



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

11 december 2013 *

„Mededinging — Concentraties — Europese markten voor communicatiediensten via internet —
Besluit waarbij concentratie verenigbaar met gemeenschappelijke markt wordt verklaard —
Kennelijke beoordelingsfouten — Motiveringsplicht”

In zaak T-79/12,

Cisco Systems Inc., gevestigd te San Jose, Californië (Verenigde Staten),

Messagenet SpA, gevestigd te Milaan (Italië),

vertegenwoordigd door L. Ortiz Blanco, J. Buendía Sierra, A. Lamadrid de Pablo en K. Jörgens,
advocaten,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. Khan, S. Noë en C. Hödlmayr als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Microsoft Corp., gevestigd te Seattle, Washington (Verenigde Staten), vertegenwoordigd door
G. Berrisch, advocaat,

interveniente,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van besluit C(2011) 7279 definitief van de Commissie van
7 oktober 2011, waarbij de concentratie van ondernemingen waarbij Skype Global Sàrl door Microsoft
Corp. is overgenomen, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de Overeenkomst betreffende
de Europese Economische Ruimte (EER) is verklaard (zaak nr. COMP/M.6281 – Microsoft/Skype),

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: S. Papasavvas, waarnemend voor de president, M. van der Woude (rapporteur)
en C. Wetter, rechters,

griffier: S. Spyropoulos, administrateur,

* Procestaal: Engels.

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 mei 2013,
het navolgende

Arrest

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

Partijen

- 1 Verzoeksters, Cisco Systems Inc. (hierna: „Cisco”) en Messagenet SpA, zijn ondernemingen die met name diensten en software voor internetcommunicatie leveren aan respectievelijk ondernemingen en het grote publiek.
- 2 Interveniënte, Microsoft Corp., ontwerpt, ontwikkelt en verhandelt een uitgebreid assortiment softwareproducten voor verschillende soorten computersystemen. Deze producten omvatten diensten en software voor internetcommunicatie.
- 3 Skype Global Sàrl (hierna: „Skype”) levert diensten en software voor internetcommunicatie. Deze producten maken instant messaging, audio-oproepen en videogesprekken via internet mogelijk.

Administratieve procedure

- 4 Op 2 september 2011 heeft Microsoft overeenkomstig artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1) een concentratie aangemeld waarmee zij beoogde de zeggenschap over Skype te verwerven.
- 5 Verzoeksters hebben meegewerkt aan het door de Europese Commissie gevoerde onderzoek. In dat kader heeft Cisco op 1 augustus 2011 deelgenomen aan een bijeenkomst met de Commissie en op 12 en 18 augustus 2011 op haar vragen geantwoord, nog voordat Microsoft de concentratie formeel had aangemeld. Op 9 september 2011 heeft zij aanvullende antwoorden verstrekt. Cisco heeft eveneens geantwoord op andere vragen die de Commissie op 13 september 2011 heeft gesteld: op 14 september 2011 heeft zij tijdens een videoconferentie aanvullende inlichtingen verstrekt en op 19 en 26 september 2011 heeft zij schriftelijke opmerkingen ingediend. Messagenet heeft schriftelijke opmerkingen aan de Commissie gezonden op 20 september 2011, deelgenomen aan een conferentiegesprek op 4 oktober 2011 en dezelfde dag aanvullende inlichtingen verstrekt.
- 6 Op 7 oktober 2011 heeft de Commissie op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 139/2004, besluit C(2011) 7279 vastgesteld waarbij de concentratie van ondernemingen waarbij Skype door Microsoft werd overgenomen, verenigbaar werd verklaard met de gemeenschappelijke markt en de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) (zaak COMP/M.6281 – Microsoft/Skype) (hierna: „bestreden besluit”).

Inhoud van het bestreden besluit

- 7 In het bestreden besluit heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen internetcommunicatiediensten voor het grote publiek (hierna: „particuliere communicatie”) en die voor ondernemingen (hierna: „zakelijke communicatie”) (punten 10-17 van het bestreden besluit). De Commissie heeft het niet nodig geacht om in het kader van haar mededingingsanalyse binnen elk van deze twee grote categorieën van communicatie een meer

gedetailleerde onderverdeling te maken, aangezien zij van mening was dat de aangemelde concentratie niet tot concurrentieproblemen zou leiden, zelfs niet op de nauwst mogelijk afgebakende markten (punten 18-63 van het bestreden besluit). De Commissie heeft dus in het kader van haar analyse de invloed van de concentratie op elk van de twee door haar onderscheiden markten onderzocht.

- 8 Wat de geografische omvang van de markt betreft, heeft de Commissie geen standpunt ingenomen over de precieze afbakening van de geografische referentiemarkt, aangezien zij van mening was dat de transactie niet tot concurrentieproblemen zou leiden, zelfs niet indien werd uitgegaan van de kleinste mogelijke markt, die van de Europese Economische Ruimte (EER) (punten 64-68 van het bestreden besluit).
- 9 Wat de horizontale gevolgen van de concentratie voor de markt voor particuliere communicatie betreft, heeft de Commissie, na de kenmerken van de markt te hebben onderzocht (punten 69-95 van het bestreden besluit), verwezen naar de kleinste mogelijke segmenten waarop de diensten van Microsoft en die van Skype elkaar het meest overlappen, namelijk het segment van instant messaging via personal computers (hierna: „pc's”) die draaien op het besturingssysteem Windows (hierna: „Windows”), het segment van audio-oproepen via pc's die op Windows draaien, en het segment van videogesprekken via hetzelfde soort pc's. De Commissie was van mening dat er geen ernstige twijfel over bestond dat de transactie verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, zelfs in deze kleine segmenten (punten 96-132 van het bestreden besluit). Meer bepaald was de Commissie van mening dat Microsoft concurrentiedruk zou ondervinden in het segment van videogesprekken via pc's die op Windows draaien (hierna: „kleine markt”), waarin de nieuwe entiteit een marktaandeel van 80 tot 90 % zou hebben voor de onder de merknaam „Windows Live Messenger” (hierna: „WLM”) aangeboden diensten van Skype en Microsoft.
- 10 In het bestreden besluit is eveneens onderzocht of de concentratie conglomerateffecten zou hebben op de markt voor particuliere communicatie, met name gelet op de belangrijke positie die bepaalde producten van Microsoft, zoals Windows, de browser Windows Internet Explorer en de software Microsoft Office, op andere softwaremarkten innamen. De Commissie heeft zich dienaangaande op het standpunt gesteld dat de nieuwe entiteit in staat was, maar geen reden had, om deze positie te gebruiken om de mededinging ten gunste van de producten van Skype en Microsoft te vervalsen door de interoperabiliteit van deze producten met concurrerende producten te verminderen of door haar toevlucht te nemen tot koppelverkoop. Zelfs indien de nieuwe entiteit zou trachten een dergelijke afschermingsstrategie toe te passen, zou dit volgens de Commissie slechts beperkte of zelfs geen mededingingsversturende gevolgen hebben (punten 133-170 van het bestreden besluit).
- 11 Wat de horizontale gevolgen van de concentratie op de markt voor zakelijke communicatie betreft, is de Commissie tot de conclusie gekomen dat er geen ernstige twijfel over bestaat dat de transactie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. De aanwezigheid van Skype op de markt is beperkt, en de nieuwe entiteit zou geen marktleider worden, zelfs niet in de kleinste marktsegmenten waarin Skype niettemin actief is (punten 177-202 van het bestreden besluit).
- 12 In het bestreden besluit is ook ingegaan op de vrees die traditionele telefoonoperators en andere verstrekkers van diensten voor zakelijke communicatie tijdens het onderzoek hadden geuit over mogelijke gevolgen van het conglomeraat voor de markt voor zakelijke communicatie, en vastgesteld dat deze vrees ongegrond was (punten 203-221 van het bestreden besluit). Deze vrees had onder meer betrekking op de mogelijkheid dat de nieuwe entiteit een bevoorrechte combinatie zou creëren van gebruikers van Skype en die van Lync, de door Microsoft ontwikkelde communicatiesoftware voor ondernemingen, wat de nieuwe entiteit een belangrijk voordeel zou opleveren bij ondernemingen die callcenters exploiteren. Volgens het bestreden besluit zou de nieuwe entiteit evenwel niet in staat zijn en geen reden hebben om een uitsluitingsstrategie te volgen, en was het hoe dan ook onwaarschijnlijk dat een dergelijke strategie mededingingsversturende gevolgen zou hebben (punten 213-221 van het bestreden besluit).

Procedure en conclusies van partijen

- 13 Bij verzoekschrift, ingediend ter griffie van het Gerecht op 15 februari 2012, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.
- 14 Bij afzonderlijke akte, die zij dezelfde dag hebben neergelegd, hebben verzoeksters krachtens artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht eveneens verzocht om volgens een versnelde procedure uitspraak te doen, en hebben zij subsidiair verzocht om de zaak bij voorrang te berechten in de zin van artikel 55, lid 2, van dat Reglement.
- 15 Op 22 maart 2012 heeft het Gerecht het verzoek om versnelde behandeling afgewezen. Het heeft evenmin het verzoek ingewilligd om de zaak bij voorrang te berechten.
- 16 Bij beschikking van 23 mei 2012 heeft de president van de Vierde kamer van het Gerecht het op 2 maart 2012 ter griffie van het Gerecht ingediende verzoek van Microsoft tot interventie ingewilligd.
- 17 Op 29 mei 2012 is de partijen overeenkomstig artikel 47, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering meegedeeld dat een tweede memoriwisseling niet nodig was.
- 18 Op 11 juli 2012 heeft Microsoft een memorie in interventie neergelegd. Op 24 oktober 2012 hebben verzoeksters en de Commissie hun opmerkingen over deze memorie ingediend.
- 19 Op 12 september 2012 heeft het Gerecht bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang schriftelijke vragen gesteld aan de partijen. De partijen hebben binnen de gestelde termijnen op deze vragen geantwoord.
- 20 Omdat twee leden van de kamer verhinderd waren, heeft de president van het Gerecht overeenkomstig artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering twee andere rechters aangewezen ter aanvulling van de kamer.
- 21 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het interveniënte een schriftelijke vraag gesteld en haar verzocht, deze vraag ter terechtzitting te beantwoorden. Interviënte heeft aan dit verzoek voldaan.
- 22 Ter terechtzitting van 29 mei 2013 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.
- 23 Verzoeksters verzoeken het Gerecht:
 - de maatregelen tot organisatie van de procesgang te gelasten die het noodzakelijk acht, en met name de Commissie te gelasten, het Gerecht alle documenten betreffende de onderhandelingen tussen de Commissie en de partijen bij de transactie te verstrekken waarin eventuele verbintenissen om interoperabiliteit te verzekeren worden besproken;
 - het bestreden besluit nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 24 De Commissie verzoekt het Gerecht:
 - het beroep deels niet-ontvankelijk en deels ongegrond te verklaren;
 - verzoeksters te verwijzen in de kosten.

25 Interveniente verzoekt het Gerecht:

- het beroep te verwerpen;
- verzoeksters te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 26 Ter ondersteuning van het beroep voeren verzoeksters twee middelen aan. Volgens hen heeft de Commissie kennelijke beoordelingsfouten gemaakt bij de toepassing van de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 139/2004 en is zij haar uit artikel 296 VWEU voortvloeiende motiveringsplicht niet nagekomen. Het eerste middel betreft de beoordeling van de horizontale gevolgen van de concentratie op de markt voor particuliere communicatie. Het tweede middel betreft de vergissingen die de Commissie zou hebben begaan bij de beoordeling van de gevolgen van een eventuele combinatie van de gebruikersbasis van Skype met de diensten van Lync op de markt voor zakelijke communicatie.
- 27 Ter inleiding van deze twee middelen voeren verzoeksters een aantal argumenten aan over de bewijslast die op de Commissie rust bij de toepassing van verordening nr. 139/2004 en over de vraag hoe ver de wettigheidscontrole van het Gerecht op dit gebied reikt.
- 28 Zonder formeel op grond van artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering bij afzonderlijke akte een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen, stelt de Commissie in haar verweerschrift dat Cisco geen procesbelang heeft voor zover zij op grond van het eerste middel verzoekt om nietigverklaring van het bestreden besluit, en dat Messagenet al helemaal geen procesbevoegdheid heeft in deze zaak.

Ontvankelijkheid

- 29 Wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft voor zover dit is ingesteld door Cisco, betwist de Commissie, die wordt ondersteund door interveniente, niet dat Cisco individueel en rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit en dus op die grond bevoegd is om tegen deze handeling op te komen. Zij is evenwel van mening dat Cisco geen belang heeft om beroep in te stellen tegen dit besluit voor zover dit betrekking heeft op de markt voor particuliere communicatie, en dat het eerste middel dus niet-ontvankelijk is. Dit middel kan Cisco immers geen voordeel opleveren, aangezien het ertoe strekt te doen vaststellen dat de Commissie zich kennelijk heeft vergist bij de beoordeling van de mogelijke invloed van de concentratie op de mededinging op een markt waarop zij niet aanwezig is, namelijk die van de particuliere communicatie. De Commissie is van mening dat verzoeksters niet louter in het belang van het recht middelen kunnen aanvoeren.
- 30 Wat Messagenet betreft, betoogt de Commissie, die hierin wordt ondersteund door interveniente, dat de beperkte deelname van Messagenet aan de administratieve procedure niet volstaat om haar bevoegdheid te verlenen om een beroep in te stellen tegen het bestreden besluit. Bovendien merkt zij op dat de deelname van Messagenet aan deze procedure geen enkele invloed heeft gehad op het bestreden besluit en dat tijdens deze procedure niet is vastgesteld dat zij een concurrent is van Skype. De Commissie heeft ter terechtzitting gepreciseerd dat Messagenet zelfs geen software voor videogesprekken aanbod.
- 31 De Commissie en interveniente leiden hieruit af dat het eerste middel niet-ontvankelijk is voor zover het betrekking heeft op Cisco en dat het beroep in zijn geheel niet-ontvankelijk is voor zover het betrekking heeft op Messagenet.
- 32 Verzoeksters betwisten de argumenten van de Commissie over de ontvankelijkheid van het beroep.

- 33 Wat de ontvankelijkheid van het door Cisco ingestelde beroep betreft, zij eraan herinnerd dat artikel 263, vierde alinea, VWEU andere personen dan de adreessaat van een handeling de mogelijkheid biedt om een beroep tot nietigverklaring van deze handeling in te stellen indien deze hen rechtstreeks en individueel raakt.
- 34 Volgens de rechtspraak wordt de procesbevoegdheid van een verzoekende partij beoordeeld aan de hand van de gevolgen van de bestreden handeling op haar rechtspositie in die zin dat wordt nagegaan of de verzoekende partij rechtstreeks wordt geraakt door de bestreden handeling (zie in die zin arrest Hof van 26 juni 1990, Sofrimport/Commissie, C-152/88, Jurispr. blz. I-2477, punt 9, en arrest Gerecht van 24 maart 1994, Air France/Commissie, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punt 80) en of zij individueel wordt geraakt door deze handeling (zie in die zin arrest Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, Jurispr. blz. 207, 232). De procesbevoegdheid van de verzoekende partij hangt daarentegen niet af van de middelen die zij ter ondersteuning van haar beroep aanvoert.
- 35 Hetzelfde geldt voor de vraag of een verzoekende partij een procesbelang heeft. Dit belang vloeit voort uit de gevolgen die de nietigverklaring van de bestreden handeling kan hebben voor de rechtspositie van de verzoekende partij (arrest Hof van 24 juni 1986, AKZO Chemie en AKZO Chemie UK/Commissie, 53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 21, en arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 40). Dit belang moet reëel en daadwerkelijk zijn, moet worden beoordeeld naar de dag waarop het beroep is ingesteld en bestaat slechts indien de uitslag van het beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het heeft ingesteld (zie arrest Gerecht van 4 juli 2006, easyJet/Commissie, T-177/04, Jurispr. blz. II-1931, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 In casu had Cisco op de dag waarop zij haar beroep heeft ingesteld, een reëel en daadwerkelijk belang bij de nietigverklaring van het bestreden besluit, aangezien hierbij een concentratie wordt toegestaan waarbij een van haar voornaamste concurrenten betrokken was en die haar commerciële situatie negatief kon beïnvloeden. Bijgevolg kan niet worden betwist dat deze verzoekster er belang bij had om op te komen tegen het dispositief van het bestreden besluit (zie in die zin arrest easyJet/Commissie, reeds aangehaald, punt 41).
- 37 Het Gerecht kan weliswaar niet aanvaarden dat een verzoeker middelen aanvoert waarbij hij geen individueel belang heeft (zie in die zin arrest Hof van 30 juni 1983, Schloh/Raad, 85/82, Jurispr. blz. 2105, punten 13 en 14), maar dat geldt niet voor het eerste middel dat verzoeksters in casu hebben aangevoerd. Dit middel heeft immers rechtstreeks betrekking op de beoordeling van de horizontale gevolgen van de concentratie en dus op een van de hoekstenen van het dispositief van het bestreden besluit. Aangezien Cisco er belang bij heeft om tegen dit dispositief op te komen, heeft zij er ook belang bij om de redenen en overwegingen op basis waarvan de Commissie dit dispositief heeft vastgesteld, te betwisten (zie in die zin arrest easyJet, reeds aangehaald, punt 41).
- 38 Voorts zij eraan herinnerd dat het feit dat een verzoekende onderneming en de ondernemingen die betrokken zijn bij de concentratie geen concurrentie met elkaar voeren, niet noodzakelijkerwijs betekent dat het door eerstgenoemde onderneming ingestelde beroep niet-ontvankelijk is, met name wanneer zij op een naburige markt actief is (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2003, ARD/Commissie (T-158/00, Jurispr. blz. II-3825, punten 78-95).
- 39 De twee middelen die verzoeksters ter ondersteuning van hun beroep aanvoeren, zijn nauw met elkaar verbonden. Zo gaat het tweede middel uit van de premisse dat de nieuwe entiteit haar belangrijke positie op de markt voor particuliere communicatie, met name voor videogesprekken, zal aanwenden als hefboom om de mededingingsvoorwaarden op de markt voor zakelijke communicatie te vervalsen. In dezelfde lijn betogen verzoeksters dat het economische doel van de concentratie op de markt voor particuliere communicatie ten dele gelegen is in de mogelijkheid om meer winst te behalen op de markt voor zakelijke communicatie.

- 40 Wat de procesbevoegdheid van Messagenet betreft, zij opgemerkt dat Cisco en Messagenet één enkel beroep hebben ingesteld. Het is vaste rechtspraak dat wanneer één enkel beroep is ingesteld en een van de verzoekende partijen procesbevoegdheid heeft, niet hoeft te worden onderzocht of de andere verzoekende partijen procesbevoegd zijn, tenzij om proceseconomische overwegingen (zie in die zin arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e.a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punt 31, en arrest Gerecht van 9 juli 2007, Sun Chemical Group e.a./Commissie, T-282/06, Jurispr. blz. II-2149, punten 50-52). Zelfs indien een afzonderlijk onderzoek naar de ontvankelijkheid van het door Messagenet ingestelde beroep in casu zou uitwijzen dat zij geen procesbevoegdheid heeft, zou het Gerecht toch het beroep in zijn geheel moeten onderzoeken. Er zijn dus geen proceseconomische redenen die kunnen rechtvaardigen dat het Gerecht afwijkt van de betrokken rechtspraak.
- 41 Bijgevolg moet het betoog van de Commissie over de ontvankelijkheid worden verworpen en moet het beroep ontvankelijk worden verklaard.

Ten gronde

Op de Commissie rustende bewijslast en intensiteit van de rechterlijke toetsing

- 42 Verzoeksters voeren om te beginnen diverse argumenten aan betreffende de bewijslast die op de Commissie rust bij de controle van concentraties en de intensiteit van de wettigheidstoetsing van het Gerecht op dit gebied.
- 43 Verzoeksters stellen dat de Commissie, anders dan bij besluiten op grond van artikel 8 van verordening nr. 139/2004, niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt wanneer zij een besluit vaststelt op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van deze verordening. De wettigheidstoetsing die het Gerecht dient te verrichten ten aanzien van besluiten die op basis van deze laatste bepaling zijn vastgesteld, betreft niet de vraag of de onderzochte concentratie de mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze belemmert, maar de vraag of de concentratie objectief gezien ernstige twijfel doet rijzen die een aanvullend onderzoek noodzakelijk maakt. Volgens verzoeksters moet een dergelijke controle overeenstemmen met die welke het Gerecht op het gebied van staatssteun uitoefent op besluiten van de Commissie om al dan niet een procedure in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden. Het Gerecht kan zich dus niet beperken tot het onderzoek of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Het moet integendeel onderzoeken of de Commissie zonder redelijke twijfel tot de conclusie kon komen dat de betwiste concentratie niet tot concurrentieproblemen zou leiden, zelfs niet op de kleinst mogelijke markt.
- 44 De Commissie, ondersteund door interveniënte, betwist deze argumenten.
- 45 Er zij aan herinnerd dat de Commissie, wanneer zij een concentratie analyseert in de zin van artikel 2 van verordening nr. 139/2004, krachtens artikel 6, lid 1, van deze verordening in een eerste onderzoeksfase vaststelt of er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Indien de Commissie tot de conclusie komt dat hierover ernstige twijfel bestaat, start zij een tweede onderzoeksfase. Aan het einde daarvan dient zij te beslissen of de concentratie de mededinging op de gemeenschappelijke markt op significante wijze belemmert in de zin van artikel 8 van verordening nr. 139/2004.
- 46 Weliswaar wordt in artikel 6 van verordening nr. 139/2004, anders dan in artikel 8 ervan, verwezen naar het bestaan of het ontbreken van ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt, maar dat neemt niet weg dat de Commissie in beide gevallen dezelfde beoordelingscriteria moet toepassen, zoals die zijn vastgesteld in artikel 2 van deze verordening. Zo ook worden, anders dan verzoeksters stellen, geen strengere eisen aan het bewijs gesteld voor besluiten die zijn vastgesteld op grond van artikel 6 van verordening nr. 139/2004 dan voor die welke zijn vastgesteld op grond van artikel 8 van deze verordening. De aan het bewijs

gestelde vereisten zijn namelijk dezelfde, ongeacht of de Commissie na de eerste onderzoeksfase een concentratie goedkeurt, zoals in casu, dan wel na de tweede onderzoeksfase. Of de Commissie een besluit kan nemen op grond van artikel 6 dan wel op grond van artikel 8 van verordening nr. 139/2004 hangt dus af van het tijdstip waarop zij de bewijzen in handen krijgt, maar niet van de bewijskracht ervan, zoals overigens blijkt uit punt 35 van verordening nr. 139/2004.

- 47 Wat de aan het bewijs te stellen eisen betreft, blijkt uit het arrest van het Hof van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punten 50-53), dat de Commissie in beginsel positie moet kiezen in die zin dat zij de bij haar aangemelde concentratie ofwel moet goedkeuren ofwel moet verbieden, naargelang van de economische gevolgen van de betrokken concentratie die zij het meest waarschijnlijk acht. Het gaat dus om een waarschijnlijkheidsbeoordeling, zoals de Commissie stelt, en niet, zoals verzoeksters stellen, om een verplichting van de Commissie om aan te tonen dat er geen redelijke twijfel over bestaat dat een concentratie niet tot concurrentieproblemen zal leiden.
- 48 Dienaangaande merkt de Commissie terecht op dat verordening nr. 139/2004 niet berust op een vermoeden dat concentraties onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. De controleregeling inzake concentraties kan dus niet worden vergeleken met de controleregeling van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU, die is gebaseerd op een verbodssysteem waarop afwijkingen mogelijk zijn.
- 49 Verzoeksters merken – eveneens terecht – op dat artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 139/2004 de Commissie geen discretionaire bevoegdheid verleent om een tweede, aanvullende onderzoeksfase te starten wanneer zij ernstige twijfels heeft over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Wanneer de Commissie dergelijke twijfels heeft, is zij immers verplicht om een tweede onderzoeksfase te starten. Ondanks het objectieve karakter van het begrip „ernstige twijfel” neemt dit echter niet weg dat de Commissie, alvorens een besluit te nemen op grond van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 139/2004, ingewikkelde economische beoordelingen dient te verrichten en daartoe over een zekere beoordelingsmarge beschikt waarmee het Gerecht rekening dient te houden, zoals de Commissie terecht opmerkt (arrest Gerecht van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, Jurispr. blz. II-1433, punt 77).
- 50 Bijgevolg voorziet de rechtspraak in dezelfde mate van rechterlijke controle, ongeacht of het gaat om besluiten op grond van artikel 6 dan wel om besluiten op grond van artikel 8 van verordening nr. 139/2004. In beide gevallen dient de Unierechter, zoals de Commissie betoogt, zijn toetsing van de ingewikkelde economische beoordelingen van de Commissie te beperken tot de vraag of de vormvoorschriften in acht zijn genomen, of de motiveringsplicht is nagekomen, of de feiten correct zijn vastgesteld en of geen kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid is gemaakt. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de Unierechter niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijzen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan dient te controleren, maar ook moet nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (zie met betrekking tot besluiten op grond van artikel 8 van verordening nr. 139/2004, arrest Hof van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39, en met betrekking tot besluiten op grond van artikel 6 van deze verordening, arrest Sun Chemical Group e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60).

Eerste middel: horizontale gevolgen van de concentratie op de markt voor particuliere communicatie

- 51 Volgens het bestreden besluit overlappen de activiteiten van Skype op het gebied van particuliere communicatie en de WLM-activiteiten van Microsoft elkaar. Deze overlapping betreft met name videogesprekken via pc's die op Windows draaien, wat de kleine markt vormt. Op deze kleine markt

heeft WLM een marktaandeel van 30 tot 40 % en Skype een marktaandeel van 40 tot 50 %, zodat de concentratie een gecumuleerd marktaandeel van 80 tot 90 % oplevert (punten 97-102 en 109 van het bestreden besluit).

- 52 De Commissie heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat deze combinatie geen ernstige twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Ten eerste geven de marktaandelen volgens haar geen al te nauwkeurige aanwijzing over de concurrentiekracht op een markt in volle uitbreiding en worden videogespreksdiensten gratis aangeboden, zodat elke poging om een prijs op te leggen de consument ertoe zou aanzetten om van leverancier te veranderen. Hetzelfde geldt indien de fusieonderneming niet langer zou innoveren, aangezien de consumenten een groot belang hechten aan de innovatie van de producten. Ten tweede zou de nieuwe entiteit concurrentiedruk ondervinden van zowel nieuwe ondernemingen op de markt die innoverende producten aanbieden, als vele bestaande ondernemingen, waaronder met name Google en Facebook. Ten derde is de vraag naar videogesprekken die worden aangeboden door WLM in vrije val. Voorts is WLM slechts zeer beperkt aanwezig op tablets en smartphones, hoewel het gaat om gebruikspatformen in volle expansie. Ten vierde worden de mogelijke netwerkeffecten van de concentratie afgezwakt door het feit dat de gebruikers de neiging hebben om in kleine, beperkte groepen te communiceren en daarbij gebruikmaken van diverse operators. Uit deze factoren blijkt dat gebruikersgroepen gemakkelijk naar andere communicatiediensten overschakelen.
- 53 Verzoeksters zijn van mening dat de Commissie de mededingingsversturende gevolgen van de concentratie grondiger zou hebben onderzocht indien zij de richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5; hierna: „richtsnoeren inzake horizontale concentraties”) correct had toegepast en haar vroegere beschikkingspraktijk in acht had genomen. Volgens hen had de Commissie moeten onderzoeken of deze problemen hadden kunnen worden opgelost door de oplegging van voorwaarden die ertoe strekken de interoperabiliteit tussen de door de nieuwe entiteit aangeboden communicatiediensten en de door concurrerende leveranciers aangeboden communicatiediensten te verzekeren. Door de transactie in een eerste fase goed te keuren zonder verplichtingen in die zin op te leggen en door niet vast te stellen dat de betrokken transactie ernstige twijfels deed rijzen, heeft de Commissie volgens hen verschillende kennelijke beoordelingsfouten gemaakt.
- 54 Ter ondersteuning van dit eerste middel voeren verzoeksters in wezen drie grieven aan.
- 55 In de eerste plaats verwijten verzoeksters de Commissie dat zij geen rekening heeft gehouden met de netwerkeffecten op de markten voor particuliere communicatie, met name met die welke zich op de kleine markt zouden voordoen. Volgens verzoeksters is de analyse van de netwerkeffecten door de Commissie in tegenspraak met haar vroegere beschikkingspraktijk en is de Commissie haar motiveringsplicht niet nagekomen, aangezien zij niet heeft uitgelegd waarom zij van deze praktijk is afgeweken.
- 56 In de tweede plaats merken verzoeksters op dat de combinatie van een zeer groot marktaandeel en een concentratiegraad van 7 340 volgens de Herfindahl-Hirschmann-index (hierna: „HHI”) minstens een sterke aanwijzing vormde dat er concurrentieproblemen bestonden die een aanvullend onderzoek rechtvaardigden, en dat de in het bestreden besluit aangevoerde argumenten geen afbreuk doen aan de bewijswaarde van deze twee factoren. Ten slotte bevat het bestreden besluit geen enkel bewijs dat de consumenten van leverancier kunnen veranderen indien de nieuwe entiteit niet langer zou innoveren of niet langer de interoperabiliteit met concurrerende diensten zou verzekeren.
- 57 In de derde plaats zijn verzoeksters van mening dat de Commissie de concurrentiedruk waaraan de nieuwe entiteit zou worden blootgesteld, niet juist heeft beoordeeld.
- 58 Volgens de Commissie en interveniënte zijn de argumenten van verzoeksters ongegrond.

- 59 Uit artikel 2 van verordening nr. 139/2004 blijkt dat enkel concentraties die een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmeren, met name doordat zij een machtspositie in het leven roepen of versterken, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moeten worden verklaard.
- 60 Wat de horizontale concentraties betreft, beschrijven de richtsnoeren inzake horizontale concentraties de criteria die de Commissie van plan is toe te passen om te bepalen of een concentratie voldoet aan de voorwaarden waaronder het verbod van artikel 2 van verordening nr. 139/2004 van toepassing is. Blijkens punt 22 van deze richtsnoeren kunnen deze voorwaarden met name vervuld zijn wanneer een concentratie belangrijke concurrentiedruk wegneemt bij de ondernemingen die bij de concentratie betrokken zijn, hetgeen vervolgens zou leiden tot een grotere marktmacht, zonder dat daarvoor een coördinatie van het gedrag nodig is.
- 61 Volgens punt 8 van de richtsnoeren inzake horizontale concentraties kan het feit dat een of meerdere ondernemingen over grotere marktmacht beschikken de mededinging aantasten indien deze macht de fusieonderneming de mogelijkheid biedt om op winstvergrotenende wijze de prijzen te verhogen, de productie te verlagen, de keuze aan producten of diensten te verkleinen, de kwaliteit van producten of diensten te verlagen, innovatie af te remmen of andere mededingingsfactoren te beïnvloeden.
- 62 Volgens de rechtspraak staat het aan de Commissie om aan te tonen dat een concentratie een dergelijke nadelige invloed heeft op de mededinging (zie in die zin arrest Gerecht van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punt 61). Voorts zij eraan herinnerd dat, wanneer de Commissie zich baseert op een toekomstige gedraging waartoe een fusieonderneming volgens haar na de concentratie zal overgaan, zij op basis van deugdelijk bewijs en met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet aantonen dat die gedraging zich daadwerkelijk zal voordoen (arrest Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 464).
- 63 Aangezien de Commissie aldus een prospectieve analyse dient te verrichten waarbij zij een groot aantal economische factoren in aanmerking dient te nemen, beschikt zij over een beoordelingsmarge waarmee het Gerecht bij de uitoefening van zijn controle rekening dient te houden. Zoals hierboven in punt 50 is vastgesteld, betekent dat evenwel niet dat het Gerecht de interpretatie van economische gegevens door de Commissie niet mag controleren.
- 64 De argumenten die verzoeksters ter ondersteuning van het eerste middel hebben aangevoerd, moeten in het licht van deze overwegingen worden onderzocht. Deze argumenten zullen evenwel in een andere volgorde worden onderzocht dan die waarin verzoeksters ze hebben aangevoerd. Eerst moeten namelijk de argumenten inzake het marktaandeel worden onderzocht en vervolgens moeten de argumenten inzake de netwerken worden beoordeeld. Ten slotte moeten de argumenten worden onderzocht betreffende de negatieve invloed die de bestreden concentratie op de mededinging kan hebben.

– Marktaandeel

- 65 Wat in de eerste plaats het zeer grote marktaandeel op de kleine markt betreft, blijkt uit punt 17 van de richtsnoeren inzake horizontale concentraties en de in dat punt genoemde rechtspraak dat marktaandelen van 50 % of meer een ernstig bewijs kunnen vormen voor het bestaan van een machtspositie. Evenwel zij gepreciseerd dat marktaandelen slechts kunnen dienen als aanwijzing voor concurrentieproblemen voor zover de markt waarop deze aandelen betrekking hebben, vooraf is gedefinieerd. Hetzelfde geldt voor de HHI, waarnaar verzoeksters eveneens verwijzen.

- 66 In casu heeft de Commissie slechts een onderscheid gemaakt tussen particuliere en zakelijke communicatie (zie punt 7 hierboven). Zij heeft zich daarentegen niet uitgesproken over de vraag of binnen de categorie van particuliere communicatie kleinere referentiemarkten dienden te worden onderscheiden op basis van de functionaliteit van deze communicatie of van de hiervoor gebruikte platformen of besturingssystemen, aangezien zij van mening was dat de aangemelde concentratie zelfs op de kleinste markten geen concurrentieproblemen deed rijzen. De Commissie heeft met name vastgesteld dat de nieuwe entiteit aanzienlijke concurrentiedruk zou blijven ondervinden, zelfs op de kleine markt.
- 67 Verzoeksters baseren hun grief inzake de marktmacht die de nieuwe entiteit op de kleine markt zou hebben, dus op een onjuiste premisse, aangezien de Commissie niet heeft vastgesteld dat er een specifieke markt bestaat voor particuliere videogesprekken via pc's die draaien op Windows. De Commissie heeft dus in het bestreden besluit niet vastgesteld dat de op de kleine markt aanwezige ondernemingen konden handelen zonder rekening te houden met de concurrentiedruk die uitging van andere instrumenten voor particuliere communicatie, zoals de diensten die via andere platformen of besturingssystemen worden aangeboden. Voorts hebben verzoeksters zelf geen bewijzen aangedragen of studies overgelegd waaruit kan worden afgeleid dat een dergelijke kleine markt bestaat. Zij hebben integendeel slechts kritiek geuit op de factoren die de Commissie in het bestreden besluit heeft aangehaald om het belang van de marktaandelen te relativeren (zie punt 56 hierboven). Deze kritiek is overigens ongegrond.
- 68 Wat ten eerste de cijfers betreffende het gebruik van WLM betreft, kan worden volstaan met de opmerking dat de in het bestreden besluit genoemde cijfers aantonen dat de markt van WLM in een relatief korte periode van zeven maanden sterke schommelingen heeft ondergaan. Ongeacht of de verloren marktaandelen naar Skype zijn gegaan dan wel naar andere aanbieders van videogesprekken, blijkt uit deze cijfers dat de marktaandelen op de kleine markt, die de Commissie louter voor haar analyse in aanmerking heeft genomen, instabiel waren.
- 69 Bovendien en vooral is de sector van de particuliere communicatie, zoals de Commissie in het bestreden besluit en in haar verweerschrift heeft opgemerkt en zoals ook interveniënte heeft beklemtoond, een recente sector in volle expansie die door korte innovatiecycli wordt gekenmerkt en waarin grote marktaandelen vluchtig kunnen blijken te zijn. In een dergelijke dynamische context vormen grote marktaandelen niet noodzakelijkerwijs een aanwijzing van marktmacht en dus van de duurzame aantasting van de mededinging die verordening nr. 139/2004 beoogt te vermijden.
- 70 Ten tweede blijven pc's weliswaar het meest gebruikte platform voor particuliere videogesprekken, maar een groot en groeiend deel van de nieuwe vraag naar deze diensten is afkomstig van de gebruikers van tablets en smartphones. Volgens punt 32 van het bestreden besluit overstijgt de verkoop van dergelijke apparaten in West-Europa inmiddels die van pc's. De Commissie en interveniënte wijzen terecht op het belang van deze groei, die verzoeksters niet betwisten, aangezien elke poging van de nieuwe entiteit om enige marktmacht uit te oefenen op de kleine markt het risico zou meebrengen dat deze trend ten nadele van de nieuwe entiteit zou worden versterkt. De nieuwe entiteit is immers minder aanwezig op deze andere platformen en moet het hoofd bieden aan sterke concurrentie van andere spelers, met name Apple en Google.
- 71 Ten derde merkt interveniënte eveneens terecht op dat het steeds frequenter gebruik van tablets en smartphones voor videogesprekken impliceert dat een groeiend aantal gebruikers verwacht dat deze gesprekken via alle soorten platformen kunnen worden verricht. Door de zwakke aanwezigheid van WLM op tablets en smartphones kan zij niet aan deze nieuwe vraag voldoen, wat afbreuk doet aan haar commerciële aantrekkelijkheid. De Commissie heeft dus terecht naar deze beperkte aanwezigheid verwezen om het belang te relativeren van de grote marktaandelen die zijn vastgesteld op de kleine markt die zij in het bestreden besluit als uitgangspunt van haar mededingingsanalyse in aanmerking heeft genomen.

- 72 Ten vierde kan het argument van verzoeksters dat Facebook geen daadwerkelijke concurrent is van de fusieonderneming, niet worden aanvaard. Ter ondersteuning van dit argument voeren zij immers enkel aan dat Facebook een licentienemer en een strategische partner van Skype is, die de software van Skype niet kan gebruiken om diensten aan te bieden die concurreren met de betaalde diensten van Skype, bekend onder de naam SkypeOut, die met name de mogelijkheid bieden om te bellen naar vaste of mobiele telefoonnummers en videogesprekken te voeren waarbij meer dan twee personen betrokken zijn. Zij stellen evenwel niet dat het betrokken akkoord Facebook verhindert om videogespreksdiensten aan te bieden aan consumenten die zouden besluiten om de nieuwe entiteit te verlaten indien deze zou besluiten om marktmacht uit te oefenen. Dienaangaande stellen de Commissie en interveniënte terecht dat de omstandigheid dat twee ondernemingen dezelfde technologie gebruiken niet noodzakelijkerwijs afbreuk doet aan het feit dat zij concurrenten zijn.
- 73 Ten vijfde is het feit dat de diensten gratis zijn, anders dan verzoeksters stellen, een relevante factor voor de beoordeling van de marktmacht van de nieuwe entiteit. De mogelijkheid voor de nieuwe entiteit om haar prijsbeleid vrij te bepalen is immers zeer beperkt, aangezien de gebruikers verwachten dat zij de diensten voor particuliere communicatie gratis ontvangen. De Commissie merkt terecht op dat elke poging om de gebruikers te doen betalen het risico zou meebrengen dat deze diensten minder aantrekkelijk worden en dat de gebruikers overschakelen op andere leveranciers die hun diensten gratis zouden blijven aanbieden. Indien de nieuwe entiteit zou besluiten om niet langer te innoveren op het gebied van haar communicatiediensten, zou zij eveneens het risico lopen dat deze minder aantrekkelijk zouden worden, gelet op de innovatiegraad op de betrokken markt. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat er geen technische of economische beperkingen zijn die de gebruikers verhinderen om van leverancier te veranderen (zie punt 79 hierboven).
- 74 Hieruit volgt dat de zeer grote marktaandelen en de zeer hoge concentratiegraad op de kleine markt, die de Commissie louter als werkhypothese in aanmerking heeft genomen, geen aanwijzing vormen dat de nieuwe entiteit over marktmacht beschikt die haar in staat stelt om op significante wijze een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt te belemmeren.

– Netwerkeffecten

- 75 Wat de netwerkeffecten van de betrokken concentratie betreft die de toegang tot de markt zouden belemmeren, betogen verzoeksters dat zich netwerkeffecten voordoen op alle markten voor particuliere communicatie. Zij hebben evenwel ter terechtzitting gepreciseerd dat deze netwerkeffecten de machtspositie van de nieuwe entiteit op de kleine markt nog meer versterkten.
- 76 Om te beginnen zij opgemerkt dat het bestaan van netwerkeffecten niet noodzakelijkerwijs een concurrentievoordeel oplevert aan de nieuwe entiteit. In de andere segmenten van de markt voor particuliere communicatie dan die van de videogesprekken via pc's die op Windows draaien, hebben de concurrerende operators immers voldoende grote marktaandelen om andere netwerken te vormen. Zo blijkt uit de punten 103 tot en met 105 van het bestreden besluit, die door verzoeksters niet worden betwist, dat het netwerk van gebruikers van instant messaging van Facebook groter is dan dat van de fusieonderneming. Zo ook blijkt uit de punten 106 tot en met 108 van het bestreden besluit, die door verzoeksters evenmin worden betwist, dat de concentratie wellicht geen verandering zal brengen in de situatie in het segment van spraaktelefonie, aangezien het marktaandeel van WLM in dat segment zeer gering is.
- 77 Wat de netwerkeffecten op de kleine markt op zich betreft, hebben verzoeksters niet gesteld of aangetoond dat door de concentratie meer gebruik zou worden gemaakt van de door WLM en Skype aangeboden videogespreksdiensten via pc's die op Windows draaien. Verzoeksters bekritisieren namelijk wel de analyse die de Commissie heeft gemaakt van de netwerkeffecten, maar zij voeren geen elementen aan waaruit blijkt hoe dergelijke effecten de mededinging op de kleine markt zouden beïnvloeden (zie punt 55 hierboven).

- 78 De grief inzake de netwerkeffecten is hoe dan ook ongegrond.
- 79 Ten eerste zijn er, zoals interveniënte heeft opgemerkt, anders dan in de gevallen die aan de basis lagen van de door verzoeksters aangevoerde vorige besluiten van de Commissie, geen technische of economische beperkingen die de gebruikers verhinderen om meerdere communicatie-applicaties op hun IT-platformen te downloaden, temeer daar het gaat om gratis software die gemakkelijk kan worden gedownload en die weinig ruimte op hun harde schijf inneemt.
- 80 Ten tweede berust het argument van verzoeksters dat het moeilijk is voor consumenten om op alternatieve leveranciers over te schakelen omdat zij behoren tot meerdere kleine groepen die onderling verbonden zijn, op de onjuiste veronderstelling dat alle groepen in één keer moeten overschakelen. De Commissie en interveniënte merken terecht op dat er geen economische of technische problemen zijn die verhinderen dat de overschakeling per kleine groep geschiedt en dat de gebruikers verder verschillende soorten communicatiesoftware tegelijkertijd gebruiken.
- 81 Anders dan verzoeksters, die hun betoog niet hebben gestaafd, heeft de Commissie in het bestreden besluit concrete aanwijzingen verstrekt dat een dergelijk fenomeen van „multihoming” bestaat. De Commissie heeft immers niet enkel opgemerkt dat WLM en Skype vóór de concentratie naast elkaar werden gebruikt. Het in voetnoot 52 van het bestreden besluit aangehaalde rapport vermeldt meerdere andere voorbeelden van meervoudig gebruik van Skype en alternatieve aanbieders zoals Yahoo!, AIM en Gmail. Voorts wordt in punt 93 van het bestreden besluit, dat door verzoeksters niet wordt betwist, gewezen op de recente toetreding van concurrenten zoals Facebook, Viber, Fring en Tango, wat lijkt aan te tonen dat de netwerkeffecten de toegang tot de markt hoe dan ook niet belemmeren.
- 82 Ten derde betwisten verzoeksters evenmin de vaststelling in de punten 73 en 74 van het bestreden besluit dat de groeiende vraag naar videogesprekssdiensten voor het grote publiek grotendeels zal komen van andere platformen dan pc's, zoals tablets en smartphones. Indien de aantrekkelijkheid van communicatiesoftware wordt geacht toe te nemen met het aantal gebruikers, kunnen netwerkeffecten slechts significant zijn indien met deze software ook kan worden gecommuniceerd met consumenten die deze andere platformen voor hun videogesprekken gebruiken. In casu is WLM evenwel niet prominent aanwezig op andere platformen dan pc's die op Windows draaien, zodat de concentratie de mededingingssituatie niet wijzigt.
- 83 Wat ten vierde de commerciële verklaringen van de bestuurders van de bij de concentratie betrokken ondernemingen betreft, volgens welke de waarde van Skype groeit met het aantal gebruikers ervan, zij gepreciseerd dat de Commissie niet betwist dat er netwerkeffecten zijn. Volgens de punten 91 tot en met 94 van het bestreden besluit is de Commissie namelijk enkel van mening dat deze netwerkeffecten geen toetredingsdrempels doen ontstaan. Voorts bevestigen deze verklaringen eerder het standpunt van de Commissie dan dat zij dit ontkrachten. Deze verklaringen kunnen immers aldus worden opgevat dat hierin de wil van interveniënte tot uiting komt om dankzij de overname van Skype vaste voet te krijgen op de platformen die WLM niet voor haar heeft kunnen ontsluiten.
- 84 Hieruit volgt dat de grief inzake de netwerkeffecten en de toetredingsdrempels die hieruit zouden voortvloeien, ongegrond is.

– Aantasting van de mededinging

- 85 Zelfs aangenomen dat de concentratie de marktmacht van interveniënte zou vergroten, verstrekken verzoeksters geen relevante aanwijzingen over de wijze waarop deze vermeende marktmacht de nieuwe entiteit in staat zou stellen om de mededinging op significante wijze aan te tasten.

- 86 Wat ten eerste de prijzen betreft, betwisten verzoeksters niet dat videogespreksdiensten gratis worden aangeboden aan de gebruikers. Zij stellen echter dat prijsverhogingen betrekking zouden kunnen hebben op Skype-gesprekken met andere netwerken, op reclame-inkomsten en op inkomsten die afkomstig zijn van verwante markten. Voorts hebben verzoeksters ter terechtzitting betoogd dat Skype zou kunnen proberen om geld te vragen voor bepaalde diensten die thans gratis worden aangeboden.
- 87 Deze argumenten kunnen niet worden aanvaard.
- 88 Om te beginnen betreffen de betaalde diensten van Skype, met name haar SkypeOut-diensten, slechts in zeer beperkte mate videogesprekken. Een zeer klein percentage van de inkomsten van SkypeOut is immers afkomstig van videogroepsgesprekken waarbij meer dan twee gebruikers tegelijkertijd betrokken zijn. Bovendien is geen enkele operator er tot nu toe in geslaagd geld te vragen voor zijn videogespreksdiensten voor twee deelnemers, zoals de Commissie heeft opgemerkt. De consumenten verwachten dat deze diensten hun gratis worden aangeboden. Verzoeksters hebben niet aangetoond hoe de concentratie Skype in staat kan stellen om deze marktvoorwaarden te wijzigen, zonder dat de consumenten op een andere operator zouden overschakelen.
- 89 Verzoeksters leggen evenmin uit hoe eventuele marktmacht op de kleine markt voor videogesprekken via Windows-pc's de mogelijkheid zou bieden om een prijsverhoging op te leggen voor andere communicatiediensten. Voorts gaan verzoeksters volkomen voorbij aan de concurrentiedruk die door de traditionele telefoonoperators en andere aanbieders van online-spraaktelefonie dan Skype zou worden uitgeoefend in het geval dat de nieuwe entiteit zou proberen om de prijzen voor de spraakcommunicatie van SkypeOut te verhogen.
- 90 Voorts leggen verzoeksters evenmin uit hoe de nieuwe entiteit een prijsverhoging aan de adverteerders zou kunnen opleggen. Zij hebben niet gesteld of aangetoond dat er een reclamemarkt bestaat die specifiek betrekking heeft op particuliere videogesprekken via pc's die op Windows draaien. Indien een dergelijke markt niet bestaat, kunnen de adverteerders gemakkelijk elke poging om de prijzen te verhogen omzeilen door hun reclame-uitgaven te verplaatsen naar andere media op internet of elders.
- 91 Ten slotte verstrekken verzoeksters evenmin informatie over de mogelijkheid voor de nieuwe entiteit om een prijsverhoging op te leggen op verwante markten, zoals die voor zakelijke communicatiediensten. Zij verwijzen enkel naar hun tweede middel, dat hierna zal worden onderzocht.
- 92 Ten tweede zijn de verklaringen van verzoeksters over de invloed van de concentratie op de kwaliteit en de innovatie van de videogespreksdiensten nog abstracter, temeer daar zij geen afbreuk doen aan de vaststelling van de Commissie in de punten 81 tot en met 84 van het bestreden besluit dat de communicatiediensten voor het grote publiek afhangen van innovatie. Elke poging van de nieuwe entiteit om de kwaliteit van haar diensten op de kleine markt te verminderen zal alleen maar het relatieve belang van videogespreksdiensten via pc's die op Windows draaien, nog sneller doen afnemen (zie punt 70 hierboven).
- 93 Ten derde kunnen verzoeksters de fouten in hun redenering dat de bestreden concentratie de mededinging aantast niet herstellen door te verwijzen naar de overnameprijs van 8,5 miljard Amerikaanse dollar (USD). Dienaangaande stelt de Commissie terecht dat de beoordeling van een concentratie, gelet op het grote aantal mogelijke commerciële modellen en het ontbreken van betrouwbare marktgegevens met betrekking tot de toepassing ervan op de in opkomst zijnde markten, niet ertoe kan strekken te voorspellen welk model in de praktijk videotelefonie rendabel zal maken en dus in de toekomst zal overleven. Verordening nr. 139/2004 verleent de Commissie immers enkel de bevoegdheid om na te gaan of een concentratie kan leiden tot significante belemmeringen van de mededinging. Zij is echter niet bevoegd om te speculeren over de hoogte van een overnameprijs of

haar mening over de waarde van een transactie in de plaats te stellen van die van de betrokken partijen, temeer daar de redenen die aan deze transactie ten grondslag liggen niet steeds op zuiver economische overwegingen berusten.

- 94 Hieruit volgt dat verzoeksters niet hebben aangetoond hoe de concentratie de mededinging op de markt voor particuliere communicatie kon aantasten.
- 95 Bijgevolg hebben verzoeksters niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, voor zover het gaat om communicatiediensten voor particulieren.
- 96 Voor zover verzoeksters de Commissie verwijten dat zij niet heeft uitgelegd waarom zij van haar vroegere beschikkingspraktijk is afgeweken, zij er voorts aan herinnerd dat er in het onderhavige geval, anders dan in vroegere besluiten, geen technische of economische beperkingen zijn die de gebruikers verhinderen om tegelijkertijd verschillende soorten communicatiesoftware te downloaden (zie punt 79 hierboven). Er kan dus geen sprake zijn van enige beleidswijziging die de Commissie in het bestreden besluit had moeten motiveren. Het argument inzake schending van artikel 296 VWEU dat verzoeksters ter ondersteuning van hun eerste middel aanvoeren, moet dus worden verworpen.
- 97 Het eerste middel moet dus in zijn geheel worden verworpen.

Tweede middel: conglomeraateffecten van de concentratie op de markt voor zakelijke communicatie

- 98 Uit het bestreden besluit blijkt dat derden tijdens de administratieve procedure de vrees hebben geuit dat de concentratie conglomeraateffecten zou hebben op de markt voor zakelijke communicatie. Een van de gelaakte effecten zou zijn dat de nieuwe entiteit een bevoorrecht verband tot stand zou brengen tussen de gebruikersbasis van Skype en het product Lync van Microsoft. Deze preferentiële integratie zou de nieuwe entiteit een concurrentievoordeel opleveren bij de zakelijke gebruikers, met name bij die welke callcenters exploiteren.
- 99 De Commissie heeft zich in het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat deze vrees ongegrond was. Om te beginnen is de nieuwe entiteit volgens haar niet in staat om een dergelijke strategie te volgen, aangezien Skype geen product is dat aangepast is aan de behoeften van de ondernemingen die callcenters exploiteren. Voorts heeft deze entiteit volgens haar ook geen reden om ondernemingen die andere zakelijke communicatiediensten gebruiken, te verhinderen om contact op te nemen met gebruikers van Skype. Deze ondernemingen behouden de mogelijkheid om de Skype-applicatie gratis te downloaden. Verder is Skype geen onmisbaar product voor exploitanten van callcenters, aangezien er veel andere oplossingen bestaan om met de consumenten te communiceren. Ten slotte is het onwaarschijnlijk dat zich de komende drie jaar mededingingsverstoringen zullen voordoen, aangezien Lync is blootgesteld aan de concurrentie van andere grote spelers op de markt, zoals Cisco en IBM.
- 100 Verzoeksters betogen dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de uitsluitingsstrategie die de nieuwe entiteit op de markt voor zakelijke communicatie zou kunnen volgen door een exclusieve of preferentiële interoperabiliteit tot stand te brengen tussen de Lync-producten en de grote klantenbasis van Skype. Deze strategie zou de nieuwe entiteit de mogelijkheid bieden om Lync te positioneren als het enige product dat kan voldoen aan een groeiende vraag van grote zakelijke gebruikers die met hun klanten en andere zakelijke relaties contacten willen kunnen onderhouden. Daartoe zou de nieuwe entiteit, zoals Microsoft in het kader van haar vroegere uitsluitingspraktijken heeft gedaan, haar machtspositie kunnen doen gelden op markten die verwant zijn aan die voor zakelijke communicatie en het aanbod aan Lync-producten in andere Microsoft-producten kunnen integreren. Door deze strategie niet grondiger te onderzoeken en voorbij te gaan aan deze groeiende vraag, heeft de

Commissie haar besluit niet naar behoren gemotiveerd en meerdere vergissingen begaan bij de beoordeling van het verband tussen de particuliere en de zakelijke markt, waarop Skype overigens goed aanwezig is.

- 101 In de eerste plaats betwisten verzoeksters dat de nieuwe entiteit niet in staat is om de markt af te schermen. De relevante vraag is volgens hen niet of Skype een product voor callcenters is, maar of de nieuwe entiteit in staat is om het niveau van de interoperabiliteit te wijzigen ten gunste van haar eigen diensten en producten. De Commissie heeft in punt 143 van het bestreden besluit erkend dat dit het geval is.
- 102 In de tweede plaats zijn verzoeksters van mening dat de Commissie zich ook heeft vergist met betrekking tot de motieven van de nieuwe entiteit om de markt af te schermen. De Commissie is bij haar analyse van deze motieven uitgegaan van onjuiste premissen. Het gaat er niet om of Skype een onmisbaar product is, maar of de integratie van Skype en Lync van dit laatste een product zal maken dat onmisbaar is om de enorme gebruikersbasis van Skype te bereiken en dus om te voldoen aan de verwachtingen van de gebruikers van zakelijke communicatiediensten die met de gebruikers van Skype zouden willen communiceren. Bij gebreke van interoperabiliteit met Skype zouden de concurrenten van Lync niet over reële alternatieven beschikken. Zo neemt het feit dat Skype gratis beschikbaar blijft als downloadbare applicatie het probleem van de preferentiële interoperabiliteit tussen Skype en Lync niet weg. Bovendien heeft de Commissie zelf in andere zaken waarbij interveniënte betrokken was, vastgesteld dat de gebruikers over het algemeen niet gemakkelijk meerdere softwaretoepassingen downloaden voor een en dezelfde functie. Ten slotte betogen verzoeksters dat de Commissie geen aandacht heeft besteed aan de beweegredenen van interveniënte om 8,5 miljard USD te bieden voor de overname van Skype, die juist verband houden met het preferentiële verband tussen Skype en Lync, en dat zij met name voorbij is gegaan aan de verklaringen van bepaalde vertegenwoordigers van interveniënte. Deze nalatigheid is des te verrassender gelet op het verleden van Lync. Deze onderneming is reeds herhaaldelijk voor uitsluitingspraktijken veroordeeld en verhindert nog steeds de interoperabiliteit tussen haar producten en die van haar concurrenten.
- 103 In de derde plaats heeft de Commissie volgens verzoeksters bij de analyse van de effecten van een uitsluitingsstrategie beoordelingsfouten gemaakt. Zij heeft niet alleen tijdens de administratieve procedure het belang van Lync op de markt voor zakelijke communicatie onderschat, maar zij is ook voorbijgegaan aan het feit dat Lync werd aangeboden in combinatie met het besturingssysteem Windows Server en andere producten van Microsoft waarvoor de nieuwe entiteit over een machtspositie beschikte. Ten slotte is de totstandbrenging van een preferentiële of exclusieve interoperabiliteit tussen Lync en Skype bijzonder schadelijk op markten die door netwerkeffecten worden gekenmerkt.
- 104 Volgens de Commissie en interveniënte zijn de argumenten van verzoeksters ongegrond.
- 105 Ter ondersteuning van hun tweede middel voeren verzoeksters in wezen twee grieven aan.
- 106 Met de eerste grief stellen zij dat de Commissie haar uit artikel 296 VWEU voortvloeiende motiveringsplicht niet is nagekomen. Volgens verzoeksters heeft zij in het bestreden besluit niet geantwoord op de argumenten die Cisco en andere belanghebbende partijen tijdens de administratieve procedure naar voren hebben gebracht met betrekking tot de uitsluitingsstrategie die de nieuwe entiteit geneigd zou zijn te volgen.
- 107 De tweede grief heeft betrekking op de kennelijke beoordelingsfout die de Commissie zou hebben gemaakt door de in het vorige punt genoemde bezorgdheid voor de mededinging niet te delen. Volgens verzoeksters heeft de Commissie geen rekening gehouden met de conglomerateffecten van de concentratie. De Commissie heeft met name het vermogen en de motieven van de nieuwe entiteit om haar positie op de markt voor particuliere communicatie te gebruiken als hefboom om de mededinging op de markt voor zakelijke communicatie te vervalsen, niet correct ingeschat.

– Motivering

- 108 Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 296 VWEU vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, reeds aangehaald, punt 166). De Commissie is niet verplicht, in de motivering van de besluiten die zij vaststelt om de toepassing van de mededingingsregels te verzekeren, stelling te nemen met betrekking tot alle argumenten die de betrokkenen ter ondersteuning van hun verzoek aanvoeren. Zij kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar besluit van wezenlijk belang zijn (zie arrest Gerecht van 24 januari 1995, BEMIM/Commissie, T-114/92, Jurispr. blz. II-147, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van bovengenoemd artikel 296 voldoet, moet niet alleen acht worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63; 22 juni 2004, Portugal/Commissie, C-42/01, Jurispr. blz. I-6079, punt 66, en 15 april 2008, Nuova Agricast, C-390/06, Jurispr. blz. I-2577, punt 79).
- 109 Zo ook hangt de mate van nauwkeurigheid waarmee een besluit moet worden gemotiveerd, af van de praktische mogelijkheden en de technische eisen en van de termijn waarbinnen het moet worden vastgesteld (arresten Hof van 1 december 1965, Schwarze, 16/65, Jurispr. blz. 1104, 1119, en 14 februari 1990, Delacre e.a./Commissie, C-350/88, Jurispr. blz. I-395, punt 16; arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, reeds aangehaald, punt 167). Bijgevolg schiet de Commissie niet in haar motiveringsplicht tekort wanneer haar besluit geen precieze motivering bevat met betrekking tot een aantal aspecten van de concentratie die haars inziens kennelijk niet ter zake doen, zonder betekenis zijn of duidelijk van ondergeschikt belang zijn voor de beoordeling van de concentratie (arresten Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 64, en Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, reeds aangehaald, punt 167). Een dergelijke verplichting zou immers moeilijk verenigbaar zijn met het vereiste om snel te werk te gaan en met de korte proceduretermijnen waaraan de Commissie zich bij de uitoefening van haar controlebevoegdheid inzake concentraties moet houden en die deel uitmaken van de specifieke omstandigheden waarin een dergelijke controleprocedure plaatsvindt (arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, reeds aangehaald, punt 167).
- 110 Hieruit volgt dat de Commissie niet hoeft te antwoorden op alle argumenten die tijdens de administratieve procedure door de partijen en derden zijn aangevoerd, en evenmin haar beoordeling van deze argumenten precies hoeft te motiveren.
- 111 In casu heeft de Commissie in de punten 213 tot en met 221 van het bestreden besluit geantwoord op de argumenten van Cisco en andere belanghebbende partijen. Deze motivering is weliswaar beknopt, maar niet in strijd met de vereisten van artikel 296 VWEU, gelet op de specifieke context van het onderhavige geval.
- 112 De Commissie heeft namelijk vermeld dat zij een vrij groot aantal opmerkingen van derden heeft ontvangen, die zij in een relatief korte tijd heeft moeten onderzoeken. Voorts is de theorie van de conglomerateffecten die Cisco tijdens de administratieve procedure naar voren heeft gebracht, ingewikkeld en abstract (zie punten 124-127 hierna), terwijl concentraties die leiden tot conglomeraten over het algemeen geen concurrentieproblemen meebrengen (zie punten 115 en 116 hierna).

- 113 In dergelijke omstandigheden zou het overdreven zijn om een gedetailleerdere uiteenzetting te eisen van elk van de aspecten die bij de analyse van de theorie van de conglomerateffecten in het bestreden besluit zijn betrokken. De Commissie kon dus volstaan met een beknopt antwoord op de argumenten van Cisco, temeer daar deze laatste de onderliggende redenering perfect kon begrijpen, zoals blijkt uit het onderhavige beroep.
- 114 Derhalve moet de eerste grief van het tweede middel ongegrond worden verklaard.
- Bestaan van een kennelijke beoordelingsfout
- 115 Ter verduidelijking van de door artikel 2 van verordening nr. 139/2004 opgelegde beoordelingscriteria die zij op het gebied van concentraties met conglomerateffecten toepast, heeft de Commissie richtsnoeren bekendgemaakt voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2008, C 265, blz. 6). Uit de punten 11 en 92 van deze richtsnoeren blijkt dat bij dit soort fusies geen concurrerende ondernemingen betrokken zijn, zodat de kans dat deze fusies tot concurrentieproblemen leiden kleiner is dan bij horizontale fusies. Bovendien kunnen zij de betrokken partijen efficiëntiewinst opleveren.
- 116 Concentraties met conglomerateffecten kunnen evenwel in bepaalde omstandigheden tot concurrentieproblemen leiden. Dit kan met name het geval zijn wanneer de concentratie de nieuwe entiteit de mogelijkheid biedt een marktafslermingsstrategie te volgen. Volgens punt 93 van de richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen kan de markt immers worden afgeschermd indien de combinatie van producten op gerelateerde markten de fusieonderneming de mogelijkheid en de prikkel geeft om haar sterke marktpositie op de ene markt over te hevelen naar een andere markt om de concurrentie op de andere markt uit te sluiten. Volgens de rechtspraak brengt de concentratie slechts concurrentieproblemen mee in de zin van verordening nr. 139/2004 indien dit effect op de andere markt in een betrekkelijk nabije toekomst te voorzien valt (zie in die zin arrest Gerecht van 25 oktober 2002, Tetra Laval/Commissie, T-5/02, Jurispr. blz. II-4381, punten 148-153).
- 117 Wat het bewijs van dergelijke conglomerateffecten betreft, is in de rechtspraak vastgesteld dat de kwaliteit van de bewijselementen die de Commissie aanvoert om de noodzaak aan te tonen van een besluit waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, bijzonder belangrijk is. De beoordeling van een concentratie van het conglomeratetype berust immers op een prospectieve analyse waarbij het moeilijk waarneembaar, onzeker en moeilijk aan te tonen is welke oorzaken welke gevolgen zullen teweegbrengen, gelet op het ruime tijdsbestek dat in aanmerking wordt genomen en op de hefboomwerking die noodzakelijk is om van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te kunnen spreken (arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, reeds aangehaald, punt 50; zie in die zin arrest Commissie/Tetra Laval, reeds aangehaald, punt 44).
- 118 Voorts zij eraan herinnerd dat de Commissie een concentratie slechts onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan verklaren indien de significante belemmering van de mededinging het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de concentratie. Een dergelijke belemmering die zou voortvloeien uit de toekomstige beslissingen van de fusieonderneming, kan als een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie worden beschouwd indien dit toekomstige gedrag mogelijk wordt gemaakt en economisch gezien rationeel is door de wijziging van de kenmerken en de structuur van de markt ten gevolge van de concentratie (arrest Gerecht van 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 58; zie in die zin arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 94).

- 119 In casu laken verzoeksters met name het feit dat de nieuwe entiteit de mededingingsvoorwaarden op de markt voor zakelijke communicatie ten voordele van Lync zou kunnen vervalsen door een preferentiële interoperabiliteit tussen dit product en Skype, en dus tussen dit product en de grote gebruikersbasis van deze communicatiesoftware, tot stand te brengen.
- 120 Vaststaat dat deze interoperabiliteit nog niet was verzekerd ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit en dat hiervoor nog vrij lange en complexe innovatie-inspanningen vereist waren. Volgens de door interveniënte verstrekte informatie, die door verzoeksters niet wordt betwist, zou de IT-brug tussen Lync en Skype wellicht pas in 2013 voltooid zijn. Zelfs aangenomen dat dit werk binnen de gestelde termijnen gerealiseerd zou worden, zou de nieuwe entiteit nog een inspanning moeten verrichten om het nieuwe product aan de man te brengen bij de zakelijke klanten die hierin geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Deze commerciële inspanningen zouden dus in 2014 moeten worden verricht. Ten slotte kunnen de door verzoeksters gevreesde mededingingsverstorende effecten zich – in aanmerking genomen dat de Commissie heeft verwezen naar een periode van drie jaar na de vaststelling van het besluit – slechts in datzelfde jaar doen gevoelen indien deze inspanningen een zodanig groot commercieel succes hebben dat zij de situatie op de markt voor zakelijke communicatie bijna onmiddellijk doen kantelen in het voordeel van Lync en de nieuwe entiteit in staat stellen om deze markt af te schermen. Dit commerciële succes zou een grote wijziging in de posities van de ondernemingen op de markt impliceren en zou met name betekenen dat het marktaandeel van Lync op de markt voor zakelijke communicatie, die in 2011 16 % bedroeg, aanzienlijk zou groeien ten opzichte van dat van Cisco, dat in hetzelfde jaar 32 % bedroeg.
- 121 Het door verzoeksters gevreesde afschermingseffect hangt dus af van een reeks factoren waarvan niet zeker is dat zij zich allemaal kunnen voordoen in een toekomst die voldoende nabij is om de prospectieve analyse van de effecten van de concentratie niet zuiver speculatief te maken (punt 116 hierboven). Dienaangaande heeft de Commissie, zoals in het vorige punt is gezegd, verwezen naar een periode van drie jaar na de vaststelling van het besluit. Deze periode, waartegen verzoeksters overigens niet zijn opgekomen, is betrekkelijk lang wanneer het, zoals in casu, gaat om een sector van nieuwe technologieën die door relatief korte innovatiecycli wordt gekenmerkt. Ten slotte berust de redenering van verzoeksters niet alleen op toekomstige en onzekere gebeurtenissen, maar gaat zij ook voorbij aan het feit dat de concurrenten van de nieuwe entiteit hun commercieel beleid en hun technologie kunnen aanpassen om op een eventuele afschermingsstrategie te anticiperen en deze te dwarsbomen.
- 122 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de door verzoeksters gelaakte marktafschermingseffecten te onzeker zijn om als een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie te kunnen worden beschouwd.
- 123 Zelfs indien de door verzoeksters gevreesde negatieve effecten als een gevolg van de concentratie zouden kunnen worden beschouwd, kan om de hierboven uiteengezette redenen niet worden geconcludeerd dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt.
- 124 Wat in de eerste plaats het vermogen van de nieuwe entiteit betreft om de markt af te schermen, moet ten eerste worden opgemerkt dat de uitleg die verzoeksters hebben gegeven over het concurrentievoordeel waarover de nieuwe entiteit zou beschikken, vaag blijft. Zij gaan er blijkbaar van uit dat de nieuwe entiteit door de integratie van Lync en de gebruikersbasis van Skype zou beschikken over een belangrijke commerciële troef op de markt voor zakelijke communicatie. Deze integratie zou de zakelijke gebruikers namelijk de mogelijkheid bieden om met name visueel te communiceren met hun klanten en andere zakelijke relaties, zoals leveranciers en distributeurs, en dit met dezelfde software als die welke voor interne communicatie wordt gebruikt.

- 125 Verzoeksters verschaffen evenwel geen tastbaar bewijs van het bestaan, de omvang of de evolutie van de vraag naar een dergelijk product. Zij verwijzen naar de informatie die Cisco tijdens de administratieve procedure aan de Commissie heeft verstrekt, die enkel de namen bevat van enkele grote ondernemingen of sectoren die met Skype-gebruikers zouden willen communiceren, zonder dat evenwel wordt gepreciseerd of deze wens betrekking heeft op het toekomstige product waarin Lync en Skype zullen worden geïntegreerd. Interveniente, daarentegen, heeft concrete aanwijzingen verstrekt dat klanten van Lync niet geïnteresseerd zijn in een communicatietool voor instant messaging.
- 126 Zelfs aangenomen dat er een reële en significante vraag bestaat naar een communicatietool zoals die welke uit een integratie van Lync en Skype zou voortkomen, leggen verzoeksters ten tweede niet uit waarom zakelijke gebruikers juist met Skype-gebruikers zouden willen communiceren. Zij verwijzen enkel naar de grote gebruikersbasis van Skype en naar de machtspositie van de nieuwe entiteit op de markt voor particuliere communicatie, met name voor videogesprekken via pc's die op Windows draaien. Zoals de Commissie terecht opmerkt, wensen de ondernemingen die mogelijkwerwijs in een geïntegreerde communicatietool geïnteresseerd zijn, vooral te communiceren met de afnemers van hun producten en diensten en niet met Skype-gebruikers. Het is niet duidelijk of deze gebruikers ook bestaande of potentiële klanten zijn van de ondernemingen die het product kunnen kopen dat uit de integratie van Lync en Skype zou voortkomen, en nog minder of deze gebruikers visueel willen communiceren met deze ondernemingen.
- 127 Zelfs aangenomen dat de Skype-gebruikers een commercieel interessante consumentengroep vormen, biedt Skype de ondernemingen niet de mogelijkheid om hen actief te benaderen. Zoals de Commissie en interveniente hebben opgemerkt, is het immers niet mogelijk om in contact te treden met de gebruikers van Skype, die normaal een pseudoniem gebruiken, zonder dat zij daar vooraf mee hebben ingestemd. In het omgekeerde geval dat het commerciële belang van het product waarin Lync en Skype zouden samengaan, gelegen zou zijn in de mogelijkheid voor de Skype-gebruikers om in contact te treden met de ondernemingen die producten en diensten aan hen verkopen, maken verzoeksters geenszins duidelijk welk commercieel voordeel dit geïntegreerde product zou hebben ten opzichte van de andere methodes die ondernemingen en consumenten gebruiken om met elkaar te communiceren, zoals de traditionele telefonie. De Commissie en interveniente merken immers terecht op dat het, gelet op deze andere communicatiemethodes, niet geloofwaardig is dat het product waarin Lync en Skype zouden samengaan, onmisbaar zou worden voor de ondernemingen die met hun afnemers zouden willen communiceren. Voorts zij opgemerkt dat de Skype-applicatie na de concentratie nog steeds beschikbaar is en kan worden gedownload en dat elke onderneming haar klanten dus perfect de mogelijkheid kan bieden om via Skype met haar in contact te treden, door op haar producten, in haar reclame of op haar internetsite haar identificatienummer voor Skype te vermelden. Ondernemingen zullen het uit de integratie van Lync en Skype voortkomende product niet nodig hebben om met Skype-gebruikers te communiceren.
- 128 Ten derde is de nieuwe entiteit, zelfs in de veronderstelling dat het product waarin Lync en Skype zouden samengaan, haar een reëel commercieel voordeel zou opleveren, daarom nog niet in staat om een marktafschermingsstrategie te volgen. Om te beginnen blijkt uit het onderzoek van het eerste middel dat er geen ernstige twijfel over bestaat dat de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt voor zover het gaat om diensten voor particuliere communicatie. Voorts beschikken de concurrenten van Lync, waaronder Cisco, zoals hierboven in punt 121 is opgemerkt, nog steeds over voldoende tijd om een commercieel beleid te ontwikkelen om de marktafschermingsstrategie te dwarsbomen die de nieuwe entiteit eventueel zou willen volgen. Deze concurrenten zouden namelijk hun prijzen, de kwaliteit of de functionaliteit van hun producten kunnen aanpassen of een beroep kunnen doen op de diensten van andere grote aanbieders van communicatiediensten voor particulieren, zoals Facebook, Twitter en Google. Dienaangaande zij opgemerkt dat vele ondernemingen reeds met dit soort netwerken zijn verbonden, zoals interveniente heeft gesteld.

- 129 Verzoeksters kunnen niet onder verwijzing naar punt 143 van het bestreden besluit, waarin de Commissie heeft erkend dat Microsoft in staat is om op andere markten een afschermingsbeleid toe te passen, betwisten dat de marktmacht van de nieuwe entiteit zwak is. Dat punt heeft immers geen betrekking op de markt voor zakelijke communicatie, maar op de markt voor particuliere communicatie en met name op de mogelijkheid voor de nieuwe entiteit om andere producten van Microsoft, in casu Windows, Windows Internet Explorer of Microsoft Office, met Skype te combineren.
- 130 Bovendien hebben verzoeksters geen andere elementen aangedragen waaruit blijkt dat de nieuwe entiteit in staat is om de door hen gelaakte marktafschermingsstrategie toe te passen.
- 131 Wat in de tweede plaats de beweegredenen van de nieuwe entiteit betreft om een dergelijke strategie te volgen, zij eraan herinnerd dat verzoeksters geen concrete gegevens hebben verstrekt over de winst die deze strategie deze entiteit zou kunnen opleveren. Zij verwijzen enkel naar de grote omvang van de gebruikersbasis van Skype, naar de waarde van de transactie, die 8,5 miljard USD bedraagt, naar bepaalde verklaringen van de CEO van Microsoft en naar de vroegere uitsluitingspraktijken van deze onderneming.
- 132 Bij ontbreken van informatie over het bestaan, de omvang en de aard van de vraag naar een product waarin Skype en Lync samengaan, is het moeilijk of zelfs onmogelijk om te beoordelen of een uitsluitingsstrategie winstgevend kan zijn voor de nieuwe entiteit. Aangezien Skype bovendien voor alle gebruikers, daaronder begrepen ondernemingen, beschikbaar blijft als downloadbare software, is het eveneens moeilijk om te antwoorden op de vraag of deze ondernemingen het geïntegreerde product zullen verkiezen boven een concurrerend systeem voor zakelijke communicatie in combinatie met Skype als gedownload programma. Verwijzingen naar vroegere handelspraktijken die betrekking hebben op andere markten dan die voor particuliere communicatie, naar de waarde van de transactie en naar algemene commerciële verklaringen van bepaalde vertegenwoordigers van Microsoft kunnen deze onzekerheden niet wegnemen.
- 133 Er zijn dus geen tastbare elementen waaruit kan worden afgeleid dat de nieuwe entiteit zich ertoe aangezet zou voelen om een marktvergrendelingsstrategie toe te passen.
- 134 Wat in de derde plaats de algemene invloed betreft die een dergelijke strategie waarschijnlijk op de prijzen en de keuze zal uitoefenen, zij met de Commissie en interveniënte opgemerkt dat de aanwezigheid van Lync op de markt voor zakelijke communicatie weliswaar niet te veronachtzamen is, maar dat zij minder prominent aanwezig is dan haar concurrenten en met name Cisco. Aangezien de uitvoering van de strategie meerdere jaren in beslag zal nemen (zie punten 120 en 121 hierboven), viel ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit niet te voorzien dat een dergelijke strategie in de jaren na deze vaststelling de concurrentieverhoudingen volledig in het voordeel van Lync kon doen veranderen.
- 135 Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat Lync in combinatie met andere producten uit het assortiment van Microsoft kan worden verkocht, aangezien een dergelijke verkoopstrategie niet afhangt van de concentratie die in het bestreden besluit aan de orde is.
- 136 Bijgevolg heeft de Commissie geen kennelijke vergissing begaan bij de beoordeling van de conglomerateffecten op de markt voor zakelijke communicatie.
- 137 Derhalve dient de tweede grief van het tweede middel, en dus het tweede middel in zijn geheel, ongegrond te worden verklaard.
- 138 Gelet op een en ander dient het verzoek tot nietigverklaring van het bestreden besluit te worden afgewezen.

139 Wat ten slotte het eerste onderdeel van de vordering betreft, hiermee wordt het Gerecht in wezen verzocht om de Commissie bij wijze van maatregel tot organisatie van de procesgang te gelasten om het Gerecht alle documenten betreffende de onderhandelingen tussen de Commissie en de partijen bij de transactie te verstrekken waarin eventuele verbintenissen om interoperabiliteit te verzekeren worden besproken. Aangezien uit de voorgaande overwegingen blijkt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de concentratie op basis van artikel 6 van verordening nr. 139/2004 goed te keuren, hoeft in het kader van het onderhavige beroep niet meer te worden onderzocht of de Commissie mogelijkerwijs gesprekken heeft gevoerd over verbintenissen om interoperabiliteit te verzekeren. Het Gerecht is dan ook van oordeel dat de in het eerste onderdeel van de vordering bedoelde maatregel tot organisatie van de procesgang niet hoeft te worden getroffen.

Kosten

140 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en van interveniënte in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**
- 2) **Cisco Systems Inc. en Messagenet SpA dragen hun eigen kosten alsook die van de Europese Commissie en Microsoft Corp.**

Papasavvas

Van der Woude

Wetter

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 december 2013.

ondertekeningen

Inhoud

Aan het geding ten grondslag liggende feiten	2
Partijen	2
Administratieve procedure	2
Inhoud van het bestreden besluit	2
Procedure en conclusies van partijen	4
In rechte	5
Ontvankelijkheid	5
Ten gronde	7

Op de Commissie rustende bewijslast en intensiteit van de rechterlijke toetsing	7
Eerste middel: horizontale gevolgen van de concentratie op de markt voor particuliere communicatie ..	8
– Marktaandeel	10
– Netwerkeffecten	12
– Aantasting van de mededinging	13
Tweede middel: conglomerateffecten van de concentratie op de markt voor zakelijke communicatie ...	15
– Motivering	17
– Bestaan van een kennelijke beoordelingsfout	18
Kosten	22