

MICROSOFT: EU PROCEDURE VERLOREN

In december 2004 heeft Microsoft, als kampioen van extreem dure schikkingen, een belangrijke juridische procedure verloren. De President van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg heeft Microsoft's eis tot opschorting van de beschikking van de Europese Commissie van maart 2004 afgewezen. De zaak van de Europese Commissie tegen Microsoft heeft in Computerrecht tot nu toe geen aandacht gekregen. Het volgen van de vele IE- en mededingingsrechtprocedures tegen Microsoft is ook bijna een dagtaak. Het EU-onderzoek tegen Microsoft is begonnen in 1998 ná een klacht ingesteld door Sun Microsystems. Vermeldenswaard is dat Microsoft in april 2004 met Sun een schikking van bijna 2 miljard dollar heeft getroffen.

Waar gaat de Microsoft-zaak nu eigenlijk over? Twee relatief eenvoudige juridische vragen zijn van belang: (1) mag Microsoft haar Media Player integreren in Windows ('tying' of 'koppelverkoop'), en (2) kan Microsoft verplicht worden interface-informatie aan haar concurrenten ter beschikking te stellen.

Zoals gebruikelijk bij zaken over misbruik van machtspositie, dient eerst te worden vastgesteld of er sprake is van een aparte productmarkt en zo ja, of Microsoft op de relevante productmarkt een machtspositie heeft. In een interessante beschrijving van de historie van Microsoft's unieke machtspositie op de desktop markt met Windows (een marktaandeel van meer dan 90%), komt de Commissie in haar beschikking tot de conclusie dat ook in de "work group server operating system"-markt sprake is van een machtspositie van Microsoft.

Nu Microsoft's machtspositie in de relevante productmarkten met weinig verrassend resultaat is vastgesteld, komt de beantwoording van de twee vragen aan bod.

Eerst enkele opmerkingen over het verstrekken van interface-informatie. Het hebben van interface-informatie is van belang voor het maken van producten die met elkaar kunnen samenwerken ('interoperabiliteit'). Bij het besluit van de Commissie dient bedacht te worden dat deze voortbouwt op de bekende 'IBM Undertaking' van 1984 en op een in 2001 getroffen Consent Decree van Microsoft met het Amerikaanse Ministerie van Justitie. De IBM Undertaking is in die zin interessant omdat IBM destijds, net als Microsoft nu, ook met vele antitrustprocedures te maken had. In de Undertaking zegde IBM toe bepaalde externe interface-informatie aan haar concurrenten ter beschikking te stellen. Microsoft had derhalve in vroeg stadium kunnen begrijpen dat het ter beschikking stellen van interface-specificaties juridisch kritisch is.

Microsoft's schikking met het Amerikaanse Ministerie van Justitie had uitsluitend betrekking had op 'client-server' interface-specificaties. De beslissing van de Europese Commissie heeft een bredere reikwijdte; Microsoft had ook 'server-to-server' specificaties ter beschikking had moeten stellen. Uit het besluit van de Commissie komt verder naar voren dat Microsoft's beleid qua het verstrekken van informatie in de loop der tijd aan verandering onderhevig is geweest o.a. afhankelijk van de relatieve positie van Microsoft op diverse deelmarkten. In haar beschikking vermeldt de Commissie dat Microsoft vrijwel totale controle heeft over de PC desktop met Windows, en dat deze machtspositie op andere deelmarkten wordt ingezet. Met de door Microsoft als verweer genoemde innovatie en mogelijk voordeel voor consumenten heeft een dergelijk gedrag mijns inziens weinig te

maken. Het lijkt op een consistente gedragslijn van Microsoft om haar monopolie ook tot andere aanpalende deelmarkten uit te breiden. Een van de vele verweren van Microsoft ten aanzien van de verplichting om interface-specificaties ter beschikking te stellen, was dat deze specificaties door IE-rechten worden beschermd en dat artikel 6 van de EU Software Richtlijn specifieke bepalingen kent ten einde interoperabiliteit te verwezenlijken. Dit verweer is verworpen omdat de Richtlijn uitdrukkelijk bepaalt dat het mededingingsrecht onverminderd van toepassing is.

Ten aanzien van de markt van “streaming media players” concludeert de Commissie dat er sprake is van een aparte productmarkt. De Commissie was van oordeel dat zowel in het OEM-kanaal als ten aanzien van de reguliere consumentenversie Windows ook in een versie zonder gratis gebundelde Media Player ter beschikking moet worden gesteld.

Tenslotte werd Microsoft door de Commissie veroordeeld tot het betalen van een boete van 497 miljoen euro. Vergeleken met de diverse schikkingen die Microsoft in de jaren 2003 en 2004 heeft getroffen ter waarde van ongeveer 5 miljard dollar is dit slechts een beperkt bedrag.

Het vonnis van de President is vooral procedureel van aard; zijn er redenen om de sancties op te schorten totdat er op het hoger beroep van Microsoft is beslist? Voor een schorsende werking geldt echter een zware bewijslast waaraan Microsoft niet kon voldoen.

De totale indruk van de beschikking van de Commissie en van het vonnis van de President is dat Microsoft alle mogelijke argumenten uit de kast heeft gehaald, maar dat de feiten en de uitlatingen van haar eigen medewerkers het dossier hebben bepaald en tegen haar hebben gewerkt. Het lijkt erop dat Microsoft ervan is uitgegaan dat haar public relations apparaat sterker zou zijn dan de juridische werkelijkheid; arrogantie wellicht?

Het is ook goed mogelijk dat Microsoft bewust juridische risico's heeft genomen. De mooiste bloemen groeien immers aan de rand van de afgrond. Het is te verwachten dat Microsoft het hoger beroep tegen de beschikking van de Commissie zal verliezen.

D.T.L. Oosterbaan
Februari 2005