

Nabycie Skype przez Microsoft nie stanowi istotnego utrudnienia skutecznej konkurencji na unijnym rynku wewnętrznym.

Wyrok Sądu (czwarta izba) z dnia 11 grudnia 2013 r.
w sprawie T-79/12 *Cisco & Messagenet* przeciwko *Komisji Europejskiej*

W dniu 7 października 2011 r. na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 139/2004 Komisja Europejska (dalej: Komisja) wydała decyzję uznającą za zgodną z rynkiem wewnętrznym koncentrację przedsiębiorstw polegającą na nabyciu spółki Skype (dalej: Skype), oferującej usługi łączności przez Internet i oprogramowanie do łączności przez Internet (umożliwiające korzystanie z komunikatorów oraz połączenia głosowe i łączność wideo przez Internet) przez spółkę Microsoft Corp. (dalej: Microsoft), projektującą, opracowującą i sprzedającą szeroką gamę produktów w postaci oprogramowania dla różnego rodzaju urządzeń komputerowych, obejmujących usługi łączności przez Internet i oprogramowanie do łączności przez Internet¹. W postępowaniu przed Sądem, Microsoft występował w roli interwenienta.

Skargi do Sądu o stwierdzenie nieważności tej decyzji Komisji złożyły (łącznie) spółki Cisco Systems Inc. (dalej: Cisco) i MessagenetSpA (dalej: *Messagenet*) oferujące m.in. usługi łączności przez Internet i oprogramowanie do łączności przez Internet na rzecz, odpowiednio, przedsiębiorstw i ogółu społeczeństwa. Obie spółki uczestniczyły w postępowaniu administracyjnym przed Komisją, w tym przedstawiły uwagi mające wykazać antykonkurencyjne skutki planowanej koncentracji Microsoft/Skype. Warto w tym miejscu podkreślić, że tego rodzaju odwołanie od decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji nie byłoby możliwe na gruncie polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Sąd oddalił skargę Cisco i Messagenet, w tym postawiony w niej Komisji zasadniczy zarzut popełnienia oczywistego błędu w ocenie przy stosowaniu art. 2 i 6 rozporządzenia nr 139/2004 w zakresie horyzontalnych skutków koncentracji dla rynku komunikacji biznesowej, jakie miałyby ewentualne połączenie bazy użytkowników spółki Skype z usługami Lync. Przed przedstawieniem uzasadnienia oddalenia tego zarzutu, warto odesłać czytelnika do rozważań Sądu dotyczących dopuszczalności skargi² oraz braku naruszenia przez Komisję obowiązku uzasadnienia wynikającego z art. 296 TFUE³, prezentujących aktualny dorobek orzecznictwa sądów unijnych w obu kwestiach.

Oddalając zarzut popełnienia oczywistego błędu w ocenie horyzontalnych skutków koncentracji dla rynku komunikacji biznesowej, Sąd potwierdził na wstępie prawidłowość wyznaczenia rynków właściwych w badanej sprawie i poprzestania przez Komisję na rozróżnieniu usług łączności przez Internet przeznaczonych dla ogółu społeczeństwa (dalej: łączności

¹ Decyzja Komisji C(2011) 7279 z dnia 7 października 2011 r. uznająca za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz Porozumieniem o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG) koncentrację przedsiębiorstw polegającą na nabyciu Skype Global Sàrl przez Microsoft Corp. (sprawa COMP/M.6281 – Microsoft/Skype).

² Zob. pkt 29–41 wyroku.

³ Zob. pkt 108–114.

konsumenckiej) oraz usług przeznaczonych dla klientów biznesowych (dalej: łączności biznesowej) oraz uznania, że zgłoszona koncentracja nie powoduje znaczącego zakłócenia konkurencji nawet na najwęższych określonych rynkach⁴.

Podstawowy zarzut skarżących co do antykonkurencyjności badanej koncentracji dotyczył horyzontalnych skutków koncentracji dla rynku łączności konsumenckiej. Zgodnie z zaskarżoną decyzją działalność spółki Skype w dziedzinie łączności konsumenckiej pokrywa się z działalnością prowadzoną przez spółkę Microsoft w ramach „Windows Live Messenger” (dalej: WLM). To pokrywanie się dotyczy między innymi łączności wideo przez PC działające w systemie Windows, stanowiącej wąski rynek. Udział WLM w tym wąskim rynku wynosi od 30 do 40%, spółki Skype zaś od 40 do 50%, wobec czego w wyniku koncentracji łączny udział w rynku mieściłby się w przedziale między 80 a 90%. Komisja uznała jednak, że takie połączenie nie budzi poważnych wątpliwości co do zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym. Skarżące spółki twierdziły, że choć Komisja prawidłowo zastosowała Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych⁵ i postąpiła zgodnie ze swoją wcześniejszą praktyką decyzyjną, to jednak powinna była dogłębniej przeanalizować antykonkurencyjne skutki koncentracji. Skarżące uważają, że Komisja powinna była zbadać czy rozwiązaniem tych problemów mogłoby być nałożenie warunków mających zapewnić interoperacyjność między usługami łączności oferowanymi przez nowy podmiot i usługami oferowanymi przez konkurencyjnych dostawców. Zezwalając na koncentrację w pierwszym etapie postępowania bez wymogu podjęcia tego rodzaju zobowiązań, Komisja popełniła szereg oczywistych błędów w ocenie ze względu na niewskazanie poważnych wątpliwości co do przedmiotowej transakcji⁶.

Sąd rozpatrzył zarzuty skarżących w świetle art. 2 rozporządzenia nr 139/2004, pkt 8 i 22 Wytycznych w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, mając na względzie zarówno fakt, że ciężar udowodnienia szkody konkurencyjnej spoczywa na Komisji⁷, jak i okoliczność, że Komisja korzysta w tym zakresie z uznania, który Sąd musi uwzględnić przy dokonywaniu kontroli⁸.

Sąd rozpatrzył w pierwszej kolejności zarzuty skarżących w przedmiocie udziału w rynku niedostatecznego uwzględnienia wskaźnika koncentracji HHI (wynoszącego tu 7340). Sąd stwierdził, że udziały w rynku i stopień koncentracji, które są bardzo wysokie na wąskim rynku przyjętym przez Komisję w ramach hipotezy roboczej, nie są wskaźnikami siły rynkowej umożliwiającej nowemu podmiotowi istotne ograniczenie skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym⁹. Udziały WLM w przyjętym do analizy wąskim rynku są bowiem niestale, a sektor łączności konsumenckiej jest nowym, intensywnie rozwijającym się sektorem, charakteryzującym się krótkimi cyklami innowacji, w którym duże udziały w rynku mogą okazać się efemeryczne¹⁰. Sąd zauważył ponadto, że spółka Microsoft, tradycyjnie posiadająca bardzo duży udział w rynkach oprogramowania dla PC, jest w mniejszym stopniu obecna na nowych platformach informatycznych, takich jak tablety i smartfony, których znaczenie na rynku łączności dla ogółu nieustannie wzrasta, a więc musi mierzyć się

⁴ Zob. pkt 7–9 wyroku.

⁵ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. WE 2004, C 31/5).

⁶ Zob. pkt 51–53 wyroku.

⁷ Zob. orzeczenia Sądu przywołane w pkt 62 wyroku.

⁸ Zob. pkt 63 wyroku.

⁹ Zob. pkt 74 wyroku.

¹⁰ Zob. pkt 68–69 wyroku.

z konkurencją takich podmiotów gospodarczych, jak Apple czy Google. W konsekwencji, każda próba Microsoft podniesienia cen łączności w stosunku do użytkowników PC mogłaby zachęcić ich do zwrócenia się w kierunku platform alternatywnych¹¹. Sąd stwierdził wreszcie, że ze względu na to, że usługi na tym rynku zazwyczaj były darmowe, polityka handlowa Microsoft zmierzająca do wymagania zapłaty od użytkowników groziłaby zwróceniem się przez użytkowników do innych dostawców, którzy nadal oferowaliby swoje usługi bezpłatnie¹².

Co do zarzutu skarżących, że Komisja nie uwzględniła efektów sieciowych koncentracji na rynkach łączności konsumenckiej, Sąd uznał je za bezzasadne i stwierdził, że na platformach innych niż PC działające w systemie Windows podmioty konkurujące ze spółką Microsoft (np. Facebook) mają udziały w rynku wystarczająco duże, aby mogły tworzyć sieci łączności, których poziom użytkowania i atrakcyjności dla użytkownika są co najmniej porównywalne z razem wziętymi spółkami Skype i Microsoft¹³. Zdaniem Sądu, Komisja wystarczająco przekonywująco wykazała, że: brak jest ograniczeń technicznych lub ekonomicznych, które uniemożliwiałyby użytkownikom pobranie kilku aplikacji na ich platformy informatyczne; nie ma przeszkód ekonomicznych ani technicznych, aby migracja została dokonana przez małą grupę i aby użytkownicy nadal posługiwali się kilkoma programami komunikacyjnymi jednocześnie (tzw. hostingu równoczesnego); wzrost zapotrzebowania na usługi łączności wideo skierowane do ogółu będzie w znacznej mierze dotyczył platform innych niż PC, takich jak tablety i smartfony¹⁴.

Sąd oddalił także zarzut skarżących, jakoby Komisja dokonała niewłaściwej oceny presji konkurencyjnej, której będzie podlegał nowy podmiot¹⁵. Zdaniem Sądu, skarżące nie wykazały, jakie szkody dla konkurencji spowodowałaby zwiększona siła rynkowa spółki Microsoft (np. w obszarze cen płatnych usług Skype, cen dla reklamodawców, cen na rynkach powiązanych, jakości i innowacyjność usług łączności wideo)¹⁶.

Sąd oddalił następnie jako nieuzasadniony zarzut spółek Cisco i Messagenet popełnienia przez Komisję oczywistego błędu poprzez zignorowanie obaw konkurentów co do wywołania przez sporną koncentrację skutków konglomeratowych na rynku łączności biznesowej, przede wszystkim przez utworzenie przez nowy podmiot preferencyjnego powiązania pomiędzy bazą użytkowników programu Skype i produktem Lync spółki Microsoft, co zapewniłoby nowemu podmiotowi korzyść konkurencyjną w stosunku do użytkowników biznesowych (głównie użytkowników prowadzących centra obsługi telefonicznej). U podstaw oceny ww. zarzutu¹⁷, Sąd przedstawił najpierw aktualny standard orzeczniczy oceny konglomeratowych skutków koncentracji w świetle art. 2 rozporządzenia 139/2004 oraz pkt 11, 92 i 93 Wytycznych w sprawie oceny koncentracji niehoryzontalnych, w tym w szczególności możliwości prowadzenia strategii wykluczenia¹⁸.

Oddalając zarzut powodowania przez sporną koncentrację skutków konglomeratowych, Sąd przypomniał najpierw, że Komisja może uznać koncentrację za niezgodną z rynkiem

¹¹ Zob. pkt 70–72 wyroku.

¹² Zob. pkt 73 wyroku.

¹³ Zob. pkt 75 wyroku.

¹⁴ Zob. pkt 79–83 wyroku.

¹⁵ Zob. pkt 56–58 wyroku.

¹⁶ Zob. pkt 85–93 wyroku.

¹⁷ Zob. pkt 115–117 wyroku.

¹⁸ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. UE 2008, C 265/6).

wewnętrzny wyłącznie w przypadku, kiedy znaczące utrudnienie konkurencji jest bezpośrednim i natychmiastowym skutkiem koncentracji. Tymczasem realizacja interoperacyjności programu Lync z programem Skype i sukces sprzedaży nowego produktu powstałego w jej wyniku – który mógłby, teoretycznie, umożliwić spółce Microsoft ograniczenie konkurencji – zależą także od szeregu innych czynników, co do których nie ma pewności, że wszystkie będą mogły wystąpić w wystarczająco niedalekiej przyszłości¹⁹.

Sąd stwierdził ponadto, że dokładne korzyści i rzeczywiste zapotrzebowanie na taki produkt pozostają niejasne. W tym względzie Sąd zauważył, że przedsiębiorstwa, które byłyby ewentualnie zainteresowane zintegrowanym narzędziem do komunikacji, chcą przede wszystkim kontaktować się z konsumentami swoich produktów i swoich usług, nie zaś z użytkownikami programu Skype, niekoniecznie będącymi ich obecnymi lub potencjalnymi klientami. Co więcej, program Skype nie pozwala przedsiębiorcom aktywnie zabiegać o swoich użytkowników, którzy zazwyczaj używają pseudonimów i z którymi można się skontaktować wyłącznie za ich uprzednią zgodą. Ponadto, klienci zawsze będą mogli swobodnie kontaktować się przez program Skype (który pozostaje produktem dostępnym do bezpłatnego pobrania zarówno przez osoby fizyczne, jak i przez użytkowników biznesowych) z przedsiębiorstwami sprzedającymi im swoje towary i usługi, bez konieczności zaopatrywania się przez te przedsiębiorstwa w produkt będący wynikiem połączenia programów Lync i Skype²⁰.

Sąd wskazał wreszcie, że Lync napotyka konkurencję ze strony innych dużych podmiotów na rynku łączności dla przedsiębiorstw, takich jak spółka Cisco, która sama posiada większy udział w rynku niż spółka Microsoft. Okoliczność ta w istotny sposób zmniejsza zdolność spółki Microsoft do ograniczenia konkurencji na tym rynku²¹.

W konsekwencji Sąd uznał, że żądanie stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji powinno zostać oddalone.

Prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW

e-mail: skoczny@wz.uw.edu.pl

¹⁹ Zob. pkt 118–125 wyroku.

²⁰ Zob. pkt 126–127 wyroku.

²¹ Zob. pkt 128–134 wyroku.