów o zróżnicowanym powodzeniu wśród użytkowników” oraz że „[n]iektóre mediówki porównują te koszty dodatkowe z korzyściami, jakie mogłyby one osiągnąć dzięki większej liczbie użytkowników i oferowaniu obsługi kilku technologii”.

1066. Należy zauważyć, że wbrew temu, co twierdzi Microsoft, Komisja zbadła, czy korzyści wynikające z kodowania w kilku formatach mogą przewyższać dodatkowe koszty, jakie pociąga za sobą tego rodzaju kodowanie. Komisja, w ramach badania rynku z 2003 r., zadała bowiem to pytanie dostawcom treści, a ci wypowiedzieli się w tej kwestii (zob. motywy 884, 887, 889 i 890 zaskarżonej decyzji).
1067. Z dowodów zebranych przez Komisję wynika także, że im bardziej dany odtwarzacz multimedialny jest rozpowszechniony, tym bardziej dostawcy treści są skłonni do tworzenia treści dla technologii stosowanej przez ten odtwarzacz multimedialny. Jak słusznie wyjaśnia Komisja w motywie 885 zaskarżonej decyzji, dostawcy treści, wykorzystując najbardziej rozpowszechniony odtwarzacz multimedialny, maksymalizują liczbę potencjalnych użytkowników swych własnych produktów.
1068. Jak zatem zostało wyjaśnione w motywie 886 zaskarżonej decyzji, w żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. Komisja zapytała danych dostawców treści, czy liczba użytkowników, którzy mogą współpracować z daną technologią, oraz obecność oprogramowania multimedialnego na stacjach roboczych są czynnikami odgrywającymi decydującą rolę w wyborze technologii, jaką ci dostawcy oferują (pytania nr 33 i 34). Wszyscy dostawcy, którzy odpowiedzieli na to pytanie, udzielili odpowiedzi twierdzącej (motyw 886 zaskarżonej decyzji).
1069. W świetle powyższego i uwzględniając okoliczność, że Windows jest zainstalowany niemalże na wszystkich stacjach roboczych na świecie, należy stwierdzić, iż Komisja słusznie wyciągnęła w motywie 891 zaskarżonej decyzji wniosek, że „[w]iążąc sprzedaż [Windows Media Playera] z Windows, Microsoft może gwarantować dostawcom treści, iż użytkownicy treści są w stanie odczytać treść, lub inaczej mówiąc, iż dostawcy ci mogą dotrzeć do szerokiej grupy odbiorców”, że „[w]szerechość odtwarzacza [...] na stacjach roboczych [pracujących w] Windows zapewnia zatem Microsoft przewagę konkurencyjną, która nie jest związana z niecenowymi zaletami tego produktu”, i że „[j]eśli treść w określonym formacie jest szeroko rozpowszechniona, pozycja konkurencyjna odtwarzaczy multimedialnych z nią kompatybilnych zostaje wzmocniona, podczas gdy wejście nowych konkurentów zostaje utrudnione”.
1070. Należy przypomnieć w tym kontekście, że celem art. 82 WE jest zakazanie przedsiębiorstwu dominującemu wzmocnienia swej pozycji za pomocą środków innych niż oparte na konkurencji innej niż cenowa (wyrok Sądu z dnia 21 października 1997 r. w sprawie T-229/94 Deutsche Bahn przeciwko Komisji, Rec. str. II-1689, pkt 78 i ww. w pkt 1013 wyrok w sprawie Van den Bergh Foods przeciwko Komisji, pkt 157).
1071. W drugiej kolejności Sąd uważa, że Komisja w motywach 892–896 zaskarżonej decyzji prawidłowo oceniła skutki, jakie pociąga za sobą dla producentów oprogramowania sprzedaż wiązana.
1072. W szczególności Komisja słusznie podniosła w motywie 892 zaskarżonej decyzji, że producenci oprogramowania skłaniają się do tworzenia aplikacji dla tylko jednej platformy, jeśli umożliwia im to dotarcie do niemal wszystkich potencjalnych użytkowników ich produktów, ponieważ dostosowanie ich programów do innych platform, wprowadzanie tych programów na rynek oraz pomoc klientom w tym zakresie powodowałyby powstanie kosztów dodatkowych.
1073. Jak zatem wynika z niektórych pytań zadanych przez Komisję twórcom oprogramowania w ramach badania rynku z 2003 r. (zob. w szczególności zawarte w żądaniu udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. pytania nr 8 i 48), tworzenie aplikacji dla kilku technologii multimedialnych powoduje powstanie kosztów dodatkowych spowodowanych zatrudnieniem dodatkowego personelu i dodatkowymi godzinami pracy, licencjami i pomocą dla klientów. Twórcy oprogramowania, których to pytanie dotyczyło, umieścili te dodatkowe koszty w przedziale 1–100% w stosunku do

- kosztów stworzenia oprogramowania przeznaczonego do pracy w jednej technologii, co oznacza średni dodatkowy koszt wynoszący około 58% (zob. motyw 894 zaskarżonej decyzji).
1074. Z odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r. wynika również, że okoliczność, iż tworzenie aplikacji dla dodatkowych technologii innych niż technologia Microsoft powoduje powstanie dodatkowych kosztów dla producentów oprogramowania, może mieć wpływ na ich decyzję dotyczącą tworzenia aplikacji dla dodatkowych technologii (zob. motyw 894 zaskarżonej decyzji; zob. także przedstawione w motywie 893 zaskarżonej decyzji oświadczenie podmiotu nr 30).
1075. W świetle tych informacji i z uwagi na fakt, że Windows Media Player jest, ze względu na rozpatrywaną sprzedaż wiążaną, zainstalowany na znacznej większości stacji roboczych na świecie, należy stwierdzić, że Komisja słusznie uznała w motywie 895 zaskarżonej decyzji, iż twórcy oprogramowania, którzy korzystają z jednego odtwarzacza multimedialnego, są skłonni do używania przede wszystkim odtwarzacza Windows Media Player. Należy zauważyć w tym względzie, że w ramach badania rynku z 2003 r. Komisja wezwała zapytanych twórców oprogramowania do wyjaśnienia czynników, jakie determinują dokonywany przez nich wybór technologii, w oparciu o którą tworzą oni swoje aplikacje (pytanie nr 7 żądania udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r.) Na czternaście podmiotów, które odpowiedziały na to pytanie, dziesięć określiło stopień obecności odtwarzacza multimedialnego na stacji roboczej jako pierwszy lub drugi w kolejności najważniejszy czynnik (motyw 896 zaskarżonej decyzji). Komisja także zapytała twórców oprogramowania, czy istotne dla nich jest to, że interfejsy odtwarzacza Windows Media Player są zainstalowane na niemalże wszystkich pracujących w Windows stacjach roboczych (pytanie nr 14 żądania udzielenia informacji z dnia 16 kwietnia 2003 r.). Na trzydzieści podmiotów, które odpowiedziały na to pytanie, dziesięć udzieliło odpowiedzi twierdzącej (motyw 896 zaskarżonej decyzji).
1076. W trzeciej kolejności Sąd przypomina, że w motywach 897–899 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, iż wszechobecność, z jakiej korzysta dzięki rozpatrywanej sprzedaży wiązanej Windows Media Player, wywiera również wpływ na niektóre rynki sąsiadujące, takie jak rynki odtwarzaczy multimedialnych zainstalowanych na przenośnych urządzeniach elektronicznych, dekodery, rozwiązań DRM oraz rozpowszechniania muzyki przez Internet. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że Microsoft nie przedstawiła żadnego argumentu, który może podważyć tę ocenę.
1077. Z powyższych rozważań należy wyciągnąć wniosek, że drugi etap rozumowania Komisji jest zasadny.
1078. W trzecim etapie swego rozumowania Komisja analizuje rozwój rynku w świetle jego badań przeprowadzonych przez spółki Media Metrix, Synovate i Nielsen/NetRatings. Na podstawie tej analizy stwierdza ona, że dane zawarte w tych badaniach „ujawniają niezmienną tendencję do stosowania [Windows Media Playera] i formatów Windows Media na niekorzyść multimedialnych i związanych z nimi technologii” (motyw 944 zaskarżonej decyzji).
1079. Sąd uważa, że wniosek, o którym mowa w punkcie poprzednim, jest prawidłowy.
1080. W pierwszej zatem kolejności w odniesieniu do używania odtwarzaczy multimedialnych z danych zebranych przez Media Metrix wynika, że aż do drugiego kwartału 1999 r., czyli momentu, w którym rozpoczęła się rozpatrywana sprzedaż wiążana, Windows Media Player plasował się daleko za liderem, czyli RealPlayerem, który posiadał niemal dwukrotnie więcej użytkowników (motywy 905 i 906 zaskarżonej decyzji). Natomiast pomiędzy drugim kwartałem 1999 r. a drugim kwartałem 2002 r. całkowita liczba użytkowników Windows Media Playera wzrosła o ponad 39 milionów, czyli o wielkość porównywalną z łącznym wzrostem liczby użytkowników RealPlayera i QuickTime Playera (zob. dane zamieszczone w tabelach 8 i 9 w motywie 907 zaskarżonej decyzji).
1081. Dane zebrane przez Synovate na rachunek Microsoft i wspomniane w motywach 918–920 zaskarżonej decyzji wskazują także wyraźnie na tendencję do stosowania Windows Media Playera na niekorzyść RealPlayera i QuickTime Playera.
1082. Należy podnieść między innymi, że z zebranych przez Synovate i zamieszczonych w motywie 920 zaskarżonej decyzji danych wynika, iż choć z pewnością pewna liczba użytkowników używa więcej niż jednego odtwarzacza multimedialnego, to jednak w sierpniu 2003 r. 45% zapytanych „użytkowników wykorzystujących kilka odtwarzaczy” oświadczyło, że odtwarzaczem multimedialnym, którego używają najczęściej, jest Windows Media Player, natomiast 19% oświadczyło, że jest

to RealPlayer, a 11% – QuickTime Player. Dla porównania, w październiku 1999 r. najczęściej używanym przez użytkowników wykorzystujących kilka odtwarzaczy odtwarzaczem multimedialnym był RealPlayer (50%), następnie Windows Media Player (22%) oraz QuickTime Player (15%).

1083. W tym kontekście należy dodać, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym w czerwcu 2002 r. konsumenci używali średnio 1,7 odtwarzacza multimedialnego – przy czym liczba ta w 2004 r. przekroczyła 2,1 – powinno być zrelatywizowane. Jak bowiem słusznie podnosi Komisja w motywie 860 zaskarżonej decyzji, pobieranie z Internetu – nawet jeśli nie stanowi tak skutecznego sposobu rozprowadzania na rynku jak preinstalacja przez producentów sprzętu – umożliwia użytkownikowi co najwyżej dodanie odtwarzacza multimedialnego do stacji roboczej, ale nie zastąpienie odtwarzacza Windows Media Player. Ten ostatni odtwarzacz jest nadal zainstalowany na stacji roboczej, a odtwarzaczem dodatkowym jest w pewnych przypadkach RealPlayer, a w innych QuickTime Player lub inny odtwarzacz multimedialny innego producenta.
1084. Wreszcie z danych zebranych przez Nielsen/NetRatings (zob. motywy 921 i 922 zaskarżonej decyzji) wynika, że w okresie pomiędzy październikiem 2002 r. a styczniem 2004 r. Windows Media Player wyraźnie zwiększył swoją przewagę zarówno nad RealPlayerem, jak i nad QuickTime Playerem.
1085. W drugiej kolejności w odniesieniu do używania formatów należy stwierdzić, że zebrane przez Nielsen/NetRatings i wspomniane w motywach 930–932 zaskarżonej decyzji dane ujawniają tendencję do stosowania formatów Windows Media na niekorzyść formatów RealNetworks i QuickTime spółki Apple.
1086. W trzeciej kolejności Sąd uważa, że Komisja w motywach 934–942 zaskarżonej decyzji słusznie stwierdziła, iż przekazane przez Microsoft w toku postępowania administracyjnego dane dotyczące formatów multimedialnych używanych na stronach internetowych, które zostały zebrane przez Netcraft, spółkę świadczącą usługi internetowe, nie były przekonujące. W szczególności Komisja wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, że braki metodologiczne badań przeprowadzonych przez Netcraft, wskazane w motywach 940–942 zaskarżonej decyzji, podważają twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym „w listopadzie 2002 r. formaty RealNetworks wciąż były dużo bardziej rozpowszechnione w [Internecie]” (motyw 937 zaskarżonej decyzji).
1087. Wreszcie w czwartej kolejności należy stwierdzić, że Komisja słusznie odrzuciła w motywie 943 zaskarżonej decyzji argument, który Microsoft opiera na fakcie, iż w 2002 r. RealPlayer był zainstalowany na 92% stacji roboczych do użytku domowego w Stanach Zjednoczonych i w związku z tym dysponował w odniesieniu do tych stacji roboczych zainstalowaną bazą porównywalną z bazą Windows Media Playera. Z jednej strony, jak zostało wyjaśnione w tym samym motywie, w 2003 r. RealPlayer był już bowiem zainstalowany tylko na 60–70% stacji roboczych do użytku domowego w Stanach Zjednoczonych. Z drugiej strony należy przypomnieć, że Windows Media Player jest zainstalowany na 100% stacji roboczych pracujących w Windows oraz na ponad 90% stacji roboczych zarówno do użytku domowego, jak i do użytku profesjonalnego w skali światowej.
1088. Z całości powyższych rozważań wynika, że wniosek końcowy, jaki Komisja formułuje w motywach 978–984 zaskarżonej decyzji w odniesieniu do skutków antykonkurencyjnych rozpatrywanej sprzedaży związanej, jest zasadny. Komisja słusznie bowiem czyni w nim następujące stwierdzenia:
- Microsoft wykorzystuje system operacyjny Windows dla stacji roboczych jako kanał dystrybucyjny w celu zapewnienia sobie znacznej przewagi konkurencyjnej na rynku odtwarzaczy multimedialnych (motyw 979 zaskarżonej decyzji);
 - z uwagi na rozpatrywaną sprzedaż związaną konkurenci Microsoft znajdują się a priori w mniej korzystnej sytuacji, nawet gdy ich produkty posiadają większe samoistne zalety niż te, jakie posiada Windows Media Player (ten sam motyw);
 - Microsoft zakłóca normalny proces konkurencji, który w przypadku niezakłóconej, innej niż cenowa konkurencji przynosiłby korzyści konsumentom, umożliwiając szybsze cykle innowacyjne (motyw 980 zaskarżonej decyzji);
 - rozpatrywana sprzedaż związana wzmacnia związane z treścią i aplikacjami bariery utrudniające wejście na rynek, które chronią Windows, i ułatwia pojawienie się podobnych barier utrudniających wejście na rynek, korzystnych dla Windows Media Playera (ten sam motyw);

- Microsoft chroni się przed skuteczną konkurencją, którą mogłyby dla niej stanowić potencjalnie bardziej wydajne odtwarzacze multimedialne, i obniża w ten sposób zainwestowany w innowacje w zakresie odtwarzaczy multimedialnych kapitał ludzki i materialny (motyw 981 zaskarżonej decyzji);
 - poprzez rozpatrywaną sprzedaż wiązaną Microsoft może zwiększyć swój udział w sąsiadujących rynkach odtwarzaczy multimedialnych i osłabić skuteczną konkurencję na tych rynkach, ze szkodą dla konsumentów (motyw 982 zaskarżonej decyzji);
 - poprzez rozpatrywaną sprzedaż wiązaną Microsoft wysyła sygnały, które zniechęcają do innowacji we wszystkie technologie, jakimi ta spółka mogłaby się kiedykolwiek interesować i które mogłaby w przyszłości związać z Windows (motyw 983 zaskarżonej decyzji).
1089. Komisja słusznie zatem stwierdziła w motywie 984 zaskarżonej decyzji, że istnieje znaczne ryzyko, iż sprzedaż wiązana Windows i Windows Media Playera doprowadzi do osłabienia konkurencji w takim stopniu, że utrzymanie struktury skutecznej konkurencji nie będzie już w najbliższej przyszłości zapewnione. Należy wyjaśnić, że Komisja nie oświadczyła, iż sprzedaż wiązana doprowadzi do wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych. Argument Microsoft, zgodnie z którym kilka lat po rozpoczęciu rozpatrywanego nadużycia kilka odtwarzaczy multimedialnych innych spółek jest nadal obecnych na rynku, nie podważa zatem tezy Komisji.
1090. Z całości powyższych rozważań wynika, że Microsoft nie przedstawiła żadnego argumentu, który mógłby podważyć zasadność stwierdzeń przedstawionych w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do przesłanki ograniczenia konkurencji. W związku z tym należy wyciągnąć wniosek, że Komisja wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, iż przesłanka ta została w niniejszym przypadku spełniona.
- e) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia
- Zaskarżona decyzja
1091. W motywach 955–970 zaskarżonej decyzji Komisja bada argumentację Microsoft, zgodnie z którą rozpatrywana sprzedaż wiązana zwiększa efektywność, co może kompensować zidentyfikowane antykonkurencyjne skutki.
1092. W pierwszej kolejności Komisja odrzuca argument Microsoft, zgodnie z którym ta sprzedaż wiązana zwiększa efektywność ze względów związanych z rozprowadzaniem na rynku (motywy 956–961 zaskarżonej decyzji).
1093. W tym względzie przede wszystkim Komisja uważa, że Microsoft nie może twierdzić, iż fakt zdefiniowania szeregu opcji domyślnych na komputerze „gotowym do użycia” przynosi konsumentom korzyści w kategoriach oszczędności czasu i zmniejszenia ryzyka pomyłki. Według Komisji, Microsoft myli w ten sposób „korzyść, jaką przynosi konsumentom zakup odtwarzacza multimedialnego preinstalowanego w systemie operacyjnym dla stacji roboczych, z interesem polegającym na tym, iż to Microsoft wybiera odtwarzacz multimedialny zamiast nich” (motyw 956 zaskarżonej decyzji).
1094. Następnie Komisja podkreśla rolę producentów sprzętu, a zwłaszcza okoliczność, że dostosowują oni stacje robocze do klientów zarówno pod kątem sprzętu, jak i oprogramowania w celu zróżnicowania produktów konkurencyjnych i zaspokojenia popytu konsumentów. Komisja wyjaśnia, że „[r]ynek reaguje w ten sposób na zwiększenie efektywności związanej z zakupem pełnego zestawu [obejmującego] sprzęt, system operacyjny i oprogramowania aplikacji, takie jak odtwarzacze multimedialne, a poza tym może swobodnie oferować zróżnicowane produkty, jakich życzą sobie konsumenci” (motyw 957 zaskarżonej decyzji). Ci ostatni mogą wybrać spośród połączeń systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz odtwarzaczy multimedialnych taki zestaw, którym im najbardziej odpowiada.
1095. Ponadto Komisja uważa, że Microsoft nie może też powoływać się na okoliczność, iż oszczędności uzyskane dzięki sprzedaży związanej dwóch produktów umożliwiają ochronę zasobów finansowych, które w przeciwnym wypadku zostałyby wykorzystane na utrzymanie systemu rozprowadzania drugiego produktu na rynku, i że wspomniane oszczędności są przenoszone na konsumentów, „którzy nie muszą ponosić kosztów drugiej transakcji zakupu, w tym wyboru i instalacji tego

produktu” (motyw 958 zaskarżonej decyzji). Przeciwstawia ona w szczególności niskie koszty rozprowadzania na rynku związane z przyznaniem licencji dotyczących oprogramowania znaczeniu wyboru konsumentów oraz innowacji w odniesieniu do oprogramowania takiego jak odtwarzacze multimedialne.

1096. Wreszcie Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym zakazując rozpatrywanej sprzedaży związanej, stawia ona tę spółkę w niekorzystnej sytuacji w stosunku do większości konkurentów, którzy dostarczają swoje systemy operacyjne wraz z funkcjami multimedialnymi. W tym względzie Komisja podnosi, że zaskarżona decyzja nie uniemożliwia Microsoft zawierania porozumień z producentami sprzętu w celu przeinstalowania, w celu zaspokojenia popytu konsumentów, systemu operacyjnego Windows i odtwarzacza multimedialnego – ewentualnie Windows Media Playera – na stacjach roboczych. Podkreśla ona, że „nadużyciem jest fakt, iż Microsoft narzuca niezmiennie swój własny odtwarzacz multimedialny za pośrednictwem sprzedaży związanej” (motyw 959 zaskarżonej decyzji). Komisja dodaje, że Microsoft nie uwzględniła faktu, że sprzedaż związana pociąga za sobą na rynku różne skutki, w zależności od tego, czy jest stosowana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, czy przez przedsiębiorstwo niezajmujące takiej pozycji. Ponadto przypomina ona, że przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może być pozbawione prawa do zachowań, które nie podlegałyby karze, gdyby w taki sposób zachowywały się przedsiębiorstwa nieznajdujące się w takiej pozycji.
1097. W drugiej kolejności Komisja odrzuca argument Microsoft, zgodnie z którym rozpatrywana sprzedaż związana prowadzi do zwiększenia efektywności związanego z okolicznością, że Windows Media Player stanowi platformę dla treści i aplikacji (motywy 962–969 zaskarżonej decyzji).
1098. W tym względzie Komisja co do zasady podnosi, że Microsoft nie dostarczyła żadnego dowodu wykazującego, iż integracja Windows Media Playera z Windows zwiększa osiągnięcia produktu pod względem technicznym, ani w sposób bardziej ogólny, iż rozpatrywana sprzedaż związana jest niezbędna do osiągnięcia korzystnych dla konkurencji skutków, na jakie ta ostatnia spółka się powołuje. Komisja podnosi w szczególności, że Microsoft nie twierdzi ani nie wykazuje, iż twórcy oprogramowania nie byłoby w stanie opracowywać aplikacji, gdyby Windows Media Player był rozprowadzany na rynku niezależnie od systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych (motyw 965 zaskarżonej decyzji).
1099. Komisja wyjaśnia także, że fakt, iż odtwarzacze multimedialne różnych producentów mogą funkcjonować z Windows, przyczynił się w znacznym stopniu do rozpowszechnienia technologii multimedialnej umożliwiającej obsługę danych strumieniowych oraz do wynikającej z tego faktu rozwoju różnorodności aplikacji multimedialnych (motyw 966 zaskarżonej decyzji).
1100. W trzeciej kolejności Komisja w motywie 970 zaskarżonej decyzji stwierdza, że Microsoft nie wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, iż rozpatrywana sprzedaż związana jest obiektywnie uzasadniona korzystnymi dla konkurencji skutkami, które przeważałyby nad spowodowanym przez tę praktykę zakłóceniem konkurencji. Komisja podkreśla, że inne korzyści, jakie Microsoft przedstawia jako efekt sprzedaży związanej, mogły równie dobrze zostać osiągnięte bez niej. Dodaje ona, że inne przywoływane przez Microsoft korzyści stanowią zasadniczo osiągnięte przez nią zwiększenie rentowności i nie są w żadnej mierze porównywalne z antykonkurencyjnymi skutkami, jakie pociąga za sobą rozpatrywana sprzedaż związana.
1101. W motywach 1026–1042 zaskarżonej decyzji Komisja bada argumenty, jakie Microsoft opiera na rzekomej współzależności pomiędzy Windows a Windows Media Playerem, a także rzekomej współzależności pomiędzy Windows a aplikacjami produkowanymi przez inne spółki.

Argumenty uczestników

1102. Microsoft we wprowadzeniu do argumentacji, którą przedstawia w ramach problematyki sprzedaży związanej Windows z Windows Media Playerem, formułuje szereg uwag natury faktycznej.
1103. Po pierwsze, spółka ta uważa, że integracja nowych funkcji, w sposób ogólny, do kolejnych wersji jej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych przynosi korzyści twórcom oprogramowania, producentom sprzętu oraz konsumentom.
1104. W odniesieniu do twórców oprogramowania Microsoft wyjaśnia przede wszystkim, że system operacyjny Windows dla stacji roboczych dostarcza trwałą i dobrze zdefiniowaną platformę dla tworzenia oprogramowania. Włączenie do tego systemu operacyjnego nowych funkcji umożliwia

- łatwiejsze i szybsze opracowanie oprogramowania, które funkcjonuje z tym systemem. Możliwość używania przez twórców oprogramowania funkcji oferowanych przez Windows umożliwia im ograniczenie liczby funkcji, jakie należy zaprojektować, opracować i przetestować w ich własnych produktach, a także całkowitego rozmiaru tych produktów. Wreszcie Microsoft podnosi, że im mniej kodów oprogramowania zawiera aplikacja, tym niższe jest ryzyko, że będzie ona źle funkcjonowała i że będzie wymagała pomocy technicznej.
1105. W odniesieniu do producentów sprzętu Microsoft wyjaśnia, że „liczą oni na dodanie funkcji do Windows, aby stworzyć stacje robocze, które odpowiadają konsumentom i umożliwiają tworzenie nowych interesujących funkcji”.
1106. W odniesieniu do konsumentów, oczekują oni, aby Windows był stale ulepszany. Poza tym nowi użytkownicy stacji roboczych, w szczególności ci, których wiedza techniczna jest ograniczona, życzą sobie, aby stacje robocze były proste w konfigurowaniu i użyciu.
1107. Po drugie, Microsoft opisuje korzyści, jakie wynikają z integracji w szczególności funkcji multimedialnej z Windows. W tym względzie spółka ta podnosi iż aplikacje podmiotów trzecich mogą odwoływać się do tej funkcji, co ułatwia włączenie przez twórców oprogramowania dźwięku i obrazu do swych produktów. Obecność ujednoliconej funkcji multimedialnej w Windows, oferowana producentom oprogramowania poprzez publikowane API, sprzyja tworzeniu licznych aplikacji, które opierają się na takich treściach. Następnie Microsoft utrzymuje, że funkcja multimedialna Windows oferuje szereg funkcji, takich jak odtwarzanie płyt CD audio oraz płyt DVD wideo oraz pobieranie muzyki z Internetu, które są popularne wśród konsumentów i przyczyniają się do zwiększenia sprzedaży stacji roboczych. Wreszcie Microsoft podnosi, że obecność funkcji multimedialnej w Windows czyni stacje robocze bardziej atrakcyjnymi i łatwiejszymi w obsłudze dla konsumentów.
1108. Microsoft wyjaśnia, iż podstawowe uzasadnienie jej zachowania opiera się na fakcie, że włączenie do systemów operacyjnych, w odpowiedzi na postęp technologiczny i wzrost popytu konsumentów, nowych funkcji jest kluczowym elementem konkurencji w sektorze tych systemów i od ponad 20 lat przynosi on korzyści dla branży. Spółka ta twierdzi, że zintegrowanie z Windows takiej możliwości strumieniowego rozpowszechniania danych stanowi jeden z aspektów jej „dobrze prosperującego modelu handlowego” i przyczyniło się do zwiększenia wykorzystania multimediiów cyfrowych. Microsoft, popierana w tej kwestii przez DMDsecure i in. oraz Exor, uważa, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, nie uwzględniając w sposób wystarczający rzeczywistych korzyści, jakie wynikają z integracji nowych funkcji z systemem operacyjnym Windows.
1109. Na poparcie argumentacji podniesionej w punkcie poprzednim Microsoft przedstawia trojaki rodzaj rozważania.
1110. W pierwszej kolejności Microsoft, popierana przez DMDsecure i in., TeamSystem, Mamut i Exor, podnosi, że integracja funkcji multimedialnej z Windows jest niezbędna, aby umożliwić twórcom oprogramowania i stron internetowych skuteczne korzystanie z „trwałej i dobrze zdefiniowanej” platformy Windows. Korzystając z tej funkcji, mogą oni z łatwością włączać dźwięk i obraz do swych produktów i nie mają w związku z tym potrzeby projektowania i opracowywania złożonego kodu oprogramowania koniecznego do odczytu takiej treści, co pozwala im na skoncentrowaniu się na ulepszeniu właściwości ich produktów.
1111. Microsoft odrzuca znajdujące się w motywie 1031 zaskarżonej decyzji twierdzenie Komisji, zgodnie z którym nieistotne jest, czy połączona z Windows funkcja multimedialna dostarczana jest przez Microsoft, czy też przez inne podmioty, ponieważ możliwa jest redystrybucja kodu oprogramowania, który dostarcza tych funkcji, lub oparcie się na funkcjach dostarczanych przez inne odtwarzacze multimedialne. Microsoft uważa, że twórcy oprogramowania, jeśli nie dysponują jednolitą platformą dostarczającą niezawodnego zestawu usług systemowych, są zmuszeni do określenia w każdym szczególnym przypadku, jakie funkcje są obecne w wersji Windows zainstalowanej na stacji roboczej danego klienta, a następnie, w stosownym przypadku, do dostarczenia brakujących funkcji. Czyni to aplikacje „cięższymi” i bardziej skomplikowanymi, a konsekwencji – kosztowniejszymi w opracowaniu, testowaniu i uaktualnianiu.
1112. Microsoft, popierana w tej kwestii przez Exor, podnosi, że stopniowe dodawanie komponentów do Windows wiąże się z ryzykiem powstania konfliktów pomiędzy poszczególnymi wersjami tych komponentów, co powoduje zakłócenie funkcjonowania Windows lub zainstalowanej aplikacji.

1113. Microsoft podnosi także, że w przypadku aplikacji, które już „znajdują szerokie zastosowanie”, nie jest dostępny żaden mechanizm zapewniający dystrybucję, w celu uzyskania funkcji multimedialnej, komponentów Windows, na których się te aplikacje opierają. Aplikacje te nie funkcjonują już prawidłowo z wersją Windows pozbawioną Windows Media Playera. Microsoft dodaje, że funkcja multimedialna Windows nie jest „zamienna”, a zatem aplikacja zaprojektowana, aby korzystać z tej funkcji, nie może, bez istotnych modyfikacji, korzystać z podobnych funkcji dostarczanych przez konkurencyjny odtwarzacz multimedialny.
1114. Ponadto Microsoft podważa twierdzenie Komisji, zgodnie z którym konkurencyjne odtwarzacze multimedialne mogą zastępować Windows Media Playera w przypadku istotnej części jego funkcji. Podnosi ona w szczególności, iż Komisja nie wykazała, że jakkolwiek podmiot trzeci podejmie decyzję o zaoferowaniu „funkcji mogących zastąpić wszelkie zintegrowane z Windows funkcje multimedialne”.
1115. Według Microsoft, brak funkcji multimedialnej w pewnych kopiach Windows będzie także szkodliwy dla twórców stron internetowych, którzy opierają się na niej przy rozpowszechnianiu dźwięku i obrazu. Spółka ta uważa, że jeśli nie będą oni mogli już liczyć na obecność ujednoczonej funkcji multimedialnej w Windows, będą musieli zintegrować ze swymi programami mechanizmy do wykrywania wymaganych funkcji multimedialnych, a jeśli ich nie będzie – w celu pobrania kodu oprogramowania koniecznego dla stacji roboczej użytkownika.
1116. Wreszcie w replice Microsoft podważa twierdzenie Komisji, zgodnie z którym korzyść wynikająca z integracji jednolitej funkcji multimedialnej z Windows nie może stanowić uzasadnienia zgodnego w przepisami prawa wspólnotowego. Z jednej strony Komisja przy stosowaniu art. 82 WE nie może nie uwzględnić korzyści wynikających z uznanego za nadużycie zachowania. Z drugiej strony nieprawidłowe jest twierdzenie, że standaryzacja, jaka ma miejsce w niniejszym przypadku, nie jest wynikiem procesu konkurencyjnego.
1117. W drugiej kolejności Microsoft uważa, że integracja z Windows funkcji multimedialnej jest niezbędna do korzystania z „innych korzyści”.
1118. Wyjaśnia ona w tym względzie, że Windows jest złożony z dużej liczby bloków wyspecjalizowanych kodów oprogramowania, które spełniają specyficzne funkcje. Aby uniknąć odtwarzania tych samych funkcji w każdym z tych bloków, poszczególne bloki kodów oprogramowania – „komponenty” – wywołują się wzajemnie, aby wykonywać szczególne zadania. Jeden komponent może zatem być wykorzystywany w celu wykonywania kilku funkcji. Na przykład komponent, który odtwarza dźwięk, może być wykorzystywany zarówno w przypadku „systemu pomocy” Windows, jak i w przypadku funkcji odczytywania na głos tekstu, która czyni Windows bardziej dostępnym dla osób mających problemy ze wzrokiem. Ta metoda projektowania oprogramowania, zwana „komponentyzacją”, opiera się na współzależności komponentów, efektem czego gdyby jeden z nich został usunięty, prowadziłyby to do zakłócenia w funkcjonowaniu wielu innych komponentów. Wiele elementów Windows XP, w tym system pomocy, nie funkcjonowałoby zatem w przypadku, gdyby funkcja multimedialna została usunięta z systemu operacyjnego. Poza tym ze względu na współzależność komponentów Microsoft nie może rozwijać innych, mających na celu korzystanie z funkcji multimedialnej, części Windows, jeśli nie jest pewna obecności tej funkcji na wszystkich stacjach roboczych pracujących w Windows. Producenci komputerów nie powinni zatem mieć możliwości swobodnego usuwania komponentów Windows, a w szczególności tych, które dostarczają funkcji multimedialnej.
1119. W replice Microsoft zaprzecza, że nigdy nie podniosła, iż integracja odtwarzacza Windows Media Player z Windows powoduje zwiększenie efektywności technicznej. Uważa ona, że szczegółowo wyjaśniła powody, dla których „wydajne pod względem technicznym jest włączenie do Windows funkcji multimedialnych, z jakich mogą korzystać zarówno inne części systemu operacyjnego, jak i aplikacje funkcjonujące na najwyższym poziomie systemu operacyjnego”. Microsoft dodaje, że okoliczność, iż wielu twórców oprogramowania wybiera dobrowolnie korzystanie z funkcji multimedialnej Windows, jest sama w sobie dowodem, że „ujednoczona integracja” takiej funkcji powoduje zwiększenie efektywności technicznej. Wreszcie spółka ta stwierdza, że w toku postępowania administracyjnego wykazała, iż Windows funkcjonuje „szybciej” w przypadku, gdy taka funkcja jest z nim zintegrowana.
1120. W trzeciej kolejności Microsoft stwierdza, że wykonanie środka zaradczego przewidzianego w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji będzie miało pewne szkodliwe konsekwencje.

1121. W tym względzie Microsoft z jednej strony podnosi, że usunięcie pewnych komponentów z zespołu składającego się z Windows i Windows Media Playera prowadzi do obniżenia wartości systemu operacyjnego, w szczególności w przypadku komponentów wykorzystywanych do dostarczania usług podstawowych, takich jak zdolność do odczytu dźwięku i obrazów.
1122. Z drugiej strony Microsoft wyjaśnia, że gdyby zaskarżona decyzja musiała stanowić precedens, który uniemożliwiałby tej spółce dokonywanie w przyszłości integracji z jej systemem Windows innych komponentów, szybko niemożliwe stałoby się projektowanie, opracowywanie i testowanie tego systemu. W przypadku każdego bloku kodów programowych, który musiałby być usuwany, musiałaby ona stawić czoła gwałtownemu wzrostowi obciążenia pracą. Na przykład gdyby zatem Komisja podjęła decyzję o zastosowaniu do drugiego bloku kodów programowych tych samych zasad, co określone w zaskarżonej decyzji, Microsoft musiałaby oferować cztery różne wersje Windows. Według Microsoft taka „fragmentacja” skutkowałaby tym, że nie można byłoby wiedzieć, czy dana kopia systemów operacyjnych zawiera funkcje, z jakich chcieliby korzystać twórcy oprogramowania, producenci sprzętu peryferyjnego oraz użytkownicy. Prowadziłoby to do sytuacji, w której dla każdego producenta komputerów istniałaby jedna, a wręcz kilka wersji Windows, przy czym każda oferowałaby inny zestaw funkcji. W długim okresie możliwość usunięcia funkcji Windows ograniczałaby wybór konsumentów, ponieważ byłiby oni związani z stacjami roboczymi określonych producentów wykorzystującymi określone wersje Windows, nie mając pewności, że aplikacje takie jak programy graficzne będą pracować z innymi wersjami Windows. Stałoby się również dużo trudniejsze mieszanie i umożliwienie wspólnego funkcjonowania stacji roboczych różnych producentów w ramach tej samej sieci informatycznej. Według Microsoft, jednym sposobem na uniknięcie takiej „fragmentacji” jest „zamrożenie” Windows w jego aktualnej wersji.
1123. Komisja odrzuca w pierwszej kolejności sformułowane przez Microsoft uwagi o charakterze faktycznym. Podnosi ona między innymi, że ogólne twierdzenia Microsoft dotyczące korzyści, jakie przynosi integracja z systemem operacyjnym dla stacji roboczych nowych, niezwiązanych z Windows Media Playerem funkcji, są pozbawione wszelkiego znaczenia.
1124. Następnie Komisja, popierana przez SIIA, podnosi, że Microsoft nie wykazała, iż zarzucane postępowanie jest obiektywne uzasadnione.
1125. W tym względzie w pierwszej kolejności Komisja przypomina, że w motywach 955–970 zaskarżonej decyzji odrzuciła ona argumentację Microsoft, zgodnie z którą rozpatrywana sprzedaż wiązana powoduje zwiększenie efektywności mogące zrekompensować stwierdzone przez Komisję skutki antykonkurencyjne. W odniesieniu w szczególności do rzekomego zwiększenia użyteczności związanego z dystrybucją Komisja podnosi, że argumenty Microsoft opierają się na braku rozróżnienia pomiędzy „korzyścią, jaką dla konsumentów stanowi preinstalacja odtwarzacza multimedialnego w systemie operacyjnym dla stacji roboczej, a okolicznością, że to Microsoft zamiast nich wybiera odtwarzacz”. Komisja, odsyłając od motywu 962 zaskarżonej decyzji, dodaje, że Microsoft nie powołała się na żaden wzrost efektywności technicznej, którego warunkiem niezbędnym byłaby „integracja” Windows Media Playera z Windows. Komisja uważa, że twierdzenie Microsoft przedstawione po raz pierwszy w replice, zgodnie z którym Windows działa szybciej w przypadku, gdy są z nim zintegrowane funkcje multimedialne, nie jest poparte żadnym dowodem. Wreszcie Komisja stwierdza, że poprzez rozpatrywaną sprzedaż wiążaną Microsoft chroni się przed skuteczną konkurencją, jaką mogliby dla niej stanowić producenci odtwarzaczy multimedialnych potencjalnie bardziej użytecznych i zdolnych do zajęcia jej miejsca. W ten sposób Microsoft ogranicza kapitał ludzki i materialny inwestowany w innowacje w zakresie odtwarzaczy multimedialnych oraz swe własne zamiary innowacyjne w tej dziedzinie.
1126. W drugiej kolejności Komisja bada trojakiemu rodzajowi przedstawione przez Microsoft rozważania.
1127. Po pierwsze Komisja podnosi, że odtwarzacze multimedialne posiadają jednocześnie cechy aplikacji i platformy oprogramowania. Innymi słowy, według Komisji, pomimo że opierają się one na systemie operacyjnym dla stacji roboczych, mogą same z kolei służyć jako podstawa dla innych aplikacji. Komisja podnosi, że odtwarzacze multimedialne oferują swe usługi platformy niezależnie od tego, czy są one związane z systemem operacyjnym dla stacji roboczych.
1128. Komisja uważa, że korzyść, jaką sprzedaż wiązana przynosi twórcom oprogramowania i dostawcom treści, polega na umożliwieniu im uniknięcia „wysiłków nierozzerwalnie związanych z konkuren-

- cją”, co nie może stanowić uzasadnienia zgodnego z przepisami prawa wspólnotowego. Twórcy oprogramowania i dostawcy treści, którzy opierają swe produkty na platformie Windows Media Player, nie mają bowiem, z uwagi na sprzedaż wiążaną tego odtwarzacza z „monopolistycznie wszechobecnym” systemem operacyjnym Windows, potrzeby przekonywania użytkowników do zainstalowania tego odtwarzacza. Natomiast ci, którzy opierają swe produkty na platformie odtwarzaczy multimedialnych innych producentów, przewidują zwykle środki mające na celu zachęcenie użytkowników do zainstalowania na ich komputerze koniecznego odtwarzacza multimedialnego, na przykład dołączając linki, za pomocą których można go pobrać z Internetu.
1129. Komisja dodaje, że rozpatrywana sprzedaż wiążana prowadzi do zwiększenia kosztów, które muszą ponieść producenci konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych i opierający się na nich twórcy oprogramowania, aby przekonać użytkowników do zainstalowania wspomnianych odtwarzaczy multimedialnych, ponieważ „konkurenci, aby doprowadzić do instalacji odtwarzacza multimedialnego innego niż Windows Media Player, ale o zasadniczo porównywalnych właściwościach, muszą pokonać czynniki zniechęcające, jakie wywołuje automatyczna obecność tego ostatniego odtwarzacza (przykładami tych czynników zniechęcających są koszty szkolenia, pomocy i przechowywania).
 1130. Komisja uważa także, że argumentacja Microsoft dotycząca ujednocionej platformy sprowadza się do twierdzenia, iż spółce tej powinno się zezwolić na poszerzenie monopolu Windows o związane z nim dalszych rodzajów oprogramowania z tego prostego powodu, że oprogramowanie to oferuje także możliwości platformy innym twórcom oprogramowania. Zdaniem Komisji Microsoft zasadniczo podnosi, że integracja Windows Media Playera z Windows prowadzi do faktycznej standaryzacji i że przynosi to korzyść podmiotom trzecim, ponieważ wiedzą one, iż odtwarzacz ten będzie zawsze obecny w tym systemie. Tymczasem standaryzacja nie może zostać narzucona jednostronnie przez przedsiębiorstwo dominujące na pośrednictwem sprzedaży wiążanej (motyw 969 zaskarżonej decyzji).
 1131. Komisja twierdzi ponadto, że nawet jeśli kod źródłowy nie jest w pełni zamienny (zob. pkt 1113 powyżej), to jednak konkurencyjne odtwarzacze multimedialne mogą zastąpić Windows Media Playera w zakresie znacznej części jego funkcji. W odniesieniu do innych funkcji producenci odtwarzaczy multimedialnych mogą podjąć decyzję, aby ich obecnie nie implementować, ponieważ wiedzą, że są dostępne w Windows Media Playerze. Nie wyklucza to jednak możliwości opracowania przez nich tych funkcji multimedialnych natychmiast po wdrożeniu środka zaradczego, aby skorzystać z wersji niezwiązanej Windows i zaspokoić popyt twórców oprogramowania.
 1132. W duplice Komisja wyjaśnia, iż nigdy nie twierdziła, że odtwarzacze multimedialne innych producentów stanowią „doskonałe substytuty” funkcji multimedialnej Windows. W zaskarżonej decyzji wyjaśniła ona tylko, że odtwarzacze multimedialne innych producentów, dodane do wersji niezwiązanej Windows, mogą w znacznej części „zastąpić właściwości” Windows Media Playera. Komisja podnosi, że odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych konkurują ze sobą pewną liczbą parametrów, takich jak jakość przesyłania, sposób organizacji treści oraz format, w jakim dostarczany jest plik.
 1133. Wreszcie Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym niektóre aplikacje nie funkcjonują prawidłowo w przypadku, gdy są używane z wersją Windows, która została nakazana w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji. Ponadto odsyłając do przykładu wspomnianego w motywie 1038 zaskarżonej decyzji, Komisja wyjaśnia, że profesjonalne strony internetowe zwykle zawierają mechanizmy automatycznego wykrywania braku komponentów wymaganych do zarządzania stroną internetową i umożliwiają ich pobranie. W duplice Komisja dodaje, że twórcy opierający swe produkty na Windows Media Playerze dysponują w każdym razie kilkoma metodami reakcji na sytuację, w której odtwarzacz ten nie jest jeszcze zainstalowany na stacji roboczej użytkownika.
 1134. Po drugie, Komisja odrzuca argumenty, jakie Microsoft opiera na komponentyzacji.
 1135. Podnosi ona przede wszystkim, że argumenty te są całkiem abstrakcyjne, gdyż Microsoft odwołuje się między innymi w sposób ogólny do pojęcia funkcji multimedialnej. Komisja powtarza, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji pozostaje bez wpływu na podstawową funkcję multimedialną Windows.
 1136. Następnie Komisja twierdzi, że składające się na Windows Media Playera pliki, które powinny być usunięte na podstawie zaskarżonej decyzji, zostały wyraźnie wskazane przez Microsoft. Odwo-

- luje się ona w tym względzie do pisma z dnia 13 września 2004 r., które zostało do niej wysłane przez D. Heinera, pracownika Microsoft, i uważa, że ta ostatnia spółka nie może twierdzić, iż zaprojektowanie niezwiązanej wersji Windows jest „technicznie niewykonalne”.
1137. Ponadto Komisja przypomina, że zaskarżona decyzja zobowiązuje Microsoft do stworzenia i oferowania wersji Windows, która nie jest związana z Windows Media Playerem, przy jednoczesnym zapewnieniu tego, aby wersja ta w pełni funkcjonowała i była dobrej jakości. Komisja podkreśla, że decyzja ta nie uniemożliwia Microsoft dalszego oferowania wersji Windows związanej z Windows Media Playerem „zgodnie z jej aktualną metodą tworzenia oprogramowania”.
1138. Wreszcie Komisja podnosi, że Microsoft podaje tylko jeden przykład „współzależności komponentów”, czyli system pomocy Windows XP. Twierdzi ona, że ten system pomocy, w zakresie w jakim opiera się na dźwięku i obrazie, ma za podstawę infrastrukturę multimedialną, która nadal będzie obecna w wersji Windows niewiązanej z Windows Media Playerem. System ten funkcjonuje zatem prawidłowo niezależnie od obecności tego odtwarzacza multimedialnego, jak tego dowodzi raport z przeprowadzenia prób przedstawiony w toku postępowania w przedmiocie środka tymczasowego przez RealNetworks. W odniesieniu do twierdzenia Microsoft, zgodnie z którym wiele innych elementów Windows XP nie będzie funkcjonować, gdy funkcja multimedialna zostanie wycofana z zestawu, na jaki składają się Windows i Windows Media Player, Komisja podnosi, że nie jest ono niczym poparte.
1139. Komisja dodaje, że w motywach 1026–1042 zaskarżonej decyzji szczegółowo zbadała kwestię rzekomej współzależności pomiędzy Windows a Windows Media Playerem. Przypomina ona, że stwierdziła, iż oczywiście jest, że gdyby ten odtwarzacz multimedialny został usunięty z Windows, niektóre funkcje, jakie zwykle on oferuje, nie będą dostępne (motyw 1033 zaskarżonej decyzji). Nie oznacza to jednak, że system operacyjny nie będzie działał prawidłowo lub że produkt będzie niższej jakości. Komisja dodaje, że przykład Windows XP Embedded dowodzi, że jest możliwe pod względem technicznym, aby Windows funkcjonował, wskutek usunięcia kodu, bez możliwości multimedialnych w taki sposób, który nie prowadzi do zablokowania funkcji systemu operacyjnego (motywy 1028–1030 zaskarżonej decyzji).
1140. Po trzecie, Komisja twierdzi, że argumenty, jakie Microsoft podnosi w zakresie przyszłych negatywnych skutków przewidzianego w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji środka zaradczego, mają hipotetyczny charakter, są oparte na przypuszczeniach oraz pozbawione wszelkiego znaczenia dla sprawy.
1141. Komisja przypomina najpierw, że w zastosowaniu zaskarżonej decyzji Microsoft zachowuje prawo do dalszego oferowania wersji związanej Windows.
1142. Następnie Komisja, popierana w tym względzie przez SIIA, podnosi, że Microsoft sprzedaje już kilka różnych wersji swego systemu operacyjnego dla stacji roboczych, takich jak Windows 98, Windows 2000, Windows Millennium Edition, Windows NT i Windows XP, przy czym nie wszystkie z nich są zamienne. Te różne wersje Windows nie oferują obsługi takich samych aplikacji.
1143. Komisja odrzuca wreszcie twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym powinna ona „zamrozić” Windows w wersji aktualnej. Utrzymuje ona, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji chroni w pełni zamierzenia innowacyjne Microsoft zarówno na rynku odtwarzaczy multimedialnych, jak i na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, i że ten środek zaradczy umożliwi konsumentom dokonywanie wyboru w oparciu o niecenowe zalety produktów. Komisja, popierana w tej kwestii przez Audiobanner.com, uważa, że w rzeczywistości to rozpatrywana sprzedaż wiązana zniechęca do wprowadzania innowacji, w szczególności na rynku odtwarzaczy multimedialnych (motyw 981 zaskarżonej decyzji). Poza tym praktyka ta zniechęca do inwestycji we wszelkie technologie, jakimi Microsoft mogłaby się kiedyś zainteresować (motyw 983 zaskarżonej decyzji).

Ocena Sądu

1144. Należy wstępnie przypomnieć, że choć ciężar dowodu w odniesieniu do istnienia okoliczności stanowiących naruszenie art. 82 WE spoczywa na Komisji, to jednak na danym przedsiębiorstwie dominującym, a nie na Komisji, spoczywa, w razie takiej konieczności, przedstawienie ewentualnego obiektywnego uzasadnienia i przedstawienie w tym względzie argumentów i dowodów, a wszystko to przed zakończeniem postępowania administracyjnego. Następnie do Komisji należy,

jeśli zamierza ona stwierdzić istnienie nadużycia pozycji dominującej, wykazanie, że argumenty i dowody przedstawione przez wspomniane przedsiębiorstwo, a w związku z tym – przedstawione uzasadnienie, nie mogą zostać przyjęte.

1145. W swych pismach procesowych Microsoft, aby usprawiedliwić swe zachowanie, przedstawia co do zasady dwie grupy argumentów, które pokrywają się w znacznej części z tymi, jakie spółka ta podniosła w tym samym celu w toku postępowania administracyjnego i które zostały zbadane i słusznie oddalone przez Komisję w motywach 955–970 oraz 1026–1042 zaskarżonej decyzji, jak wynika z następujących punktów.
1146. Z jednej strony Microsoft zarzuca Komisji, że nie uwzględniła korzyści, jakie wynikają z jej modelu handlowego, który wiąże się z ciągłą integracją nowych funkcji z Windows. W tym kontekście podnosi ona w szczególności, że integracja funkcji multimedialnej z Windows jest niezbędna, aby twórcy oprogramowania i stron internetowych mogli nadal korzystać z istotnych zalet oferowanych przez „trwałą i dobrze zdefiniowaną” platformę Windows.
1147. Z drugiej strony Microsoft podnosi, że gdyby funkcja multimedialna została usunięta z zestawu, na jaki składają się Windows i Windows Media Player, spowodowałoby to szereg problemów ze szkodą dla konsumentów, twórców oprogramowania oraz stron internetowych. Powołuje się ona między innymi na fakt, że jej system operacyjny Windows opiera się na metodzie zwanej „komponentyzacją” (zob. pkt 1118 powyżej) i że takie usunięcie powodowałoby obniżenie jakości i „fragmentację” tego systemu.
1148. W odniesieniu do pierwszej grupy argumentów przywoływanych przez Microsoft należy przede wszystkim przypomnieć dokładne znaczenie art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji, a także przewidziane w art. 6 lit. a) teże decyzji środka zaradczego.
1149. W zaskarżonej decyzji Komisja nie zarzuca Microsoft tego, że integruje ona Windows Media Playera z Windowsem, ale to, że oferuje na rynku wyłącznie taką wersję Windows, z którą zintegrowany jest Windows Media Player, czyli że nie umożliwia ona producentom sprzętu i konsumentom nabycia Windows bez Windows Media Playera lub, co najmniej, usunięcia tego odtwarzacza z zestawu, na jaki składają się Windows i Windows Media Player. W art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji Komisja, choć zobowiązuje Microsoft do sprzedawania „w pełni funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającej Windows Media Playera”, wyjaśnia jednak wyraźnie, że „Microsoft [...] zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych w połączeniu z Windows Media Playerem” (zob. podobnie motywy 1011 i 1023 zaskarżonej decyzji).
1150. Komisja nie podważa zatem ani modelu handlowego Microsoft w zakresie, w jakim obejmuje on integrację odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych z jej systemem operacyjnym dla stacji roboczych, ani też umożliwiania twórcom oprogramowania oraz stron internetowych korzystania z korzyści oferowanych przez „trwałą i dobrze zdefiniowaną” platformę Windows. Komisja wyraża sprzeciw wobec tego, że Microsoft nie sprzedaje odpowiadającej jej modelowi handlowemu wersji Windows tego systemu, a jednocześnie – wersji pozbawionej Windows Media Playera, umożliwiając w ten sposób producentom sprzętu i użytkownikom końcowym zainstalowanie na stacji roboczej, w stosownym przypadku, jako pierwszego odtwarzacza multimedialnego umożliwiającego obsługę danych strumieniowych produktu swobodnie przez nich wybranego.
1151. Następnie Sąd stwierdza, iż Microsoft nie może opierać argumentu na okoliczności, że rozpatrywana sprzedaż wiązana gwarantuje obecność w Windows ujednoliconych funkcji multimedialnych, co pozwala twórcom oprogramowania oraz stron internetowych na zaniechanie zawierania w ich produktach mechanizmów umożliwiających sprawdzenie, jaki odtwarzacz multimedialny jest zainstalowany na danej stacji roboczej, oraz zainstalowanie, w stosownym przypadku, wymaganej funkcji (zob. pkt 1107, 1111 i 1115 powyżej). Okoliczność, że dzięki sprzedaży związanej twórcy oprogramowania oraz stron internetowych mają pewność, że Windows Media Player jest zainstalowany na niemalże wszystkich stacjach roboczych na świecie, jest właśnie jednym z głównych powodów, dla których Komisja słusznie stwierdziła, iż wspomniana sprzedaż wiązana prowadzi do wykluczenia z rynku konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych. Choć ujednolicona obecność, na którą powołuje się Microsoft, przynosi ewentualne korzyści dla tych podmiotów, okoliczność ta nie może jednak wystarczyć, aby zrekomensować skutki antykonkurencyjne, jakie pociąga za sobą rozpatrywana sprzedaż wiązana.

1152. Jak słusznie podnosi Komisja (zob. pkt 1130 powyżej), taki argument Microsoft sprowadza się faktycznie do twierdzenia, że integracja Windows Media Playera z Windows i sprzedawanie Windows tylko w takiej formie prowadzi do faktycznej standaryzacji platformy Windows Media Player, co pociąga za sobą korzystne skutki rynkowe. Choć, ogólnie rzecz biorąc, standaryzacja może rzeczywiście przynosić pewne korzyści, nie można jednak pozwolić na to, aby była ona jednostronnie narzucana przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą w drodze sprzedaży związanej.
1153. Należy dodać, że nie można wykluczyć, że strony trzecie wcale nie pragną faktycznej standaryzacji, której zwolennikiem jest Microsoft, ale wolą, aby różne platformy nadal ze sobą konkurowały, a to ze względu na pobudzenie do innowacji na poziomie tych platform.
1154. Ponadto należy stwierdzić, że jak słusznie podnosi Komisja i SIIA, inne powoływane przez Microsoft korzyści mogą równie dobrze zostać osiągnięte w przypadku braku zarzucanego zachowania.
1155. W odniesieniu zatem do konsumentów popyt z ich strony na stacje robocze „gotowe do użytku”, zawierające między innymi odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych, może być w pełni zaspokojony przez producentów sprzętu, których działalność polega właśnie na składaniu takich stacji roboczych poprzez łączenie między innymi systemu operacyjnego dla stacji roboczych z aplikacjami, których domagają się konsumenci (motywy 68 i 119 zaskarżonej decyzji). Należy dodać, że zaskarżona decyzja nie uniemożliwia Microsoft dalszego oferowania konsumentom, którzy wolą takie rozwiązanie, wersji Windows związanej z Windows Media Playerem.
1156. Podobnie Microsoft nie może opierać argumentu na okoliczności, że producenci sprzętu „liczą na dodanie funkcji do Windows w celu stworzenia stacji roboczych, które odpowiadają konsumentom i umożliwiają projektowanie nowych interesujących aplikacji”. Producenci sprzętu są bowiem w stanie zaproponować stacje robocze charakteryzujące się takimi właściwościami, preinstalując na nich aplikacje uzyskane od twórców oprogramowania. Podobnie funkcje oferowane przez Windows Media Playera mogą być dostarczone przez Microsoft w sposób niezależny, czyli inny niż związane z tym odtwarzaczem z systemem operacyjnym Windows.
1157. Microsoft nie może także twierdzić, że integracja takich funkcji multimedialnych z Windows jest niezbędna, aby umożliwić twórcom oprogramowania i stron internetowych skuteczne wykorzystywanie platformy Windows, i że zdejmuje to z tych ostatnich obowiązek opracowania wymaganego kodu oprogramowania.
1158. Ze względów przedstawionych w motywach 962–967 zaskarżonej decyzji argument ten powinien bowiem zostać oddalony jako bezzasadny. Należy przypomnieć w tym względzie, iż odtwarzacze multimedialne umożliwiające obsługę danych strumieniowych – i to zarówno odtwarzacz Windows Media Player, jak i odtwarzacze konkurencyjne – mimo że stanowią oprogramowanie aplikacji, przedstawiają jednak API i mogą także służyć jako platforma dla aplikacji innych producentów. Aby zaś dostarczać takich usług platformy, nie jest wcale konieczne, aby odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych był zintegrowany z systemem operacyjnym dla stacji roboczych. W szczególności wbrew temu, co daje do zrozumienia Microsoft, brak takiej integracji nie prowadzi do zmuszenia innych twórców oprogramowania do napisania odpowiedniego kodu oprogramowania. Jak zatem stwierdzono w motywie 966 zaskarżonej decyzji, znaczna liczba twórców oprogramowania oraz dostawców treści internetowych projektuje swe produkty w oparciu o API przedstawiane przez odtwarzacz RealPlayer, który nie jest zintegrowany z jakimkolwiek systemem operacyjnym dla stacji roboczych. Podobnie należy podnieść, że producenci sprzętu mogą tworzyć – i tworzą – aplikacje przeznaczone do funkcjonowania z WMP 9, podczas gdy odtwarzacz ten nie jest preinstalowany w Windows (motyw 965 zaskarżonej decyzji).
1159. Wreszcie Sąd stwierdza, iż jak podnosi Komisja zarówno w decyzji, jak i w swych pismach procesowych, Microsoft nie wykazała, że integracja Windows Media Playera z Windows zwiększa efektywność techniczną lub, innymi słowy, „prowadzi do osiągania przez produkt lepszych wyników technicznych” (motyw 962 zaskarżonej decyzji).
1160. Po raz pierwszy w replice Microsoft powołuje się na okoliczność, że „Windows działa szybciej w przypadku, gdy jest z nim zintegrowana funkcja multimedialna”. W tym względzie wystarczy stwierdzić, że twierdzenie to nie jest poparte dowodami.

1161. Także w replice Microsoft twierdzi, że fakt, iż wiele twórców oprogramowania dobrowolnie podejmuje decyzję o skorzystaniu z funkcji multimedialnej Windows, dowodzi, że „ujednolicona integracja” takiej funkcji zwiększa efektywność techniczną. Twierdzenie to należy odrzucić. Z jednej strony należy przypomnieć, że zaskarżona decyzja dotyczy odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player, a nie funkcji multimedialnej w ogóle; z drugiej strony sam fakt, że twórcy oprogramowania opierają się na Windows Media Playerze, nie dowodzi, iż sprzedaż wiązana zwiększa efektywność techniczną.
1162. W odniesieniu do drugiej grupy przywołanych przez Microsoft argumentów Komisja uważa, że także należy je oddalić.
1163. W tym względzie najpierw w odniesieniu do twierdzenia Microsoft, zgodnie z którym aplikacje, „które już są szeroko wykorzystywane”, nie będą już prawidłowo funkcjonować, jeśli będą uruchamiane w wersji Windows pozbawionej Windows Media Playera, wystarczą stwierdzić, że nie zostało ono dowiedzione w sposób wystarczający pod względem prawnym.
1164. Następnie Sąd stwierdza, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym usunięcie funkcji multimedialnej z zespołu składającego się z Windows i Windows Media Playera będzie mieć wpływ na działanie niektórych elementów samego systemu operacyjnego Windows, nie jest zasadne. Jedyne przykłady, jakie Microsoft przedstawia w tym względzie, czyli przykłady zawartego w Windows systemu pomocy i funkcji odczytu na głos tekstu, nie są przekonujące. Systemy te opierają się bowiem na podstawowej infrastrukturze multimedialnej systemu operacyjnego Windows, a nie na Windows Media Playerze. Jak zaś zostało wyjaśnione w pkt 916 powyżej w odniesieniu do problematyki sprzedaży wiązanej, zarzucane zachowanie dotyczy tylko oprogramowania aplikacji, jakie stanowi odtwarzacz Windows Media Player, z wykluczeniem wszelkiej innej zawartej w systemie operacyjnym Windows dla stacji roboczych technologii multimedialnej; podstawowa infrastruktura multimedialna jest zaś obecna w wersji Windows, która została narzucona przez art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji. W pkt 916 powyżej stwierdzono także, że sama Microsoft odróżnia w swej dokumentacji technicznej pliki, z których składa się Windows Media Player, od innych plików multimedialnych, między innymi od tych, które odnoszą się do wspomnianej podstawowej infrastruktury multimedialnej.
1165. Ponadto Sąd stwierdza, że Microsoft nie może także utrzymywać, iż usunięcie Windows Media Playera z zespołu, jaki stanowi ten odtwarzacz i Windows, doprowadzi do obniżenia wartości systemu operacyjnego. Windows XP Embedded może zatem być skonfigurowany w taki sposób, aby nie włączać Windows Media Playera, przy czym nie szkodzi to innym funkcjom systemu operacyjnego. Należy dodać, że w całym okresie pomiędzy czerwcem 1998 r. a majem 1999 r., czyli datą, w której Microsoft po raz pierwszy włączyła odtwarzacz WMP 6 do swego systemu operacyjnego dla stacji roboczych, nie umożliwiając producentom sprzętu lub użytkownikom usunięcia tego systemu, odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych był oferowany przez tę ostatnią jako osobne oprogramowanie, co nie miało żadnego wpływu na funkcjonowanie systemu operacyjnego Windows. Należy ponadto podnieść, że Microsoft wprowadziła na rynek, na podstawie środka zaradczego przewidzianego w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji, wersję Windows niezawierającą Windows Media Playera i że wersja ta w pełni działa.
1166. Wreszcie należy także odrzucić argument, jaki Microsoft opiera na ryzyku „fragmentacji” jej systemu operacyjnego Windows (zob. pkt 1122 powyżej). Z jednej strony, jak podkreśla Komisja w odpowiedzi na skargę, argument ten jest hipotetyczny i oparty na przypuszczeniach. Z drugiej strony wspomniany argument stoi w sprzeczności z praktyką handlową Microsoft. W ostatnich latach Microsoft stopniowo wprowadzała bowiem na rynek kilka różnych wersji swego systemu operacyjnego Windows, czyli Windows 98, Windows 2000, Windows Me, Windows NT i Windows XP, przy czym nie wszystkie z nich są zamiennie. Poza tym w odniesieniu na przykład do systemu operacyjnego Windows XP, posiada on siedem odrębnych wersji.
1167. Z całości powyższych rozważań wynika, że Microsoft nie wykazała istnienia jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia dla stanowiącej naruszenie sprzedaży wiązanej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych oraz Windows Media Playera.

f) W przedmiocie naruszenia obowiązków nałożonych na Wspólnoty na podstawie porozumienia TRIPS

Zaskarżona decyzja

1168. W motywach 1049–1053 zaskarżonej decyzji Komisja bada argument Microsoft, zgodnie z którym środek mający na celu zaradzenie stanowiącej naruszenie odmowie dostarczenia informacji nie uwzględnia obowiązków, jakie ciążyą na Wspólnocie na mocy porozumienia TRIPS, a także jej argument, zgodnie z którym środek mający na celu zaradzenie stanowiącej naruszenie sprzedaży wiązanej nie uwzględnia obowiązków, jakie ciążyą na Wspólnocie na mocy porozumienia w sprawie barier technicznych w handlu (TBT) z dnia 15 kwietnia 1994 r. [załącznik 1A do porozumienia ustanawiającego WTO (zwane dalej „porozumieniem TBT”)].
1169. Komisja podnosi zasadniczo, że zaskarżona decyzja jest w pełni zgodna z obowiązkami, jakie ciążyą na niej na mocy porozumienia TRIPS i porozumienia TBT (motyw 1052 zaskarżonej decyzji).
1170. Dodaje ona, że ze względów przedstawionych w pkt 801 i 802 powyżej Microsoft nie może powoływać się na te porozumienia, aby podważyć zgodności zaskarżonej decyzji z prawem (motyw 1053 zaskarżonej decyzji).

Argumenty uczestników

1171. Microsoft uważa, że zaskarżona decyzja zobowiązuje ją do opracowania takiej wersji systemu operacyjnego, której „niemal wszystkie” funkcje multimedialne zostałyby usunięte, a także do oferowania tego opatrzonego znakami handlowymi Microsoft i Windows produktu europejskim konsumentom w wersji niższej jakości. W ten sposób decyzja narusza jej prawa do znaku towarowego oraz prawa autorskie, czyli dwie kategorie praw, które Wspólnoty są zgodnie z prawem zobowiązane chronić na mocy porozumienia TRIPS.
1172. W pierwszej kolejności w odniesieniu do jej praw do znaku towarowego Microsoft podnosi, że zaskarżona decyzja prowadzi do ich ograniczenia z naruszeniem art. 17 i 20 porozumienia TRIPS. Wyjaśnia ona, że zgodnie z art. 17 porozumienia TRIPS wyjątki w zakresie praw przyznanych przez znak handlowy mogą być tylko ograniczone i powinny brać pod uwagę uzasadnione interesy właściciela znaku towarowego oraz osób trzecich. Artykuł 20 porozumienia TRIPS przewiduje natomiast, że używanie znaku towarowego nie powinno być bezzasadnie utrudniane przez szczególne wymogi, takie jak „używanie w szczególnej formie lub używanie w sposób szkodzący jego zdolności odróżniania towarów lub usług jednego przedsiębiorstwa od towarów lub usług innych przedsiębiorstw”.
1173. Według Microsoft Komisja, wymagając, aby spółka ta oferowała na podstawie licencji wersję Windows pozbawioną funkcji multimedialnej, zobowiązuje ją do opatrzenia swym „najcenniejszym” znakiem towarowym produktu, którego nie zaprojektowała i co do którego wie, że nie będzie on funkcjonował w pożądanym sposób. Poza tym w odniesieniu do tej wersji Windows i wersji zawierającej funkcję multimedialną może zaistnieć prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd. Microsoft uważa także, że zaskarżona decyzja narusza jej prawo do kontrolowania jakości produktów, które są opatrywane znakiem towarowym, i powtarza w tym względzie, iż wersja Windows, która została narzucona przez art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji, wpłynie na funkcjonowanie, po pierwsze, szeregu elementów samego systemu operacyjnego Windows oraz, po drugie, aplikacji i stron internetowych wykorzystujących wspomniane funkcje multimedialne. Microsoft uważa, że „przeszkody”, które są w ten sposób stawiane przez zaskarżoną decyzję, nie wchodzą w zakres „ograniczonych” wyjątków przewidzianych w art. 17 porozumienia TRIPS. Dodaje ona, że obowiązek, jaki na nią został nałożony, polegający na opatrzeniu swymi znakami towarowymi Windows i Microsoft produktów o niższej jakości, nad którymi to produktami nie może ona sprawować swej kontroli w zakresie projektowania, stoi w sprzeczności z jej własnymi interesami, a także z interesami konsumentów i innych twórców oprogramowania.
1174. Microsoft twierdzi, że art. 20 porozumienia TRIPS nie został uwzględniony, ponieważ pomimo istnienia pociągających za sobą takie same skutki alternatywy Komisja zobowiązuje ją do obciążenia znaku towarowego Windows w sposób, który ogranicza jego rolę jako oznaczenia pochodzenia i jakości, co prowadzi do wprowadzenia konsumentów w błąd i szkodzi reputacji („goodwill”) tego znaku towarowego.

1175. W drugiej kolejności w odniesieniu do przysługujących jej praw autorskich Microsoft uważa, że zaskarżona decyzja narusza jej wyłączne prawa – chronione przez porozumienie TRIPS – do zezwolenia na adaptację, przeróbki lub inne formy opracowania jej dzieł, niezależnie od sposobu i postaci tych zmian, oraz do rozpowszechniania kopii Windows. Decyzja ta zobowiązuje ją bowiem do stworzenia adaptacji Windows, która nie odpowiada jej własnemu projektowi i stanowi w znacznym stopniu opracowanie jej chronionego dzieła, a także do przyznania licencji na używanie kopii tego „przymusowej adaptacji chronionego dzieła”. Microsoft podnosi, że obowiązkowe przyznanie licencji dotyczących dzieła chronionego przez prawa autorskie jest dopuszczalne, na podstawie porozumienia TRIPS, tylko w warunkach przewidzianych w art. 13 tego porozumienia, które w niniejszym przypadku nie są spełnione.
1176. Komisja twierdzi przede wszystkim, że zgodność z prawem zaskarżonej decyzji nie może być kontrolowana na podstawie porozumienia TRIPS (zob. pkt 789 powyżej).
1177. Tytułem ewentualnym Komisja utrzymuje, że argumenty przedstawione przez Microsoft są w każdym razie bezpodstawne.
1178. W tym względzie w pierwszej kolejności Komisja odrzuca argumenty Microsoft dotyczące jej praw do znaku towarowego.
1179. Podnosi ona, po pierwsze, że argumenty te są niezrozumiałe i że Microsoft nie wyjaśnia, czy rzekome naruszenie porozumienia TRIPS dotyczy stwierdzenia w zaskarżonej decyzji nadużycia dotyczącego sprzedaży związanej, czy środka zaradczego dotyczącego tego nadużycia.
1180. Następnie Komisja wyjaśnia, że na mocy art. 16 ust. 1 porozumienia TRIPS właściciel zarejestrowanego znaku towarowego posiada wyłączne prawo powstrzymywania wszelkich osób trzecich od używania bez jego zgody identycznych lub podobnych oznaczeń. Tymczasem Microsoft nie wyjaśnia, dlaczego prawo to zostało naruszone przez zaskarżoną decyzję, ani w jakim stopniu używanie tych znaków może, z uwagi na tę decyzję, być bezzasadnie utrudniane przez szczególne wymogi w rozumieniu art. 20 porozumienia TRIPS. Według Komisji, powołane powyżej wyłączne prawo jest zatem w niniejszym przypadku chronione, podobnie jak funkcja znaku towarowego, jako gwarancja pochodzenia produktu.
1181. Komisja dodaje, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji w żaden sposób nie narusza prawa Microsoft do kontrolowania jakości produktów, które są opatrzone znakiem towarowym, ponieważ zachowa ona „pełną kontrolę nad swymi własnymi produktami”. Poza tym Komisja uważa, że już oddaliła argument, zgodnie z którym wersja Windows niezwiązana z Windows Media Playerem stanowi produkt o niższej jakości. W odniesieniu do przywoływanego przez Microsoft prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd Komisja podnosi między innymi, że można go uniknąć dzięki odpowiednim informacjom i oznakowaniu.
1182. Wreszcie Komisja twierdzi, że zakładając nawet, iż zaskarżona decyzja narusza prawo do znaku towarowego Microsoft, ustanawiający odstępstwo przepis art. 17 porozumienia TRIPS w związku z art. 8 ust. 2 i art. 40 ust. 2 tego porozumienia umożliwia doprowadzenie do zaniechania określonego w zaskarżonej decyzji naruszenia prawa konkurencji.
1183. W drugiej kolejności Komisja odrzuca argumenty, które Microsoft opiera na przysługujących jej prawach autorskich.
1184. W tym względzie Komisja przede wszystkim podkreśla, że zaskarżona decyzja nie zezwala żadnej stronie trzeciej na adaptację lub powielanie chronionych przez prawo autorskie dzieł Microsoft, i uważa, że ta ostatnia spółka nie może powoływać się na „prawo do nienaruszalności”, które stanowi prawo niemajątkowe i w związku z tym nie jest objęte porozumieniem TRIPS.
1185. Następnie w odniesieniu do argumentów, które Microsoft opiera na art. 13 porozumienia TRIPS, Komisja stwierdza, że nie mogą one zostać przyjęte. W tym względzie podnosi ona między innymi, że zaskarżona decyzja dotyczy „przypadku specjalnego” w rozumieniu tego artykułu, ponieważ ma ona zastosowanie do „sprzedaży związanej, która stanowi nadużycie pozycji dominującej”.
1186. Wreszcie Komisja stwierdza, że zakładając nawet, iż zaskarżona decyzja narusza prawa autorskie Microsoft, ustanawiający odstępstwo przepis art. 13 porozumienia TRIPS w związku z art. 8 ust. 2 oraz art. 40 ust. 2 tego porozumienia umożliwia doprowadzenie do zaniechania określonego w zaskarżonej decyzji naruszenia prawa konkurencji.
1187. SIIA przyłącza się co do zasady do argumentów Komisji.

Ocena Sądu

1188. Sąd stwierdza, że Microsoft podważa zgodność z prawem zaskarżonej decyzji z uwagi na jej niezgodność z różnymi postanowieniami porozumienia TRIPS, a zwłaszcza z art. 13, 17 i 20 tego porozumienia.
1189. Jak już zatem zostało wyjaśnione w pkt 801 powyżej, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że z uwagi na swój charakter i strukturę porozumienia WTO nie znajdują się co do zasady pośród przepisów, w świetle których Trybunał Sprawiedliwości dokonuje kontroli legalności aktów instytucji wspólnotowych.
1190. Jak już zostało także podniesione w pkt 802 powyżej, tylko w przypadku gdy Wspólnota wyraziła zamiar wykonania szczególnego zobowiązania przyjętego w ramach WTO, lub w przypadku gdy akt wspólnotowy wyraźnie odsyła do konkretnych postanowień porozumienia WTO, zadaniem sądu wspólnotowego jest dokonanie kontroli legalności tego aktu wspólnotowego w świetle przepisów WTO. Ze względu na to, że okoliczności niniejszej sprawy wyraźnie nie odpowiadają żadnemu z tych dwóch przypadków, Microsoft nie może powoływać się na porozumienie TRIPS, a w szczególności na jego art. 13, 17 i 20, aby poprzeć swe żądanie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim dotyczy ona problematyki sprzedaży związanej Windows z Windows Media Playerem.
1191. Z powyższego wynika, że tę część zarzutu należy oddalić, bez konieczności badania argumentów, które Microsoft podniosła na jej poparcie.
1192. Należy dodać, że w każdym razie żadne z tych postanowień porozumienia TRIPS nie stoi na przeszkodzie, aby właściwie do spraw konkurencji władze członków WTO nakazały środki zaradcze, które ograniczają lub regulują korzystanie z praw własności intelektualnej, których właścicielem jest przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, w przypadku gdy wykonuje ono te prawa w sposób sprzeczny z regułami konkurencji. Jak zatem słusznie podnosi Komisja, z art. 40 ust. 2 porozumienia TRIPS wynika, że członkowie WTO mają prawo regulowania nadużyć takich praw w celu uniknięcia szkodliwych dla konkurencji skutków. Ten ostatni przepis przewiduje bowiem, że: „Żadne z postanowień niniejszego porozumienia nie zabroni członkom wskazania w ich ustawodawstwach praktyk licencyjnych lub warunków, które mogą w szczególnych przypadkach stanowić nadużycie praw własności intelektualnej wywołujące skutki szkodliwe dla konkurencji na danym rynku. Jak postanowiono powyżej, członek może zastosować, w sposób zgodny z innymi postanowieniami niniejszego porozumienia, stosowne środki dla zapobieżenia lub kontroli takich praktyk, które mogą obejmować, na przykład, warunki dotyczące wyłącznego powrotnego udzielenia, warunki niedopuszczające do zakwestionowania ważności i przymusowego udzielenia pakietu licencji, w świetle właściwych ustaw i przepisów tego członka”.
1193. Z powyższego wynika, że pierwszy zarzut należy oddalić w całości jako bezzasadny.
3. W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na naruszeniu zasady proporcjonalności
- a) Zaskarżona decyzja
1194. Mając na celu zaradzenie stwierdzonej w art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji i stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, Komisja w art. 6 tej decyzji nakazuje Microsoft między innymi przedstawienie w terminie 90 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu decyzji, w pełni funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającej Windows Media Playera, przy czym Microsoft zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych związanego z Windows Media Playerem. Ten art. 6 przewiduje także, że Microsoft powinna poinformować Komisję w tym samym terminie o wszelkich środkach, jakie podejmie, aby spełnić to zobowiązanie.
1195. W motywach 1011–1042 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia szczegóły tego środka zaradczego.
1196. W pierwszej kolejności Komisja opisuje zakres tego środka zaradczego (motywy 1011–1014 zaskarżonej decyzji).
1197. Wyjaśnia ona między innymi, że nałożony na Microsoft obowiązek oferowania pozbawionej Windows Media Playera wersji Windows dotyczy zarówno przypadku, w którym Windows

- jest przekazywany na podstawie licencji bezpośrednio klientom końcowym, jak i przypadku, w którym jest on przekazany na podstawie licencji producentom sprzętu. Podobnie zachowana przez Microsoft możliwość oferowania wersji Windows związanej z Windows Media Playerem ma zastosowanie zarówno wobec użytkowników końcowych, jak i wobec producentów sprzętu.
1198. Ponadto Komisja zakazuje Microsoft stosowania jakichkolwiek środków o technologicznym, handlowym, umownym lub innym charakterze, które mogłyby mieć skutek równoważny do sprzedaży związanej Windows z Windows Media Playerem, podkreślając w szczególności, że wersja Windows pozbawiona Windows Media Playera powinna osiągać takie same wyniki jak wersja Windows zawierająca ten odtwarzacz. W motywie 1013 zaskarżonej decyzji znajduje się przykładowa lista zakazanych z tego tytułu praktyk.
1199. W drugiej kolejności Komisja ustala 90 dni jako okres, w którym Microsoft powinna wdrożyć rozpatrywany środek zaradczy (motywy 1015–1017 zaskarżonej decyzji).
1200. W trzeciej kolejności Komisja odrzuca twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji nie jest wystarczająco precyzyjny, ponieważ spółka ta nie wie dokładnie, który kod oprogramowania powinna usunąć ze swego produktu (motywy 1018–1021 zaskarżonej decyzji). Komisja przytacza między innymi przykład Windows XP Embedded i podkreśla fakt, że zaskarżona decyzja w żaden sposób nie zobowiązuje Microsoft do usunięcia wszystkich plików multimedialnych Windows, ale tylko tych, z których składa się Windows Media Player.
1201. W czwartej kolejności Komisja przedstawia szereg twierdzeń mających na celu wykazanie proporcjonalnego charakteru rozpatrywanego środka (motywy 1022–1042 zaskarżonej decyzji).
1202. W tym względzie po pierwsze utrzymuje ona, że środek ten jest konieczny, aby zapobiec wynikającemu z zarzucanego zachowania ograniczeniu konkurencji (motyw 1022 zaskarżonej decyzji).
1203. Po drugie, Komisja podnosi, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji nie uniemożliwia Microsoft sprzedawania odtwarzacza multimedialnego ani nie nakłada na nią ograniczeń innych niż zakaz dalszego prowadzenia rozpatrywanej sprzedaży związanej lub przyjęcia środków o skutku równoważnym do tej praktyki (motyw 1023 zaskarżonej decyzji). Komisja powtarza, że Microsoft może nadal sprzedawać wersję Windows wraz z Windows Media Playerem (ten sam motyw).
1204. Po trzecie, Komisja odrzuca argument, jaki Microsoft opiera na fakcie, że nie istnieje znaczący popyt konsumentów na systemy operacyjne dla stacji roboczych pozbawione funkcji multimedialnej (motywy 1024 i 1025 zaskarżonej decyzji). Wyjaśnia ona co do zasady, że producenci sprzętu będą mogli zaspokoić oczekiwania konsumentów, preinstalując wybrany przez nich odtwarzacz multimedialny na sprzedawanych przez nich stacjach roboczych.
1205. Po czwarte, w motywach 1026–1034 zaskarżonej decyzji Komisja bada argumenty, jakie Microsoft opiera na rzekomej współzależności pomiędzy Windows i Windows Media Playerem. Powołując się ponownie na przykład Windows XP Embedded, Komisja odrzuca twierdzenie, zgodnie z którym usunięcie kodu Windows Media Playera narusza integralność systemu operacyjnego. Ponadto Komisja podnosi, że Microsoft nie wykazała, iż integracja Windows Media Playera z Windows jest warunkiem koniecznym do zwiększenia efektywności. W tym względzie podnosi ona między innymi, że „[g]dy twórcy oprogramowania opracowują swe własne rozwiązania multimedialne lub integrują ze swymi produktami dostarczany przez strony trzecie kod dystrybucyjny, nie są one uzależnione od obecności odtwarzacza multimedialnego na stacji roboczej użytkownika” (motyw 1032 zaskarżonej decyzji).
1206. Wreszcie, po piąte, w motywach 1035–1042 zaskarżonej decyzji Komisja bada argumenty, które Microsoft opiera na rzekomej współzależności pomiędzy Windows i aplikacjami opracowywanymi przez innych ich twórców. W szczególności odrzuca ona twierdzenie, zgodnie z którym usunięcie kodu Windows Media Playera doprowadziłoby do szkodliwych wobec dostawców treści i twórców oprogramowania konsekwencji. W odniesieniu do dostawców treści Komisja wyjaśnia, że nierzadko wprowadzają oni rozwiązania, których celem jest określenie, jaki odtwarzacz multimedialny jest zainstalowany na danej stacji roboczej, oraz że przewidują oni środki, jakie należy zastosować w przypadku, gdy prezentacja ich treści wymaga szczególnie odtwarzacza lub specjalnej wersji

danego odtwarzacza (motyw 1037 zaskarżonej decyzji). W odniesieniu do twórców oprogramowania Komisja odrzuca argument, który Microsoft opiera na korzyści z utrzymania Windows jako „spójnej platformy” (motyw 1041 zaskarżonej decyzji). Uważa ona co do zasady że Microsoft nie może powoływać się na fakt, iż stosowana przez tę spółkę praktyka umożliwia twórcom oprogramowania, których produkty opierają się na odtwarzaczach multimedialnych, posiadanie „stałego punktu odniesienia” w tym względzie, ponieważ wspomniana praktyka zakłóca konkurencję inną niż cenowa (motywy 1042 zaskarżonej decyzji).

b) Argumenty uczestników

1207. Microsoft podnosi, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji narusza zasadę proporcjonalności z trzech względów.
1208. W pierwszej kolejności ten środek zaradczy narusza uzasadniony interes, jaki twórcy oprogramowania i stron internetowych mają w „utrzymaniu Windows jako stałej i spójnej platformy”.
1209. W drugiej kolejności wspomniany środek zaradczy narusza prawa niemajątkowe Microsoft, stawiając wymóg, aby obniżyła ona wartość swego systemu operacyjnego Windows i przyznała ona stronom trzecim licencję na wersję jej produktu o niższej jakości. W szczególności, zdaniem Microsoft, Komisja narusza jej prawo do sprzeciwienia się zmianom, zniekształceniu lub innym formom pogorszenia jej dzieła.
1210. W trzeciej kolejności Microsoft utrzymuje, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji jest „wewnętrznie sprzeczny” i że nie może ona dostosować się do niego, ponieważ wymaga on jednocześnie, aby usunęła ona istotne funkcje Windows oraz aby zapewniła, że osłabiona wersja Windows nie będzie miała wyników gorszych niż powiązana z Windows Media Playerem wersja tego systemu.
1211. Komisja uważa, iż rozpatrywany środek zaradczy jest proporcjonalny, w szczególności z tego względu, że Microsoft zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych związanego z Windows Media Playerem. Podnosi ona także, że ten środek zaradczy nie uniemożliwia Microsoft sprzedawania jej odtwarzacza multimedialnego ani dalszego oferowania go osobno poprzez pobranie z Internetu.
1212. Komisja podważa twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym określenie kodu oprogramowania Windows Media Playera lub dostosowanie się do środka zaradczego przewidzianego w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji było niemożliwe, podkreślając, że sama Microsoft przyznała, iż już opracowała gotową do wprowadzenia na rynek wersję Windows, która jest niezwiązana z Windows Media Playerem. Odsyła ona poza tym do motywów 1018–1021 zaskarżonej decyzji.
1213. Ponadto Komisja utrzymuje, że Microsoft nie przedstawiła żadnego dowodu, dzięki któremu mogłaby wykazać, że ten środek zaradczy wyrządzi szkodę stronom trzecim lub obniży wartość systemu operacyjnego.
1214. W odniesieniu do rzekomego naruszenia praw niemajątkowych Microsoft Komisja podnosi, że spółka ta „nie jest zwykle uważana za podmiot praw niemajątkowych w Europie”. Poza tym zdaniem Komisji rozpatrywany środek zaradczy nie uniemożliwia autorom dzieła dochodzenia jego „autorstwa” i nie wiąże się z koniecznością ujawnienia żadnego kodu.
1215. Wreszcie Komisja, popierana w tej kwestii przez SIIA, twierdzi, że środki ustanowione w wyroku wydanym przez District Court w dniu 1 listopada 2002 r. nie są wystarczające, aby zapobiec określonymu w zaskarżonej decyzji nadużyciu dotyczącemu sprzedaży związanej. Podnosi ona, że wyrok ten nie zobowiązuje Microsoft do usunięcia kodu Windows Media Playera z systemu operacyjnego dla stacji roboczych, ale tylko do dostarczenia środka umożliwiającego producentom sprzętu i użytkownikom końcowym ukrycie na ekranie komputera ikony i menu wejściowego dających dostęp do oprogramowania Windows Media Player. Poza tym Microsoft zaprojektowała ten system maskowania w taki sposób, aby Windows Media Player mógł zostać przywrócony i mógł zmienić wybrane przez użytkowników domyślne ustawienia. Środki, o których mowa we wspomnianym wyroku, nie mają zatem wpływu na wszechobecność kodu Windows Media Player na stacjach roboczych ani, w konsekwencji, na zamierzenia twórców oprogramowania i dostawców treści, aby „oprzeć ich ofertę uzupełniającą na Windows Media Playerze jako technologii platformy”.

c) Ocena Sądu

1216. W pierwszej kolejności Sąd stwierdza, że na poparcie niniejszego zarzutu Microsoft podnosi co do zasady te same argumenty, które przedstawiła w ramach pierwszego zarzutu w odniesieniu do warunku dotyczącego braku obiektywnego uzasadnienia (zob. pkt 1102–1122 powyżej).
1217. Powody, dla których Sąd stwierdził, że te ostatnie argumenty nie są zasadne, powinny także znaleźć zastosowanie w ramach niniejszego zarzutu.
1218. W pierwszej zatem kolejności, jeśli chodzi o argument, zgodnie z którym Komisja nie uwzględniła interesu, jaki w dysponowaniu trwałą i dobrze zdefiniowaną platformą mają twórcy oprogramowania i stron internetowych, należy odesłać do pkt 1148–1153 powyżej.
1219. W drugiej kolejności, jeśli chodzi o argument, zgodnie z którym środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji zobowiązuje Microsoft do obniżenia wartości swego systemu operacyjnego Windows i do przekazania stronom trzecim na podstawie licencji takiej wersji jej produktu o niższej jakości, został on już oddalony w pkt 1165 powyżej.
1220. W tym względzie należy przypomnieć, że zaskarżona decyzja nie nakłada na Microsoft obowiązku oferowania wersji Windows, w której wszystkie pliki multimedialne, w tym te odnoszące się do podstawowej infrastruktury multimedialnej systemu operacyjnego, zostały usunięte. Obowiązek ten dotyczy bowiem tylko tych plików, które składają się na Windows Media Playera, czyli plików, które sama Microsoft w swej dokumentacji technicznej odróżnia od innych plików (zob. pkt 916 i 1164 powyżej). Należy przypomnieć także, iż przykład Windows XP Embedded dowodzi, że brak Windows Media Playera w systemie operacyjnym nie szkodzi integralności innych funkcji tego systemu (zob. pkt 1165 powyżej).
1221. Należy dodać, że podczas całego okresu od czerwca 1998 r. do maja 1999 r. odtwarzacz multimedialny umożliwiający obsługę danych strumieniowych Microsoft był przez nią oferowany jako osobne oprogramowanie aplikacji i okoliczność ta pozostawała bez wpływu na funkcjonowanie systemu operacyjnego Windows. Jak już zostało wyjaśnione w pkt 936 powyżej, Microsoft przyznała podczas rozprawy, że żadne względy techniczne nie uniemożliwiły w maju 1999 r. dalszego dostarczania przez nią swego odtwarzacza multimedialnego w taki sam sposób, czyli bez integrowania go z systemem operacyjnym Windows 98 Second Edition.
1222. W trzeciej kolejności z rozważań przedstawionych w pkt 1219–1221 powyżej wynika, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji jest wewnętrznie sprzeczny i zgodnie z którym nie może ona się do niego dostosować, jest bezzasadne. Twierdzenie to opiera się bowiem na błędnej przesłance, jakoby wersja Windows narzucona przez ten przepis stanowiła wersję jej systemu o niższej jakości. Jak słusznie podnosi Komisja w swych pismach procesowych, oczywiste jest, że w przypadku usunięcia Windows Media Playera z Windows funkcje oferowane przez ten odtwarzacz nie są już dostępne w takiej wersji systemu operacyjnego, nie można jednak na tej podstawie wyciągać wniosku, że wspomniana wersja jest niższej jakości lub że osiąga ona pod każdym innym względem wyniki gorsze niż wersja systemu operacyjnego, która jest związana ze wspomnianym odtwarzaczem. W tym względzie należy przypomnieć, że wymóg, zgodnie z którym Microsoft ma oferować niezwiązaną z Windows Media Playerem „w pełni funkcjonalną” wersję swego systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych [art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji], należy interpretować w świetle między innymi stwierdzenia zawartego w motywie 1012 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym „niezwiązana z [Windows Media Playerem] wersja Windows będzie musiała w szczególności osiągać takie same wyniki jak wersja Windows związana z [Windows Media Playerem], biorąc pod uwagę fakt, że funkcja odtwarzacza [Windows Media Player] z definicji nie będzie stanowić części niezwiązanej wersji Windows”.
1223. Następnie Sąd stwierdza, że środek zaradczy przewidziany w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji nie jest nieproporcjonalny, a wprost przeciwnie – stanowi środek właściwy, aby doprowadzić do zaniechania rozpatrywanego nadużycia oraz aby rozwiązać stwierdzone w dziedzinie konkurencji problemy, powodując możliwie najmniejsze niedogodności dla Microsoft i dla jej modelu handlowego.
1224. Wdrożenie tego środka nie wiąże się zatem z koniecznością dokonania technicznej zmiany obecnej praktyki Microsoft innej niż opracowanie wersji Windows, która została nakazana w art. 6 lit. a) zaskarżonej decyzji.

1225. W szczególności Microsoft zachowuje prawo do dalszego oferowania wersji Windows związanej z Windows Media Playerem. Należy przypomnieć w tym względzie, że Komisja zamierza bowiem dać konsumentom jedynie możliwość nabycia tego systemu operacyjnego bez tego odtwarzacza multimedialnego.
1226. Należy także dodać, że jak słusznie podnosi Komisja, rozpatrywany środek zaradczy nie narusza możliwości sprzedawania przez Microsoft jej odtwarzacza multimedialnego, a zwłaszcza oferowania go za pomocą pobrania z Internetu.
1227. Wreszcie Sąd stwierdza, iż ze względów przedstawionych w pkt 974 powyżej Komisja słusznie podniosła, że środki przyjęte przez Microsoft na podstawie ugody amerykańskiej nie były wystarczające, aby doprowadzić do zaniechania rozpatrywanego nadużycia oraz aby rozwiązać stwierdzone w dziedzinie konkurencji problemy.
1228. Mając na uwadze całość powyższych rozważań, zarzut drugi należy oddalić jako bezzasadny.
1229. Należy zatem oddalić żądania zmierzające do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim dotyczą one problematyki sprzedaży związanej Windows z Windows Media Playerem.

D – W przedmiocie problematyki niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania

1. Zaskarżona decyzja

1230. Na podstawie art. 4 akapit pierwszy zaskarżonej decyzji Microsoft jest zobowiązana do zaniechania nadużyć stwierdzonych w art. 2, zgodnie z zasadami przewidzianymi w art. 5 i 6 tej samej decyzji. Microsoft powinna także powstrzymać się od wszelkich zachowań, których przedmiot lub cel mogą być identyczne lub podobne do przedmiotu lub celu wspomnianych nadużyć (art. 4 akapit drugi).
1231. Mając na celu zarządzenie stwierdzonej w art. 2 lit. a) zaskarżonej decyzji i stanowiącej naruszenie odmowie dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności, w art. 5 zaskarżonej decyzji Komisja nakazuje Microsoft udostępnienie w terminie 120 dni, licząc od daty powiadomienia o wydaniu tej decyzji, tych informacji wszystkim przedsiębiorstwom mającym zamiar opracowywać i rozprowadzać na rynku systemy operacyjne dla serwerów grupy roboczej oraz zezwolenie tym przedsiębiorstwom na wykorzystywanie, na rozsądnych i niedyskryminujących warunkach, informacji dotyczących interoperacyjności w celu opracowania oraz rozprowadzania na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Microsoft jest także zobowiązana do zapewnienia, aby udostępnione informacje dotyczące interoperacyjności były systematycznie i szybko aktualizowane. Wreszcie w art. 5 zaskarżonej decyzji Komisja zobowiązuje Microsoft do ustanowienia w terminie 120 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu tej decyzji, mechanizmu oceny, który pozwoli zainteresowanym przedsiębiorstwom na uzyskanie w sposób efektywny informacji o zakresie i warunkach korzystania z informacji dotyczących interoperacyjności.
1232. Tytułem środka, którego celem jest zarządzenie niedozwolonej sprzedaży związanej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych z Windows Media Playerem, Komisja w art. 6 zaskarżonej decyzji nakazuje w szczególności Microsoft zaoferowanie w terminie 90 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu niniejszej decyzji, w pełni funkcjonalnej wersji systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych niezawierającej Windows Media Playera, przy czym Microsoft zachowuje prawo oferowania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych w połączeniu z Windows Media Playerem.
1233. Ponadto w art. 7 zaskarżonej decyzji Komisja przewiduje ustanowienie odpowiedniego mechanizmu mającego pomóc jej w upewnieniu się, że Microsoft zastosowała się do zaskarżonej decyzji, który to mechanizm będzie obejmował między innymi wyznaczenie niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania. Zgodnie z tym artykułem, mechanizm ten powinien zostać zaproponowany przez Microsoft w terminie 30 dni, licząc od dnia powiadomienia o wydaniu niniejszej decyzji, przy czym w przypadku, gdy Komisja stwierdzi, że mechanizm zaproponowany przez Microsoft nie jest odpowiedni, „ma prawo narzucić taki mechanizm w drodze wydania decyzji”.
1234. W motywach 1043–1048 zaskarżonej decyzji Komisja opisuje szczegółowo mechanizm, o którym mowa w punkcie poprzednim, a w szczególności ustanawia „zasady, jakimi powinna kierować się

- Microsoft [przy opracowywaniu swej propozycji dotyczącej wyznaczenia niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania]” (motyw 1044 zaskarżonej decyzji).
1235. W motywie 1045 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia zatem, że „głównym obowiązkiem” tego przedstawiciela jest wydawanie, na wniosek stron trzecich, Komisji lub z własnej inicjatywy, opinii w przedmiocie „kwestii, czy Microsoft pod pewnymi względami uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej z tytułu [...] [zaskarżonej] decyzji i każdej innej kwestii mającej znaczenie dla jej skutecznego wdrożenia”.
1236. W motywach 1046–1047 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia zadanie przedstawiciela w odniesieniu do każdego z dwóch rozpatrywanych nadużyć (zob. pkt 1261 poniżej).
1237. W motywie 1048 zaskarżonej decyzji Komisja ustanawia zasady, jakich Microsoft powinna przestrzegać przy opracowywaniu swej propozycji dotyczącej przedstawiciela. W pierwszej kolejności wskazuje ona, że zostanie on wyznaczony przez Komisję spośród kandydatów znajdujących się na sporządzonej przez Microsoft liście. Microsoft powinna ustanowić procedurę umożliwiającą Komisji wyznaczenie przedstawiciela zgodnie z jej wyborem, jeśli uważa, że żadna z zaproponowanych osób nie jest w stanie wykonywać wymaganych zadań. W drugiej kolejności Komisja wskazuje, że przedstawiciel ds. monitorowania powinien być niezależny od Microsoft i że „[należy] podjąć wszelkie środki, aby zagwarantować, iż nie znajduje się on i nie znajdzie się w sytuacji konfliktu interesów”. Przedstawiciel powinien posiadać kwalifikacje niezbędne do prawidłowego wykonywania swego pełnomocnictwa i mieć możliwość zaangażowania biegłych do wykonania pewnych, szczególnie określonych zadań w jego imieniu. W trzeciej kolejności Komisja wskazuje, że należy przyjąć przepisy odpowiednie, aby zagwarantować przedstawicielowi „dostęp do pomocy, informacji, dokumentacji, pomieszczeń i pracowników Microsoft w zakresie, w jakim będzie mógł tego rozsądnie wymagać w ramach wykonywania swego pełnomocnictwa”. W czwartej kolejności Komisja twierdzi, że przedstawiciel powinien mieć pełen dostęp do kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów Microsoft. Wreszcie w piątej kolejności Microsoft wyjaśnia, że „wszelkie koszty związane z wyznaczeniem przedstawiciela, w tym godziwe wynagrodzenie za wykonywanie przez niego zadań, są pokrywane przez Microsoft”.

2. Argumenty uczestników

1238. Microsoft uważa, że ciążący na niej na mocy art. 7 zaskarżonej decyzji obowiązek wyznaczenia niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania jest niezgodny z prawem, ponieważ Komisja nie ma prawa, po pierwsze, delegować na jednostkę uprawnień wykonawczych, jakie jej zostały powierzone na mocy rozporządzenia nr 17, i po drugie, obciążać jej kosztami związanymi z zastosowaniem się do zaskarżonej decyzji, w tym wynagrodzeniem niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania.
1239. Tytułem wstępu Microsoft podważa, jakoby jej żądanie stwierdzenia nieważności art. 7 zaskarżonej decyzji było przedwczesne. Jej zdaniem Komisja w szczególności nie może opierać się na fakcie, że mogła narzucić mechanizm monitorowania za pomocą odrębnej decyzji w przypadku, gdyby nie była usatysfakcjonowana propozycją Microsoft, i że ta ostatnia może w związku z tym domagać się stwierdzenia nieważności tej decyzji.
1240. Następnie Microsoft w pierwszej kolejności podnosi, że z motywów 1043–1048 zaskarżonej decyzji wyraźnie wynika, iż delegowane w niniejszym przypadku na niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania uprawnienia są uprawnieniami dochodzeniowymi i wykonawczymi, które zwykle należą do Komisji. Microsoft podnosi, że przedstawiciel ten, mimo iż jego głównym zadaniem jest wydawanie opinii dotyczących poszanowania zaskarżonej decyzji, ma także prawo do badania środków podjętych przez Microsoft w celu zastosowania się do tej decyzji. Microsoft podkreśla, iż w przypisie na str. 1317 zaskarżonej decyzji zostało wskazane, że „w ramach kontroli wywiązywania się przez Microsoft ze spoczywających na niej obowiązków [p]redstawiciel nie tylko powinien podejmować działania na wniosek, ale także z własnej inicjatywy”. Celem zaskarżonej decyzji jest więc ustanowienie niezależnego źródła środków dochodzeniowych oraz mających na celu wykonanie decyzji.
1241. Zgodnie zaś z art. 11 i 14 rozporządzenia nr 17 i art. 18–21 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 [WE] i 82 [WE] (Dz.U. 2003, L 1, str. 1), dotyczące tych reguł uprawnienia dochodze-

- niowe i wykonawcze należą wyłącznie do Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji. Żadne z tych dwóch rozporządzeń nie zezwala Komisji na delegowanie tych uprawnień stronom trzecim ani tym bardziej jednostkom.
1242. Microsoft dodaje, że dokonując takiej delegacji uprawnień, Komisja pozbawia ją gwarancji przyznanych przedsiębiorstwom przez orzecznictwo w celu ochrony ich prawa do obrony.
1243. W replice Microsoft wyjaśnia, że nie ma żadnych zastrzeżeń do tego, aby niezależny przedstawiciel ds. monitorowania doradzał Komisji w kwestiach technicznych. Uważa ona jednak, że ta ostatnia powinna była wyznaczyć w tym celu swego własnego biegłego.
1244. W drugiej kolejności Microsoft podnosi, że art. 7 zaskarżonej decyzji w związku z motywem 1048 pkt v) tej decyzji zobowiązuje ją do pokrywania „wszelkich kosztów związanych z wyznaczeniem przedstawiciela, w tym godziwego wynagrodzenia za wykonywanie przez niego zadań”. Stosując zaś reguły konkurencji, Komisja nie może nakładać na przedsiębiorstwo, którego sprawa dotyczy, obciążeń finansowych innych niż grzywny i kary pieniężne.
1245. Microsoft uważa, że Komisja nie może powoływać się na przyznane jej uprawnienie do nakazania przedsiębiorstwu zaniechania naruszenia, aby uzasadnić obciążenia jej kosztami związanymi z wyznaczeniem przedstawiciela. Nałożenie takiego obciążenia finansowego nie znajduje żadnej podstawy prawnej ani w rozporządzeniu nr 17, ani w rozporządzeniu nr 1/2003, ani w żadnym innym dokumencie.
1246. Komisja podnosi przede wszystkim, że dotyczące kwestii przedstawiciela argumenty Microsoft są niedopuszczalne ze względu na to, że są przedwczesne, oparte na przypuszczeniach i niewystarczające, aby doprowadzić do stwierdzenia nieważności art. 7 zaskarżonej decyzji. Komisja przypomina, że w artykule tym zobowiązuje ona Microsoft do przedstawienia propozycji dotyczącej ustanowienia mechanizmu monitorowania, zachowując jednocześnie prawo do narzucenia takiego mechanizmu w drodze decyzji, w przypadku gdy uzna, że mechanizm zaproponowany przez Microsoft nie jest odpowiedni. Wskazuje ona, że motywy 1044–1048 zaskarżonej decyzji ustanawiają zasady, jakimi powinna kierować się Microsoft przy opracowywaniu tej propozycji, ale większość z tych zasad nie została Microsoft w tym art. 7 zaskarżonej decyzji narzucona. W szczególności artykuł ten nie wyjaśnia, na czym mają polegać zadania niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, ani jakie ma być „źródło” jego wynagrodzenia. Microsoft może zatem swobodnie zaproponować temu ostatniemu pełnomocnictwo, którego zakres jest węższy niż ten, który przewiduje zaskarżona decyzja, a także inne zasady wynagradzania. Komisja może następnie odrzucić te propozycje i narzucić, w drodze decyzji, pełnomocnictwo sformułowane w inny sposób. Taka decyzja nie byłaby zwykłym potwierdzeniem zaskarżonej decyzji i stanowiłaby akt zaskarżalny.
1247. Tytułem ewentualnym Komisja utrzymuje, że argumenty podniesione przez Microsoft są bezzasadne.
1248. W pierwszej kolejności Komisja podnosi, iż z motywów 1044–1048 zaskarżonej decyzji wynika, że oddelegowała ona na rzecz jednostki uprawnienia dochodzeniowe i wykonawcze, jakimi dysponuje w celu stosowania art. 81 WE i 82 WE. Uważa ona, że w odniesieniu do „zbierania informacji” zaskarżona decyzja przewiduje tylko „kompromisowy mechanizm” umożliwiający szybkie rozwiązanie wielu problemów technicznych, które mogą pojawić się w trakcie wykonywania środków zaradczych. Komisja przyznaje, że motyw 1048 i przypis na str. 1317 zaskarżonej decyzji przewidują możliwość kierowania przez niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania pytań do Microsoft oraz posiadania przez niego dostępu do dokumentów i kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów, ale uważa, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby Microsoft wyjaśniła w swej propozycji pełnomocnictwa, iż może ona odmówić odpowiedzi na takie pytania lub dostępu do żądanych informacji. W przypadku takiej odmowy Komisja zbadalaby potrzebę podjęcia działania na podstawie rozdziału V rozporządzenia nr 1/2003 i zachowałaby w ten sposób całkowitą swobodę uznania w odniesieniu do korzystania z przysługujących jej uprawnień dochodzeniowych.
1249. W odpowiedzi na pytanie pisemne Sądu Komisja wyjaśniła, że art. 7 zaskarżonej decyzji jest oparty na art. 3 rozporządzenia nr 17 i że stanowi on „wyrząd” powierzonej jej przez ten artykuł władzy w zakresie wydawania decyzji nakazujących przedsiębiorstwom zaniechanie naruszenia.

1250. W drugiej kolejności Komisja podnosi, że obciążenie Microsoft kosztami związanymi z wynagrodzeniem przedstawiciela w oczywisty sposób nie należy do sankcji przewidzianych w rozporządzeniu nr 17 i w rozporządzeniu nr 1/2003. Twierdzi ona, że choć art. 7 zaskarżonej decyzji należy rozumieć jako nakładający obowiązek dotyczący wynagrodzenia niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, podstawą prawną tego obowiązku jest art. 3 rozporządzenia nr 17. Komisja wyjaśnia, że decyzja wydana na podstawie tego artykułu może równie dobrze zawierać nakaz przedsięwzięcia pewnych działań lub dokonania pewnych świadczeń, niezgodnie z prawem pominiętych, jak i zakaz dalszego prowadzenia pewnych działań, praktyk lub utrzymywania sytuacji, które są sprzeczne z traktatem, i że decyzja taka wiąże się z obciążeniem jej adresata pewnymi kosztami. Odsyłając do motywu 1044 zaskarżonej decyzji, Komisja podnosi, że wdrożenie środków zaradczych wymaga skutecznej kontroli przestrzegania obowiązków nałożonych na Microsoft w zaskarżonej decyzji.

3. Ocena Sądu

1251. Microsoft zmierza do uzyskania stwierdzenia nieważności art. 7 zaskarżonej decyzji, podnosząc, że delegując niezgodnie z prawem na rzecz strony trzeciej uprawnienia dochodzeniowe i wykonawcze, Komisja przekroczyła kompetencje, jakie posiada na mocy art. 82 WE i rozporządzenia nr 17. Narzucenie przedsiębiorstwu przewidzianego w art. 7 zaskarżonej decyzji mechanizmu monitorowania oraz obciążenie tego przedsiębiorstwa wynagrodzeniem strony trzeciej wyznaczonej przez Komisję w celu udzielania jej pomocy w wykonywanym przez nią zadaniu nadzorowania, czy nakazane w decyzji stwierdzającej naruszenie środka zaradcze są przestrzegane, nie znajdując żadnej postawy prawnej w prawie wspólnotowym.

1252. Komisja uważa, że to żądanie stwierdzenia nieważności jest przedwczesne i w związku z tym niedopuszczalne, ponieważ w art. 7 zaskarżonej decyzji nie nakłada ona na Microsoft żadnego obowiązku, ale ogranicza się do wezwania jej do przedstawienia propozycji dotyczącej ustanowienia ewentualnego mechanizmu monitorowania. W każdym razie artykuł ten nie pociąga za sobą żadnej delegacji jej uprawnień. Komisja podnosi, że podstawą prawną tego mechanizmu monitorowania, a także obciążenia Microsoft kosztami wynagrodzenia niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania jest art. 3 rozporządzenia nr 17, który umożliwia jej nakazanie zainteresowanym przedsiębiorstwom zaniechania stwierdzonego naruszenia.

1253. Należy przypomnieć, że zgodność z prawem art. 7 zaskarżonej decyzji należy oceniać na podstawie stanu faktycznego i prawnego istniejących w chwili jej wydania. W momencie jej wydania rozporządzenie nr 17 wciąż obowiązywało, gdyż rozporządzenie nr 1/2003, które je zastąpiło, weszło w życie w dniu 1 maja 2004 r.

1254. Należy także przypomnieć, że do uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych, jakimi dysponowała Komisja w dniu wydania zaskarżonej decyzji, w zakresie w jakim są one istotne w świetle żądania stwierdzenia nieważności art. 7 zaskarżonej decyzji, należały: uprawnienie do zobowiązania zainteresowanych przedsiębiorstw do zaniechania stwierdzonego naruszenia ustanowione w art. 3 ust. 1 rozporządzenia nr 17, uprawnienia w zakresie żądania informacji ustanowione w art. 11 tego rozporządzenia, uprawnienia w zakresie kontroli, o których mowa w art. 14 tego rozporządzenia, oraz ustanowione w art. 16 tego rozporządzenia uprawnienie do nałożenia na przedsiębiorstwa kar pieniężnych w celu zmuszenia ich do zaniechania stwierdzonego naruszenia.

1255. Sąd stwierdza przede wszystkim, że należy oddalić argument Komisji, zgodnie z którym żądanie stwierdzenia nieważności art. 7 jest przedwczesne, ponieważ ogranicza się ono do wezwania Microsoft do przedstawienia propozycji w sprawie ustanowienia mechanizmu monitorowania przed wydaniem ostatecznej decyzji przez Komisję. Fakt, że w art. 7 zaskarżonej decyzji Komisja wzywa do przedstawienia propozycji, nie może bowiem zmienić wiążącego charakteru tego artykułu, poprzez który Komisja wykonuje swe uprawnienie do nakazania zaniechania naruszenia.

1256. W przypadku gdy Komisja stwierdza w decyzji, że przedsiębiorstwo naruszyło art. 82 WE, przedsiębiorstwo to jest zobowiązane do przyjęcia w jak najkrótszym terminie wszelkich środków koniecznych do dostosowania swego zachowania do tego uregulowania, nawet w przypadku braku ustanowionych przez Komisję w tej decyzji przepisów szczególnych. W przypadku gdy w tej decyzji zostały ustanowione środki zaradcze, dane przedsiębiorstwo jest zobowiązane do ich

- wdrożenia – pokrywając wszelkie związane z tym wdrożeniem koszty – pod rygorem nałożenia kar pieniężnych zgodnie z art. 16 rozporządzenia nr 17 (zob. pkt 1259 poniżej).
1257. Ze sformułowania art. 7 zaskarżonej decyzji, a w szczególności z faktu nałożenia na Microsoft 30-dniowego terminu wynika, że w przepisie tym ustanowiono taki właśnie wiążący środek. Pomimo że pierwszą reakcją przewidywaną w przypadku braku odpowiedniej propozycji ze strony Microsoft jest ta, o której mowa w art. 7, czyli narzucenie mechanizmu monitorowania w drodze decyzji, niemniej jednak niedopełnienie obowiązku przedstawienia propozycji narazi Microsoft także na ryzyko nałożenia kar pieniężnych. Obowiązkowego charakteru nakazanego środka nie jest w stanie podważyć sama okoliczność, że Komisja zastrzega sobie prawo narzucenia takiego mechanizmu w przypadku, gdy uzna propozycję Microsoft za niewłaściwą. Niewykonanie takiego nakazanego w decyzji szczególnego środka mającego na celu zaniechanie naruszenia art. 82 WE stanowi odrębne naruszenie prawa wspólnotowego, w niniejszym przypadku art. 3 rozporządzenia nr 17.
1258. Oceny tej nie może podważyć argument Komisji, zgodnie z którym Microsoft mogła przedstawić inną propozycję, bardziej zgodną z jej odbiorem tego, do czego Komisja ma prawo ją zobowiązać. Należy przypomnieć w tym względzie, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, sentencja zawarta w akcie jest nierozdzielnie związana z jego uzasadnieniem i w razie potrzeby powinna być interpretowana przy uwzględnieniu motywów, które doprowadziły do jej przyjęcia (wyroki Trybunału z dnia 15 maja 1997 r. w sprawie C-355/95 P TWD przeciwko Komisji, Rec. str. I-2549, pkt 21 i z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-91/01 Włochy przeciwko Komisji, Rec. str. I-4355, pkt 49; wyrok Sądu z dnia 14 października 2004 r. w sprawie T-137/02 Pollmeier Malchow przeciwko Komisji, Zb.Orz. str. II-3541, pkt 60).
1259. Sąd stwierdza bowiem, że biorąc pod uwagę w szczególności zadanie, jakie Komisja przewiduje dla przedstawiciela, przedstawione pokrótce w pkt 1261 poniżej, a także uprawnienia, jakie zostały jej przyznane przez art. 3 i 16 rozporządzenia nr 17, art. 7 zaskarżonej decyzji skutkuje tym, iż jeśli Microsoft nie przedstawi w ciągu 30 dni propozycji zgodnej z zasadami ustanowionymi w szczególności w motywach 1045–1048 tej decyzji, naruszy ona tę decyzję i narazi się na nałożenie kar pieniężnych na podstawie art. 16 rozporządzenia nr 17. Z powyższego wynika, że art. 7 zaskarżonej decyzji miał bezpośredni wpływ na sytuację prawną Microsoft, a zatem żądanie stwierdzenia nieważności tego przepisu nie może być uważane za przedwczesne lub opierające się na przypuszczeniach, jak to podnosi Komisja.
1260. Następnie Sąd stwierdza, że należy zbadać kwestię, czy podstawą prawną art. 7 zaskarżonej decyzji jest rozporządzenie nr 17 lub czy, jak utrzymuje Microsoft, Komisja przekroczyła swe uprawnienia dochodzeniowe i wykonawcze w zakresie, w jakim nakazuje ona Microsoft przyjęcie ustanowienia niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, któremu przysługują te uprawnienia.
1261. W tym względzie należy podnieść, iż z motywów 1043–1048 zaskarżonej decyzji wynika, że funkcja niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania obejmuje następujące zadania:
- jego „głównym obowiązkiem” jest wydawanie opinii w kwestii, czy w pewnych konkretnych przypadkach Microsoft uchybiła zobowiązaniom, które na niej ciąży na mocy zaskarżonej decyzji (w tym obowiązki wdrożenia środków zaradczych);
 - opinie te będą wydawane albo na wniosek osoby trzeciej lub Komisji, albo z własnej inicjatywy przedstawiciela;
 - w tym względzie zostało przewidziane, że w ramach kontroli przestrzegania przez Microsoft jej obowiązków przedstawiciel nie powinien działać jedynie na wniosek, ale także z własnej inicjatywy (przypis na str. 1317 zaskarżonej decyzji);
 - w odniesieniu do rozpatrywanej odmowy zadaniem przedstawiciela jest dokonywanie oceny, czy informacje ujawnione przez Microsoft są kompletne i dokładne, czy warunki, na jakich udostępnia ona specyfikacje i zezwala na ich wykorzystanie, są rozsądne i niedyskryminujące oraz czy ujawnienie jest dokonywane tak szybko, jak jest to możliwe;
 - w odniesieniu do stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej zadaniem przedstawiciela jest doradzanie Komisji w kwestii, czy skargi złożone przez osoby trzecie w przedmiocie wywiązywania się przez Microsoft z nałożonych na nią obowiązków są zasadne z technicznego punktu widzenia, a w szczególności, czy wersja Windows pozbawiona Windows Media Playera osiąga gorsze

- wyniki niż nadal sprzedawane przez Microsoft wersje Windows związane z tym odtwarzaczem. Zadaniem przedstawiciela jest także badanie, czy Microsoft utrudnia osiąganie wyników przez konkurencyjne odtwarzacze multimedialne poprzez wybiórcze, nieodpowiednie i spóźnione ujawnianie API Windows.
1262. W motywie 1048 zaskarżonej decyzji Komisja ustanawia zasady, jakie Microsoft musi uwzględnić, w zastosowaniu art. 7 zaskarżonej decyzji, w propozycji dotyczącej niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania. Zasady te są następujące:
- (i) przedstawiciel zostanie wyznaczony przez Komisję spośród kandydatów znajdujących się na przedstawionej przez Microsoft liście [motyw 1048, pkt i)];
 - (ii) przedstawiciel będzie musiał być niezależny od Microsoft i należy podjąć wszelkie środki mające na celu zagwarantowanie, że nie znajduje się on i nie znajdzie się w sytuacji konfliktu interesów; przedstawiciel powinien posiadać kwalifikacje niezbędne do prawidłowego wykonywania swego pełnomocnictwa i mieć możliwość zaangażowania biegłych do wykonania pewnych, szczegółowo określonych zadań w jego imieniu [motyw 1048, pkt ii)];
 - (iii) należy przyjąć środki mające na celu zagwarantowanie, że przedstawiciel będzie miał dostęp do pomocy, informacji, dokumentacji, pomieszczeń i pracowników Microsoft w zakresie, w jakim będzie mógł on tego rozsądnie wymagać w ramach wykonywania swego pełnomocnictwa [motyw 1048, pkt iii)];
 - (iv) przedstawiciel będzie mieć pełen dostęp do kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów Microsoft (wszelkie rozbieżności opinii o prawdziwości i pełnym zakresie ujawnianych przez Microsoft specyfikacji będą rozstrzygane jedynie poprzez sprawdzenie zgodności dokumentacji technicznej z kodem źródłowym produktów Microsoft) [motyw 1048, pkt iv)];
 - (v) wszelkie koszty związane z wyznaczeniem przedstawiciela, w tym godziwe wynagrodzenie za wykonywanie przez niego zadań, są pokrywane przez Microsoft [motyw 1048, pkt v)].
1263. Z opisu tego wyniku, że dla Komisja rola niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania polega na ocenie i weryfikacji wdrażania środków zaradczych, tam gdzie jest to właściwe – poprzez korzystanie ze źródeł, o których mowa w punkcie poprzednim, tiret trzecie i czwarte, przy czym przedstawiciel ten musi działać w sposób w pełni niezależny, a nawet z własnej inicjatywy.
1264. Komisja wyraźnie przyznaje w swych pismach procesowych, że nie może delegować stronie trzeciej uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych, jakie przyznaje jej rozporządzenie nr 17. Podważa ona, że przewidziany w zaskarżonej decyzji mechanizm monitorowania pociąga za sobą taką delegację uprawnień.
1265. Jak natomiast przyznaje Microsoft, Komisja ma prawo do kontroli wdrażania przez dane przedsiębiorstwo nakazanych w decyzji stwierdzającej naruszenie środków zaradczych oraz do upewnienia się, że inne konieczne do położenia kresu skutkom antykonkurencyjnym naruszenia środki są w pełni wdrażane tak szybko, jak jest to możliwe. W tym celu ma ona prawo do skorzystania z ustanowionych w art. 14 rozporządzenia nr 17 uprawnień dochodzeniowych i tam, gdzie zachodzi taka potrzeba, do skorzystania z usług biegłego zewnętrznego, aby w szczególności uzyskać wyjaśnienia w kwestiach technicznych.
1266. Ponadto nie można podważać, że Komisja, gdy podejmuje decyzję o skorzystaniu z usług eksperta zewnętrznego, może przekazać mu informacje i dokumentację, jakie uzyskała w ramach wykonywania swych uprawnień dochodzeniowych na podstawie art. 14 rozporządzenia nr 17.
1267. Zgodnie z art. 11 ust. 4 i art. 14 ust. 3 tego rozporządzenia, przedsiębiorstwa są zobowiązane do udzielania informacji, których zażąda Komisja, oraz do poddania ich nakazanej przez tę ostatnią kontroli. Te żądania i kontrole podlegają jednak, gdy zachodzi taka potrzeba, kontroli sprawowanej przez sąd wspólnotowy.
1268. Sąd uważa, że ustanawiając mechanizm monitorowania obejmujący wyznaczenie niezależnego przedstawiciela, o którym mowa w art. 7 zaskarżonej decyzji, wyposażonego w funkcje ustanowione w szczególności w motywie 1048 zaskarżonej decyzji pkt iii) i iv), Komisja nie znajduje się już w sytuacji, w której wyznacza ona swego własnego biegłego zewnętrznego, aby ten udzielał jej porad w trakcie prowadzenia dochodzenia dotyczącego wykonania przewidzianych w art. 4–6 zaskarżonej decyzji środków zaradczych.

1269. W art. 7 zaskarżonej decyzji Komisja bowiem wymaga, aby wyznaczono osobę trzecią, która w ramach wykonywania przez nią zadań jest niezależna nie tylko od Microsoft, ale także od samej Komisji ze względu na to, że ta osoba trzecia ma, korzystając ze swych uprawnień, działać z inicjatywy własnej oraz na wniosek stron trzecich. Jak podnosi Komisja w motywie 1043 zaskarżonej decyzji, wymóg ten wykracza poza zwykły obowiązek powiadamiania jej o działaniach Microsoft.
1270. Rola przewidywana dla niezależnego przedstawiciela nie ogranicza się ponadto do kierowania pytań do Microsoft i do powiadamiania Komisji o odpowiedziach oraz do udzielania porad w odniesieniu do wykonywania środków zaradczych. W odniesieniu do nałożonego na Microsoft obowiązku dotyczącego udostępnienia przedstawicielowi, niezależnie od Komisji, informacji, dokumentacji, pomieszczeń i pracowników, a także kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów, Sąd podnosi, że nie ustanowiono żadnej granicy czasowej mającej zastosowanie do wywierania przez przedstawiciela stałego wpływu na kontrolę związanych z środkami zaradczymi działań Microsoft. W tym względzie należy stwierdzić, iż z motywu 1002 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja uważa, iż obowiązek ujawnienia informacji dotyczących interoperacyjności powinien mieć zastosowanie „na przyszłość”, do przyszłych generacji produktów Microsoft.
1271. Z powyższych rozważań wynika, że przy wykonywaniu uprawnień, jakie posiada na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17, Komisja nie jest upoważniona do nakazania Microsoft powierzenia niezależnemu przedstawicielowi uprawnień, jakich sama nie ma prawa powierzać osobie trzeciej. Wynika z tego, że art. 7 akapit drugi zaskarżonej decyzji jest pozbawiony podstawy prawnej, w szczególności w zakresie, w jakim wymaga on delegacji niezależnemu przedstawicielowi uprawnień dochodzeniowych, z których może korzystać, w ramach rozporządzenia nr 17, jedynie Komisja.
1272. Ponadto jeśli, jak utrzymuje Komisja, jej zamiarem było ustanowienie mechanizmu czysto kompromisowego, w żaden sposób nie było konieczne, aby nakazywała go ona w art. 7 zaskarżonej decyzji.
1273. Wreszcie Komisja wykracza poza swe uprawnienia w zakresie, w jakim art. 7 zaskarżonej decyzji w związku z motywem 1048 pkt v) tej decyzji obciążają Microsoft wszelkimi związanymi z wyznaczeniem przedstawiciela kosztami, w tym jego wynagrodzeniem oraz kosztami związanymi z wykonaniem przez niego zadań.
1274. Żaden przepis rozporządzenia nr 17 nie upoważnia Komisji do nakładania na przedsiębiorstwa obowiązku ponoszenia kosztów, jakie sama ponosi skutek prowadzenia kontroli wykonywania środków zaradczych.
1275. Na Komisji, jako władzy zobowiązanej do stosowania wspólnotowych reguł konkurencji, spoczywa bowiem obowiązek dążenia do wykonania decyzji stwierdzających naruszenie w sposób niezależny, obiektywny i bezstronny. Niezgodne z jej uprawnieniami w tym względzie byłoby, aby skuteczna egzekucja prawa wspólnotowego zależała od woli lub zdolności przedsiębiorstwa będącego adresem decyzji do ponoszenia takich kosztów lub aby wspomniana wola albo zdolność miały wpływ na to wykonanie.
1276. Poza tym z orzecznictwa wynika, że Komisja przy opracowywaniu środków zaradczych, jakie nakłada na przedsiębiorstwa w celu położenia kresu naruszeniu, nie korzysta z nieograniczonego zakresu swobodnego uznania. W ramach stosowania art. 3 rozporządzenia nr 17 zasada proporcjonalności wymaga, aby obciążenia nakładane na przedsiębiorstwa w celu zaprzestania naruszenia nie wykraczały poza granice tego, co jest stosowne i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu, czyli przywrócenia zgodności z prawem z punktu widzenia reguł, które zostały naruszone (ww. w pkt 107 wyrok w sprawie Magill, pkt 93).
1277. Skoro Komisja nie jest uprawniona do nakładania, na podstawie art. 3 rozporządzenia nr 17, na przedsiębiorstwo, które naruszyło art. 82 WE, w drodze decyzji środków zaradczych, w tym obciążania związanymi z nimi kosztami, które wykraczają poza to, co jest stosowne i konieczne, to tym bardziej nie jest uprawniona do obciążania tego przedsiębiorstwa kosztami, które sama ponosi w ramach wykonywania jej własnych uprawnień dochodzeniowych i wykonawczych.
1278. Z całości powyższych rozważań wynika, że Komisja nie oparła art. 7 zaskarżonej decyzji na rozporządzeniu nr 17 i w związku z tym przekracza przyznane jej w rozporządzeniu nr 17 uprawnienia dochodzeniowe i wykonawcze w zakresie, w jakim po pierwsze, nakazuje Microsoft przedstawienie

propozycji dotyczącej ustanowienia mechanizmu, na który składa się wyznaczenie niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania, który jest uprawniony do niezależnego od Komisji dostępu do pomocy, informacji, dokumentacji, pomieszczeń i pracowników Microsoft, a także kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów tej ostatniej, i po drugie, przewiduje obciążenie Microsoft wszelkimi kosztami związanymi z wyznaczeniem przedstawiciela, w tym jego wynagrodzenia. W związku z tym Komisja nie może zastrzegać sobie prawa do narzucania takiego mechanizmu w drodze decyzji, w przypadku gdy uzna, że propozycja przedstawiona przez Microsoft nie jest odpowiednia.

1279. Z powyższego wynika, że należy stwierdzić nieważność art. 7 zaskarżonej decyzji w zakresie opisanym w punkcie powyższym.

II – W przedmiocie żądań zmierzających do uchylecia grzywny lub do obniżenia jej kwoty

A – Zaskarżona decyzja

1280. Dwa stwierdzone w zaskarżonej decyzji nadużycia zostały ukarane poprzez nałożenie jednej grzywny w kwocie 497 196 304 EUR (art. 3 zaskarżonej decyzji).

1281. Komisja poświęciła kwestii grzywny motywy 1054–1080 zaskarżonej decyzji.

1282. W pierwszej kolejności Komisja wyjaśnia, że uwzględniła przepisy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 (motyw 1054 zaskarżonej decyzji), i przypomina, że przy ustalaniu wysokości grzywny należy uwzględnić wagę naruszenia i czas jego trwania, jak również ewentualne okoliczności obciążające i łagodzące (motyw 1055 zaskarżonej decyzji).

1283. W drugiej kolejności Komisja oddala argumenty, jakie Microsoft podniosła w toku postępowania administracyjnego na poparcie swego twierdzenia, zgodnie z którym w niniejszym przypadku nie należało na nią nakładać żadnej grzywny (motywy 1056–1058 zaskarżonej decyzji).

1284. W tym względzie, po pierwsze, Komisja wyjaśnia, że z zaskarżonej decyzji w sposób wystarczający pod względem prawnym wynika, iż Microsoft umyślnie lub co najmniej na skutek niedbalstwa naruszyła art. 82 WE i art. 54 porozumienia o EOG (motyw 1057 zaskarżonej decyzji). Po drugie, Komisja zaprzecza, jakoby wprowadziła „nową zasadę prawną”, oraz stoi na stanowisku, że Microsoft musiała zatem mieć świadomość, że narusza wyżej wspomniane postanowienia (ten sam motyw). Po trzecie, Komisja odrzuca argument Microsoft oparty na okoliczności, że stanowiąca nadużycie sprzedaż wiązana nie mogła się rozpocząć w 1999 r., ponieważ niektóre funkcje otwarcza multimedialnego są zintegrowane z systemem operacyjnym Windows od 1992 r. (ten sam motyw).

1285. W trzeciej kolejności Komisja wyjaśnia sposób, w jaki obliczyła grzywnę (motywy 1059–1079 zaskarżonej decyzji).

1286. Komisja ustala kwotę podstawową grzywny w zależności od wagi i czasu trwania naruszenia (motywy 1059–1078 zaskarżonej decyzji).

1287. Po pierwsze, w odniesieniu do wagi naruszenia Komisja przypomina, że w celu oceny tego czynnika musi ona uwzględnić charakter tego naruszenia, rzeczywisty wpływ na rynek oraz rozmiar właściwego rynku geograficznego (motyw 1060 zaskarżonej decyzji).

1288. W odniesieniu do charakteru naruszenia Komisja podkreśla w motywach 1061–1068 następujące elementy:

- Trybunał już wielokrotnie uznawał za niezgodne z prawem odmowę udzielenia informacji przez przedsiębiorstwa zajmujące pozycję dominującą, jak również praktykowaną przez nie sprzedaż wiążaną;
- Microsoft zajmuje pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, a jej udział w tym rynku przekracza 90%;
- rynek ten oraz dwa inne określone w zaskarżonej decyzji rynki charakteryzują się istnieniem znacznych bezpośrednich i pośrednich efektów sieciowych;
- w tych okolicznościach Microsoft przyjęła strategię efektu dźwigni, na którą to strategię składają się dwa odrębne naruszenia;
- w odniesieniu do stanowiącej naruszenie odmowy dostarczenia informacji Microsoft przyjęła ogólną linię postępowania, której celem jest stworzenie i wykorzystywanie na swoją korzyść

- wszystkich uprzywilejowanych związków pomiędzy jej systemem operacyjnym dla stacji roboczych i jej systemem operacyjnym dla serwerów grupy roboczej, która to linia postępowania stanowi zerwanie ze wcześniejszymi wyższymi poziomami dostarczania informacji;
- ta stanowiąca nadużycie praktyka umożliwia Microsoft rozszerzenie jej dominującej pozycji na „znacznej wartości” rynek systemów operacyjnych dla grupy roboczej;
 - zdobycie tego ostatniego rynku może pociągnąć za sobą inne szkodliwe dla konkurencji skutki;
 - w odniesieniu do stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej gwarantuje ona Microsoft, że wszechobecność jej systemu operacyjnego dla stacji roboczych staje się udziałem jej odtwarzacza Windows Media Player, co zniechęca producentów sprzętu do preinstalowania na stacjach roboczych odtwarzaczy multimedialnych innych producentów i zakłóca konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych;
 - po tym ta stanowiąca nadużycie praktyka pociąga za sobą znaczne skutki dla konkurencji w sektorze dostarczania treści przez Internet oraz w sektorze oprogramowania multimedialnego;
 - wreszcie fakt zdominowania rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych może stanowić strategiczną „bramę” do szeregu rynków powiązanych, spośród których niektóre są bardzo dochodowe.
1289. W świetle elementów wspomnianych w punkcie poprzednim Komisja twierdzi, że naruszenie powinno, ze względu na jego charakter, zostać uznane za „bardzo poważne” (motyw 1068 zaskarżonej decyzji).
1290. W odniesieniu do skutków, które naruszenie pociąga za sobą na rynku, Komisja twierdzi, że „linia postępowania przyjęta przez Microsoft, która polega na używaniu, dzięki zajmowanej pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, efektu dźwigni w celu wyparcia konkurencji, ma znaczny wpływ na rynki systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych” (motyw 1069 zaskarżonej decyzji).
1291. Komisja opiera to twierdzenie na następujących dowodach:
- stanowiąca nadużycie odmowa udzielenia informacji już umożliwiła Microsoft uzyskanie pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i niesie ze sobą ryzyko wyeliminowania konkurencji na tym rynku (motyw 1070 zaskarżonej decyzji);
 - stanowiąca nadużycie sprzedaż związana już umożliwiła Microsoft uzyskanie pierwszego miejsca na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych, a z dowodów zbadanych w zaskarżonej decyzji wynika, że „rynek już może być w trakcie przechyła się na korzyść [Windows Media Playera]” (motyw 1071 zaskarżonej decyzji).
1292. W odniesieniu do zasięgu rozpatrywanych rynków geograficznych produktu Komisja wyjaśnia, że trzy określone w zaskarżonej decyzji rynki obejmują cały EOG (motyw 1073 zaskarżonej decyzji).
1293. W motywie 1074 zaskarżonej decyzji Komisja wyciąga z powyższej analizy wniosek, że Microsoft dokonała bardzo poważnego naruszenia art. 82 WE oraz art. 54 porozumienia o EOG, podlegającego karze grzywny przekraczającej 20 milionów EUR. W następnym motywie decyzji Komisja ustala określoną na podstawie wagi naruszenia początkową kwotę grzywny (zwaną dalej „grzywną wyjściową”), która jest punktem wyjścia dla podstawowej kwoty grzywny, na 165 732 101 EUR.
1294. W motywie 1076 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśnia, że w celu wywarcia wystarczająco odstraszającego wobec Microsoft skutku i biorąc pod uwagę znaczne możliwości gospodarcze tej ostatniej, należy podwoić kwotę wyjściową, co prowadzi do podniesienia na tym etapie kwoty grzywny do kwoty 331 464 203 EUR.
1295. Z drugiej strony w odniesieniu do czasu trwania naruszenia Komisja stwierdza, że stanowiąca naruszenie odmowa dostarczenia informacji rozpoczęła się w październiku 1998 r. i jeszcze się nie zakończyła, podczas gdy w maju 1999 r. rozpoczęła się stanowiąca naruszenie sprzedaż związana, która także nadal trwa (motyw 1077 zaskarżonej decyzji). Komisja twierdzi, że całkowity czas trwania naruszenia popełnionego przez Microsoft wynosi zatem pięć lat i pięć miesięcy, co odpowiada długotrwałemu naruszeniu (ten sam motyw). W związku z tym zwiększyła ona

o 50% kwotę, o której mowa w punkcie poprzednim, i ustaliła podstawową kwotę grzywny na 497 196 304 EUR (motywy 1078 zaskarżonej decyzji).

1296. Po drugie, Komisja uważa, że nie zachodzi żadna okoliczność obciążająca lub łagodząca, jaką należałoby wziąć pod uwagę w niniejszym przypadku (motywy 1079 zaskarżonej decyzji). Ustala ona zatem ostateczną kwotę grzywny na 497 196 304 EUR (motywy 1080 zaskarżonej decyzji).

B – Argumenty uczestników

1297. Microsoft twierdzi przede wszystkim, że grzywna nałożona na mocy art. 3 zaskarżonej decyzji jest całkowicie bezpodstawa ze względu na brak naruszenia art. 82 WE.
1298. Tytułem ewentualnym Microsoft podnosi, że grzywna ta jest nadmierna i nieproporcjonalna i że należy ją w związku z tym uchylić lub znacznie obniżyć.
1299. W tym względzie w pierwszej kolejności Microsoft stwierdza, że nałożenie na nią grzywny nie jest uzasadnione, ponieważ naruszenia, jakie są jej zarzucane, wynikają z „nowej interpretacji prawa”. Na poparcie tego twierdzenia powołuje się ona na pewne fragmenty komunikatów prasowych opublikowanych przez Komisję i dotyczących spraw z zakresu konkurencji (komunikaty prasowe z dnia 20 kwietnia 2001 r., IP/01/584, oraz z dnia 2 czerwca 2004 r., IP/04/705), a także na praktykę Komisji polegającą na nienakładaniu grzywien w sprawach, w których zostały podniesione nowe lub złożone kwestie. Spółka ta podnosi także, że w pewnych sprawach Komisja skazała dane przedsiębiorstwa na symboliczną grzywnę ze względu na okoliczność, iż nie mogły one z łatwością wyciągnąć z jej wcześniejszej praktyki decyzyjnej wniosku, że zarzucane im postępowanie narusza reguły konkurencji.
1300. Microsoft utrzymuje, że zasady zastosowane przez Komisję w niniejszym przypadku wyraźnie odbiegają od tych wypracowanych przez orzecznictwo i że są one wynikiem „znaczącej zmiany stosowanych przez Komisję teorii, która następowała w trakcie przebiegu postępowania w sprawie w ciągu pięciu ostatnich lat”.
1301. Z jednej zatem strony w odniesieniu do stanowiącego nadużycie zachowania, jakie stanowi odmowa udzielenia jej konkurentom informacji dotyczących interoperacyjności oraz udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie, Microsoft podnosi, że Komisja nigdy nie określiła dokładnie rozpatrywanych informacji. Powtarza ponadto, że Sun nie zażądała od niej udzielenia licencji dotyczącej praw własności intelektualnej w celu opracowania systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej w EOG. Wreszcie Microsoft przyznaje, że stanowisko Komisji jest bezprecedensowe, ponieważ przewiduje, w celu ułatwienia rozwoju produktów, które bezpośrednio konkurują z systemami operacyjnymi Windows dla serwerów, obowiązek przekazania na podstawie licencji praw własności intelektualnej o dużej wartości. Microsoft uważa, że w świetle tych różnych elementów miała słuszne powody, aby sądzić, iż w niniejszym przypadku nie zachodziły wyjątkowe okoliczności wymagane przez Trybunał.
1302. Z drugiej strony w odniesieniu do stanowiącego nadużycie zachowania, jakie stanowi okoliczność, że uzależniała ona dostarczanie systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych od jednoczesnego nabycia Windows Media Playera, Microsoft podnosi na wstępie, że w swym pierwszym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja nawet nie wspomniała o swej teorii dotyczącej sprzedaży związanej. Następnie Microsoft wskazuje, iż to w niniejszym przypadku Komisja po raz pierwszy stwierdziła, że ulepszenie produktu poprzez włączenie do niego „ulepszonej” funkcji – w niniejszym przypadku funkcji multimedialnej zawierającej możliwość obsługi danych strumieniowych – przy jednoczesnym braku oferowania po tej samej cenie takiej wersji tego produktu, która jest pozbawiona tej funkcji, może stanowić naruszenie art. 82 WE.
1303. W drugiej kolejności Microsoft twierdzi, że kwota nałożonej na nią grzywny jest nadmierna. Na poparcie tego twierdzenia podnosi trojaki rodzaj argumenty.
1304. Po pierwsze, Microsoft podnosi, że wyjściowa kwota grzywny nie jest uzasadniona. Twierdzi ona na wstępie, że ustalenie tej kwoty na 165 732 101 EUR jest arbitralne i nieprawidłowo uzasadnione. Następnie spółka ta podważa zasadność twierdzenia Komisji, zgodnie z którym dokonała ona „bardzo poważnego” naruszenia. W tym zakresie Microsoft podnosi, że Komisja potrzebowała ponad pięciu lat, aby stwierdzić, że jej zachowanie jest niedozwolone, i jeszcze dłuższego okresu – aby podjąć decyzję, jakie są odpowiednie środki zaradcze. Wreszcie spółka ta twierdzi, że

- nie była ona w stanie przewidzieć, czy jej zachowanie może być uznane za naruszenie reguł konkurencji, a tym bardziej – że stanowi ono „bardzo poważne” naruszenie.
1305. W replice Microsoft podważa twierdzenie Komisji, zgodnie z którym rozpatrywane nadużycia mają znaczny wpływ na rynki właściwe.
1306. Także w replice Microsoft twierdzi, że przy ustalaniu kwoty wyjściowej Komisja nie ograniczyła się do uwzględnienia „produktów, których dotyczą nadużycia”. Oparła się ona bowiem na wielkości obrotów osiągniętych przez Microsoft na rynku systemów operacyjnych dla serwerów w ogólności. Mniej niż jedna czwarta dochodów, które Microsoft osiągnęła ze sprzedaży tych systemów, może zatem być przypisana określonej przez Komisję rynkowi systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
1307. Po drugie, Microsoft twierdzi, że Komisja niesłusznie podwoiła kwotę wyjściową ze względu na jej „znaczne możliwości gospodarcze” i konieczność zapewnienia wystarczająco odstrasżającego skutku. Microsoft podnosi, że Komisja nie zarzuca jej braku woli przestrzegania prawa i że przeciwnie, M. Monti, ówczesny członek Komisji ds. konkurencji, chwalił wysiłki, jakie spółka ta podjęła, aby osiągnąć w niniejszym przypadku polubowne porozumienie, a także profesjonalizm członków jej zespołu. Microsoft dodaje, że Komisja nie może także powoływać się na konieczność odstraszenia innych przedsiębiorstw od popełniania podobnych naruszeń. Wreszcie Microsoft uważa, że kwota wyjściowa opiera się na wielkości obrotów oraz na zyskach, jakie osiągnęła ona na szczelbu światowym, i że te same dane zostały wykorzystane, aby uzasadnić zwiększenie tej kwoty z uwagi na zapewnienie odstrasżającego skutku (przypis na str. 1342 zaskarżonej decyzji), co oznacza, że „dwukrotnie uwzględniono ten sam czynnik”. Inne wspomniane w przypisie na str. 1342 zaskarżonej decyzji czynniki w żaden sposób nie uzasadniają podwojenia kwoty wyjściowej.
1308. Po trzecie, Microsoft podnosi, że zwiększenie o 50% podwojonej kwoty wyjściowej z uwagi na czas trwania naruszenia jest nadmierne. Zdaniem Microsoft Komisja nie uwzględniła środków, jakie Microsoft zastosowała w celu zapobieżenia problemom podniesionym przez Komisję podczas dyskusji i w pismach w sprawie przedstawienia zarzutów, ani zobowiązań, jakie spółka ta podjęła w ramach ugody amerykańskiej. Następnie Microsoft zarzuca Komisji, że nie uwzględniła czasu trwania postępowania administracyjnego, i uważa, że nie można jej zarzucać, iż nie dążyła do zawarcia ugody z tą ostatnią. Microsoft dodaje, że nie mogła zaniechać rzekomych nadużyć wcześniej, ponieważ „teorie Komisji podlegały znacznym zmianom w trakcie tych ostatnich sześciu lat”.
1309. Komisja uważa, że główną tezę Microsoft należy oddalić, ponieważ ta ostatnia nie wykazała, że wyciągnięty przez Komisję wniosek o istnieniu naruszenia art. 82 WE był błędny.
1310. Komisja podważa także tezę przedstawioną przez Microsoft tytułem ewentualnym.
1311. W tym względzie Komisja utrzymuje, że grzywna jest uzasadniona.
1312. Po pierwsze, Komisja podnosi, że nie zastosowała w niniejszym przypadku żadnej nowej reguły prawnej.
1313. W odniesieniu zatem do rozpatrywanej stanowiącej naruszenie odmowy Komisja uważa, iż uwzględniła fakt, że możliwe jest, „że w grę wchodzi prawa własności intelektualnej”. Opierając się zatem na wyrokach takich jak powołany powyżej w pkt 107 wyrok w sprawie Magill, poświęciła ona dużą część zaskarżonej decyzji na wykazanie, że w pewnych wyjątkowych okolicznościach odmowa przekazania na podstawie licencji praw własności intelektualnej może stanowić nadużycie pozycji dominującej. Dodaje ona, że ze względu na to, iż motyw dyrektywy 91/250 wskazują wyraźnie, że fakt nieudzielenia informacji dotyczących interoperacyjności może stanowić nadużycie pozycji dominującej, Microsoft nie może poważnie utrzymywać, iż nie miała świadomości naruszenia art. 82 WE.
1314. Ponadto Komisja przypomina, że jej zdaniem już oddaliła argumenty Microsoft dotyczące zakresu żądania Sun i już wskazała, iż orzecznictwo nie wyklucza, aby produkty podmiotu prawa autorskiego oraz przyszłe produkty licencjodawcy konkurowały ze sobą. W duplice Komisja dodaje, że w pierwszym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów wskazała „pewną ilość informacji, które Microsoft niesłusznie zachowywała dla siebie”, i powtarza, że Microsoft była w pełni świadoma faktu, iż odmawia ona konkurentom dostępu do informacji dotyczących interoperacyjności, o których mowa w zaskarżonej decyzji.

1315. W odniesieniu do stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej Komisja przyznaje, że niniejsza sprawa może różnić się od poprzednich spraw dotyczących sprzedaży związanej ze względu na to, iż w zaskarżonej decyzji dokonała oceny rzeczywistych skutków tego zachowania. Komisja uważa, że nie można na tej podstawie wyciągać wniosku, iż opracowała ona nową teorię, i podkreśla fakt, że jej twierdzenia są oparte na dobrze znanych zasadach prawnych i gospodarczych.
1316. Po drugie, Komisja podnosi, że Microsoft ze względu na znaczne zasoby finansowe i prawne, jakimi dysponuje, jest w stanie przewidzieć, czy jej zachowanie polegające na wykorzystywaniu pozycji dominującej na jednym rynku w celu zdobycia innego może zostać uznane za nadużycie. Podkreśla ona, że sąd wspólnotowy zawsze oddał argument, zgodnie z którym w przypadku gdy dane przedsiębiorstwo nie może mieć świadomości, iż narusza reguły konkurencji, nie można na nie nałożyć żadnej grzywny. Wreszcie Komisja twierdzi, że Microsoft nie może opierać argumentu na okoliczności, iż nie należała ona do grzywny na przedsiębiorstwo w innej sprawie.
1317. W drugiej kolejności Komisja utrzymuje, że grzywna nie jest nadmierna, podnosząc między innymi, iż stanowi ona zaledwie 1,62% wielkości obrotów osiągniętych przez Microsoft w skali światowej w roku obrachunkowym zamkniętym w dniu 30 czerwca 2003 r.
1318. Po pierwsze, Komisja wyjaśnia, że przy ustalaniu kwoty grzywny przysługuje jej zakres swobodnego uznania i że nie jest ona zobowiązana do stosowania konkretnych formuł matematycznych. Dodaje ona, że nie jest ona zobowiązana, z tytułu obowiązku uzasadnienia, do wskazania w swej decyzji danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywien. Ponadto Komisja wskazuje, że zgodnie z wytycznymi w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 [EWWiS] (Dz.U. 1998, C 9, str 3, zwanych dalej „wytycznymi”) oceniła ona wagę naruszenia, uwzględniając jego charakter, jego wpływ na rynek oraz rozmiar rynku geograficznego.
1319. Komisja uważa, że ustaliła kwotę wyjściową grzywny nie w oparciu o wielkość obrotów osiągniętych przez Microsoft w skali światowej, ale w oparciu o wielkość obrotów osiągniętych przez nią w EOG na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych i dla serwerów grupy roboczej. W przypisie na str. 217 odpowiedzi na skargę wyjaśnia, że ten punkt wyjściowy stanowi 7,5% wielkości tych obrotów. Wyciąga ona z tego wniosek, że twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym dokonała ona dwukrotnego uwzględnienia, nie jest zasadne. W odpowiedzi na twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym uwzględniła ona ogólną wielkość obrotów osiągniętych na rynku systemów operacyjnych dla serwerów, Komisja wskazuje, że oparła się na wielkości obrotów, która została jej przekazana przez Microsoft w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji dotyczących systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. Komisja odsyła w tym względzie do pisma, które Microsoft wystosowała w dniu 9 marca 2004 r. (załącznik D.16 do duplikacji).
1320. Po drugie, Komisja twierdzi, że miała prawo zastosować do kwoty wyjściowej grzywny mnożnik wynoszący 2. Podnosi ona w tym względzie, że kwota ta odpowiada mniej niż 1% wielkości obrotów osiągniętych przez Microsoft w trakcie ostatniego roku obrachunkowego, co nie nadawało grzywnie wystarczająco odstrasżającego charakteru. Komisja wyjaśnia, że ustaliła wielkość tego mnożnika, uwzględniając okoliczność, że duże przedsiębiorstwa posiadają zazwyczaj zasoby umożliwiające im lepszą znajomość wymogów i konsekwencji z punktu widzenia prawa konkurencji niż mniejsze przedsiębiorstwa.
1321. Komisja podnosi także, że z orzecznictwa wynika, iż celem odstrasżającego skutku, do którego osiągnięcia Komisja jest uprawniona przy ustalaniu wysokości grzywny, jest zapewnienie przestrzegania przez przedsiębiorstwa reguł konkurencji określonych w traktacie dla ich działań we Wspólnocie lub w EOG (wyrok Sądu z dnia 9 lipca 2003 r. w sprawie T-224/00 Archer Daniels Midland i Archer Daniels Midland Ingredients przeciwko Komisji, Rec. str. II-2597, pkt 110 i 111). Wynika z tego, że odstrasżający charakter grzywny nałożonej ze względu na naruszenia reguł konkurencji nie może być określany tylko w oparciu o szczególną sytuację ukaranego przedsiębiorstwa. Od ponownego dokonania takiego samego naruszenia lub innego naruszenia reguł konkurencji należy odstraszyć nie tylko to przedsiębiorstwo, ale także inne przedsiębiorstwa „o podobnych rozmiarach i zasobach”.
1322. Ponadto Komisja podkreśla, po pierwsze, że nie utrzymywała, iż Microsoft przeszkadzała jej w dochodzeniu, oraz po drugie, że nie uwzględniła wobec Microsoft żadnej okoliczności obciążającej.

1323. Po trzecie, Komisja podważa, że zastosowane przez nią ze względu na czas trwania naruszenia zwiększenie o 50% kwoty obliczonej na podstawie wagi naruszenia jest nadmierne. Uważa ona, że postąpiła zgodnie z praktyką polegającą na stosowaniu w przypadku długotrwałych naruszeń zwiększenia o 10% wysokości grzywny za każdy rok uczestnictwa w naruszeniu.
1324. Komisja uważa, że Microsoft nie może powoływać się na środki, które spółka ta zastosowała w celu zapobieżenia problemom podniesionym przez Komisję lub w ramach ugody amerykańskiej, gdyż środki te są pozbawione znaczenia dla obliczenia czasu trwania naruszenia. Odsyłając do motywów 241, 242 oraz 270–279 zaskarżonej decyzji, Komisja dodaje, że stosowanie tych środków nie spowodowało zaniechania naruszenia.
1325. Wreszcie Komisja podważa argument Microsoft dotyczący długości trwania postępowania administracyjnego, podnosząc między innymi, że ten czas trwania był obiektywnie uzasadniony złożonością sprawy i koniecznością zapewnienia przysługujących Microsoft praw do obrony.

C – Ocena Sądu

1326. W ramach niniejszych żądań zadaniem Sądu jest zbadanie zgodności z prawem art. 3 zaskarżonej decyzji oraz, jeśli okaże się to konieczne, uchylenie lub obniżenie nałożonej na Microsoft przez ten artykuł grzywny, przy wykorzystaniu przysługującego mu prawa do nieograniczonego orzekania.
1327. Komisja nakłada na Microsoft za dwa nadużycia stwierdzone w art. 2 zaskarżonej decyzji jedną grzywnę. W szczególności z motywów 1061–1069 wynika, że Komisja, stwierdzając istnienie dwóch odrębnych nadużyć, utrzymuje jednak, że Microsoft dokonała jednego naruszenia, a mianowicie zastosowała praktykę polegającą na wykorzystaniu, dzięki efektowi dźwigni, pozycji dominującej, jaką zajmuje ona na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych (zob. w szczególności motyw 1063 zaskarżonej decyzji).
1328. Z motywów 1054–1080 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja zamierzała obliczyć wysokość grzywny zgodnie z metodą przedstawioną w wytycznych, nawet jeśli w zaskarżonej decyzji nie odwołuje się do nich bezpośrednio.
1329. Tytułem żądania głównego Microsoft podnosi, że należy stwierdzić nieważność art. 3 zaskarżonej decyzji, ponieważ ze względu na brak naruszenia art. 82 WE nałożona grzywna jest całkowicie bezpodstawna.
1330. Argument ten należy oddalić. Z oceny przeprowadzonej w ramach problematyki odmowy dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności oraz udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie, a także problematyki sprzedaży związanej z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych z Windows Media Playerem wynika bowiem, że Komisja słusznie stwierdziła, iż, zachowując się w taki sposób, Microsoft naruszyła art. 82 WE.
1331. Tytułem ewentualnym Microsoft podnosi, że grzywna jest nadmierna i nieproporcjonalna i że powinna w związku z tym zostać uchylona lub znacznie obniżona. Spółka ta podnosi między innymi, że obydwa zachowania, o których mowa w art. 2 zaskarżonej decyzji, stanowią całkowicie nowe formy nadużyć pozycji dominującej i że nie mogła przewidzieć, iż jej postępowanie, polegające z jednej strony na wykonywaniu praw własności intelektualnej dotyczących bardzo cennej technologii, jaką opracowała, oraz z drugiej strony na ulepszaniu pod względem technicznym istniejącego produktu, zostanie zinterpretowane przez Komisję jako naruszenie art. 82 WE.
1332. Sąd uważa, że argumenty przedstawione przez Microsoft tytułem żądania ewentualnego są bezzasadne, a w szczególności, iż spółka ta nie wykazała, że Komisja błędnie oceniła wagę i czas trwania naruszenia lub popełniła błąd przy ustalaniu kwoty grzywny.
1333. W tym względzie należy przypomnieć, że w ramach badania pierwszej grupy problemowej Sąd potwierdził zasadność oceny Komisji, zgodnie z którą zarzucana Microsoft odmowa – zakładając, że stanowiła ona odmowę przyznania osobie trzeciej licencji dotyczącej praw własności intelektualnej – ma charakter nadużycia, ponieważ z jednej strony towarzyszyły jej przewidziane w orzecznictwie wyjątkowe okoliczności umożliwiające, w interesie publicznym polegającym na utrzymaniu skutecznej konkurencji na rynku, ingerencję w wyłączne prawo podmiotu prawa własności intelektualnej i z drugiej strony nie jest ona obiektywnie uzasadniona.

1334. Należy przypomnieć także, w ramach badania drugiej grupy problemowej, że Sąd stwierdził, iż Komisja w wystarczający pod względem prawnym sposób wykazała, że uzależnianie przez Microsoft dostarczania systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych od jednoczesnego nabycia oprogramowania Windows Media Player spełnia przesłanki konieczne do stwierdzenia stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej w rozumieniu art. 82 WE i nie jest obiektywnie uzasadnione.
1335. W pierwszej kolejności w odniesieniu do argumentu Microsoft, zgodnie z którym obydwu nadużycia stwierdzone w art. 2 zaskarżonej decyzji wynikają z „nowej interpretacji prawa” (zob. pkt 1299–1302 powyżej), wystarczy stwierdzić, że Sąd w ramach badania dwóch pierwszych grup problemowych stwierdził już, iż jest on bezzasadny. Z tego badania wynika, że Komisja nie zastosowała w niniejszym przypadku nowej zasady prawnej.
1336. W odniesieniu zatem, po pierwsze, do nadużycia stwierdzonego w art. 2 zaskarżonej decyzji już zostało wyjaśnione, że w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych sprawy Trybunał w powołanym powyżej w pkt 107 wyroku w sprawie Magill już orzekł, że choć odmowa przyznania licencji ze strony podmiotu prawa własności intelektualnej – nawet w przypadku przedsiębiorstwa znajdującego się w pozycji dominującej – nie może sama w sobie stanowić jej nadużycia, to wykonywanie wyłącznego prawa przez posiadacza może jednakże, w wyjątkowych okolicznościach, prowadzić do stanowiącego nadużycie zachowania.
1337. Twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym nie mogła ona z łatwością zdać sobie sprawy z tego, że zarzucane jej zachowanie narusza reguły konkurencji, jest poza tym trudne do pogodzenia ze stanowiskiem, jakiego broniła ona w toku postępowania administracyjnego. Microsoft podniosła bowiem, iż gdyby Komisja stwierdziła, że rozpatrywana odmowa stanowi nadużycie, mogło to podważyć osiągniętą w dyrektywie 91/250 „rozsądną równowagę pomiędzy prawem autorskim i polityką konkurencji” (motyw 743 zaskarżonej decyzji). Należy dodać, że z dwudziestego szóstego motywu tej dyrektywy wynika, iż jej przepisy „pozostają bez uszczerbku dla stosowania reguł konkurencji zgodnie z art. [81 WE i 82 WE], jeśli dominujący dostawca odmawia dostępu do informacji niezbędnych do zdefiniowanej w niniejszej dyrektywie interoperacyjności”.
1338. Z powyższego wynika, że Komisja słusznie stwierdziła, iż Microsoft powinna była wiedzieć, że rozpatrywana odmowa wiąże się z ryzykiem naruszenia reguł konkurencji.
1339. Po drugie, podobnie jest w przypadku nadużycia stwierdzonego w art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji, a argumenty oparte na rzekomym zastosowaniu nowej teorii już zostały oddalone w ramach badania drugiej grupy problemowej (zob. między innymi pkt 859 i 863–868 powyżej). W związku z tym Sąd uważa, iż Komisja słusznie wyjaśnia w motywie 1057 zaskarżonej decyzji, że zbadanie przez nią rozpatrywanej sprzedaży związanej, a także wyciągnięty na jego podstawie wniosek, że to zachowanie stanowi nadużycie, opierają się na dobrze utrwalonej praktyce, między innymi na wyrokach Hilti i Tetra Pak II.
1340. Fakt, że w pierwszym piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów nie ma mowy o stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej, jest pozbawiony znaczenia dla kwestii, czy Komisja zastosowała nową teorię prawną.
1341. Twierdzenie, zgodnie z którym zaskarżona decyzja stanowi pierwszą decyzję, w której Komisja uznała ulepszenie produktu i zintegrowanie z nim „ulepszonej” funkcji za nadużycie, także nie może być przyjęte. Jak stwierdzono w pkt 936, 937 i 1221 powyżej, integracja ta nie była podyktowana względami technicznymi. Ponadto ze względów przedstawionych między innymi w pkt 935 powyżej twierdzenie to nie podważa oceny Komisji dotyczącej istnienia dwóch odrębnych produktów, która stanowi jedno z kryteriów umożliwiających stwierdzenie stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej, zgodnie z orzecznictwem wspomnianym w pkt 859 powyżej.
1342. Z powyższych rozważań wynika, iż Microsoft niesłusznie twierdziła, że Komisja nie powinna była nakładać na nią grzywny lub powinna była na nią nałożyć tylko grzywnę symboliczną.
1343. W drugiej kolejności należy także oddalić argument Microsoft, zgodnie z którym kwota grzywny jest nadmierna. Sąd uważa bowiem, że Komisja dokonała prawidłowej oceny wagi i czasu trwania naruszenia.
1344. Po pierwsze, w odniesieniu do wagi naruszenia należy tytułem wstępu przypomnieć, że obydwu rozpatrywane nadużycia składają się na naruszenie polegające na zastosowaniu przez Microsoft

strategii efektu dźwigni, czyli wykorzystaniu pozycji dominującej, jaką spółka ta zajmuje na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, aby rozszerzyć swój rynek o rynki systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej i odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych.

1345. Najpierw w odniesieniu od nadużycia stwierdzonego w art. 2 lit. a) zaskarżonej decyzji Komisja bada wagę tego nadużycia, biorąc pod uwagę jego charakter (motywy 1064 i 1065 zaskarżonej decyzji), rzeczywisty wpływ na rynek (motywy 1069 i 1070 zaskarżonej decyzji) oraz rozmiar właściwego rynku geograficznego (motyw 1073 zaskarżonej decyzji). Uznaje ona naruszenie, na jakie składa się to nadużycie, za „bardzo poważne”, a w związku z tym podlegające grzywnie powyżej 20 milionów EUR.
1346. Sąd uważa, że elementy uwzględnione przez Komisję w motywach wspomnianych w punkcie poprzednim uzasadniają uznanie naruszenia za „bardzo poważne”. Argumenty Microsoft nie są w stanie podważyć tej oceny.
1347. Sąd pragnie podkreślić w tym względzie, że wiele znajdujących się w aktach sprawy wewnętrznych dokumentów Microsoft potwierdza, że posłużyła się ona, poprzez wykorzystanie efektu dźwigni, swą pozycją dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, aby wzmocnić swą pozycję na rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej. W motywie 774 zaskarżonej decyzji Komisja cytuje zatem fragment przesłanej pocztą elektroniczną wiadomości skierowanej przez S. Bayera, przedstawiciela kadry kierowniczej Microsoft wysokiego szczebla, do S. Madigana, innego przedstawiciela kadry kierowniczej Microsoft wysokiego szczebla, w której ten pierwszy wskazuje, że „[Microsoft] posiada olbrzymią przewagę na rynku informatycznym dla przedsiębiorstw [...] dzięki efektowi dźwigni, z której korzysta ze względu na dominującą pozycję Windows na rynku komputerów biurowych”.
1348. W następnym motywie zaskarżonej decyzji Komisja przedstawia fragment innej wymienionej pocztą elektroniczną pomiędzy innymi przedstawicielami kadry kierowniczej Microsoft wysokiego szczebla wiadomości, z którego wynika, że zdobycie rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej jest uważane za środek do wprowadzenia tej samej strategii efektu dźwigni w odniesieniu do Internetu. Fragment ten ma następującą treść:
- „[Z]dominowanie infrastruktury serwerów internetowych nie będzie łatwe, [ale] będziemy mogli to osiągnąć poprzez sieć przedsiębiorstw, jeśli uda nam się je zdominować (co moim zdaniem jest możliwe)”.
1349. Poza tym, jak słusznie podnosi Komisja w motywie 778 zaskarżonej decyzji, z fragmentu przemówienia wygłoszonego przez B. Gatesa w lutym 1997 r. wynika, że przedstawiciele najwyższego szczebla kadry kierowniczej Microsoft uznają interoperacyjność za narzędzie w ramach tej strategii efektu dźwigni. Fragment ten ma następującą treść:
- „Próbujemy wykorzystywać naszą kontrolę nad serwerami w celu tworzenia nowych protokołów i wykluczenia w szczególności Sun i Oracle [...]. Nie wiem, czy osiągniemy ten cel, ale w każdym razie próbujemy to uczynić”.
1350. Należy podnieść, że przemówienie B. Gatesa zostało wygłoszone w lutym 1997 r., czyli na długo przed datą, w której Microsoft odrzuciła żądanie zawarte w piśmie z dnia 15 września 1998 r. Komisja słusznie zatem stwierdziła, że sporna odmowa wpisuje się w całościową strategię polegającą na wykorzystywaniu przez Microsoft pozycji dominującej na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych w celu wzmocnienia swej pozycji konkurencyjnej na sąsiednim rynku systemów operacyjnych dla serwerów grupy roboczej.
1351. Następnie w odniesieniu do sprzedaży związanej Windows Media Playera z Windows, o której mowa w art. 2 lit. b) zaskarżonej decyzji, Sąd stwierdza, że Komisja także dokonała prawidłowej oceny kryterium wagi naruszenia, uznając je za „bardzo poważne”.
1352. W tym względzie należy podnieść, po pierwsze, że z wiadomości wysłanej pocztą elektroniczną przez M. Bay’a do B. Gatesa w styczniu 1999 r. (zob. pkt 911 powyżej) wynika, iż także drugie nadużycie wpisuje się w strategię efektu dźwigni.
1353. Po drugie, Komisja słusznie stwierdza w motywie 1068 zaskarżonej decyzji, że wspomniane nadużycie stanowi, ze względu na jego charakter, bardzo poważne naruszenie art. 82 WE oraz art. 54 porozumienia o EOG.

1354. Przede wszystkim bowiem praktyki sprzedaży związanej zostały już wyraźnie uznane przez sąd wspólnotowy za niezgodne z prawem, między innymi w sprawach Hilti i Tetra Pak II, a zarzucane zachowanie spełnia określone przez to orzecznictwo przesłanki. Należy przypomnieć między innymi, że jak zostało wyjaśnione w pkt 859 i 863–868 powyżej, Komisja nie zastosowała w niniejszym przypadku nowej teorii prawnej, w szczególności badając, czy spełniona została przesłanka dotycząca wykluczenia konkurentów z rynku.
1355. Następnie Komisja bardzo słusznie podnosi w motywie 1066 zaskarżonej decyzji, że rozpatrywana sprzedaż wiązana zapewnia Windows Media Playerowi wszechobecność na wszystkich stacjach roboczych na świecie, co zniechęca producentów sprzętu do preinstalowania na stacjach roboczych konkurencyjnych odtwarzaczy multimedialnych i narusza konkurencję na rynku odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych (zob. pkt 1031–1058 powyżej).
1356. Wreszcie jak słusznie podkreśla Komisja w motywie 1067 zaskarżonej decyzji, rozpatrywana stanowiąca nadużycie sprzedaż wiązana ma znaczny wpływ na stan konkurencji w sektorze dostarczania treści przez Internet, a także w sektorze odtwarzaczy multimedialnych, będącymi sektorami o dużym znaczeniu, które nadal będą się rozwijać. Jak zatem zostało wyjaśnione w pkt 1060–1075 powyżej, wszechobecność, jaką wspomniana sprzedaż wiązana zapewnia Windows Media Playerowi, zachęca z jednej strony dostawców treści do rozpowszechniania ich treści w formacie Windows Media i z drugiej strony twórców aplikacji do projektowania ich produktów w taki sposób, aby opierały się one na pewnych funkcjach Windows Media Playera, pomimo tego że konkurencyjne odtwarzacze multimedialne mają podobną, a nawet wyższą jakość od jakości tego ostatniego odtwarzacza. W pkt 1076 powyżej wykazano także, że Komisja bardzo słusznie stwierdziła w motywach 897–899 zaskarżonej decyzji, iż stanowiąca nadużycie sprzedaż wiązana ma także wpływ na niektóre rynki sąsiadujące.
1357. Po trzecie, Komisja w motywach 1069 i 1071 zaskarżonej decyzji słusznie podnosi, że rozpatrywana stanowiąca nadużycie sprzedaż wiązana ma znaczny wpływ na rynek odtwarzaczy multimedialnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych. Owa sprzedaż wiązana umożliwiła bowiem Microsoft między innymi uzyskanie ze swym odtwarzaczem Windows Media Player pierwszego miejsca na rynku.
1358. Po czwarte, oczywiste jest, że rynek systemów operacyjnych umożliwiających obsługę danych strumieniowych obejmuje cały EOG (motyw 1073 zaskarżonej decyzji).
1359. Z rozważań przedstawionych w pkt 1344–1358 powyżej wynika, że Komisja słusznie uwzględniła jako punkt wyjścia dla ustalenia grzywny dotyczącej naruszenia kwotę minimalną wynoszącą 20 milionów EUR.
1360. W niniejszym przypadku Komisja, po uwzględnieniu charakteru naruszenia, jego wpływu na właściwe rynki produktu oraz zakresu geograficznego tych rynków, zastosowała jedną kwotę wyjściową, której wysokość ustaliła na 165 732 101 EUR w odniesieniu do obydwu nadużyć (motyw 1075 zaskarżonej decyzji). Należy podnieść, że Komisja w zaskarżonej decyzji nie wyjaśnia, ani czemu odpowiada ta kwota, ani jak jest ona rozdzielona pomiędzy obydwu nadużycia. Okazuje się jednak, w świetle przypisu na str. 217 odpowiedzi na skargę w związku z treścią pisma Microsoft z dnia 9 marca 2004 r. (zob. pkt 1319 powyżej), że kwota ta stanowi 7,5% wielkości całkowitych obrotów osiągniętych przez Microsoft na rynkach systemów operacyjnych dla stacji roboczych oraz dla serwerów grupy roboczej w trakcie roku obrachunkowego zamkniętego w dniu 30 czerwca 2003 r. Wbrew temu, co twierdzi Microsoft, nie można zatem twierdzić, że ta kwota wyjściowa została ustalona w sposób arbitralny.
1361. W odniesieniu do twierdzenia Microsoft, zgodnie z którym ustalenie na 165 732 101 EUR kwoty wyjściowej grzywny nie jest uzasadnione, wystarczy podnieść, że zgodnie z orzecznictwem, wymóg uzasadnienia nie oznacza, iż zadaniem Komisji jest wskazanie w jej decyzji danych liczbowych dotyczących sposobu obliczenia grzywien (wyroki Trybunału z dnia 16 listopada 2000 r. w sprawie C-291/98 P Sarrió przeciwko Komisji, Rec. str. I-9991, pkt 76 i 80 oraz ww. w pkt 95 wyrok w sprawie Limbursge Vinyl Maatschappij i in. przeciwko Komisji, pkt 464).
1362. Twierdzenie Microsoft, zgodnie z którym Komisja uwzględniła wielkość obrotów osiągniętych na rynku systemów operacyjnych dla serwerów ogólnie, czyli na rynku dużo szerszym niż drugi z określonych w zaskarżonej decyzji, także nie może być przyjęte. Komisja bowiem oparła się na

danych, które zostały przekazane przez Microsoft w piśmie z dnia 9 marca 2004 r. (zob. pkt 1319 powyżej) w odpowiedzi na żądanie udzielenia informacji z dnia 2 marca 2004 r. (załącznik D.16 do dupliki), dotyczących wyraźnie systemów operacyjnych Windows dla serwerów grupy roboczej, których obsługę Microsoft jeszcze w tym czasie oferowała.

1363. Ponadto Sąd uważa, że Komisja słusznie, aby zapewnić wystarczająco odstraszący charakter grzywny, a także biorąc pod uwagę znaczne możliwości gospodarcze Microsoft, zastosowała do tej kwoty wyjściowej mnożnik wynoszący 2. Z jednej strony, ponieważ jest wysoce prawdopodobne, że co najmniej w ciągu następnych lat spółka ta utrzyma pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych dla stacji roboczych, nie można wykluczyć, że będzie mieć ona inne okazje do wykorzystania strategii efektu dźwigni w stosunku do innych rynków sąsiadujących. Z drugiej strony należy podnieść, że z uwagi na praktykę analogiczną do rozpatrywanej stanowiącej naruszenie sprzedaży związanej, czyli sprzedaży związanej wyszukiwarki internetowej Internet Explorer z systemem operacyjnym Windows dla stacji roboczych, Microsoft już była przedmiotem toczących się w Stanach Zjednoczonych postępowań, a także że istnieje ryzyko, iż w przyszłości dokona ona takiego rodzaju naruszenia dotyczącego innych oprogramowań aplikacji.
1364. Po drugie, w odniesieniu do czasu trwania naruszenia argument Microsoft, zgodnie z którym zwiększenie o 50% kwoty podstawowej grzywny jest nadmierne, należy oddalić. Sąd w ramach badania drugiej części grupy problemowej odmowy dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności stwierdził już, że Komisja słusznie uznała, iż pismo z dnia 6 października 1998 r. zawiera odmowę przekazania Sun informacji przez nią zażądanych. Wynika z tego, że Komisja miała prawo stwierdzić, iż począwszy od tej daty, Microsoft stała się winna naruszenia art. 82 WE. Jest oczywiste, że naruszenie trwało aż do dnia wydania zaskarżonej decyzji i że począwszy od maja 1999 r., do tego naruszenia Microsoft dodała drugie stanowiące naruszenie zachowanie.
1365. Po trzecie, Sąd stwierdza, iż Komisja słusznie uznała, że w niniejszym przypadku nie należy uwzględniać okoliczności obciążających ani łagodzących.
1366. Z całości powyższych rozważań wynika, że argument Microsoft, zgodnie z którym grzywna jest nadmierna i nieproporcjonalna, należy oddalić.
1367. Skargę należy zatem oddalić jako bezzasadną w zakresie, w jakim zmierza ona do uchylenia grzywny lub obniżenia jej kwoty.

W przedmiocie kosztów

1368. Zgodnie z art. 87 § 2 regulaminu Sądu kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Jednakże, zgodnie z art. 87 § 3 tego regulaminu, w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań każdej ze stron oraz w wypadkach szczególnych Sąd może postanowić, że koszty zostaną rozdzielone albo że każda ze stron poniesie własne koszty.
1369. W niniejszym przypadku nieuwzględnione zostały żądania Microsoft w przedmiocie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji w całości, a także żądania w przedmiocie uchylenia grzywny lub obniżenia jej kwoty. W odniesieniu do Komisji nieuwzględnione natomiast zostały żądania w przedmiocie oddalenia skargi w całości.
1370. W odniesieniu do postępowania głównego w tych okolicznościach koszty winny zostać podzielone. Microsoft pokryje 80% swych własnych kosztów oraz 80% kosztów poniesionych przez Komisję, z wyjątkiem tych poniesionych w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów CompTIA, ACT, TeamSystem, Mamut, DMDsecure i in. oraz Exor. Komisja pokryje 20% kosztów własnych oraz 20% kosztów poniesionych przez Microsoft, z wyjątkiem tych poniesionych w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów SIIA, FSFE, Audiobanner.com i ECIS.
1371. W odniesieniu do postępowania w przedmiocie środka tymczasowego Microsoft pokryje koszty własne, a także koszty poniesione przez Komisję, z wyjątkiem tych poniesionych w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów CompTIA, ACT, TeamSystem, Mamut, DMDsecure i in. oraz Exor.
1372. CompTIA, ACT, TeamSystem, Mamut, DMDsecure i in. oraz Exor pokryją koszty własne, w tym te związane z postępowaniem w przedmiocie środka tymczasowego. Ze względu na to, że Komisja

nie zażądała obciążenia tych interwenientów kosztami poniesionymi w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów, pokrywają oni tylko koszty własne.

1373. Koszty SIIA, FSFE, Audiobanner.com i ECIS, w tym te związane z postępowaniem w przedmiocie środka tymczasowego, pokryje Microsoft.

Z powyższych względów

SĄD (wielka izba)

orzeka, co następuje:

1. Stwierdza się nieważność art. 7 decyzji Komisji 2007/53/WE z dnia 24 marca 2004 r. odnoszącej się do procedury przewidzianej w art. 82 traktatu WE oraz art. 54 porozumienia EOG przeciwko Microsoft Corp. (sprawa COMP/C-3/37.792 – Microsoft) w zakresie, w jakim:
 - nakazuje ona Microsoft przedstawienie propozycji dotyczącej ustanowienia mechanizmu obejmującego wyznaczenie niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania mającego prawo dostępu, niezależnie od Komisji, do pomocy technicznej, informacji, dokumentacji, pomieszczeń i pracowników Microsoft, a także kodu źródłowego mających znaczenie dla sprawy produktów Microsoft;
 - stawia ona wymóg, aby propozycja dotycząca ustanowienia tego mechanizmu przewidywała, że całość kosztów związanych z wyznaczeniem przedstawiciela, w tym także jego wynagrodzenie, ponosi Microsoft;
 - zastrzega ona dla Komisji prawo narzucenia, w drodze decyzji, mechanizmu, o którym mowa w dwóch powyższych tiret.
2. W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.
3. Microsoft zostaje obciążona 80% swoich własnych kosztów postępowania oraz 80% kosztów postępowania Komisji, z wyjątkiem kosztów, jakie ta ostatnia poniosła w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów The Computing Technology Industry Association, Inc., Association for Competitive Technology, Inc., TeamSystem SpA, Mamut ASA, DMDsecure.com BV, MPS Broadband AB, Pace Micro Technology plc, Quantel Ltd, Tandberg Television Ltd oraz Exor AB.
4. Microsoft zostaje obciążona swoimi własnymi kosztami oraz kosztami Komisji poniesionymi w związku z postępowaniem w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego w sprawie T-201/04 R, z wyjątkiem kosztów poniesionych przez Komisję w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów The Computing Technology Industry Association, Association for Competitive Technology, de TeamSystem, Mamut, DMDsecure.com, MPS Broadband, Pace Micro Technology, Quantel, Tandberg Television oraz Exor.
5. Microsoft zostaje obciążona kosztami postępowania Software & Information Industry Association, Free Software Foundation Europe, d'Audiobanner.com oraz European Committee for Interoperable Systems (ECIS), w tym także kosztami poniesionymi w związku z postępowaniem w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.
6. Komisja zostaje obciążona 20% swoich własnych kosztów postępowania oraz 20% kosztów postępowania Microsoft, z wyjątkiem kosztów, które to przedsiębiorstwo poniosło w związku z przystąpieniem do sprawy w charakterze interwenientów Software & Information Industry Association, Free Software Foundation Europe, Audiobanner.com oraz ECIS.
7. The Computing Technology Industry Association, Association for Competitive Technology, TeamSystem, Mamut, DMDsecure.com, MPS Broadband, Pace Micro Technology, Quantel, Tandberg Television i Exor zostają obciążone swymi własnymi kosztami postępowania, w tym także kosztami poniesionymi w związku z postępowaniem w przedmiocie zastosowania środka tymczasowego.

Vesterdorf
García-Valdecasas
Cooke
Martins Ribeiro
Vadapalas
Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 17 września 2007 r.
Sekretarz
E. Coulon

Jaeger
Tiili
Meij

Pirrung
Azizi
Forwood
Wiszniewska-Białecka
Labucka
Prezes
B. Vesterdorf

Spis treści

Okoliczności faktyczne poprzedzające powstanie sporu**Zaskarżona decyzja**

- I – Właściwe rynki produktu i rynek geograficzny
- II – Pozycja dominująca
- III – Nadużycie pozycji dominującej
 - A – Odmowa dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystanie
 - B – Sprzedaż wiązana systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych i odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player
- IV – Grzywna i środki zaradcze

Postępowanie w sprawie naruszenia amerykańskiego prawa antymonopolowego**Postępowanie****Żądania stron****Co do prawa**

- I – W przedmiocie żądań zmierzających do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji
 - A – Uwagi wstępne
 - 1. W sprawie zakresu kontroli sprawowanej przez sąd wspólnotowy
 - 2. W przedmiocie dopuszczalności treści niektórych załączników
 - B – W przedmiocie problematyki związanej z odmową dostarczenia informacji dotyczących interoperacyjności i udzielenia zezwolenia na ich wykorzystywanie
 - 1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu, opartej na twierdzeniu, że określone przez sąd wspólnotowy kryteria umożliwiające zmuszenie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do przyznania licencji nie są w niniejszym przypadku spełnione
 - a) Wprowadzenie
 - b) W przedmiocie różnych stopni interoperacyjności i zakresu środka zaradczego przewidzianego w art. 5 zaskarżonej decyzji
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - Ustalenia faktyczne i techniczne
 - W przedmiocie charakteru informacji, o których mowa w zaskarżonej decyzji
 - W przedmiocie stopnia interoperacyjności przyjętego przez Komisję w zaskarżonej decyzji
 - W przedmiocie zakresu art. 5 lit. a) zaskarżonej decyzji
 - c) W przedmiocie twierdzenia, zgodnie z którym protokoły komunikacyjne Microsoft są chronione prawami własności intelektualnej
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - d) W przedmiocie powoływanej na poparcie pierwszej części zarzutu argumentacji w ścisłym tego słowa znaczeniu
 - (i) W przedmiocie okoliczności, w świetle których należy analizować zarzucane zachowanie
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - (ii) W przedmiocie niezbędnego charakteru informacji dotyczących interoperacyjności
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu

- W przedmiocie rzekomego naruszenia prawa
 - W przedmiocie błędu co do okoliczności faktycznych
 - (iii) W przedmiocie eliminacji konkurencji
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - W przedmiocie definicji rynku właściwego produktu
 - W przedmiocie metodologii zastosowanej w celu obliczenia udziałów w rynku
 - W przedmiocie mającego zastosowanie kryterium
 - W przedmiocie oceny danych rynkowych i sytuacji konkurencyjnej
 - (iv) W przedmiocie nowego produktu
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - (v) W przedmiocie obiektywnego uzasadnienia
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
2. W przedmiocie drugiej części zarzutu, opartej na fakcie, że Sun nie zwróciła się do Microsoft o umożliwienie korzystania z technologii, której ujawnienie nakazała Komisja
- a) Argumenty uczestników
 - b) Ocena Sądu
 - W przedmiocie zakresu żądania Sun
 - W przedmiocie zakresu pisma z dnia 6 października 1998 r.
 - W przedmiocie zasięgu geograficznego żądania zawartego w piśmie z dnia 15 września 1998 r.
3. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, opartej na okoliczności, że Komisja nie uwzględniła w sposób prawidłowy obowiązków nałożonych przez Wspólnoty na mocy porozumienia TRIPS
- a) Argumenty uczestników
 - b) Ocena Sądu
- C – W przedmiocie problematyki sprzedaży związanej systemu operacyjnego Windows dla stacji roboczych oraz odtwarzacza multimedialnego Windows Media Player
1. Twierdzenia faktyczne i techniczne
 2. W przedmiocie pierwszego zarzutu, opartego na naruszeniu art. 82 WE
 - a) W przedmiocie przesłanek, których spełnienie jest wymagane, aby stwierdzić stanowiącą naruszenie sprzedaż związaną
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - b) W przedmiocie istnienia dwóch odrębnych produktów
 - Zaskarżona decyzja
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - c) W przedmiocie okoliczności, że konsumenci nie mają możliwości nabycia produktu wiążącego bez produktu związanego
 - Zaskarżona decyzja
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - d) W przedmiocie ograniczenia konkurencji
 - Zaskarżona decyzja
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
 - e) W przedmiocie braku obiektywnego uzasadnienia
 - Zaskarżona decyzja
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu

- f) W przedmiocie naruszenia obowiązków nałożonych na Wspólnoty na podstawie porozumienia TRIPS
 - Zaskarżona decyzja
 - Argumenty uczestników
 - Ocena Sądu
- 3. W przedmiocie drugiego zarzutu, opartego na naruszeniu zasady proporcjonalności
 - a) Zaskarżona decyzja
 - b) Argumenty uczestników
 - c) Ocena Sądu
- D – W przedmiocie problematyki niezależnego przedstawiciela ds. monitorowania
 - 1. Zaskarżona decyzja
 - 2. Argumenty uczestników
 - 3. Ocena Sądu
- II – W przedmiocie żądań zmierzających do uchylenia grzywny lub do obniżenia jej kwoty
 - A – Zaskarżona decyzja
 - B – Argumenty uczestników
 - C – Ocena Sądu

W przedmiocie kosztów

ISBN 978-83-61276-16-6