

Konkurencja dynamiczna w teście istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji.

Glosa do wyroku Sądu z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie T-79/12, Cisco Systems, Inc. i Messagenet SpA przeciwko Komisji Europejskiej

I. Wstęp

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok Sądu z dnia 11 grudnia 2013 roku (dalej: Wyrok)¹, w sprawie żądania stwierdzenia nieważności decyzji Komisji Europejskiej C(2011) 7279 z dnia 7 października 2011 r., uznającej za zgodną z rynkiem wewnętrznym oraz porozumieniem o Europejskim Obszarze Gospodarczym koncentrację przedsiębiorstw, polegającą na nabyciu przez Microsoft Corporation 100% akcji spółki Skype Global Sarl (dalej: Decyzja)². Wyrok dotyczy największej transakcji przeprowadzonej przez Microsoft Corporation, będąc jednocześnie niezwykle interesującym przykładem zastosowania testu istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji³ (dalej: test SIEC) zarówno przez Komisję Europejską (dalej: Komisja), jak i przez Sąd.

Treść uzasadnienia Wyroku wskazuje, że organy antymonopolowe badając potencjalną istotność ograniczenia konkurencji, do którego może dojść w wyniku dokonania notyfikowanej transakcji, biorą pod uwagę szeroki wachlarz czynników ekonomicznych. Takie holistyczne podejście do zakresu składników testu SIEC wskazuje na zastosowanie nie tylko analizy porównawczej przed i po transakcyjnej struktury rynków właściwych, lecz także analizy funkcjonalnej. Komentowane orzeczenie jest równocześnie przykładem przeprowadzenia prospektywnej analizy dynamiki rynków, na które wpływa notyfikowana koncentracja. Zawiera ono istotne z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji wskazówki dotyczące skutków horyzontalnych oraz konglomeratowych koncentracji przedsiębiorstw.

II. Stan faktyczny

Na etapie wydawania decyzji Komisja, dokonując badania planowanej koncentracji przez zastosowanie testu istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji, w pierwszej kolejności wyznaczyła dwa rynki właściwe: rynek łączności konsumenckiej (*consumer communications services*) oraz rynek łączności biznesowej (*enterprises communications services*)⁴. Zdaniem Komisji na potrzeby analizy nie było konieczne przeprowadzenie bardziej szczegółowych podziałów wewnątrz każdej z tych dwóch kategorii łączności. W swojej analizie Komisja odniosła się jednak do możliwie największych segmentów, w których jej zdaniem usługi Microsoft pokrywały się z usługami Skype. Dotyczyło to m.in. segmentu komunikatorów wykorzystywanych w komputerach osobistych działających w systemie operacyjnym Windows, segmentu połączeń głosowych wykonywanych

¹ Wyrok Sądu (czwarta izba) z dnia 11 grudnia 2013 r. *Cisco Systems, Inc. i Messagenet SpA v. Komisja Europejska*.

² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 7 października 2011 roku, sprawa COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*.

³ Art. 2 (2) Rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 roku w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

⁴ Pkt 10–17 Decyzji.

przez komputery osobiste działających w systemie Windows i segmentu łączności wideo za pomocą tego samego rodzaju komputerów. Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że nawet w tych ścisłych segmentach transakcja nie budziła poważnych wątpliwości, co do zgodności z rynkiem wewnętrznym⁵. W szczególności, Komisja odniosła się do segmentu łączności wideo przez komputery osobiste, działające w systemie Windows (tzw. ścisły rynek), gdzie Microsoft po dokonaniu transakcji osiągnąłby udział w wysokości między 80 i 90%. Komisja stwierdziła, że na takim „ścisłym rynku” Microsoft będzie stale podlegał presji konkurencyjnej.

W Decyzji przeanalizowano również potencjalne antykonkurencyjne skutki konglomeratowe na rynku usług łączności biznesowej, stwierdzając ich brak⁶. W tym aspekcie jedna z obaw dotyczyła możliwości, utworzenia preferencyjnego połączenia grupy klientów spółki Skype i grupy klientów korzystających z oprogramowania Lync, opracowanego przez Microsoft i przeznaczonego dla przedsiębiorstw⁷. Komisja wskazała, że nowy podmiot nie byłby zdolny ani skłonny do zastosowania tam strategii wykluczenia, a nawet gdyby tak się stało, jej antykonkurencyjne skutki były mało prawdopodobne⁸. W Decyzji przeanalizowano także czy koncentracja spowoduje skutki konglomeratowe na rynku łączności konsumenckiej, przy uwzględnieniu istotnej pozycji, z jakiej korzystały niektóre produkty spółki Microsoft (jak system Windows, przeglądarka Windows Internet Explorer oraz oprogramowanie Microsoft Office), na rynkach oprogramowania komputerowego. W tym zakresie Komisja uznała, że nowy podmiot byłby zdolny, ale nie byłby skłonny do wykorzystania swojej pozycji, poprzez pogorszenie interoperacyjności pomiędzy swoimi produktami a produktami konkurentów lub poprzez praktyki partnerskie czy też sprzedaż wiążaną⁹.

W dniu 15 lutego 2012 roku Cisco Systems Inc. i Messagenet SpA, uczestniczące w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji Microsoft/Skype, wniosły do Sądu skargę na Decyzję. Skarżące spółki, wnosząc m.in. o stwierdzenie nieważności Decyzji, podniosły m.in. dwa zarzuty oczywistego błędu w ocenie, popełnionego przez Komisję przy zastosowaniu art. 2 i 6 rozporządzenia nr 139/2004, tj.: (i) zarzut dotyczący oceny horyzontalnych skutków koncentracji dla rynku komunikacji biznesowej, jakie miałyby ewentualne połączenie bazy użytkowników spółki Skype z usługami Lync oraz (ii) zarzut dotyczący możliwość wykorzystania przez Microsoft silnej pozycji na rynku łączności konsumenckiej, w szczególności łączności wideo jako dźwigni w celu zakłócenia warunków konkurencji na rynku łączności biznesowej (skutki konglomeratowe).

III. Ustalenia prawne wyroku

Odwołując się do Sądu, w zakresie pierwszego z przedstawionych zarzutów, skarżące spółki twierdziły, że Komisja powinna dokładniej przeanalizować antykonkurencyjne skutki koncentracji, w szczególności badając czy rozwiązaniem wskazywanych problemów mogłoby być nałożenie behawioralnych środków zaradczych mających zapewnić interoperacyjność pomiędzy usługami łączności oferowanymi przez Microsoft a oferowanymi przez konkurencyjnych dostawców. Skarżące wskazywały w szczególności na bardzo wysoki udział rynkowy na tzw. ścisłym rynku. Wyrokujący sąd stwierdził, że co prawda zarówno wytyczne Komisji w sprawie koncentracji horyzontalnych,

⁵ Pkt 96–132 Decyzji.

⁶ Pkt 203–221 Decyzji.

⁷ Pkt 12 Wyroku.

⁸ Pkt 213–221 Decyzji.

⁹ Pkt 10 Wyroku.

jak i orzecznictwo wskazują, że udział w wysokości powyżej 50% pozwala na domniemanie posiadania pozycji dominującej, jednak dzieje się tak jedynie wtedy, kiedy rynek właściwy został w decyzji określony¹⁰. Takie samo stwierdzenie dotyczyło wskaźnika koncentracji rynku – indeksu HHI. W skarżonej decyzji Komisja poprzestała natomiast na rozróżnieniu łączności konsumenckiej i łączności biznesowej, nie zajmując stanowiska w kwestii tego czy należy wskazać ściślejsze rynki na podstawie funkcjonalności, platform lub systemów operacyjnych. Komisja przyjęła zatem „ściśły rynek” jedynie w ramach „hipotezy roboczej”, nie stwierdzając istnienia takiego odrębnego rynku właściwego¹¹. Na tej podstawie Sąd stwierdził, że analiza koncentracji nie pozwala orzec o powstaniu siły rynkowej.

Pomimo tego Sąd dodatkowo potwierdził stanowisko Komisji, że nawet w oparciu o „ściśły rynek” Microsoft nadal będzie podlegał presji konkurencyjnej¹². W tym zakresie podkreślono dynamikę „ściśłego rynku” i przeprowadzono jego analizę. Sąd wskazał po pierwsze, że sektor łączności konsumenckiej jest nowym sektorem, znajdującym się w fazie intensywnego rozwoju i charakteryzującym się krótkimi cyklami innowacji, w którym duże udziały rynkowe mogą okazać się efemeryczne. W takim dynamicznym kontekście wysokie udziały w rynku, niekoniecznie świadczą zdaniem Sądu o sile rynkowej, a więc o długoterminowym uszczerbku dla konkurencji, do którego uniknięcia dąży się, stosując przepisy rozporządzenia 139/2004¹³. Po drugie, chociaż komputery osobiste pozostają najczęściej wykorzystywaną platformą do łączności konsumenckiej, istotna i rosnąca część nowego zapotrzebowania na te usługi jest tworzona przez użytkowników tabletów i smartfonów. Sprzedaż tych urządzeń na zachodzie Europy przekroczyła sprzedaż komputerów osobistych¹⁴. Komisja i interwenient (Microsoft) słusznie, zdaniem Sądu, wskazały na znaczenie tego wzrostu, którego skarżące nie zakwestionowały. Każda próba skorzystania z siły rynkowej ze strony Microsoft groziłaby nasileniem wspomnianej tendencji ze szkodą dla Microsoft. Dlatego też, pomimo bardzo wysokich udziałów w „ściśłym rynku” i wysokiego stopnia jego koncentracji, nie można tych dwóch czynników uznać za wystarczające dla stwierdzenia powstania lub umocnienia siły rynkowej Microsoft.

W dalszej kolejności Sąd stwierdził, że nawet gdyby koncentracja miała zwiększyć siłę rynkową Microsoft, skarżące nie przedstawiły żadnych istotnych dowodów dotyczących sposobu, w jaki domniemana siła rynkowa miałaby umożliwić nowemu podmiotowi wyrządzenie istotnych szkód konkurencji¹⁵. Wskazano, iż skarżące spółki nie wyjaśniły w szczególności, w jaki sposób ewentualna siła rynkowa na ścisłym rynku miałaby umożliwić narzucenie podwyżek cen za różne usługi komunikacyjne¹⁶. Ponadto, niejasne były zdaniem Sądu twierdzenia Cisco Systems i Messagenet dotyczące wpływu koncentracji na jakość i innowacyjność usług łączności wideo, ponieważ spółki te nie podważyły ustaleń Komisji zawartych w Decyzji, zgodnie z którymi usługi łączności dla ogółu zależą od innowacji. Konkludując, Sąd stwierdził, że każda podjęta przez Microsoft próba obniżenia jakości usług na ścisłym rynku tylko przyspieszyłaby spadek

¹⁰ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady (2004/C 31/03), pkt 17.

¹¹ Pkt 74 Wyroku.

¹² Ibidem.

¹³ Pkt 69 Wyroku.

¹⁴ Pkt 32 Decyzji.

¹⁵ Pkt 89 Wyroku.

¹⁶ Pkt 85 Wyroku.

znaczenia, który dotyka usługi łączności wideo przez komputery osobiste działające w systemie Windows¹⁷.

W zakresie skutków konglomeratowych jeden z nich miałby dotyczyć utworzenia przez nowy podmiot preferencyjnego powiązania pomiędzy bazą użytkowników programu Skype i produktem Lync spółki Microsoft. To preferencyjne połączenie zapewniłoby nowemu podmiotowi korzyść konkurencyjną w stosunku do użytkowników biznesowych, w szczególności użytkowników prowadzących centra obsługi telefonicznej¹⁸. W tym celu zdaniem skarżących, Microsoft mógłby, tak jak w przypadku wcześniejszych swoich praktyk polegających na wykluczeniu, wykorzystać silną pozycję na rynkach powiązanych z rynkiem łączności biznesowej, zintegrować ofertę Lync z innymi swoimi produktami.

Sąd stwierdził jednak, że podnoszony przez skarżące efekt wykluczenia jest zbyt niepewny, aby został uznany za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji¹⁹. Skarżące nie przedstawiły ponadto żadnych konkretnych informacji na temat korzyści, jakie taka strategia mogłaby przynieść dla Microsoft, co wpłynęło brak udowodnienia jego skłonności do przyjęcia takiej strategii. Niewystarczającym dla Sądu okazało się powołanie się na szeroką bazę użytkowników programu Skype, wartość transakcji, oświadczenia prezesa zarządu spółki Microsoft czy na jej wcześniejsze praktyki wykluczenia²⁰. W takich okolicznościach Sąd uznał, że brak jest „namacalnych czynników” pozwalających stwierdzić, że Microsoft byłby skłonny prowadzić strategię wykluczenia²¹.

IV. Ocena prawna wyroku

W mojej ocenie Sąd prawidłowo uznał, że zarówno na rynkach znajdujących się we wczesnej fazie rozwoju, jak i na rynkach cechujących się wysokim stopniem innowacyjności, nawet powstanie bardzo wysokich udziałów rynkowych nie może samodzielnie przesądzać o istotnym ograniczeniu konkurencji, do którego miałyby dojść w wyniku koncentracji przedsiębiorstw. Przedstawiona argumentacja Sądu jest poprawnym przykładem zastosowania analizy charakteru i dynamiki rynku (w tym przypadku „ścislego rynku” przyjętego w ramach „hipotezy roboczej” Komisji).

Podczas zastosowania testu SIEC udziały rynkowe oraz poziom koncentracji rynku są dla Komisji wskaźnikami wstępnymi (wyjściowymi), dostarczającymi „pierwszych przydatnych wskaźników dotyczących struktury rynku oraz znaczenia konkurencyjności zarówno łączących się stron, jak i ich konkurentów”²². Stosowany przez Komisję test bez wątplenia charakteryzuje się jednak przeprowadzeniem analizy funkcjonalnej i dynamicznej, nie jest zaś oparty w głównej mierze na analizie statycznej ograniczonej do czysto strukturalnego omówienia (przed i po koncentracyjnej) struktury rynku (tj. udziałów rynku i poziomu koncentracji). Udziały rynkowe, jako pierwsze przydatne wskazówki, choć są elementem o dużym znaczeniu, to samodzielnie nie przesądzają czy dojdzie do istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji. W dalszej części wspomnianych wytycznych, Komisja wskazuje na przesłanki funkcjonalne, które powinny być uwzględnione przy przeprowadzeniu testu SIEC. W każdym wypadku interpretuje się udziały rynkowe, m.in. biorąc

¹⁷ Pkt 92 Wyroku.

¹⁸ Pkt 98 Wyroku.

¹⁹ Pkt 122 Wyroku.

²⁰ Pkt 131 Wyroku.

²¹ Pkt 133 Wyroku.

²² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady (2004/C 31/03), pkt 14.

pod uwagę charakter rynku, przykładowo to, czy rynek jest bardzo dynamiczny lub niestabilny ze względu na natężenie innowacji i rozwoju²³.

Z ekonomicznego punktu widzenia podstaw wniosku Sądu, co do oceny rynków, na których rozwój zasadniczy wpływ ma ich dynamika oraz innowacyjność należy upatrywać w teorii twórczej destrukcji (*creative destruction*) Josepha Shumpetera. Teoria austriackiego ekonomisty zakłada, że w gospodarce wolnorynkowej największy wpływ na postęp ekonomiczny ma właśnie innowacyjność. Shumpeter wskazał, że: „podstawowy bodziec, który uruchamia i podtrzymuje ruch kapitalistycznej maszynierii, wychodzi od nowych dóbr konsumpcyjnych, nowych rynków, nowych form przemysłowej organizacji, tworzonych przez kapitalistyczne przedsiębiorstwo (...) Ten proces <<twórczego burzenia>> jest faktem o zasadniczym znaczeniu dla kapitalizmu. W tym się ostatecznie zawiera jego istota i to jest czynnik określający warunki funkcjonowania każdego koncernu kapitalistycznego”²⁴. Innowacyjność może mieć więc decydujący wpływ na ocenę siły rynkowej przedsiębiorcy na rynku właściwym. Jeśli determinuje ona charakter rynku właściwego, to nawet najwyższego udziału rynkowego nie można uznać za przesłankę decydującą o istotnym ograniczeniu konkurencji. Dzieje się tak z powodu cykli innowacyjności, które nie pozwalają utrzymać wysokiego udziału w rynku w długim okresie przedsiębiorcom ograniczającym ulepszanie produkowanych towarów (tym samym obniżającym dobrobyt konsumentów). Nawet największy udział rynkowy może bowiem w szybkim czasie zostać zniwelowany przez innowacyjne rozwiązania innego przedsiębiorcy. Innowacyjny charakter rynku skłania zatem, nawet największych graczy rynkowych, do stałej i intensywnej walki konkurencyjnej na poziomie innowacji (charakterystyki oferowanych produktów). Ekonomiści uważają, iż kiedy mamy do czynienia z bardzo wysokim stopniem innowacyjności obecne udziały rynkowe mogą być błędnym wskaźnikiem przyszłej pozycji rynkowej²⁵. S. Bishop zauważa, że na takich rynkach konkurencja nie odbywa się „na rynku” (*in the market*) ale „o rynek” (*for the market*), a wtedy analiza koncentracji rynku oparta na badaniu jego struktury może być niewłaściwa²⁶. Moim zdaniem komentowany Wyrok jest także potwierdzeniem tego, że organy ochrony konkurencji przy przeprowadzaniu badania notyfikowanych koncentracji powinny uwzględniać fakt, że konkurencja ma z definicji dynamiczny charakter i badanie koncentracji przedsiębiorców nie może zostać uznane za należyte, bez uwzględnienia trendów rynkowych, wzmocnienia lub osłabienia przedsiębiorców w perspektywie czasu, fluktuacji udziałów rynkowych, przykładów wejścia i wyjścia z rynku oraz pojawienia się nowych produktów czy technologii²⁷.

Uwzględnienie dynamiki konkurencji, poziomu i fazy rozwoju rynku czy też wpływu natężenia innowacyjności jest stale obecne w linii orzeczniczej europejskich organów ochrony konkurencji. Przykładowo, badając koncentrację pomiędzy HP a Compaq na rynku komputerów biurowych, wysoki udział rynkowy był niewystarczający do tego, by stwierdzić potencjał powstania siły rynkowej. W przywołanej sprawie w przeciągu dwóch lat udział rynkowy HP i Compaq charakteryzowały się wysoką fluktuacją, przy wzrastającym udziale rynkowym głównego konkurenta uczestników

²³ Ibidem, pkt 15, oraz: sprawa KOMP/M.2256 – Philips/Agilent Health Care Technologies, pkt 31–32 oraz sprawa KOMP/M.2609 – HP/Compaq, pkt. 39.

²⁴ J. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, (wyd. I, 1942), Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009.

²⁵ Tak: S. Bishop i M. Walker, *The Economics of EC competition Law: Concepts, Application and Measurement*, (2nd Edn.), Sweet & Maxwell, London 2002, s. 202–203.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Podobnie: C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 5th Revised edition, Sweet & Maxwell, 25 February 2009, s. 213.

koncentracji firmy Dell (przedsiębiorca ten podwoił sprzedaż produktów w ciągu ostatnich dwóch lat przed zgłoszeniem koncentracji). W innej decyzji Komisja wskazała podobnie, że po dokonaniu planowanej koncentracji pomiędzy Axalto a Gemplus, przedsiębiorcy nadal znajdować będą się pod silną presją skutkującą utrzymaniem wysokiego poziomu innowacyjności²⁸. Oceniając dynamikę konkurencji, Komisja bierze pod uwagę w szczególności fazę rozwoju, w której znajduje się rynek właściwy, na którym dokonywana jest koncentracja. Jeśli faza ta uznana zostanie za wczesną, istnieje duże prawdopodobieństwo nowych wejść na rynek, do których podmioty zachęcane są wysokimi zyskami²⁹. Warto również zwrócić uwagę, że na rynkach, na których głównym czynnikiem konkurencji jest innowacyjność tradycyjna analiza nie powinna być opierana na wpływie koncentracji na ceny, a raczej na charakterystykę produktu³⁰.

Przeprowadzając dokładną analizę zamierzonej koncentracji, zarówno Sąd, jak i Komisja w mojej ocenie słusznie stwierdziły m.in., że na „ściśłym rynku”: (i) każda próba skorzystania z siły rynkowej groziłaby nasileniem tendencji zwiększenia sprzedaży tabletów i smartfonów kosztem produktów nowego podmiotu; (ii) rosnąca sprzedaż tabletów i smartfonów sprawia, że coraz większa część uczestników spodziewa się, że łączność będzie dostępna na każdej z takich platform; (iii) bezpłatność usług tego rodzaju świadczy o tym, że nowy podmiot będzie miał ograniczoną, jeśli nawet nie wyłączoną możliwość ustalania polityki cenowej; (iv) wątpliwe jest podwyższenie cen, gdyż oferowane produkty są jak dotąd bezpłatne. Doprowadziło to do słusznej konkluzji, że udziały rynkowe i wysoki stopień koncentracji nawet na „ściśłym rynku” przyjętym w ramach hipotezy roboczej nie były wskaźnikami wystarczającymi do stwierdzenia potencjału powstania siły rynkowej. Nawet gdyby koncentracja miała jednak zwiększyć siłę rynkową Microsoft, to Sąd słusznie stwierdził, że skarżące nie przedstawiły żadnych istotnych dowodów dotyczących sposobu, w jaki domniemana siła rynkowa miałaby umożliwić nowemu podmiotowi wyrządzenie istotnych szkód konkurencji. Na końcu należy jednak zauważyć, że ocena ewentualnego posiadania czy też powstania siły rynkowej na rynkach o dynamicznej charakterystyce, w praktyce organów ochrony konkurencji nie jest niestety jednolita. Przykładem odmiennego spojrzenia na tego typu rynek jest chociażby postępowanie wszczęte przeciwko Google w sprawie nadużywania przez tego przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku przeglądarek internetowych³¹.

W drugiej kolejności uważam, że Sąd dokonał także poprawnej analizy skutków konglomeratowych. W większości przypadków koncentracje konglomeracyjne nie prowadzą do żadnych problemów w zakresie konkurencji, jednak w pewnych szczególnych sytuacjach mogą wystąpić utrudnienia dla konkurencji³². Głównym zagrożeniem w kontekście takich koncentracji jest wykluczenie³³. Połączenie produktów na powiązanych rynkach może dać podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji zdolność i motywację do zastosowania dźwigni wynikającej z silnej pozycji rynkowej na jednym rynku w celu wywarcia wpływu na drugim rynku poprzez sprzedaż wiązaną lub pakietową bądź inne praktyki wyłączeniowe.

²⁸ Decyzja Komisji Axalto/Gemplus, sprawa COMP/M.3998.

²⁹ Decyzja Komisji Gerling/NCM, sprawa COMP/M.2602, pkt 44.

³⁰ S. Bishop, I.M. Walker, *The Economics of...*, s. 202–203.

³¹ Zob.: Commission probes allegations of antitrust violations by Google. Pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm?locale=en.

³² Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 265/07), pkt 92.

³³ Ibidem, pkt 93.

Sąd słusznie zauważył jednak, że co do skutków konglomeratowych, orzecznictwo wskazuje, że szczególnie istotne znaczenie ma jakość materiału dowodowego przedstawionego w celu wykazania, że konieczne jest podjęcie decyzji uznającej koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Ocena koncentracji konglomeracyjnej jest bowiem oparta na analizie prospektywnej, w przypadku której uwzględnienie jakiegoś odcinka czasu w przyszłości z jednej strony i efektu dźwigni niezbędnego do zaistnienia znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji z drugiej, oznaczają słabo postrzegalny, niepewny i trudny do wykazania łańcuch przyczynowo-skutkowy³⁴. Oceniając prawdopodobieństwo zaistnienia takiego scenariusza, organy antymonopolowe w pierwszej kolejności rozważają czy po połączeniu powstały podmiot byłby w stanie wykluczyć konkurentów, następnie zaś czy miałyby do tego motywację gospodarczą, a na trzecim miejscu – czy strategia wykluczenia miałaby znaczące szkodliwe skutki dla konkurencji, przynosząc w ten sposób szkodę konsumentom.

Za słuszne należy uznać wskazanie Sądu, że nawet gdyby istniało rzeczywiste i znaczące zapotrzebowanie na narzędzie komunikacji, takie jak będące wynikiem połączenia programów Lync i Skype, skarżące spółki nie wyjaśniły powodów, dla których użytkownicy biznesowi chcieliby kontaktować się właśnie z użytkownikami programu Skype. Słusznie uznano więc, że brak wykazania powiązania produktów z odrębnych rynków wpływa na fakt niespełnienia pierwszej z przesłanek wykluczenia wskazanej w wytycznych. Ponadto Sąd uznał, że wobec braku jakiegokolwiek informacji dotyczącej prawdziwości, zakresu i charakteru zapotrzebowania na produkt będący połączeniem programów Skype i Lync dokonanie oceny, czy strategia wykluczenia może okazać się korzystna dla nowego podmiotu, jest trudne lub wręcz niemożliwe. To stwierdzenie wiąże się z brakiem udowodnienia motywacji do wykluczenia. Tak ostrożne podejście do skutków konglomeratowych bierze się z tego, że na początku XXI wieku miała miejsce bardzo szeroka krytyka dwóch decyzji Komisji opierających się takim efekcie wykluczenia³⁵. Krytyka spowodowała, że od tego czasu nie wydano żadnej zakazowej decyzji odnośnie do takich antykonkurencyjnych skutków³⁶.

Na zakończenie należy zatem podkreślić, iż Sąd słusznie wskazał również, że efekt wykluczenia, którego obawiają się skarżące, zależy od szeregu czynników, co do których nie ma pewności, że wszystkie z nich wystąpią w przyszłości wystarczająco niedalekiej, aby prospektywna analiza skutków koncentracji nie stała się zupełną spekulacją. Podnoszony, zatem przez skarżące efekt wykluczenia był zbyt niepewny, aby mógł zostać uznany za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji. Brak było, namacalnych czynników pozwalających stwierdzić, że nowy podmiot byłby skłonny prowadzić antykonkurencyjną strategię. Dlatego też moim zdaniem stwierdzenia Sądu, należy uznać za w pełni uzasadnione.

Dariusz Aziewicz

Absolwent LL.M. in Comparative Law (University of Florida G. Levin College of Law);
doktorant w Samodzielnym Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego WZ UW.

³⁴ Wyrok w sprawie *Bertelsmann i Sony Corporation of America v. Impala*, pkt 50; Wyrok w sprawie *Komisja v. Tetra Laval*, pkt 44.

³⁵ Sprawa T-210/01, *General Electric Company v. Komisja* [2005] ECR II-5575 oraz sprawa sprawa T-5/02, *Tetra Laval BV v. Komisja* [2002] ECR II-4381, [2002] 5 CMLR 1182.

³⁶ Zob.: W.J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a long way from Chicago to Brussels*, Address before George Mason University Symposium Washington, DC, 9 November 2001.