BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
26 oktober 2001 *

In zaak T-184/01 R,

IMS Health Inc., vennootschap naar het recht van de staat Delaware, gevestigd te Fairfield, Connecticut (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door N. Levy en J. Temple-Lang, solicitors, en R. O'Donoghue, barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier, F. Siredney-Garnier en A. Whelan als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, gevestigd te Neu-Isenburg (Duitsland), vertegenwoordigd door L. Levi, G. Vandersanden en D. Dugois, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en

NDC Health Corporation, vennootschap naar het recht van de staat Delaware, gevestigd te Atlanta, Georgia (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, F. Fine, solicitor, C. Price en A. F. Gagliardi, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en

NDC Health GmbH & Co. KG, gevestigd te Bad Camberg (Duitsland), vertegenwoordigd door I. Forrester, QC, F. Fine, M. Powell, solicitors, C. Price en A. F. Gagliardi, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënten,

betreffende een verzoek om voorlopige maatregelen in verband met de beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 EG (zaak COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: voorlopige maatregelen),

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

Achtergrond

1 Farmaceutische ondernemingen hebben voor het ontwikkelen van hun verkoopstrategie behoefte aan gegevens over de verkoop van hun eigen producten en van die van hun concurrenten. Aangezien een groot deel van de voorgeschreven geneesmiddelen wordt afgegeven door apotheken in de omgeving van de voorschrijvende artsen, bieden gegevens over de verkoop van geneesmiddelen door groothandelaren aan apotheken een goed beeld van de voorkeuren van de voorschrijvende artsen en kunnen de producenten aan de hand hiervan de prestaties van artsenbezoekers beoordelen.

2 Regionale rapporten met verkoopgegevens (of marktgegevens) berusten op gegevens die van farmaceutische groothandels worden gekocht door ondernemingen die farmaceutische ondernemingen van verkoopgegevens voorzien. Afspraken tussen de groothandelaren en de leveranciers van regionale verkoopgegevens in Duitsland bevatten bepalingen die moeten garanderen dat de groothandelaren zich aan het Duitse Bundesdatenschutzgesetz (gegevensbeschermingswet) houden. Het Bundesdatenschutzgesetz vereist dat gegevens over

geneesmiddelenverkoop worden samengevoegd in clusters van ten minste drie apotheken per geografisch gebied waarop de gegevens betrekking hebben. In de praktijk is gebleken dat ter voldoening aan deze eis ten minste vier of vijf apotheken per gebied moeten worden samengevoegd.

3 De verwerking van de van farmaceutische groothandels gekochte ruwe regionale verkoopgegevens gebeurt door de leveranciers van verkoopgegevensrapporten volgens hun eigen invoersysteem. Vervolgens worden de gegevens gecontroleerd en geformatteerd in bouwsteenstructuren („brick structures"), waarop de dienstverrichters verscheidene analyses toepassen. Met de bouwstenen wordt een land in kunstmatig vastgestelde geografische gebieden verdeeld. Het wezenlijke doel van een bouwsteenstructuur is om, met inachtneming van de gegevensbeschermingsvoorschriften en bepaalde geografische grenzen, in een bepaalde markt territoriale segmenten met gelijke of vergelijkbare afzetmogelijkheden te creëren. In Duitsland worden de verkooprayons van artsenbezoekers vastgesteld door het samenvoegen van een aantal „bouwstenen".

4 De volgens een bouwsteenstructuur geformatteerde gegevens vormen de basis voor regionale verkooprapporten. Deze rapporten worden door de betrokken dienstverrichters aan de farmaceutische ondernemingen verstrekt in gedrukte vorm, op cd-rom, online of in een combinatie van deze vormen, naar keuze van de klant. Vervolgens worden de gegevens door de farmaceutische ondernemingen intern verwerkt of wordt de analyse uitbesteed aan andere ondernemingen.

5 IMS (International Marketing Services) Health Incorporated (hierna: „verzoekster" of „IMS") is een in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap die voor de farmaceutische industrie diensten verricht op het gebied van marktonderzoek, marketing en verkoopbeheer. Zij is de grootste aanbiedster van informaticaproducten voor de farmaceutische en de gezondheidsindustrie ter wereld. IMS is

actief in 100 landen. In Duitsland levert zij via haar Duitse dochteronderneming (IMS Health GmbH & Co. OHG, hierna: „IMS Health") regionale verkoopgegevens aan belanghebbende farmaceutische ondernemingen. Sinds 2000 zijn haar diensten gebaseerd op een structuur van 1 860 bouwstenen (hierna: „1860-structuur"). Deze structuur staat in de onderhavige procedure centraal.

6 Sinds 1969 heeft verzoekster geïnvesteerd in de ontwikkeling van op een bouwsteenstructuur gebaseerde informatiediensten voor Duitsland. Aanvankelijk gebruikte zij een structuur met 329 segmenten. Tot eind jaren tachtig werd deze oorspronkelijke rudimentaire structuur in gedifferentieerde structuren met eerst 418 en later 922 segmenten onderverdeeld. In 1991 zijn enkele steden verder onderverdeeld, waardoor een structuur van 1 086 bouwstenen ontstond. In 1992 werden nog 244 bouwstenen toegevoegd, die met de administratieve eenheden van de voormalige DDR overeenkwamen, om de gevolgen van de Duitse hereniging te verwerken. In 1993 werd door de invoering van de vijfcijferige postcode in Duitsland een volledige herziening van de bouwsteenstructuur noodzakelijk. 119 steden werden geherstructureerd, hetgeen in een structuur met 1 845 bouwstenen resulteerde.

7 In 1998 startte verzoekster een ontwikkelingsprogramma om onder meer een nieuwe bouwsteenstructuur op te zetten. Dit programma leidde tot de ontwikkeling van een sjabloon voor de 1860-structuur in 1999. De 1860-structuur werd in januari 2000 operationeel en vormt nu de kern van de diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens die door IMS Health in Duitsland worden aangeboden.

8 Daar verzoekster vermoedde dat twee van haar concurrenten op de Duitse markt, Pharma Internet Information AG (hierna: „PI") en AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services (hierna: „AzyX") — die beide door enkele van haar vroegere directeuren waren opgericht en aanvankelijk op afwijkende bouwsteenstructuren gebaseerde diensten op de Duitse markt verkochten — begin 2000 diensten op de markt brachten die in feite op kopieën van de 1860-

structuur waren gebaseerd, maakte zij een procedure wegens inbreuk op haar auteursrecht aanhangig bij het Landgericht Frankfurt am Main (hierna: „Landgericht Frankfurt"). De vorderingen tegen PI en AzyX zijn respectievelijk op 26 mei 2000 en 22 december 2000 ingesteld.

9 In de procedure tegen PI besliste het Landgericht Frankfurt op 16 november 2000, onder bevestiging van een eerder vonnis van 12 oktober 2000, dat verzoekster via IMS Health op grond van de Duitse auteursrechtwetgeving recht op bescherming van auteursrecht op de 1860-structuur had. In dat vonnis bevestigde het Landgericht tevens zijn voorlopige voorziening van 27 oktober 2000, waarbij PI en Lederer, een voormalig algemeen directeur van IMS Health, was verboden gebruik te maken van de 1860-structuur en van bouwsteenstructuren die van de 1860-structuur waren „afgeleid".

10 National Data Corporation (hierna: „NDC"), een eveneens in de Verenigde Staten gevestigde vennootschap en een internationaal concurrente van verzoekster, heeft PI in augustus 2000 overgenomen. Op 26 oktober 2000 vroeg zij bij verzoekster een licentie aan voor het gebruik van de 1860-structuur tegen een jaarlijkse royalty van 10 000 DEM (5 112,92 euro). Bij brief van 28 november 2000 wees verzoekster de licentieaanvraag af, aangezien de kwestie van het auteursrecht op dat moment nog bij de nationale rechterlijke instanties aanhangig was. PI had namelijk hoger beroep tegen de bovengenoemde vonnissen van het Landgericht Frankfurt van 27 oktober en 16 november 2000 ingesteld. In een volgende brief van 18 december 2000 weigerde verzoekster om over de licentie in onderhandeling te treden omdat het gebruik van de 1860-structuur naar haar mening voor NDC niet noodzakelijk was om concurrerend te zijn op de Duitse markt.

11 Op 4 december 2000 stelde NDC Health GmbH & Co. KG, het Duitse dochterbedrijf van NDC (hierna: „NDC Health") een procedure bij het

Landgericht Nürenburg-Fürth in om voor recht te laten verklaren dat IMS Health niet gerechtigd was haar het gebruik te verbieden van structuren die onder andere op de 1860-structuur waren gebaseerd. Op 28 december 2000 verkreeg IMS Health echter een voorlopige voorziening van het Landgericht Frankfurt waarbij NDC Health het gebruik van onder andere de 1860-structuur verboden werd.

12 Op 19 juni 2001 werd het hoger beroep van PI tegen de vonnissen van 27 oktober en 16 november 2000 door het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (hierna: „Oberlandesgericht Frankfurt") verworpen.

13 Op 12 juli 2001 verwierp het Landgericht Frankfurt het beroep van NDC Health tegen het tegen kortgedingvonnis van 28 december 2000.

14 Op 30 augustus 2001 besloot het Landgericht Frankfurt — in de auteursrechtelijke bodemprocedure tussen IMS Health en NDC Health, die betrekking had op de vordering van eerstgenoemde tot oplegging van een definitief verbod aan laatstgenoemde om de 1860-structuur of een van de daarvan afgeleide producten te gebruiken — om de procedure te schorsen en het Hof op grond van artikel 234 EG een aantal vragen voor te leggen. In wezen wenst het te vernemen, of artikel 82 EG van invloed kan zijn op de toepassing van Duits auteursrecht indien de industriële sector in zekere mate betrokken is geweest bij de ontwikkeling van het beschermde werk. Op 22 oktober 2001 is deze prejudiciële vraag als zaak C-418/01 ingeschreven ter griffie van het Hof.

15 In de AzyX-zaak verbood het Landgericht Frankfurt bij kortgedingvonnis van 28 december 2000 AzyX gegevens op basis van de 1860-structuur te leveren, aan te bieden of er reclame voor te maken. Op 15 februari 2001 bevestigde het de genoemde beslissing.

16 Daarop vroeg AzyX op 24 april 2001 bij verzoekster een licentie op de 1860-structuur aan. Op 28 mei 2001 wees verzoekster deze aanvraag af, voornamelijk omdat zij toegang tot de 1860-structuur voor AzyX niet noodzakelijk achtte om haar op de Duitse markt te beconcurreren en omdat zij de door AzyX aangeboden royalty van 100 000 DEM (51 129,19 euro) te laag vond.

17 Op 18 september 2001 vernietigde het Oberlandesgericht Frankfurt het kort-gedingvonnis van het Landgericht Frankfurt van 28 december 2000 tegen AzyX, zodat het AzyX niet langer in gevolge een rechterlijk bevel in Duitsland verboden was de 1860-structuur of daarvan afgeleide producten te gebruiken (zie ook punten 44 en 45).

Het onderzoek van de Commissie en de vaststelling van de bestreden beschikking

18 Op 18 december 2000 diende NDC een klacht in bij de Commissie, stellende dat verzoekster met haar weigering om een licentie op de 1860-structuur te verlenen, artikel 82 EG had geschonden. Ook verzocht zij de Commissie om voorlopige maatregelen tegen verzoekster.

19 Verzoekster maakte eerst bij brief van 12 januari 2001 haar opmerkingen over de klacht, en beantwoordde bij brieven van 15 en 26 januari 2001 en 7 maart 2001 verzoeken om informatie van de Commissie.

20 Op 8 maart 2001 zond de Commissie verzoekster een mededeling van punten van bezwaar (hierna: „mpb"), die op 9 maart daaraanvolgend werd ontvangen. De belangrijkste vraag was volgens de Commissie, of de 1860-structuur een onmisbare faciliteit was (mpb, punt 58). Op basis van de beschikbare informatie concludeerde de Commissie (mpb, punt 84), dat de toegang tot die structuur onmisbaar was voor de concurrentie, dat verzoeksters weigering om licenties te verlenen niet objectief gerechtvaardigd was en op het eerste gezicht misbruik van machtspositie van IMS op de Duitse markt was. De Commissie waarschuwde IMS Health dat zij voornemens was een beschikking met voorlopige maatregelen vast te stellen (mpb, punten 100-103).

21 Verzoekster diende op 2 april 2001 schriftelijke opmerkingen over de mpb in. Vervolgens werd op 6 april 2001 tijdens een hoorzitting ten overstaan van de Commissie uitvoerig gediscussieerd over de vraag of de 1860-structuur in feite een industriële norm was. De Commissie deed verzoekster op 4 mei 2001 een verzoek om aanvullende inlichtingen toekomen, dat laatstgenoemde op 14 mei daaraanvolgend beantwoordde. Op 14 juni 2001 reageerde verzoekster ook op de mededeling van nieuwe bewijselementen die de Commissie van verscheidene farmaceutische ondernemingen had verkregen in antwoord op de verzoeken die zij op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, de eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204; hierna: verordening nr. 17) na de hoorzitting had gedaan. Bedoeling van deze verzoeken was, dat de ondernemingen hun standpunt over de gestelde onmisbaarheid van de 1860-structuur bekend zouden maken. De Commissie heeft verzoekster afschriften van de antwoorden van deze farmaceutische ondernemingen op 22 mei en 7 juni 2001 toegestuurd. Verzoekster heeft haar standpunt met betrekking tot die nieuwe bewijsstukken meegedeeld in een volgend memorandum aan de Commissie van 14 juni 2001. Ook is zij gehoord tijdens een bijeenkomst van haar vertegenwoordigers en die van de Commissie op 18 juni 2001.

22 Op 3 juli 2001 stelde de Commissie een beschikking vast inzake een procedure op grond van artikel 82 EG (zaak COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: voorlopige maatregelen) (hierna: „bestreden beschikking"). Deze is gebaseerd op

verordening nr. 17 en in het bijzonder op de bevoegdheden van de Commissie krachtens artikel 3 van die verordening om voorlopige maatregelen te nemen, welke bevoegdheden voor het eerst door het Hof zijn erkend bij beschikking van 17 januari 1980, Camera Care/Commissie, (792/79 R, Jurispr. blz. 119; hierna: „beschikking Camera Care") en in latere rechtspraak zijn bevestigd (zie arrest Hof van 28 februari 1984, Ford/Commissie, 228/82 en 229/82, Jurispr. blz. 1129; arresten Gerecht van 12 juli 1991, Peugeot/Commissie, T-23/90, Jurispr. blz. II-653, en van 24 januari 1992, La Cinq/Commissie, T-44/90, Jurispr. blz. II-1; hierna: „arrest La Cinq").

23 In de considerans van de bestreden beschikking verklaart de Commissie (punt 41) dat alle voorwaarden waaraan volgens de uit de bovengenoemde beschikking Camera Care voortvloeiende rechtspraak (hierna: „Camera Care-rechtspraak") moet worden voldaan voordat zij conservatoire maatregelen tijdens een onderzoek op grond van verordening nr. 17 mag nemen, zijn vervuld.

24 Voor de beoordeling of er op het eerste gezicht sprake is van een inbreuk op artikel 82 EG, analyseert de Commissie eerst het product en de geografische markten in kwestie. Op basis van de door verzoekster bij brief van 7 maart 2001 verstrekte informatie maakt zij onderscheid tussen gegevens, verzameld bij apotheken en gegevens, verzameld bij farmaceutische groothandels (punten 47 en 48). Op deze gegevens worden vier soorten diensten gebaseerd, afhankelijk van de vraag of het om nationale of om regionale gegevens gaat. Bovendien vormen de Duitse gegevens een afzonderlijk product dat niet vervangbaar is door de gegevens uit andere landen. De Commissie definieert de relevante markt in deze zaak dan ook als „de markt voor diensten op het gebied van Duitse regionale verkoopgegevens" (punt 51).

25 Aangezien de relevante markt de grootste van haar soort in de Gemeenschap is, beschouwt de Commissie deze als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (punt 60). Aangezien verzoekster met een marktaandeel van meer dan

[... %] [1] nagenoeg een monopoliepositie op die markt heeft, waarbij NDC en AzyX haar enige concurrenten zijn, is de Commissie van mening dat zij een machtspositie op de betrokken markt heeft (punt 62).

26 Vervolgens verklaart de Commissie in de punten 63 tot en met 185 waarom er „op basis van het bewijs dat momenteel beschikbaar is" voldoende begin van bewijs is dat verzoeksters weigering om NDC een licentie te verlenen, misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert en waarom er voorlopige maatregelen moeten worden genomen „indien aan de andere voorwaarden om dergelijke maatregelen te bevelen is voldaan" (punt 186). Deze beoordeling is voornamelijk gebaseerd op het bestaan van „uitzonderlijke omstandigheden" en in het bijzonder op haar standpunt (gebaseerd op de overwegingen in de punten 75-123) dat de 1860-structuur „de facto [een] industriële norm is geworden" (punt 180). Verzoeksters „weigering van de toegang tot de [1860-structuur zal] waarschijnlijk alle concurrentie op de betrokken markt [...] uitschakelen, aangezien het zonder deze structuur niet mogelijk is om op de betrokken markt te concurreren" (punt 181). Deze conclusie is voornamelijk gebaseerd op haar vaststelling dat het niet waarschijnlijk is dat verzoeksters concurrenten een alternatief voor de 1860-structuur zullen ontwikkelen (zie punten 124-166) en op de ontbreken van een rechtvaardiging van verzoeksters weigering om haar mededingers een licentie te verlenen (punten 167-174).

27 Ook is de Commissie van mening dat er kans bestaat „op ernstig en onherstelbaar nadeel en onduldbare schade aan het openbaar belang, wat de dringende noodzaak oplevert om conservatoire voorlopige maatregelen toe te kennen" (punt 201). Zij overweegt aan de hand van het bijeengebrachte bewijsmateriaal dat er goede grond is „om te veronderstellen dat indien NDC geen licentie wordt verleend voor de [1860-structuur], zij haar Duitse activiteiten zal staken en er sprake zal zijn van onduldbare schade aan het openbaar belang" (punt 190). Naar haar mening zal NDC zonder voorlopige maatregelen haar huidige klanten verliezen en de komende jaren geen uitzicht hebben op het aantrekken van nieuwe klanten en waarschijnlijk haar handelsactiviteiten in Duitsland staken (punt 193). Naast de ernstige en onherstelbare schade voor NDC bestaat er ook

1 — Weggelaten vertrouwelijke informatie.

een „risico op onduldbare schade aan het openbaar belang in de zin van het arrest in de zaak La Cinq" (punt 195). De Commissie verklaart dat de „uiteindelijke conclusie in de eindbeschikking dat IMS haar machtspositie in de zin van artikel 82 EG heeft misbruikt, [...] tevergeefs [zou] zijn als intussen NDC's Duitse dochteronderneming en andere concurrenten hun activiteiten hebben moeten staken" (punt 196). Tot slot wijst zij het argument van IMS dat zij onherstelbare schade zou leiden, van de hand en concludeert zij dat „de afweging van belangen in deze zaak [uitvalt] in het voordeel van de verzoeker" (punt 199).

28 De artikelen 1, 2 en 3 van het dispositief van de bestreden beschikking luiden dan ook als volgt:

„Artikel 1

IMS Health (IMS) wordt hierbij gelast onverwijld, op verzoek en op niet-discriminerende basis, een licentie te verlenen aan alle ondernemingen die momenteel aanwezig zijn op de markt voor Duitse diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens voor het gebruik van de [1860-structuur], teneinde het gebruik en de verkoop van regionale verkoopgegevens die worden gepresenteerd op basis van deze structuur, door dergelijke ondernemingen mogelijk te maken.

Artikel 2

In alle overeenkomsten die betrekking hebben op de [1860-structuur], dienen de royalty's die moeten worden betaald voor deze licenties, in onderling overleg tussen IMS en de onderneming die om de licentie vraagt (‚de partijen'), te worden bepaald.

Indien er geen overeenkomst wordt gesloten binnen twee weken na de datum van het verzoek om een licentie, zullen passende royalty's worden vastgesteld door een of meer onafhankelijke deskundigen. De deskundige(n) zal/zullen binnen een week na het uitblijven van overeenstemming over een licentievergoeding met wederzijds goedvinden van de partijen worden gekozen. Indien er binnen deze tijd geen overeenstemming is bereikt over de identiteit van de deskundige(n), zal de Commissie een deskundige of meerdere deskundigen van een door de partijen verstrekte lijst van kandidaten benoemen, of, indien nodig, een of meer personen met de passende kwalificaties kiezen.

De partijen zullen de deskundige(n) alle documenten ter beschikking stellen die de deskundige(n) als noodzakelijk of nuttig beschouwt/beschouwen voor de uitvoering van zijn/hun taak. De deskundige(n) zal/zullen gebonden zijn door zijn/hun beroepsgeheim en geen bewijs of documenten aan derden onthullen, met uitzondering van de Commissie.

De deskundige(n) zal/zullen binnen twee weken nadat hij/zij voor deze taak gekozen is/zijn, de vergoeding vaststellen op basis van transparante en objectieve criteria. De deskundige(n) zal/zullen de vaststelling van de vergoeding onverwijld ter goedkeuring voorleggen aan de Commissie. Het besluit van de Commissie zal definitief en onmiddellijk van kracht zijn.

Artikel 3

Een dwangsom van 1 000 euro per dag wordt verbeurd voor elke dag dat IMS het bepaalde in deze beschikking niet naleeft."

29 Op grond van artikel 4 van het bestreden beschikking geldt het daarin bepaalde totdat de beschikking tot afsluiting van de procedure wordt bekendgemaakt. Volgens artikel 5 is de beschikking gericht tot IMS Health, Harewood Avenue, Londen NW1, Verenigd Koninkrijk.

Procedure

30 Bij verzoekschrift, op 6 augustus 2001 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster krachtens artikel 230, lid 4, EG onder andere geconcludeerd tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, subsidiair, tot nietigverklaring van die beschikking „in zoverre zij IMS Health verplicht een licentie voor de 1860-structuur te verlenen aan ondernemingen die thans actief zijn op de Duitse markt voor diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens, en de voorwaarden bepaalt waaronder de onderhandelingen over de licentiebepalingen worden gevoerd en goedgekeurd door de Commissie".

31 Bij een op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster overeenkomstig de artikelen 242 en 243 EG het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking ingediend. Zij verzoekt de president van het Gerecht van eerste aanleg:

„— ambtshalve de tenuitvoerlegging van de beschikking op te schorten totdat hij kennis heeft genomen van en heeft beslist op dit verzoek;

— de tenuitvoerlegging van de beschikking voorts op te schorten totdat het Gerecht van eerste aanleg heeft beslist op het beroep [in de hoofdzaak]; en

— alle andere voorlopige maatregelen te gelasten die hij passend acht".

32 Bij beschikking van 10 augustus 2001, vastgesteld op grond van de artikel 105, lid 2, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, schortte de kortgedingrechter ex parte de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking op tot het moment waarop in deze procedure betreffende een verzoek om voorlopige maatregelen de eindbeschikking wordt gegeven. Deze voorlopige maatregel was gebaseerd op de fumus boni juris van de stelling dat de bestreden beschikking niet rechtsgeldig was, op de voor verzoekster mogelijkerwijs ernstige economische en niet-economische gevolgen die de vaststelling door de Commissie van de voorwaarden van een dwanglicentie voor het gebruik van de 1860-structuur zou hebben, en op het feit dat de rechter die van het verzoek om voorlopige maatregelen kennis nam, met het oog op een goede rechtsbedeling tijd nodig had om de door dit verzoek opgeworpen ingewikkelde feitelijke en rechtsvragen te onderzoeken.

33 Bij verzoekschriften, respectievelijk op 13 en 14 augustus 2001 neergelegd ter griffie van het Gerecht, verzochten AzyX en NDC onder meer om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de onderhavige procedure. Bij brieven van 27 augustus 2001 maakte noch verzoekster, noch de Commissie enig bezwaar tegen deze verzoeken; daarentegen vroegen beide partijen om vertrouwelijke behandeling van bepaalde documenten jegens verzoeksters tot interventie.

34 Verzoeksters tot interventie werd, onder voorbehoud van de beslissing over hun respectieve verzoeken, op 29 augustus 2001 door de kortgedingrechter verzocht om al hun schriftelijke opmerkingen en verzoeken om vertrouwelijke behandeling vóór 12 september 2001 in te dienen.

35 Op 29 augustus 2001 vroeg AzyX toestemming om haar opmerkingen ter ondersteuning van haar verzoek tot interventie in het Frans te maken. Aangezien verzoekster bij brief van 31 augustus 2001 alleen bezwaar had gemaakt tegen het gebruik van het Frans in de schriftelijke opmerkingen van AzyX, en de Commissie

geen bezwaar maakte, besloot de kortgedingrechter op 5 september 2001 overeenkomstig artikel 35, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering om AzyX toe te staan haar mondelinge opmerkingen in het Frans te maken.

36 Bij verzoekschrift, op 12 september 2001 neergelegd ter griffie van het Gerecht, verzocht NDC Health om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Zij verklaarde dat zij, hoewel haar opmerkingen in wezen zouden overeenstemmen met die van NDC als onderneming die rechtstreeks was betrokken bij de door IMS Health in Duitsland ingestelde procedure wegens inbreuk op auteursrecht, belang had bij een afzonderlijke interventie. Zij werd, onder voorbehoud van de beslissing over haar verzoek, op 13 september 2001 door de kortgedingrechter uitgenodigd om nog diezelfde dag al haar schriftelijke opmerkingen en verzoeken om vertrouwelijke behandeling in te dienen. Aangezien de terechtzitting de volgende dag zou plaatsvinden, besloot de kortgedingrechter de partijen bij die gelegenheid over dit nieuwe verzoek om toelating tot interventie te horen.

37 Overwegende dat NDC verzoekster was in de bij de Commissie lopende administratieve procedure, dat NDC Health rechtstreeks was betrokken bij de door IMS Health in Duitsland ingestelde procedure wegens inbreuk op auteursrecht en dat AzyX destijds niet alleen de enige concurrent van IMS Health op de betrokken markt was, maar ook nauw betrokken was bij het onderzoek van de klacht van NDC, oordeelde de kortgedingrechter ter terechtzitting van 14 september 2001 dat het belang van de drie verzoeksters tot interventie bij de beslissing in de onderhavige procedure inzake voorlopige maatregelen, zoals vereist in artikel 37, tweede alinea, van het Statuut-EG, dat op grond van artikel 36 van ditzelfde statuut op het Gerecht van toepassing is, aannemelijk was gemaakt. Daarom besloot de kortgedingrechter de drie verzoeken om toelating toe te wijzen.

38 Aangezien de procespartijen of de interveniënten geen verzoek om een formele beslissing over de verschillende verzoeken om vertrouwelijke behandeling van de procespartijen of de interveniënten hadden ingediend, besloot de kortgeding-

rechter, na grondige bestudering van de betrokken stukken en de gegevens waarop de verzoeken betrekking hadden, ter terechtzitting dat zij in de onderhavige procedure op het eerste gezicht vertrouwelijk moesten worden behandeld overeenkomstig artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, aangezien het hier om bedrijfsgeheimen leek te gaan.

39 Vervolgens hebben de procespartijen en de interveniënten dan ook schriftelijke opmerkingen ingediend en vragen van de kortgedingrechter beantwoord. Een andere schriftelijke verklaring van dr. S. Sian, verzoeksters vice-voorzitter, die een aanvulling op een vertrouwelijke verklaring in bijlage 4 bij het verzoek om voorlopige maatregelen vormt, is door de kortgedingrechter aan het dossier toegevoegd, waartegen de andere partijen geen bezwaar hadden. Ook kreeg dr. Sian toestemming van de kortgedingrechter om in een bijzondere besloten zitting een vertrouwelijke mondelinge verklaring af te leggen, waartegen de andere partijen evenmin bezwaar hadden. Aangezien er geen bezwaar werd gemaakt, stond de kortgedingrechter ook J. Kanis, vice-voorzitter van NDC Health, toe om tijdens die zitting een verklaring af te leggen.

40 Bij brief van 18 september 2001 verzocht de kortgedingrechter de Commissie om hem mee te delen of zij, zoals verzoekster beweerde, informatie bezat over de bouwsteenstructuur die op dat ogenblik door interveniënten, AzyX en NDC/NDC Health, werd gebruikt voor de levering van diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens op de Duitse markt. Voor het geval zij over deze informatie beschikte, werd de Commissie verzocht deze vóór 24 september 2001 ter griffie neer te leggen. Voorzover deze informatie vertrouwelijke bedrijfsgegevens van een van de partijen mocht bevatten, werd de Commissie ook verzocht om binnen dezelfde termijn een bruikbare niet-vertrouwelijke versie van de relevante informatie in te dienen.

41 Naar aanleiding van verzoeksters aanvraag om beknopte aanvullende opmerkingen te mogen maken in antwoord op de schriftelijke opmerkingen van de Commissie en interveniënten, die zij zeer kort voor de terechtzitting had

ontvangen, stelde de kortgedingrechter op 24 september 2001 vast als uiterste datum voor de indiening van deze opmerkingen. De Commissie en verzoeksters mochten tot 29 september 2001 beknopte opmerkingen over verzoeksters aanvullende opmerkingen maken.

42 Op 24 september 2001 beantwoordde de Commissie de schriftelijke vraag van 18 september 2001. Aangezien de kortgedingrechter overeenkomstig artikel 116, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering op het eerste gezicht overtuigd was van de vertrouwelijkheid van dat antwoord, werd een niet-vertrouwelijke versie, waarvan de volledige tekst op 25 september 2001 door de Commissie was ingediend, op 26 september 2001 aan verzoekster en interveniënten betekend.

43 Aanvullende schriftelijke opmerkingen werden ontvangen van verzoekster op 24 september 2001 en van de Commissie en interveniënten op 27 september 2001.

44 De vernietiging — bij arrest van het Oberlandesgericht Frankfurt van 18 september 2001 — van het kortgedingvonnis van het Landgericht Frankfurt tegen AzyX berust volgens verzoeksters aanvullende opmerkingen op procedurele gronden. In haar aanvullende opmerkingen betoogt de Commissie, hoewel zij deze bewering niet formeel bestrijdt, dat het oordeel van de nationale rechter samenhangt met een andere beoordeling van de spoedeisendheid van het verzoek van IMS Health om een voorlopige maatregel in verband met de gestelde inbreuk van AzyX op haar auteursrecht op de 1860-structuur. AzyX geeft in haar aanvullende opmerkingen geen informatie over de beslissing van het Oberlandesgericht Frankfurt.

45 Op 18 oktober 2001 stelde de kortgedingrechter verzoekster schriftelijk de vraag of voor IMS Health nog een voorziening openstond tegen het arrest van het

Oberlandesgericht Frankfurt en zo ja, of zij voornemens was van die mogelijkheid gebruik te maken. Bij brief van 22 oktober 2001 antwoordde verzoekster dat het arrest in kracht van gewijsde was gegaan. Zij bevestigde dat het vonnis tegen AzyX is vernietigd om de door de Commissie in haar aanvullende opmerkingen aangegeven redenen. IMS Health benadrukte echter dat dit oordeel was gebaseerd op de veronderstelling dat het auteursrecht op de 1860-structuur rechtsgeldig is.

In rechte

46 Op grond van de artikelen 242 en 243 EG en artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/EGKS, EEG, Euratom, van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

47 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat een verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging een duidelijke omschrijving moet bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt. De maatregelen waartoe wordt geconcludeerd, moeten noodzakelijk zijn ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker en moeten reeds vóór de beslissing in het hoofdgeding effect sorteren [zie beschikkingen president Hof van 11 mei 1989, RTE e.a./Commissie, 76/89 R, 77/89 R en 91/89 R, Jurispr. blz. 1141, punt 12; hierna: „beschikking Magill"; van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22, en van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30]. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af (beschikking president Hof van 23 februari 2001, Oostenrijk/Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).

48 Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 luidt:

„Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel [81] of artikel [82] van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken."

49 In de beschikking Camera Care verklaarde het Hof in de punten 17 en 18:

„Het in het eerste lid van artikel 3 [van verordening nr. 17] aan de Commissie toegekende recht om beschikkingen te geven, moet op de meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk afzonderlijk geval, kunnen worden uitgeoefend. Te dien einde mag niet de mogelijkheid worden uitgesloten, dat de uitoefening van het aan de Commissie toegekende recht om beschikkingen te geven in opeenvolgende fases uiteenvalt, zodat een beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld kan worden voorafgegaan door alle preliminaire maatregelen die op een bepaald moment noodzakelijk kunnen lijken.

Aldus bezien moet de Commissie in het kader van de controle waarmee het Verdrag en verordening nr. 17 haar op het gebied van de mededinging belasten, ook conservatoire maatregelen kunnen nemen voorzover deze onontbeerlijk mochten zijn, om te voorkomen dat de uitoefening van het in artikel 3 neergelegde recht om een beschikking te geven, uiteindelijk onwerkzaam of zelfs illusoir wordt door het optreden van bepaalde ondernemingen. De bevoegdheden die de Commissie aan artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 ontleent, omvatten dus ook de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te nemen die onontbeerlijk zijn om een doeltreffende taakvervulling mogelijk te maken en met name om te garanderen dat de eventuele beschikkingen die beogen de ondernemingen te dwingen een einde te maken aan de vastgestelde inbreuken, nuttig effect hebben."

50 De bevoegdheid van de Commissie om dergelijke tijdelijke maatregelen te nemen op grond van haar onderzoeksbevoegdheid uit hoofde van verordening nr. 17, die in de beschikking Camera Care is erkend, is bevestigd in de arresten Ford/Commissie, reeds aangehaald, (punten 18 en 19), Peugeot/Commissie, reeds aangehaald (punten 19 en 20), en arrest La Cinq (punten 27 en 28).

51 In de onderhavige kortgedingprocedure, waarin verzoekster vraagt om schorsing van een voorlopige beslissing van de Commissie waarbij voorlopige maatregelen op grond van de Camera Care-rechtspraak zijn genomen, moet eerst worden onderzocht in hoeverre zij de noodzaak van de gevraagde schorsing moet aantonen, zodat deze, voorzover aan de overige voorwaarden is voldaan, gerechtvaardigd is.

De toetsing van voorlopige beschikkingen van de Commissie door de kortgedingrechter

52 Uit de bestreden beschikking blijkt, dat er in navolging van de beschikking Camera Care aan drie voorwaarden moet worden voldaan voordat de Commissie in de loop van een op grond van verordening nr. 17 uitgevoerde verificatie conservatoire maatregelen kan nemen (punt 41).

„— er [is] voldoende duidelijk bewijsmateriaal voorhanden [...] op grond waarvan op het eerste gezicht kan worden vastgesteld dat een inbreuk is gepleegd,

— ernstige en onherstelbare schade voor de verzoeker [is] waarschijnlijk [...] indien er geen maatregelen worden bevolen,

— er [is] een dringende behoefte [...] aan conservatoire maatregelen."

53 Allereerst moet erop worden gewezen, dat het Gerecht in het arrest La Cinq (punt 28) de precieze voorwaarden heeft vastgesteld waaraan — overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, met name de beschikking Camera Care en de beschikking van de president van het Hof van 29 september 1982, Ford/ Commissie (228/82 R en 229/82 R, Jurispr. blz. 3091; hierna: „beschikking Ford") — moet zijn voldaan voordat de Commissie voorlopige maatregelen mag nemen. Het Gerecht verklaarde in de eerste plaats dat conservatoire maatregelen slechts kunnen worden genomen indien de gedragingen in kwestie op het eerste gezicht van dien aard zijn dat zij een schending van de communautaire mededingingsregels kunnen opleveren, waarvoor bij definitieve beschikking van de Commissie een sanctie kan worden opgelegd, en in de tweede plaats dat dergelijke maatregelen slechts mogen worden genomen wanneer vaststaat dat zij geen uitstel gedogen, teneinde een situatie af te wenden die aan degene die om de maatregelen verzoekt, ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen of die onduldbaar is voor het openbaar belang. Het verklaarde dat de voorwaarde van het spoedeisende karakter die de Commissie in de bestreden beschikking, net als in de onderhavige zaak, als een derde voorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen beschouwde, in werkelijkheid slechts een aspect was van de voorwaarde betreffende het risico van ernstige en onherstelbare schade (punt 29).

54 Aangezien bij een risico van ernstige en onherstelbare schade de spoedeisendheid per definitie meteen is aangetoond, zijn de drie door de Commissie in de bestreden beschikking genoemde voorwaarden in werkelijkheid twee voorwaarden.

55 Vooraf moet erop worden gewezen dat, aangezien de twee voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen cumulatief zijn, de omstandigheid dat aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan, voor de Commissie reeds voldoende beletsel is om dergelijke maatregelen te nemen (arrest La Cinq, punt 30).

56 De Commissie, gesteund door NDC en NDC Health, betoogt dat de rechter die van een verzoek om een voorlopige maatregel kennis neemt, gezien de tijdelijke aard van de conservatoire maatregelen in de bestreden beschikking, dezelfde voorwaarden — al is het op aanvraag van de verzoeker — opnieuw moet onderzoeken, die in de betwiste beschikking al als vervuld werden beschouwd,

zoals het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan de weigering om een licentie op de bouwsteenstructuur te verlenen misbruik van de machtspositie van verzoekster oplevert; dat de weinige concurrenten op korte termijn uit de markt worden gedrukt indien zij niet tegen een redelijke vergoeding toegang tot deze vermoedelijk onmisbare bouwsteenstructuur krijgen en dat er geen gevaar bestaat dat een dwanglicentie verzoekster ernstige en onherstelbare schade toebrengt. Aangezien bij vorderingen tot nietigverklaring van beslissingen die zijn gebaseerd op ingewikkelde economische beoordelingen, zoals die welke aan de overwegingen in de betwiste beschikking ten grondslag liggen, de maatstaf voor de rechterlijke beoordeling is dat de Commissie een kennelijke fout heeft begaan, moet van verzoekster in de onderhavige zaak worden geëist dat zij aannemelijk maakt dat de Commissie kennelijk heeft gedwaald bij haar beoordeling van alle vereiste voorwaarden. Met andere woorden, zoals de Commissie zowel ter terechtzitting als in haar aanvullende opmerkingen heeft benadrukt, verzoekster moet niet alleen aantonen dat de werkingssfeer van artikel 82 EG in de betreden beschikking op het eerste gezicht kennelijk onjuist is uitgelegd doordat er op het eerste gezicht wordt vastgesteld dat er sprake is van misbruik, maar ook dat er een kennelijke vergissing is gemaakt bij de beoordeling van de spoedeisendheid en de afweging van de belangen ter rechtvaardiging van de bestreden voorlopige maatregelen. Zoals NDC het in haar schriftelijke opmerkingen heeft geformuleerd, brengen de eisen waaraan verzoekster ten aanzien van het bewijs moet voldoen, met zich dat zij moet aantonen dat een „geloofwaardige juridische grondslag voor de betwiste beschikking" ontbreekt.

57 In antwoord op deze argumenten betoogde verzoekster ter terechtzitting dat het fumus boni juris-vereiste alleen inhoudt, dat zij ten overstaan van de rechter die van het verzoek om een voorlopige maatregel kennis neemt, bewijst dat zij een redelijke kans van slagen heeft in het hoofdgeding. Door het stellen van hogere eisen zou er op het hoofdgeding worden vooruitgelopen en haar in feite de mogelijkheid om tijdelijke maatregelen te verkrijgen, worden ontnomen. Zelfs indien zij een sterkere fumus boni juris zou moeten aantonen dan gebruikelijk is, quod non, staat het naar haar mening, ten minste voorlopig, vast dat de op het eerste gezicht door de Commissie getrokken hoofdconclusie in de bestreden beschikking dat haar licentieweigering misbruik oplevert, onjuist is.

58 In de beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, bevestigde de president van het Hof de beschikking van de president van het Gerecht van 10 maart 1995, Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-395/94 R, Jurispr. blz. II-595). In de bestreden beschikking had de president van het Gerecht met betrekking tot de fumus boni juris geen bijzondere eis gesteld aan een verzoek tot schorsing van een beschikking van de Commissie waarin onder andere een ontheffing op grond van artikel 81, lid 3, EG en artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 was geweigerd. De beslissing van de Commissie om een dergelijke ontheffing al dan niet toe te staan, waartoe zij bij uitsluiting bevoegd is, is een klassiek voorbeeld van een beslissing die naar haar aard discretionair is, waarbij complexe feitelijke en economische criteria worden beoordeeld. In hogere voorziening betoogde de Commissie met betrekking tot het fumus boni juris-vereiste dat de bestreden beschikking de normale eis van fumus boni juris had gewijzigd in een eis van „fumus non mali juris".

59 Het middel van de Commissie werd verworpen. De president van het Hof oordeelde dat volgens de artikelen 242 EG en 243 EG een rechter die van een verzoek om voorlopige maatregelen kennis neemt, „indien hij van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling of voorlopige maatregelen kan gelasten" en dat hij daartoe, wat de verzoeken bij het Gerecht betreft, rekening houdt met de bij artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gestelde voorwaarden, „zoals gepreciseerd in de rechtspraak" (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 21). Met betrekking tot de voorwaarde van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, betreffende middelen — zowel feitelijk als rechtens — op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt, verklaarde hij dat „verscheidene formules [zijn] gebruikt, waarbij de voorwaarde van fumus boni juris naar gelang van de omstandigheden van de zaak werd omschreven" (punt 26). Overwegende dat de in de bestreden beschikking gebruikte formule, waarin wordt gesproken van middelen die op het eerste gezicht niet ongegrond lijken, identiek aan of vergelijkbaar is met de formule die meermaals door het Hof is gebruikt, verklaarde hij dat „[m]et deze formule [...] tot uiting [wordt] gebracht, dat de argumenten die zijn aangevoerd door degene die om de voorlopige maatregelen heeft verzocht, volgens de rechter in kort geding in het stadium van dit geding niet zonder een grondiger onderzoek kunnen worden verworpen" (punt 26). Vervolgens stelde hij op basis van de rechtspraak dat genoemde rechter, „gelet op de omstandigheden van de zaak, van

mening kan zijn dat op grond van deze middelen de opschorting van de tenuitvoerlegging krachtens artikel [242 EG] of voorlopige maatregelen in de zin van artikel [243 EG] aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomen" (punt 27).

60 Er is geen reden om aan te nemen dat de reikwijdte van de bevoegdheid die artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering aan de rechter verleent die van een verzoek om een voorlopige maatregel kennis neemt, zoals uitgelegd door de president van het Hof in de beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., met betrekking tot een definitieve beschikking van de Commissie waarin de bepalingen van het mededingingsrecht worden toegepast en die is vastgesteld op basis van de expliciet door verordening nr. 17 verleende bevoegdheden, anders moet worden uitgelegd indien de beslissing waartegen een voorlopige maatregel wordt verzocht, daarentegen een overeenkomstig de Camera Care-rechtspraak genomen voorlopige beslissing is.

61 Dit standpunt wordt bevestigd door eerdere rechtspraak inzake de met betrekking tot de eerste twee Commissiebeschikkingen tot het nemen van voorlopige maatregelen ingediende verzoeken in kort geding (zie de beschikking Ford en de beschikking president Gerecht van 21 mei 1990, Peugeot/Commissie, T-23/90 R, Jurispr. blz. II-195; hierna: „beschikking Peugeot"). Met betrekking tot de eerste Commissiebeschikking verklaarde de kortgedingrechter in punt 8 dat het „weliswaar niet bij voorbaat [is] uitgesloten dat de Commissie bij het onderzoek van een verzoek om ontheffing voor een distributienet, aan toekenning van een ontheffing de voorwaarde kan verbinden dat de reeks verhandelde producten moet worden uitgebreid, [maar dat dit niet wegneemt] dat over bepaalde vragen die in het onderhavige geding rijzen, heel verschillend kan worden gedacht, [en dat] niet zonder meer voorbij [moet] worden gegaan aan de bezwaren die kunnen worden opgeworpen tegen de door de Commissie gekozen procedure". Dit was voldoende voor de fumus boni juris, aangezien de spoedeisendheid van verzoeksters verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking vervolgens werd onderzocht.

62 Deze benadering werd toegepast in de beschikking Peugeot. Onder verwijzing naar het vereiste dat tijdelijke maatregelen van de Commissie „van voorlopige

aard [dienen] te zijn en beperkt [dienen] te blijven tot hetgeen in de gegeven situatie noodzakelijk is" (punt 17), verklaarde de kortgedingrechter in punt 18: „Bijgevolg hoeft hier geen uitspraak te worden gedaan over alle door verzoeksters tegen de voorlopige maatregelen van de Commissie aangevoerde middelen — die verzoeksters overigens ook in de hoofdzaak aanvoeren en die bij het onderzoek ten gronde aan de orde komen — en kan in het kader van de onderhavige procedure in kort geding worden volstaan met te onderzoeken, of de aangevoerde middelen rechtens en feitelijk opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking aanvankelijk rechtvaardigen [...]."

63 Hoewel hij verzoeksters hoofdargument dat de Commissie een kennelijke vergissing had gemaakt door te beslissen dat afzetovereenkomsten inzake motorvoertuigen in het algemeen niet door verordening van 12 december 1984 nr. 123/85 (EEG) betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen (PB 1985, L 15, blz. 16) zijn vrijgesteld van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG, verwierp, achtte de kortgedingrechter een fumus boni juris aanwezig, aangezien niet viel te ontkennen „dat sommige vragen in deze zaak ernstige uitleggingsproblemen doen rijzen" (punt 22).

64 Bovendien is er in de beschikking van het Hof van 22 oktober 1975, National Carbonising Company/Commissie (109/75 R, Jurispr. blz. 1193; hierna: „beschikking NCC") geen rechtvaardiging te vinden voor de door NDC en NDC Health naar analogie getrokken conclusie dat de verzoeker moet aantonen dat een geloofwaardige juridische grondslag voor de betwiste beschikking ontbreekt. In die zaak verzocht betrokkene hetzij om een bevel aan de Commissie om een tot National Coal Board (NCB), zijn leverancier, gerichte beschikking te geven, hetzij subsidiair om een bevel aan NCB om zich te onthouden van de tenuitvoerlegging van een bepaald prijsbeleid. De Commissie overwoog dat het tegen haar ingestelde beroep een gesteld nalaten in de zin van artikel 35 EGKS betrof. De president van het Hof, overwegende dat het aan het Hof is om te beoordelen of er sprake is van een nalaten, verklaarde dat „verzoekster in feite de rechter in kort geding [vroeg] dat een negatieve beslissing, houdende met name een weigering om spoedmaatregelen te nemen, niet ten uitvoer [zou worden]

gelegd [en dat] dat de voldoening aan dit verzoek momenteel zou neerkomen op een positieve beschikking, gegeven door de rechter in kort geding in de plaats van de Commissie" (punt 6). Daarom was het aan de Commissie om „zelf de noodzakelijk geachte maatregelen vast te stellen", aangezien het „zou ingaan tegen het institutionele evenwicht volgens het Verdrag, indien de rechter in kort geding de plaats van de Commissie zou innemen om een bevoegdheid uit te oefenen, welke allereerst aan haar toekomt onder toezicht van het Hof en waartoe zij alle gegevens heeft of kan verkrijgen" (punt 8). Hieruit volgt dat de beschikking NCC, zoals het Hof zelf stelde in de beschikking Camera Care (punt 20), slechts het bestaan bevestigde — zij het in de context van het EGKS-Verdrag — van een bevoegdheid van de Commissie om „de betrokken conservatoire maatregelen te nemen" (punt 8).

65 De genoemde rechtspraak bevat geen beginselen die steun bieden aan het gestelde door de Commissie, hierin ondersteund door NDC en NDC Health, betreffende de bijzondere aard van de fumus boni juris waarvan sprake moet zijn bij een verzoek om een voorlopige maatregel betreffende een voorlopige beschikking van de Commissie waarbij conservatoire maatregelen worden genomen.

66 Ook is er geen andere overtuigende reden waarom van een verzoeker moet worden geëist dat er een bijzonder sterk of ernstig vermoeden van ongeldigheid bestaat tegen wat per slot van rekening niet meer is dan een beoordeling op het eerste gezicht door de Commissie of er sprake is van een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht. In de beschikkingen Ford en Peugeot is uitdrukkelijk gewezen op de voorlopige aard van zulke beschikkingen van de Commissie (zie respectievelijk punten 11 en 24). Het loutere feit dat aan het oordeel van de Commissie als reden ten grondslag lag dat er spoed was vereist bij het nemen van beschermende maatregelen, rechtvaardigt niet dat van een verzoeker die vraagt om schorsing van de beschikking die deze maatregelen oplegt, wordt geëist dat hij een bijzonder sterke fumus boni juris aantoont. De rechter die van een dergelijk verzoek om een voorlopige maatregel kennis neemt, kan bij het nemen van zijn beslissing in wiens voordeel de belangenafweging moet uitvallen, rekening houden met de overwegingen van de Commissie. Er is dan ook geen rechtvaardiging om in het kader van verzoeken om voorlopige maatregelen aan dergelijke voorlopige beschikkingen van de Commissie een bijzondere status toe te kennen.

67 In dit verband moet worden opgemerkt dat het Gerecht in de beschikking Peugeot de verschillende argumenten heeft verworpen die verzoekster had aangevoerd tot staving van haar middel dat de Commissie niet had aangetoond dat er op het eerste gezicht sprake was van een inbreuk op artikel 81 EG. De aan de Commissie gestelde eis luidde, dat haar oordeel „op het eerste gezicht" „terecht" was (punt 37), dan wel dat haar conclusies „op het eerste gezicht" niet onjuist waren (punt 46). Bovendien verklaarde het Gerecht, in antwoord op de bewering dat de Commissie niet bevoegd was om voorlopige maatregelen te nemen aangezien de situatie rechtens niet voldoende duidelijk was en niet was aangetoond dat „in het kader van een beroep betreffende de wettigheid van een beschikking waarbij de Commissie voorlopige maatregelen heeft vastgesteld", „dat het vereiste van de vaststelling van een inbreuk op het eerste gezicht niet kan worden gelijkgesteld met het zekerheidsvereiste waaraan een eindbeschikking moet voldoen" (punt 61). De Commissie had dan ook „terecht geoordeeld, dat op het eerste gezocht ernstig moest worden betwijfeld" of de in die zaak aan de orde zijnde circulaire rechtmatig was (punt 63). Onder toepassing van deze norm besliste het Gerecht in het arrest La Cinq dat de Commissie, door te eisen „dat voor het nemen van voorlopige maatregelen [...] reeds in het stadium van de loutere eerste beoordeling [...] sprake is van een kennelijke overtreding", haar rechtvaardiging van de weigering die in die zaak aan de orde was, had „gebaseerd op een rechtens onjuiste uitlegging van de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk" (punten 61 en 62).

68 Aangezien de Commissie niet verplicht is om, alvorens een beschikking houdende voorlopige maatregelen vast te stellen, aan te tonen dat er op het eerste gezicht waarschijnlijk sprake is van een schending van de communautaire mededingingsregels, zou het evenzeer ongepast zijn om van degene die om voorlopige maatregelen verzoekt tegen een dergelijke beschikking, die naar haar aard niet is gebaseerd op een volledige en definitieve beoordeling van de betrokken feiten en voorschriften, en die zeer vergaande gevolgen voor de adressaat kan hebben, te eisen dat deze een overtuigende fumus boni juris tegen de geldigheid van die beschikking aantoont.

69 De Commissie wijst er echter op dat de eis om een overtuigende fumus boni juris aan te tonen, des te meer van toepassing is op de in de bestreden beschikking gemaakte beoordeling van de spoedeisendheid en de belangenafweging ten gunste van de vaststelling van tijdelijke maatregelen.

70 In dit verband moet erop worden gewezen, dat het Hof in de beschikking Camera Care uitdrukkelijk wees op de noodzaak voor de Commissie om conservatoire maatregelen te kunnen nemen voorzover deze „onontbeerlijk" zijn, om te voorkomen dat de uitoefening van het in artikel 3 van verordening nr. 17 neergelegde recht om een beschikking te geven, „uiteindelijk onwerkzaam of zelfs illusoir wordt" (punt 18). In het arrest La Cinq overwoog het Gerecht in de punten 79 en 80, onder verwijzing naar de beschikking Camera Care, dat de Commissie, door in haar beschikking waarbij voorlopige maatregelen in die zaak waren afgewezen, te stellen dat „slechts schade die niet bij latere beschikking kan worden hersteld, kan worden beschouwd als onherstelbare schade", is uitgegaan van „een rechtens onjuist idee van onherstelbare schade, waarvan het bestaan of het risico voorlopige maatregelen kan rechtvaardigen", dat „verder reikte dan wordt geëist in de rechtspraak van het Hof; daarin is slechts sprake van schade die niet meer ongedaan kan worden gemaakt door de beschikking waartoe de Commissie aan het eind van de administratieve procedure zal komen".

71 Het arrest La Cinq biedt dan ook geen steun voor het argument van de Commissie in de onderhavige zaak. Het feit dat de Commissie alvorens een beschikking met voorlopige maatregelen vast te stellen, zich ervan moet verzekeren dat de schade voor de mededinging die zij verwacht wanneer dergelijke maatregelen niet worden genomen, van dien aard is dat deze niet kan worden hersteld door de definitieve beslissing die in de zaak wordt genomen, betekent niet dat de verzoeker om voorlopige maatregelen tegen een dergelijke voorlopige beschikking van de Commissie moet aantonen dat haar beoordeling van de spoedeisendheid waarop die beschikking is gebaseerd, kennelijk onjuist was.

72 In ieder geval vormt de beoordeling door de Commissie van de voorwaarden waaraan op grond van de Camera Care-rechtspraak moet worden voldaan voordat zij een beschikking met tijdelijke maatregelen neemt, een van de noodzakelijke wettelijke voorwaarden voor de geldigheid van een dergelijke beschikking. Aangezien het ontbreken van één van de in die rechtspraak gestelde voorwaarden voldoende is om een beschikking met tijdelijke maatregelen ongeldig te maken, moet de beoordeling van de spoedeisendheid door de Commissie, net als iedere andere soortgelijke beoordeling die zij bij de belangenafweging maakt, door de rechter die van een verzoek om een voorlopige maatregel tegen een dergelijke beschikking kennis neemt, worden beoordeeld als onderdeel van de controle van de wettigheid op het eerste gezicht ervan.

73 De verzoeker om voorlopige maatregelen zoals in het onderhavige geval moet, om een fumus boni juris aan te tonen, bewijzen dat er ernstige redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van de beoordeling door de Commissie van ten minste één van de voorwaarden die op grond van de Camera Care-rechtspraak worden gesteld. Niettemin zal de rechter die van een dergelijk verzoek kennis neemt, bij de beoordeling of aan alle in de artikelen 242 EG en 243 EG en artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering gestelde voorwaarden voor de verlening van voorlopige maatregelen is voldaan, maar in het bijzonder bij de beoordeling of de belangenafweging in het voordeel van verzoeker of van de Commissie uitvalt, zowel rekening houden met de beoordeling door laatstgenoemde van de spoedeisendheid die de betwiste voorlopige maatregelen rechtvaardigde als met de redenen waarom de belangenafweging ten gunste van het nemen van dergelijke maatregelen uitviel.

74 Uit het bovenstaande volgt, dat het middel van de Commissie, ondersteund door NDC en NDC Health, inhoudende dat een verzoeker die om schorsing van een Commissiebeschikking met voorlopige maatregelen vraagt, het kennelijk karakter van de fumus boni juris moet aantonen, onjuist is.

75 Daarom moet worden onderzocht of verzoekster heeft kunnen aantonen dat er ernstige twijfel bestaat aan de juistheid van de juridische analyse die ten grondslag ligt aan de in de bestreden beschikking getrokken aanvankelijke conclusie dat verzoekster haar machtspositie op de betrokken markt heeft misbruikt door haar concurrenten een licentie te weigeren, en dat daarom voorlopige maatregelen moeten worden genomen om de mededinging op die markt te herstellen.

Het bestaan van een fumus boni juris

76 Verzoekster brengt in wezen vijf middelen naar voren ter ondersteuning van haar conclusie dat de bestreden beschikking op het eerste gezicht ongeldig is. Haar

voornaamste middel, gebaseerd op een aantal onderling samenhangende argumenten, betreft de juistheid van de juridische analyse die ten grondslag ligt aan de conclusie van de Commissie dat haar weigering van licenties voor het gebruik van haar auteursrecht op de 1860-structuur misbruik van de machtspositie die zij op de relevante markt heeft. Zij stelt ook, dat de voornaamste feitelijke vooronderstelling van de bestreden beschikking op een vergissing berust, dat alle belangrijke juridische en feitelijke vaststellingen daarin in tegenspraak zijn met die van de Duitse rechters, dat de vastgestelde maatregelen niet conservatoir van aard zijn en dat haar recht om te worden gehoord, door de Commissie is geschonden.

77 Eerst moet worden onderzocht of haar hoofdargument op het eerste gezicht gegrond is.

Argumenten van partijen

78 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de Commissie alleen voorlopige maatregelen mag nemen bij gedragingen die duidelijk in strijd zijn met communautaire voorschriften (arrest La Cinq, punt 28). Dit geldt niet voor de bestreden beschikking, die in strijd is met vaste gemeenschapsrechtspraak en met eerdere beschikkingen van de Commissie, aangezien hierin wordt gesteld dat een dominante onderneming op het eerste gezicht in strijd met het recht handelt wanneer zij weigert een concurrentievoordeel — namelijk haar auteursrecht op de 1860-structuur — juist voor de markt waarop dat auteursrecht betrekking heeft, met haar concurrenten te delen. De beschikking ontneemt verzoekster de essentie van het volgens nationaal recht verworven en door het gemeenschapsrecht erkende auteursrecht en is kennelijk in strijd met artikel 295 EG.

79 Verzoekster verwijst met name naar de arresten van het Hof van 5 oktober 1998, Volvo (238/87, Jurispr. blz. 6211, punt 7), CICRA en Maxicar (53/87, Jurispr.

blz. 6039, punt 10), de arresten van het Gerecht van 10 juli 1991, RTE/Commissie (zaak T-69/89, Jurispr. blz. II-485, punt 71; hierna: „arrest RTE") en ITP/Commissie (T-76/89, Jurispr. blz. II-575; hierna: „arrest ITP") en het arrest van het Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 49; hierna: „arrest Magill"; de zaak die tot dit arrest leidde, wordt hierna „zaak Magill" genoemd), waarbij de arresten RTE en ITP in hogere voorziening zijn gewezen. Zij betoogt dat de weigering van een dominante onderneming om een licentie op haar auteursrechten te verlenen, slechts in twee gevallen als misbruik is aan te merken: in de eerste plaats indien de onderneming, naast het weigeren van een licentie, gedrag vertoont dat op zichzelf misbruik oplevert, zoals de vaststelling van prijzen in strijd met de wet, en in de tweede plaats indien het om een „essentiële faciliteit" gaat.

80 In de bestreden beschikking komt echter de vraag aan de orde wat onder het begrip essentiële faciliteit moet worden verstaan. Volgens verzoekster is dat begrip alleen van toepassing indien het om twee afgescheiden markten gaat en het product dat of de dienst die in de ene (meestal „opwaartse") markt wordt aangeboden, noodzakelijk is voor de productie van goederen of diensten in de tweede (gewoonlijk „neerwaartse") markt. In de eerdere rechtspraak waarin de gemeenschapsrechter en — vóór de vaststelling van de bestreden beschikking — de Commissie leveringsweigering door een dominante onderneming in dergelijke omstandigheden als misbruik aanmerkten, was er altijd sprake van twee verschillende markten: verzoekster verwijst met name naar het arrest van het Hof van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73 Jurispr. blz. 223), over de afzonderlijke markten voor een grondstof en voor derivaten van die grondstof; arrest van het Hof van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261), over de afzonderlijke markten voor televisieprogramma's en telemarketing); arrest van het Hof van 13 december 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941), over de afzonderlijke markten voor de aanleg en exploitatie van een openbaar telecommunicatienetwerk en voor de invoer, de verkoop, de aansluiting, de ingebruikneming en het onderhoud van toestellen die voor aansluiting op dat net bestemd zijn; arrest Magill over de afzonderlijke markten voor programmaoverzichten en tv-gidsen; arrest van het Hof van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), over de afzonderlijke markten voor de bezorging van kranten en de uitgave en de verkoop van kranten; arrest van het Gerecht van 12 juni 1997, Tiercé Ladbroke/Commissie (T-504/93, Jurispr. blz. II-923; hierna: „arrest Tiercé Ladbroke"), over de afzonderlijke markten voor televisieverslagen van paardenrennen en de exploitatie van wedkantoren, en de beschikkingen

94/19/EG van de Commissie van 21 december 1993 over een procedure op grond van artikel [82] van het EG-Verdrag (IV/34.689 — Sea Containers tegen Stena Sealink — Voorlopige maatregelen, PB L 15, blz. 8), over de markten voor havendiensten en voor veerdiensten voor passagiers, en 98/190/EG van de Commissie van 14 januari 1998 over een procedure op grond van artikel [82] van het EG-Verdrag (IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG, PB; L 72, blz. 30), over de afzonderlijke markten voor start- en landingsvoorzieningen voor vliegtuigen en voor de verrichting van gronddiensten.

81 Verzoeksters argument op basis van deze rechtspraak bevat twee essentiële aspecten. In de eerste plaats stelt verzoekster dat er bij het leerstuk van de „essentiële faciliteiten" van wordt uitgegaan dat een dominante onderneming haar positie op de door haar beheerste markt gebruikt voor het uitschakelen of ondermijnen van de concurrentie op een neerwaartse of parallelle markt waarop zij actief is of actief wil worden, of, zoals in de zaak Magill, gewoonweg om te voorkomen dat er een nieuwe markt ontstaat. In de tweede plaats stelt IMS — hierbij in het bijzonder verwijzend naar de zaak Magill, volgens haar de enige zaak van vóór de bestreden beschikking waarin de Commissie de aan het leerstuk van de „essentiële faciliteiten" ten grondslag liggende benadering wilde toepassen op de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten — dat de „bijzondere omstandigheden" waarmee de kwalificatie van de weigering van een licentie als misbruik hier werd gerechtvaardigd, erin bestonden dat de rechthebbenden het auteursrecht dat zij hadden verworven met hun activiteiten op de door hen beheerste markt (het uitzenden van tv-programma's), gebruikten om hun invloed uit te breiden tot een neerwaartse markt (tv-gidsen). In de onderhavige zaak is de weigering van IMS Health om haar concurrenten een licentie op de 1860-structuur te verlenen gerechtvaardigd, omdat zij niet probeert haar overwicht in een andere markt te gebruiken. Er kan volgens verzoekster geen sprake zijn van misbruik indien de houder van een auteursrecht weigert om concurrenten die toegang tot zijn recht wensen om haar juist te beconcurreren op de markt waar de exclusiviteit die dat recht biedt, als hoofdfaciliteit van de activiteit van de rechthebbende wordt gebruikt en waarbij zijn overheersende positie, ten minste potentieel, van de handhaving van zijn exclusieve recht afhankelijk is. Het loutere feit dat bij de afnemers een sterke voorkeur voor de beschermde faciliteit is ontstaan en het product of de dienst waarin deze wordt gebruikt, de markt daarom domineert, is niet voldoende om van de rechthebbende te eisen dat hij licenties verleent aan degenen die hem op die markt willen beconcurreren.

82 In haar opmerkingen brengt de Commissie naar voren, dat de mogelijke betekenis van de ex parte vastgestelde beschikking van 10 augustus 2001, en in het bijzonder de weigering van de kortgedingrechter om „zelfs op voorlopige basis" (punt 24) de maatregelen in de bestreden beschikking te bevestigen, niet aldus moet worden uitgelegd dat de feitelijke bewijslast voor de deugdelijkheid van de eraan ten grondslag liggende analyse van artikel 82 EG bij de Commissie komt te liggen. Onafhankelijk van de zwakte van haar redenering op een bepaald punt, betoogt zij dat de bestreden beschikking als rechtsgeldig moet worden beschouwd en niet moet worden geschorst omdat een rechtstreeks bewijs van de spoedeisendheid en een belangenafweging ten gunste van verzoekster ontbreekt.

83 De Commissie merkt op dat de tussentijdse conclusies in de bestreden beschikking zijn gebaseerd op een gecombineerde analyse van de arresten Magill, Tiercé Ladbroke en Bronner, reeds aangehaald. Aangezien gecompliceerde vraagstukken beter in het hoofdgeding aan de orde kunnen komen, is het in de onderhavige procedure voldoende om te verklaren dat de Commissie, aangezien zij voorlopig had vastgesteld dat de feiten zo uitzonderlijk waren dat IMS Health op grond van artikel 82 EG in de uitoefening van haar intellectuele-eigendomsrechten moest worden beperkt, volledig rekening heeft gehouden met deze eigendomsrechten bij de uitoefening van haar bevoegdheid om passende voorlopige maatregelen te nemen. Dit blijkt vooral, aldus de Commissie ter terechtzitting, uit de eis dat de beoogde licentiehouders redelijke royalty's betalen (punt 215 van de bestreden beschikking).

84 De Commissie stelt dat de omstandigheden in de zaak Magill in wezen niet erg verschillen van die in de bestreden beschikking. Zomin als de beschermde programmaoverzichten in de zaak Magill, is de bouwsteenstructuur een afzonderlijk product: beide zijn onmisbare elementen om een afzonderlijke dienst te verrichten en nutteloos indien zij niet in die dienst zijn verwerkt. In haar aanvullende opmerkingen erkent de Commissie dat de verschillen tussen de diensten op het gebied van verkoopgegevens van IMS en die van haar concurrenten niet van dien aard zijn dat deze laatste diensten, zoals in de zaak Magill, als nieuwe diensten kunnen worden beschouwd, maar stelt zij niettemin dat de „uitzonderlijke omstandigheden" in de zaak Magill, zoals in de arresten

Tiercé Ladbroke en Bronner is bevestigd, niet tot de specifieke feiten van die zaak beperkt blijven. Daarom hecht verzoekster er ten onrechte belang aan dat er geen sprake is van twee markten.

85 Voorts betoogt de Commissie dat, hoewel het leerstuk van de „essentiële faciliteiten" vaak wordt ingeroepen in gevallen waarin een dominante onderneming probeert om haar overwicht te gebruiken in een neerwaartse markt, een dergelijke voorwaarde niet voorkomt in de arresten Magill, Tiercé Ladbroke en Bronner, reeds aangehaald, en evenmin in het arrest van het Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141). Bovendien lijkt het belang ervan niet te zijn erkend door het Gerecht in zijn arrest van 16 december 1999, Micro Leader/Commissie (T-198/88, Jurispr. blz. II-3989). Indien de wezenlijke faciliteit een structuur omvat die door intellectuele eigendomsrechten wordt beschermd, is het verband tussen de faciliteit en de markt waarop de concurrentie is uitgesloten, per definitie zeer nauw; het verkochte product of de verrichte dienst omvat per definitie in zekere mate het door het betrokken recht beschermde voorwerp.

86 NDC and NDC Health zijn van mening dat de bestreden beschikking voldoet aan de in de Camera Care-rechtspraak ontwikkelde criteria voor de vaststelling van beschikkingen met voorlopige maatregelen. Het standpunt van de Commissie dat het gebruik door IMS van haar auteursrecht om haar concurrenten uit de betrokken markt te drukken, op het eerste gezicht misbruik oplevert, valt binnen de klassieke opvatting van het begrip misbruik zoals vastgelegd in het Verdrag en toegepast in zaken zoals Magill; dit betekent onder meer dat intellectueleeigendomsrechten niet „ontsnappen" aan de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag. Met de verklaring in de bestreden beschikking (punt 67) dat het in het arrest Magill vastgelegde beginsel betrekking heeft op zaken waarin het gestelde misbruik de introductie van een nieuw product belet, wordt dat arrest niet kennelijk verkeerd uitgelegd. In tegenstelling tot hetgeen verzoekster als hoofdargument naar voren brengt, is daarom noch op grond van de relevante eerdere beschikkingen van de Commissie, noch op grond van de rechtspraak als premisse voor de toepassing van de „essentiële faciliteiten"-doctrine vereist dat er sprake is van twee afzonderlijke, aan elkaar grenzende markten.

87 AzyX beweert dat, aangezien uit de bestreden beschikking duidelijk blijkt dat de 1860-structuur een industriële norm is geworden, de „bijzondere verantwoordelijkheid" van ondernemingen met een machtspositie om geen inbreuk te maken op de mededingingsregels (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57) de conclusie rechtvaardigt dat verzoekster misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. De bijzondere omstandigheden waardoor haar gedrag onder de rechtspraak in de zaken Volvo, CICRA en Maxicar, Magill en Micro Leader/Commissie valt, zijn dat zij haar gestelde auteursrecht ten overstaan van de Duitse rechter heeft ingeroepen als middel om potentiële concurrenten uit te schakelen. AzyX betoogt dat het misbruik in haar eigen zaak blijkt uit het feit dat, hoewel zij in de periode voorjaar/zomer 1999 op de Duitse markt was verschenen, verzoekster haar auteursrecht pas tegen haar inriep in december 2000, toen AzyX als concurrent een werkelijke bedreiging begon te vormen. In haar aanvullende opmerkingen voegt AzyX hieraan toe dat verzoekster het moment van haar reactie zorgvuldig heeft gekozen: de aanvraag en de verkrijging van een voorlopige maatregel was bedoeld om AzyX vleugellam te maken in januari 2001, het moment waarop de meeste contracten met klanten voor het nieuwe jaar moesten worden ondertekend.

Oordeel van de kortgedingrechter

88 Gelet op de expliciete veronderstelling die aan de bestreden beschikking ten grondslag ligt (punt 36), dat de 1860-structuur in Duitsland onder het auteursrecht valt, van welke veronderstelling de Commissie in haar opmerkingen in de onderhavige procedure bovendien niet is teruggekomen, moet ervan worden uitgegaan dat verzoekster, via IMS Health, houdster van een geldig auteursrecht op die structuur is. In beginsel verschaft dit auteursrecht het uitsluitende recht om de structuur te reproduceren bij het verstrekken van regionale verkoopgegevens en het recht om te beslissen over het verlenen van licenties aan derden voor het gebruik ervan.

89 De slotsom in de bestreden beschikking dat verzoekster op het eerste gezicht haar machtspositie heeft misbruikt op de relevante markt door geen licenties op de 1860-structuur te verlenen — in feite neerkomend op de vaststelling dat zij dat auteursrecht heeft misbruikt om te voorkomen dat haar concurrenten NDC Health en AzyX op die markt blijven en met haar kunnen concurreren — werpt heikele vragen op over de precieze werkingssfeer van artikel 82 EG en over de eigen bevoegdheden van de Commissie op grond van artikel 3 van verordening nr. 17, zoals uitgelegd in de Camera Care-rechtspraak. Een uitgebreide analyse van deze vragen valt duidelijk buiten het kader van de onderhavige procedure in kort geding en moet, net als in de beschikking Magill (zie punt 14), worden voorbehouden aan het Gerecht bij het wijzen van het arrest in de hoofdzaak.

90 Aangezien volgens de Commissie, hierin gesteund door de interveniënten, echter niet is aangetoond dat de bestreden beschikking op het eerste gezicht ongeldig is, moet worden onderzocht of verzoekster met het oog op haar hoofdargument in onderhavige zaak heeft aangetoond dat er ernstige twijfel aan de geldigheid van de bestreden beschikking bestaat.

91 In de eerste plaats moet worden gewezen op artikel 295 EG, dat luidt: „Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet". Hieruit volgt dat een rechter die kennis neemt van een verzoek om voorlopige maatregelen, behoedzaam te werk moet gaan bij toetsing van een beschikking van de Commissie die — bij wijze van voorlopige maatregelen tijdens een onderzoek op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 en gebaseerd op een voorlopige uitlegging van artikel 82 EG — aan de houder van een door het nationale recht erkend en beschermd intellectueel eigendomsrecht de verplichting oplegt om een licentie op dat eigendomsrecht te verlenen.

92 Op verzoeksters betoog, onder verwijzing naar punt 28 van het arrest La Cinq, dat de Commissie duidelijk het wederrechtelijk karakter van de betrokken handeling moet aantonen wil de vaststelling van zulke voorlopige maatregelen

gerechtvaardigd zijn, hoeft slechts te worden geantwoord dat uit dat punt van het arrest in de authentieke Franse versie (Frans is in de zaak La Cinq procestaal) niets blijkt van een dergelijke eis. In tegenstelling tot de Engelse tekst beperkt de Franse tekst de bevoegdheid van de Commissie om voorlopige maatregelen te nemen, niet tot gevallen waarin zij in de definitieve beschikking een sanctie kan opleggen.

93 Hieruit volgt dat het loutere feit dat de uitlegging van artikel 82 EG in de bestreden beschikking relatief nieuw lijkt te zijn, op zich niet van invloed is op de beoordeling met betrekking tot de fumus boni juris. Verzoekster moet nog altijd aantonen dat er verschil van mening of ten minste redelijke twijfel bestaat aan de juistheid van de voorlopige beoordeling van de mededingingsvoorschriften door de Commissie (beschikkingen Ford, punt 8, en Commissie/Atlantic Container Line e.a., punt 26).

94 In het licht van de argumenten ontleend aan het arrest Magill die door de partijen in de onderhavige procedure naar voren zijn gebracht, dient nader te worden ingegaan op hetgeen het Hof in dat arrest heeft beslist op het middel van de omroepmaatschappijen, rekwiranten in die zaak, dat het Gerecht het begrip „misbruik van een machtspositie" onjuist had uitgelegd. In zijn arresten RTE en ITP (respectievelijk punten 71 en 56) verklaarde het Gerecht dat de bescherming van het specifieke voorwerp van het auteursrecht de auteursrechthebbende ontegenzeglijk het alleenrecht verleent om het beschermde werk te verveelvoudigen, en dat de uitoefening van dit alleenrecht op zichzelf geen misbruik vormt, maar dat dit anders ligt „wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel [82 EG]".

95 In het arrest Magill verwierp het Hof om te beginnen de stelling dat de uitoefening van een nationaal auteursrecht „aan elke toetsing aan artikel [82] ontsnapt", alvorens op basis van het arrest Volvo te verklaren, dat „een weigering om een licentie te verlenen, ook al gaat zij uit van een onderneming met een

machtspositie, op zichzelf geen misbruik van die machtspositie kan opleveren" (punten 48 en 49). Vervolgens oordeelde het Hof dat „de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren" (punt 50). Met betrekking tot de vraag of er sprake was van zulke „uitzonderlijke omstandigheden", verklaarde het Hof op basis van de door het Gerecht vastgestelde feiten (punten 52-56) dat er drie categorieën uitzonderlijke omstandigheden zijn.

96 In de eerste plaats verklaarde het Hof in punt 52 van het arrest Magill, onder verwijzing naar respectievelijk de arresten RTE, punt 62, en ITP, punt 48, dat er een afzonderlijke markt bestond voor alomvattende wekelijkse tv-gidsen naast die voor de afzonderlijke wekelijkse gidsen die reeds, onder andere door ieder van de rekwiranten, werden geproduceerd. Vervolgens oordeelde het dat de omroepmaatschappijen „uit de aard der zaak de enige bron waren van de basisgegevens betreffende de programma's, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een wekelijkse tv-gids" (punt 53), en dat zij „door met een beroep op de nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren de basisgegevens te verstrekken, [...] introductie [hebben] belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond" (punt 54). Het concludeerde dat een dergelijke weigering misbruik in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG opleverde.

97 In de tweede plaats bevestigde het Hof (arrest Magill, punt 55) de constatering dat die weigering „geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in die van het uitgeven van tv-gidsen [vond] (arresten RTE, punt 73, en ITP, punt 58)".

98 In de derde plaats bevestigde het Hof (arrest Magill, punt 56) de vaststelling van het Gerecht dat de omroepmaatschappijen zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voorbehielden door elke mededinging op die markt uit te sluiten, aangezien zij „eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden".

99 Vervolgens verklaarde het Hof (arrest Magill, punt 57) dat het Gerecht „[g]elet op al deze omstandigheden [...] geen rechtsdwaling [heeft] begaan door de gedragingen van rekwiranten als misbruik van machtspositie in de zin van artikel [82 EG] aan te merken".

100 Uit het arrest Magill blijkt duidelijk dat er een aantal potentieel belangrijke verschillen bestaat tussen de omstandigheden van die zaak en die van de bestreden beschikking; het bestaan van die verschillen is, anders dan het belang ervan, door de Commissie niet werkelijk betwist. De bestreden beschikking lijkt te zijn gebaseerd op een niet-cumulatieve uitlegging van de voorwaarden voor het bestaan van „uitzonderlijke omstandigheden" uit het arrest Magill. De Commissie stelt, dat de uitoefening van een auteursrecht misbruik kan opleveren, „zelfs bij afwezigheid van bijkomend misbruik, wanneer deze onder meer de introductie van een nieuw product belet" (punt 67 van de bestreden beschikking). De voorwaarden waarnaar het Hof in punt 54 van het arrest Magill verwijst, worden door de Commissie niet als in beginsel wezenlijk voor het bestaan van „uitzonderlijke omstandigheden" beschouwd.

101 In de onderhavige procedure is verzoeksters weigering om NDC en AzyX een licentie toe te kennen, geen poging om het ontstaan van een nieuwe dienst op een afzonderlijke markt te verhinderen, maar op het eerste gezicht bedoeld om te voorkomen dat laatstgenoemde bedrijven diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens verrichten op basis van vrij verkrijgbare gegevens die op dezelfde markt aan dezelfde potentiële klanten worden geleverd, en die slechts op detailpunten van de door verzoekster aangeboden diensten verschillen. Van centrale betekenis in de bestreden beschikking is de constatering dat de doelgroep van farmaceutische ondernemingen de betrokken gegevens lijkt te willen ontvangen in de door verzoekster ontwikkelde 1860-structuur. Daarom concludeert de Commissie voorlopig dat verzoeksters concurrenten zonder toegang tot die structuur niet met verzoekster op de relevante markt kunnen concurreren. In wezen lijkt de analyse van de Commissie erop neer te komen dat het voorkomen — door weigering van een licentie op een intellectueel eigendomsrecht — van de komst van nieuwe concurrenten die hooguit nieuwe variaties op dezelfde dienst

willen aanbieden op dezelfde markt als de dominante onderneming, misbruik kan opleveren indien deze concurrenten niet op andere wijze toegang tot de markt hebben omdat het beschermde werk in feite een industriële norm is.

102 De voorlopige conclusie van de Commissie dat de voorkoming van de opkomst van een nieuw product of een nieuwe dienst waarnaar bij de afnemers potentiële vraag bestaat, geen onmisbaar onderdeel is van het begrip „uitzonderlijke omstandigheden" dat het Hof in het arrest Magill heeft uitgewerkt, vormt op het eerste gezicht een ruime uitlegging van dat begrip. Op het diepgaande verschil van mening over de juistheid van deze uitlegging kan dan ook slechts bij het arrest in de hoofdzaak worden beslist.

103 Niettemin tracht de Commissie in de bestreden beschikking deze kennelijk ruime uitlegging onder verwijzing naar latere rechtspraak, met name het arrest Bronner, in overeenstemming te brengen met het in het arrest Magill uitgewerkte begrip „uitzonderlijke omstandigheden". Naar haar mening is leveringsweigering door een dominante onderneming misbruik, ook indien het de weigering van een licentie op auteursrecht betreft, wanneer (punt 70 van de bestreden beschikking):

„— de weigering om toegang te verlenen tot de faciliteit elke mededinging op de betrokken markt kan uitsluiten;

— een dergelijke weigering niet objectief kan worden gerechtvaardigd en

— de faciliteit zelf onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor die faciliteit bestaat".

104 In het arrest Bronner verwijst het Hof in punt 40, met betrekking tot de „bijzondere omstandigheden" die in het arrest Magill worden „geconstateerd", naar alle overwegingen van het Gerecht die door hem in de punten 53 tot en met 56 van het arrest Magill zijn bevestigd (zie punten 96-98). In punt 41 van het arrest Bronner merkt het Hof op, dat de zaak Magill de „uitoefening van een intellectuele-eigendomsrecht" betrof. Het valt buiten het bestek van het in casu mogelijke onderzoek om te bepalen of deze passages uit het arrest Bronner, en punt 131 van het arrest van het Gerecht in het arrest Tiercé Ladbroke/Commissie, de op het eerste gezicht getrokken conclusie in de bestreden beschikking steunen. Hoewel de uitlegging van de Commissie wellicht juist is, kan niet worden uitgesloten dat er redelijke gronden zijn voor de conclusie dat de „uitzonderlijke omstandigheden" waarnaar het Hof in de zaak Magill en opnieuw in de zaak Bronner heeft verwezen, cumulatief zijn.

105 Verzoeksters bewering, onder verwijzing naar de alom aanvaarde economische theorieën die aan de „essentiële faciliteiten"-doctrine ten grondslag liggen, dat dit in het bijzonder geldt voor de voorwaarde dat de gelaakte weigering van de licentie door de dominerende onderneming is bedoeld om te voorkomen dat er een nieuw product verschijnt op een markt die is afgescheiden van die waarop zij een machtspositie heeft, stelt een belangrijke rechtsvraag aan de orde die in de hoofdzaak nader zal moeten worden onderzocht. Deze uitlegging van het arrest Magill lijkt steun te vinden in veel van de arresten waarnaar IMS verwijst (zie boven, met name punt 80). Advocaat-generaal Jacobs lijkt deze ook te onderschrijven waar hij in punt 63 van zijn conclusie in de zaak Bronner opmerkt, dat het arrest Magill is „toe te schrijven aan de bijzondere omstandigheden van die zaak, die de balans deden doorslaan ten gunste van een verplichting tot licentiëring" (Jurispr. blz. II-7794, punt 63).

106 Aangezien er derhalve op zijn minst een serieus geschil is over de juistheid van de fundamentele juridische conclusie waarop de bestreden beschikking steunt, namelijk dat er in de onderhavige zaak sprake is van „uitzonderlijke omstandigheden" die het opleggen van een dwanglicentie rechtvaardigen, heeft verzoekster duidelijk een fumus boni juris aangetoond die de gevraagde voorlopige maatregel rechtvaardigt. Zelfs indien een verzoekster in een voorlopige procedure zoals de onderhavige — ongeacht de bevindingen met name in

de punten 68 en 73 — het bestaan van een overtuigende fumus boni juris zou moeten aantonen, moet worden vastgesteld dat verzoekster aan deze eis wat haar hoofdargument betreft, heeft voldaan. Daarom moet thans worden onderzocht of de voorwaarde van spoedeisendheid is vervuld.

Spoedeisendheid

Argumenten van partijen

107 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat haar intellectuele-eigendomsrecht op de 1860-structuur een hoofdbestanddeel van haar concurrentievermogen vormt en van wezenlijk belang is om haar regionale verkoopgegevensdienst van die van haar concurrenten te onderscheiden. Indien zij gedwongen zou worden haar auteursrecht te delen, zou haar dienst, die in de loop van de jaren met veel moeite is ontwikkeld, worden gereduceerd tot een generiek product dat zich niet van concurrerende diensten onderscheidt. Onder verwijzing naar de beschikking van de president van het Gerecht van 3 juni 1996, Bayer/Commissie (T-41/96 R, Jurispr. blz. II-381; hierna: „beschikking Bayer", punt 54) stelt zij dat, net als in die zaak, de vrijheid van IMS Health in de onderhavige zaak om een wezenlijk bestanddeel van haar ondernemingsbeleid te bepalen, door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking zou worden ondermijnd. In haar aanvullende opmerkingen betoogt zij dat de economische en commerciële waarde van een uniek voordeel, wanneer dit eenmaal tot een generiek product is gereduceerd, nooit meer kan worden hersteld. Ook bestaat er volgens haar een reëel risico dat, indien zij wordt gedwongen om NDC Health en AzyX een licentie te verlenen, laatstgenoemden de tijd tot aan de beslissing in de hoofdzaak zullen gebruiken om de gewonnen klanten over te halen om over te stappen op bouwsteenstructuren die geen inbreuk op het auteursrecht op de 1860-structuur maken. Dit risico is des te groter omdat beide concurrenten in verschillende stadia hebben gesteld dat sommige van hun bouwsteenstructuren geen inbreuk op dat auteursrecht maken.

108 In de tweede plaats stelt verzoekster dat tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking leidt tot ontwikkelingen op de markt die heel moeilijk, of zelfs helemaal niet, kunnen worden omgekeerd (beschikking Atlantic Container Line e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 55). Volgens verzoekster kan de economische waarde van de klanten die zij door de oplegging van dwanglicenties aan haar concurrenten verliest, niet worden gecompenseerd. Deze klanten zouden de intellectuele en creatieve grondslag van haar dienst niet langer erkennen. Het zou ondoenlijk zijn om hen ervan te overtuigen dat haar auteursrecht geldig is en zij zou commercieel gezien haar prijzen niet opnieuw kunnen verhogen naar een peil dat in de juiste verhouding staat met het houderschap van een uitsluitend recht. Zoals in de beschikking Magill is erkend (punten 16 en 18), raken deze klanten er waarschijnlijk aan gewend dat er door verschillende bronnen diensten worden aangeboden en willen zij niet meer terug naar een situatie waarin alleen IMS Health de betrokken dienst kan verrichten. In haar aanvullende opmerkingen brengt zij naar voren dat uit de ontkenning van dit gevaar door de Commissie blijkt, hoe slecht deze de realiteit van het bedrijfsleven kent: tot nu toe zijn alle beslissingen, dus niet alleen de tijdelijke maar ook de definitieve, die tot blijvende of ingrijpende veranderingen in de markt dreigden te leiden, geschorst (beschikkingen Ford, Magill, Atlantic Container Line e.a./Commissie, reeds aangehaald, en Bayer).

109 In de derde plaats stelt verzoekster dat de rechtstreekse financiële schade die zij door de inbreuken van NDC Health en AzyX op haar auteursrecht heeft geleden, al aanzienlijk zijn. Ter terechtzitting beweerde zij, reeds [...] van haar [...] abonnees aan NDC Health en AzyX te hebben verloren, waarvan [...] waren overgestapt sinds de verzending van de mpb op 9 maart 2001. Zij schat haar gederfde inkomsten in verband met deze klanten op [...] euro per jaar, gebaseerd op de abonnementsprijzen van 2000. Bovendien hebben [...] klanten hun contracten die aan het eind van het jaar aflopen nog niet verlengd, hoewel zij dat normaal gesproken al zouden hebben gedaan. Aangezien NDC Health en AzyX de enige andere twee ondernemingen op de markt zijn, kan er redelijkerwijze van worden uitgegaan dat de meeste van deze klanten, zo niet allemaal, naar hen zullen overstappen indien de bestreden beschikking niet wordt geschorst. In dat geval zouden de bijkomende verliezen voor IMS Health [...] euro per jaar bedragen op basis van de huidige abonnementstarieven. Aldus zouden de totale kwantificeerbare verliezen van IMS Health in Duitsland in 2002 [...] euro bedragen. Onder verwijzing naar de beschikking NCC betoogt zij dat

een toezegging van schadevergoeding of een andere financiële garantie (zoals een bankgarantie) in dit geval zeer geschikt zou zijn, aangezien de feiten zeer omstreden zijn en de beoordeling door de Commissie in strijd lijkt met gevestigde beginselen van het gemeenschapsrecht. Een dergelijke maatregel neemt echter niet het zeer ernstige risico van niet-kwantificeerbare verliezen weg, ingeval de bestreden beschikking niet wordt geschorst.

110 De Commissie ontkent dat verzoekster de kans op ernstige en onherstelbare schade heeft aangetoond. Met betrekking tot de gestelde kans op financiële verliezen van IMS wijst de Commissie erop, onder verwijzing naar onder meer de beschikking van de president van het Hof van 18 oktober 1991, Abertal/Commissie (C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 24) dat financiële verliezen in beginsel niet als onherstelbaar kunnen worden beschouwd. Aangezien verzoekster vrijwel een monopoliepositie op de Duitse markt heeft, kan er geen sprake van zijn dat haar voortbestaan door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking in gevaar wordt gebracht (beschikking president Hof van 23 mei 1990, Comos-Tank en Matex Nederland/Commissie, C-51/90 R en C-59/90 R, Jurispr. blz. I-2167, punten 30 en 31, en beschikking president Gerecht van 21 december 1994, Laakmann Karton/Commissie, T-301/94 R, Jurispr. blz. II-1279, punten 23 e.v.). Evenmin zal het marktaandeel van IMS Health instorten indien haar concurrenten licenties krijgen, te meer niet omdat zij het concurrentienadeel hebben dat zij royalty's moeten betalen. In ieder geval zijn de eventuele door verzoekster gevreesde financiële verliezen niet aangetoond en zijn zij gebaseerd op een onwaarschijnlijk „worst-case scenario". Met betrekking tot de gecorrigeerde berekening van de verliezen die IMS ter terechtzitting naar voren bracht, stelde de Commissie dat deze marginaal zouden zijn, aangezien de overgrote meerderheid van de klanten, berekend op basis van de baten, bij IMS zou blijven en deze bij de berekening voorbijgaat aan het belang van de verplichting van de voorgestelde licentiehoudsters om aan haar royalty's te betalen. Het voordeel van deze verplichting is gelijk aan tweemaal het bedrag van de betaalde royalty's, aangezien deze de inkomsten van IMS Health verhogen terwijl zij die van de licentiehouder evenredig verminderen.

111 Bovendien stelt de Commissie dat de uitsluiting van financiële verliezen niet afhankelijk is van de verhaalsmogelijkheid. Indien de bestreden beschikking

wordt nietig verklaard, staat het verzoekster vrij om dergelijke verliezen op NDC en AzyX te verhalen. Met betrekking tot de stelling dat de bestreden beschikking een voorziening had moeten treffen voor een borgsom die door de voorgestelde licentiehouders zou moeten worden gestort, betoogt de Commissie dat de oplegging van een dergelijke voorwaarde zeer uitzonderlijk zou zijn. De omstandigheden van deze zaak verschillen sterk van die van de zaak die tot de beschikking NCC heeft geleid, tot nu toe de enige zaak waarin een dergelijke voorwaarde is opgelegd. De Commissie zou echter geen bezwaar maken tegen een contractuele bepaling in de licentieovereenkomsten tussen IMS Health en haar concurrenten die in een dergelijke waarborg voorziet. Ter terechtzitting voegde zij hieraan toe dat zij zou instemmen met een door de kortgedingrechter opgelegde maatregel tot het stellen van een dergelijke waarborg, mits het bedrag redelijk zou zijn.

112 Met betrekking tot de gestelde aantasting van de commerciële onafhankelijkheid van IMS stelt de Commissie dat sommige wijzigingen inherent zijn aan de vaststelling van welke conservatoire maatregel dan ook. De kernvraag in de onderhavige procedure is, of de daaruit voortvloeiende schade aanzienlijk groter is dan de inherente, maar tijdelijke nadelen die met zulke voorlopige beschikkingen gepaard gaan. Verzoekster heeft niet aangetoond dat de waardevermindering van haar recht die zich zou kunnen voordoen door de verplichting om de 1860-structuur in ruil voor redelijke royalty's met haar concurrenten te delen, groter zijn dan deze inherente nadelen. De toekenning van de betrokken licenties zou niet van invloed zijn op de onafhankelijkheid van IMS Health om haar bedrijfsbeleid te bepalen: deze zou noch gevolgen hebben voor haar vrijheid om haar prijzen vast te stellen, noch — gezien haar machtspositie op de markt — voor haar vermogen om een bedrijfsbeleid te voeren om de concurrentie het hoofd te bieden.

113 Evenmin zal de bestreden beschikking volgens de Commissie tot merkbare duurzame ontwikkelingen op de markt leiden. In de eerste plaats is het duidelijk dat artikel 1 ervan, gelezen in het licht van de motivering, alleen tot NDC en AzyX is gericht. Niets zou verzoekster dan ook verhinderen haar auteursrecht uit te oefenen indien de beschikking wordt nietig verklaard in de hoofdzaak. In de tweede plaats verschillen de omstandigheden in deze procedure van die in de beschikking Bayer, de beschikkingen van de president van het Gerecht van 19 februari 1993, Langnese-Iglo en Schöller/Commissie (T-7/93 R en T-9/93 R,

Jurispr. blz. II-131) en van 7 juli 1998, Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98 R, Jurispr. blz. II-2641), waarin de adressaten van de aangevochten beschikkingen werden verplicht, hun contractuele verhoudingen met een groot aantal groot- en detailhandelaren te wijzigen. De onderhavige procedure is evenmin vergelijkbaar met de zaak Atlantic Container Line e.a./Commissie, waarin werd aangenomen dat de onmiddellijke toepassing van de aangevochten beschikking op een toch al kwetsbare sector gemakkelijk onder meer tot een instorting van de prijzen en de verdwijning van een aantal ondernemingen zou kunnen leiden.

114 NDC en NDC Health stellen dat verzoekster in de onderhavige procedure in feite betoogt dat IMS Health ernstige schade zou leiden indien zij verplicht zou worden om tijdelijk en in ruil voor royalty's een licentie te verlenen voor het gebruik van een auteursrecht op een werkinstrument dat een industriële norm is. Naar hun mening is de gevreesde waardevermindering van verzoeksters intellectuele eigendomsrecht op de 1860-structuur tot een generiek product niet overtuigend; de bescherming van het auteursrecht van IMS Health is pas kort geleden in Duitsland ingegaan en verzoekster heeft niet uitgelegd waarom haar recht in Duitsland in waarde zou verminderen wanneer zij, in ruil voor royalty's, datgene zou doen waartoe zij in het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot een vergelijkbaar auteursrecht zonder de ontvangst van royalty's reeds bereid was. Aangezien de betrokken gegevens bovendien vrij verkrijgbaar zijn, zou de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking, anders dan de beschikking die werd onderzocht in de beschikking van de president van het Gerecht van 1 december 1994, Postbank/Commissie (T-353/94 R, Jurispr. blz. II-1141), niet het risico inhouden dat geheime informatie wordt gepubliceerd. Ter terechtzitting betwijfelden zij de noodzaak om een bankgarantie op te leggen, aangezien IMS geen onherstelbare verliezen zou leiden. Bovendien zou IMS de noodzaak om overeenstemming over de voorwaarden van een dergelijke garantie te bereiken, kunnen gebruiken als een middel om het verstrekken van de in de bestreden beschikking voorgeschreven licenties uit te stellen. Tegenover de verwaarloosbare verliezen die verzoekster zou kunnen lijden, staat het gegeven dat NDC Health niet met IMS Health kan concurreren zonder de 1860-structuur te gebruiken. In hun aanvullende opmerkingen stellen zij dat de bewijzen uit de farmaceutische industrie overweldigend zijn; farmaceutische ondernemingen moeten hun regionale

verkoopgegevens in de 1860-structuur ontvangen. In ieder geval is de 3942-structuur van NDC geen levensvatbaar alternatief voor de 1860-structuur van IMS Health, aangezien de werkingssfeer van de maatregel tegen NDC Health wat de „afgeleide" structuren betreft onduidelijk is en opheldering hierover, zoals de Commissie in punt 143 van de bestreden beschikking verklaarde, de komende drie jaar niet waarschijnlijk is.

115 Volgens AzyX wordt in de bestreden beschikking terecht opgemerkt dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden indien de daarin vastgestelde voorlopige maatregelen niet zouden worden uitgevoerd. Gezien het belang van de inkomsten uit de Duitse markt voor de groep AzyX zou haar financiële voortbestaan op zeer korte termijn worden bedreigd indien de door de Commissie gelaste voorlopige maatregelen zouden worden geschorst. Indien de 1860-structuur, in weerwil van de ontkenning van IMS, een wezenlijke faciliteit is, zou de aan verzoekster toegebrachte schade door de verplichting om een licentie op die structuur te verlenen, slechts tijdelijk zijn indien de bestreden beschikking in de hoofdzaak wordt nietig verklaard. Indien de faciliteit echter niet wezenlijk is, zou ieder onherstelbaar klantenverlies volgens AzyX aan andere concurrentie-aspecten en niet aan de bestreden beschikking te wijten zijn.

Beoordeling door de kortgedingrechter

116 Bij de beoordeling van de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding geldt als maatstaf, of een voorlopige beslissing nodig is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt [beschikkingen SCK en FNK/Commissie, reeds aangehaald, punt 30; beschikkingen president Hof van 18 november 1999, Pfizer Animal Health/Raad, C-329/99 P(R), Jurispr. blz. I-8343, punt 94, en van 11 april 2001, Commissie/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R) Jurispr. blz. I-2865, punt 107; hierna: „beschikking Cambridge"]. De partij die zich op ernstige en onherstelbare schade beroept, moet het bestaan daarvan aantonen (beschikking president Hof

van 12 oktober 2000, Griekenland/Commissie, C-278/00 R, Jurispr. blz. I-8787, punt 14, en beschikking president Gerecht van 28 mei 2001, Poste Italiane/Commissie, T-53/01 R, Jurispr. blz. II-1479, punt 110). Het is, in het bijzonder wanneer het intreden van de schade afhangt van een geheel van factoren, voldoende dat de schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien [beschikking president Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67; beschikking Cambridge, punt 108, en beschikking president Gerecht van 8 december 2000, BP Nederland e.a./Commissie, T-237/99 R, Jurispr. blz. II-3849, punt 49].

117 Niettemin moet bij de beoordeling van de elementen die, wegens de schade die een maatregel als de bestreden beschikking kan veroorzaken, opschorting van de tenuitvoerlegging kunnen rechtvaardigen, in aanmerking worden genomen dat die maatregel, door de Commissie vastgesteld in het kader van een nog niet afgesloten onderzoek, zelf een voorlopig karakter heeft (beschikking Ford, punt 11). Er moet dan ook worden onderzocht of er een ernstig risico bestaat dat de nadelige gevolgen van de aangevochten beschikking, indien deze onmiddellijk ten uitvoer wordt gelegd, die van een conservatoire maatregel overtreffen en in tussentijd schade veroorzaken die aanmerkelijk groter is dan de onvermijdelijke, maar tijdelijke nadelen van een dergelijke voorlopige maatregel (beschikkingen Ford en Peugeot, respectievelijk punten 14 en 24).

118 De Commissie, gesteund door de interveniënten, bestrijdt de ernst van de verliezen die door verzoekster kunnen worden geleden. Zij zijn gebaseerd op het „worst-case scenario", waarbij de financiële betekenis van de te ontvangen royalty's buiten beschouwing wordt gelaten. Verzoekster heeft echter op het eerste gezicht overtuigend aangetoond, dat haar rechtstreekse verliezen dit jaar [...] euro bedragen en gemakkelijk kunnen oplopen tot [...] euro in 2002. Hoewel de bestreden beschikking geen informatie over de omzet of de inkomsten van IMS Health biedt, beweert AzyX, op dit punt door verzoekster niet tegengesproken, dat de inkomsten van IMS Health in Duitsland uit haar diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens per jaar ongeveer 25 miljoen euro bedragen. In deze omstandigheden kan niet worden uitgesloten dat verliezen tussen [...] euro en [...] euro per jaar voor IMS Health, hoewel zij tot een groep van de omvang van IMS behoort, zeer ernstig kunnen zijn.

119 Niettemin kan volgens vaste rechtspraak schade van zuiver financiële aard, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet als onherstelbaar of zelfs als moeilijk herstelbaar worden beschouwd wanneer deze later kan worden vergoed (beschikkingen Abertal/Commissie, reeds aangehaald, punt 24, en Cambridge, punt 113; beschikkingen president Gerecht van 1 oktober 1997, Comafrica en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, T-230/97 R, Jurispr. blz. II-1589, punt 32, en van 15 juni 2001, Bactria/Commissie, T-339/00 R, Jurispr. blz. II-1721, punt 94). Deze rechtspraak berust op het uitgangspunt dat financiële schade die niet door de tenuitvoerlegging van het arrest in de hoofdzaak verdwijnt, een economisch verlies vormt dat kan worden goedgemaakt via de beroepswegen waarin het Verdrag voorziet, met name de artikelen 235 EG en 288 EG (beschikking Comafrica and Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, reeds aangehaald, punt 38, en arrest Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie Jurispr. blz. II-2951, punt 47). In de onderhavige zaak zou de beroepsweg die in de opmerkingen van de Commissie wordt bedoeld, ingeval de betwiste beschikking zou worden nietig verklaard, echter bestaan uit een schadevergoedingsprocedure (waarschijnlijk wegens inbreuk op haar auteursrecht) die verzoekster bij de Duitse rechter zou moeten instellen. Het is voor de rechter die kennis neemt van het onderhavige verzoek in kort geding uiteraard niet mogelijk, en ook niet gepast, om te speculeren over de kans dat de nationale rechter IMS een passende schadevergoeding zou toewijzen. Het is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat de loutere verlening van licenties op grond van de bestreden beschikking aan NDC Health en AzyX, zelfs indien die beschikking later zou worden nietig verklaard, negatieve gevolgen voor de omvang van de mogelijke vergoeding voor IMS Health zou hebben.

120 Bovendien lijkt het — gezien de ruime beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij de beoordeling of de vaststelling van voorlopige beschikkingen als de onderhavige opportuun is — op het eerste gezicht onwaarschijnlijk dat verzoekster in een schadevergoedingsprocedure tegen de Commissie in het gelijk zou worden gesteld. Het is, met ander woorden, niet waarschijnlijk dat de gronden waarop de bestreden beschikking in de hoofdzaak uiteindelijk zou worden nietig verklaard, zouden volstaan om een dermate ernstige inbreuk op het gemeenschapsrecht op te leveren dat IMS daadwerkelijk zou kunnen betogen dat de Commissie de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend (zie arrest Hof van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/

Commissie, C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punten 41-44, en arrest Gerecht van 12 juli 2001, Comafrica en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 en T-225/99, Jurispr. blz. II-1975, punt 134).

121 Ook al kan niet worden uitgesloten dat de eventueel door de tenuitvoerlegging van de betwiste beschikking ontstane financiële verliezen van IMS Health niet kunnen worden vergoed, worden in het algemeen geen voorlopige maatregelen bij financiële schade verleend, tenzij de aanvrager bewijs kan leveren dat op het eerste gezicht de conclusie rechtvaardigt dat bij het uitblijven van de gevraagde voorlopige maatregelen de gestelde verliezen zijn voortbestaan in gevaar zouden brengen. In de onderhavige procedure heeft verzoekster de vaststelling van de Commissie (punt 3 van de bestreden beschikking) niet betwist, dat IMS in 100 landen actief is en in het jaar 2000 een omzet van 1,4 miljard USD had. Hoewel de hier gevreesde verliezen volgens de verklaringen van dr. Sian door IMS Health zullen worden gedragen, is het aanvaardbaar en ook gepast — aangezien IMS de adressaat van de beschikking en de verzoekende partij in de hoofdzaak en in de onderhavige procedure is — de mogelijke gevolgen van deze verliezen voor IMS in haar geheel te onderzoeken (beschikking Hof van 7 maart 1995, Transacciones Marítimas e.a./Commissie, C-12/95, P, Jurispr. blz. I-467, punt 12; beschikkingen president Gerecht van 10 december 1997, Camar/Commissie en Raad, zaak T-260/97 R, Jurispr. blz. II-2357, punt 50; van 30 juni 1999, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99, Jurispr. blz. II-1961, punt 155, bevestigd in hogere voorziening bij beschikking van 18 november 1999, Pfizer Animal Health/Raad, reeds aangehaald, punt 67, en beschikking president Gerecht van 2 augustus 2001, Saxonia Edelmetalle/Commissie, T-111/01 R, Jurispr. blz. II-2335, punt 27). Gezien de financiële draagkracht van IMS en de vermindering van de verliezen van IMS Health door de ontvangst van royalty's, lijkt de conclusie van de Commissie in de bestreden beschikking, dat de mogelijk optredende financiële verliezen haar voortbestaan op de relevante markt waarschijnlijk niet bedreigen, althans niet tot het arrest in de hoofdzaak, gegrond. Hieruit volgt dat een dergelijke schade op zichzelf niet voldoende kan zijn om de gevraagde voorlopige maatregelen te rechtvaardigen.

122 Bovendien heeft de Commissie verklaard, geen bezwaar te hebben indien verzoekster een clausule over een financiële garantie zou willen opnemen in de

licentievoorwaarden waarover zij met NDC en AzyX onderhandelt. Een passende clausule over bankgaranties in de definitieve licentievoorwaarden die door de Commissie overeenkomstig artikel 2 van de bestreden beschikking worden vastgesteld, zou de kans op onherstelbare financiële schade verder verkleinen.

123 Daarom moet worden bezien of er, zoals verzoekster beweert, een reële kans bestaat dat de nadelige gevolgen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voor de structuur van de mededinging op de relevante markt, en met name voor de waarde van verzoeksters auteursrecht op de 1860-structuur, haar ernstige en potentieel onherstelbare schade zouden kunnen toebrengen.

124 Benadrukt moet worden dat de Commissie in de bestreden beschikking de erkenning door het Landgericht Frankfurt van verzoeksters auteursrecht op de 1860-structuur (waarvan zij via IMS Health houdster is) niet ter discussie wil stellen (punten 36 en 211). Het betoog van NDC en NDC Health dat het auteursrecht hier een werkinstrument betreft, valt buiten het bereik van de bestreden beschikking en kan daarom de stelling van de Commissie niet ondersteunen, dat het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen met betrekking tot die beschikking moet worden afgewezen. Aangezien het Landgericht Frankfurt heeft erkend dat de creatieve arbeid die aan de 1860-structuur ten grondslag ligt, voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, heeft verzoekster goede redenen om zich te beroepen op het reële gevaar van een waardevermindering van haar auteursrecht.

125 De grondgedachte van het auteursrecht is, de auteur van creatief en origineel werk het uitsluitende recht te verlenen om dit werk te exploiteren (arrest Hof van 17 mei 1988, Warner Brothers and Metronome Video, 158/86, Jurispr. blz. 2605, punt 13), en daardoor „de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren" (RTE, punt [71], ITP, punt 56). Het auteursrecht is van wezenlijk belang, zowel voor de individuele rechthebbende als voor de hele samenleving (conclusie van

advocaat-generaal Gulmann in de zaak Magill, Jurispr. blz. I-747, punt 11). Het auteursrecht reduceren tot een louter economisch recht om royalty's te ontvangen, doet afbreuk aan het wezen ervan en kan in beginsel leiden tot ernstige en potentieel onherstelbare schade.

126 De Commissie, gesteund door de interveniënten, tracht de noodzaak van de inperking in de onderhavige procedure te rechtvaardigen met het argument dat de schade voor verzoekster, indien zij de hoofdzaak wint, tijdelijk is en binnen de grenzen blijft van de gevolgen die inherent zijn aan conservatoire maatregelen. IMS Health zal, met andere woorden, bij herstel van haar uitsluitende rechten automatisch al haar cliënten terugwinnen, aangezien deze op grond van de in feite onmisbare bouwsteenstructuur weer gedwongen zijn om uitsluitend met haar zaken te doen.

127 Dat de aanzienlijke ingreep in het specifieke voorwerp van verzoeksters intellectuele-eigendomsrecht slechts tijdelijk zou zijn, maakt op zich de reële kans op ernstige en onherstelbare schade aan verzoeksters belangen niet kleiner.

128 In de eerste plaats bestaat er een duidelijk gevaar dat de huidige klanten van IMS Health, veelal grote farmaceutische ondernemingen of bedrijven die deel uitmaken van multinationale groepen met een grote economische macht, indien zij twee of drie jaar kunnen kiezen tussen concurrerende leveranciers van regionale verkoopgegevens op basis van de 1860-structuur, niet gemakkelijk accepteren dat zij moeten terugkeren naar één enkele dienst die tegen een hogere prijs door een monopolist wordt geleverd. In de tweede plaats zal de ontevredenheid van de klanten van IMS Health nog groter worden indien — zoals interveniënten ter zitting meedeelden aan de kortgedingrechter — de details van de door hen aangeboden diensten op het gebied van verkoopgegevens, hoewel noodgedwongen op de 1860-structuur gebaseerd, aanzienlijk van de door verzoekster aangeboden diensten verschillen. Daarom is het niet uitgesloten dat

deze ontevredenheid ertoe leidt dat de klanten bereid zijn om de nodige kosten te maken om verkoopgegevens te kunnen ontvangen in een structuur die niet compatibel is met de 1860-structuur, zodat zij niet hoeven terug te keren naar verzoekster die op de relevante markt vrijwel een monopoliepositie heeft. Dit geldt des te meer omdat veel van die klanten, zoals in de punten 75 tot en met 84 van de bestreden beschikking wordt gesteld, via de RPM Arbeitskreis (werkgroep) een belangrijke rol schijnen te hebben gespeeld in de ontwikkeling van de 1860-structuur. Het loutere feit dat sommigen van hen, zoals AzyX beweert, op de door haar in de op 15 maart 2001 in Frankfurt am Main georganiseerde conferentie tijdens een vierenhalf uur durende vergadering uur niet bereid bleken om naar een andere structuur over te schakelen, sluit niet uit dat zij van mening veranderen indien de bestreden beschikking — tijdens die vergadering werd besloten de verwachte vaststelling ervan te steunen — later zou worden nietig verklaard.

129 Gezien de feiten zijn er derhalve ernstige redenen om aan te nemen dat veel van de marktontwikkelingen die de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking teweeg kan brengen, zeer moeilijk of zelfs in het geheel niet achteraf, indien het beroep in de hoofdzaak zou slagen, kunnen worden teruggedraaid (beschikking Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 66).

130 Bovendien valt niet uit te sluiten dat bij tenuitvoerlegging van de betwiste beschikking verzoekster de mogelijkheid wordt ontnomen om haar commerciële beleid vrij te bepalen (beschikking Bayer, punt 54). Uit de opmerkingen die in de onderhavige procedure zijn ingediend, blijkt dat verzoekster, wanneer de beschikking zou worden uitgevoerd, niet hetzelfde commerciële beleid als voorheen zou kunnen voeren op een markt waarop haar concurrenten gerechtigd zijn om vrij met haar in concurrentie te treden zolang zij maar voldoen aan hun verplichting om royalty's te betalen. Op het moment waarop de bestreden beschikking werd vastgesteld, verrichtte zowel NDC Health als AzyX diensten op basis van de 1860-structuur (naar alle waarschijnlijkheid met schending van verzoeksters auteursrecht) of op basis van soortgelijke bouwsteenstructuren die, al dan niet in strijd met het auteursrecht, van die structuur waren „afgeleid" (en waarover rechtsonzekerheid bestond). Indien verzoekster wordt verplicht een licentie aan NDC Health en AzyX te verlenen, zal dit de bestaande marktvoorwaarden duidelijk veranderen. Het loutere feit, zoals de Commissie opmerkt,

dat verzoeksters eigen aanvankelijke weigering om haar concurrenten een licentie te verlenen, aan die rechtsonzekerheid heeft bijgedragen, verandert niet de aard van de veranderende marktvoorwaarden die voortvloeien uit de toekomstige rechtmatigheid van het gedrag van NDC en AzyX door het verkrijgen van licenties als gevolg van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking.

131 Bovendien is in omstandigheden waarin, zoals de Commissie in haar aanvullende opmerkingen stelt, niet met zekerheid kan worden gezegd of de huidige bouwsteenstructuren van verzoeksters concurrenten inbreuk maken op verzoeksters auteursrecht, en ten minste een van de concurrenten, namelijk NDC, openlijk ontkent dat haar structuur van 3 942 bouwstenen inbreuk maakt op dat auteursrecht, het risico niet denkbeeldig dat NDC en AzyX de periode waarin zij als gevolg van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking tegen inbreukacties zouden zijn beschermd, gebruiken om hun huidige en toekomstige klanten over te halen om over te stappen van de 1860-structuur naar andere structuren die volgens hen geen inbreuk opleveren. Het is op het eerste gezicht waarschijnlijk dat verzoekster tot aan het arrest in de hoofdzaak met dat risico rekening zou moeten houden bij het bepalen van haar bedrijfsbeleid.

132 Er bestaat derhalve een werkelijk en concreet gevaar dat de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking ernstige en onherstelbare schade voor verzoekster kan meebrengen vóór het arrest in de hoofdzaak; die schade zal waarschijnlijk verder gaan dan de onvermijdelijke, maar tijdelijke nadelen van zulke conservatoire maatregelen.

133 Daarom moeten de betrokken belangen tegen elkaar worden afgewogen om te bepalen of aan alle voorwaarden voor verlening van de gevraagde voorlopige maatregelen is voldaan.

Afweging van belangen

Argumenten van partijen

134 Volgens verzoekster lijdt noch NDC, noch AzyX onherstelbare schade indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking wordt opgeschort. Zij hebben al een aanzienlijke klantenkring en hebben beide alternatieve bouwsteenstructuren ontwikkeld die volgens hen geen inbreuk opleveren en die zij kunnen blijven gebruiken en verbeteren. Zij noemt met name de structuur van 3 942 bouwstenen van NDC waarvan dit bedrijf tijdens de licentieonderhandelingen na de vaststelling van de bestreden beschikking stelde dat hiervoor geen licentie nodig was. Bovendien zou alle eventuele schade aan NDC en AzyX zelf te wijten zijn, aangezien het Landgericht Frankfurt hen bij vonnis van 12 oktober en 28 december 2000 had bevolen, de schending van het auteursrecht van IMS Health te stoppen. Zij hebben pas respectievelijk op 26 oktober 2000 en 23 april 2001 een licentie aangevraagd, zodat alle sindsdien op basis van de 1860-structuur aan klanten verrichte diensten in strijd met dit vonnis waren. Zij hadden weliswaar het recht om de Commissie om tijdelijke maatregelen te verzoeken, maar niet om tijdens het onderzoek van die klacht door de Commissie het auteursrecht op de 1860-structuur te schenden.

135 Ook noemt verzoekster de bewering van de Commissie dat NDC en AzyX bij het uitblijven van licenties van de Duitse markt zullen verdwijnen, overdreven. NDC is 's werelds grootste gemengde onderneming voor informatiedienstverlening voor de gezondheidssector met (volgens haar eigen website op 22 juli 2001) een omzet van ongeveer 685 miljoen USD. Zij is de grootste concurrent van IMS in de Verenigde Staten van Amerika en werkzaam in verscheidene Europese landen. AzyX heeft van haar kant in een aantal Europese landen activiteiten waarop het uitblijven van een licentie op de 1860-structuur in Duitsland niet van invloed is.

136 Tot slot stelt verzoekster dat de tijdelijke schorsing van de bestreden beschikking niet in strijd komt met belangen van derden of met enig algemeen belang. Met name zou, aangezien de betrokken verkoopgegevens door farmaceutische ondernemingen uitsluitend voor interne doeleinden worden gebruikt en slechts een klein deel van hun totale verkoop- en marketingkosten uitmaken, de handhaving van haar uitsluitende recht in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak geen gevolgen voor de eindverbruikers van farmaceutische producten hebben.

137 De Commissie brengt naar voren dat de evenredigheid van de in de bestreden beschikking opgelegde beperking van verzoeksters uitsluitende recht blijkt uit het feit dat een compensatievoorziening is getroffen in de vorm van redelijke royalty's. Dit feit, in combinatie met het belang van de concurrenten van IMS en van haar klanten om te blijven concurreren, pleit er sterk voor om uitvoering van de betwiste beschikking tot aan de beslissing in de hoofdzaak toe te staan. Ter zitting betwistte de Commissie verzoeksters bewering dat een schorsing van de bestreden beschikking NDC en AzyX niet zou verhinderen, op de Duitse markt terug te keren indien de geldigheid van de beschikking later in de bodemprocedure zou worden bevestigd.

138 Volgens NDC moet de kortgedingrechter, voordat hij tot schorsing overgaat, de overtuiging hebben dat verzoeksters belangen zwaarder wegen dan de aanzienlijke belangen die daar tegenover staan, namelijk de negatieve gevolgen voor NDC en AzyX, de farmaceutische ondernemingen en het algemeen belang. Gezien de inkomsten van IMS Health, die zij „verbazingwekkend hoog" noemt, stelt NDC dat indien de bestreden beschikking wordt uitgevoerd, de klanten zullen kunnen profiteren van voordelen van de vrije concurrentie. In deze beschikking is het mildste beschikbare middel gekozen om de mededinging op de relevante markt in stand te houden. De afweging van de belangen in de onderhavige zaak vereist dat in afwachting van de beslissing in de hoofdzaak een licentie wordt verleend op het betrokken auteursrecht op het werkinstrument.

139 AzyX betoogt dat het algemeen belang van de gemeenschappelijke markt beter zou worden gediend door de mededinging in de tussenliggende periode de vrije

loop te laten dan door toe te staan dat IMS de betrokken markt blokkeert. Ter zitting bestreed zij verzoeksters stelling dat zij binnen twee jaar op de Duitse mark zou kunnen terugkeren; aangezien ongeveer 75 % van de totale omzet van de AzyX-groep op dit ogenblik in Duitsland wordt gerealiseerd, zou haar voortbestaan door twee jaar uitsluiting van die markt ernstig worden bedreigd. Dit staat niet in verhouding tot een mogelijk verlies van IMS dat volgens AzyX ongeveer 1,5 % van haar wereldwijde inkomsten zou bedragen.

Beoordeling door de kortgedingrechter

140 In de bestreden beschikking (punt 187) baseert de Commissie zich op punt 28 van het arrest La Cinq. Zij stelt dat er zonder voorlopige maatregelen ernstige en onherstelbare schade voor NDC en onaanvaardbare schade voor het algemeen belang zou ontstaan. NDC zou volgens de bestreden beschikking financiële schade en schade aan haar commerciële reputatie in Duitsland lijden indien zij door het verbod om de 1860-structuur te gebruiken haar contracten niet kan nakomen (punt 191). Naar haar mening kan NDC niet met verzoekster concurreren, tenzij zij toegang tot die structuur krijgt (punten 193 en 194). In antwoord op een ter zitting gestelde vraag zei de Commissie dat de zaak voor NDC spoedeisend is omdat zij, hoewel zij een grote onderneming is, niet de „verbazingwekkende" verliezen zou kunnen dragen die zij tot aan de beslissing in de hoofdzaak zonder toegang tot de 1860-structuur op de Duitse markt zou lijden. De onaanvaardbare schade voor het algemeen belang is volgens de bestreden beschikking gelegen in het grote gevaar dat AzyX haar activiteiten zou moeten staken, waardoor IMS de enige leverancier van diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens in Duitsland zou worden. De Commissie vreest dat het voor „AzyX zeer moeilijk [zal] worden om in de markt te blijven opereren", aangezien voor haar Europese activiteiten geldt dat er, aangezien zij kleiner is en wereldwijd lagere inkomsten heeft dan NDC, „bij afwezigheid van voorlopige maatregelen zelfs nog meer kans bestaat dat zij haar activiteiten moet staken" (punt 195). Ter zitting stelde zij dat de mededinging op de relevante markt tot aan de beslissing in de hoofdzaak „vernietigd" zou zijn indien de bestreden beschikking niet zou worden uitgevoerd.

141 Volgens de Camera Care-rechtspraak mag de Commissie een voorlopige beschermende maatregel nemen die zij noodzakelijk acht voor de werking van een definitieve beslissing die zij later neemt met betrekking tot het gestelde mededingingsbeperkende gedrag dat zij in onderzoek heeft. Uit die rechtspraak blijkt duidelijk dat het algemene belang bij het behoud van een doeltreffende mededinging op de relevante markt in bepaalde omstandigheden beschermende maatregelen vereist die de rechten inperken van ondernemingen waarvan de gedragingen nog slechts worden onderzocht op grond van artikel 3 van verordening nr. 17. Het is aan de Commissie om te bepalen of dergelijke maatregelen in een bepaald geval gepast zijn. Indien de kortgedingrechter evenwel ervan overtuigd is dat aan de voorwaarden van de artikelen 242 EG en 243 EG en van artikel 104 van het Reglement voor de procesvoering is voldaan, moet hij de belangen waarmee de Commissie haar beschikking rechtvaardigt, afwegen tegen de belangen die de verzoekende partij met het oog op de gevraagde tijdelijke maatregel aanvoert.

142 In de bestreden beschikking komt de Commissie tot de slotsom dat het dringend noodzakelijk is om IMS Health te verplichten licenties voor haar auteursrecht op de 1860-structuur toe te verlenen, zodat twee van haar concurrenten tot aan de definitieve beslissing van de Commissie actief met IMS kunnen blijven concurreren op de markt waarop dat recht op het moment wordt gebruikt. De Commissie komt tot deze slotsom hoewel zij zich bewust is van de „essentiële rol die intellectuele-eigendomsrechten spelen bij de bevordering van innovatie en concurrentie" (punt 211) en ondanks het argument van IMS dat haar auteursrecht door de voorlopige maatregelen „waardeloos wordt" en dat investeringen in intellectuele eigendom erdoor ontmoedigd worden (punt 210). Zij baseert deze beoordeling van de juiste afweging van de betrokken belangen op de haars inziens evenredige aard van de ingreep in het recht van IMS; de tijdelijke onttrekking van haar nationale uitsluitende recht in ruil voor „redelijke" royalty's.

143 In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat het algemeen belang met betrekking tot eigendomsrechten in het algemeen en intellectuele-eigendomsrechten in het bijzonder uitdrukkelijk wordt genoemd in de artikelen 30 EG en 295 EG. Het loutere feit dat verzoekster haar auteursrecht op de 1860-structuur

om economische redenen heeft ingeroepen en heeft getracht te handhaven, vermindert niet haar recht om zich te beroepen op het uitsluitende recht dat door het nationale recht wordt verleend met als doel om innovatie te belonen (zie arrest Warner Brothers en Metronome Video, reeds aangehaald, punt 13; arresten Hof van 20 oktober 1993, Phil Collins e.a., C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145, punt 20; van 28 april 1998, Metronome Musik, C-200/96, Jurispr. blz. I-1953, punten 15 en 24, en van 22 september 1998, FDV, C-61/97, Jurispr. blz. I-5171, punten 13-18).

144 In de onderhavige zaak, waarin op het eerste gezicht duidelijk sprake is van een algemeen belang dat ten grondslag ligt aan verzoeksters streven om het specifieke voorwerp van haar auteursrecht op de 1860-structuur te handhaven en ervan te profiteren, zou het uitzonderlijke karakter van de bevoegdheid om voorlopige maatregelen te gelasten normaal gesproken vereisen dat de gedraging die deze maatregelen beogen te beëindigen of te veranderen, duidelijk onder het toepassingsgebied van de mededingingsregels van het Verdrag valt. De kwalificatie van de omstreden licentieweigering als „misbruik" hangt op het eerste gezicht echter ervan af of de Commissie de rechtspraak over de werkingssfeer van de „uitzonderlijke omstandigheden" juist heeft uitgelegd. In deze rechtspraak wordt verklaard wat de duidelijk bijzondere situaties zijn waarin de doelstelling van artikel 82 EG voorrang kan hebben boven de doelstelling die aan de verlening van intellectuele-eigendomsrechten ten grondslag ligt. In de onderhavige context, waarin het gezien de relevante rechtspraak niet evident is dat verzoeksters gedrag misbruik oplevert, en er een concreet risico bestaat dat zij ernstige en onherstelbare schade lijdt indien zij in de tussentijd gedwongen zou zijn om haar concurrenten een licentie te verlenen, valt de belangenafweging uit ten gunste van een onverminderde bescherming van haar auteursrecht tot aan de beslissing in de hoofdzaak.

145 Dit geldt in het bijzonder in de onderhavige procedure, waarin vaststaat dat het algemeen belang waarop de Commissie zich in de bestreden beschikking beroept, in wezen in de eerste plaats het belang van verzoeksters concurrenten is. NDC en NDC Health beweren dat de consumenten van die concurrentie zullen profiteren. Verzoekster stelt echter, zonder dat zij op dit punt is tegengesproken, dat de kosten die farmaceutische ondernemingen voor de aankoop van verkoopgegevens

maken, slechts een klein gedeelte van hun totale verkoop- en marketingkosten uitmaken en dat handhaving van haar uitsluitende recht tot de beslissing in de hoofdzaak daarom geen (of ten minste geen merkbaar) effect zou hebben voor de eindverbruiker van farmaceutische producten. Daarom is het, ten minste op het eerste gezicht, niet uitgesloten dat de door de Commissie in de bestreden beschikking verrichte belangenafweging, waarbij de belangen van NDC en AzyX op een lijn lijken te worden gesteld met de belangen van de mededinging (zie punt 140), voorbijgaat aan het hoofddoel van artikel 82 EG, dat erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen — en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen — en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen (conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Bronner, punt 58).

146 Hoewel voor AzyX het grootste gevaar van een permanente of althans langdurige uitsluiting van de relevante markt dreigt, zoals in de bestreden beschikking wordt erkend, valt de afweging van belangen in de onderhavige procedure niet uit ten gunste van onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan. Uit de aan de kortgedingrechter verstrekte informatie over de beslissing van het Oberlandesgericht Frankfurt van 18 september 2001 en uit de motivering van het arrest blijkt, dat er niet langer een gerechtelijk verbod voor AzyX is om op de relevante markt te concurreren met bouwsteenstructuren die inbreuk op verzoeksters auteursrecht op de 1860-structuur kunnen opleveren. Indien AzyX zulke structuren blijft gebruiken, loopt zij het risico, indien de toepasselijkheid van dat recht later definitief is bewezen, IMS Health schadevergoeding te moeten betalen wegens inbreuk op haar auteursrecht op die structuur. Het algemeen belang bij toelating van concurrentie voor IMS Health op de relevante markt tot de beslissing in de hoofdzaak kan echter niet zoveel zwaarder wegen dan de behoefte aan bescherming van haar auteursrecht, dat aan AzyX een licentie moet worden verleend op basis van een voorlopige toepassing van artikel 82 EG, ten einde haar te beschermen tegen de kans op een beslissing in haar nadeel in de inbreukprocedure tussen haar en IMS Health in Duitsland. Zoals IMS aan de kortgedingrechter heeft meegedeeld, zal die zaak op 21 november 2001 opnieuw voor het Landgericht Frankfurt worden behandeld.

147 Met betrekking tot de overweging van de Commissie dat NDC Health wellicht niet in staat is om tot de beslissing in de hoofdzaak actief te blijven op de relevante markt, moet worden opgemerkt dat dit risico, gezien de economische macht van de groep NDC, niet wezenlijk groter is dan het door de Commissie van de hand gewezen risico dat het financiële verlies voor verzoekster ingeval de bestreden beschikking wordt uitgevoerd, op zichzelf een bedreiging voor het voortbestaan van IMS Health op die markt zou kunnen betekenen (zie punt 121).

148 Voorzover de verwijzing in de schriftelijke opmerkingen van de Commissie naar „andere belangen" die door de bestreden beschikking zouden worden beschermd, is te beschouwen als een uitleg en niet als een uitbreiding van de belangen die de Commissie in die beschikking noemt, rechtvaardigt deze geen afwijkende beoordeling van de belangenafweging die in de onderhavige procedure moet worden gemaakt. Het loutere feit dat sommige farmaceutische ondernemingen wellicht ontevreden zijn over de prijs en het niveau van de diensten die IMS Health aanbiedt, betekent niet dat hun belangen ernstig en onherstelbaar worden geschaad door een voorlopige schorsing van de bestreden beschikking.

149 De afweging van de belangen valt dan ook uit ten gunste van opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking tot de beslissing in de hoofdzaak.

150 Uit het voorgaande volgt dat is voldaan aan de voorwaarden die artikel 242 EG en artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering stellen voor de verlening van de door verzoekster in de onderhavige procedure gevraagde voorlopige opschorting.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

1) **De tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 EG (zaak COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: voorlopige maatregelen) wordt opgeschort totdat het Gerecht arrest heeft gewezen in de hoofdzaak.**

2) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 26 oktober 2001.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf