Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

11. december 2013 *

»Konkurrence — fusioner — europæiske markeder for internetkommunikationstjenester — afgørelse, hvorved en fusion erklæres forenelig med det indre marked — åbenbart urigtigt skøn — begrundelsespligt«

I sag T-79/12,

Cisco Systems Inc., San Jose, Californien (USA),

Messagenet SpA, Milano (Italien),

ved advokaterne L. Ortiz Blanco, J. Buendía Sierra, A. Lamadrid de Pablo og K. Jörgens,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen ved N. Khan, S. Noë og C. Hödlmayr, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Microsoft Corp., Seattle, Washington (USA), ved advokat G. Berrisch,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens afgørelse K(2011) 7279 endelig af 7. oktober 2011 om at erklære den fusion, der vedrører Microsoft Corporations erhvervelse af kontrollen med Skype Global Sarl, forenelig med det indre marked og Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (sag COMP/M.6281 – Microsoft/Skype)

har

RETTEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af dommerne S. Papasavvas, som fungerende afdelingsformand, M. van der Woude (refererende dommer) og C. Wetter,

justitssekretær: fuldmægtig S. Spyropoulos,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. maj 2013,

* Processprog: engelsk.

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

Sagens parter

1 Sagsøgerne Cisco Systems Inc. (herefter »Cisco«) og Messagenet SpA er selskaber, der bl.a. leverer tjenesteydelser og software til kommunikation over internettet til henholdsvis virksomheder og den brede offentlighed.

2 Intervenienten, Microsoft Corp., udtænker, udvikler og markedsfører en bred vifte af produkter som software til forskellige typer computersystemer. Disse produkter omfatter software til kommunikation over internettet.

3 Skype Global Sàrl (herefter »Skype«) leverer tjenesteydelser og software til kommunikation over internettet. Selskabets produkter giver mulighed for øjebliksbeskeder, lydopkald og videokommunikation over internettet.

Den administrative procedure

4 Den 2. september 2011 anmeldte Microsoft i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1) en fusion, hvorved selskabet påtænkte at erhverve kontrollen over Skype.

5 Sagsøgerne deltog i Europa-Kommissionens undersøgelse. Cisco deltog i den henseende allerede inden Microsofts formelle anmeldelse af fusionen i et møde med Kommissionen den 1. august 2011 og besvarede dens spørgsmål den 12. og 18. august 2011 og afgav derefter supplerende svar den 9. september 2011. Cisco besvarede ligeledes andre spørgsmål fra Kommissionen den 13. september 2011, idet den afgav supplerende oplysninger ved en videokonference den 14. september 2011 og skriftlige bemærkninger den 19. og 26. september 2011. Messagenet tilsendte Kommissionen skriftlige bemærkninger den 20. september 2011, deltog i en telefonkonference den 4. oktober 2011 og afgav yderligere oplysninger samme dag.

6 Den 7. oktober 2011 vedtog Kommissionen i medfør af artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004 afgørelse K(2011) 7279, hvorved den erklærede den fusion, hvorved Microsoft erhvervede Skype, forenelig med det indre marked og Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) (sag COMP/M.6281 – Microsoft/Skype) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

Den anfægtede afgørelses indhold

7 Kommissionen fastslog i den anfægtede afgørelse, at der skulle sondres mellem internetkommunikationstjenester til den brede offentlighed (herefter »privat kommunikation«) og kommunikationstjenester til virksomheder (herefter »erhvervskommunikation«) (10.-17. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen fandt det ikke nødvendigt med henblik på sin analyse af konkurrencen at foretage en mere detaljeret opdeling inden for hver af disse store kommunikationskategorier, eftersom den fandt, at den anmeldte fusion selv på markeder, der blev

defineret mere snævert, ikke skabte konkurrencemæssige problemer (18.-63. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen fortsatte således sin analyse ved at undersøge fusionens påvirkning af hvert af de to markeder, den havde identificeret.

8 Hvad angår markedernes geografiske størrelse tog Kommissionen, idet den fandt, at fusionen selv under henvisning til det mest snævre marked, nemlig Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), ikke rejste konkurrencemæssige problemer, ikke stilling til den præcise definition af det geografiske referencemarked (64.-68. betragtning til den anfægtede afgørelse).

9 Hvad angår fusionens horisontale virkning på markedet for privat kommunikation henviste Kommissionen efter at have undersøgt markedets kendetegn (69.-95. betragtning til den anfægtede afgørelse) til de snævrest mulige dele, hvorpå der var størst mulig overlapning af Microsofts og Skypes tjenester, nemlig delen for øjebliksbeskeder foretaget fra personlige computere (herefter »PC'er«), der virker med styresystemet Windows (herefter »Windows«), delen for lydopkald fra windowsbaserede PC'er og delen for videokommunikation foretaget fra samme type PC'er. Kommissionen fastslog, at fusionen selv på disse snævre dele ikke rejste alvorlig tvivl om dens forenelighed med det indre marked (96.-132. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen fandt, at Microsoft særligt på markedsdelen for videokommunikation på windowsbaserede PC'er (herefter »det snævre marked«), hvor det nye selskab ville få en markedsandel på 80-90% med Microsofts og Skypes tjenesteydelser udbudt under mærket »Windows Live Messenger« (herefter »WLM«), var under betydeligt konkurrencepres.

10 I den anfægtede afgørelse analyseres ligeledes spørgsmålet, om fusionen skaber konglomeratvirkninger på markedet for privat kommunikation, når der bl.a. tages hensyn til visse Microsoft-produkters vigtige stilling, herunder Windows, browseren Windows Internet Explorer og softwaren Microsoft Office, på andre markeder for computersoftware. Kommissionen fastslog i den forbindelse, at den nye enhed havde evnen, men ikke var tilskyndet til at benytte denne stilling til at fordreje konkurrencen til fordel for produkter fra Skype og Microsoft ved at forringe disse produkters samtidige anvendelse med konkurrerende produkter eller ved at benytte koblingspraksis eller forbundne salg. Selv om den nye enhed skulle forsøge at følge en sådan blokeringsstrategi, ville den konkurrencebegrænsende virkning ifølge Kommissionen være begrænset eller ikke eksisterende (133.-170. betragtning til den anfægtede afgørelse).

11 Hvad angår fusionens horisontale virkning på markedet for erhvervskommunikation konkluderede Kommissionen, at fusionen ikke rejste alvorlig tvivl om foreneligheden med det indre marked. Skypes tilstedeværelse på dette marked var begrænset, og den nye enhed blev ikke førende på markedet, heller ikke på markedets mest snævre dele, hvor Skype ikke desto mindre var aktiv (177.-202. betragtning til den anfægtede afgørelse).

12 Den anfægtede afgørelse besvarer ligeledes visse bekymringer, som operatører af traditionel telefoni og leverandører af erhvervskommunikationstjenester under undersøgelsen havde givet udtryk for vedrørende de mulige konglomeratvirkninger på erhvervskommunikationsmarkedet, idet det fastslås, at disse bekymringer var ubegrundede (203.-221. betragtning til den anfægtede afgørelse). En af disse bekymringer vedrørte, at den nye enhed ville skabe en privilegeret kombination af Skypes kunder og kunder, der benytter Lyncs, som er en kommunikationssoftware udviklet af Microsoft til virksomheder, hvilket ville give den nye enhed en betydelig fordel i forhold til virksomheder, der driver opkaldscentre. Ifølge den anfægtede afgørelse ville den nye enhed imidlertid ikke have evne eller være tilskyndet til at føre en udelukkelsesstrategi, hvis konkurrencebegrænsende virkning under alle omstændigheder ville være usandsynlig (213.-221. betragtning til den anfægtede afgørelse).

Retsforhandlinger og parternes påstande

13 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 15. februar 2012 har sagsøgerne anlagt den foreliggende sag.

14 Ved særskilt dokument, der blev indleveret samme dag, fremsatte sagsøgerne i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement også anmodning om hasteprocedure, og subsidiært om, at sagen skal pådømmes forud for andre i henhold til procesreglementets artikel 55, stk. 2.

15 Den 22. marts 2012 har Retten afvist anmodningen om hasteprocedure. Endvidere har Retten ikke tiltrådt anmodningen om, at sagen pådømmes forud for andre.

16 Ved kendelse af 23. maj 2013 imødekom formanden for Rettens Fjerde Afdeling Microsofts interventionsbegæring, som var indgivet til Rettens Justitskontor den 2. marts 2012.

17 Den 29. maj 2012 blev parterne i medfør af procesreglementets artikel 47, stk. 1, meddelt, at yderligere udveksling af processkrifter var ufornøden.

18 Den 11. juli 2012 har Microsoft afgivet interventionsindlæg. Den 24. oktober 2012 har sagsøgerne og Kommissionen fremsat deres bemærkninger til dette indlæg.

19 Den 12. september 2012 har Retten i forbindelse med foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, anmodet parterne om at besvare en række skriftlige spørgsmål. Parterne har besvaret spørgsmålene inden for de fastsatte frister.

20 Da to medlemmer af denne afdeling var forhindret i at deltage i pådømmelsen, udpegede Rettens præsident i henhold til procesreglementets artikel 32, stk. 3, to andre dommere, for at afdelingen kunne blive beslutningsdygtig.

21 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling, og den har som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse stillet intervenienten et skriftligt spørgsmål og opfordret denne til at besvare det under retsmødet. Intervenienten har imødekommet denne anmodning.

22 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten under retsmødet den 29. maj 2013.

23 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— De foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten finder nødvendige, træffes, og navnlig Kommissionen tilpligtes for Retten at fremlægge alle dokumenter vedrørende forhandlingerne om kommunikationerne mellem Kommissionen og fusionsparterne vedrørende eventuelle forpligtelser til interoperabilitet.

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises delvist, og Kommissionen frifindes i øvrigt.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25 Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionen frifindes.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

26 Sagsøgerne har til støtte for søgsmålet fremsat to anbringender om, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved gennemførelsen af artikel 2 og 6 i forordning nr. 139/2004, og om en tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til artikel 296 TEUF. Det første anbringende vedrører vurderingen af fusionens horisontale virkning på markedet for privat kommunikation. Det andet anbringende vedrører Kommissionens fejl ved vurderingen af virkningen af den eventuelle kombination af Skypes brugergrundlag med Lyncs tjenester på erhvervskommunikationsmarkedet.

27 Sagsøgerne har med fremsættelsen af disse to anbringender påberåbt sig argumenter om de beviskrav, der påhviler Kommissionen, når den anvender forordning nr. 139/2004, og styrken af Rettens legalitetskontrol på dette område.

28 Kommissionen har, uden at den formelt har fremsat en afvisningspåstand ved et særskilt dokument i henhold til procesreglementets artikel 114, i sit svarskrift gjort gældende, at Cisco ikke har søgsmålsinteresse til at påstå den anfægtede afgørelse annulleret i medfør af første anbringende, og at Messagenet slet ikke har søgsmålskompetence i sagen.

I - Formaliteten

29 Hvad angår muligheden for at antage sagen til realitetsbehandling for så vidt angår Cisco har Kommissionen, støttet af intervenienten, ikke bestridt, at Cisco er individuelt og direkte berørt af den anfægtede beslutning, og at selskabet således i medfør heraf har søgsmålsinteresse i forhold til denne retsakt, men Kommissionen er af den opfattelse, at Cisco ikke har søgsmålsinteresse i forhold til denne afgørelse, for så vidt som den vedrører markedet for privat kommunikation, og at det første anbringende derfor skal afvises. For så vidt som dette anbringende tilsigter, at det fastslås, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af fusionens påvirkning af et marked, hvor Cisco ikke virker, nemlig markedet for privat kommunikation, kan fremsættelsen af dette anbringende ikke tilføre Cisco en fordel. Kommissionen er af den opfattelse, at sagsøgerne ikke kan fremsætte anbringender, som udelukkende er retligt relevante.

30 Hvad angår Messagenet har Kommissionen, støttet af intervenienten, gjort gældende, at Messagenets ringe deltagelse i den administrative procedure ikke er tilstrækkelig til, at selskabet indrømmes søgsmålsinteresse i forhold til den anfægtede afgørelse. Kommissionen har endvidere bemærket, at Messagenets deltagelse i nævnte procedure ikke har påvirket den anfægtede afgørelses indhold, og at selskabet ikke er identificeret som Skypes konkurrent under denne procedure. Kommissionen har under retsmødet præciseret, at Messagenet ikke engang leverede software til videokommunikation.

31 Kommissionen og intervenienten har heraf udledt, at det første anbringende skal afvises hvad angår Cisco, og at søgsmålet i det hele skal afvises hvad angår Messagenet.

32 Sagsøgerne har bestridt Kommissionens argumenter om, hvorvidt sagen kan antages til realitetsbehandling.

33 Hvad angår muligheden for at antage Ciscos søgsmål til realitetsbehandling skal det bemærkes, at artikel 263, stk. 4, TEUF giver andre personer end adressaten for en retsakt mulighed for at indbringe klage med henblik på annullation af denne retsakt, hvis personen er umiddelbart og individuelt berørt heraf.

34 I henhold til fast retspraksis skal en sagsøgers søgsmålskompetence vurderes i forhold til den anfægtede retsakts virkninger på sagsøgerens retsstilling, for så vidt som denne sagsøger dels er umiddelbart berørt af den anfægtede retsakt (jf. i denne retning Domstolens dom af 26.6.1990, sag C-152/88, Sofrimport mod Kommissionen, Sml. I, s. 2477, præmis 9, og Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 80), dels er individuelt berørt af den samme retsakt (jf. i denne retning Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, på s. 414, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223). Derimod afgøres en sagsøgers søgsmålskompetence ikke ud fra de anbringender, som denne fremsætter til støtte for sit søgsmål.

35 Det samme gælder for spørgsmålet, om sagsøgeren har søgsmålsinteresse. Denne interesse følger af de konsekvenser, som en annullation af den anfægtede retsakt kan have for sagsøgerens retsstilling (Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie og AKZO Chemie UK mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 21, og Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 40). Denne interesse skal være eksisterende og faktisk og vurderes på den dag, hvor sagen bliver anlagt, og foreligger kun, såfremt søgsmålet med sit resultat kan tilføre parten en fordel (jf. Rettens dom af 4.7.2006, sag T-177/04, easyJet mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

36 I det foreliggende tilfælde havde Cisco på den dag, da sagen blev anlagt, en eksisterende og faktisk interesse i, at den anfægtede afgørelse blev annulleret, da denne tillader en fusion, der omfatter en af Ciscos væsentligste konkurrenter, der kan påvirke Ciscos forretningsmæssige situation. Det kan følgelig ikke bestrides, at denne sagsøger har søgsmålsinteresse med hensyn til den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dommen i sagen easyJet mod Kommissionen, præmis 41).

37 Selv om det er korrekt, at Retten skal være afvisende over for, at en sagsøger påberåber sig anbringender, som han ikke har en individuel interesse i at fremsætte (jf. i denne retning Domstolens dom af 30.6.1983, sag 85/82, Schloh mod Rådet, Sml. s. 2105, præmis 13 og 14), gælder det ikke for det første anbringende, som sagsøgerne har påberåbt sig i nærværende sag. Dette anbringende vedrører nemlig direkte vurderingen af fusionens horisontale virkning og dermed et af grundlagene for den anfægtede afgørelses konklusion. Eftersom Cisco har søgsmålsinteresse i forhold til denne konstatering, har selskabet ligeledes en interesse i at anfægte de årsager og slutninger, som har ført Kommissionen til at vedtage denne afgørelse (jf. i denne retning dommen i sagen EasyJet mod Kommissionen, præmis 41).

38 Endvidere skal det bemærkes, at det forhold, at den sagsøgende virksomhed ikke er konkurrent med virksomhederne i fusionen, ikke nødvendigvis indebærer, at den af sagsøgeren anlagte sag skal afvises, bl.a. når sagsøgeren virker på et nabomarked til fusionsparternes marked (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-158/00, ARD mod Kommissionen, Sml. II, s. 3825, præmis 78-95).

39 De to anbringender, som sagsøgerne har fremsat til støtte for deres søgsmål, er nært forbundet. Det andet anbringende er således støttet på forudsætningen om, at den nye enhed vil udnytte sin vigtige stilling på markedet for privat kommunikation, bl.a. for videokommunikation, som afsæt for at fordreje konkurrencebetingelserne på markedet for erhvervskommunikation. Sagsøgerne har på samme grundlag gjort gældende, at fusionens økonomiske formål på markedet for privat kommunikation delvist kan forklares ved muligheden for at gøre markedet for erhvervskommunikation rentabelt.

40 Hvad angår Messagenet skal det bemærkes, at Cisco og Messagenet har indgivet et fælles søgsmål. I henhold til fast retspraksis er det, når der er tale om et fælles søgsmål, og en af sagsøgerne har søgsmålsinteresse, ikke nødvendigt at undersøge, om de andre sagsøgere har retlig interesse, medmindre det sker af hensyn til at lette sagsbehandlingen (jf. i denne retning Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 31, og Rettens dom af 9.7.2007, sag T-282/06, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2149, præmis 50-52). I det foreliggende tilfælde skal Retten, uanset om en særskilt gennemgang af, om Messagenets søgsmål kan antages til realitetsbehandling, måtte vise, at dette selskab ikke har søgsmålskompetence, alligevel undersøge søgsmålet i sin helhed. Der foreligger således ikke hensyn til at lette sagsbehandlingen, der kan begrunde, at Retten afviger fra den pågældende retspraksis.

41 Kommissionens argumentation om afvisning skal således forkastes, og sagen antages til realitetsbehandling.

Om realiteten

Kravene til Kommissionens bevis og omfanget af domstolsprøvelsen

42 Sagsøgerne har indledningsvis fremsat flere argumenter vedrørende de beviskrav, der påhviler Kommissionen ved dens kontrol af fusioner, og omfanget af Rettens legalitetskontrol på dette område.

43 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen til forskel fra afgørelser truffet i henhold til artikel 8 i forordning nr. 139/2004 ikke har nogen skønsbeføjelser, når den træffer afgørelse i henhold til denne forordnings artikel 6, stk. 1, litra b). Den legalitetskontrol, som Retten skal foretage af afgørelser truffet i henhold til denne bestemmelse, vedrører ikke spørgsmålet, om den pågældende fusion hæmmer konkurrencen på det indre marked i betydeligt omfang, men om fusionen objektivt set rejser alvorlig tvivl, der skaber behov for en supplerende undersøgelse. Sagsøgerne har anført, at denne type kontrol svarer til den kontrol, som Retten udøver inden for statsstøtte i forhold til de afgørelser, hvorved Kommissionen beslutter at indlede eller ikke at indlede en procedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF. Retten kan således ikke blot efterprøve, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn. Retten bør derimod undersøge, om Kommissionen uden rimelig tvivl kunne fastslå, at den omtvistede fusion skabte konkurrencemæssige problemer selv på det snævrest mulige marked.

44 Kommissionen har med støtte fra intervenienten bestridt denne argumentation.

45 Det skal bemærkes, at Kommissionen, når den undersøger en fusion i henhold til artikel 2 i forordning nr. 139/2004, foretager en første undersøgelsesfase for at fastslå, om fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med det indre marked i henhold til samme forordnings artikel 6, stk. 1. Såfremt Kommissionen fastslår, at den undersøgte fusion rejser en sådan tvivl, indleder den en anden fase, som Kommissionen skal afslutte med at træffe afgørelse om, hvorvidt fusionen hæmmer konkurrencen på det indre marked betydeligt som omhandlet i artikel 8 i forordning nr. 139/2004.

46 Selv om det er korrekt, at artikel 6 i forordning nr. 139/2004 til forskel fra forordningens artikel 8 henviser til, at der foreligger eller ikke foreligger alvorlig tvivl med hensyn til, om den anmeldte fusion er forenelig med det indre marked, står det ikke desto mindre fast, at Kommissionen i begge tilfælde skal lægge vægt på de samme skønskriterier, som de er fastsat i forordningens artikel 2. I modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, er beviskravene ligeledes ikke højere for afgørelser truffet i henhold til artikel 6 i forordning nr. 139/2004 end for afgørelser truffet i henhold til samme forordnings artikel 8. Beviskravene er nemlig identiske, uanset om Kommissionen som i nærværende sag godkender en fusion ved afslutningen af den første fase eller efter den anden undersøgelsesfase. Svaret på, om Kommissionen kan træffe afgørelse i henhold til artikel 6 eller artikel 8 i forordning nr. 139/2004, afhænger således af rådigheden over beviser over tid, men ikke af deres niveau, således som det i øvrigt fremgår af 35. betragtning til forordning nr. 139/2004.

47 Hvad angår beviskravene fremgår det af Domstolens dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (sag C-413/06 P, Sml. I, s. 4951, præmis 50-53), at Kommissionen i princippet er forpligtet til at tage stilling enten i retning af godkendelse af den anmeldte fusion eller i retning af forbud mod fusionen alt efter dens vurdering af, hvilke økonomiske konsekvenser det er mest sandsynligt, at den omhandlede fusion vil få. Der er således, som Kommissionen har gjort gældende, tale om en sandsynlighedsvurdering, og ikke, som sagsøgerne har gjort gældende, en forpligtelse for Kommissionen til uden rimelig tvivl at godtgøre, at en fusion ikke skaber konkurrencemæssige problemer.

48 Kommissionen har i den henseende med rette bemærket, at forordning nr. 139/2004 ikke bygger på en formodning om, at fusioner er uforenelige med det indre marked. Ordningen med kontrol af fusioner kan således ikke sammenlignes med kontrolordningen iværksat i henhold til artikel 107 TEUF og 108 TEUF, som er støttet på et forbuds- og undtagelsessystem.

49 Sagsøgerne har ganske vist ligeledes med rette bemærket, at artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 139/2004 ikke giver Kommissionen skønsbeføjelser hvad angår indledningen af en anden supplerende undersøgelsesfase, når den støder på alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med det indre marked. Når Kommissionen beviser, at der er alvorlig tvivl om en fusions forenelighed med det indre marked, er den nemlig forpligtet til at indlede en anden undersøgelsesfase. Selv om begrebet »alvorlig tvivl« er af objektiv karakter, har Kommissionen med rette bemærket, at det ikke desto mindre følger heraf, at Kommissionen, inden den træffer en afgørelse i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 139/2004, skal foretage komplekse økonomiske vurderinger, og at den med henblik herpå har en vis skønsmargen, som Retten skal tage hensyn til (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 77).

50 Uanset om en afgørelse træffes i henhold til artikel 6 eller 8 i forordning nr. 139/2004 foreskriver retspraksis følgelig en ensartet grad af retslig prøvelse. Som Kommissionen har gjort gældende, skal den kontrol, Unionens retsinstanser kan udøve med hensyn til Kommissionens komplekse økonomiske vurderinger, i begge tilfælde begrænses til en efterprøvelse af, om procedureregler er overholdt, og af begrundelsen, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Unionens retsinstanser ikke alene skal efterprøve, om de påberåbte beviser er materielt rigtige, om de er troværdige og sammenhængende, men ligeledes om disse elementer udgør de samlede relevante oplysninger, der skal tages hensyn til for at vurdere en kompleks situation, og om de kan understøtte de konklusioner, der er udledt heraf (jf. hvad angår afgørelser truffet i henhold til artikel 8 i forordning nr. 139/2004 Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 39, og hvad angår afgørelser truffet i henhold til samme forordnings artikel 6 dommen i sagen Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, præmis 60).

Det første anbringende om fusionens horisontale virkninger på markedet for privat kommunikation

51 I henhold til den anfægtede afgørelse blander Skypes aktiviteter på området for privat kommunikation og de aktiviteter, Microsoft udøver med WLM, sig med hinanden. Denne sammenblanding vedrører navnlig videokommunikation fra windowsbaserede PC'er, som er det snævre marked. På det snævre marked besad WLM en markedsandel på 30-40% og Skype en markedsandel på 40-50%, hvorfor fusionen skabte en samlet markedsandel på 80-90% (97.-102. og 109. betragtning til den anfægtede afgørelse).

52 Kommissionen fandt imidlertid, at denne kombination ikke rejste alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med det indre marked. Den fandt i den henseende for det første, at markedsandelene ikke var særligt indikative for konkurrencemagten på et marked under udvidelse, og at ethvert forsøg på at indføre priser ville tilskynde forbrugerne til at skifte leverandør, eftersom videokommunikationstjenesterne tilbydes gratis. Dette gælder ligeledes, såfremt den ved fusionen

skabte enhed ophører med at innovere, eftersom forbrugerne tillægger fornyelsen af produkterne stor betydning. For det andet vil den nye enhed være under konkurrencepres fra både nytilkomne, der tilbyder innoverende produkter, og fra eksisterende aktører, herunder bl.a. Google og Facebook. For det tredje er efterspørgslen på videokommunikation tilbudt af WLM udtalt for nedadgående. Endvidere er WLM's tilstedeværelse på tablets og smartphones meget begrænset, skønt der er tale om brugerplatforme, der er under stor udvidelse. For det fjerde formindskes de netværksvirkninger, som fusionen kunne give anledning til, fordi forbrugerne har tendens til at kommunikere i små begrænsede grupper, og fordi de bruger forskellige operatører. Disse faktorer viser, hvor let brugergrupper skifter til andre kommunikationstjenester.

53 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen, såfremt den havde anvendt sine retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004 C 31, s. 5, herefter »retningslinjerne om horisontale fusioner«) og overholdt sin tidligere beslutningspraksis, skulle have undersøgt fusionens konkurrencebegrænsende virkninger. Sagsøgerne har anført, at Kommissionen skulle have analyseret, om disse problemer kunne løses ved at pålægge betingelser for at sikre interoperabiliteten af den nye enheds og konkurrerende leverandørers kommunikationstjenester. Kommissionen foretog ved at godkende fusionen under den første fase uden at kræve forpligtelser i denne retning flere urigtige skøn, idet den ikke har rejst alvorlig tvivl om den pågældende transaktion.

54 Til støtte for det første anbringende har sagsøgerne i det væsentlige anført tre klagepunkter.

55 For det første har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den ikke har taget hensyn til netværksvirkningerne på markederne for privat kommunikation, bl.a. virkninger, der ville skabes på det snævre marked. Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionens analyse af netværksvirkningerne er i strid med dens hidtidige beslutningspraksis, og at Kommissionen tilsidesatte sin begrundelsespligt ved ikke at forklare årsagerne til, at den afveg fra denne praksis.

56 For det andet har sagsøgerne anført, at en kombination af dels en meget stor markedsandel og en koncentrationsgrad på 7 340 ifølge Herfindahl-Hirschmann-indekset (herefter »IHH«) i hvert fald udgør et stærkt indicium på, at der foreligger konkurrencemæssige problemer, der begrunder, at man indleder en supplerende undersøgelse, idet de i den anfægtede afgørelse fremførte argumenter ikke påvirker disse to elementers bevisværdi. Endelig indeholder den anfægtede afgørelse ingen beviser for, at forbrugerne har mulighed for at skifte leverandør, såfremt den nye enhed ophører med at innovere eller sikre interoperabilitet med konkurrerende tjenester.

57 For det tredje har sagsøgerne anført, at Kommissionen vurderede det konkurrencepres, som den nye enhed underkastes, urigtigt.

58 Kommissionen og intervenienten har gjort gældende, at sagsøgernes argumenter er ugrundede.

59 Det fremgår af artikel 2 i forordning nr. 139/2004, at alene fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med det indre marked.

60 Hvad angår horisontale fusioner beskriver retningslinjerne for horisontale fusioner de kriterier, som Kommissionen påregner at anvende for at afgøre, om en fusion opfylder betingelserne for det forbud, der er omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 139/2004. Det følger af disse retningslinjers punkt 22, at disse betingelser bl.a. kan være opfyldt, når en fusion kan fjerne et betydeligt konkurrencemæssigt pres på deltagerne i fusionen, som dermed får større markedsmagt uden at anvende en koordineret adfærd.

61 I henhold til punkt 8 i retningslinjerne om horisontale fusioner kan den omstændighed, at en eller flere virksomheder får en forøget markedsmagt, skade konkurrencen, såfremt denne magt giver den ved fusionen skabte enhed mulighed for med fordel at forøge priserne, mindske produktionen og udvalget af varer og tjenester eller disses kvalitet samt formindske innovationen, eller såfremt denne magt giver enheden mulighed for at påvirke andre konkurrenceparametre.

62 Det følger af fast retspraksis, at Kommissionen bærer bevisbyrden for, at en fusion medfører denne skade på konkurrencen (jf. i denne retning Rettens dom af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 61). Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen, når den bygger sin konklusion på en fremtidig adfærd, som en fusioneret enhed efter dens opfattelse vil udvise efter en fusion, på grundlag af fyldestgørende beviser og med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed skal godtgøre, at denne adfærd faktisk vil manifestere sig (Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 464).

63 Idet Kommissionen således skal foretage en fremtidsanalyse, der giver behov for at tage hensyn til talrige økonomiske faktorer, har den en skønsmargen, som Retten skal tage hensyn til som led i sin prøvelse. Dette betyder imidlertid ikke, at Retten, som det er fastslået ovenfor i præmis 50, skal afstå fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af økonomiske oplysninger.

64 Det er på denne baggrund, at de argumenter, som sagsøgerne har fremsat til støtte for det første anbringende, skal undersøges. Denne undersøgelse foretages imidlertid i en anden rækkefølge end den, hvori sagsøgerne har fremsat deres argumenter. Først skal argumenterne vedrørende markedsandelen nemlig undersøges, hvorefter argumenterne om netværksvirkningerne undersøges. Til sidst analyseres argumenterne om den skade, som den anfægtede fusion kan påføre konkurrencen.

– Markedsandelen

65 Hvad angår den meget store markedsandel på det snævre marked fremgår det af punkt 17 i retningslinjerne om horisontale fusioner samt af retspraksis, som dette punkt henviser til, at markedsandele på 50% eller mere kan være et vægtigt bevis på en dominerende stilling. Det skal imidlertid bemærkes, at markedsandelene udelukkende kan benyttes som indicier for konkurrencemæssige problemer, for så vidt som det marked, som disse dele vedrører, er defineret på forhånd. Det samme gælder for IHH, som sagsøgerne ligeledes har henvist til.

66 I det foreliggende tilfælde sondrede Kommissionen blot mellem privat kommunikation og erhvervskommunikation (jf. præmis 7 ovenfor). Kommissionen tog imidlertid ikke stilling til, om der var grundlag for inden for kategorien privat kommunikation, at identificere, om der forelå mere snævre referencemarkeder ud fra denne kommunikations funktion, platforme eller styresystemer, eftersom Kommissionen fandt, at den anmeldte fusion ikke rejste konkurrencemæssige problemer på selv de mest snævre markeder. Kommissionen fastslog bl.a., at den nye enhed, selv når Kommissionen lagde det snævre marked til grund, fortsat var underlagt et betydeligt konkurrencepres.

67 Sagsøgerne har således støttet deres argument om den nye enheds markedsmagt på det snævre marked på en urigtig påstand, idet Kommissionen ikke definerede tilstedeværelsen af et særskilt marked for privat videokommunikation fra windowsbaserede PC'er. Kommissionen fastslog således ikke i den anfægtede afgørelse, at aktørerne på det snævre marked kunne handle uafhængigt af konkurrencepresset fra andre private kommunikationsmidler, såsom tjenester, der udbydes fra andre platforme eller andre styresystemer. Endvidere har sagsøgerne ikke fremlagt noget bevis eller studie, der giver mulighed for at konkludere, at der findes et sådant snævert marked. Sagsøgerne har derimod blot kritiseret de elementer, som var fremsat i den anfægtede afgørelse for at relativisere markedsandelenes betydning (jf. præmis 56 ovenfor). Denne kritik er i øvrigt ugrundet.

68 For det første skal det hvad angår tallene vedrørende brugen af WLM blot bemærkes, at de i den anfægtede afgørelse nævnte tal viser en betydelig bevægelse i WLM's markedsandel over et relativt begrænset tidsrum på syv måneder. Uanset om tabet af markedsandele var til fordel for Skype eller andre leverandører af videokommunikationstjenester, følger det ikke desto mindre heraf, at disse tal beviser, at markedsandelene er ustabile på det snævre marked, som Kommissionen alene lagde til grund med henblik på sin analyse.

69 Som fremhævet af Kommissionen i den anfægtede afgørelse og i svarskriftet samt af intervenienten er sektoren for privat kommunikation endvidere og navnlig en ny sektor under udvidelse, som er kendetegnet ved korte innovationscyklusser, og hvorpå store markedsandele kan vise sig at være kortvarige. I en sådan dynamisk sammenhæng er store markedsandele ikke nødvendigvis et tegn på en markedsmagt og dermed den varige skade for konkurrencen, som søges forebygget ved forordning nr. 139/2004.

70 Selv om PC'er er den mest benyttede platform til privat videokommunikation, stammer en væsentlig og stigende del af den nye efterspørgsel på disse tjenester for det andet fra brugere af tablets og smartphones, hvis salg ifølge 32. betragtning til den anfægtede afgørelse nu overstiger salget af PC'er i Vesteuropa. Kommissionen og intervenienten har med rette fremhævet betydningen af denne vækst, som ikke bestrides af sagsøgerne, eftersom ethvert forsøg fra den nye enhed på at udøve nogen form for markedsmagt på det snævre marked ville risikere at styrke denne tendens til skade for den nye enhed. Den nye enhed er nemlig mindre til stede på de andre platforme og står over for en stærk konkurrence fra andre operatører, bl.a. Apple og Google.

71 For det tredje har intervenienten ligeledes med rette bemærket, at den stadigt hyppigere brug af tablets og smartphones til videokommunikation betyder, at et stigende antal brugere forventer, at disse kommunikationer kan foretages fra alle slags platforme. WLM's begrænsede tilstedeværelse på tablets og smartphones giver det ikke mulighed for at opfylde denne nye efterspørgsel og nedsætter dermed dets kommercielle tiltrækningsevne. Kommissionen henviste således med rette til denne begrænsede tilstedeværelse for at relativisere betydningen af de store markedsandele, der er konstateret på det snævre marked, som Kommissionen fastlagde som udgangspunkt for sin analyse af konkurrencen i den anfægtede afgørelse.

72 For det fjerde kan sagsøgernes argument om, at Facebook ikke er en reel konkurrent til den ved fusionen opståede enhed, ikke tiltrædes. Det eneste element, som sagsøgerne har fremført til støtte for dette argument, er, at Facebook er en licenstager og strategisk allieret med Skype, som ikke kan bruge Skypes software til at tilbyde tjenester, der konkurrerer med Skypes betalingstjenester, kendt som SkypeOut, der navnlig giver mulighed for opkald til fastnettelefoner og for at foretage videokommunikation mellem mere end to personer. Sagsøgerne har imidlertid ikke gjort gældende, at denne aftale hindrer Facebook i at tilbyde videokommunikationstjenester til forbrugere, som vælger ikke at benytte den nye enhed, såfremt denne beslutter at udøve nogen form for markedsmagt. Kommissionen og intervenienten har i denne forbindelse med rette gjort gældende, at to virksomheders benyttelse af den samme teknologi ikke nødvendigvis påvirker deres konkurrenceforhold.

73 For det femte og i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, er det forhold, at tjenesterne er gratis, en relevant faktor for at vurdere den nye enheds markedsmagt. For så vidt som forbrugerne forventer at modtage tjenester med privat kommunikation gratis, er den nye enheds mulighed for frit at fastsætte sin prispolitik nemlig væsentligt begrænset. Kommissionen har med rette bemærket, at ethvert forsøg på at få brugerne til at betale risikerer at gøre disse tjenester mindre attraktive og vende brugerne til andre leverandører, som fortsat tilbyder deres tjenester gratis. Såfremt den nye enhed skulle beslutte ikke længere at innovere hvad angår sine kommunikationstjenester, risikerer den samtidig ligeledes at gøre dem mindre attraktive, når der tages hensyn til innovationen på det pågældende marked. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der ikke findes tekniske eller økonomiske pålæg, som hindrer brugerne i at skifte leverandør (jf. præmis 79 nedenfor).

74 Det følger heraf, at de markedsandele og den store koncentrationsgrad på det snævre marked, som Kommissionen blot har fastlagt som arbejdsgrundlag, ikke er indicier for en markedsmagt, der giver den nye enhed mulighed for på væsentlig vis at hæmme den effektive konkurrence på det indre marked.

– Om netværksvirkningerne

75 Hvad angår de netværksvirkninger, som følger af den pågældende fusion, og som hæmmer markedsadgangen, har sagsøgerne gjort gældende, at netværksvirkninger skabes på alle markederne for privat kommunikation. Sagsøgerne har dog under retsmødet præciseret, at disse netværksvirkninger yderligere styrker den nye enheds dominerende stilling på det snævre marked.

76 Det skal straks bemærkes, at tilstedeværelsen af netværksvirkninger ikke nødvendigvis skaber en konkurrencemæssig fordel for den nye enhed. På andre dele af markedet for privat kommunikation end delen for videokommunikation fra windowsbaserede PC'er har de konkurrerende operatører nemlig tilstrækkeligt store markedsandele til at udgøre andre netværk. Det følger således af 103.-105. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvis indhold sagsøgerne ikke har anfægtet, at Facebooks brugernetværk for øjebliksbeskeder er større end den ved fusionen skabte enheds netværk. Det følger endvidere af 106.-108. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvis indhold sagsøgerne heller ikke har anfægtet, at fusionen på delen for stemmeopkald ikke vil ændre den nuværende situation, idet WLM's markedsandel herpå er meget begrænset.

77 Hvad angår netværksvirkningerne på det snævre marked har sagsøgerne hverken gjort gældende eller godtgjort, at brugergraden af videokommunikationstjenester med windowsbaserede PC'er, der tilbydes af WLM og Skype, vil øges som følge af fusionen. Sagsøgerne har nemlig kritiseret Kommissionens analyse af netværksvirkningerne, men har ikke fremført elementer, der viser, hvordan sådanne virkninger kan påvirke konkurrencen på det snævre marked (jf. præmis 55 ovenfor).

78 Under alle omstændigheder er klagepunktet om netværksvirkningerne ugrundet.

79 I modsætning til de situationer, der lå til grund for Kommissionens tidligere afgørelser, som sagsøgerne har påberåbt sig, er der for det første, således som intervenienten har anført, ingen tekniske eller økonomiske krav, der hindrer brugerne i at downloade flere kommunikationsapplikationer på deres digitale platforme, så meget desto mere, som der er tale om gratis software, der er let at downloade og kun optager lidt plads på deres harddiske.

80 For det andet er sagsøgernes argument om, at forbrugernes skift til alternative leverandører er besværligt, fordi de tilhører flere små grupper, der er indbyrdes forbundet, støttet på en urigtig formodning om, at skiftet skal omfatte alle grupper i en enkelt operation. Kommissionen og intervenienten har med rette bemærket, at der ikke foreligger nogen økonomisk eller teknisk hindring for, at skiftet kan foretages for små grupper, og at brugerne fortsat benytter flere typer kommunikationssoftware på én gang.

81 I modsætning til sagsøgernes ikke underbyggede påstande fremsatte Kommissionen i den anfægtede afgørelse konkrete indicier for, at der findes et sådant fænomen med multipel hosting. Kommissionen henviste nemlig ikke udelukkende til en sådan samtidig eksistens af WLM og Skype inden fusionen. Den rapport, der er omtalt i fodnoten på s. 52 i den anfægtede afgørelse, nævner flere andre eksempler på multipel brug, der omfatter Skype og alternative leverandører som Yahoo!, AIM og Gmail. Endvidere anføres i 93. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvis indhold sagsøgerne ikke har anfægtet, den nylige tilkomst af konkurrenter såsom Facebook, Viber, Fring og Tango, hvilket skal godtgøre, at netværksvirkningerne under alle omstændigheder ikke hæmmer adgangen til markedet.

82 For det tredje har sagsøgerne heller ikke anfægtet konklusionen i 73. og 74. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter væksten i efterspørgslen efter videokommunikationstjenester for den brede offentlighed i vidt omfang vedrører andre platforme end PC'er, som f.eks. tablets og smartphones. Såfremt en kommunikationssoftwares attraktivitet formodes at øges ud fra antallet af brugere, kan netværksvirkningerne kun være betydelige, hvis denne software giver mulighed for ligeledes at kontakte forbrugere, som benytter disse andre platforme til deres videokommunikation. I nærværende sag er WLM's tilstedeværelse på andre platforme end windowsbaserede PC'er ikke væsentlig, hvorfor fusionen ikke ændrer konkurrencesituationen.

83 For det fjerde skal det hvad angår fusionsparternes lederes forretningsmæssige erklæringer om, at Skypes værdi øges med antallet af brugere, præciseres, at Kommissionen ikke bestrider, at der findes netværksvirkninger. Ifølge 91.-94. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen nemlig blot, at disse netværksvirkninger ikke oprettede adgangshindringer. Endvidere bekræfter nævnte erklæringer snarere end de afkræfter Kommissionens opfattelse. Erklæringerne kan nemlig fortolkes som et eksempel på intervenientens ønske om takket være Skype at få adgang til de platforme, som WLM ikke har givet selskabet mulighed for at nå.

84 Følgelig er klagepunktet om netværksvirkningerne og adgangshindringer, som følger heraf, ugrundet.

– Skaden på konkurrencen

85 Selv om fusionen øger intervenientens markedsmagt, har sagsøgerne ikke fremlagt noget relevant indicium hvad angår den måde, hvorpå denne formodede markedsmagt ville give den nye enhed mulighed for at påføre konkurrencen betydelig skade.

86 For det første har sagsøgerne hvad angår priserne ikke bestridt, at videokommunikationstjenesterne tilbydes brugerne gratis, men har gjort gældende, at prisforhøjelserne kunne vedrøre Skypes tjenester mod andre netværk, reklameindtægter samt indtægter fra forbundne markeder. Sagsøgerne har under retsmødet ligeledes gjort gældende, at Skype kunne forsøge at gøre visse tjenester, som for nærværende tilbydes gratis, betalingspligtige.

87 Disse argumenter kan ikke tiltrædes.

88 Først og fremmest vedrører Skypes betalingstjenester, bl.a. dets tjeneste SkypeOut, kun videokommunikation i meget begrænset omfang. Faktisk stammer en meget lille procentdel af indtægterne fra SkypeOut fra gruppevideokommunikation, som indebærer mere end to brugere af gangen. Som Kommissionen har fremhævet, har ingen leverandør endvidere hidtil kunnet gøre sine videokommunikationstjenester mellem to deltagere betalingspligtige. Forbrugerne forventer, at disse tjenester tilbydes gratis. Sagsøgerne har ikke godtgjort, hvordan fusionen kunne give Skype mulighed for at ændre disse markedsbetingelser, uden at forbrugerne skifter operatør.

89 Sagsøgerne har heller ikke kunnet forklare, hvordan en eventuel markedsmagt på det snævre marked for videokommunikation på windowsbaserede PC'er kan give mulighed for at pålægge en prisstigning for andre kommunikationstjenester. Endvidere har sagsøgerne set helt bort fra det konkurrencepres, der udøves af leverandørerne af traditionel telefoni og andre leverandører af online-stemmeopkald end Skype, såfremt den nye enhed ville forsøge at øge priserne på SkypeOuts stemmekommunikation.

90 Endvidere har sagsøgerne heller ikke forklaret, hvordan den nye enhed ville kunne pålægge annoncørerne en prisforhøjelse. De har hverken gjort gældende eller godtgjort, at der findes et reklamemarked, der specifikt omfatter videokommunikationstjenester til private fra windowsbaserede PC'er. Når der ikke findes et sådant marked, kan annoncørerne let unddrage sig ethvert forsøg på forøgelser ved at rette deres reklameudgifter mod andre medier, uanset om det er internettet eller andre.

91 Endelig har sagsøgerne heller ikke fremlagt oplysninger om muligheden for, at den nye enhed pålægger en prisforøgelse på de forbundne markeder, som f.eks. kommunikationstjenester for virksomheder. Sagsøgerne har blot henvist til deres andet anbringende, som undersøges nedenfor.

92 For det andet er sagsøgernes påstande om fusionens påvirkning af videokommunikationstjenesternes kvalitet og innovation endnu mere abstrakte, så meget desto mere, som de ikke rejser tvivl om Kommissionens konklusioner i 81.-84. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter kommunikationstjenesterne til den brede offentlighed afhænger af innovation. Ethvert forsøg fra den nye enhed på at nedsætte sine tjenesters kvalitet på det snævre marked vil kun accelerere det tab af relativ betydning, som videokommunikationstjenester fra windowsbaserede PC'er lider under (jf. præmis 70 ovenfor).

93 For det tredje kan sagsøgerne ikke udfylde manglerne i deres teorier om konkurrencemæssig skade forårsaget af den omtvistede fusion ved at henvise til købsprisen på 8,5 mia. USD. Kommissionen har i den forbindelse med rette gjort gældende, at vurderingen af en fusion – i betragtning af det store antal mulige forretningsmodeller og manglen på troværdige markedsoplysninger om deres iværksættelse på opstående markeder – ikke kan have til formål at forudsige den model, som vil gøre den nuværende videotelefoni rentabel og således vil være bæredygtig i fremtiden. De beføjelser, som Kommissionen er tillagt i henhold til forordning nr. 139/2004, er nemlig begrænset til kontrollen af betydelige hindringer for konkurrencen, som en fusion kan medføre. Disse beføjelser giver imidlertid ikke Kommissionen mulighed for at udarbejde spekulationer over prisniveauet for en erhvervelse eller udskifte de berørte parters syn på en transaktions værdi med sit eget, så meget desto mere som grundene til støtte herfor ikke altid følger af et rent økonomisk rationale.

94 Det følger heraf, at sagsøgerne ikke har godtgjort, hvordan fusionen kunne skade konkurrencen på markedet for privat kommunikation.

95 Følgelig har sagsøgerne ikke godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fandt, at fusionen ikke rejste alvorlig tvivl om dens forenelighed med det indre marked vedrørende private kommunikationstjenester.

96 Endvidere skal det, for så vidt som sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den ikke har forklaret årsagerne til, at den afveg fra sin hidtidige beslutningspraksis, blot bemærkes, at nærværende sag i modsætning til tidligere afgørelser ikke er kendetegnet ved tekniske eller økonomiske bindinger, der hindrer brugerne i at downloade flere slags kommunikationssoftware på én gang (jf. præmis 79 ovenfor). Det er således ikke et spørgsmål om en tilfældig ændring i politik, således at Kommissionen skulle have begrundet det i den anfægtede afgørelse. Argumentet om en tilsidesættelse af artikel 296 TEUF, som sagsøgerne har fremsat til støtte for deres første anbringende, kan således ikke tiltrædes.

97 I betragtning heraf bør Kommissionen frifindes for det første anbringende i det hele.

Det andet anbringende om fusionens konglomeratvirkninger på markedet for erhvervskommunikation

98 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at tredjemand under den administrative procedure gav udtryk for frygt for, at fusionen ville skabe konglomeratvirkninger på erhvervskommunikationsmarkedet. En af de anmeldte virkninger vedrører den nye enheds oprettelse af en privilegeret forbindelse mellem Skypes brugergrundlag og Microsofts produkt Lync. Denne fortrinsintegration giver den nye enhed en konkurrencemæssig fordel hos erhvervsbrugere, bl.a. hos dem, der driver opkaldscentre.

99 Kommissionen fandt i den anfægtede afgørelse, at denne frygt er ubegrundet. Først og fremmest har den nye enhed ikke evne til at forfølge en sådan strategi, fordi Skype ikke er et produkt, der er tilpasset behovene hos de virksomheder, der driver opkaldscentre. Endvidere er denne enhed heller ikke tilskyndet til at hindre virksomheder, der benytter andre erhvervskommunikationstjenester, i at

kontakte Skype-brugere. Disse virksomheder bevarer muligheden for at downloade Skype gratis. Endvidere er Skype ikke et uundværligt produkt for dem, der driver opkaldscentre, fordi der findes talrige andre løsninger, der giver mulighed for at kommunikere med forbrugerne. Endelig er det usandsynligt, at der kan skabes konkurrencebegrænsende virkninger i de kommende tre år, idet Lync er underlagt konkurrence fra andre store markedsaktører, såsom Cisco og IBM.

100 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ikke tog hensyn til den fordrivelsesstrategi, som den nye enhed kan forfølge på erhvervskommunikationsmarkedet ved at skabe eksklusiv eller præferentiel interoperabilitet mellem Lync-produkterne og Skypes store kundegrundlag. Denne strategi ville give den nye enhed mulighed for at placere Lync som det eneste produkt, der kan opfylde den stigende efterspørgsel fra store erhvervsbrugere, der ønsker at kunne virke sammen med deres kunder og andre erhvervskontakter. Med henblik herpå kan den nye enhed i lighed med Microsofts tidligere udelukkelsespraksis benytte sig af sin stærke position på de markeder, der er forbundet med erhvervskommunikationsmarkedet, samt integrere tilbuddet med Lync i andre Microsoft-produkter. Kommissionen har ved ikke at undersøge denne strategi nærmere og ved at se bort fra den stigende efterspørgsel begrundet sin afgørelse urigtigt og foretaget flere fejl i skønnet af den eksisterende forbindelse mellem det private marked og erhvervsmarkedet, hvor Skype i øvrigt er pænt tilstedeværende.

101 For det første har sagsøgerne bestridt den omstændighed, at den nye enhed ikke har evne til at afskærme markedet. Det relevante spørgsmål er ikke, om Skype er et produkt til opkaldscentre, men at identificere den nye enheds evne til at ændre graden af interoperabilitet til fordel for sine egne tjenester og produkter. Kommissionen anerkendte i 143. betragtning til den anfægtede afgørelse, at dette er tilfældet.

102 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ligeledes tog fejl hvad angår den nye enheds tilskyndelse til at afskærme markedet. Kommissionen støttede sin analyse af denne tilskyndelse på urigtige forudsætninger. Der er ikke tale om at vide, om Skype er et uundværligt produkt, men om integrationen af Skype og Lync medfører, at sidstnævnte bliver et uundværligt produkt for at nå Skypes enorme kundegrundlag og dermed et uundværligt produkt for at opfylde forventningerne hos brugerne af erhvervskommunikation, der ønsker at kunne kommunikere med Skype-brugere. Hvis de ikke er interoperable med Skype, har Lyncs konkurrenter ikke andre reelle muligheder. Den omstændighed, at Skype fortsat er gratis tilgængelig som en applikation, der kan downloades, afklarer dermed ikke det problem, der er skabt af en fortrinsinteroperabilitet mellem Skype og Lync. Endvidere fastslog Kommissionen som led i andre sager, der omhandler intervenienten, selv, at brugerne generelt er tilbageholdende med at downloade flere slags software til samme brug. Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ikke tog hensyn til de årsager, der fik intervenienten til at tilbyde 8,5 mia. USD for at købe Skype, og som netop omhandler den privilegerede forbindelse mellem Skype og Lync, idet den bl.a. så bort fra erklæringerne fra visse repræsentanter for intervenienten. Denne udeladelse er så meget desto mere overraskende som følge af dennes tidligere forhold. Denne virksomhed er allerede gentagne gange blevet dømt for udelukkelsespraksis og fortsætter med at blokere sine produkters interoperabilitet med konkurrenternes.

103 For det tredje er det sagsøgernes opfattelse, at analysen af en udelukkelsesstrategis virkninger er behæftet med et urigtigt skøn. Ikke blot undervurderede Kommissionen Lyncs betydning på erhvervskommunikationsmarkedet på tidspunktet for den administrative procedure, men den så ligeledes bort fra den omstændighed, at Lync blev tilbudt sammen med styresystemet Windows Server og andre Microsoft-produkter, som den nye enhed havde en stærk position med. Endelig er iværksættelsen af en præferentiel eller eksklusiv interoperabilitet mellem Lync og Skype særlig skadelig på markeder, der er kendetegnet ved netværksvirkninger.

104 Kommissionen og intervenienten har gjort gældende, at sagsøgernes argumenter er ugrundede.

105 Sagsøgerne har til støtte for deres andet anbringende i det væsentlige påberåbt sig to klagepunkter.

106 Det første klagepunkt vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten, som den følger af artikel 296 TEUF. Det er sagsøgernes opfattelse, at den anfægtede afgørelse ikke besvarer de argumenter, som Cisco og andre berørte parter fremsatte under den administrative procedure vedrørende den udelukkelsesstrategi, som den nye enhed vil have en tilbøjelighed til at forfølge.

107 Det andet klagepunkt vedrører det åbenbart urigtige skøn, som Kommissionen anlagde, idet den så bort fra de konkurrencemæssige bekymringer, som er fremført i forudgående præmis. Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen ikke tog hensyn til de konglomeratvirkninger, der følger af fusionen. Kommissionen anerkendte bl.a. ikke den nye enheds evne og tilskyndelse til at benytte sin stilling på markedet for privat kommunikation til at fordreje konkurrencen på erhvervskommunikationsmarkedet.

– Om begrundelsen

108 Ifølge fast retspraksis skal den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, præmis 166). Kommissionen er i den forbindelse ikke forpligtet til i begrundelsen for de afgørelser, den må træffe for at sikre anvendelsen af konkurrencereglerne, at tage stilling til alle de argumenter, som de berørte parter har gjort gældende til støtte for deres anmodning. Kommissionen behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende for afgørelsen (jf. Rettens dom af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis). Spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene i artikel 296 TEUF, skal imidlertid ikke blot vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, af 22.6.2004, sag C-42/01, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 6079, præmis 66, og af 15.4.2008, sag C-390/06, Nuova Agricast, Sml. I, s. 2577, præmis 79).

109 Desuden må kravene til en afgørelses begrundelse afpasses efter de faktiske muligheder og de tekniske eller tidsmæssige betingelser, hvorunder retsakten bliver til (jf. Domstolens dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131, org.ref.: Rec. s. 1081, på s. 1096 og 1097, og af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 16, samt dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, præmis 167). Følgelig tilsidesætter Kommissionen ikke sin begrundelsespligt, hvis den i sin afgørelse ikke giver en nøjagtig begrundelse for sin vurdering af en række forhold i forbindelse med fusionen, der er åbenbart uvedkommende, uden betydning eller klart af underordnet relevans for vurderingen af fusionen (dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 64, og i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, præmis 167). Et sådant krav ville således være vanskeligt at forene med kravet om hurtighed og de korte frister under proceduren, som Kommissionen er underlagt, når den udøver sin fusionskontrolbeføjelse, og som udgør en del af de særlige omstændigheder ved en fusionskontrolprocedure (dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, præmis 167).

110 Det følger heraf, at Kommissionen hverken er forpligtet til at besvare alle de argumenter, der fremsættes af parterne og tredjemand under den administrative procedure, eller at give en præcis begrundelse for sin vurdering af disse argumenter.

111 I nærværende sag besvarede Kommissionen i 213.-221. betragtning til den anfægtede afgørelse de argumenter, der var fremsat af Cisco og andre berørte parter. Selv om det er rigtigt, at denne begrundelse er kortfattet, er den i betragtning af nærværende sags særlige kontekst ikke dermed i strid med kravene i henhold til artikel 296 TEUF.

112 Det skal nemlig bemærkes, at Kommissionen nævnte, at den havde modtaget et relativt stort antal bemærkninger fra tredjemænd, som den skulle undersøge inden for et relativt kort tidsrum. Endvidere er den teori om konglomeratvirkninger, som Cisco havde fremsat under den administrative procedure, kompleks og abstrakt (jf. præmis 124-127 nedenfor), skønt fusioner, der skaber konglomerater, normalt ikke skaber konkurrencemæssige problemer (jf. præmis 115 og 116 nedenfor).

113 På denne baggrund vil det være overdrevent at kræve en mere detaljeret beskrivelse i den anfægtede afgørelse af hvert forhold til støtte for analysen af teorien om konglomeratvirkninger. Kommissionen kunne således besvare Ciscos argumenter summarisk, så meget desto mere, som denne sagtens forstod begrundelsen, hvilket dette søgsmål bevidner.

114 Heraf følger, at andet anbringendes første klagepunkt skal forkastes som ugrundet.

– Tilstedeværelsen af et åbenbart urigtigt skøn

115 For at præcisere sine vurderingskriterier, som de er pålagt ved artikel 2 i forordning nr. 139/2004 inden for fusioner, der skaber konglomeratvirkninger, har Kommissionen offentliggjort retningslinjer for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2008 C 265, s. 6). Det følger af disse retningslinjers punkt 11 og 92, at denne type fusion ikke omfatter konkurrerende virksomheder, hvorfor det er mindre sandsynligt, at disse fusioner skaber konkurrencemæssige problemer end horisontale fusioner. Endvidere kan de give de berørte parter mulighed for at gennemføre effektivitetsgevinster.

116 Imidlertid kan fusioner, der skaber konglomeratvirkninger, under visse betingelse skabe konkurrencemæssige problemer. Det kan bl.a. forekomme, når fusionen giver den nye enhed mulighed for at forfølge en strategi for at afskærme markedet. Ifølge punkt 93 i retningslinjer for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser kan en afskærmning af markedet nemlig ske, hvis kombinationen af produkter på beslægtede markeder kan give den fusionerede virksomhed mulighed for og incitament til med løftestangsvirkning at udnytte en stærk markedsstilling på et marked til at afskærme konkurrencen på et andet marked. I henhold til retspraksis skal denne virkning på det andet marked være forudsigelig inden for en relativ nær fremtid, for at fusionen skaber konkurrencemæssige problemer i henhold til forordning nr. 139/2004 (jf. i denne retning Rettens dom af 25.10.2002, sag T-5/02, Tetra Laval mod Kommissionen, Sml. II, s. 4381, præmis 148-153).

117 Hvad angår beviset for sådanne konglomeratvirkninger er det ved retspraksis bestemt, at kvaliteten af de af Kommissionen fremlagte beviser for at godtgøre, at det er nødvendigt at træffe en afgørelse om, at en fusion er uforenelig med det indre marked, var særligt væsentlig. Vurderingen af en fusion med karakter af konglomerat hviler nemlig på en fremtidsanalyse, hvorved den omstændighed, at der tages hensyn til et tidsrum i fremtiden, og den løftestangsvirkning, der er nødvendig, for at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt, indebærer, at årsagssammenhæng mellem virkningerne er vanskelig at adskille og usikre og svære at godtgøre (dommen i sagen Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, præmis 50; jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, præmis 44).

118 Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen kun kan erklære en fusion uforenelig med det indre marked, hvis den betydelige hæmning af konkurrencen er en direkte og umiddelbar følge af fusionen. En sådan hæmning, der følger af den fusionerede enheds senere beslutninger, kan anses for en direkte

og umiddelbar følge af fusionen, hvis denne fremtidige adfærd gøres mulig og økonomisk rationel ved ændringen af markedets kendetegn og struktur forårsaget af fusionen (Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 58; jf. i denne retning dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 94).

119 I nærværende sag har sagsøgerne bl.a. fremhævet den nye enheds mulighed for at fordreje konkurrencebetingelserne på erhvervskommunikationsmarkedet til fordel for Lync ved at sikre dette produkts præferentielle interoperabilitet med Skype og således med denne kommunikationssoftwares store brugergrundlag.

120 Det står fast, at denne interoperabilitet endnu ikke var sikret, da den anfægtede afgørelse blev vedtaget, og at den endnu krævede et relativt langvarigt og komplekst innovationsarbejde. Ifølge de oplysninger, der er fremlagt af intervenienten, og som sagsøgerne ikke har bestridt, vil opbygningen af en databro mellem Lync og Skype ikke blive afsluttet før i 2013. Såfremt det forudsættes, at dette arbejde færdiggøres inden for den forventede frist, skal den nye enhed endvidere stadig iværksætte et markedsføringsarbejde af det nye produkt hos erhvervskunder, der kunne være interesserede. Dette forretningsskridt skal således udføres i løbet af 2014. Endelig er det, for at de konkurrencebegrænsende virkninger, som sagsøgerne frygter, kan opstå samme år, endvidere nødvendigt, at optræden, idet Kommissionen har henvist til en treårig periode fra vedtagelsen af afgørelsen, får en forretningsmæssig succes af et sådant omfang, at det på nærmest øjeblikkelig vis får erhvervskommunikationsmarkedet til at vende til fordel for Lync, og at det giver den nye enhed mulighed for at afskærme dette marked. Denne forretningssucces skal indebære en større ændring i operatørernes stilling på markedet og bl.a. betyde, at Lyncs markedsandel på erhvervskommunikationsmarkedet, som i 2011 var 16%, udvikler sig betydeligt i sammenligning med Ciscos, der var 32% samme år.

121 Den afskærmende virkning, som sagsøgerne frygter, afhænger således af en række faktorer, hvor det ikke er sikkert, at alle vil kunne opstå i en tilstrækkeligt nær fremtid, for at fremtidsanalysen af fusionens virkninger ikke bliver rent spekulativ (jf. præmis 116 ovenfor). Kommissionen henviste i den forbindelse, som nævnt ovenfor, til en treårig periode efter vedtagelsen af afgørelsen. Denne periode, som sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt, er relativt lang, når der som i nærværende sag er tale om en sektor med ny teknologi, der er kendetegnet ved en relativt kort innovationscyklus. Endelig er sagsøgernes argumentation ikke alene støttet på fremtidige og usikre begivenheder, men den ser ligeledes bort fra muligheden for, at den nye enheds konkurrenter tilpasser deres forretnings- og teknologiske politik til at foregribe og bekæmpe en eventuel afskærmningsstrategi.

122 Det skal følgelig fastslås, at de markedsafskærmningsvirkninger, som sagsøgerne har gjort gældende, er for usikre til, at de kan anses for en direkte og umiddelbar følge af fusionen.

123 Selv om de negative virkninger, som sagsøgerne frygter, kunne anses for en følge af fusionen, kan det af de årsager, der er anført nedenfor, desuden ikke konkluderes, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at afvise, at der foreligger alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med det indre marked.

124 Hvad for det første angår den nye enheds evne til at afskærme markedet skal det for det første bemærkes, at sagsøgernes forklaringer om den konkurrencemæssige fordel, som den nye enhed ville have, er uklare. Det forekommer, at den nye enhed ved integrationen af Lync og Skypes brugergrundlag anses for at have en betydelig forretningsfordel på erhvervskommunikationsmarkedet. Denne integration giver nemlig erhvervsbrugerne mulighed for bl.a. visuelt at kommunikere med deres kunder og andre erhvervskontakter, som f.eks. leverandører og forhandlere, ved at bruge den samme software som den, der anvendes til kommunikation internt i virksomheden.

125 Sagsøgerne har imidlertid ikke fremlagt noget tydeligt bevis på eksistensen, omfanget eller udviklingen af efterspørgslen på et sådant produkt. De har henvist til de oplysninger, som Cisco har afgivet til Kommissionen under den administrative procedure, og som blot nævner navnet på nogle store

virksomheder eller sektorer, som ønsker at kommunikere med Skype-brugere, uden at det dog præciseres, om disse ønsker vedrører det fremtidige produkt, der integrer Lync og Skype. Intervenienten har derimod fremlagt konkrete indicier på Lyncs kunders manglende interesse for et kommunikationsværktøj med øjebliksmeddelelser.

126 For det andet har sagsøgerne, selv om der skulle foreligge en egentlig og betydelig efterspørgsel på et kommunikationsværktøj som det, der følger af en integration af Lync og Skype, fortsat ikke forklaret årsagerne til, at erhvervsbrugerne netop skulle ønske at kommunikere med Skype-brugere. Sagsøgerne har blot påberåbt sig Skypes store kundegrundlag og den nye enheds dominerende stilling på markedet for privat kommunikation, bl.a. for videokommunikation på windowsbaserede PC'er. Som Kommissionen med rette har bemærket, ønsker de virksomheder, der eventuelt er interesserede i et integreret kommunikationsværktøj, først og fremmest at kommunikere med forbrugerne af deres produkter og tjenester og ikke med Skype-brugerne. Det fremgår ikke klart, om disse brugere ligeledes er nuværende eller potentielle kunder hos virksomheder, der kan købe det produkt, der følger af integrationen af Lync og Skype, og endnu mindre, at disse brugere ønsker at kommunikere visuelt med disse virksomheder.

127 Selv om det forudsættes, at Skype-brugerne udgør en forretningsmæssigt interessant forbrugergruppe, giver Skype endvidere ikke virksomhederne mulighed for at skride aktivt frem. Som Kommissionen og intervenienten har anført, er det nemlig ikke muligt at kontakte Skype-brugere, som normalt benytter et pseudonym, uden forudgående tilladelse. Såfremt den kommercielle interesse i det produkt, der følger af integrationen af Lync og Skype, vedrører Skype-brugernes mulighed for at kontakte de virksomheder, der sælger dem produkter og tjenesteydelser, har sagsøgerne imidlertid heller ikke præciseret den kommercielle fordel ved dette integrerede produkt frem for andre kommunikationsmetoder mellem virksomheder og forbrugere, såsom traditionel telefoni. Kommissionen og intervenienten har nemlig med rette bemærket, at det som følge af disse andre kommunikationsmetoders tilstedeværelse ikke er sandsynligt, at det produkt, der følger af integrationen af Lync og Skype, bliver uundværligt for virksomheder, der ønsker at kommunikere med deres forbrugere. Det skal ligeledes bemærkes, at applikationen Skype fortsat er tilgængelig og kan downloades efter fusionen, og at enhver virksomhed således fuldt ud har mulighed for at give sine kunder mulighed for at kontakte virksomheden med Skype ved at anføre sit Skype-brugernavn på sine produkter, i reklamer eller på sin internetside. For at kommunikere med Skype-brugere har en virksomhed ikke behov for at have det produkt, der følger af integrationen af Lync og Skype.

128 For det tredje har den nye enhed, såfremt det produkt, der følger af integrationen af Lync og Skype, giver enheden en egentlig konkurrencemæssig fordel, fortsat ikke evne til at forfølge en markedsafskærmningsstrategi. Dels fremgår det af analysen af det første anbringende, at fusionen ikke rejser alvorlig tvivl om dens forenelighed med det indre marked hvad angår de private kommunikationstjenester. Dels har Lyncs konkurrenter, herunder Cisco, som bemærket ovenfor i præmis 121, fortsat tilstrækkelig tid til at udvikle en forretningspolitik for at bekæmpe den markedsafskærmningsstrategi, som den nye enhed eventuelt kunne forfølge. Disse konkurrenter kan nemlig tilpasse deres produktpriser, -kvalitet eller -funktioner eller anvende tjenesteydelser fra andre store leverandører af private kommunikationstjenester, som f.eks. Facebook, Twitter og Google. Det skal i den forbindelse bemærkes, at talrige virksomheder allerede er tilknyttet denne type netværk, hvilket intervenienten har gjort gældende.

129 Sagsøgerne kan ikke anfægte den nye enheds ringe markedsmagt ved at henvise til 143. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter Kommissionen anerkendte Microsofts evne til at iværksætte afskærmningspolitik på andre markeder. Denne betragtning vedrører nemlig ikke erhvervskommunikationsmarkedet, men det private kommunikationsmarked og navnlig den nye enheds mulighed for at kombinere andre Microsoft-produkter, i dette tilfælde Windows, Windows Internet Explorer eller Microsoft Office, med Skype.

130 Endvidere har sagsøgerne ikke fremlagt andre elementer, der giver mulighed for at godtgøre, at den nye enhed har evne til at iværksætte den markedsafskærmningsstrategi, de har gjort gældende.

131 Hvad for det andet angår den nye enheds incitament til at forfølge en sådan strategi skal det bemærkes, at sagsøgerne ikke har fremlagt konkrete oplysninger om den fortjeneste, som denne strategi kunne give den nye enhed. Sagsøgerne har blot henvist til den store størrelse på Skypes brugergrundlag, transaktionens værdi, som udgør 8,5 mia. USD, visse erklæringer fra Microsofts administrerende direktør og selskabets tidligere udelukkelsespraksis.

132 Eftersom der ikke foreligger oplysninger om tilstedeværelsen, omfanget og arten af efterspørgslen på et produkt, der integrerer Skype og Lync, er det vanskeligt, endog umuligt, at vurdere, om en udelukkelsesstrategi kan være profitabel for den nye enhed. Endvidere er det, idet Skype fortsat er tilgængelig for alle brugere, herunder virksomheder, som en software, der kan downloades, ligeledes vanskeligt at besvare spørgsmålet, om disse virksomheder vil foretrække det integrerede produkt frem for et konkurrerende erhvervskommunikationssystem i kombination med en downloading af Skype-programmet. Henvisningerne til tidligere forretningspraksis på andre markeder end markedet for privat kommunikation, til transaktionens værdi og de forretningsmæssige erklæringer fra visse repræsentanter fra Microsoft kan ikke afhjælpe disse mangler.

133 Der er således ikke håndgribelige faktorer, der giver mulighed for at konkludere, at den nye enhed er tilskyndet til at iværksætte en markedsafskærmningsstrategi.

134 Hvad for den andet angår en sådan strategis sandsynlige overordnede virkning på priser og valg skal det, således som Kommissionen og intervenienten har gjort, bemærkes, at Lyncs tilstedeværelse på erhvervskommunikationsmarkedet ganske vist er væsentlig, men at den er lavere end dets konkurrenters og navnlig end Ciscos. For så vidt som det vil tage flere år at iværksætte strategien (jf. præmis 120 og 121 ovenfor), var det ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse ikke forudseeligt, at en sådan strategi kunne medføre en omvæltning af de konkurrencemæssige forhold til fordel for Lync inden for årene efter denne vedtagelse.

135 Den omstændighed, at Lync kan sælges sammen med andre Microsoft-produkter, ændrer ikke ved denne konklusion, eftersom en sådan salgsstrategi ikke afhænger af den af den anfægtede afgørelse omhandlede fusion.

136 Følgelig har Kommissionen ikke anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved sin vurdering af konglomeratvirkningerne på erhvervskommunikationsmarkedet.

137 Det andet anbringendes andet klagepunkt, og dermed det andet anbringende i det hele, skal således i det hele forkastes som ugrundet.

138 I betragtning af det ovenstående skal Kommissionen frifindes for påstanden om annullation af den anfægtede afgørelse.

139 Endelig har sagsøgerne hvad angår det første punkt i påstandene i det væsentlige påstået, at Retten træffer en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, hvorved Kommissionen forpligtes til at forelægge Retten alle dokumenter vedrørende forhandlingerne om meddelelserne mellem Kommissionen og fusionsparterne vedrørende eventuelle forpligtelser til interoperabilitet. For så vidt som det fremgår af betragtningerne ovenfor, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at godkende fusionen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 139/2004, er der som led i nærværende sag ikke grundlag for at forhøre sig, om Kommissionen eventuelt kunne have haft diskussioner om forpligtelser til interoperabilitet. Retten finder følgelig, at der ikke er grundlag for at vedtage de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er omhandlet i første punkt i påstandene.

Sagens omkostninger

140 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens og intervenientens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Cisco Systems Inc. og Messagenet SpA betaler deres egne omkostninger og bærer de omkostninger, der er afholdt af Kommissionen og Microsoft Corp.

Papasavvas van der Woude Wetter

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. december 2013.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder . . . 2
Sagens parter . . . 2
Den administrative procedure . . . 2
Den anfægtede afgørelses indhold . . . 2
Retsforhandlinger og parternes påstande . . . 4
Retlige bemærkninger . . . 5
I - Formaliteten . . . 5
Om realiteten . . . 7
Kravene til Kommissionens bevis og omfanget af domstolsprøvelsen . . . 7
Det første anbringende om fusionens horisontale virkninger på markedet for privat kommunikation . 8
– Markedsandelen . . . 10
– Om netværksvirkningerne . . . 12

Det andet anbringende om fusionens konglomeratvirkninger på markedet for erhvervskommunikation 14

– Om begrundelsen 16

– Tilstedeværelsen af et åbenbart urigtigt skøn 17

Sagens omkostninger 21