

Odločba Splošnega sodišča EU v zadevi Cisco Systems Inc. in Messagenet SpA proti Evropski komisiji¹

Vpliv odločitve na združitve v novih, hitro rastočih sektorjih²

1. Uvod

Splošno sodišče EU je 11. decembra 2013 izdalo odločbo, v kateri je presojalo tožbo družb Cisco in Messagenet na odločitev Komisije Evropske unije (v nad.: Komisija), da je koncentracija med družbo Microsoft Corporation (v nad.: Microsoft) in družbo Skype Global S.a.r.l. Luxembourg (v nad.: Skype) skladna z notranjim trgov. Po pravilih konkurenčnega prava je treba vsako koncentracijo, ki izpolnjuje predpisane pogoje, priglasiti pristojnemu organu, tj. Komisiji ali nacionalnemu organu. Pogoji za priglasitev koncentracije Komisiji so predpisani v členu 1 Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij³ (v nadaljevanju: Uredba št. 139/2004). Za odločanje o dopustnosti tovrstnih koncentracij je izključno⁴ pristojna Komisija (t. i. načelo *one-stop-shop*). Izpolnjevanje navedenih pogojev pa še ne pomeni, da je koncentracija tudi prepovedana, saj je potrebna še vsebinska presoja, ki jo Komisija opravi v skladu s členom 2 Uredbe št. 139/2004, na podlagi katere potem odloči, ali je koncentracija skladna z notranjim trgov.

2. Dejansko stanje

Microsoft, ameriška družba, ki se ukvarja zlasti z dejavnostmi v zvezi z načrtovanjem, razvojem in prodajo računalniške programske opreme ter opravljanje povezanih storitev, ki zajemajo programsko opremo in storitve za spletno komunikacijo, ponujene širši javnosti in poslovnim uporabnikom, je 2. septembra 2011 pri Komisiji priglasila koncentracijo, s katero je nameravala

¹ Zadeva T-79/12 z dne 11. decembra 2013, še neobjavljena.

² Komentar pripravila: Natalija Vinčec, dipl. prav., študentka, Pravna fakulteta, Univerza v Mariboru, Mladinska ulica 9, SI-2000 Maribor, Slovenija, e-pošta: natalija.vincec@gmail.com.

³ UL L 24, 29. 1. 2004, str. 1–22.

⁴ Člena 4 in 9 Uredbe št. 139/2004 predstavljata izjemo od tega principa.

pridobiti nadzor nad družbo Skype. Koncentracija je bila priglašena v skladu s členom 4 Uredbe št. 139/2004.

Družbi Cisco in Messagenet (v nad.: tožeči stranki), ki podjetjem in širši javnosti ponujata med drugim storitve in programsko opremo za spletno komunikacijo, sta Komisiji predložili stališča z namenom dokaza, da bi nameravana združitev povzročila protikonkurenčne učinke.

Z odločbo z dne 7. oktobra 2011⁵ je Komisija ugotovila, da je koncentracija po členu 6 (1) (b) Uredbe št. 139/2004 združljiva z notranjim trgom in z delovanjem Evropskega gospodarskega prostora, ker glede horizontalnih učinkov koncentracije na trg poslovnih komunikacij ne obstaja resen dvom glede združljivosti koncentracije z notranjim trgom. Prisotnost družbe Skype na tem trgu naj bi bila omejena, nova enota pa naj ne bi postala vodilna na trgu, niti v najožjih segmentih trga, v katerih bi bila družba Skype kljub vsemu aktivna. Komisija je še navedla, da pomisleki glede možnih konglomeratnih učinkov na trg poslovnih komunikacij niso utemeljeni. Nova enota ne bi imela sposobnosti ali spodbude, da bi izvajala strategijo izključevanja, katere protikonkurenčni učinki bi bili v vsakem primeru malo verjetni.

Tožeči stranki sta 15. februarja 2012 pri Splošnem sodišču EU vložili tožbo zoper zgoraj navedeno odločbo Komisije.

3. Iz odločbe Splošnega sodišča EU

[...]

Trditve strank ter navedbe Splošnega sodišča

26 Tožeči stranki v utemeljitev tožbe navajata dva tožbena razloga, in sicer očitne napake pri presoji ob uporabi členov 2 in 6 Uredbe št. 139/2004 in kršitev obveznosti obrazložitve, kakor izhaja iz člena 296 PDEU. Prvi tožbeni razlog se nanaša na presojo horizontalnih učinkov koncentracije na trg potrošniških komunikacij. Drugi tožbeni razlog se nanaša na napake Komisije pri presoji učinka na trg poslovnih komunikacij, ki naj bi ga imela morebitna povezava baze uporabnikov programa Skype s storitvami programa Lync.

27 Tožeči stranki v uvodu k temu tožbenima razlogoma navajata argumente v zvezi z dokaznimi standardi, ki jih mora Komisija upoštevati, kadar uporabi Uredbo

⁵ Zadeva COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, Odločba C(2011)7279, objavljena pod št. UL C 341, str. 1.

št. 139/2004, in intenzivnostjo nadzora zakonitosti, ki ga v zvezi s tem izvaja Splošno sodišče.

Prvi tožbeni razlog: horizontalni učinki transakcije koncentracije na trg potrošniških komunikacij

53 Tožeči stranki menita, da bi morala Komisija, če bi pravilno uporabila Smernice o presoji horizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 10, v nadaljevanju: Smernice o horizontalnih koncentracijah) in spoštovala svojo dotedanjo prakso odločanja, podrobneje preučiti protikonkurenčne učinke koncentracije. Menita, da bi morala Komisija analizirati, ali bi bilo mogoče te težave odpraviti s postavitvijo pogojev, s katerimi bi se zagotovila interoperabilnost med komunikacijskimi storitvami nove enote in tistimi preostalih konkurenčnih ponudnikov. Komisija naj bi, ker je transakcijo odobrila v prvi fazi, ne da bi zahtevala zaveze v tem smislu, storila več očitnih napak pri presoji, saj ni izrazila resnega dvoma glede zadevne transakcije.

Tržni delež

65 V zvezi z zelo visokim tržnim deležem na ozkem trgu je iz točke 17 Smernic o horizontalnih koncentracijah in sodne prakse, na katero se sklicuje v navedenem odstavku, razvidno, da so lahko tržni deleži 50 % ali več resni dokaz za obstoj prevladujočega položaja. Vendar je treba pojasniti, da se lahko tržni deleži uporabijo kot indic za težave v zvezi s konkurenco le, če je bil vnaprej opredeljen trg na katerega se nanašajo ti deleži. Enako velja za IHH, na katerega se prav tako sklicujeta tožeči stranki.

66 V obravnavanem primeru pa se je Komisija omejila na ločevanje med potrošniškimi in poslovnimi komunikacijami (glej točko 7 zgoraj). Tako se ni opredelila glede tega, ali bi bilo treba znotraj kategorije potrošniških komunikacij ugotoviti obstoj bolj omejenih referenčnih trgov glede na njihove funkcije, platforme ali operacijske sisteme, saj je menila, da priglašena koncentracija ne bi povzročala problemov v zvezi s konkurenco niti na najožjih trgih. Komisija je med drugim ugotovila, da bi, tudi če bi se opirala na ozki trg, na novo enoto dalje deloval znaten konkurenčni pritisk.

68 Prvič, glede števil v zvezi z uporabo programa WLM zadostuje ugotoviti, da številke, navedene v izpodbijani odločbi, kažejo znatno nihanje tržnega deleža programa WLM v relativno omejenem obdobju sedmih mesecev. Neodvisno od tega, ali so izgube tržnih deležev koristile družbi Skype ali drugim ponudnikom storitev videokomunikacij, je iz teh števil prav tako razvidna nestabilnost tržnih deležev na ozkem trgu, ki ga je Komisija navedla zgolj zaradi svoje analize.

69 Poleg tega in zlasti, kot je to poudarila Komisija v izpodbijani sodbi in odgovoru na tožbo ter intervenientka, je sektor potrošniških komunikacij nov, hitro rastoči sektor, za katerega so značilni kratki inovacijski cikli, v katerem se lahko visoki

tržni deleži izkažejo kot kratkotrajni. V takem dinamičnem kontekstu visoki tržni deleži niso nujno pokazatelji tržne moči in s tem trajne škode konkurenci, ki se želi preprečiti z Uredbo št. 139/2004.

70 Drugič, čeprav PC ostaja platforma, ki se za potrošniške videokomunikacije uporablja najpogosteje, prihaja bistveni in naraščajoči del novega povpraševanja po teh storitvah s strani uporabnikov tabličnih računalnikov in pametnih telefonov, katerih prodaja je v skladu s točko 32 obrazložitve izpodbijane odločbe v zahodni Evropi prehitela prodajo PC.

71 Tretjič, intervenientka prav tako pravilno ugotavlja, da je iz vse pogostejše uporabe tabličnih računalnikov in pametnih telefonov za videokomunikacije razvidno, da naraščajoče število uporabnikov pričakuje, da se lahko te komunikacije opravljajo prek vseh računalniških okolij. Zaradi šibke prisotnosti WLM na tabličnih računalnikih in pametnih telefonih naj ji ne bi bilo mogoče zadostiti temu novemu povpraševanju, s čimer naj bi se znižala njena tržna privlačnost. Komisija se je zato za relativizacijo pomembnosti visokih tržnih deležev, ugotovljenih na ozkem trgu, ki jo je navedla kot izhodišče svoje analize konkurence, pravilno sklicevala na to omejeno prisotnost.

Mrežni učinek

76 Najprej je treba ugotoviti, da obstoj takega mrežnega učinka novi enoti ne daje nujno konkurenčne prednosti. V segmentih trga potrošniških komunikacij, ki niso videokomunikacije prek PC, ki deluje z operacijskim sistemom Windows, imajo konkurenčni ponudniki dovolj pomembne tržne deleže da tvorijo druge mreže.

79 Nasprotno kot v položajih, ki so bili podlaga za dotedanje odločbe Komisije in kot trdi intervenientka, ni tehničnih ali ekonomskih omejitev, ki bi uporabnikom preprečevale, da bi na svoje platforme prenesle več komunikacijskih programov, še toliko bolj, ker gre za brezplačno programsko opremo, ki je enostavna za prenesti in na njihovih trdih diskih zavzema malo prostora.

80 Trditev tožečih strank, da naj bi bila selitev potrošnikov k alternativnim ponudnikom zapletena zaradi njihove pripadnosti več majhnim skupinam, ki so med seboj povezane, temelji na napačni predpostavki, da bi morala selitev zajemati vse skupine v eni operaciji. Komisija in intervenientka pa pravilno ugotavljata, da ni ekonomske ali tehnične ovire za to, da bi mala skupina opravila selitev ali da bi uporabniki še naprej uporabljali več komunikacijskih programskih oprem hkrati.

82 Če se pričakuje, da bo privlačnost komunikacijske programske opreme naraščala zaradi števila uporabnikov, je lahko mrežni učinek znaten le, če programska oprema omogoča vzpostavitev stika tudi s potrošniki, ki za videokomunikacijo uporabljajo navedene druge platforme. V obravnavanem primeru pa je prisotnost WLM na drugih platformah od PC, ki deluje z operacijskim sistemom Windows, neznatna, tako da koncentracija ne spremeni konkurenčnih razmerij.

Škoda konkurenci

88 Noben ponudnik do sedaj ni uspel zaračunati svoje storitve videokomunikacij med dvema udeležencema. Potrošniki pričakujejo, da so jim te storitve ponujene brezplačno. Tožeči stranki pa nista dokazali, kako bi lahko koncentracija omogočila družbi Skype, da bi spremenila te tržne pogoje, ne da bi potrošniki menjali ponudnika.

92 Vsak poskus nove enote, da bi zmanjšala kakovost svojih storitev na ozkem trgu, bi le pospešil izgubo relativne pomembnosti, do katere prihaja pri storitvah videokomunikacij prek PC, ki delujejo z operacijskim sistemom Windows (glej točko70 zgoraj).

Drugi tožbeni razlog: konglomeratni učinki koncentracije na trg poslovnih komunikacij

98 Iz izpodbijane odločbe je razvidno, da so tretje osebe med upravnim postopkom izrazile pomislek, da bi koncentracija povzročila konglomeratne učinke na trg poslovnih komunikacij. Eden od navedenih učinkov naj bi se nanašal na to, da bi nova enota ustvarila prednostno povezavo med bazo uporabnikov programa Skype in proizvodom Lync družbe Microsoft. Ta prednostna združitev naj bi novi enoti omogočila konkurenčno prednost glede poslovnih uporabnikov, zlasti tistih, ki uporabljajo klicne centre.

121 Učinek izključevanja, ki se ga bojita tožeči stranki, je odvisen od niza dejavnikov, za katere ni gotovo, da lahko vsi nastanejo v dovolj bližnji prihodnosti, da propektivna analiza učinkov koncentracije ne bi postala povsem špekulativna (glej točko 116 zgoraj). Komisija se je v zvezi s tem, kot je navedeno v prejšnji točki, sklicevala na obdobje treh let od sprejetja odločbe. To obdobje, ki ga tožeči stranki prav tako nista izpodbijali, je sorazmerno dolgo, če gre, kot v obravnavanem primeru, za sektor novih tehnologij, za katerega so značilni sorazmerno kratki inovacijski cikli. Nazadnje, utemeljitev tožečih strank se ne opira samo na negotove bodoče dogodke, temveč odstopa tudi od možnosti, da konkurenti nove enote sprejmejo svoje tržne in tehnološke politike, s katerimi predvidijo morebitno strategijo izključevanja in ji delujejo nasproti.

122 Zato je treba ugotoviti, da so učinki izključevanja, ki sta jih navedli tožeči stranki, preveč negotovi, da bi se jih upoštevalo kot neposredno in takojšnjo posledico koncentracije.

128 Če bi proizvod, ki bi nastal z združitvijo programov Lync in Skype, novi enoti omogočal dejansko tržno prednost, ta enota še vedno ne bi imela sposobnosti uveljavljati strategijo izključevanja. Na eni strani je iz analize prvega tožbenega razloga razvidno, da v zvezi s storitvami potrošniških komunikacij glede združljivosti koncentracije z notranjim trgom ne obstaja resen dvom. Na drugi strani, kot je bilo ugotovljeno zgoraj v točki 121, imajo konkurenti programa Lync, med katerimi je družba Cisco, še naprej dovolj časa, da sprejmejo poslovne politike, s katerimi bi delovale nasproti strategiji izključevanja, za izvajanje katere bi se morda odločila nova

enota. Ti konkurenti bi lahko namreč prilagodili svojo ceno, kakovost ali funkcije svojih proizvodov ali celo uporabili storitve drugih velikih ponudnikov storitev potrošniške komunikacije, kot so družbe Facebook, Twitter in Google. V zvezi s tem je treba pojasniti, da so številna podjetja že povezana v to vrsto mrež, kot to navaja intervenientka.

4. Komentar odločbe

Splošno sodišče EU se je v odločbi opredelilo do dveh tožbenih razlogov, ki sta jih v tožbi navajali tožeči stranki. V zvezi s prvim tožbenim razlogom (horizontalni učinki transakcije koncentracije na trg potrošniških komunikacij) je Splošno sodišče EU pritrdilo stališču Komisije, da zelo visok tržni delež in visoka stopnja koncentracije na ozkem trgu ne kažeta na tržno moč, ki bi novi enoti omogočila bistveno oviranje učinkovite konkurence na notranjem trgu. Omenimo naj, da se tržna moč presoja na predhodno določenem trgu, ki se v konkurenčnem pravu imenuje upoštevni trg in sestoji iz proizvodnega ali storitvenega, geografskega in časovnega trga.⁶ Komisija se je omejila na ločevanje med spletno komunikacijo za širšo javnost (potrošniške komunikacije) in komunikacijo za podjetja (poslovna komunikacija). Pri tem se ni opredelila, ali bi bilo potrebno v skupini komunikacije za širšo javnost ugotoviti obstoj ožjih segmentov trga. Ugotovila je, da koncentracija ne povzroča težav v zvezi s konkurenco niti na najožjih trgih. Prav tako se ni opredelila do natančne razsežnosti upoštevnege geografskega trga. Navedla je zgolj, da koncentracija ne povzroča težav niti ob sklicevanju na najožji trg – trg Evropske unije. V danem primeru bi imela družba Microsoft s prevzemom nadzora nad družbo Skype 80 do 90-odstotni tržni delež v segmentu komunikacije širše javnosti. V pravnih aktih EU niso natančno opredeljeni tržni deleži, ki bi služili kot mejniki pri presoji, ali bo koncentracija ustvarila ali okrepila prevladujoč položaj.⁷ V skladu s Smernicami o presoji horizontalnih združitvev na podlagi Uredbe Sveta o nadzoru koncentracij⁸ so lahko zelo veliki tržni deleži (50 % ali več) sami po sebi dokaz za obstoj prevladujočega položaja na trgu, vendar je treba poudariti, da se lahko tržni deleži uporabijo kot indic za prepovedane le, če je

⁶ Repas M., *Konkurenčno pravo v teoriji in praksi: Omejevalna ravnanja in nadzor koncentracij*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2010, str. 36; Jones A., Surfin B., *EC Competition Law (Text, Cases and Materials)*, Oxford University Press, Oxford, 2011, str. 913–914; Van den Bergh R., Camesasca P., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Intersentia – Hart Publishing, Oxford, 2001, str. 544–549 (gl. tudi drugo izdajo iz leta 2006).

⁷ Levy N., *The Control of Concentrations between Undertakings*, *Competition Law of the European Community*, B.K: Matthew bender&Co., 2002, str. 215–233; tč. 32 uvodne izjave Uredbe št. 139/2004.

⁸ UL C 31, 5. 2. 2004, str. 5–18, tč. 17.

vneprej opredeljen trg, na katerega se nanašajo ti deleži. V obravnavanem primeru pa se je Komisija, kot je bilo omenjeno že zgoraj, omejila zgolj na ločevanje med potrošniškimi in poslovnimi komunikacijami.

Sektor komunikacije širše javnosti je Komisija opredelila kot nov, hitro rastoč sektor, ki se neprestano spreminja. Ker so zanj značilni kratki inovacijski cikli, je zato težko vzpostaviti dolgoročno prevlado na takem trgu. Tri leta po izdaji odločbe, s katero je Komisija ugotovila, da je koncentracija združljiva z notranjim trgov, lahko zavzamemo stališče, da so trditve Komisije pravilne. Če če preučimo potrebe kupcev na takem trgu, lahko vidimo, da se le-te hitro spreminjajo, kar se izraža tudi v vse večji uporabi novejših inovacij, kot so tablični računalniki in pametni telefoni. Windows Live Messenger (WLM) na novih platformah skoraj ni bil prisoten in niti zadevna koncentracija tega ni spremenila.⁹ Po drugi strani pa so zaradi nizkih vstopnih ovir na trg vstopili novi konkurenti (npr. Facebook in Viber), zaradi česar je začelo število uporabnikov Skypa upadati. Ker Skype ni omogočal delovanja funkcij na vseh tedanjih platformah, so uporabniki začeli uporabljati storitve konkurentov.¹⁰ Komisija je svojo odločitev o nizkih vstopnih ovirah pojasnila z navedbo, da se na trgu pojavlja vse več primerljivih aplikacij in da je uporabnikom omogočena njihova vzporedna uporaba. Uporabniku ni onemogočeno, da na svoji platformi ne bi mogel uporabljati tudi aplikacijo konkurenčnega ponudnika. Ne glede na to, da mora nov ponudnik storitev za zagon svojega delovanja investirati določen znesek, pa je pridobitev investitorjev v sektorju potrošniških komunikacij lažja kot na polno razvitem trgu.¹¹

Ključen dejavnik za presojo tržne moči je tudi brezplačnost storitev. Če imajo podjetja namen zaračunavanja storitev uporabnikom, lahko tvegajo, da bi se zmanjšala privlačnost teh storitev in odvrnilo uporabnike v prid drugim ponudnikom, ki bi svoje storitve še naprej ponujali brezplačno. Podobno bi bilo, če bi se podjetje odločilo, da ne bo več vpeljevalo novosti v zvezi s svojimi komunikacijskimi storitvami.¹²

Splošno sodišče EU je zavrnilo kot neutemeljen tudi očitke v zvezi z mrežnim učinkom. Tehnične ali ekonomske omejitve, ki bi preprečevale uporabnikom izbiro med ponudniki in prenos več komunikacijskih programov na njihove platforme hkrati, ne obstajajo. V danem primeru koncentracija ne spremeni niti konkurenčnih razmerij, saj je prisotnost WLM

⁹ WLM je bil leta 2013 ukinjen. Uporabniki pa so že pred ukinitvijo bili obveščeni, naj namesto WLM začnejo uporabljati Skype. <http://windows.microsoft.com/en-us/messenger/messenger-to-skype>.

¹⁰ Zadeva COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, tč. 39.

¹¹ Zadeva COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, tč. 87–90.

¹² Zadeva COMP/M.6281 – Microsoft/Skype, tč. 75–77 in 121–122.

na drugih platformah od PC – osebnega računalnika (npr. tablični računalnik ali pametnih telefon), ki deluje z operacijskim sistemom Windows, neznatna. Mrežni učinek pa je lahko znaten le, če programska oprema omogoča vzpostavitev stika tudi s potrošniki, ki za videokomunikacijo uporabljajo navedene druge platforme.¹³

Drugi tožbeni zahtevek se je nanašal na pomisleke, da bi koncentracija povzročila konglomeratne učinke na trgu poslovnih komunikacij. Družba Microsoft bi lahko v škodo konkurentov za svoj proizvod Lync na trgu poslovnih komunikacij zadržala prednostno povezljivost s programom Skype in njegovo veliko bazo uporabnikov. Dolgo časa je obstajalo prepričanje, da konglomeratne koncentracije ne ustvarjajo težav v zvezi s konkurenco, vendar pa je treba opozoriti, da lahko koncentracija, ki povzroča konglomeratne učinke, v nekaterih okoliščinah kljub temu povzroči težave v zvezi s konkurenco.¹⁴ Konglomeratne koncentracije¹⁵ lahko, podobno kot vertikalne koncentracije, povzročajo izključitve. Z združevanjem proizvodov na povezanih trgih lahko združen subjekt pridobi sposobnost in spodbudo, da z učinkom vzvoda¹⁶ svoj močan položaj na enem trgu uporabi tudi na drugem trgu, in sicer v obliki vezanih¹⁷ ali združenih prodaj¹⁸ ali drugih

¹³ Doktrino mrežnega učinka je Splošno sodišče EU pojasnilo v zadevi T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd proti Komisiji, ZOdl. 2003 (tč. 82–83). Navedlo je, da se pri oceni pravilnosti odločbe o obstoju in stopnji zaprtja trga ni mogoče omejiti zgolj na učinke posamezne klavzule in jo presojati v izolaciji, temveč je treba pri presoji upoštevati tudi vse podobne sporazume na upoštevem trgu in druge značilnosti ekonomskega in pravnega konteksta zadevnega sporazuma ter ugotoviti, ali ne povzročajo kumulativnega učinka zavrnitve dostopa do trga novim konkurentom. Dostop do trga po vsej verjetnosti ni omejen s kumulativnimi učinki mreže sporazumov, kjer ti pokrivajo manj kot 30 % trga. Gl. tudi Obvestilo Komisije o sporazumih manjšega pomena, ki neznatno omejujejo konkurenco po členu 101 (1) PDEU (de minimis)(UL C 291, 30. 8. 2014, str. 1–5); Jones A., Surfin B., 2011, str. 173–174, in Van Bael I., Bellis J., *Competition law of the European Community*, 4th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2005, str. 304–307.

¹⁴ Smernice o presoji nehorizontalnih združitvah na podlagi Uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij (UL C 265, 18. 10. 2008, str. 6–25), tč. 93; gl. tudi zadevo T-5/02, Tetra Laval proti Komisiji, ZOdl. 2002, str. II-4381, tč. 148–153, in Jones A., Surfin B., 2011, str. 858.

¹⁵ Konglomeratne koncentracije pomenijo združevanje podjetij, ki niso dejanski ali potencialni konkurenti in med njimi ne obstaja dejanski ali potencialni odnos kupec-dobavitelj. Gl.: Craig P., De Burca Grainne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, str. 1047; Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., Sweet&Maxwell, London, 2010, str. 350 in 451.

¹⁶ Gl. Smernice o presoji nehorizontalnih združitvev, tč. 93, op. 84.

¹⁷ Vezane prodaje pomenijo primere, ko morajo stranke, ki kupijo en proizvod (zavezujoče blago), pri istem proizvajalcu kupiti tudi drug proizvod (vezano blago). Tako Smernice o presoji nehorizontalnih združitvev, tč. 97.

izključevalnih praks. V dani zadevi je Splošno sodišče EU ugotovilo, da so učinki izključevanja preveč negotovi, da bi se jih upoštevalo kot neposredno in takojšnjo posledico koncentracije. Oviranje, ki bi izhajalo iz bodočih odločitev enote (kot je v danem primeru), bi se štelo za neposredno in takojšnjo posledico, če je postalo to bodoče ravnanje mogoče in ekonomsko smotrno zaradi spremembe značilnosti in strukture trga, ki jo je povzročila koncentracija.¹⁹ Vseeno pa obstajajo določeni pomisleki glede navedene odločitve.

Prvič, sama povezava, ki jo je leta 2013 naznanil Microsoft (združeno komunikacijsko orodje med sistemoma Lync in Skype, ki omogoča, da uporabniki sistemom komunicirajo med seboj), predstavlja novo možnost povezovanja in zaradi tega sam vpliv na interoperabilnost²⁰ ni jasen. Nova enota bi tako lahko koristila položaj za izkrivljanje konkurence v korist proizvodov družb Skype in Microsoft.²¹ Komisija je v zvezi s tem menila, da bi nova enota imela sposobnost, ne pa tudi spodbude za izkrivljanje konkurence, vendar pa je treba opozoriti na dejstvo, da imajo uporabniki programa Lync veliko večjo možnost, da dosežejo ogromno bazo uporabnikov programa Skype ter tako dajo Microsoftu tisto manjkajočo spodbudo za izkrivljanje konkurence. Drugič, Komisija je poudarila, da nič ne omogoča drugim konkurentom, da ne bi mogli razviti podobnih interoperabilnih povezav. Pri tem je treba poudariti, da je Microsoft za razvoj povezave potreboval dve leti. Če bi se za razvoj take povezave odločili tudi konkurenti, bi se lahko zgodilo, da bi imel Microsoft v tem času, ko konkurenčna povezava še ne bi bila razvita, monopolni položaj.²²

Izpostaviti pa je treba tudi stališče Komisije glede predhodne namestitve Skypa na operacijskem sistemu Windows PC. Komisija se je namreč v dani zadevi oddaljila od svoje prejšnje prakse.²³ Navedla je, da ni težav s predhodno namestitvijo programa, saj potrošniki ne uporabljajo vseh komunikacijskih programov, ki jih najdejo na svojem računalniku. Svojo

¹⁸ Združena prodaja označuje način, na katerega združeni subjekt oblikuje ponudbe in cene proizvoda. V tem okviru ločimo čiste in mešane združene prodaje. Tako Smernice o presoji nehorizontalnih združitve, tč. 96.

¹⁹ Zadeva T-342/99, *Airtours proti Komisiji*, ZOdl. 2002, str. II-2585, tč. 58.

²⁰ Interoperabilnost je poslovni model upravljanja in delovanja. Poenostavljeno pomeni zmožnost informacijskih sistemov in poslovnih procesov, ki jih ti sistemi podpirajo, da izmenjujejo podatke, informacije ter znanja.

²¹ Zadeva COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, tč. 135–139, 203–214.

²² Monopol je tržna struktura za katero je značilno, da na trgu obstaja zgolj en ponudnik, ki določa ceno, ter veliko število povpraševalcev. Proizvodi ponudnika nimajo bližnjega substituta in ob vstopu na trg so prisotne znatne ovire. Repas, 2010, str. 52; Bishop, Walker, 2010, str. 26.

²³ Prim. zadeva T-201/04, *Microsoft proti Komisiji*, ZOdl. 2007, str. II-3601.

trditev je Komisija podprla z navedbo, da je program Skype predhodno nameščen na več kot polovico osebnih računalnikov z operacijskim sistemom Windows in le majhna peščica uporabnikov teh računalnikov je tudi registriranih kot uporabnikov Skypa. Prejšnji primeri so se nanašali na predhodno namestitve spletnih brskalnikov in multimedijskih predvajalnikov, ki omogočajo uporabo različnih multimedijskih datotek in spletnih strani (te je mogoče uporabljati tako npr. preko Internet Explorerja kot preko Google Chroma in Mozilla Firefoxja kot tudi Maxthon Browserja) – navedeno privede do tega, da uporabnik vztraja pri uporabi določenega predhodno nameščenega brskalnika. Drugačna pa je situacija v primeru komunikacijskega programa, saj le tega uporabnik po vsej verjetnosti ne bo začel uporabljati, če ga ne uporablja drug uporabnik s katerim bi rad prišel v stik.

Splošno sodišče EU je poleg opredelitve do tožbenih zahtevkov tožečih strank podalo tudi stališče glede argumentov, ki se nanašajo na dokazni standard, ki ga mora Komisija upoštevati, ko odloča v postopku v zvezi s koncentracijami.²⁴ Pogoj za dovolitev koncentracije z dimenzijo EU je njena priglasitev Komisiji. Postopanje po priglasitvi je razdeljeno na dve fazi. Kadar Komisija koncentracijo presoja v smislu člena 2 Uredbe št. 139/2004, opravi prvo fazo preiskave, da bi v skladu s členom 6 (1) Uredbe št. 139/2004 ugotovila, ali obstaja resen dvom glede združljivosti koncentracije z notranjim trgov. Če ugotovi, da tak dvom obstaja, začne drugo fazo, na koncu katere mora odločiti, ali koncentracija bistveno ovira konkurenco na notranjem trgu v smislu člena 8 Uredbe št. 139/2004.²⁵ Komisija v svoji odločitvi zavzame stališče bodisi v smislu odobritve koncentracije bodisi v smislu njene prepovedi na podlagi njene presoje o ekonomskih posledicah zadevne koncentracije, do katerih bo najverjetneje prišlo.²⁶ Iz navedenega je razvidno, da Komisiji ni naložena obveznost, da brez razumnega dvoma dokaže, da je koncentracija v nasprotju s pravili konkurenčnega prava. Odločitev Komisije je odvisna od razpoložljivih dokazov v tistem času, ne pa od njihove stopnje.²⁷ Splošno sodišče EU je navedlo, da je dokazni standard enak tako v primeru odločb, sprejetih na podlagi člena 6 Uredbe št. 139/2004, kot v primeru odločb, sprejetih na podlagi člena 8 Uredbe št. 139/2004. Nadzor Splošnega sodišča EU mora biti v obeh primerih omejen na preizkus spoštovanja postopkovnih pravil in pravil obrazložitve, pravilnosti ugotavljanja dejanskega stanja ter neobstoja očitnih napak pri presoji in zlorabe pooblastil.

²⁴ Gl. v zadevi T-79/12, tč. 42–46.

²⁵ Če se pojavijo resni dvomi, Komisija nima diskrecijske pravice, ampak mora začeti drugo fazo preiskave.

²⁶ Zadeva C-413/06 P, Bertelsmann in Sony Corporation of America proti Impala, ZOdl. 2008, str. I-4951, tč. 50–53.

²⁷ Tč. 35 uvodne izjave Uredbe št. 139/2004.

5. **Zaključek**

Splošno sodišče EU je potrdilo odločitev Komisije, da zelo visok tržni delež in visoka stopanja koncentracije na ozkem trgu ne kažeta na tržno moč, ki bi novi enoti omogočila bistveno oviranje učinkovite konkurence na notranjem trgu. Komisija je zavzela stališče, da so značilnosti upoštevnega trga v danem primeru tiste, ki predstavljajo odločilen dejavnik pri presojanju koncentracije in ne velikost tržnega deleža. Prav tako je Splošno sodišče EU pritrdilo Komisiji, da presoja konglomeratne koncentracije temelji na prospektivni analizi. Komisija razglasi koncentracijo za nezdružljivo z notranjim trgov, če je resno oviranje konkurence neposredna in takojšnja posledica te koncentracije. V dani zadevi pa je bilo ugotovljeno, da so učinki izključevanja preveč negotovi, da bi se jih upoštevalo kot neposredno in takojšnjo posledico koncentracije.

Zaradi zavrnitve tožbe družb Cisco in Messagenet so nastali pomisleki, da bo Komisija sledila tej praksi presojanja koncentracij in da bo, ko bo odločala o skladnosti koncentracij z notranjim trgov, upoštevala zgolj značilnosti upoštevnega trga. Vendarle je treba poudariti, da Komisija presoja vsako koncentracijo posebej in glede na njeno prakso lahko predvidimo, da bo pri presojanju združljivosti koncentracije z notranjim trgov, predvsem pa na popolno razvitem trgu, kjer se spremembe pojavljajo le redko, upoštevala tudi tržni delež.