KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT
26. oktober 2001 *

I sag T-184/01 R,

IMS Health Inc., et selskab, der er registreret i henhold til staten Delawares lovgivning, Fairfield, Connecticut (USA), ved solicitors N. Levy og J. Temple-Lang og barrister R. O'Donoghue,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved E. Gippini Fournier, F. Siredney-Garnier og A. Whelan, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af

AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, Neu-Isenburg (Tyskland), ved avocats L. Levi, G. Vandersanden og D. Dugois,

og

National Data Corporation, et selskab, der er registreret i henhold til staten Delawares lovgivning, Atlanta, Georgia (USA), ved I. Forrester Q.C., solicitor F. Fine, avocats C. Price og A.F. Gagliardi, og med valgt adresse i Luxembourg,

og

NDC Health GmbH & Co. KG, Bad Camberg (Tyskland), ved I. Forrester Q.C., solicitor F. Fine, avocats M. Powell, C. Price og A.F. Gagliardi, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenienter,

angående en begæring om foreløbige forholdsregler vedrørende Kommissionens beslutning af 3. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (sag COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: foreløbige forholdsregler),

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Baggrund

1 For at kunne fastlægge deres markedsføringsstrategi har lægemiddelvirksomheder behov for oplysninger om salget både af deres egne og deres konkurrenters produkter. Da en stor del af den medicin, læger skriver recept på, udleveres af apoteker i nærheden af de receptudstedende læger, vil oplysninger om grossisters salg af lægemidler til apoteker give et godt billede af lægernes præferencer og derved sætte lægemiddelvirksomhederne i stand til at måle effektiviteten af deres repræsentanters salgsindsats over for lægerne.

2 Regionale salgsdatarapporter (eller markedsrapporter) er baseret på data, som de virksomheder, der leverer salgsdatatjenester til lægemiddelvirksomheder, køber af lægemiddelgrossister. Aftaler mellem grossister og leverandører af regionale salgsdatatjenester i Tyskland indeholder klausuler, der skal sikre, at grossisterne opfylder deres forpligtelser i henhold til den tyske Bundesdatenschutzgesetz (forbundslov om databeskyttelse). Ifølge Bundesdatenschutzgesetz skal data om

lægemiddelsalg opgives samlet for mindst tre apoteker inden for hvert geografisk område, som dataene vedrører. I praksis viser det sig, at overholdelsen af dette krav kræver samlede data for mindst fire-fem apoteker inden for hvert geografisk segment.

3 Den måde, hvorpå leverandørerne af salgsdatarapporter behandler de »rå« regionale salgsdata indkøbt hos lægemiddelgrossister, afhænger af deres respektive inputstrukturer. Dataene kontrolleres og formateres på grundlag af »blokstrukturer«, som tjenesteyderne baserer deres forskellige analyser på. Blokkene opdeler et land i kunstigt afgrænsede geografiske områder. Blokstrukturens væsentligste formål er at inddele et bestemt marked i geografiske segmenter med ens eller sammenligneligt salgspotentiale under overholdelse af databeskyttelseskravene og under hensyntagen til visse geografiske grænser. I Tyskland defineres lægemiddelrepræsentanternes salgsområder ud fra en sammenlægning af flere blokke.

4 De data, der formateres under hensyntagen til blokstrukturen, udgør grundlaget for de regionale salgsrapporter, som af tjenesteyderne leveres til lægemiddelvirksomhederne i trykt form, på CD-ROM, online eller som en kombination af disse former efter kundens eget valg. Lægemiddelvirksomhederne behandler herefter enten selv dataene eller overlader disse til andre virksomheder, som foretager analyserne på deres vegne.

5 IMS (Intercontinental Marketing Services) Health Incorporated (herefter enten »sagsøgeren« eller »IMS«) er en i USA etableret virksomhed, som tilbyder lægemiddelindustrien en bred vifte af markedsanalyse-, markedsførings- og salgsstyringstjenester. IMS er verdens førende udbyder af informationsløsninger til lægemiddel- og sundhedsindustrien. IMS virker i 100 lande og tilbyder i

Tyskland gennem sit tyske datterselskab (IMS Health GmbH & Co. OHG, herefter »IMS Health«) interesserede lægemiddelvirksomheder en regional salgsdatatjeneste. Siden 2000 har IMS's tjenester været baseret på den såkaldte »1860-blokstruktur«, som er et vigtigt element i den foreliggende sag.

6 Sagsøgeren har siden 1969 investeret ressourcer i udviklingen af blokstrukturbaserede datarapporttjenester i Tyskland. Virksomheden begyndte med en 329-blokstruktur. I slutningen af 1980'erne var denne første primitive struktur blevet opdelt i mere forfinede strukturer omfattende først 418, og derefter 922 blokke. I 1991 blev en række byer yderligere underopdelt, således at der opstod en struktur med 1086 blokke. Denne blev i 1992 udvidet med yderligere 244 blokke svarende til administrative enheder i den tidligere Tyske Demokratiske Republik som følge af Tysklands forening. Efter indførelsen i 1993 af et femcifret postkodesystem i Tyskland var det nødvendigt helt at omlægge blokstrukturen. 119 byer blev »omstruktureret«, hvorved der opstod en 1845-blokstruktur.

7 I 1998 satte sagsøgeren et udviklingsprogram i gang bl.a. med henblik på at skabe en ny blokstruktur. Indsatsen resulterede i 1999 i 1860-blokstrukturformatet. 1860-blokstrukturen blev lanceret på markedet i januar 2000 og er nu hjørnestenen i IMS Healths regionale salgsdatatjeneste i Tyskland.

8 Da sagsøgeren havde mistanke om, at to konkurrenter på det tyske marked, nemlig Pharma Intranet Information AG (herefter »PI«) og AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services (herefter »AzyX«), som var stiftet af tidligere ledende medarbejdere hos sagsøgeren, og som oprindeligt havde udbudt tjenester baseret på andre blokstrukturer i Tyskland, i begyndelsen af 2000

faktisk var begyndt at markedsføre tjenester baseret på kopier af 1860-blokstrukturen, besluttede sagsøgeren at anlægge en ophavsretssag ved Landgericht Frankfurt-am-Main (herefter »Landgericht Frankfurt«). Der blev udtaget stævning mod PI og AzyX henholdsvis den 26. maj 2000 og den 22. december 2000.

9 I sagen mod PI stadfæstede Landgericht Frankfurt den 16. november 2000 en tidligere dom af 12. oktober 2000 og fastslog, at sagsøgeren gennem IMS Health i medfør af den tyske lovgivning om ophavsret havde ophavsretten til 1860-blokstrukturen. Ved samme dom stadfæstede Landgericht Frankfurt sin kendelse af 27. oktober 2000, hvorved det blev forbudt PI og Lederer, en tidligere administrerende direktør for IMS Health, at anvende 1860-blokstrukturen og blokstrukturer, der var »afledt« af 1860-blokstrukturen.

10 National Data Corporation (herefter »NDC«), der ligeledes har hjemsted i De Forenede Stater, og som er en international konkurrent til sagsøgeren, erhvervede PI i august 2000. Den 26. oktober 2000 anmodede NDC sagsøgeren om licens til at anvende 1860-blokstrukturen mod betaling af en årlig licensafgift på 10 000 DEM (5 112,92 EUR). Ved skrivelse af 28. november 2000, mens ophavsretssagen endnu verserede for de nationale retter, idet PI havde appelleret Landgericht Frankfurts ovennævnte domme af 27. oktober og 16. november 2000, afviste sagsøgeren anmodningen. I en senere skrivelse af 18. december 2000 nægtede sagsøgeren at indlede licensforhandlinger med den begrundelse, at NDC ikke havde brug for 1860-blokstrukturen for at kunne konkurrere med sagsøgeren på det tyske marked.

11 Den 4. december 2000 anlagde NDC Health GmbH & Co. KG, NDC's tyske datterselskab (herefter »NDC Health«), sag ved Landgericht Nürenburg-Fürth

med påstand om, at retten fastslog, at IMS Health ikke var berettiget til at kræve, at NDC Health undlod at anvende strukturer, der bl.a. var baseret på 1860-blokstrukturen. Den 28. december 2000 fik IMS Health imidlertid medhold i en sag om foreløbige forholdsregler anlagt ved Landgericht Frankfurt, som foreløbigt forbød NDC Health at anvende bl.a. 1860-blokstrukturen.

12 Den 19. juni 2001 tabte PI sin appelsag ved Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (herefter »Oberlandesgericht Frankfurt«) til prøvelse af dommene af 27. oktober og 16. november 2000.

13 Den 12. juli 2001 gav Landgericht Frankfurt ikke NDC Health medhold i appelsagen til prøvelse af forbuddet af 28. december 2000.

14 Den 30. august 2001 udsatte Landgericht Frankfurt hovedsagen, dvs. ophavsretssagen mellem IMS Health og NDC Health vedrørende førstnævntes påstand om, at der blev nedlagt endeligt forbud mod sidstnævntes anvendelse af 1860-blokstrukturen eller følgeprodukter hertil, og forelagde i henhold til artikel 234 EF Domstolen en række spørgsmål. Landgericht Frankfurt ønskede i det væsentlige at få oplyst, om anvendelsen af tysk ophavsret under omstændigheder, hvor den pågældende sektor til en vis grad har været involveret i udviklingen af det beskyttede værk, kan berøres af artikel 82 EF. Den 22. oktober 2001 blev anmodningen om præjudiciel afgørelse registreret på Domstolens Justitskontor som sag C-418/01.

15 I AzyX-sagen nedlagde Landgericht Frankfurt den 28. december 2000 et foreløbigt forbud mod, at AzyX leverede, reklamerede for eller udbød data baseret på 1860-blokstrukturen. Den 15. februar 2001 stadfæstede Landgericht Frankfurt dette foreløbige forbud.

16 Herefter anmodede AzyX den 24. april 2001 sagsøgeren om licens til 1860-blokstrukturen. Den 28. maj 2001 afviste sagsøgeren anmodningen, hovedsagelig fordi virksomheden ikke fandt, at AzyX havde brug for 1860-blokstrukturen for at konkurrere mod sagsøgeren på det tyske marked, og fordi virksomheden anså den licensafgift på 100 000 DEM (51 129,19 EUR), der var tilbudt af AzyX, for at være for lav.

17 Den 18. september 2001 ophævede Oberlandesgericht Frankfurt det forbud, Landgericht Frankfurt havde nedlagt over for AzyX den 28. december 2000, således at AzyX ikke længere er omfattet af et retsligt forbud mod at anvende 1860-blokstrukturen eller følgeprodukter hertil i Tyskland (jf. præmis 44 og 45 nedenfor).

Kommissionens undersøgelse og vedtagelsen af den anfægtede beslutning

18 Den 18. december 2000 indgav NDC klage til Kommissionen under påberåbelse af, at sagsøgerens nægtelse af at give NDC licens til 1860-blokstrukturen udgjorde en tilsidesættelse af artikel 82 EF. NDC anmodede tillige Kommissionen om at vedtage foreløbige forholdsregler over for sagsøgeren.

19 Sagsøgerens første bemærkninger til klagen er indeholdt i en skrivelse af 12. januar 2001. Sagsøgeren besvarede ved skrivelser af henholdsvis 15. og 26. januar 2001 og 7. marts 2001 begæringer om oplysninger fremsat af Kommissionen.

20 Den 8. marts 2001 sendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til sagsøgeren, som modtog meddelelsen den 9. marts 2001. Kommissionen anførte, at det afgørende spørgsmål var, om 1860-blokstrukturen var en »væsentlig facilitet« (klagepunktsmeddelelsen, punkt 58). Kommissionen konkluderede (klagepunktsmeddelelsen, punkt 84) af de foreliggende oplysninger, dels at adgangen til denne struktur syntes at være absolut nødvendig for konkurrenterne, dels at sagsøgerens nægtelse af at give licens ikke var objektivt begrundet, dels at nægtelsen potentielt udgjorde misbrug af den dominerende stilling, som IMS indtog på det pågældende tyske marked. Kommissionen advarede IMS om, at den havde til hensigt at vedtage en beslutning om foreløbige forholdsregler (klagepunktsmeddelelsen, punkt 100-103).

21 Den 2. april 2001 fremsendte sagsøgeren et skriftligt svar på klagepunktsmeddelelsen. Den 6. april 2001 arrangerede Kommissionen en mundtlig høring, hvorunder det længe blev drøftet, om 1860-blokstrukturen udgjorde en de facto-industristandard. Den 4. maj 2001 sendte Kommissionen en begæring om yderligere oplysninger til sagsøgeren, som svarede herpå den 14. maj 2001. Endvidere kommenterede sagsøgeren den 14. juni 2001 yderligere bevisligheder, som Kommissionen havde modtaget som svar på begæringer om oplysninger, den efter høringen havde sendt til en række lægemiddelvirksomheder i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81, herefter »forordning nr. 17«). Formålet med disse begæringer var at få oplyst lægemiddelvirksomhedernes synspunkter med hensyn til, om 1860-blokstrukturen som hævdet var uomgængelig nødvendig. Kommissionen forelagde sagsøgeren genparter af lægemiddelvirksomhedernes besvarelser henholdsvis den 22. maj 2001 og den 7. juni 2001. Sagsøgerens bemærkninger til de yderligere bevisligheder blev forelagt Kommissionen ved endnu et memorandum af 14. juni 2001. Sagsøgeren havde også mulighed for at udtale sig på et møde den 18. juni 2001 mellem sagsøgerens og Kommissionens repræsentanter.

22 Den 3. juli 2001 vedtog Kommissionen en beslutning om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (sag COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: Foreløbige forholdsregler) (herefter »den anfægtede beslutning«). Beslutningen

bygger på forordning nr. 17, især på de beføjelser, Kommissionen i henhold til denne forordnings artikel 3 har til at vedtage foreløbige forholdsregler. Domstolen anerkendte for første gang disse beføjelser i sin kendelse af 17. januar 1981 i sagen Camera Care mod Kommissionen (sag 792/79 R, Sml. s. 119, herefter »Camera Care-kendelsen«), som senere er blevet stadfæstet ved en række domme (jf. Domstolens dom af 28.2.1984, forenede sager 228/82 og 229/82, Ford mod Kommissionen, Sml. s. 1129, samt Rettens dom af 12.7.1991, sag T-23/90, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 653, herefter »Peugeot-dommen« og af 24.1.1992, sag T-44/90, La Cinq mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, herefter »La Cinq-dommen«).

23 I betragtningerne til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført (betragtning 41), at alle de betingelser, der i henhold til Camera Care-kendelsen skal være opfyldt, før Kommissionen kan træffe sikrende foranstaltninger som led i en igangværende undersøgelse i henhold til forordning nr. 17, er opfyldt.

24 Med hensyn til, om det synes umiddelbart berettiget at antage, at artikel 82 EF er tilsidesat, undersøger Kommissionen for det første det relevante produkt og de relevante geografiske markeder. Ud fra oplysninger modtaget fra sagsøgeren i skrivelsen af 7. marts 2001 sondrer Kommissionen mellem data indsamlet hos apotekere i detailleddet og data fra lægemiddelgrossister (betragtning 47 og 48). På grundlag af disse data kan der sondres mellem fire forskellige tjenester afhængig af, om der er tale om nationale eller regionale data. Endvidere udgør tyske data et særskilt produkt, der ikke kan erstattes af data fra andre lande. Derfor definerer Kommissionen det relevante marked i den foreliggende sag som »markedet for tyske regionale salgsdatatjenester« (betragtning 51).

25 Da det relevante marked er det største marked af denne type i Fællesskabet, anser Kommissionen det for at udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet (betragtning 60). Da sagsøgeren befinder sig i en »monopollignende situation« på dette

marked med en markedsandel på over [...%] [1], idet NDC og AzyX er de eneste konkurrenter, finder Kommissionen, at sagsøgeren har en dominerende stilling på det relevante marked (betragtning 62).

26 Herefter gør Kommissionen rede for (jf. betragtning 63-185), hvorfor det »på grundlag af det foreliggende materiale« kan konkluderes, at det ved en første prøvelse er godtgjort, at sagsøgerens nægtelse af at give NDC licens udgør misbrug i artikel 82 EF's forstand, og hvorfor der bør træffes foreløbige forholdsregler, »hvis de øvrige betingelser for at træffe sådanne forholdsregler er opfyldt« (betragtning 186). Kommissionens vurdering bygger i det væsentlige på, at der foreligger »særlige omstændigheder«, og især på Kommissionens konklusion (som den drager af sine konstateringer i betragtning 75-123), nemlig at 1860-blokstrukturen er blevet »de facto-industristandarden« (betragtning 180). Sagsøgerens »[nægtelse] af adgang til 1860-blokstrukturen [vil sandsynligvis] udelukke al konkurrence på det relevante marked, da det uden denne adgang ikke er muligt at konkurrere på det relevante marked« (betragtning 181). Denne konklusion er særlig baseret på konstateringen af, at det sandsynligvis ikke vil være muligt for sagsøgerens konkurrenter at opbygge erstatninger for 1860-blokstrukturen (jf. betragtning 124-166), og på den manglende begrundelse for sagsøgerens nægtelse af at meddele konkurrenterne licens (betragtning 167-174).

27 Kommissionen finder endvidere, at der er »risiko for en alvorlig og uoprettelig skade og en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres, hvilket gør det uopsætteligt at træffe sikrende foreløbige forholdsregler« (betragtning 201). På grundlag af det foreliggende bevismateriale finder Kommissionen, at »[det må] formodes, at medmindre NDC meddeles en licens til 1860-blokstrukturen, vil selskabet indstille sine aktiviteter i Tyskland, og det vil medføre en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres« (betragtning 190). Uden foreløbige forholdsregler vil NDC miste sine nuværende kunder, ligesom NDC ikke vil have nogen mulighed for at tiltrække nye kunder de kommende år, således at det er sandsynligt, at NDC vil »indstille aktiviteterne i Tyskland« (betragtning 193). Foruden den alvorlige risiko for, at der vil blive påført NDC uoprettelig skade, er

1 — Fortrolig oplysning udeladt.

der endvidere »risiko for en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres, som omhandlet i La Cinq-dommen« (betragtning 195). Kommissionen siger endvidere, at »[s]elv om det ved den endelige beslutning måtte blive fastslået, at IMS har misbrugt sin dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF, vil denne konstatering være omsonst, hvis NDC's tyske datterselskab og andre konkurrenter i mellemtiden har måttet indstille deres aktiviteter« (betragtning 196). Endelig afviser Kommissionen IMS's påstand om, at IMS vil lide uoprettelig skade, og konkluderer, at »[a]fvejningen af interesserne i denne sag taler til fordel for den part, der har indgivet begæringen« (betragtning 199).

28 Derfor er det i artikel 1-3 i den anfægtede beslutnings konklusion bestemt:

» *Artikel 1*

IMS Health (IMS) pålægges ufortøvet at meddele alle virksomheder, som på nuværende tidspunkt er til stede på markedet for tyske regionale salgsdatatjenester, efter anmodning og på ikke-diskriminerende vilkår, en licens til anvendelsen af 1860-blokstrukturen for at gøre det muligt for disse virksomheder at anvende og sælge regionale salgsdata, der er formateret i overensstemmelse med denne struktur.

Artikel 2

I alle licensaftaler vedrørende 1860-blokstrukturen fastsættes de afgifter, der skal betales for disse licenser, ved aftale mellem IMS og den virksomhed, der anmoder om licensen (parterne).

Hvis der ikke er opnået en aftale inden to uger efter modtagelsen af en anmodning om en licens, vil passende licensafgifter blive fastsat af en eller flere uafhængige eksperter. Eksperterne vil blive valgt efter aftale mellem parterne inden en uge efter parternes manglende aftale om en licensafgift. Hvis der inden for denne periode ikke er opnået enighed om, hvilke eksperter der skal vælges, udpeger Kommissionen en eller flere eksperter på grundlag af en liste, som er forelagt af parterne, eller vælger, hvis det er hensigtsmæssigt, en eller flere velkvalificerede personer.

Parterne stiller ethvert dokument, som eksperterne finder nødvendigt eller hensigtsmæssigt til at udføre opgaven, til rådighed for dem. Eksperterne er underlagt tavshedspligt og må ikke videregive bevismateriale eller dokumenter til andre tredjeparter end Kommissionen.

Eksperterne fastsætter afgifterne på grundlag af gennemsigtige og objektive kriterier inden to uger efter at være blevet udpeget til at udføre denne opgave. Eksperterne fremsender ufortøvet den fastsatte afgift til Kommissionen til godkendelse. Kommissionens beslutning er endelig og træder straks i kraft.

Artikel 3

Der betales en tvangsbøde på 1 000 EUR for hver dag, hvor IMS undlader at efterleve bestemmelserne i denne beslutning.«

29 Af den anfægtede beslutnings artikel 4 fremgår det, at »bestemmelserne [...] finder anvendelse indtil meddelelsen af den endelige beslutning til afslutning af sagen«, mens beslutningen ifølge artikel 5 er »rettet til IMS Health of Harewood Avenue, London NW1, Det Forenede Kongerige«.

Retsforhandlinger

30 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. august 2001 har sagsøgeren i henhold til artikel 230, stk. 4, EF anlagt sag bl.a. med påstand om annullation af den anfægtede beslutning eller subsidiært om annullation af beslutningen, »for så vidt som der deri stilles krav til IMS Health om at meddele virksomheder, der på nuværende tidspunkt er til stede på det tyske marked for regionale salgsdatatjenester, licens til 1860-blokstrukturen, og for så vidt som beslutningen angiver, på hvilke betingelser forhandlingerne om licensvilkårene vil blive ført og godkendt af Kommissionen«.

31 Ved særskilt processkrift indleveret til Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgeren i henhold til artikel 242 EF og 243 EF fremsat begæringen om foreløbige forholdsregler vedrørende gennemførelsen af den anfægtede beslutning. Sagsøgeren har anmodet Rettens præsident om at træffe følgende foreløbige forholdsregler:

»— af egen drift udsætte gennemførelsen af beslutningen, indtil han har behandlet denne begæring og taget stilling dertil

— endvidere udsætte gennemførelsen af beslutningen, indtil Retten i Første Instans har afsagt dom i [hovedsagen] og

— fastsætte enhver anden foreløbig forholdsregel, der skønnes hensigtsmæssig«.

32 Ved kendelse af 10. august 2001 afsagt i henhold til artikel 105, stk. 2, i procesreglementet for Retten i Første Instans udsatte præsidenten af egen drift gennemførelsen af den anfægtede beslutning, indtil der er truffet afgørelse i den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler. Kendelsen byggede dels på, at det umiddelbart syntes berettiget at anfægte gyldigheden af den anfægtede beslutning, dels på risikoen for, at det ville få alvorlige økonomiske og ikke-økonomiske følger for sagsøgeren, hvis det er Kommissionen, der fastsætter vilkårene for en tvangslicens til anvendelsen af 1860-blokstrukturen, dels på nødvendigheden af, at der af hensyn til en ordentlig retspleje gives den ret, der behandler begæringen om foreløbige forholdsregler, tid til at sætte sig ind i de komplekse faktiske og retlige spørgsmål, den foreliggende sag rejser.

33 Ved begæringer indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 13. og den 14. august 2001 har AzyX og NDC bl.a. anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i den foreliggende sag. Ved skrivelser af 27. august 2001 oplyste både sagsøgeren og Kommissionen, at de ikke havde nogen indvendinger mod disse begæringer, men begge parter krævede, at visse dokumenter blev behandlet fortroligt i forhold til de parter, der havde fremsat interventionsbegæringerne.

34 Uden at foregribe resultatet af de interventionsbegæringer, de pågældende parter havde fremsat, blev disse den 29. august 2001 af præsidenten opfordret til at fremsætte eventuelle skriftlige bemærkninger ledsaget af eventuelle begæringer om fortrolig behandling senest den 12. september 2001.

35 Den 29. august 2001 begærede AzyX tilladelse til at afgive sine indlæg til støtte for interventionsbegæringen på fransk. Da sagsøgeren ved skrivelse af 31. august 2001 alene modsatte sig brugen af fransk i eventuelle skriftlige bemærkninger fra AzyX, og da Kommissionen ikke havde nogen indvendinger, besluttede præsi-

denten den 5. september 2001 i overensstemmelse med procesreglementets artikel 35, stk. 2, at give AzyX tilladelse til at anvende fransk i sine mundtlige indlæg.

36 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 12. september 2001 anmodede NDC Health om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. NDC Health forklarede, at selv om virksomhedens indlæg i det væsentlige ville være identiske med NDC's indlæg, havde den som den virksomhed, der var direkte impliceret i den sag om krænkelse af ophavsretten, IMS Health havde anlagt i Tyskland, interesse i at intervenere særskilt. Uden at foregribe resultatet af begæringen opfordrede præsidenten den 13. september 2001 NDC Health til samme dag at indgive eventuelle skriftlige indlæg og begæringer om fortrolig behandling. Da retsmødet var fastsat til den følgende dag, besluttede præsidenten at lade parterne fremsætte deres bemærkninger til denne yderligere interventionsbegæring under retsmødet.

37 Præsidenten, der noterede sig NDC's status som klager i den verserende administrative procedure for Kommissionen, fastslog under retsmødet den 14. september 2001, at NDC Health var direkte impliceret i den sag om krænkelse af ophavsret, der var anlagt af IMS Health i Tyskland, og at AzyX ikke alene var IMS Healths eneste anden konkurrent på det relevante marked, men også var stærkt involveret i undersøgelsen af NDC's klage, og fandt, at det som krævet i artikel 37, stk. 2, i EF-statutten for Domstolen, der i henhold til samme statuts artikel 46 finder anvendelse på Retten i Første Instans, var godtgjort, at alle tre parter, der havde fremsat interventionsbegæringer, havde interesse i resultatet af den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler. Derfor besluttede præsidenten at imødekomme de tre begæringer om intervention.

38 Da der ikke forelå nogen anmodning fra hverken hovedparterne eller intervenienterne om, at der blev afsagt formel kendelse om de forskellige begæringer om fortrolig behandling, de havde fremsat, besluttede præsidenten under retsmødet

efter en grundig gennemgang af de dokumenter og oplysninger, begæringerne vedrørte, at dokumenterne og oplysningerne i første omgang skulle behandles som fortrolige i den foreliggende sag, da de syntes at udgøre forretningshemmeligheder, jf. procesreglementets artikel 116, stk. 2.

39 Herefter afgav hovedparterne og intervenienterne mundtlige indlæg og besvarede spørgsmål fra præsidenten. Præsidenten gav uden indsigelse fra de øvrige parter tilladelse til, at en yderligere skriftlig erklæring fra dr. Sati Sian, vicedirektør hos sagsøgeren, som supplerede en fortrolig erklæring indeholdt i bilag 4 til begæringen om foreløbige forholdsregler, blev fremlagt i sagen. Dr. Sati Sian fik endvidere uden indvendinger fra de øvrige parter præsidentens tilladelse til at afgive en fortrolig mundtlig erklæring under et særligt lukket retsmøde. Da der ikke fremkom indsigelser, fik også Jeffrey Kanis, vicedirektør for NDC Health, præsidentens tilladelse til at afgive erklæring under retsmødet.

40 Ved skrivelse af 18. september 2001 anmodede præsidenten Kommissionen om at oplyse, om den, som hævdet af sagsøgeren såvel i stævningen som i de mundtlige indlæg, var eller ikke var i besiddelse af oplysninger om den blokstruktur eller de blokstrukturer, intervenienterne, Azyx og NDC/NDC Health, for tiden anvender til de regionale salgsdatatjenester, de udbyder på det tyske marked. Var Kommissionen i besiddelse af sådanne oplysninger, blev den anmodet om senest den 24. september 2001 at meddele disse til Rettens Justitskontor. I tilfælde af, at disse eventuelle oplysninger blev anset for at indeholde en eller flere intervenienters fortrolige forretningshemmeligheder, blev Kommissionen endvidere anmodet om inden for samme frist at fremlægge en eller flere passende ikke-fortrolige versioner af de relevante oplysninger.

41 Efter en anmodning fra sagsøgeren om tilladelse til at indgive et supplerende kortfattet indlæg som svar på Kommissionens og intervenienternes skriftlige indlæg, som alle først blev modtaget umiddelbart før retsmødet, besluttede

præsidenten at fastsætte den 24. september 2001 som frist for indgivelse af sådanne indlæg. Kommissionen og intervenienterne fik frist indtil den 27. september 2001 til at indgive kortfattede yderligere indlæg i besvarelse af sagsøgerens supplerende indlæg.

42 Den 24. september 2001 besvarede Kommissionen det skriftlige spørgsmål af 18. september 2001. Da præsidenten i henhold til procesreglementets artikel 116, stk. 2, havde forvisset sig om, at dette svar umiddelbart måtte anses for at have fortrolig karakter, blev en ikke-fortrolig version af svaret, som Kommissionen fremlagde hele ordlyden af den 25. september 2001, meddelt sagsøgeren og intervenienterne den 26. september 2001.

43 Supplerende skriftlige indlæg blev modtaget fra sagsøgeren den 24. september 2001 og fra Kommissionen og intervenienterne den 27. september 2001.

44 Ifølge sagsøgerens supplerende indlæg var Oberlandesgericht Frankfurts afgørelse af 18. september 2001, hvorefter Landgericht Frankfurts forbud af 28. december 2000, der var rettet mod AzyX, skulle annulleres, truffet af proceduremæssige årsager. I sine supplerende skriftlige indlæg anførte Kommissionen, der dog ikke formelt bestred vurderingen, at den nationale rets argumenter kan tilskrives en anden vurdering af uopsætteligheden af IMS Healths begæring om foreløbige forholdsregler vedrørende AzyX's påståede krænkelse af IMS Healths ophavsret til 1860-blokstrukturen. AzyX's supplerende indlæg indeholder ingen oplysninger om Oberlandesgericht Frankfurts afgørelse.

45 Den 18. oktober 2001 anmodede præsidenten ved et skriftligt spørgsmål sagsøgeren om at oplyse, om det var eller ikke var muligt for IMS Health at

appellere Oberlandesgericht Frankfurts dom, og i bekræftende fald, om IMS Health havde til hensigt at iværksætte appel. Ved skrivelse af 22. oktober 2001 svarede sagsøgeren, at dommen var endelig. Sagsøgeren bekræftede, at dommen ophævede forbuddet rettet mod AzyX af de årsager, der var nævnt af Kommissionen i dens supplerende indlæg. IMS Health fremhævede dog, at dommen byggede på den antagelse, at ophavsretten til 1860-blokstrukturen er gyldig.

Retlige bemærkninger

46 I henhold til artikel 242 EF og 243 EF samt artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21), kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte genindførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive foreløbige forholdsregler.

47 Ifølge procesreglementets artikel 104, stk. 2, skal begæringer om foreløbige forholdsregler angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at de begærede foreløbige forholdsregler umiddelbart forekommer berettigede. De foreløbige forholdsregler skal være nødvendige for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for sagsøgeren før afgørelsen i hovedsagen, og endelig skal forholdsreglerne være foreløbige i den forstand, at de ikke foregriber denne afgørelse og ikke på forhånd ophæver virkningerne heraf (jf. kendelse af 11.5.1989, forenede sager 76/89 R, 77/89 R og 91/89 R, RTE m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1141, præmis 12, herefter »Magill-kendelsen«, af 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 22, og af 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 30). Den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, skal i givet fald foretage en interesseafvejning (kendelse afsagt den 23.2.2001, sag C-445/00 R, Østrig mod Rådet, Sml. I, s. 1461, præmis 73).

48 Artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 bestemmer:

»Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel [81] og [82], kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.«

49 I Camera Care-sagen fastslog Domstolen (præmis 17 og 18):

»Den beslutningskompetence, som [artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17] indrømmer Kommissionen, skal kunne udøves så virkningsfuldt og så hensigtsmæssigt som muligt i den konkrete situation. Det kan derfor ikke være berettiget at udelukke, at Kommissionen udøver sin ret til at træffe beslutninger i flere faser, således at den, før den træffer endelig beslutning, hvorved der konstateres en overtrædelse, kan træffe en hvilken som helst indledende foranstaltning, som måtte forekomme nødvendig på et givet tidspunkt.

Under denne synsvinkel bør Kommissionen inden for rammerne af den kontrol, som den ifølge traktaten og forordning nr. 17 skal føre på konkurrenceområdet, også kunne træffe sikrende foranstaltninger i det omfang, disse måtte findes uomgængelige for at undgå, at udøvelsen af den i artikel 3 indeholdte beslutningskompetence mister sin virkning eller endog bliver illusorisk på grund af visse virksomheders handlinger. De beføjelser, som artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 indrømmer Kommissionen, omfatter derfor også beføjelsen til at træffe de foreløbige foranstaltninger, som er nødvendige, for at Kommissionen effektivt kan udføre sine opgaver, heriblandt at sikre, at eventuelle beslutninger, hvorved det pålægges virksomhederne at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør, også får den tilsigtede virkning.«

50 Kommissionens kompetence til at vedtage sådanne foreløbige beslutninger i medfør af de undersøgelsesbeføjelser, der er tillagt den ved forordning nr. 17, jf. Camera Care-sagen, er blevet bekræftet i Ford- (præmis 18 og 19), Peugeot- (præmis 19 og 20) og La Cinq-dommene (præmis 27 og 28).

51 I denne sag om foreløbige forholdsregler, hvor sagsøgeren har nedlagt påstand om udsættelse af gennemførelsen af en foreløbig kommissionsbeslutning, hvorved der træffes sikrende foranstaltninger i henhold til retspraksis efter Camera Care-dommen, må det for det første undersøges, hvilken udsigt til at vinde sagen sagsøgeren skal godtgøre for at begrunde den ønskede udsættelse, forudsat at de øvrige betingelser er opfyldt.

Retslig prøvelse af foreløbige kommissionsbeslutninger i sager om foreløbige forholdsregler.

52 Af den anfægtede beslutning fremgår det, at tre betingelser ifølge Camera Care-sagen skal være opfyldt, før Kommissionen kan træffe sikrende foranstaltninger som led i en igangværende undersøgelse i henhold til forordning nr. 17. Det skal nemlig godtgøres, at (betragtning 41):

»— det ved en første prøvelse står rimeligt klart, at der er tale om en overtrædelse

— der er overvejende sandsynlighed for, at der foreligger en situation, der medfører alvorlig og uoprettelig skade for klagerne, medmindre sådanne forholdsregler træffes

— der er et uopsætteligt behov for sikrende foranstaltninger«.

53 Det skal for det første bemærkes, at Retten i La Cinq-dommen gjorde det klart (præmis 28), nøjagtig hvilke betingelser der ifølge Domstolens praksis, jf. Camera Care-kendelsen og kendelsen afsagt den 29. september 1982 i de forenede sager 229/82 R og 228/82 R, Ford mod Kommissionen, Sml. s. 3091, herefter »Ford-kendelsen«, skal være opfyldt, før Kommissionen kan træffe foreløbige forholdsregler. Retten fastslog dels, at der kun kan træffes sikrende foranstaltninger, når den pågældende praksis umiddelbart synes at udgøre en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, som Kommissionen kan skride ind over for i form af en endelig beslutning, dels at sådanne foranstaltninger kun bliver truffet i tilfælde, hvor der godtgøres at foreligge uopsættelighed, for at hindre en situation, som vil kunne medføre et alvorligt og uopretteligt tab for den part, som begærer dem, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres. Retten bemærkede, at den betingelse vedrørende uopsættelighed, som Kommissionen i beslutningen i La Cinq-sagen og i den anfægtede beslutning i den foreliggende sag havde stillet som en tredje betingelse for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, »reelt kun er et aspekt af betingelsen vedrørende risikoen for et alvorligt og uopretteligt tab« (præmis 29).

54 Men hvis der foreligger risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, er det nødvendigvis samtidig godtgjort, at der foreligger uopsættelighed, således at de tre betingelser, Kommissionen har opstillet i den anfægtede beslutning, i realiteten må siges at være blevet reduceret til to betingelser.

55 Det skal indledningsvis bemærkes, at da de to betingelser for at kunne træffe foreløbige forholdsregler begge skal være opfyldt, vil manglende opfyldelse af en af betingelserne være tilstrækkelig til at afskære Kommissionen fra at udøve sin kompetence til at vedtage sådanne forholdsregler (La Cinq-dommen, præmis 30).

56 Kommissionen har med støtte fra NDC og NDC Health gjort gældende, at fordi de sikrende foranstaltninger, der er truffet i den anfægtede beslutning, er foreløbige, må den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, på ny undersøge — denne gang dog efter sagsøgerens anmodning — om de betingelser, der allerede er anset for opfyldte i den anfægtede beslutning, nemlig

dels at der foreligger særlige omstændigheder, som bevirker, at nægtelsen af at give licens til blokstrukturen udgør et misbrug af sagsøgerens dominerende stilling, dels at sagsøgerens eneste konkurrenter på kort sigt vil blive tvunget ud af det relevante marked, hvis de ikke mod et rimeligt vederlag får adgang til denne blokstruktur, der formodes at være væsentlig, og dels at der ikke er risiko for, at en tvungen indrømmelse af en sådan adgang vil medføre alvorlig og uoprettelig skade for sagsøgeren, er opfyldt. Da kriteriet i annullationssager ved den retslige prøvelse af beslutninger baseret på komplicerede, økonomiske vurderinger som dem, der ligger til grund for konstateringerne i den anfægtede beslutning, er, at Kommissionen har begået en åbenbar fejl, bør det kræves, at sagsøgeren i den foreliggende sag på overbevisende måde gør rede for de punkter, hvor Kommissionen åbenbart har taget fejl i sin gennemgang af hver af de opstillede betingelser. Med andre ord må sagsøgeren, som fremhævet af Kommissionen såvel under retsmødet som i de supplerende indlæg, ikke alene godtgøre, hvorfor det umiddelbart forekommer berettiget at hævde, at Kommissionen i den anfægtede beslutning åbenbart har misforstået rækkevidden af artikel 82 EF, når den umiddelbart konkluderer, at der er sket misbrug, men også, at der umiddelbart synes at være begået en åbenbar fejl ved vurderingen af den uopsættelighed og interesseafvejning, der begrunder vedtagelsen af de anfægtede foreløbige forholdsregler. Som nævnt i NDC's skriftlige indlæg, er det ifølge bevisbyrdereglerne sagsøgeren, der skal godtgøre, at den anfægtede beslutning mangler »et troværdigt retsgrundlag«.

57 Ved besvarelsen af disse argumenter har sagsøgeren under retsmødet gjort gældende, at med hensyn til fumus boni juris-betingelsen skal det alene godtgøres over for den ret, der behandler begæringen om foreløbige forholdsregler, at sagsøgeren har en rimelig chance for at vinde hovedsagen. At fastsætte et strengere kriterium ville være en forgribelse af hovedsagens udfald og faktisk fratage sagsøgeren muligheden for at vinde sagen om foreløbige forholdsregler. Under alle omstændigheder har sagsøgeren hævdet, at selv om der skal opfyldes strengere fumus boni juris-betingelser end normalt, hvilket ikke er tilfældet, er det, i hvert fald indtil videre, åbenbart, at den umiddelbare konklusion, Kommissionen har draget i den anfægtede beslutning, hvor Kommissionen betegner sagsøgerens nægtelse af at give licens som misbrug, er fejlagtig.

58 Det bemærkes for det første, at i kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl. stadfæstede Domstolens præsident den kendelse, præsidenten for Retten i Første Instans havde afsagt den 10. marts 1995 i sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen (sag T-395/94 R, Sml. II, s. 595). I den appellerede kendelse havde Rettens præsident ikke krævet noget specielt fumus boni juris-kriterium opfyldt for at opnå udsættelse af en kommissionsbeslutning, hvori Kommissionen bl.a. nægter at indrømme fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF og artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17. Beslutningen om, hvorvidt der skal indrømmes en sådan fritagelse, som er en beslutning, alene Kommissionen er bemyndiget til at træffe, er et klassisk eksempel på en beslutning, som har et indbygget skønselement og indebærer vurdering af komplicerede faktiske og økonomiske kriterier. I appelsagen havde Kommissionen gjort gældende med hensyn til fumus boni juris-kravet, at den appellerede kendelse havde ændret den normale betingelse om fumus boni juris til en betingelse om fumus non mali juris.

59 Kommissionens argument blev forkastet. Domstolens præsident fastslog, at i henhold til artikel 242 EF og 243 EF kan Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler, »hvis de skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler«, og at de herved skal tage hensyn til de betingelser, der med hensyn til begæringer behandlet af Retten er fastsat ved artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement, »således som disse bestemmelser er blevet præciseret i retspraksis« (kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., præmis 21). Hvad angår betingelsen i procesreglementets artikel 104, stk. 2, vedrørende de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget, bemærkede Domstolens præsident, at »der i retspraksis er blevet anvendt flere forskellige formler til at definere betingelsen om fumus boni juris alt efter sagernes omstændigheder« (præmis 26). Efter at have påpeget, at den formel, som er blevet anvendt i den appellerede kendelse, og som henviser til anbringender, som ikke umiddelbart er ugrundede, er identisk med eller ligner den formel, som Domstolen flere gange har anvendt, fastslog Domstolens præsident, at »[e]n sådan formel udtrykker, at ifølge den retsinstans, som skal træffe afgørelse i sagen om foreløbige forholdsregler, kan de argumenter, som er fremført af den part, der har fremsat begæring om foreløbige forholdsregler, ikke forkastes på dette trin af proceduren uden en uddybende undersøgelse« (præmis 26). Under henvisning til retspraksis bekræftede Domstolens præsident herefter, at nævnte retsinstanser »under hensyn til

sagens omstændigheder kan antage, at sådanne anbringender umiddelbart begrunder udsættelse i henhold til artikel [242 EF] eller foreløbige forholdsregler efter artikel [243 EF]« (præmis 27).

60 Der er ingen grund til at antage, at rækkevidden af den beføjelse, der ved procesreglementets artikel 104 tillægges den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, som fortolket af Domstolens præsident i kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., hvad angår en endelig kommissionsbeslutning om gennemførelse af traktatens konkurrencebestemmelser, som Kommissionen har vedtaget på grundlag af de udtrykkelige beføjelser, der tillægges den ved forordning nr. 17, skal fortolkes anderledes, når den beslutning, der er genstand for en begæring om foreløbige forholdsregler, i stedet er en foreløbig beslutning vedtaget med hjemmel i Camera Care-retspraksis.

61 Dette synspunkt bekræftes af tidligere retspraksis vedrørende begæringer om foreløbige forholdsregler, som blev indgivet med hensyn til de to første kommissionsbeslutninger om foreløbige forholdsregler (jf. Ford-kendelsen og kendelse af 21.5.1990, sag T-23/90 R, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 195, herefter »Peugeot-kendelsen«). I Ford-kendelsen fastslog Domstolens præsident (præmis 8): »Selv om det ikke på forhånd er udelukket, at Kommissionen ved behandlingen af en begæring om fritagelse af et distributionssystem kan gøre fritagelsen betinget af en udvidelse af sortimentet af de produkter, der indgår i systemet, står det alligevel fast, at visse af de spørgsmål, der melder sig i den foreliggende sag, kan give anledning til alvorlig uenighed. Man kan heller ikke uden videre afvise de indsigelser, der kan fremsættes med hensyn til den fremgangsmåde, Kommissionen har valgt.« Det var tilstrækkeligt at godtgøre, at betingelsen om fumus boni juris var opfyldt, idet spørgsmålet om uopsætteligheden af sagsøgerens begæring om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning derefter blev behandlet.

62 Denne fremgangsmåde blev fulgt i Peugeot-kendelsen. Efter at have henvist til kravet om, at foreløbige forholdsregler truffet af Kommissionen skal være »af

foreløbig karakter og begrænses til, hvad der er nødvendigt i den givne situation« (præmis 17), fastslog Rettens præsident (præmis 18): »Som en følge heraf, og idet der ikke findes anledning til at udtale sig om samtlige de af sagsøgerne påberåbte anbringender over for de af Kommissionen besluttede foreløbige forholdsregler — anbringender, som sagsøgerne i øvrigt ligeledes har redegjort for i stævningen i hovedsagen, og som skal bedømmes under påkendelsen af hovedsagen — er det tilstrækkeligt i nærværende sag om foreløbige forholdsregler at tage stilling til, dels om de påberåbte retlige og faktiske anbringender bevirker, at en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning umiddelbart forekommer berettiget [...]«

63 Rettens præsident forkastede ganske vist sagsøgerens hovedargument, nemlig at Kommissionen ved at beslutte, at automobildistributionsaftaler i henhold til forordning (EØF) nr. 123/85 af 12. december 1984 om anvendelse af [artikel 81, stk. 3, EF] på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer (EFT 1985 L 15, s. 16) ikke er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, havde begået en åbenbar fejl, men fastslog, at klagepunktet umiddelbart forekom berettiget, idet det ikke bør overses, »at visse af de spørgsmål, som opstår i denne sag, rejser betydelige fortolkningsproblemer« (præmis 22).

64 Endvidere er der intet i Domstolens kendelse af 22. oktober 1975 i sagen National Carbonising Company mod Kommissionen (sag 109/75 R, Sml. s. 1193, herefter »NCC-kendelsen«), der kan begrunde den konklusion, NDC og NDC Health drager i analogi hermed, nemlig at sagsøgeren skal godtgøre, at der ikke er et troværdigt retsgrundlag for den anfægtede beslutning. I NCC-sagen havde sagsøgeren fremsat begæring om foreløbige forholdsregler, bestående enten i et påbud til Kommissionen om at træffe en beslutning rettet til National Coal Board (NCB), dets leverandør, eller subsidiært i et pålæg rettet til NCB om at undlade en bestemt prispolitik. Kommissionen fandt, at sagen mod den vedrørte en påstået passivitet i artikel 35 KS' forstand. Domstolens præsident bemærkede, at det tilkom den retsinstans, der behandlede hovedsagen, at afgøre, om der foreligger en ansvarspådragende passivitet, og fastslog, at »sagsøgernes begæring til

Domstolens præsident [under alle omstændigheder går] ud på, at der ikke bør ske fuldbyrdelse af en negativ beslutning, i hvilken navnlig iværksættelsen af uopsættelige foranstaltninger afslås«, og at det »at tage en sådan begæring til følge ville være ensbetydende med en foreløbig positiv beslutning, truffet af Domstolens præsident i Kommissionens sted« (præmis 6). Under disse omstændigheder måtte det herefter tilkomme Kommissionen selv »at fastsætte de foreløbige foranstaltninger, den [anså] for nødvendige«, idet »det [nemlig ville] være i strid med den ligevægt mellem institutionerne, der følger af traktaten, om Domstolens præsident i en sag om foreløbige forholdsregler trådte i Kommissionens sted for at udøve en beføjelse, der i første række tilkommer den sidstnævnte under Domstolens kontrol, og med henblik på hvis udøvelse Kommissionen er i besiddelse af alle oplysninger« (præmis 8). Som Domstolen selv fastslog i Camera Care-kendelsen (præmis 20), bekræfter NCC-kendelsen således blot, ganske vist under henvisning til KS-traktaten, at Kommissionen på visse betingelser har beføjelse »til at anvende de omhandlede foreløbige sikringsmidler« (præmis 8).

65 Af ovennævnte retspraksis kan ikke udledes nogen principper, der kan understøtte det argument, Kommissionen med støtte fra NDC og NDC Health har fremført, nemlig at det er specielle fumus boni juris-kriterier, der skal opfyldes i en sag om foreløbige forholdsregler vedrørende en foreløbig beslutning, hvorved Kommissionen vedtager sikrende foranstaltninger.

66 Der er heller ikke andre overbevisende grunde til, at en sagsøger skulle være forpligtet til at godtgøre, at han har særligt stærke grunde til at anfægte gyldigheden af, hvad der, når alt kommer til alt, blot er Kommissionens foreløbige konstatering af, at der foreligger tilsidesættelse af Fællesskabets konkurrencebestemmelser. Sådanne kommissionsbeslutningers »foreløbige« karakter blev udtrykkelig fremhævet i Ford- og Peugeot-kendelserne (jf. henholdsvis præmis 11 og 24). At Kommissionens vurdering bygger på, at de sikrende foranstaltninger er uopsættelige, kan ikke i sig selv begrunde, at en sagsøger, som begærer udsættelse af den beslutning, hvorved disse foranstaltninger træffes, forpligtes til at godtgøre, at han har en særlig stærk sag. Den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, kan tage hensyn til Kommissionens synspunkter, når den foretager interesseafvejningen. Der er således intet, der kan begrunde, at sådanne foreløbige kommissionsbeslutninger får en særlig status i sager om foreløbige forholdsregler.

67 I denne forbindelse bemærkes, at Retten i Peugeot-dommen forkastede de forskellige argumenter, sagsøgeren havde fremført under påberåbelse af Kommissionens manglende opfyldelse af forpligtelsen til retligt at godtgøre, at der umiddelbart var tegn på tilsidesættelse af artikel 81 EF. Kommissionen skulle blot godtgøre, at den »med rette [har] antaget [...] umiddelbart« (præmis 37), eller subsidiært at dens konklusioner ikke »umiddelbart« var urigtige (præmis 46). I besvarelse af et argument om, at Kommissionen ikke var bemyndiget til at træffe foreløbige forholdsregler, fordi situationen ikke var tilstrækkeligt retligt klar, og fordi det ikke var godtgjort, »at der var tale om en højst sandsynlig overtrædelse«, bemærkede Retten, at »under en sag vedrørende lovligheden af en beslutning, hvorved Kommissionen har fastsat foreløbige forholdsregler, kan kravet om konstatering af, at der umiddelbart foreligger en overtrædelse, ikke sidestilles med det krav om sikkerhed, som en endelig beslutning skal opfylde« (præmis 61). Kommissionen har således »med rette kunnet antage, at [den omtvistede rundskrivelse] umiddelbart syntes at rejse alvorlig tvivl om dens lovlighed« (præmis 63). Under henvisning til dette kriterium fastslog Retten i La Cinq-dommen, at Kommissionen ved at stille »et krav om, at det er en betingelse for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, [...], at der er tale om en klar og åbenbar overtrædelse«, havde baseret sin begrundelse for nægtelsen på »en fejlagtig fortolkning af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse« (præmis 61 og 62).

68 Da Kommissionen ikke er forpligtet til at godtgøre sandsynligheden af, at det umiddelbart er berettiget at antage, at Fællesskabets konkurrencebestemmelser er tilsidesat, før den vedtager en beslutning om foreløbige forholdsregler, ville det heller ikke være rimeligt at kræve, at sagsøgeren, der har begæret udsættelse af en sådan beslutning, som reelt ikke bygger på en fuldstændig og endelig vurdering af de faktiske og retlige omstændigheder i sagen, og som kan få meget alvorlige konsekvenser for adressaten, godtgør, at det umiddelbart er berettiget at påberåbe sig beslutningens ugyldighed.

69 Kommissionen har dog fastholdt, at der er så meget desto større grund til at kræve, at det godtgøres, at det umiddelbart synes berettiget at afvise den vurdering af uopsætteligheden og interesseafvejningen, der er foretaget i den anfægtede beslutning, og som taler for vedtagelsen af foreløbige forholdsregler.

70 Det bemærkes, at Domstolen i Camera Care-kendelsen udtrykkeligt fastslog, at Kommissionen også skal kunne træffe sikrende foranstaltninger »i det omfang, disse måtte findes uomgængelige« for at undgå, at udøvelsen af den i artikel 3 i forordning nr. 17 indeholdte beslutningskompetence »mister sin virkning eller endog bliver illusorisk« (præmis 18). Retten fastslog i La Cinq-dommen (præmis 79 og 80) under henvisning til Camera Care-kendelsen, at Kommissionen, når den i beslutningen om ikke at træffe foreløbige forholdsregler i dette tilfælde anfører, at »kun de skader kan antages at være uoprettelige, som ikke kan genoprettes gennem en efterfølgende beslutning«, har lagt »en ukorrekt fortolkning til grund af begrebet uoprettelig skade, som, hvis den indtræder eller eventuelt indtræder, kan begrunde, at der træffes foreløbige forholdsregler«, og er gået »ud over, hvad der kræves i henhold til Domstolens praksis, hvori der kun henvises til de skader, som ikke kan genoprettes ved den beslutning, Kommissionen måtte træffe som afslutning på den administrative procedure«.

71 La Cinq-dommen kan således ikke påberåbes til støtte for Kommissionens argument i den foreliggende sag. Den omstændighed, at Kommissionen inden vedtagelsen af en beslutning om foreløbige forholdsregler skal være overbevist om, at den konkurrencefordrejning, som Kommissionen frygter vil opstå, hvis der ikke træffes foreløbige forholdsregler, skal være så alvorlig, at problemet ikke kan afhjælpes ved Kommissionens endelige beslutning, indebærer ikke, at en sagsøger, der har begæret udsættelse af en sådan foreløbig kommissionsbeslutning, skal godtgøre, at Kommissionens vurdering af uopsætteligheden af beslutningen er åbenbart fejlagtig.

72 En af de retlige forudsætninger, der nødvendigvis skal opfyldes, før Kommissionen kan vedtage en beslutning om foreløbige forholdsregler, er under alle omstændigheder, at Kommissionen vurderer, hvilke betingelser der efter Camera Care-retspraksis skal være opfyldt, før den vedtager beslutningen. Da manglende opfyldelse af en eller begge de betingelser, der kræves opfyldt i Camera Care-kendelsen, vil være tilstrækkelig til at gøre en beslutning om foreløbige forholdsregler ugyldig, skal den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler vedrørende en sådan beslutning, som led i sin vurdering af fumus boni juris også vurdere Kommissionens bedømmelse af uopsætteligheden og enhver interesseafvejning, Kommissionen måtte foretage i denne forbindelse.

73 Derfor må den part, der begærer foreløbige forholdsregler i en sag som den foreliggende, for at opfylde betingelsen om fumus boni juris godtgøre, at der er alvorlige grunde til at betvivle rigtigheden af Kommissionens vurdering af i hvert fald en af de betingelser, der kræves opfyldt efter Camera Care-retspraksis. Den ret, der behandler en sådan begæring om foreløbige forholdsregler, vil dog ved vurderingen af, om alle de betingelser for at træffe foreløbige forholdsregler, der er foreskrevet i artikel 242 EF og 243 EF samt i procesreglementets artikel 104, stk. 2, er opfyldt, men især ved vurderingen af, om interesseafvejningen falder ud til fordel for den part, der har fremsat begæringen, eller Kommissionen, tage hensyn til såvel Kommissionens bedømmelse af den uopsættelighed, der har begrundet de anfægtede foreløbige forholdsregler, som årsagerne til, at Kommissionen lod interesseafvejningen falde ud til fordel for at træffe sådanne forholdsregler.

74 Det følger af det ovenfor anførte, at det argument, Kommissionen med støtte fra NDC og NDC Health har fremført, om, at den fumus boni juris, som en part, der begærer udsættelse af en kommissionsbeslutning om foreløbige forholdsregler, skal være i stand til at godtgøre, skal være åbenbar, savner ethvert grundlag.

75 Det er således nødvendigt at undersøge, om sagsøgeren har været i stand til at godtgøre, at der er alvorlige tvivl om rigtigheden af den retlige analyse, der har ført til den umiddelbare konklusion i den anfægtede beslutning, nemlig at sagsøgeren har misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked ved at nægte at give sine konkurrenter licens, og at det derfor er nødvendigt at træffe foreløbige forholdsregler for at genoprette konkurrencen på dette marked.

Fumus boni juris

76 Sagsøgeren har til støtte for sin konklusion om, at den anfægtede beslutning umiddelbart forekommer ugyldig, i det væsentlige påberåbt sig fem anbringender.

Det væsentligste anbringende, som bygger på flere indbyrdes forbundne argumenter, vedrører rigtigheden af den retlige analyse, hvorpå Kommissionen støtter sin konklusion, hvorefter sagsøgerens nægtelse af at give licens til udnyttelse af ophavsretten til 1860-blokstrukturen udgør misbrug af den dominerende stilling, sagsøgeren indtager på det relevante marked. Sagsøgeren har også gjort gældende, at den væsentligste konkrete begrundelse for den anfægtede beslutning er fejlbehæftet, at alle de vigtige retlige og faktiske konklusioner, der er draget i beslutningen, modsiger de tyske retters konklusioner, at de trufne forholdsregler ikke er sikrende, og at sagsøgerens ret til en retfærdig rettergang er blevet tilsidesat af Kommissionen.

77 Først skal der tages stilling til den umiddelbare berettigelse af sagsøgerens væsentligste anbringende.

Parternes argumenter

78 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at Kommissionen kun må træffe foreløbige forholdsregler i tilfælde af adfærd, der er klart ulovlig efter Fællesskabets faste retspraksis (La Cinq-dommen, præmis 28). Denne betingelse er ikke opfyldt i forbindelse med den anfægtede beslutning, idet det i denne i strid med Fællesskabets faste retspraksis og tidligere kommissionsbeslutninger fastslås, at det er umiddelbart ulovligt for en dominerende virksomhed at nægte at dele en konkurrencefordel i form af ophavsretten til 1860-blokstrukturen på netop det marked, ophavsretten vedrører, med sine konkurrenter. Herved fratages sagsøgeren selve essensen i den ophavsret, der er opnået i henhold til national lovgivning, og som er anerkendt i fællesskabslovgivningen, hvilket er åbenbart i strid med artikel 295 EF.

79 Sagsøgeren har navnlig påberåbt sig Domstolens domme af 5. oktober 1988 (sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211, præmis 7, og sag 53/87, CICRA og Maxicar, Sml.

s. 6039, præmis 10), Rettens domme af 10. juli 1991 (sag T-69/89, RTE mod Kommissionen, Sml. II, s. 485, præmis 71, herefter »RTE-dommen« og sag T-76/89, ITP mod Kommissionen, Sml. II, s. 575, herefter »ITP-dommen«) samt Domstolens dom af 6. april 1995 i appelsagen vedrørende de to sidstnævnte domme (forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 49, herefter »Magill-dommen« (idet den sag, der gav anledning til Magill-dommen, herefter benævnes »Magill-sagen«)). Sagsøgeren har gjort gældende, at en dominerende virksomheds nægtelse af at give licens til udnyttelse af virksomhedens intellektuelle ejendomsrettigheder kun i to tilfælde kan udgøre et misbrug, nemlig for det første hvis virksomheden, ud over at nægte at give licens, udviser en adfærd, som i sig selv er et misbrug, f.eks. ulovlig prisfastsættelse, og for det andet hvis der er tale om en »væsentlig facilitet«.

80 I den anfægtede beslutning henvises der til begrebet væsentlig facilitet og til, hvad begrebet omfatter. Ifølge sagsøgeren er der kun tale om en væsentlig facilitet, såfremt to særskilte markeder er involveret, og såfremt den vare eller tjenesteydelse, der leveres på det ene marked (normalt et »opstrømsmarked«), er et nødvendigt input for produktionen af varer og tjenesteydelser på det andet marked (normalt et »nedstrømsmarked«). De omstændigheder, hvorunder Fællesskabets retsinstanser efter tidligere praksis og Kommissionen (før vedtagelsen af den anfægtede beslutning) har anset en dominerende virksomheds leveringsnægtelse for misbrug, har altid omfattet to forskellige markeder. Sagsøgeren har særligt nævnt Domstolens dom af 6. marts 1974 i sagen Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen (forenede sager 6/73 og 7/73, Sml. s. 223) vedrørende de særskilte markeder for råstoffer og følgeprodukter, Domstolens dom af 3. oktober 1985 i CBEM-sagen (sag 311/84, Sml. s. 3261) vedrørende de særskilte markeder for tv-spredning og tv-markedsføring, Domstolens dom af 13. december 1991 i sagen GB-Inno-BM (sag C-18/88, Sml. I, s. 5941) vedrørende de særskilte markeder for på den ene side oprettelsen og driften af offentlige telekommunikationsnet og på den anden side import, markedsføring, tilslutning, indkøring og vedligeholdelse af tilslutningsudstyret, Magill-dommen vedrørende de særskilte markeder for tv-programoversigter og tv-blade, Rettens dom af 12. juni 1997 i sagen Tiercé Ladbroke mod Kommissionen (sag T-504/93, Sml. II, s. 923, herefter »Tiercé Ladbroke-dommen«) vedrørende de særskilte markeder for tv-udsendelse af hestevæddeløb og drift af væddeløbsselskaber, Domstolens dom af 26. november 1998 i Bronner-sagen (sag C-7/97, Sml. I, s. 7791) vedrørende de særskilte markeder for avisudbringning og udgivelse og salg af aviser, samt Kommissionens beslutning af 21. december 1993 om en procedure i henhold til EF-traktatens

artikel [82] (IV/34.689 — Sea Containers mod Stena Sealink — foreløbige forholdsregler, EFT L 15, s. 8) vedrørende markederne for henholdsvis havneydelser og passagerfærgetjenester og Kommissionens beslutning 98/190/EF af 14. januar 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel [82] (IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG, EFT L 72, s. 30) vedrørende adskilte markeder for lufthavnes start- og landingsfaciliteter og forpladshandlingydelser.

81 Sagsøgerens argument, som støttes på denne retspraksis, har to væsentlige sider. For det første har sagsøgeren hævdet, at teorien om »væsentlige faciliteter« forudsætter, at en dominerende virksomhed udnytter sin markedsstyrke på det marked, hvor virksomheden er dominerende, for at forhindre eller undergrave konkurrencen på et nedstrømsmarked eller nabomarked, hvor virksomheden allerede er eller ønsker at være aktiv, eller som virksomheden blot ønsker at forhindre i at opstå som nyt marked, som tilfældet var i Magill-sagen. For det andet har IMS under specifik henvisning til Magill-sagen, som IMS fremhæver er den eneste sag før den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen har søgt at anvende princippet om »væsentlige faciliteter« på udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, gjort gældende, at de »særlige omstændigheder«, der begrunder, at nægtelsen af at give licens betegnes som misbrug, består i rettighedsindehavernes udøvelse af den ophavsret, der er opnået som følge af rettighedsindehavernes aktiviteter på det marked, hvor de var dominerende (tv-spredning), med henblik på at udstrække dominansen til at omfatte et nedstrømsmarked (ugentlige tv-blade). I den foreliggende sag er IMS Healths nægtelse af at give sine konkurrenter licens til 1860-blokstrukturen berettiget, fordi IMS Health ikke søger at udnytte sin markedsstyrke på et særskilt marked. Sagsøgeren har fremhævet, at det ikke kan være misbrug, når en indehaver af en ophavsret nægter at give licens til konkurrenter, som ønsker adgang til denne ret for at kunne konkurrere mod rettighedsindehaveren på netop det marked, hvor den eneret, ophavsretten giver, er afgørende for rettighedsindehaverens forretning, og hvor virksomhedens dominans i hvert fald potentielt afhænger af enerettens opretholdelse. Den blotte omstændighed, at den beskyttede struktur i høj grad er faldet i kundernes smag, således at det produkt eller den tjeneste, som strukturen indgår i, dominerer markedet, er ikke i sig selv tilstrækkelig til at kræve, at rettighedsindehaveren giver licens til dem, der ønsker at konkurrere mod rettighedsindehaveren på dette marked.

82 Kommissionen har i sit indlæg bemærket, at den potentielle betydning af ex parte-kendelsen af 10. august 2001, særligt utilbøjeligheden hos Rettens præsident til »end ikke midlertidigt« (præmis 24) at bekræfte de i den anfægtede beslutning trufne forholdsregler, ikke bør fortolkes således, at det er Kommissionen, der faktisk skal godtgøre berettigelsen af den analyse af artikel 82 EF, som beslutningen bygger på. Uanset svagheden i sin argumentation på et bestemt punkt har Kommissionen hævdet, at den anfægtede beslutning bør anses for gyldig, og at den i mangel af direkte bevis for uopsætteligheden og af en interesseafvejning til fordel for sagsøgeren ikke bør udsættes.

83 Kommissionen har bemærket, at de foreløbige konklusioner i den anfægtede beslutning er baseret på en kombineret analyse af Magill-, Tiercé Ladbroke- og Bronner-sagerne. Da det er bedst at lade komplicerede retlige og faktiske spørgsmål afvente hovedsagen, vil Kommissionen i den foreliggende sag blot påpege, at den, efter foreløbig at have skønnet, at omstændighederne var så exceptionelle, at det i henhold til artikel 82 EF var nødvendigt at begrænse IMS Healths udøvelse af sine intellektuelle ejendomsrettigheder, tog fuldt ud hensyn til disse ejendomsrettigheder, da den udøvede sin beføjelse til at vedtage passende foreløbige forholdsregler. Kommissionen har under retsmødet fremhævet, at dette særligt fremgår af kravet om, at de potentielle licenstagere skal betale rimelige licensafgifter (betragtning 215 til den anfægtede beslutning).

84 Kommissionen har gjort gældende, at omstændighederne i Magill-sagen i det væsentlige ikke afviger meget fra omstændighederne i den anfægtede beslutning. Hverken de beskyttede programoversigter i Magill-sagen eller blokstrukturen i den foreliggende sag udgør et særskilt produkt, idet de hver især er et uundværligt element i en særskilt tjenesteydelse, men ikke har nogen nytteværdi, medmindre de indgår i tjenesteydelsen. Kommissionen har i sit supplerende indlæg anerkendt, at forskellene mellem IMS's salgsdatatjeneste og konkurrenternes salgsdatatjenester ikke er af en sådan art, at sidstnævnte tjenester — som i Magill-sagen — kan anses for nye tjenester, men har gjort gældende, at de »særlige omstændigheder«, der er konstateret i Magill-sagen og bekræftet i Tiercé Ladbroke- og

Bronner-dommene, ikke begrænser sig til Magill-specifikke omstændigheder. Sagsøgerens påberåbelse af betydningen af, at der ikke er tale om to markeder, er derfor ilde anbragt.

85 Kommissionen har endvidere hævdet, at selv om teorien om »væsentlige faciliteter« ofte påberåbes i situationer, hvor en dominerende virksomhed forsøger at udnytte sin dominans på et nedstrømsmarked, findes ingen sådan betingelse omtalt i hverken Magill-, Tiercé Ladbroke- og Bronner-dommene eller i Rettens dom af 15. september 1998 i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen (forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, Sml. II, s. 3141). Endvidere synes Retten ikke at have anerkendt betydningen heraf i sin dom af 16. december 1999 i sagen Micro Leader mod Kommissionen (sag T-198/98, Sml. II, s. 3989). Under alle omstændigheder er der en meget snæver sammenhæng mellem faciliteten og det marked, hvorfra konkurrencen er udelukket, såfremt den væsentlige facilitet omfatter en struktur, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder. Genstanden for den beskyttelse, der ydes af den pågældende rettighed, må nødvendigvis til en hvis grad være integreret i det solgte produkt eller den leverede tjenesteydelse.

86 NDC og NDC Health har hævdet, at den anfægtede beslutning overholder de kriterier for vedtagelse af beslutninger om foreløbige forholdsregler, der er fastlagt i Camera Care-retspraksis. Kommissionens konstatering af, at IMS's udnyttelse af sin ophavsret til at drive konkurrenterne ud af det relevante marked umiddelbart udgør et misbrug, er i overensstemmelse med de klassiske misbrugsbegreber, der er defineret i traktaten og anvendt f.eks. i Magill-sagen. Med andre ord er intellektuelle ejendomsrettigheder ikke »immune« over for traktatens konkurrencebestemmelser. Kommissionen kan, når den i den anfægtede beslutning konkluderer (betragtning 67), at det i beslutningen opstillede princip omfatter tilfælde, hvor det påståede misbrug forhindrer skabelsen af et nyt produkt, ikke siges åbenbart at fejlanvende Magill-dommen. I modsætning til, hvad sagsøgeren hævder i sit væsentligste anbringende, stilles der hverken i de relevante tidligere kommissionsbeslutninger eller i retspraksis krav om, at der skal være to adskilte nabomarkeder, for at teorien om »væsentlige faciliteter« kan anvendes.

87 AzyX har gjort gældende, at da det klart fremgår af den anfægtede beslutning, at 1860-blokstrukturen er blevet en industristandard, berettiger dominerende virksomheders »særlige forpligtelse« til ikke at tilsidesætte konkurrencebestemmelserne (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57) til at konkludere, at sagsøgeren har misbrugt sin dominerende stilling. De særlige omstændigheder, der bevirker, at sagsøgerens adfærd falder ind under den retspraksis, der er fastlagt i Volvo-, CICRA og Maxicar- samt Magill-dommene og dommen i sagen Micro Leader mod Kommissionen, er, at sagsøgeren har påberåbt sig sin påståede ophavsret for de tyske domstole som et middel til at fjerne potentielle konkurrenter. AzyX har hævdet, at misbruget for AzyX' vedkommende fremgår af, at selv om AzyX var trængt ind på det tyske marked i foråret/sommeren 1999, forsøgte sagsøgeren først at påberåbe sig sin ophavsret over for AzyX på netop det tidspunkt (december 2000), hvor AzyX var begyndt at udgøre en reel konkurrencemæssig trussel. AzyX har i sit supplerende indlæg tilføjet, at tidspunktet for sagsøgerens reaktion var omhyggeligt valgt, idet formålet med at fremsætte begæring om og opnå et påbud i december 2000 var at lamme AzyX i januar 2001, hvor de fleste af AzyX's kundekontrakter for det nye år skulle underskrives.

Præsidentens bemærkninger

88 Hvad angår den udtrykkelige antagelse, som den anfægtede beslutning bygger på (betragtning 36), nemlig at 1860-blokstrukturen er omfattet af en ophavsret i Tyskland, hvilken antagelse Kommissionen ikke har søgt at moderere i sit indlæg i den foreliggende sag, må udgangspunktet være, at sagsøgeren gennem IMS Health er indehaver af en gyldig ophavsret til denne struktur. I princippet indebærer ophavsretten eneret til at reproducere strukturen som led i ydelsen af regionale salgsdatatjenester og ret til at afgøre, om tredjeparter skal have licens til at anvende strukturen.

89 Konklusionen i den anfægtede beslutning, nemlig at sagsøgeren umiddelbart synes at have misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked ved at nægte at give licens til udnyttelse af sagsøgerens ophavsret til 1860-blokstrukturen, hvilket faktisk indebærer, at sagsøgeren har anvendt ophavsretten som et middel til at misbruge sin stilling for at forhindre sine konkurrenter, NDC Health og AzyX, dels i at forblive på markedet, dels i med held at konkurrere med sagsøgeren, rejser vanskelige spørgsmål med hensyn til den nøjagtige rækkevidde af artikel 82 EF og Kommissionens kompetence efter artikel 3 i forordning nr. 17, som fortolket efter Camera Care-retspraksis. En nøje gennemgang af disse spørgsmål ligger klart uden for rammerne af den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler og må som i Magill-kendelsen (jf. præmis 14) overlades til Retten i Første Instans, som må gennemgå spørgsmålene, når den tager stilling til hovedsagen.

90 Men da Kommissionen med støtte fra intervenienterne har bestridt, at det er godtgjort, at det umiddelbart er berettiget at drage gyldigheden af den anfægtede beslutning i tvivl, må det undersøges, om sagsøgeren med hensyn til sit væsentligste anbringende i den foreliggende sag har godtgjort, at der består alvorlig tvivl om gyldigheden af den anfægtede beslutning.

91 Det bemærkes for det første, at artikel 295 EF bestemmer, at »de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne [ikke berøres] af denne traktat«. En ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, bør derfor normalt fare med lempe, når den tager stilling til en kommissionsbeslutning, som gennem foreløbige forholdsregler truffet under en verserende undersøgelse efter artikel 3 i forordning nr. 17 og baseret på en foreløbig fortolkning af artikel 82 EF pålægger indehaveren af en intellektuel ejendomsret, der er anerkendt og beskyttet ved national lovgivning, en forpligtelse til at give licens til udnyttelse af denne ejendomsret.

92 For så vidt som sagsøgeren på den anden side under henvisning til La Cinqdommen (præmis 28) har gjort gældende, at Kommissionen klart skal godtgøre, at den påståede adfærd er ulovlig, før vedtagelsen af sådanne foreløbige

forholdsregler kan retfærdiggøres, skal blot bemærkes, at et sådant krav ikke fremgår af den autentiske franske version (idet fransk er processproget i La Cinq-dommen) af denne præmis i dommen. I modsætning til den engelske tekst begrænser den franske tekst ikke Kommissionens kompetence til at vedtage foreløbige forholdsregler til situationer, hvor Kommissionen i sin endelige beslutning vil kunne iværksætte sanktioner over for den pågældende adfærd.

93 Den blotte omstændighed, at den fortolkning af artikel 82 EF, der er anlagt i den anfægtede beslutning, synes at være forholdsvis ny, kan således ikke i sig selv påvirke vurderingen af opfyldelsen af betingelsen om fumus boni juris. Sagsøgeren skal stadig godtgøre, at der består alvorlig uenighed eller i hvert fald rimelig tvivl om gyldigheden af Kommissionens foreløbige vurdering af konkurrencereglerne (Ford-kendelsen, præmis 8, og kendelsen i sagen Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., præmis 26).

94 På baggrund af de argumenter baseret på Magill-dommen, der er fremført af parterne i den foreliggende sag, er det nødvendigt at betragte den del af Magill-dommen, der vedrører de appellerende tv-spredningsvirksomheders anbringende om, at Retten i Første Instans havde anvendt begrebet misbrug af en dominerende stilling urigtigt. Retten fastslog i RTE- og ITP-dommene (henholdsvis præmis 71 og 56), idet den anerkendte, at det er ubestridt, at den specifikke genstand for en ophavsret giver indehaveren af ophavsretten ret til at forbeholde sig eneretten til at reproducere det beskyttede værk, og at dette ikke i sig selv udgør et misbrug, at der kan være tale om misbrug, »såfremt det i betragtning af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde viser sig, at betingelserne for og de nærmere regler for udøvelsen af eneretten [...] i realiteten forfølger et mål, der klart er i strid med formålet med artikel [82 EF]«.

95 I Magill-dommen forkastede Domstolen kategorisk det synspunkt, at udøvelsen af en national ophavsret »er [...] unddraget enhver vurdering i forhold til artikel [82 EF]«, og bekræftede herefter under henvisning til Volvo-dommen, at en »nægtelse af at give licens, selv om der er tale om en virksomhed i en

dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug heraf« (præmis 48 og 49). Herefter anerkendte Domstolen, at »indehaverens udøvelse af eneretten ikke desto mindre under særlige omstændigheder [kan] føre til, at der foreligger et misbrug« (præmis 50). Hvad angår tilstedeværelsen af sådanne »særlige omstændigheder« bekræftede Domstolen under henvisning til Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder, at der forelå tre sæt særlige omstændigheder (præmis 52-56).

96 For det første bekræftede Domstolen (Magill-dommen, præmis 52, hvor der henvises til henholdsvis RTE-dommen, præmis 62, og ITP-dommen, præmis 48), at der fandtes et særskilt marked for komplette ugentlige tv-programblade, der adskiller sig fra markedet for de ugentlige programblade for hver enkelt kanal, der allerede blev produceret, bl.a. af begge appellanter. Herefter fastslog Domstolen, at tv-spredningsvirksomhederne »ifølge sagens natur var de eneste kilder til de oplysninger om programlægningen, der udgør det nødvendige basismateriale for et ugentligt tv-programblad« (Magill-dommen, præmis 53), og at deres nægtelse af at stille de pågældende oplysninger til rådighed »under henvisning til de nationale regler om ophavsret [således forhindrede], at der blev skabt et nyt produkt — et komplet ugentligt tv-program — som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side« (Magill-dommen, præmis 54). Domstolen konkluderede, at en sådan nægtelse udgjorde et misbrug i henhold til artikel 82, stk. 2, litra b), EF.

97 For det andet bekræftede Domstolen (Magill-dommen, præmis 55) konstateringen af, at »nægtelsen [...] ikke [var] begrundet i særlige forhold for radio- og tv-spredningsvirksomheden eller virksomheden med udgivelse af tv-blade (RTE-dommen, præmis 73, og ITP-dommen, præmis 58)«.

98 For det tredje stadfæstede Domstolen (Magill-dommen, præmis 56) Rettens konstatering af, at radio- og tv-spredningsvirksomhedernes adfærd betød, at de forbeholdt et afledt marked, nemlig markedet for ugentlige tv-programblade, for sig selv ved at udelukke enhver konkurrence på dette marked, idet de nægtede »at give adgang til de oplysninger, der er det nødvendige basismateriale for et sådant blad«.

99 Domstolen konkluderede herefter (Magill-dommen, præmis 57), at »[u]nder disse omstændigheder har Retten ikke anlagt en forkert retlig vurdering ved at anse appellanternes adfærd for et misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel [82 EF]« (præmis 57).

100 Det fremgår klart af Magill-dommen, at der er en række potentielt væsentlige forskelle mellem omstændighederne i Magill-sagen og de omstændigheder, hvorpå den anfægtede beslutning bygger, forskelle, hvis eksistens, men ikke betydning, ikke for alvor er blevet bestridt af Kommissionen. Den anfægtede beslutning synes at bygge på en ikke-kumulativ fortolkning af de vilkår, der i Magill-dommen anses for at udgøre »særlige omstændigheder«. Kommissionen hævder, at udøvelsen af en ophavsret kan udgøre et misbrug, »selv om der ikke foreligger yderligere misbrug, såfremt den pågældende adfærd bl.a. forhindrer, at der bliver skabt et nyt produkt« (betragtning 67 til den anfægtede beslutning). De vilkår, Domstolen henviste til i Magill-dommen (præmis 54), anses ikke af Kommissionen for i princippet at være nødvendige for, at der kan siges at foreligge »særlige omstændigheder«.

101 I stedet for at søge at forhindre, at der skabes en ny tjeneste på et særskilt marked, synes sagsøgerens nægtelse af at give NDC og AzyX ophavsretlig licens i den foreliggende sag umiddelbart at have til formål at forhindre disse i at udbyde regionale salgsdatatjenester baseret på frit tilgængelige data på det samme marked og til de samme potentielle kunder, som kun på visse detailpunkter adskiller sig fra de tjenester, der udbydes af sagsøgeren. Et centralt element i den anfægtede beslutning er konstateringen af, at målgruppen, nemlig lægemiddelvirksomhederne, synes at kræve, at de pågældende data fremlægges i det »1860-blokstruktur«-format, der er udviklet af sagsøgeren. Kommissionen konkluderer derfor foreløbig, at sagsøgerens konkurrenter uden adgang til denne struktur ikke kan konkurrere med sagsøgeren på det relevante marked. Essensen i Kommissionens analyse synes at være, at den omstændighed, at det gennem en nægtelse af at give licens til udnyttelsen af en intellektuel ejendomsret forhindres, at der opstår nye konkurrenter på markedet, som højst vil udbyde nye variationer af de samme tjenester på det samme marked som den dominerende virksomhed, kan

udgøre et misbrug, såfremt disse konkurrenter ikke på anden måde kan få adgang til det pågældende marked, fordi det beskyttede værk er en de facto-industristandard.

102 Når Kommissionen foreløbig konkluderer, at det forhold, at skabelsen af et nyt produkt eller en ny tjeneste, som der er potentiel efterspørgsel efter hos forbrugerne, forhindres, ikke er afgørende for, om der kan påberåbes »særlige omstændigheder«, et begreb, Domstolen definerede i Magill-dommen, er der umiddelbart tale om en udvidende fortolkning af dette begreb. Derfor er det først, når der træffes afgørelse i hovedsagen, at den alvorlige uenighed om rigtigheden af denne fortolkning kan afgøres.

103 I den anfægtede beslutning søger Kommissionen imidlertid at forklare denne tilsyneladende udvidende fortolkning af det begreb, »særlige omstændigheder«, der er defineret i Magill-dommen, ved at henvise til senere retspraksis, særligt Bronner-dommen. Efter Kommissionens opfattelse er en dominerende virksomheds leveringsnægtelse et misbrug, selv når der er tale om en nægtelse af at give ophavsretlig licens, forudsat at følgende kriterier er opfyldt (betragtning 70 til den anfægtede beslutning):

»— nægtelsen af adgang til faciliteten kan udelukke al konkurrence på det relevante marked

— en sådan nægtelse kan ikke begrundes ud fra objektive forhold, og

— faciliteten er selv absolut nødvendig for udøvelsen af virksomheden i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende facilitet«.

104 I Bronner-dommen henviste Domstolen (præmis 40) til hver af Rettens konstateringer, som var blevet stadfæstet af Domstolen i Magill-dommens præmis 53-56, som »særlige omstændigheder«, der var »påvist« i Magill-dommen (jf. præmis 96, 97 og 98 ovenfor). I Bronner-dommen udtalte Domstolen videre, at Magill-dommen vedrørte »udøvelsen af en intellektuel ejendomsret« (præmis 41). At tage stilling til, om disse passager i Bronner-dommen samt præmis 131 i Rettens dom i sagen Tiercé Ladbroke mod Kommissionen understøtter den umiddelbare konklusion, Kommissionen har draget i den anfægtede beslutning, ville være en overskridelse af grænserne for den retslige prøvelse, der er mulig i den foreliggende sag. Selv om Kommissionens fortolkning kan være rigtig, kan det ikke udelukkes, at der er rimelige grunde til at konkludere, at de »særlige omstændigheder«, som Domstolen nævnte i Magill-dommen og henviste til i Bronner-dommen, er kumulative.

105 Sagsøgeren har under hensyntagen til de fremherskende økonomiske teorier, der ligger til grund for teorien om »væsentlige faciliteter«, hævdet, at dette især gælder betingelsen om, at den dominerende virksomheds anfægtede nægtelse af at indrømme licens skal forhindre skabelsen af et nyt produkt på et særskilt marked, der adskiller sig fra det marked, hvor den pågældende virksomhed er dominerende. Denne påstand rejser et væsentligt retligt spørgsmål, der bør behandles grundigt af Retten i hovedsagen. Denne fortolkning af Magill-dommen kan hævdes at finde støtte i en stor del af den retspraksis, IMS har henvist til (jf. navnlig præmis 80 ovenfor). Fortolkningen synes også at blive bekræftet af generaladvokat Jacobs, som i Bronner-sagen konkluderede, at afgørelsen i Magill-sagen kan »forklares ud fra de særlige omstændigheder i denne sag, der gjorde, at afvejningen endte med den konklusion, at der bestod en forpligtelse til at meddele licens« (forslag til afgørelse, punkt 63).

106 Da der således i det mindste består alvorlig uenighed om rigtigheden af den grundlæggende retlige konklusion, som den anfægtede beslutning bygger på, nemlig at der i den foreliggende sag består »særlige omstændigheder«, der kan begrunde, at virksomheden pålægges pligt til at indrømme tvangslicens, har sagsøgeren klart godtgjort, at begæringen om foreløbige forholdsregler umiddelbart synes berettiget. Skulle det endelig uanset konstateringerne særlig i præmis 68 og 73 ovenfor være nødvendigt for en sagsøger i en sag om foreløbige

forholdsregler som den foreliggende at godtgøre, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt, synes sagsøgeren at have opfyldt denne betingelse for så vidt angår sit væsentligste anbringende. Det er således nødvendigt at undersøge, om betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Uopsættelighed

Parternes argumenter

107 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at virksomhedens intellektuelle ejendomsret til 1860-blokstrukturen er et afgørende aspekt af virksomhedens konkurrenceevne og spiller en grundlæggende rolle, idet sagsøgerens regionale salgsdatatjeneste herved adskiller sig fra konkurrenternes salgsdatatjenester. Hvis sagsøgeren tvinges til at dele sin ophavsret med andre, vil virksomhedens tjeneste, der møjsommeligt er udviklet gennem mange år, blive reduceret til en almindelig vare, der ikke adskiller sig fra de konkurrerende tjenester. Sagsøgeren har under henvisning til kendelsen afsagt af Rettens præsident den 3. juni 1996 i sagen Bayer mod Kommissionen (sag T-41/96 R, Sml. II, s. 381, herefter »Bayer-kendelsen«, præmis 54) anført, at i lighed med, hvad der var tilfældet i Bayer-kendelsen, ville en gennemførelse af den anfægtede beslutning i den foreliggende sag medføre risiko for, at IMS Health ikke fik mulighed for selvstændigt at fastlægge et vigtigt led i sin forretningspolitik. Sagsøgeren har i sit supplerende indlæg gjort opmærksom på, at den økonomiske og handelsmæssige værdi af en unik fordel aldrig kan genoprettes, hvis først fordelen reduceres til en almindelig »vare«. Sagsøgeren har endvidere understreget, at der er en reel risiko for, at NDC Health og AzyX, hvis sagsøgeren tvinges til at give dem licens, vil udnytte den tid, der forløber, før der afsiges dom i hovedsagen, til at søge at overtale de nyerhvervede kunder til at gå over til at anvende blokstrukturer, der ikke krænker sagsøgerens ophavsret til 1860-blokstrukturen. Risikoen bliver ikke mindre af, at begge disse konkurrenter på forskellige tidspunkter har hævdet, at nogle af deres blokstrukturer ikke krænker denne ophavsret.

108 Sagsøgeren har for det andet hævdet, at gennemførelsen af den anfægtede beslutning vil medføre en markedsudvikling, som det vil være meget vanskeligt for ikke at sige umuligt at ændre (kendelsen i sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, præmis 55). Ifølge sagsøgeren vil den økonomiske værdi for virksomheden af kunder, der tabes til konkurrenterne som følge af, at virksomheden forpligtes til at give tvangslicens, gå endeligt tabt. Disse kunder vil ikke længere anerkende det intellektuelle og kreative grundlag for sagsøgerens tjeneste. Et forsøg på at overbevise kunderne om, at sagsøgerens ophavsret er gyldig, vil støde på uoverstigelige vanskeligheder, og det vil rent forretningsmæssigt være umuligt at hæve priserne igen til et niveau, der er rimeligt i forhold til, at der er tale om udøvelse af en eneret. Som det blev anerkendt i Magill-kendelsen (præmis 16 og 18), vil disse kunder sandsynligvis blive vænnet til at få tilbudt tjenester fra flere sider og vil modsætte sig en tilbagevenden til en situation, hvor kun IMS Health er i stand til at levere den pågældende tjeneste. Sagsøgeren har i sit supplerende indlæg påpeget, at Kommissionens afvisning af denne risiko viser, at den ikke er fortrolig med forretningsverdenens realiteter. Hidtil er alle beslutninger, herunder også endelige beslutninger i modsætning til foreløbige beslutninger, som indebærer en risiko for permanente eller vidtrækkende ændringer på markedet, blevet udsat (Ford- og Magill-kendelserne, kendelsen i sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen samt Bayer-kendelsen).

109 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at virksomheden allerede har lidt betydelige direkte økonomiske tab som følge af NDC Healths og AzyX's krænkelse af dens ophavsret. Sagsøgeren har under retsmødet hævdet, at virksomheden allerede har tabt [...] af sine [...] abonnenter til NDC Health og AzyX, hvoraf [...] har skiftet leverandør siden den 9. marts 2001, datoen for klagepunktsmeddelelsen. Sagsøgeren har anslået, at virksomhedens tabte fortjeneste på sådanne kunder ud fra de abonnementspriser, der var gældende i 2000, beløber sig til i alt [...] EUR pr. år. Endvidere har yderligere [...] kunder endnu ikke fornyet deres kontrakter, der udløber ved årets udgang, selv om de normalt allerede ville have gjort dette. Da NDC Health og AzyX er de eneste to andre virksomheder, der er aktive på markedet, er det rimeligt at antage, at de fleste, om ikke alle, disse kunder vil gå over til dem, hvis ikke den anfægtede beslutning udsættes. I så fald vil IMS Health ud fra de aktuelle abonnementspriser yderligere tabe [...] EUR pr. år. Således vil IMS Healths samlede kvantificerbare tab i Tyskland for 2002 beløbe sig til [...] EUR. Under henvisning til NCC-kendelsen har sagsøgeren påpeget, at et tilsagn om skadeserstatning eller en

anden økonomisk garanti (som f.eks. en bankgaranti) ville være særdeles velkomment i denne sag, hvor de faktiske omstændigheder i høj grad bestrides, og hvor Kommissionens vurdering synes at gå imod anerkendte fællesskabsretlige principper. Men en sådan foranstaltning vil ikke fjerne den meget alvorlige risiko for ikke-kvantificerbare tab i tilfælde af, at den anfægtede beslutning ikke udsættes.

110 Kommissionen har benægtet, at sagsøgeren har godtgjort en risiko for alvorlig og uoprettelig skade. Med hensyn til de påståede økonomiske tab, IMS risikerer at lide, har Kommissionen bl.a. under henvisning til kendelse afsagt den 18. oktober 1991 af Domstolens præsident i sagen Abertal mod Kommissionen (sag C-231/91 R, Sml. I, s. 5109, præmis 24), anført, at økonomiske tab principielt ikke skal anses for uoprettelige. I betragtning af sagsøgerens monopollignende stilling på det tyske marked vil gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke true virksomhedens eksistens (kendelse afsagt den 23.5.1990 af Domstolens præsident, forenede sager C-51/90 R og C-59/90 R, Comos-Tank og Matex Nederland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2167, præmis 30 og 31, og kendelse afsagt den 21.12.1994 af Rettens præsident, sag T-301/94 R, Laakmann Karton mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 23 ff.). IMS Healths markedsandel vil heller ikke falde voldsomt, hvis virksomhedens konkurrenter meddeles licens, især ikke da konkurrenterne konkurrencemæssigt vil være hæmmet af, at de skal betale licensafgifter. Under alle omstændigheder er de mulige økonomiske tab, sagsøgeren frygter, ikke godtgjort, men er udtryk for et usandsynligt »worst-case«-scenario. Med hensyn til den reviderede vurdering af disse tab, som IMS har fremlagt under retsmødet, har Kommissionen påstået, at tabene vil være marginale, idet langt de fleste kunder målt i de indtægter, de giver IMS, vil blive hos IMS, ligesom IMS i sin vurdering overser betydningen af de potentielle licenstageres forpligtelse til at betale licensafgifter til IMS. Den fordel, denne forpligtelse skaber, vil være dobbelt så stor som det betalte afgiftsbeløb, idet licensafgifterne vil forøge IMS Healths indtægter og samtidig reducere licenstagernes indtægter med et tilsvarende beløb.

111 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at udelukkelsen af økonomiske tab ikke afhænger af, om disse er genvindelige. Hvis den anfægtede beslutning

annulleres, har sagsøgeren mulighed for at få dækket tabene hos NDC og AzyX. Med hensyn til påstanden om, at den anfægtede beslutning burde have indeholdt et krav om, at de potentielle licenstagere skulle forpligte sig, har Kommissionen påpeget, at der kun i særlige undtagelsestilfælde bør fastsættes en sådan betingelse. Omstændighederne i den foreliggende sag afviger fra omstændighederne i NCC-sagen, som er den hidtil eneste sag, hvor der er fastsat en sådan betingelse. Kommissionen ville dog ikke have indvendinger mod en klausul i licensaftalerne mellem IMS Health og dens konkurrenter, der indførte en sådan garanti. Kommissionen har under retsmødet tilføjet, at den ville acceptere en af Rettens præsident påbudt beskyttelsesforanstaltning, der kunne sikre, at der blev ydet en sådan garanti, forudsat at garantibeløbet var rimeligt.

112 Hvad angår det påståede indgreb i IMS's forretningsmæssige uafhængighed har Kommissionen hævdet, at enhver sikrende foreløbig forholdsregel indebærer visse ændringer. Kardinalspørgsmålet i den foreliggende sag er, om de heraf følgende skader væsentligt overstiger de ulemper, som sådanne foreløbige beslutninger ifølge deres natur medfører, men som dog kun er foreløbige. Sagsøgeren har ikke godtgjort, at ulempen ved den indskrænkning af rettigheder, der kan blive konsekvensen af at skulle dele 1860-blokstrukturen med konkurrenterne mod en rimelig licensafgift, vil overstige de iboende ulemper. Meddelelsen af de pågældende licenser vil ikke begrænse IMS Healths frihed til selv at fastlægge sin forretningspolitik. Licenserne vil hverken påvirke IMS Healths frihed til at fastsætte priser eller — i betragtning af virksomhedens dominans på det relevante marked — IMS Healths mulighed for at vedtage en forretningsstrategi, der sætter virksomheden i stand til at klare konkurrencen.

113 Efter Kommissionens opfattelse vil den anfægtede beslutning heller ikke medføre nogen væsentlige og permanente ændringer på markedet. For det første er det klart, at beslutningens artikel 1 på baggrund af begrundelserne i præamblen er begrænset til NDC Health og AzyX. Sagsøgeren vil således ikke blive forhindret i at håndhæve sin ophavsret, hvis beslutningen annulleres i hovedsagen. For det andet afviger omstændighederne i den foreliggende sag fra omstændighederne i Bayer-kendelsen og kendelserne afsagt af Rettens præsident henholdsvis den 19. februar 1993 i sagen Langnese-Iglo og Schöller mod Kommissionen (forenede sager T-7/93 R og T-9/93 R, Sml. II, s. 131), og den 7. juli 1998 i sagen Van den

Bergh Foods mod Kommissionen (sag T-65/98 R, Sml. II, s. 2641, herefter »Van den Berg Foods«-kendelsen), hvor adressaterne for de anfægtede beslutninger var nødt til at ændre deres kontrakter med mange grossister og detailhandlere. Den foreliggende sag kan heller ikke sammenlignes med sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, hvor den øjeblikkelige gennemførelse af den anfægtede beslutning i en sektor, der allerede var skrøbelig, blev anset for at medføre en risiko for bl.a. en priskollaps og lukning af visse virksomheder.

114 NDC og NDC Health har anført, at sagsøgeren i den foreliggende sag faktisk søger at overbevise om, at IMS Health vil lide alvorlige tab, hvis virksomheden tvinges til foreløbigt og mod licensafgifter at give licens til udnyttelse af en ophavsret som en ren brugsret til en industristandard. De har gjort gældende, at frygten for, at sagsøgerens intellektuelle ejendomsret til 1860-blokstrukturen reduceres til en »almindelig vare«, ikke er overbevisende. IMS Healths ophavsretlige beskyttelse er først opstået for nylig i Tyskland, og sagsøgeren har ikke forklaret, hvorfor værdien af ophavsretten skulle blive mindre i Tyskland, blot fordi sagsøgeren dér mod betaling af en licensafgift gør, hvad virksomheden allerede har indvilget i at gøre i Det Forenede Kongerige ved at indrømme licens til udnyttelse af en sammenlignelig ejendomsret, blot uden at modtage nogen licensafgift herfor. Da de pågældende data endvidere er frit tilgængelige, vil gennemførelsen af den anfægtede beslutning ikke som i sagen Postbank mod Kommissionen (kendelse afsagt den 1.12.1994 af Rettens præsident, sag T-353/94 R, Sml. II, s. 1141) medføre risiko for, at hemmelige oplysninger offentliggøres. Med hensyn til muligheden af at kræve en bankgaranti udtrykte NDC og NDC Health under retsmødet tvivl om nødvendigheden heraf, idet IMS ikke vil lide uoprettelig økonomisk skade. Endvidere vil IMS kunne udnytte nødvendigheden af at aftale betingelserne for en sådan garanti som et middel til at forsinke meddelelsen af licenser i henhold til den anfægtede beslutning. Mens sagsøgeren højst vil lide ubetydelige tab, kan NDC Health ikke konkurrere med IMS Health, hvis virksomheden ikke har adgang til at anvende 1860-blokstrukturen. NDC og NDC Health har i deres supplerende indlæg gjort gældende, at de beviser, lægemiddelindustrien har fremlagt, er overvældende. Lægemiddelvirk-

somhederne skal nødvendigvis modtage de regionale salgsdata i 1860-formatet. Under alle omstændigheder er NDC's 3942-struktur ikke et gyldigt alternativ til IMS Healths 1860-blokstruktur, idet rækkevidden af påbuddet til NDC Health for så vidt angår »følgeprodukter« er uklar og som påpeget af Kommissionen i den anfægtede beslutning (betragtning 143) ikke vil blive afklaret før tidligst om tre år.

115 Ifølge AzyX er det rigtigt, når det i den anfægtede beslutning fastslås, at AzyX vil lide alvorlig og uoprettelig skade, hvis ikke de foreløbige forholdsregler, der er fastsat i beslutningen, gennemføres. Som følge af betydningen for AzyX-koncernen af indtægterne fra det tyske marked vil koncernens økonomiske overlevelse meget hurtigt blive bragt i fare, hvis Kommissionens foreløbige forholdsregler udsættes. Hvis 1860-blokstrukturen faktisk trods IMS's afvisning udgør en væsentlig facilitet, vil det tab, en forpligtelse til at give licens til strukturen vil medføre for sagsøgeren, blive rent midlertidigt, hvis den anfægtede beslutning annulleres i hovedsagen. Hvis 1860-blokstrukturen derimod ikke er strengt nødvendig, vil et eventuelt uopretteligt tab af kunder ifølge AzyX være forårsaget af andre konkurrencemæssige omstændigheder og ikke af den anfægtede beslutning.

Præsidentens bemærkninger

116 Spørgsmålet om, hvorvidt uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt i forbindelse med en begæring om udsættelse af gennemførelsen, skal vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab (kendelsen i sagen SCK og FNK mod Kommissionen, præmis 30, kendelser afsagt af Domstolens præsident henholdsvis den 18.11.1999, sag C-329/99 P(R), Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. I, s. 8343, præmis 94, og den 11.4.2001, sag C-471/00 P(R), Kommissionen mod Cambridge Healthcare Supplies, Sml. I, s. 2865, præmis 107, herefter »Cambridge-kendelsen«). Det er den part, der gør en alvorlig og

uoprettelig skade gældende, der skal bevise, at den foreligger (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 12.10.2000, sag C-278/00 R, Grækenland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8787, præmis 14, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 28.5.2001, sag T-53/01 R, Poste Italiane mod Kommissionen, Sml. II, s. 1479, præmis 110). Det er tilstrækkeligt — navnlig når skadens indtræden afhænger af en række faktorer — at skaden kan forudsiges med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.12.1999, sag C-335/99 P(R), HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8705, præmis 67, Cambridge-kendelsen, præmis 108, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 8.12.2000, sag T-237/99 R, BP Nederland m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3849, præmis 49).

117 Ved vurderingen af de faktorer, der kan begrunde en udsættelse af en foranstaltning som den anfægtede beslutning som følge af det tab, den kan medføre, må der dog tages hensyn til, at denne forholdsregel selv er en foreløbig forholdsregel, der er truffet af Kommissionen under en undersøgelse, som endnu ikke er afsluttet (Ford-kendelsen, præmis 11). Det må derfor undersøges, om der er en alvorlig risiko for, at de skadelige virkninger af den anfægtede beslutning, hvis den skal efterkommes øjeblikkeligt, ville kunne overgå de skadelige virkninger af en sikrende forholdsregel og i mellemtiden forårsage skader, der ville være betydeligt større end de uundgåelige, men kortvarige ulemper, der følger af en sådan foreløbig beslutning (Ford- og Peugeot-kendelserne, henholdsvis præmis 14 og præmis 24).

118 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne afvist, at de tab, sagsøgeren sandsynligvis vil lide, er alvorlige. De er udtryk for »worst-case«-scenariet, hvor der ses bort fra den økonomiske betydning af de licensafgifter, sagsøgeren vil modtage. Sagsøgeren har imidlertid fremlagt, hvad der umiddelbart synes at være overbevisende beviser for, at sagsøgerens direkte tab i år kan beløbe sig til [...] EUR, og at tabene meget let vil kunne stige til [...] EUR i 2002. Selv om den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen oplysninger om hverken IMS Healths omsætning eller indtægter, har AzyX uden på dette punkt at blive modsagt af sagsøgeren hævdet, at IMS Healths indtægter i Tyskland fra den regionale salgsdatatjeneste beløber sig til ca. 25 mio. EUR om året. I betragtning af det ovenfor anførte kan det ikke udelukkes, at tab på mellem [...] EUR og [...] EUR om året eventuelt vil kunne få meget alvorlige følger for IMS Health, også selv om virksomheden er medlem af en koncern på IMS's størrelse.

119 Efter fast retspraksis kan et rent økonomisk tab imidlertid ikke, medmindre der er tale om særlige omstændigheder, anses for uopretteligt eller selv vanskeligt afhjælpeligt, da det kan være genstand for en senere økonomisk erstatning (kendelsen i sagen Abertal mod Kommissionen, præmis 24, og Cambridge-kendelsen, præmis 113, kendelser afsagt af Rettens præsident henholdsvis den 1.10.1997, sag T-230/97 R, Comafrica og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, Sml. II, 1589, præmis 32, og den 15.6.2001, sag T-339/00 R, Bactria mod Kommissionen, Sml. II, s. 1721, præmis 94). Denne retspraksis bygger på den forudsætning, at et økonomisk tab, som ikke elimineres ved fuldbyrdelsen af dommen i hovedsagen, udgør et økonomisk tab, der kan erstattes inden for rammerne af de retsmidler, som er fastsat i traktaten, navnlig artikel 235 EF og 288 EF (kendelsen i sagen Comafrica og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, præmis 38, og Rettens dom af 20.7.2000, sag T-169/00 R, Esedra mod Kommissionen, Sml. II, s. 2951, præmis 47). Men i den foreliggende sag består det retsmiddel, Kommissionen har nævnt i sit indlæg for det tilfælde, at den anfægtede beslutning annulleres, i en erstatningssag (formodentlig erstatning for krænkelse af ophavsret) anlagt af sagsøgeren ved de tyske retter. Det vil klart hverken være muligt eller passende for den ret, der behandler den foreliggende sag om foreløbige forholdsregler, at overveje sandsynligheden af, at IMS vil få tilkendt en tilstrækkelig erstatning ved de nationale retter. Det kan f.eks. ikke udelukkes, at selve den omstændighed, at sagsøgeren meddeler NDC Health og AzyX licens som følge af den anfægtede beslutning, også selv om denne beslutning senere annulleres, vil påvirke størrelsen af erstatningen til IMS Health i negativ retning.

120 Da Kommissionen endvidere har et vidt skøn, når den skal afgøre, om det er hensigtsmæssigt at vedtage foreløbige beslutninger som f.eks. den anfægtede beslutning, forekommer det umiddelbart usandsynligt, at sagsøgeren kan vinde en erstatningssag mod Kommissionen. Med andre ord er det usandsynligt, at de grunde, der eventuelt i sidste instans medfører annullation af beslutningen i hovedsagen, er tilstrækkelige til at kunne udgøre en så grov tilsidesættelse af fællesskabsretten, at IMS realistisk kan påberåbe sig, at Kommissionen åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsbeføjelser (jf. Domstolens dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I,

s. 5291, præmis 41-44, og Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-198/85, T-171/96, T-230/97, T-174/98 og T-225/99, Comafrica og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1975, præmis 134).

121 Selv om muligheden af, at IMS Health ikke kan få erstattet sine eventuelle økonomiske tab som følge af gennemførelsen af den anfægtede beslutning, ikke kan udelukkes, træffes der imidlertid normalt ikke foreløbige forholdsregler vedrørende økonomiske tab, medmindre sagsøgeren er i stand til at godtgøre, at det umiddelbart synes berettiget at fastslå, at de påståede tab, hvis de begærede foreløbige forholdsregler ikke træffes, vil være så store, at det truer den begærende parts eksistens. I den foreliggende sag har sagsøgeren ikke bestridt Kommissionens konstatering (betragtning 3 til den anfægtede beslutning) af, at IMS er aktiv i 100 lande og i 2000 havde en omsætning på 1,4 mia. USD. Selv om det er IMS Health, der ifølge udtalelserne fra dr. Sian vil lide de frygtede tab, er det kun ret og rimeligt, når både beslutningens adressat og sagsøgeren i hovedsagen og i den foreliggende sag er IMS, at undersøge de potentielle følger af disse tab for hele IMS (Domstolens kendelse af 7.3.1995, sag C-12/95 P, Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 467, præmis 12, kendelser afsagt af Rettens præsident henholdsvis den 10.12.1997, sag T-260/97 R, Camar mod Kommissionen og Rådet, Sml. II, s. 2357, præmis 50, og den 30.6.1999, sag T-13/99, Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. II, s. 1961, præmis 155, som blev stadfæstet efter appel ved kendelsen af 18.11.1999, sag C-329/99 P(R), Pfizer Animal Health mod Rådet, præmis 67, samt kendelse afsagt af Rettens præsident den 2.8.2001, sag T-111/01 R, Saxonia Edelmetalle mod Kommissionen, Sml. II, s. 2335, præmis 27). I betragtning af IMS's økonomiske styrke og den omstændighed, at IMS Healths tab vil blive mindre som følge af licensafgifterne, synes Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutning, nemlig at de eventuelle økonomiske tab sandsynligvis ikke, i hvert fald ikke før domsafsigelsen i hovedsagen, vil true virksomhedens eksistens på det relevante marked, at være velbegrundet. Disse eventuelle tab kan således ikke i sig selv begrunde de begærede foreløbige forholdsregler.

122 Endvidere har Kommissionen anført, at den ikke vil modsætte sig, at sagsøgeren forsøger at forsyne de licensaftaler, virksomheden forhandler om med NDC og

AzyX, med en klausul om en økonomisk garanti. Hvis de endelige licensvilkår, som Kommissionen fastsætter i overensstemmelse med artikel 2 i den anfægtede beslutning, kommer til at omfatte passende klausuler om bankgaranti, vil dette yderligere mindske risikoen for uoprettelige økonomiske tab.

123 Det må derfor undersøges, om der, som hævdet af sagsøgeren, består en reel risiko for, at de skadelige følger, som gennemførelsen af den anfægtede beslutning vil få for konkurrencestrukturen på det relevante marked, og især for værdien af sagsøgerens ophavsret til 1860-blokstrukturen, kan påføre sagsøgeren alvorlig og potentielt uoprettelig skade.

124 Det er vigtigt at fremhæve, at der i den anfægtede beslutning ikke sættes spørgsmålstegn ved Landgericht Frankfurts anerkendelse af sagsøgerens ophavsret (som indehaves gennem IMS Health) til 1860-blokstrukturen (betragtning 36 og 211). For så vidt som NDC og NDC Health søger at kvalificere ophavsretten som en ren brugsret, er der ikke dækning for deres anbringender i den anfægtede beslutning, således at anbringenderne ikke kan understøtte Kommissionens anbringender om, at begæringen om foreløbige forholdsregler vedrørende beslutningen ikke tages til følge. Da Landgericht Frankfurt har anerkendt, at den kreative indsats, 1860-blokstrukturen bygger på, er værdig til at nyde ophavsretlig beskyttelse, kan sagsøgeren med føje påberåbe sig den reelle risiko for, at ophavsretten bliver mindre værd.

125 Ophavsrettens eksistensberettigelse består i, at den giver skaberen af originalværker med opfindelseshøjde eneret til at udnytte sådanne værker (Domstolens dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers og Metronome Video, Sml. s. 2605, præmis 13), hvorved skaberen af værket sikres »belønning for sin kreative indsats« (RTE-dommen, præmis 71, og ITP-dommen, præmis 56). Ophavsretten er af fundamental betydning både for den enkelte rettighedshaver

og for samfundet (generaladvokat Gulmanns forslag til afgørelse i Magill-sagen, punkt 11). At reducere ophavsretten til en rent økonomisk ret til at modtage licensafgifter, udvander essensen i retten og er i princippet egnet til at påføre rettighedshaveren en potentielt alvorlig og uoprettelig skade.

126 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne søgt at begrunde nødvendigheden af en sådan udvanding i den foreliggende sag med, at hvis sagsøgeren vinder hovedsagen, vil det tab, der påføres virksomheden, være midlertidigt og ikke overstige de normale tab i forbindelse med foreløbige forholdsregler. Med andre ord vil IMS Health automatisk få alle sine kunder tilbage, når eneretten er genoprettet, fordi disse kunder igen vil blive tvunget til alene at handle med sagsøgeren som følge af blokstrukturens de facto væsentlige karakter.

127 Den angiveligt rent foreløbige karakter af den væsentlige forstyrrelse af den specifikke genstand for sagsøgerens intellektuelle ejendomsret er ikke i sig selv tilstrækkelig til at mindske den reelle risiko for, at sagsøgerens interesser lider alvorlig og uoprettelig skade.

128 For det første er der en klar risiko for, at IMS Healths nuværende kunder, hvoraf mange selv er større lægemiddelvirksomheder eller virksomheder, der er en del af økonomisk stærke multinationale koncerner, hvis de får mulighed for at vælge mellem konkurrerende udbydere af regionale salgsdatatjenester baseret på 1860-blokstrukturen over en periode på to eller tre år, ikke frivilligt vil acceptere en situation, hvor de kun kan vælge en enkelt tjeneste, der udbydes til en højere pris af en monopolistisk virksomhed. For det andet vil IMS Healths kunder blive endnu mere utilfredse, såfremt det, som Rettens præsident fik oplyst under retsmødet af intervenienterne, viser sig, at de nærmere enkeltheder i intervenienternes salgsdatatjenester, selv om disse nødvendigvis er baseret på 1860-blokstrukturen, afviger betydeligt fra de tjenester, der udbydes af sagsøgeren. Det kan således ikke udelukkes, at en sådan utilfredshed manifesterer sig i en

villighed til at afholde de udgifter, der er nødvendige for at kunne acceptere salgsdata i et format, der ikke er foreneligt med 1860-blokstrukturen, for at undgå atter at skulle ty til sagsøgeren, der indtager en monopollignende stilling på det relevante marked. Dette er især tilfældet, fordi mange af disse kunder, som hævdet i den anfægtede beslutning (betragtning 75-84), synes at have spillet en væsentlig rolle som deltagere i RPM Arbeitskreis (arbejdsgruppe) i udviklingen af 1860-blokstrukturen. Den blotte omstændighed, at nogle af kunderne, som hævdet af AzyX, under et fire og en halv time langt møde på den konference, AzyX afholdt i Frankfurt am Main den 15. marts 2001, synes at have været uvillige til at skifte til et andet format, udelukker ikke, at de ændrer holdning, hvis den anfægtede beslutning — som de på nævnte møde besluttede at støtte vedtagelsen af — senere skulle blive annulleret.

129 Det må derfor fastslås, at der er alvorlig grund til at antage, at den udvikling på markedet, som en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen vil kunne medføre, vil være vanskelig eller endog umulig at vende senere, hvis sagsøgeren skulle få medhold i hovedsagen (Van den Bergh Foods-kendelsen, præmis 66).

130 Endvidere kan det ikke udelukkes, at en gennemførelse af den anfægtede beslutning vil begrænse sagsøgerens mulighed for selvstændigt at fastlægge sin forretningspolitik (Bayer-kendelsen, præmis 54). Det fremgår klart af indlæggene i den foreliggende sag, at sagsøgeren, hvis beslutningen gennemføres, ikke fortsat kan føre den samme forretningspolitik på et marked, hvor sagsøgerens konkurrenter helt lovligt og blot mod betaling af licensafgifter kan konkurrere frit med sagsøgeren, som den, der hidtil er ført. På tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning udbød både NDC Health og AzyX tjenester, der var baseret på enten 1860-blokstrukturen (dvs. tjenester, som sandsynligvis krænkede sagsøgerens ophavsret) eller andre lignende blokstrukturer, som muligvis eller muligvis ikke har været rettighedskrænkende »følgeprodukter« til denne blokstruktur (følgeprodukter, om hvilke der herskede en vis retlig usikkerhed). Hvis sagsøgeren forpligtes til at give NDC Health og AzyX licens, vil det klart ændre disse fremherskende markedsvilkår. Den blotte omstændighed, at sag-

søgerens egen oprindelige nægtelse af at meddele konkurrenterne licens, som bemærket af Kommissionen, har bidraget til denne retlige usikkerhed, ændrer ikke karakteren af de markedsændringer, der vil være resultatet af den fremtidige lovliggørelse af NDC's og AzyX's adfærd som følge af, at disse opnår licens efter gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

131 I en situation, hvor det som anført af Kommissionen i det supplerende indlæg ikke er muligt at fastslå med sikkerhed, om konkurrenternes »nuværende blokstrukturer krænker [sagsøgerens] ophavsret«, og hvor i hvert fald én af disse konkurrenter, nemlig NDC, offentligt benægter, at dens 3942-blokstruktur krænker denne ophavsret, er det endvidere umuligt at afvise risikoen for, at NDC og AzyX udnytter den beskyttelse mod sager om krænkelse af ophavsret, som gennemførelsen af den anfægtede beslutning i en periode vil yde dem, til at overtale deres nuværende og fremtidige kunder til at skifte fra 1860-blokstrukturen til andre strukturer, der angiveligt ikke krænker ophavsretten, som rent hypotetisk. Umiddelbart synes det sandsynligt, at sagsøgeren må tage denne risiko i betragtning ved udformningen af sin forretningspolitik i afventning af dommen i hovedsagen.

132 Det må således konkluderes, at der er en reel og håndgribelig risiko for, at gennemførelsen af den anfægtede beslutning, førend der er afsagt dom i hovedsagen, kan påføre sagsøgeren alvorlig og uoprettelig skade, der sandsynligvis vil overstige de uundgåelige og kortvarige ulemper, som vedtagelsen af sådanne sikrende forholdsregler nødvendigvis må medføre.

133 Det er således nødvendigt at afveje de involverede interesser for at afgøre, om alle betingelser for at træffe de foreløbige forholdsregler, der er begæret i den foreliggende sag, er opfyldt.

Interesseafvejning

Parternes argumenter

134 Sagsøgeren har gjort gældende, at hverken NDC eller AzyX vil lide uoprettelig skade, hvis gennemførelsen af den anfægtede beslutning udsættes. De har allerede et betydeligt antal kunder og har begge udviklet alternative (og angiveligt ikke-krænkende) blokstrukturer, som de fortsat kan anvende og forbedre. Sagsøgeren har særlig henvist til NDC's 3942-blokstruktur, som NDC under licensforhandlingerne efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning hævdede ikke krævede licens. Endvidere er eventuelle skader selvforskyldte, idet NDC og AzyX henholdsvis den 12. oktober og den 28. december 2000 af Landgericht Frankfurt fik påbud om at ophøre med at krænke IMS Healths ophavsret. NDC og AzyX anmodede først om licens henholdsvis den 26. oktober 2000 og den 23. april 2001, således at de kunder, de siden da måtte have forsynet med tjenester baseret på 1860-blokstrukturen, er blevet forsynet i strid med disse påbud. Selv om de havde ret til at fremsætte begæring til Kommissionen om foreløbige forholdsregler, havde de ikke ret til under Kommissionens behandling af begæringen at krænke ophavsretten til 1860-blokstrukturen.

135 Sagsøgeren har tillige gjort gældende, at Kommissionens påstand om, at NDC og AzyX uden licenser vil skulle indstille deres aktiviteter i Tyskland, er overdreven. NDC er verdens største »multisegment«-virksomhed på markedet for sundhedsinformation og har en årlig omsætning (ifølge oplysninger hentet den 22.7.2001 på virksomhedens egen hjemmeside) på ca. 685 mio. USD. NDC er IMS's største konkurrent i Amerikas Forenede Stater og er aktiv i flere europæiske lande. AzyX har for sit vedkommende aktiviteter i en række europæiske lande, der ikke påvirkes af en manglende licens til at udnytte 1860-blokstrukturen i Tyskland.

136 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at ingen anden tredjepart og ingen almene interesser vil lide skade som følge af den foreløbige udsættelse af den anfægtede beslutning. Især vil det, da de pågældende salgsdatatjenester kun anvendes internt af lægemiddelvirksomhederne og kun tegner sig for en ringe del af disses samlede salgs- og markedsføringsudgifter, ikke påvirke de endelige forbrugere af lægemidler, hvis sagsøgerens eneret opretholdes, indtil der er truffet afgørelse i hovedsagen.

137 Kommissionen har gjort gældende, at det fremgår af den omstændighed, at der er åbnet mulighed for kompensation i form af rimelige licensafgifter, at den begrænsning af sagsøgerens eneret, der er fastsat i den anfægtede beslutning, ikke udgør et uforholdsmæssigt indgreb. Sammen med den interesse, IMS's konkurrenter og kunder har i opretholdelsen af konkurrencen, taler denne omstændighed i høj grad for, at der gives tilladelse til at gennemføre den anfægtede beslutning, indtil der er afsagt dom i hovedsagen. Under retsmødet har Kommissionen bestridt sagsøgerens påstand om, at en udsættelse af den anfægtede beslutning ikke vil forhindre hverken NDC eller AzyX i at vende tilbage til det tyske marked, såfremt beslutningens gyldighed senere stadfæstes i hovedsagen.

138 NDC har gjort gældende, at den ret, der behandler begæringen om foreløbige forholdsregler, førend den træffer afgørelse om at udsætte beslutningen bør have forvisset sig om, at sagsøgerens interesser vejer tungere end de væsentlige modsatrettede interesser, nemlig NDC's, AzyX', lægemiddelvirksomhedernes og offentlighedens interesse i at undgå de negative følger. NDC har hævdet, at i betragtning af IMS Healths »forbløffende store« driftsindtægter, vil kunderne få fordel af den større konkurrence, såfremt den anfægtede beslutning gennemføres. Med den anfægtede beslutning har Kommissionen valgt det mindst forstyrrende middel, der er til rådighed, til at sikre opretholdelsen af konkurrencen på det relevante marked. Interesseafvejningen taler for et krav om, at der meddeles licens til udnyttelse af den ophavsret, der er tale om i den foreliggende sag, indtil der er afsagt dom i hovedsagen.

139 AzyX har gjort gældende, at det vil tjene fællesmarkedets almindelige interesser bedre i den mellemliggende periode, hvis konkurrencen får lov til at virke, end

hvis det tillades IMS at blokere det relevante marked. Under retsmødet har AzyX bestridt sagsøgerens påstand om, at AzyX kan vende tilbage til det tyske marked om ca. to år. Da ca. 75% af AzyX-koncernens samlede omsætning for tiden skabes i Tyskland, vil en toårig udelukkelse fra det tyske marked alvorligt true AzyX's eksistens. Dette kan slet ikke sammenlignes med det potentielle tab på ca. 1,5% af de globale indtægter, IMS vil blive påført ifølge AzyX.

Præsidentens bemærkninger

140 Kommissionen henviser i den anfægtede beslutning (betragtning 187) til La Cinq-dommen (præmis 28). Kommissionen hævder, at hvis der ikke træffes foreløbige forholdsregler, vil dette kunne medføre et alvorligt og uopretteligt tab for NDC og en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres. Hvis NDC bliver nødt til at misligholde kontrakter som følge af det påbud, der forhindrer virksomheden i at anvende 1860-blokstrukturen, vil dette ifølge den anfægtede beslutning medføre økonomiske tab og skade af selskabets forretningsmæssige omdømme i Tyskland (betragtning 192). NDC vil være ude af stand til at konkurrere med sagsøgeren, medmindre virksomheden får adgang til 1860-blokstrukturen (betragtning 193 og 194). I besvarelse af et spørgsmål stillet under retsmødet har Kommissionen præciseret, at uopsætteligheden for NDC's vedkommende skyldes risikoen for, at NDC, selv om det er en stor virksomhed, ikke vil kunne bære de »forbløffende store« tab, virksomheden vil blive påført på det tyske marked, indtil der er afsagt dom i hovedsagen, hvis den ikke får adgang til 1860-blokstrukturen. Ifølge den anfægtede beslutning vil der opstå en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres, fordi der er alvorlig risiko for, at AzyX vil indstille sine aktiviteter, hvorefter IMS vil blive den eneste udbyder af regionale salgsdatatjenester i Tyskland. Kommissionen er bekymret for, om »AzyX fortsat kan forblive på markedet«, da virksomhedens europæiske aktiviteter som følge af dens mindre størrelse og lavere indtægter på verdensplan end NDC »risikerer i endnu højere grad at måtte indstilles, hvis der ikke træffes foreløbige forholdsregler« (betragtning 195). Under retsmødet har Kommissionen anført, at konkurrencen på det relevante marked ville blive »knust«, inden dommen i hovedsagen er afsagt, medmindre den anfægtede beslutning gennemføres.

141 Ifølge retspraksis (Camera Care) kan Kommissionen vedtage en foreløbig beslutning indeholdende de sikrende foreløbige forholdsregler, Kommissionen finder nødvendige for at sikre, at en eventuel endelig beslutning, den senere måtte træffe vedrørende den påståede konkurrencebegrænsende adfærd, der er genstand for undersøgelsen, får den tilsigtede virkning. Det fremgår klart af den nævnte retspraksis, at den offentlige interesse i at opretholde en effektiv konkurrence på det relevante marked under visse omstændigheder vil gøre det nødvendigt at vedtage sikrende foranstaltninger, der griber ind i de virksomheders rettigheder, hvis adfærd stadig blot er ved at blive undersøgt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17. Det påhviler Kommissionen at vurdere, om det i en given sag er hensigtsmæssigt at vedtage sådanne foranstaltninger. Men hvis den ret, der behandler en begæring om foreløbige forholdsregler, er sikker på, at betingelserne i såvel artikel 242 EF og 243 EF som procesreglementets artikel 104 er opfyldt, må den afveje de interesser, Kommissionen har påberåbt sig som begrundelse for sin beslutning, mod de interesser, sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for sin begæring om foreløbige forholdsregler.

142 I den anfægtede beslutning konkluderer Kommissionen, at der er et presserende behov for at forpligte IMS Health til at meddele licens til udnyttelse af ophavsretten til 1860-blokstrukturen, således at to af virksomhedens konkurrenter indtil vedtagelsen af den endelige kommissionsbeslutning kan fortsætte med at konkurrere aktivt med IMS på det marked, hvor denne ret for tiden udøves. Kommissionen når frem til denne konklusion, selv om den anerkender »den væsentlige rolle, som intellektuelle ejendomsrettigheder spiller med hensyn til at fremme innovation og konkurrence« (betragtning 211), og uanset IMS's argument om, at foreløbige forholdsregler vil gøre virksomhedens ophavsret »virkningsløs« og således hæmme investeringer i intellektuelle ejendomsrettigheder (betragtning 210). Kommissionen baserer denne vurdering af den rette afvejning af de involverede interesser på en opfattelse af, at indgrebet i IMS's rettigheder, nemlig en midlertidig fratagelse af virksomhedens eneret i henhold til national lovgivning til gengæld for »rimelige« licensafgifter, ikke udgør et uforholdsmæssigt indgreb.

143 Det skal indledningsvis bemærkes, at den offentlige interesse med hensyn til ejendomsrettigheder i almindelighed og intellektuelle ejendomsrettigheder i særdeleshed udtrykkeligt er afspejlet i artikel 30 EF og 295 EF. Den blotte omstændighed, at sagsøgeren har påberåbt sig og har søgt at håndhæve sin

ophavsret til 1860-blokstrukturen af økonomiske årsager, gør ikke sagsøgeren mindre berettiget til at påberåbe sig den eneret, der indrømmes efter national lovgivning netop for at belønne innovation (jf. Warner Brothers og Metronome Video-dommen, præmis 13, Domstolens dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145, præmis 20, af 28.4.1998, sag C-200/96, Metronome Musik, Sml. I, s. 1953, præmis 15 og 24, og af 22.9.1998, sag C-61/97, FDV, Sml. I, s. 5171, præmis 13-18).

144 I den foreliggende sag, hvor der umiddelbart synes at være en klar offentlig interesse til støtte for sagsøgerens påberåbelse af og mulighed for at tjene på den specifikke genstand for sagsøgerens ophavsret til 1860-blokstrukturen, vil det normalt i betragtning af den exceptionelle karakter af beføjelsen til at træffe foreløbige forholdsregler være nødvendigt, at den adfærd, der søges bragt til ophør eller ændret ved sådanne forholdsregler, klart falder ind under anvendelsesområdet for traktatens konkurrencebestemmelser. Rigtigheden af at betegne den nægtelse af at meddele licens, der er tale om i den foreliggende sag, som misbrug, synes dog umiddelbart at afhænge af rigtigheden af Kommissionens fortolkning af retspraksis vedrørende rækkevidden af de »særlige omstændigheder«. Det er denne retspraksis, der forklarer de klart specielle situationer, hvor formålet med at indrømme intellektuelle ejendomsrettigheder må vige for formålet med artikel 82 EF. I denne sammenhæng, hvor sagsøgerens adfærd ikke entydigt kan betegnes som misbrug ud fra den relevante retspraksis, og hvor der er en håndgribelig risiko for, at sagsøgeren vil blive påført alvorlig og uoprettelig skade, hvis virksomheden i mellemtiden tvinges til at give sine konkurrenter licens, falder interesseafvejningen ud til fordel for en fuld beskyttelse af virksomhedens ophavsret, indtil der er afsagt dom i hovedsagen.

145 Dette gælder i særdeleshed i den foreliggende sag, hvor det er klart, at Kommissionen med den offentlige interesse, den påberåber sig i den anfægtede beslutning, primært sigter til sagsøgerens konkurrenters interesser. NDC og NDC Health har hævdet, at forbrugerne vil få fordel af denne konkurrence. Men sagsøgeren har uden at blive modsagt på dette punkt påpeget, at da lægemiddelvirksomhedernes omkostninger ved at købe salgsdataoplysninger kun udgør en

mindre del af deres samlede salgs- og markedsføringsudgifter, vil en opretholdelse af sagsøgerens eneret, indtil der er afsagt dom i hovedsagen, ikke (eller i hvert fald ikke i mærkbar grad) påvirke de endelige forbrugere af lægemidler. Det kan derfor i hvert fald ikke umiddelbart udelukkes, at Kommissionen i sin interesseafvejning i den anfægtede beslutning, hvor der synes at være sat lighedstegn mellem NDC's og AzyX's interesser og de konkurrencemæssige hensyn (jf. præmis 140 ovenfor), ser bort fra det primære formål med artikel 82 EF, som snarere er at forhindre konkurrencefordrejning — og især at sikre forbrugernes interesser — end at beskytte bestemte konkurrenters position (generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Bronner-sagen, punkt 58).

146 Selv om AzyX står over for en større trussel om permanent eller i hvert fald langvarig udelukkelse fra det relevante marked, hvilket er anerkendt i den anfægtede beslutning, falder interesseafvejningen i den foreliggende sag endvidere stadig ikke ud til fordel for en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen. Det fremgår klart af de oplysninger, præsidenten har modtaget om Oberlandesgericht Frankfurts afgørelse af 18. september 2001 og af præmisserne til dommen, at der ikke længere består noget retsligt forbud mod, at AzyX konkurrerer på det relevante marked under anvendelse af blokstrukturer, der muligvis krænker sagsøgerens ophavsret til 1860-blokstrukturen. Hvis AzyX vælger at fortsætte med at anvende sådanne strukturer, risikerer virksomheden, hvis gyldigheden af IMS Healths ophavsret til 1860-blokstrukturen senere stadfæstes endeligt, at skulle betale erstatning til IMS Health for krænkelse af ophavsretten. Den offentlige interesse i, at IMS Health udsættes for konkurrence på det relevante marked, indtil der er afsagt dom i hovedsagen, kan imidlertid ikke veje tungere end den offentlige interesse i at beskytte IMS Healths ophavsret, i hvert fald ikke i en sådan grad, at der skal meddeles AzyX licens baseret på en foreløbig anvendelse af artikel 82 EF, således at AzyX beskyttes mod risikoen for at tabe ophavsretssagen i Tyskland mellem AzyX og IMS Health, hvor der ifølge IMS's oplysninger til præsidenten er berammet et nyt retsmøde i Landgericht Frankfurt den 21. november 2001.

147 Med hensyn til Kommissionens tvivl om risikoen for, at NDC Health ikke vil være i stand til at opretholde sine aktiviteter på det relevante marked, indtil der er afsagt dom i hovedsagen, synes risikoen i betragtning af NDC-koncernens økonomiske styrke ikke at være væsentlig større end den af Kommissionen affærdigede risiko for, at det økonomiske tab, som sagsøgeren risikerer at blive påført, hvis den anfægtede beslutning gennemføres, i sig selv vil true IMS Healths eksistens på dette marked (jf. præmis 121 ovenfor).

148 Da henvisningen i Kommissionen skriftlige indlæg til »andre interesser«, der beskyttes af den anfægtede beslutning, endelig kan opfattes som en forklaring på snarere end som en udvidelse af de interesser, Kommissionen har påberåbt sig i den anfægtede beslutning, kan dette ikke begrunde en anden vurdering af interesseafvejningen i den foreliggende sag. Den blotte omstændighed, at visse lægemiddelvirksomheder muligvis er utilfredse med IMS Healths priser og servicestandard, betyder således ikke, at virksomhedernes interesser vil lide alvorlige og uoprettelige skader, hvis gennemførelsen af den anfægtede beslutning foreløbig udsættes.

149 Interesseafvejningen falder således ud til fordel for en udsættelse af gennemførelsen af beslutningen, indtil der er afsagt dom i hovedsagen.

150 Betingelserne i henhold til artikel 242 EF og procesreglementets artikel 104, stk. 2, for at indrømme den foreløbige udsættelse, som sagsøgeren har begæret i den foreliggende sag, er således opfyldt.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

1) **Kommissionens beslutning af 3. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (sag COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: Foreløbige forholdsregler) udsættes, indtil Retten i Første Instans har afsagt dom i hovedsagen.**

2) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg den 26. oktober 2001.

H. Jung — Justitssekretær

B. Vesterdorf — Præsident