



Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (szósta izba w składzie powiększonym)

z dnia 14 września 2022 r.*

Konkurencja – Nadużycie pozycji dominującej – Inteligentne urządzenia mobilne – Decyzja stwierdzająca naruszenie art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG – Pojęcia: platformy wielostronnej i rynku wielostronnego („ekosystem”) – System operacyjny (Google Android) – Sklep z aplikacjami (Play Store) – Aplikacje służące do wyszukiwania i do przeglądania (Google Search i Chrome) – Porozumienia zawierane z producentami urządzeń i operatorami sieci mobilnych – Jednolite i ciągłe naruszenie – Pojęcia: całościowego planu i zachowań wdrażanych w ramach tego samego naruszenia (grupowanie produktów w pakiety, wypłaty z tytułu wyłączności i obowiązki zapobiegania fragmentacji) – Skutki w postaci wykluczenia – Prawo do obrony – Nieograniczone prawo orzekania

W sprawie T-604/18

Google LLC, z siedzibą w Mountain View, Kalifornia (Stany Zjednoczone),

Alphabet, Inc., z siedzibą w Mountain View,

które reprezentowali N. Levy, J. Schindler, A. Lamadrid de Pablo, J. Killick, A. Komninos, G. Forwood, adwokaci, P. Stuart, D. Gregory, H. Mostyn, barristers, oraz M. Pickford, QC,

skarżące,

popierane przez

Application Developers Alliance, z siedzibą w Waszyngtonie, D.C. (Stany Zjednoczone), które reprezentował A. Parr, S. Vaz, solicitors, i R. Baena Zapatero, adwokat

przez

Computer & Communications Industry Association, z siedzibą w Waszyngtonie, D.C., które reprezentowali E. Batchelor, T. Selwyn Sharpe, solicitors, i G. de Vasconcelos Lopes, adwokat,

przez

Gigaset Communications GmbH, z siedzibą w Bocholt (Niemcy), którą reprezentował J.-F. Bellis, adwokat,

przez

* Język postępowania: angielski.

HMD global Oy, z siedzibą w Helsinkach (Finlandia), którą reprezentowali M. Glader i M. Johansson, adwokaci,

oraz przez

Opera Norway AS, dawniej Opera Software AS, z siedzibą w Oslo (Norwegia), którą reprezentowali M. Glader i M. Johansson, adwokaci,

interwenienci,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali N. Khan, A. Dawes, C. Urraca Caviedes i F. Castillo de la Torre, działający w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV, dawniej Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger eV, z siedzibą w Berlinie (Niemcy), którego reprezentowali T. Höppner, profesor, i P. Westerhoff, adwokat,

przez

Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC), z siedzibą w Brukseli (Belgia), które reprezentował A. Fratini, adwokat,

przez

FairSearch AISBL, z siedzibą w Brukseli, który reprezentowali T. Vinje, D. Paemen i K. Missenden, adwokaci,

przez

Qwant, z siedzibą w Paryżu (Francja), którego reprezentowali prof. T. Höppner oraz P. Westerhoff, adwokat,

przez

Seznam.cz, a.s., z siedzibą w Pradze (Republika Czeska), którą reprezentowali M. Felgr, Vinje, Paemen, J. Dobrý i P. Chytil, adwokaci,

oraz przez

Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV, z siedzibą w Berlinie (Niemcy), które reprezentowali prof. T. Höppner oraz P. Westerhoff, adwokat,

interwenienci,

SĄD (szósta izba w składzie powiększonym),

w składzie: A. Marcoulli, prezes, S. Frimodt Nielsen (sprawozdawca), J. Schwarcz, C. Iliopoulos i R. Norkus, sędziowie,

sekretarz: C. Kristensen, kierownik wydziału,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy, która odbyła się w dniach od 27 września do 1 października 2021 r.,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 W skardze opartej na art. 263 TFUE Google LLC (dawniej Google Inc.) i Alphabet Inc., której Google LLC jest spółką zależną (zwane dalej łącznie „spółką Google” lub „skarżącymi”), wnoszą tytułem głównym o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji Komisji C(2018) 4761 final z dnia 18 lipca 2018 r. dotyczącej postępowania przewidzianego w art. 102 TFUE i art. 54 Porozumienia EOG (Sprawa AT.40099 – Google Android) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją”), a tytułem żądania ewentualnego – o uchylenie grzywny nałożonej w rzeczony zaskarżonej decyzji lub obniżenie jej wysokości.

I. Okoliczności powstania sporu

- 2 Spółka Google jest przedsiębiorstwem z sektora technologii informacyjnych i komunikacyjnych specjalizującym się w produktach i usługach związanych z Internetem, działającym w Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG).

A. Okoliczności faktyczne

- 3 W 2005 r., w ramach reakcji na pojawienie się i rozwój Internetu mobilnego oraz prawdopodobną zmianę zachowań użytkowników, do której fakt ten prowadził w dziedzinie ogólnego wyszukiwania informacji w Internecie, spółka Google nabyła przedsiębiorstwo, które wcześniej opracowało system operacyjny dla inteligentnych urządzeń mobilnych (zwany dalej „systemem operacyjnym”) pod nazwą Android. Zdaniem Komisji Europejskiej w lipcu 2018 r. około 80% inteligentnych urządzeń mobilnych używanych w Europie i na świecie funkcjonowało pod Androidem.
- 4 Gdy spółka Google opracowała nową wersję Androida, opublikowała jej kod źródłowy w Internecie. Dzięki temu osoby trzecie mogły pobierać i modyfikować ów kod i tworzyć w rezultacie „forki” Androida (fork jest nowym oprogramowaniem stworzonym na podstawie kodu źródłowego istniejącego oprogramowania). Kod źródłowy Androida ujawniony na podstawie licencji na bezpłatne używanie („Android Open Source Project licence”, zwanej dalej „licencją AOSP”) zawiera podstawowe składniki systemu operacyjnego, lecz nie obejmuje aplikacji i usług Android, których właścicielem jest spółka Google. Producenci oryginalnych urządzeń (zwani dalej „producentami oryginalnych urządzeń”), którzy pragną uzyskać aplikacje i usługi spółki Google, muszą zatem zawierać ze spółką Google umowy. Takie umowy spółka Google

zawiera również z operatorami sieci mobilnych (zwanymi dalej „operatorami sieci mobilnych”), którzy pragną zainstalować aplikacje i usługi będące własnością spółki Google na urządzeniach sprzedawanych użytkownikom końcowym.

- 5 Przedmiotem niniejszej sprawy są niektóre z tych umów.

B. Postępowanie przed Komisją

- 6 W dniu 25 marca 2013 r. FairSearch AISBL (zwany dalej „FairSearch”), związek przedsiębiorstw prowadzących działalność w sektorze technologii informacyjnych i komunikacyjnych, skierował do Komisji skargę na niektóre praktyki handlowe spółki Google w dziedzinie Internetu mobilnego. W następstwie tej skargi Komisja skierowała do spółki Google, jej klientów, konkurentów i innych podmiotów działających w tym środowisku wezwania do udzielenia informacji. Inne podmioty również wniosły do Komisji skargi na zachowanie spółki Google w dziedzinie Internetu mobilnego.
- 7 W dniu 15 kwietnia 2015 r. Komisja wszczęła wobec spółki Google postępowanie dotyczące Androida.
- 8 W dniu 20 kwietnia 2016 r. Komisja skierowała do spółki Google pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Jawną wersję tego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów przesłano również 17 podmiotom, które złożyły skargi do Komisji, i zainteresowanym stronom trzecim.
- 9 W okresie od października 2016 r. do października 2017 r. Komisja otrzymała uwagi dotyczące pisma w sprawie przedstawienia zarzutów pochodzące od jedenastu podmiotów, który złożyły do niej skargi, i zainteresowanych stron trzecich. W grudniu 2016 r. spółka Google przedstawiła ostateczną wersję swojej odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (zwaną dalej „odpowiedzią na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów”). W tym czasie spółka Google nie złożyła wniosku o przeprowadzenie przesłuchania ustnego.
- 10 W okresie od sierpnia 2017 r. do maja 2018 r. Komisja przedstawiła spółce Google szereg różnego rodzaju okoliczności faktycznych mających popierać wnioski zawarte w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. O okolicznościach tych poinformowano, w szczególności, za pośrednictwem pierwszego pisma zawierającego opis stanu faktycznego w dniu 31 sierpnia 2017 r. i drugiego pisma zawierającego opis stanu faktycznego w dniu 11 kwietnia 2018 r. Spółka Google przedstawiła swoje uwagi w przedmiocie tych pism, odpowiednio, w dniach 23 października 2017 r. i 7 maja 2018 r.
- 11 Ponadto we wrześniu 2017 r. spółka Google zwróciła się o wszystkie istotne dokumenty dotyczące ewentualnych spotkań Komisji ze stronami trzecimi. Komisja odpowiedziała na ten wniosek w lutym 2018 r.
- 12 Spółka Google miała dostęp do akt w 2016 r. w następstwie pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, w 2017 r. w następstwie pierwszego pisma zawierającego opis stanu faktycznego i w 2018 r. w następstwie drugiego pisma zawierającego opis stanu faktycznego.
- 13 W dniu 7 maja 2018 r. spółka Google wniosła o przeprowadzenie przesłuchania ustnego. Wniosek ten Komisja oddaliła w dniu 18 maja 2018 r.

- 14 W dniu 21 czerwca 2018 r. na wniosek spółki Google Komisja przekazała temu przedsiębiorstwu dwa pisma zainteresowanych stron trzecich. Spółka Google przedstawiła swoje uwagi w przedmiocie tych dokumentów w dniu 27 czerwca 2018 r.

C. Zaskarżona decyzja

- 15 W dniu 18 lipca 2018 r. Komisja wydała zaskarżoną decyzję. W decyzji tej Komisja nałożyła grzywnę na spółkę Google LLC, a częściowo na Alphabet Inc. za naruszenie reguł konkurencji, polegające na nałożeniu na producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych antykonkurencyjnych ograniczeń umownych w celu ochrony i umocnienia pozycji dominującej spółki Google na rynkach krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych w EOG.
- 16 W zaskarżonej decyzji wskazano trzy rodzaje ograniczeń umownych:
- ograniczenia zawarte w umowach dystrybucji aplikacji mobilnych (zwanym dalej „UDAM”), na mocy których spółka Google zobowiązywała producentów oryginalnych urządzeń do preinstalowania aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego (Google Search) i do przeglądania (Chrome), jako warunku uzyskania przez nich licencji na korzystanie ze sklepu z aplikacjami Google (Play Store);
 - ograniczenia wprowadzone do umów o zapobieganiu fragmentacji (zwanym dalej „UZF”), na mocy których producenci oryginalnych urządzeń pragnący zainstalować aplikacje Google nie mogli sprzedawać urządzeń działających pod wersjami Androida, które nie zostały zatwierdzone przez spółkę Google;
 - ograniczenia wprowadzone do porozumień o podziale przychodów (zwanym dalej „PPP”), na mocy których spółka Google przyznawała producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych odsetek przychodów z reklam, pod warunkiem, że ci producenci lub operatorzy sieci mobilnych zgodzili się nie preinstalować konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych na jakichkolwiek urządzeniach należących do portfela określonego w drodze porozumienia stron (zwanym dalej „PPP dla portfela”).
- 17 Jeśli chodzi o czas trwania ograniczeń umownych (zwanym dalej łącznie „spornymi ograniczeniami”), ograniczenia związane z UDAM obowiązywały w przypadku pakietu Google Search i Play Store od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji, a w przypadku grupy Chrome, Google Search i Play Store od dnia 1 sierpnia 2012 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji; ograniczenia związane z UZF obowiązywały od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji, a związane z UDD od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 marca 2014 r., kiedy to zakończyło się ostatnie PPP dla portfela.
- 18 Zdaniem Komisji, celem spornych ograniczeń była ochrona i wzmocnienie pozycji dominującej spółki Google w dziedzinie ogólnych wyszukiwarek internetowych, a tym samym przychodów uzyskiwanych przez to przedsiębiorstwo z ogłoszeń reklamowych związanych z tymi wyszukiwaniami. Wspólny cel i współzależność spornych ograniczeń skłoniły Komisję do zakwalifikowania ich jako jednolitego i ciągłego naruszenia art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG.
- 19 Aby ukarać za te praktyki uznane za mające znamiona nadużycia, Komisja nałożyła na spółkę Google grzywnę w wysokości 4 342 865 000 EUR. Ustalając tę kwotę Komisja uwzględniła wartość sprzedaży mającej znaczenie w obrębie EOG, powiązanej z jednolitym i ciągłym naruszeniem,

zrealizowanej przez spółkę Google w ostatnim roku udziału w naruszeniu (2017) i zastosowała współczynnik wagi naruszenia (11%). Następnie Komisja pomnożyła uzyskaną w ten sposób kwotę przez liczbę lat udziału w naruszeniu (w przybliżeniu 7,52) i dodała do niej kwotę dodatkową (równowartość 11% wartości sprzedaży z 2017 r.) w celu odstraszenia podobnych przedsiębiorstw od angażowania się w identyczne praktyki. Komisja uznała również, że brak jest okoliczności łagodzących lub obciążających, które należałoby uwzględnić, oraz że nie ma potrzeby uwzględnienia w szczególności sposobu znacznych możliwości finansowych spółki Google, w celu zmniejszenia lub zwiększenia kwoty grzywny.

- 20 Komisja zażądała również od spółki Google, aby zaprzestała tych praktyk w terminie 90 dni od podania jej do wiadomości zaskarżonej decyzji.

II. Przebieg postępowania i żądania stron

- 21 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 9 października 2018 r. spółka Google wniosła niniejszą skargę.
- 22 Na wniosek Komisji termin na złożenie odpowiedzi na skargę ulegał kilkakrotnie przedłużeniu. Wreszcie został ustalony na dzień 15 marca 2019 r., w którym to terminie Komisja złożyła odpowiedź.
- 23 Na wniosek spółki Google termin na złożenie repliki był wielokrotnie przedłużany. Ostatecznie ustalono go na dzień 1 lipca 2019 r., w którym to terminie replika została złożona.
- 24 Na wniosek Komisji termin na złożenie dupliki był wiele razy przedłużany. Wreszcie ustalono go na dzień 29 listopada 2019 r., w którym to terminie złożono duplikę.

A. Wnioski o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta

- 25 W terminie przewidzianym w art. 143 § 1 regulaminu postępowania przed Sądem złożono jedenaście wniosków o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta.
- 26 Postanowieniem prezesa trzeciej izby z dnia 23 września 2019 r.:
- Application Developers Alliance (zwany dalej „ADA”); Computer & Communications Industry Association (zwane dalej „CCIA”); Gigaset Communications GmbH (zwana dalej „Gigaset”); HMD global Oy (zwana dalej „HMD”) i Opera Norway AS (zwana dalej „Operą”) zostały dopuszczone do udziału w sprawie w charakterze interwenientów popierających żądania spółki Google;
 - Bureau européen des unions de consommateurs (zwane dalej „BEUC”), Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV (zwane dalej „VDZ”), Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV (zwane dalej „BDZV”), Seznam.cz, a.s. (zwana dalej „Seznam”), FairSearch i Qwant zostały dopuszczone do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji.
- 27 Aby umożliwić interwenientom przedstawienie ich stanowisk w przedmiocie wszystkich uwag stron głównych, ustalono, że termin na złożenie uwag interwenientów rozpoczyna bieg w momencie złożenia wspólnej jawnej wersji dupliki.

- 28 Na wniosek niektórych z interwenientów termin do złożenia uwag interwenienta był kilkakrotnie przedłużany. Wreszcie ustalono go na dzień 30 czerwca 2020 r., kiedy to wszystkie te pisma zostały złożone.
- 29 W dniu 12 października 2020 r. strony główne złożyły odpowiedzi na uwagi interwenientów.

B. Przebieg postępowania, główne wnioski o zachowanie poufności i stan sprawy

- 30 Na wniosek stron głównych termin składania wniosków o zachowanie poufności skargi, odpowiedzi na skargę, repliki i dupliki kilkakrotnie przedłużano. W odniesieniu do skargi i odpowiedzi na skargę ustalono ostatecznie ten termin na dzień 13 września 2019 r., kiedy to strony główne złożyły wspólną jawną wersję każdego z tych dokumentów. W odniesieniu do repliki i dupliki termin ten określono ostatecznie, odpowiednio, na dzień 11 grudnia 2019 r. i na dzień 1 maja 2020 r., w których to terminach strony główne złożyły wspólną wersję każdego z tych dokumentów.
- 31 Co się tyczy tych dokumentów, jedyne sprzeciwy dotyczące wniosków o zachowanie poufności przedstawił FairSearch w dniu 20 marca 2020 r. w odniesieniu do poufności podnoszonej przez spółkę Google w odniesieniu do trzech załączników do dupliki.
- 32 W dniu 7 kwietnia 2020 r., w ramach środka organizacji postępowania przewidzianego w art. 89 regulaminu postępowania, Sąd zwrócił się do spółki Google o wyjaśnienia w przedmiocie zakresu poufności, na którą powołuje się w odniesieniu do trzech załączników wskazanych przez FairSearch. Spółka Google odpowiedziała na pytanie Sądu w dniu 23 kwietnia 2020 r. i przedstawiła nowe wersje tych załączników.
- 33 W dniu 6 maja 2020 r. w ramach środka organizacji postępowania Sąd zwrócił się do FairSearch z pytaniem, czy w świetle nowych wersji trzech załączników do dupliki przekazanych przez spółkę Google podmiot ten podtrzymuje swoje zastrzeżenia co do poufności tych dokumentów. FairSearch odpowiedział na to pytanie w dniu 1 czerwca 2020 r., wskazując, że nie podtrzymuje swoich zastrzeżeń.
- 34 Na wniosek stron głównych termin składania wniosków o zachowanie poufności ich uwag w przedmiocie uwag interwenientów był wielokrotnie przedłużany. Ostatecznie został on ustalony na dzień 11 grudnia 2020 r., kiedy to złożono wspólne jawne wersje tych uwag.
- 35 Co się tyczy uwag stron głównych w przedmiocie uwag interwenientów, jedyne sprzeciwy co do wniosków o zachowanie poufności przedstawiło w dniu 8 stycznia 2021 r. BEUC, w odniesieniu do podnoszonej przez spółkę Google poufności załącznika do skargi i niektórych fragmentów przedstawionych przez tę spółkę uwag dotyczących uwag interwenienta złożonych przez BEUC.
- 36 W dniu 21 stycznia 2021 r., w ramach środka organizacji postępowania, Sąd zwrócił się do spółki Google o wyjaśnienia dotyczące podnoszonego zakresu poufności w odniesieniu do tego załącznika do skargi i tychże fragmentów jej uwag. Spółka Google odpowiedziała w dniu 27 stycznia 2021 r. i przedstawiła nowe wersje załącznika do skargi wskazanego przez BEUC, a także swoje uwagi w przedmiocie uwag interwenienta przedstawionych przez BEUC.

- 37 W dniu 18 lutego 2021 r. w ramach środka organizacji postępowania Sąd zwrócił się do BEUC z pytaniem, czy w świetle nowej jawnej wersji wskazanego przez niego załącznika oraz nowej jawnej wersji uwag Google dotyczących uwag interwenienta złożonych przez BEUC, interwenient ten podtrzymuje swoje zastrzeżenia. BEUC udzieliło odpowiedzi w dniu 5 marca 2021 r., wskazując, że nie podtrzymuje swoich zastrzeżeń.
- 38 Wspólne wysiłki wszystkich stron w toku całego postępowania pozwoliły, pomimo rozbieżnych interesów, które często w tym przeszkadzały, na rozwiązanie problemów w dziedzinie poufności informacji, danych i dokumentów przedkładanych w niniejszej sprawie, i umożliwiły rozpoznanie sprawy w świetle jednej wspólnej wersji jawnej. Niektóre dane poufne znane stronom głównym zastąpiono następnie przedziałami wartości, które wykorzystano w wersji jawnej zaskarżonej decyzji, dostępnej w witrynie internetowej Komisji.
- 39 Ze względu na zmianę składu izb Sądu, zgodnie z art. 27 § 5 regulaminu postępowania, sędzia sprawozdawca został przydzielony do szóstej izby Sądu, której w rezultacie została przekazana niniejsza sprawa.
- 40 Pisemny etap postępowania został zamknięty w dniu 19 marca 2021 r. wraz z przekazaniem ostatnich uwag do wniosków o zachowanie poufności.
- 41 W dniu 6 kwietnia 2021 r. spółka Google wniosła o wysłuchanie jej na rozprawie.
- 42 Na wniosek szóstej izby Sąd, na podstawie art. 28 regulaminu postępowania, postanowił przekazać sprawę szóstej izbie w składzie powiększonym.
- 43 Na wniosek sędziego sprawozdawcy Sąd postanowił otworzyć ustny etap postępowania.
- 44 W dniu 25 czerwca 2021 r. w ramach środków organizacji postępowania Sąd wezwał strony do udzielenia odpowiedzi na pierwszą serię pytań. Strony odpowiedziały na rzezone pytania, które dotyczyły istoty sprawy, a strony główne przedstawiły swoje uwagi na piśmie w przedmiocie tych odpowiedzi.
- 45 W dniu 5 lipca 2021 r. Sąd wezwał strony do przedstawienia uwag w przedmiocie rozplanowania poszczególnych dni rozprawy. Plan ten dostosowano z uwzględnieniem przedstawionych w tym względzie uwag.
- 46 Stronom przekazano sprawozdanie na rozprawę, a w dniach 7 września i 24 września 2021 r., odpowiednio, spółka Google i Komisja przedstawiły uwagi w przedmiocie tego dokumentu. Sąd zapoznał się z tymi uwagami.
- 47 Na rozprawie, która trwała pięć dni, od dnia 27 września do dnia 1 października 2021 r. wysłuchane zostały wystąpienia stron głównych i interwenientów oraz ich odpowiedzi na pytania Sądu.

C. Żądania stron

- 48 Spółka Google, popierana przez ADA, CCIA, Gigaset, HMD i Operę, wnosi do Sądu o:
- stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

- tytułem żądania ewentualnego – uchylenie grzywny lub obniżenie jej kwoty;
 - obciążenie Komisji kosztami postępowania;
 - obciążenie BEUC, VDZ, BDZV, Seznam, FairSearch i Qwant kosztami związanymi z ich interwencją.
- 49 ADA, CCIA, Gigaset, HMD i Opera wnoszą również do Sądu o obciążenie Komisji kosztami związanymi z ich interwencją.
- 50 Komisja, popierana przez BEUC, VDZ, BDZV, Seznam, FairSearch i Qwant, wnosi do Sądu o:
- oddalenie skargi;
 - obciążenie Google kosztami postępowania;
 - obciążenie ADA, CCIA, Gigaset, HMD i Opery kosztami związanymi z ich interwencjami.
- 51 BEUC, VDZ, BDZV, Seznam, FairSearch i Qwant wnoszą również do Sądu o obciążenie Google kosztami związanymi z ich interwencją.

III. Co do prawa

- 52 Na poparcie skargi skarżące podnoszą sześć zarzutów:
- zarzut pierwszy dotyczy błędnego charakteru oceny definicji rynku i istnienia pozycji dominującej;
 - zarzut drugi dotyczy błędnego charakteru oceny, czy określone w UDAM warunki preinstalowania mają charakter nadużycia;
 - zarzut trzeci jest wywodzony z błędnego charakteru oceny tego, czy warunek dotyczący preinstalacji na zasadzie wyłączności, zapisany w PPP dla portfela ma charakter nadużycia;
 - zarzut czwarty dotyczy błędnego charakteru oceny tego, czy uzależnienie przyznania licencji na Play Store i Google Search od przestrzegania zawartych w UZF obowiązków zapobiegania fragmentacji (zwanym dalej „OZF”) ma charakter nadużycia;
 - zarzut piąty opiera się na naruszeniu prawa do obrony;
 - zarzut szósty dotyczy błędnego charakteru oceny poszczególnych elementów wziętych pod uwagę przy obliczaniu grzywny.

A. Uwagi wstępne

- 53 Przed zbadaniem argumentacji stron należy przedstawić kilka uwag na temat kontekstu handlowego ukaranych zachowań, zasad kontroli sądowej zaskarżonej decyzji i sposobu przeprowadzania dowodów, a także dopuszczalności dowodów przedstawionych przed Sądem.

1. W przedmiocie kontekstu handlowego ukaranych zachowań

54 Słownik online *Merriam-Webster* definiuje termin „to google” jako działanie polegające na „wykorzystywaniu wyszukiwarki Google w celu uzyskania informacji na temat kogoś lub czegoś w ogólnosiwiatowej sieci internetowej”. Rzadko zdarza się, aby przedsiębiorstwo cieszyło się taką rozpoznawalnością, że od jego nazwy powstaje czasownik, i chociażby ten tylko fakt świadczy o miejscu, jakie spółka Google zajęła w życiu codziennym ludzi.

a) Model handlowy oparty na wyszukiwaniach za pomocą Google Search

55 Spółka Google uzyskuje większość przychodów ze swojego produktu flagowego: wyszukiwarki Google Search. Na inteligentnych urządzeniach mobilnych użytkownicy mogą uzyskać dostęp do wyszukiwarki Google Search za pomocą aplikacji Google Search lub poprzez inne punkty dostępu, takie jak widżet wyszukiwania („search widget”) lub pasek adresu znajdujący się w przeglądarce. Wyszukiwarka ta oferuje usługi charakterystyczne dla ogólnych wyszukiwarek internetowych („general search services”) i umożliwia użytkownikom wyszukiwanie odpowiedzi na ich pytania w całym Internecie (motywy 94–101 i 106 zaskarżonej decyzji).

56 Model handlowy Google opiera się na interakcji pomiędzy, z jednej strony, produktami i usługami związanymi z Internetem, oferowanymi najczęściej użytkownikom nieodpłatnie, a z drugiej strony, internetowymi usługami reklamowymi, z których uzyskuje ona znaczną większość swoich przychodów. I tak, system operacyjny Android, sklep z aplikacjami Play Store, aplikacja Google Search, przeglądarka Chrome, poczta elektroniczna Gmail, usługa przechowywania i edycji treści Google Drive, usługa geolokalizacji Google Maps, usługa rozpowszechniania treści YouTube są oferowane nieodpłatnie. Inne usługi są płatne, jak Google Play Music and Movie, a niektóre oferują płatną formułę premium, jak YouTube i Google Drive (motyw 107, przypis nr 65 zaskarżonej decyzji). Przykładowo, w 2016 r. reklama internetowa stanowiła 88,7% całości przychodów spółki Google, z czego 80% uzyskała ona za pośrednictwem witryn Google, w szczególności strony domowej Google Search (motywy 105–107, przypis nr 62 zaskarżonej decyzji).

57 W odróżnieniu od modelu handlowego przyjętego, na przykład, przez spółkę Apple, który opiera się na integracji wertykalnej i sprzedaży wysokiej klasy inteligentnych urządzeń mobilnych, model handlowy Google opiera się przede wszystkim na wzroście liczby użytkowników jej wyszukiwarek internetowych w celu sprzedaży usług reklamy internetowej (motyw 153 zaskarżonej decyzji).

58 Przy okazji interakcji użytkowników z jej produktami i usługami spółka Google gromadzi dane dotyczące ich aktywności zakupowej i sposobu wykorzystywania przez nich urządzeń. Gromadzone dane obejmują, w szczególności, informacje kontaktowe (imię i nazwisko, adres, adres poczty elektronicznej, numer telefonu); dane dotyczące tożsamości konta (nazwa użytkownika i hasło); informacje demograficzne (płeć i data urodzenia); dane użytej karty lub rachunku bankowego; informacje o treściach przedstawionych użytkownikowi (reklama, odwiedzane strony, itp.); dane o interakcji, takie jak „kliknięcia”; lokalizację; dane dotyczące wykorzystywanego urządzenia i operatora. Dane te pozwalają spółce Google wzmocnić jej zdolność do przedstawiania wyników wyszukiwania i reklam, które są istotne dla użytkowników (motywy 109–111 zaskarżonej decyzji).

b) Praktyki przyjęte przy przejściu na Internet mobilny

- 59 Model handlowy Google został pierwotnie opracowany w środowisku komputerów osobistych, w których głównym punktem wejścia do Internetu była przeglądarka. W połowie lat 2000. spółka Google zrozumiała, że rozwój Internetu mobilnego doprowadzi do zasadniczej zmiany w zwyczajach użytkowników, w szczególności ze względu na możliwości oferowane przez geolokalizację.
- 60 Przewidywalna ekspansja nowych rozwiązań skłoniła spółkę Google do opracowania strategii mającej na celu wyprzedzenie efektów tej zmiany i zapewnienie, że użytkownicy będą dokonywać wyszukiwania na urządzeniach mobilnych za pośrednictwem Google Search (motywy 112–117 zaskarżonej decyzji). Strategia ta przejawiała się w wielu aspektach.
- 61 Po pierwsze, w 2005 r. spółka Google nabyła podmiot, który opracował system operacyjny Android, aby przejąć kontrolę nad jego dalszym rozwojem i utrzymaniem tego systemu (motywy 120–123 zaskarżonej decyzji). System operacyjny Android jest oferowany bezpłatnie producentom oryginalnych urządzeń, operatorom sieci mobilnych i dostawcom aplikacji na zasadzie darmowej licencji eksploatacyjnej – licencji AOSP (motyw 124 zaskarżonej decyzji). System operacyjny Android jest również częścią „ekosystemu”, który zawiera inne elementy, takie jak zbiór usług Google Mobile („GMS bundle” lub „Google Mobile Services”, zwane dalej „pakietem GMS”) (zob. motyw 133 zaskarżonej decyzji), który obejmuje, między innymi, sklep z aplikacjami Play Store, aplikację Google Search i przeglądarkę Chrome. Pierwsze wersje handlowe urządzeń Android wprowadzono do obrotu w latach 2008–2009.
- 62 Po drugie, w 2007 r. spółka Google zawarła porozumienie z Apple, pozwalające na ustawienie Google Search jako domyślnej ogólnej wyszukiwarki internetowej na wszystkich inteligentnych urządzeniach mobilnych wprowadzanych na rynek przez spółkę Apple, począwszy od iPhone’a. Dzięki temu porozumieniu Google Search odpowiadało w 2010 r. za ponad połowę ruchu internetowego w iPhone’ach i prawie jedną trzecią całego ruchu internetowego w sieci mobilnej (motyw 118 i 119 zaskarżonej decyzji).
- 63 Ponadto Google prowadzi również działalność w zakresie produkcji urządzeń Google Android z własną gamą Nexus i Pixel (motywy 152, 153 zaskarżonej decyzji).

c) Jednolite naruszenie o wielu aspektach

- 64 W niniejszej sprawie Komisja uznała, że niektóre aspekty strategii wdrożonej przez spółkę Google w celu dostosowania jej modelu handlowego do przejścia na Internet mobilny stanowią nadużycie pozycji dominującej.
- 65 Dotyczy to spornych ograniczeń nałożonych przez spółkę Google na producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w celu zapewnienia, aby ruch na urządzeniach Google Android był kierowany do wyszukiwarki Google Search. Zdaniem Komisji praktyki te skutkowały pozbawieniem konkurentów spółki Google – takich jak Qwant lub Seznam – możliwości konkurowania z nią czynnikami niecenowymi oraz pozbawieniem konsumentów w Unii Europejskiej korzyści płynących ze skutecznej konkurencji, takich jak możliwość korzystania z wyszukiwarki ukierunkowanej na ochronę życia prywatnego, dostosowanej do specyfiki językowej lub uprzywilejowującej treści o większej wartości, między innymi w dziedzinie informacji.

- 66 Jak wskazano powyżej, zgodnie z pkt 11–13 zaskarżonej decyzji, sporne ograniczenia były trojaki:
- ograniczenia zawarte w UDAM, na mocy których spółka Google zobowiązywała producentów oryginalnych urządzeń do preinstalowania aplikacji do wyszukiwania ogólnego (Google Search) i do przeglądania (Chrome) jako warunku uzyskania przez nich licencji na korzystanie ze sklepu z aplikacjami Google (Play Store);
 - ograniczenia wprowadzone do UZF, na mocy których producenci oryginalnych urządzeń pragnący zainstalować aplikacje Google nie mogli sprzedawać urządzeń działających pod wersjami Androida, które nie zostały zatwierdzone przez spółkę Google;
 - ograniczenia wprowadzone do PPP dla portfela, na mocy których spółka Google przyznawała producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych odsetek przychodów z reklam, pod warunkiem, że owi producenci i operatorzy sieci mobilnych zgodzili się nie preinstalować konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych na jakichkolwiek urządzeniach należących do portfela określonego w drodze porozumienia stron.
- 67 Zdaniem Komisji sporne ograniczenia stanowiły element ogólnej strategii Google mającej na celu utrwalenie pozycji dominującej na rynku wyszukiwania ogólnego w Internecie w czasie, gdy znaczenie mobilnego Internetu istotnie rosło (zob. pkt 14 zaskarżonej decyzji).
- 68 Celem tej strategii było zachowanie szans spółki Google na to, aby konsumenci, przeprowadzając ogólne wyszukiwania w Internecie, korzystali z jej wyszukiwarki, co gwarantowałoby jej nie tylko osiągnięcie związanych z tym przychodów z reklam, ale również uzyskanie informacji niezbędnych do ulepszenia jej usług. Chociaż zastosowano różnorodne środki, które były wzajemnie ze sobą powiązane, cel pozostał, ogólnie rzecz biorąc, taki sam:
- UDAM miały umożliwić Google zagwarantowanie, że sprzedawane urządzenia Google Android będą dysponowały aplikacją Google Search i przeglądarką Chrome, które stanowią dwa główne punkty wejścia do wyszukiwania ogólnego; skutkiem preinstalacji tych aplikacji było zatem umożliwienie Google wykorzystania związanego z tym „efektu status quo”, która to przewaga miała istotny wpływ na konkurencję poprzez zawężenie, w szczególności, możliwości wyboru oferowanych konsumentom;
 - celem UZF było umożliwienie spółce Google zapobieżenia pojawieniu się rozwiązań mogących wykorzystywać system operacyjny Android ze szkodą dla tej spółki; w rezultacie spółka Amazon nie zdołała wykorzystać Androida do opracowania własnych rozwiązań w zakresie odpowiednich aplikacji i usług;
 - PPP dla portfela, które, co prawda, nie obejmowały wszystkich urządzeń Google Android i które wprowadzono jedynie na krótki okres, miały na celu umożliwienie Google zdobycia tego, co formalnie nie było przewidziane w innych porozumieniach, a mianowicie wyłączności; w rezultacie, na podstawie tych porozumień o podziale przychodów istotni producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych zobowiązywali się bowiem do preinstalowania jedynie wyszukiwarki Google Search.
- 69 Należy również podkreślić istotny punkt rozumowania przeprowadzonego przez Komisję w zaskarżonej decyzji, w szczególności w motywach 738 i 739 oraz w pkt 14.2.

- 70 Komisja wskazała bowiem trzy rodzaje spornych ograniczeń w UDAM, UZF i PPP dla portfela oraz uznała, że prowadzą one do „czterech odrębnych naruszeń” art. 102 TFUE.
- 71 Niemniej jednak Komisja uznała również, że ograniczenia te oraz wynikające z nich naruszenia służyły identycznemu celowi, uzupełniały się nawzajem oraz były współzależne. Całość ta stanowi zatem „jednolite i ciągłe naruszenie”, za które nałożono jedną grzywnę.
- 72 Takie naruszenie ma zatem wiele aspektów, a każdy z nich zmieniał się w czasie według właściwych sobie parametrów, przy czym wszystkie łączył wspólny cel zapewnienia spółce Google możliwie najlepszego dostępu do wyszukiwań ogólnych prowadzonych przez konsumentów na inteligentnych urządzeniach mobilnych. Istnieje również niebagatelny „skutek kumulacyjny” związany z połączeniem różnych aspektów tego naruszenia. W szczególności, skutki spornych ograniczeń uległy zmianie od momentu, w którym umożliwiona przez UDAM gwarancja obecności, choć nie była wyłączna, została wzmocniona przez wyłączność przyznaną przez PPP.

2. W przedmiocie zasad kontroli sądowej

- 73 Należy przypomnieć, że system kontroli sądowej decyzji Komisji dotyczących postępowań prowadzonych na podstawie art. 101 i 102 TFUE składa się z przewidzianej w art. 263 TFUE kontroli zgodności z prawem aktów wydanych przez instytucję, która, zgodnie z art. 261 TFUE i na żądanie strony skarżącej, może zostać uzupełniona wykonaniem przez Sąd nieograniczonego prawa orzekania w odniesieniu do kar nałożonych w tej dziedzinie przez Komisję (zob. wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo).

a) Dokładna kontrola wszystkich istotnych elementów

- 74 Co się tyczy kontroli zgodności z prawem przewidzianej w art. 263 TFUE, należy zauważyć, że jej zakresem jest objęta całość elementów wydanych przez Komisję decyzji dotyczących postępowań prowadzonych w zastosowaniu art. 101 i 102 TFUE, których pogłębioną pod względem prawnym i faktycznym kontrolę zapewnia Sąd w świetle przedstawionych przez wnoszącą odwołanie w pierwszej instancji zarzutów i przy uwzględnieniu wszystkich istotnych przedstawionych przez nią istotnych okoliczności (zob. wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 75 W tym względzie, ponieważ Komisja w zaskarżonej decyzji nakłada karę w postaci grzywny i okresowej kary pieniężnej za naruszenie prawa konkurencji, sąd Unii winien, w szczególności, dokonać kontroli nie tylko materialnej prawdziwości dowodów przywołanych przez Komisję, ich wiarygodności i spójności, ale zbadać również, czy zebrane dowody stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny istnienia okoliczności faktycznych składających się na naruszenie oraz tego, czy pozwalają one na poparcie wykładni dokonanej przez Komisję w zaskarżonej decyzji (zob. podobnie wyrok z dnia 8 grudnia 2011 r., Chalkor/Komisja, C-386/10 P, EU:C:2011:815, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 76 W odróżnieniu bowiem, na przykład, od analizy prospektywnej wymaganej w celu zbadania planowanej koncentracji, kiedy to konieczne jest przewidzenie zdarzeń, które zajdą w przyszłości z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, jeśli nie zostanie wydana żadna decyzja zakazująca planowanej koncentracji lub określająca jej warunki, Komisja najczęściej,

w przypadku gdy wymierza karę za nadużycie pozycji dominującej, bada wydarzenia z przeszłości, o których dostępnym jest, co do zasady, wiele informacji pozwalających na zrozumienie jego przyczyn i ocenę jego rzeczywistego wpływu na skuteczną konkurencję (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 42).

- 77 W takiej sytuacji do Komisji należy udowodnienie nie tylko istnienia nadużycia, ale również czasu jego trwania. W szczególności, na Komisji spoczywa obowiązek udowodnienia stwierdzonego przez nią naruszenia oraz przedstawienia środków dowodowych pozwalających wykazać w sposób wymagany prawem występowanie okoliczności stanowiących naruszenie (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 października 2011 r., Romana Tabacchi/Komisja, T-11/06, EU:T:2011:560, pkt 129 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 15 lipca 2015 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, T-422/10, EU:T:2015:512, pkt 88 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 78 W tym względzie, jeżeli sąd ma wątpliwości, to należy je rozstrzygać na korzyść przedsiębiorstw będących adresatami decyzji stwierdzającej naruszenie. Sąd nie może zatem dojść do wniosku, że Komisja wykazała istnienie danego naruszenia w sposób wystarczający pod względem prawnym, jeżeli ma jeszcze co do tego wątpliwości, w szczególności w ramach skargi o stwierdzenie nieważności lub zmiany decyzji nakładającej grzywnę (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 października 2011 r., Romana Tabacchi/Komisja, T-11/06, EU:T:2011:560, pkt 129 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 15 lipca 2015 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, T-422/10, EU:T:2015:512, pkt 88 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 79 W szczególności, jeżeli Komisja stwierdza naruszenie reguł konkurencji na podstawie założenia, że ustalonych okoliczności faktycznych nie da się wytłumaczyć inaczej niż zachowaniem niezgodnym z regułami konkurencji, sąd będzie musiał stwierdzić nieważność danej decyzji, gdy zainteresowane przedsiębiorstwo przedstawia argumenty, które stawiają w odmiennym świetle fakty wykazane przez Komisję i które pozwalają tym samym na inne przekonywujące wyjaśnienie faktów, na podstawie których Komisja stwierdziła istnienie naruszenia. W takim wypadku nie można bowiem uznać, że Komisja przedstawiła dowód zaistnienia naruszenia prawa konkurencji (zob. podobnie wyroki: z dnia 28 marca 1984 r., Compagnie royale asturienne des mines i Rheinzink/Komisja, 29/83 i 30/83, EU:C:1984:130, pkt 16; z dnia 31 marca 1993 r., Ahlström Osaakeyhtiö i in./Komisja, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i od C-125/85 do C-129/85, EU:C:1993:120, pkt 126, 127).
- 80 W obliczu wątpliwości co do istnienia okoliczności stanowiącej naruszenie należy bowiem uwzględnić zasadę domniemania niewinności, która należy do praw podstawowych chronionych w unijnym porządku prawnym i która została potwierdzona w art. 48 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Zważywszy na charakter omawianych naruszeń, jak również na charakter i stopień surowości związanych z nimi sankcji, zasada domniemania niewinności ma zastosowanie głównie do odnoszących się do przedsiębiorstw postępowań w przedmiocie naruszenia reguł konkurencji, które mogą zostać zakończone orzeczeniem grzywnien lub okresowych kar pieniężnych. Konieczne jest zatem, aby Komisja przedstawiła precyzyjne i spójne dowody w celu uzasadnienia twierdzenia, że zarzucane naruszenie zostało popełnione (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 października 2011 r., Romana Tabacchi/Komisja, T-11/06, EU:T:2011:560, pkt 129 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 15 lipca 2015 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, T-422/10, EU:T:2015:512, pkt 88 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 81 Niemniej jednak, chociaż Komisja jest zobowiązana do przedstawienia dokładnych i spójnych dowodów na poparcie silnego przekonania, że naruszenie zostało popełnione, należy podkreślić, że nie każdy z dowodów dostarczonych przez Komisję musi koniecznie odpowiadać tym

kryteriom w odniesieniu do każdego elementu naruszenia. Wystarczy, żeby materiał dowodowy, na którym opiera się instytucja, oceniany całościowo, odpowiadał temu wymogowi (zobacz podobnie wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Komisja/Keramag Keramische Werke i in., C-613/13 P, EU:C:2017:49, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

b) Nieograniczone prawo orzekania w przedmiocie grzywny

- 82 Jeśli chodzi o nieograniczone prawo orzekania, które zgodnie z art. 261 TFUE zostało przyznane sądom Unii w art. 31 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101 i 102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1; polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 2, s. 205), upoważnia ono sąd do wyjścia poza zwykłą kontrolę sądową i do zastąpienia oceny Komisji własną oceną i w konsekwencji uchylenia, zmniejszenia lub podwyższenia nałożonej grzywny lub okresowej kary pieniężnej (zob. wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 193 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 83 W szczególności, aby spełniać wymogi związane z przeprowadzaniem kontroli w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania w rozumieniu art. 47 karty w zakresie dotyczącym grzywny, sąd Unii jest przy wykonaniu uprawnień określonych w art. 261 TFUE i 263 TFUE zobowiązany do przeanalizowania wszystkich zarzutów natury prawnej czy faktycznej, za pomocą których podnoszący je chcą wykazać, iż kwota grzywny nie jest dostosowana do wagi i czasu trwania naruszenia (zob. wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 195 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 84 W tym kontekście orzeczono w szczególności, że waga naruszenia powinna być przedmiotem indywidualnej oceny, a w celu ustalenia wysokości grzywny należy uwzględnić czas trwania naruszenia i wszystkie elementy mogące wchodzić w ocenę wagi naruszenia, takie jak, w szczególności, zachowanie rozpatrywanego przedsiębiorstwa, rolę odgrywaną przezeń w ustaleniu praktyk stanowiących nadużycie, korzyść, którą mogło odnieść z tych praktyk, czy wreszcie intensywność zachowań antykonkurencyjnych (zob. podobnie wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 196, 197 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 85 Dokonanie tych czynności nie wymaga od Sądu zastosowania wytycznych Komisji w sprawie metody ustalania grzywien (zob. podobnie wyrok z dnia 14 września 2016 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, C-519/15 P, EU:C:2016:682, pkt 52–55).
- 86 Podsumowując, sądy Unii mogą dokonać zmiany zaskarżonego aktu, nawet bez stwierdzenia jego nieważności, w celu uchylenia nałożonej grzywny czy też zmniejszenia lub podwyższenia jej kwoty. Prawo to jest wykonywane przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych. Wynika z tego, że sąd Unii jest uprawniony do skorzystania z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, w przypadku gdy zostaje mu przedłożona do rozważenia kwestia wysokości grzywny, przy czym wykonanie tego prawa prowadzi do ostatecznego przeniesienia na niego uprawnienia do nakładania sankcji (zob. podobnie postanowienie z dnia 7 lipca 2016 r., Westfälische Drahtindustrie i Pampus Industriebeteiligungen/Komisja, C-523/15 P, EU:C:2016:541, pkt 32–34 i przytoczone tam orzecznictwo).

3. W przedmiocie przeprowadzenia dowodów i podniesionych w tym względzie zarzutów

- 87 W ramach niniejszej skargi zarówno Komisja, jak i spółka Google kwestionują znaczenie dla sprawy, a nawet dopuszczalność niektórych argumentów i powiązanych z nimi dowodów przedstawionych przez strony główne lub przez interwenientów.
- 88 Dotyczy to, na przykład, niektórych oświadczeń złożonych przez osobę zarządzającą lub pracownika Google lub przez zainteresowaną stronę, niektórych oświadczeń lub sprawozdań przedstawionych na wniosek strony przez osobę trzecią, która powołuje się na status biegłego, a także dokumentów przedstawionych w celu wykazania istnienia okoliczności faktycznej, którą można uznać za powszechnie znaną, wskazanej w zaskarżonej decyzji, a która jest kwestionowana przed Sądem, takiej jak znana w psychologii koncepcja „efektu status quo”, ilustrująca nieracjonalne zachowanie wyjaśniające awersję do zmian. Tak jest też w przypadku dokumentów sporządzonych na podstawie wewnętrznych danych przedsiębiorstwa, przedstawionych na poparcie lub w celu obalenia twierdzenia znajdującego się w zaskarżonej decyzji lub w ramach niniejszej skargi.
- 89 W tym względzie, po pierwsze, należy przypomnieć, że kontrolę zgodności z prawem decyzji Komisji dotyczącej postępowania na podstawie art. 101 TFUE lub 102 TFUE prowadzi się biorąc pod uwagę cały materiał dowodowy przedłożony przez stronę skarżącą, niezależnie od tego, czy jest on wcześniejszy lub późniejszy od decyzji, która podlega zaskarżeniu, czy został wcześniej przedstawiony w postępowaniu administracyjnym lub też został on po raz pierwszy przedstawiony w ramach rozpatrywanej przez Sąd skargi w zakresie, w jakim dowody te są istotne (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 90 Podobnie, w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, Sąd w dniu wydania przez niego orzeczenia ocenia, czy na skarżącą nałożono odpowiednią grzywnę (zob. podobnie wyrok z dnia 11 lipca 2014 r., Esso i in./Komisja, T-540/08, EU:T:2014:630, pkt 133 i przytoczone tam orzecznictwo). W tych ramach Sąd jest uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które uzna za mające znaczenie dla sprawy, niezależnie od tego, czy zaistniały one przed wydaniem decyzji czy też już po nim (postanowienie z dnia 7 lipca 2016 r., Westfälische Drahtindustrie i Pampus Industriebeteiligungen/Komisja, C-523/15 P, EU:C:2016:541, pkt 43 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 91 W niniejszej sprawie z zasad tych wynika, że argumenty i dowody przedstawione przez skarżące po raz pierwszy przed Sądem – o ile są istotne dla dokonywanej przezeń oceny – nie mogą ulec odrzuceniu pod pretekstem, że nie zostały wcześniej przedstawione Komisji w ramach postępowania administracyjnego.
- 92 Po drugie, należy również zauważyć, że przewodnią zasadą prawa Unii jest zasada swobodnej oceny dowodów, z której, z jednej strony, wynika, że jeżeli środek dowodowy został pozyskany w sposób zgodny z prawem, jego dopuszczalność nie może być kwestionowana przed Sądem, i, z drugiej strony, że jedynym istotnym kryterium oceny wartości dowodowej przedstawionych zgodnie z prawem dowodów jest ich wiarygodność (zob. wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 93 Dzięki zastosowaniu tej zasady w niniejszej sprawie okazuje się, że nie ma powodu, aby Sąd uznał, iż poszczególne dowody przedstawione przez strony nie zostały uzyskane w sposób zgodny z prawem, czy też iż nie są one wiarygodne w stopniu wystarczającym, aby mógł je wziąć pod uwagę w ramach dokonywanej przez siebie oceny.
- 94 W tym względzie, co się tyczy mocy dowodowej różnego rodzaju dowodów, w odniesieniu do których podniesiono zarzuty, można wskazać, co następuje.
- 95 Przede wszystkim, co się tyczy oświadczeń złożonych przez członka kierownictwa lub pracownika spółki Google albo przez zainteresowaną stronę, należy wskazać, że o ile nie można uznać, iż oświadczenia te nie mają żadnej wartości dowodowej, o tyle jednak takie oświadczenia mają na celu albo złagodzenie, albo uzasadnienie odpowiedzialności przedsiębiorstwa, którego dotyczy postępowanie, z myślą o jego obronie lub oskarżeniu, zależnie od własnych interesów strony składającej dane oświadczenie. Z tego względu, chociaż oświadczenia te mają pewną wartość dowodową, należy ją określać z uwzględnieniem mocy dowodowej rozmaitych dokumentów, takich jak wiadomości elektroniczne lub inne dokumenty wewnętrzne, które dotyczą bezpośrednio rozpatrywanego okresu i okoliczności faktycznych (zob. podobnie wyrok z dnia 8 lipca 2008 r., Lafarge/Komisja, T-54/03, niepublikowany, EU:T:2008:255, pkt 379).
- 96 Podobnie, jeśli chodzi o oświadczenia lub sprawozdania przedstawione na wniosek jednej ze stron w celu poparcia jej twierdzeń przez osobę trzecią powołującą się na status biegłego, należy zauważyć, że wartość dowodową takich dokumentów należy oceniać z uwzględnieniem szeregu czynników. Po pierwsze, ich autor powinien zadbać o przedstawienie swoich kwalifikacji i doświadczenia oraz wyjaśnić, dlaczego są one istotne przy wydawaniu opinii w rozpatrywanej kwestii. Po drugie, treść tej opinii powinna przedstawiać powody, dla których zasługuje ona na uwzględnienie, niezależnie od tego, czy chodzi o wiarygodność zastosowanej metodologii, czy o znaczenie dla niniejszej sprawy odpowiedzi udzielonej na określone pytanie. Sąd zbadał rzeczone dokumenty w niniejszej sprawie właśnie w świetle tych zasad i uwag przedstawionych przez strony w tym względzie.
- 97 Wreszcie, jeśli chodzi o dokumenty przedstawione w celu wykazania istnienia okoliczności faktycznej, którą można uznać za powszechnie znaną, a która została podniesiona w zaskarżonej decyzji, z orzecznictwa wynika, że należy je uznać za dopuszczalne [zob. podobnie wyrok z dnia 5 lutego 2020 r., Hickies/EUIPO (Kształt sznurówki), T-573/18, EU:T:2020:32, pkt 18]. Takie dokumenty ograniczają się bowiem w istocie do wykazania istnienia konsensusu co do powszechnie przyjętego znaczenia koncepcji „efektu status quo”, na którą powołują się niektóre przedsiębiorstwa i którą przyjęła również Komisja w zaskarżonej decyzji.
- 98 Po trzecie, należy stwierdzić, że o ile na podstawie art. 85 regulaminu postępowania dowody i wnioski dowodowe przedstawia się, co do zasady, w ramach pierwszej wymiany pism procesowych, o tyle strony główne mogą jeszcze przedstawić je w replice i duplice na poparcie swojej argumentacji lub, tytułem wyjątku, przed zamknięciem ustnego etapu postępowania, o ile opóźnienie w ich złożeniu jest uzasadnione. Natomiast z orzecznictwa wynika, że dowód przeciwny i rozszerzenie wniosków dowodowych – przedstawione w następstwie przedłożenia argumentu lub dowodu przeciwnego w odpowiedzi na skargę – nie zostały wskazane w określonej w tym przepisie regule prekluzyjnej. Przepis ten dotyczy bowiem nowych dowodów i musi być interpretowany w świetle art. 92 § 7 wspomnianego regulaminu, który przewiduje wyraźnie, że dopuszcza się przedstawienie dowodów przeciwnych oraz rozszerzenie środków

dowodowych (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 grudnia 1998 r., Baustahlgewebe/Komisja, C-185/95 P, EU:C:1998:608, pkt 71, 72; z dnia 5 grudnia 2006 r., Westfalen Gassen Nederland/Komisja, T-303/02, EU:T:2006:374, pkt 189).

- 99 W niniejszej sprawie z analizy różnego rodzaju zarzutów podniesionych przez strony w odniesieniu do znaczenia dla sprawy, a nawet – dopuszczalności niektórych argumentów i powiązanych z nimi dowodów, przedstawionych przez strony główne lub interwenientów wynika, że wszystkie te zarzuty można oddalić ze względu na to, iż rzeczone argumenty i dowody wiążą się z wykonywaniem zasady kontrydiktoryjności, a zainteresowane strony przedstawiły je w celu udzielenia odpowiedzi na argument lub dowód przeciwny, przedstawiony Sądowi.
- 100 W tym kontekście Sąd uważa, że nie można uznać za niedopuszczalne ani dowodów przedstawionych po raz pierwszy w ramach skargi, ani powołanych okoliczności faktycznych czy przedstawionych dowodów mających na celu obalenie argumentów podniesionych przez drugą stronę w toku postępowania, ewentualnie z uwzględnieniem danych wewnętrznych, czy też służących potwierdzeniu faktu powszechnie znanego, a ich znaczenie dla sprawy będzie można następnie ocenić w ramach badania konkretnych zarzutów podniesionych przeciwko zaskarżonej decyzji.
- 101 Poszczególne zarzuty podniesione przez spółkę Google na poparcie skargi, jak również wszystkie dowody przedstawione przez strony, należy zbadać właśnie w świetle powyższych rozważań.

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na błędnej ocenie definicji rynku i istnienia pozycji dominującej

- 102 W pierwszym zarzucie skargi, podzielonym na trzy części, spółka Google zarzuca Komisji popełnienie szeregu błędów w ocenie przy definiowaniu rynków właściwych i przy późniejszej ocenie jej pozycji dominującej na niektórych z tych rynków.

1. Kontekst

- 103 Na wstępie, w celu naświetlenia pojęcia konkurencji między „ekosystemami” przedstawionego przez spółkę Google w ramach niniejszego zarzutu, należy przypomnieć, po pierwsze, dlaczego tak ważne jest określenie rynku właściwego w przypadku nadużycia pozycji dominującej, i, po drugie, zbadać konkretne okoliczności niniejszej sprawy.

a) Pojęcia rynku właściwego, pozycji dominującej i presji konkurencyjnej, w szczególności w kontekście „ekosystemu”

- 104 Należy przypomnieć, że określenie rynku właściwego w ramach stosowania art. 102 TFUE ma na celu określenie ram, w obrębie których powinno się oceniać, czy rozpatrywane przedsiębiorstwo jest w stanie zachowywać się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów [zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 127 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 105 Określenie rynku właściwego stanowi zatem, co do zasady, warunek wstępny oceny ewentualnego istnienia pozycji dominującej danego przedsiębiorstwa. Czynność ta wymaga zdefiniowania, w pierwszej kolejności, produktów lub usług, które są częścią rynku właściwego (zwanego dalej

„rynkiem produktowym”), a następnie, w drugiej kolejności, wymiaru geograficznego tego rynku [zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 127, 128 i przytoczone tam orzecznictwo].

- 106 Co się tyczy rynku produktowego, pojęcie rynku właściwego oznacza, iż może na nim istnieć skuteczna konkurencja między produktami lub usługami stanowiącymi jego część, co zakłada wystarczający stopień zamienności lub zastępowalności tychże produktów lub usług. Zamienności lub zastępowalności nie ocenia się tylko w świetle obiektywnych cech rozpatrywanych produktów i usług. Należy również uwzględnić warunki konkurencji oraz strukturę popytu i podaży na rynku [zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 129 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 107 W swoim wymiarze geograficznym właściwy rynek odpowiada obszarowi, na którym warunki konkurencji są podobne i stanowią dostatecznie jednorodną całość, aby można je było rozpatrywać łącznie, dzięki czemu pozwalają na ocenę siły gospodarczej danego przedsiębiorstwa (zob. podobnie wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands i United Brands Continentaal/Komisja, 27/76, EU:C:1978:22, pkt 11, 44, 52, 53).
- 108 Zgodnie z tymi zasadami pozycja dominująca, o której mowa w art. 102 TFUE, dotyczy pozycji, w której przedsiębiorstwo posiada siłę ekonomiczną pozwalającą mu uniemożliwić utrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku i dającą mu możliwość zachowywania się w sposób w znacznej mierze niezależny od jego konkurentów, klientów i, wreszcie, konsumentów (wyrok z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands i United Brands Continentaal/Komisja, 27/76, EU:C:1978:22, pkt 65).
- 109 W tym względzie należy podkreślić, że określenie rynku właściwego i pozycji dominującej zajmowanej przez dane przedsiębiorstwo na tym rynku ma na celu nie tylko określenie rzeczywistego charakteru i zakresu wewnętrznej presji konkurencyjnej właściwej dla tego rynku, ale także sprawdzenie, czy nie istnieje zewnętrzna presja konkurencyjna ze strony produktów, usług lub terytoriów innych niż te, które stanowią część badanego rynku właściwego.
- 110 Ogólnie rzecz biorąc, Komisja powinna bowiem zidentyfikować i określić zakres, w jakim przedsiębiorstwa konkurują ze sobą, aby ustalić, czy dane przedsiębiorstwo może w znacznej mierze działać niezależnie od presji, jaką wywiera skuteczna konkurencja.
- 111 Jak zaś wskazał już Trybunał, zamienność i zastępowalność produktów i usług mają oczywiście charakter dynamiczny, gdyż nowa oferta jest w stanie zmienić postrzeganie produktów i usług uważanych za zamienne z produktem lub usługą obecną już na rynku lub za zastępowalne w stosunku do tego produktu lub usługi, i, tym samym, uzasadnić nowe określenie parametrów rynku właściwego [wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 130].
- 112 Taka ocena opiera się jednak na założeniu, że istnieje wystarczający stopień zamienności pomiędzy produktami lub usługami stanowiącymi część rynku właściwego a produktami, które – jak się przewiduje – będą mogły zaspokoić popyt na tym rynku. Tak byłoby w przypadku, gdyby dostawca alternatywnej oferty był w stanie zareagować w krótkim terminie na popyt z siłą wystarczającą do tego, aby jego reakcja stanowiła poważną przeciwwagę dla siły, jaką posiada dane przedsiębiorstwo na właściwym rynku [zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 132, 133].

- 113 O ile w pewnych okolicznościach właściwe może być zbadanie presji zewnętrznej, jaką mogłaby stanowić oferta alternatywna, o tyle należy również wziąć pod uwagę szczególne cechy charakterystyczne pewnych sytuacji, w szczególności w przypadku, gdy szereg rynków zachodzi na siebie.
- 114 O ile bowiem zasady przedstawione powyżej mają niezmiennie zastosowanie przy definiowaniu jasnych i przejrzystych ram analizy pojęć właściwego rynku i pozycji dominującej, o tyle ich wdrożenie wymaga niekiedy bardziej szczegółowego badania, wykraczającego poza ów podział na rynki jako taki, w celu lepszej oceny presji konkurencyjnej panującej na tych rynkach i pozycji zajmowanej przez dane przedsiębiorstwo w kategoriach siły gospodarczej.
- 115 Dotyczy to w szczególności, jak w niniejszej sprawie, rynków należących do gospodarki cyfrowej, w której tradycyjne parametry takie jak cena produktów lub usług lub udział danego przedsiębiorstwa w rynku mogą mieć mniejsze znaczenie niż ma to miejsce w przypadku klasycznych rynków, w porównaniu z innymi zmiennymi, takimi jak innowacyjność, dostęp do danych, aspekty wielostronne, zachowanie użytkowników lub efekty sieciowe.
- 116 Tak więc w przypadku cyfrowego „ekosystemu”, który obejmuje i zapewnia interakcję, w ramach platformy, szeregu kategorii dostawców, klientów i konsumentów, produkty lub usługi należące do właściwych rynków, które tworzą ten ekosystem, mogą się pokrywać lub łączyć się między sobą z uwagi na ich komplementarność poziomą lub pionową. Te rynki właściwe, rozpatrywane łącznie, mogą również mieć wymiar globalny ze względu na system, który łączy ich elementy, oraz ze względu na ewentualną presję konkurencyjną wywieraną w ramach tego systemu lub pochodzącą z innych systemów.
- 117 Określenie warunków konkurencji istotnych dla oceny pozycji siły ekonomicznej danego przedsiębiorstwa może zatem wymagać przeprowadzenia badania na kilku poziomach lub w kilku kierunkach, w celu ustalenia rzeczywistego charakteru i zakresu różnych presji konkurencyjnych, które mogą oddziaływać na to przedsiębiorstwo.
- 118 Podsumowując, w przypadku niniejszego zarzutu istotne jest zatem sprawdzenie, przy uwzględnieniu argumentów stron i rozumowania przedstawionego w zaskarżonej decyzji, czy korzystanie przez spółkę Google z siły przypisywanej jej przez Komisję na rynkach właściwych pozwalało jej na działanie w znacznym stopniu niezależnie od różnych czynników mogących wywierać presję na jej zachowanie.
- 119 Zdaniem bowiem spółki Google, jak podniosła ona w istocie w toku postępowania administracyjnego i jak ponownie podnosi on w ramach niniejszego zarzutu, Komisja powinna była uwzględnić jej twierdzenia, zgodnie z którymi, ze względu na presję konkurencyjną wywieraną przez ekosystem Apple, spółka Google nie miała siły, aby uniemożliwić skuteczną konkurencję na właściwych rynkach związanych z ekosystemem Android.

b) Rynki odrębne, lecz połączone

- 120 W niniejszej sprawie należy wskazać, przede wszystkim, że Komisja zidentyfikowała cztery rodzaje rynków właściwych (motywy 217, 402 zaskarżonej decyzji): po pierwsze, rynek światowy (z wyłączeniem Chin) licencjonowanych systemów operacyjnych, w rozumieniu licencji na systemy operacyjne inteligentnych urządzeń mobilnych (zob. pkt 3 powyżej, zwany dalej „rynkiem licencjonowanych systemów operacyjnych”); po drugie, rynek światowy (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android; po trzecie, poszczególne rynki krajowe

- (w obrębie EOG) ogólnych wyszukiwarek internetowych; a po czwarte, rynek światowy przeglądarek internetowych przeznaczonych do użytku mobilnego (zwanymi dalej „mobilnymi przeglądarkami internetowymi”) niespecyficznymi dla danego systemu operacyjnego.
- 121 Następnie, Komisja uznała, że spółka Google zajmuje pozycję dominującą na trzech pierwszych rynkach (motyw 439 zaskarżonej decyzji), co oznacza, że Google w znacznej mierze jest w stanie zachowywać się na tych rynkach niezależnie od swoich konkurentów, klientów i konsumentów.
- 122 W ramach tej analizy Komisja uwzględniła w szczególności presję konkurencyjną wywieraną przez spółkę Apple na spółkę Google, którą uznała za „presję pośrednią”, ponieważ ma ona miejsce na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji (motyw 242 zaskarżonej decyzji), i zakwalifikowała jako „niewystarczającą” do tego, aby podważyć pozycje dominujące zajmowane przez spółkę Google na rynkach właściwych (motywy 243, 322, 479–559 i 652–672 zaskarżonej decyzji). Zgodnie z zaskarżoną decyzją, Apple i ekosystem iOS nie były w stanie wywierać wystarczającej presji konkurencyjnej na spółkę Google i ekosystem Android.
- 123 W tym względzie w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że względów związanych z celowością i bez uszczerbku dla jej stanowiska w tym względzie, że spółka Google wskazuje w skardze, iż nie kwestionuje dokonanego w zaskarżonej decyzji stwierdzenia jej pozycji dominującej na poszczególnych krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 124 Wobec braku jakichkolwiek argumentów w tym względzie, poza incydentalną uwagą poczynioną następnie przez spółkę Google w przedmiocie warunków konkurencji badanych przez Komisję w odniesieniu do rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych w Republice Czeskiej, gdzie udział rynkowy spółki Google jest mniej istotny niż w innych państwach EOG, co nie jest kwestionowane, nie ma potrzeby, by Sąd podważał ustalenia dokonane przez Komisję na temat tych rynków krajowych w motywach 674–727 zaskarżonej decyzji.
- 125 Na potrzeby niniejszej sprawy należy zatem uznać, że Komisja prawidłowo ustaliła w zaskarżonej decyzji, iż spółka Google, będąc w stanie zachowywać się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów, zajmowała pozycję dominującą na różnych rynkach krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych w obrębie EOG (zob. motyw 674, 675 zaskarżonej decyzji oraz rozumowanie uzasadniające ów wniosek).
- 126 W drugiej kolejności należy podkreślić, że chociaż rynki właściwe przedstawiono w zaskarżonej decyzji jako odrębne, nie można ich jednak sztucznie od siebie oddzielać, ponieważ odznaczają się one wszystkimi aspektami komplementarnymi słusznie przywołanymi przez Komisję.
- 127 Dotyczy to rynku licencjonowanych systemów operacyjnych oraz rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android. Aplikacje dostępne w sklepie z aplikacjami dla systemu Android cieszyły się bowiem zainteresowaniem tylko dlatego, że działały pod licencjonowanym systemem operacyjnym Android. Natomiast wzrost atrakcyjności licencjonowanego systemu operacyjnego zależał od liczby, różnorodności i jakości aplikacji, które mogły funkcjonować pod tym systemem operacyjnym (motywy 84–88, 271 zaskarżonej decyzji).
- 128 Podobnie krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych nie można oddzielić od rynków licencjonowanych systemów operacyjnych, sklepów z aplikacjami dla systemu Android oraz niespecyficznymi dla danego systemu operacyjnego mobilnych przeglądarek internetowych.

Produkty lub usługi należące do tych trzech rodzajów rynków właściwych, rozpatrywane łącznie, stanowiły bowiem punkt wejścia do ogólnych wyszukiwarek internetowych (zobacz przykładowo motyw 1341 zaskarżonej decyzji).

- 129 Argumenty dotyczące zarzutu pierwszego należy zbadać właśnie w tym kontekście rynków właściwych, które są odrębne, lecz wzajemnie powiązane, i realizacji globalnej strategii mającej w istocie na celu, m Komisji, zagwarantowanie posiadania przez spółkę Google pozycji dominującej na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.

2. W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej dominacji licencjonowanych systemów operacyjnych dla inteligentnych urządzeń mobilnych

- 130 Komisja uznała, że przy definiowaniu rynku licencjonowanych systemów operacyjnych należy wykluczyć z tego rynku systemy operacyjne dla komputerów, systemy operacyjne dla urządzeń mobilnych o ograniczonych funkcjach i nielicencjonowane systemy operacyjne, w rozumieniu systemów operacyjnych dla urządzeń mobilnych, które nie są oferowane na podstawie licencji, w tym iOS spółki Apple. Komisja wskazała natomiast, że rynek ów obejmował całość licencjonowanych systemów operacyjnych, niezależnie od tego, czy systemy te działały w smartfonach, czy na tabletach (motywy 218–267 zaskarżonej decyzji).
- 131 Następnie Komisja uznała, że dzięki swoim urządzeniom Google Android spółka Google posiadała pozycję dominującą na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Komisja doszła do takiego wniosku na podstawie udziału rynkowego spółki Google i jego zmian w czasie, badania barier utrudniających wejście na rynek i ekspansję na nim, braku wyrównawczej siły nabywczej, a także istnienia niewystarczającej presji konkurencyjnej ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych, w szczególności iOS spółki Apple (motywy 440–589 zaskarżonej decyzji).
- 132 W pierwszej części zarzutu pierwszego spółka Google utrzymuje, że Komisja błędnie oceniła jej pozycję na tym rynku, nie uwzględniając prawidłowo konkurencji, po pierwsze, ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych, w szczególności iOS spółki Apple, i, po drugie, konkurencji wynikającej z licencji AOSP.

a) W przedmiocie dopuszczalności części pierwszej

- 133 Komisja utrzymuje, że pierwszą część zarzutu w zakresie, w jakim zmierza ona do zakwestionowania definicji rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, należy uznać za niedopuszczalną. Spółka Google kwestionuje bowiem jedynie stwierdzenie jej pozycji dominującej na tym rynku.
- 134 W tym względzie, chociaż spółka Google koncentruje swoje argumenty na pozycji dominującej na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych i odpowiednio do tego formułuje tytuł części pierwszej, to jednak za pomocą tych argumentów zarzuca Komisji, że ta zdefiniowała ów rynek z uwzględnieniem producentów oryginalnych urządzeń, a nie użytkowników lub dostawców aplikacji, co pozwoliłoby uwzględnić presję konkurencyjną wywieraną przez spółkę Apple.
- 135 Argumentacja ta jest zrozumiała w świetle rozumowania, które przywiodło Komisję do tego, aby nie włączać do rynku właściwego nielicencjonowanych systemów operacyjnych, w którym to rozumowaniu instytucja ta uwzględniła, w szczególności, okoliczność, że konkurencja ze strony

spółki Apple była pośrednia i niewystarczająca, a rozwiązania przyjęte w wyroku z dnia 22 października 2002 r., *Schneider Electric/Komisja* (T-310/01, EU:T:2002:254), przywołanym przez spółkę Google, nie miały zastosowania (zob. pkt 7.3.5 dotyczący definicji rynku i motywy 241–245 zaskarżonej decyzji). Ponadto na etapie definiowania rynku licencjonowanych systemów operacyjnych Komisja sama powołała się na rozumowanie przedstawione w celu oceny pozycji dominującej spółki Google na tym rynku, uwzględniające również presję konkurencyjną wywieraną przez spółkę Apple, w szczególności w odniesieniu do użytkowników lub dostawców aplikacji (zob. motywy 243 i 267 zaskarżonej decyzji, które odsyłają do pkt 9.3.4 dotyczącego oceny pozycji dominującej).

- 136 W związku z tym, w zakresie, w jakim spółka Google kwestionuje zarówno rozumowanie przeprowadzone w celu zdefiniowania rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, jak i służące ocenie jej pozycji dominującej na tym rynku, nie należy ograniczać dopuszczalności pierwszej części zarzutu do drugiej części podważanego rozumowania.
- 137 W konsekwencji należy uznać, że argumentacja spółki Google, zmierzająca do zakwestionowania definicji rynku licencjonowanych systemów operacyjnych w ramach pierwszej części zarzutu pierwszego, jest dopuszczalna.

b) W przedmiocie zasadności części pierwszej

- 138 Na poparcie części pierwszej zarzutu pierwszego spółka Google podnosi dwa zastrzeżenia, z których pierwsze dotyczy błędnej oceny presji konkurencyjnej wywieranej przez nielicencjonowane systemy operacyjne, w szczególności iOS spółki Apple, a drugie – błędnej oceny presji konkurencyjnej wywieranej ze względu na otwarty charakter licencji AOSP.

1) W przedmiocie presji konkurencyjnej ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych

- 139 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, po pierwsze, że nielicencjonowane systemy operacyjne nie wchodziły w skład tego samego rynku, co licencjonowane systemy operacyjne (zob. motywy 238–267 zaskarżonej decyzji), i, po drugie, że na pozycję dominującą Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych nie wpływała presja konkurencyjna wywierana na tym rynku przez nielicencjonowane systemy operacyjne Apple i BlackBerry (motywy 479–589 zaskarżonej decyzji). Tak więc te kwestie podniesione na tych dwóch etapach zaskarżonej decyzji, mimo że w inny sposób ujmują definicję rynku właściwego i pozycję zajmowaną przez spółkę Google na tym rynku, są ze sobą powiązane.
- 140 W tym względzie należy zaznaczyć, że w celu określenia rynku licencjonowanych systemów operacyjnych Komisja wzięła pod uwagę niekwestionowaną przez spółkę Google okoliczność, że producenci oryginalnych urządzeń nie mieli dostępu do nielicencjonowanych systemów operacyjnych, w szczególności do iOS spółki Apple (motyw 239 zaskarżonej decyzji). W związku z tym ocena roli, jaką mogą odegrać nielicencjonowane systemy operacyjne, mogła zostać zbadana, jak zresztą podniosła spółka Google, wyłącznie na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji (motyw 241 pkt 2 i motyw 243 zaskarżonej decyzji). Komisja uznała jednak, że ta pośrednia konkurencja była niewystarczająca, aby zrównoważyć siłę rynkową spółki Google (motyw 243 z odesłaniem do pkt 9.3.4 zaskarżonej decyzji).

- 141 Aby dojść do takiego wniosku, Komisja rozważyła w szczególności hipotezę niewielkiego, ale istotnego i nieprzejściowego pogorszenia jakości (Small but Significant and Non Transitory Decrease in Quality, zwanego dalej „pogorszeniem jakości” lub „testem SSNDQ”) Androida. Za pomocą tego testu zbadała reakcję użytkowników i dostawców aplikacji na pogorszenie jakości Androida. Innymi słowy, Komisja sprawdziła, czy spółka Google może zaprzestać rozwijania i finansowania Androida bez ryzyka, że w reakcji na to użytkownicy i dostawcy aplikacji skorzystają z oferty alternatywnej.
- 142 W ramach części pierwszej spółka Google zarzuca Komisji, że pominęła konkurencję wywieraną przez spółkę Apple na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji zarówno w świetle definicji rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, jak i na etapie oceny jej siły na tym rynku. Po pierwsze, Komisja niesłusznie jej zdaniem pominęła dowody świadczące o wywieraniu przez spółkę Apple presji konkurencyjnej. Po drugie, Komisja nie wzięła pod uwagę zasad określonych w wyroku z dnia 22 października 2002 r., *Schneider Electric/Komisja* (T-310/01, EU:T:2002:254), które dotyczyły konkurencji przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. Po trzecie, posługując się testem SSNDQ, który pozostaje instrumentem nieprecyzyjnym, Komisja nie doceniła wpływu pogorszenia jakości Androida, błędnie oceniając wrażliwość użytkowników na jakość systemu operacyjnego, znaczenie polityki cenowej spółki Apple, koszty przejścia na inny system operacyjny, lojalność użytkowników wobec ich systemów operacyjnych oraz zachowanie dostawców aplikacji.

i) W przedmiocie dowodów presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple

– Argumenty stron

- 143 Spółka Google, podobnie jak popierający ją interwenienci, twierdzi, że Komisja niesłusznie oddaliła szereg dowodów presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Apple. Było tak w przypadku, po pierwsze, znacznych inwestycji dokonanych przez spółkę Google w celu rozwoju systemu operacyjnego Android; po drugie, regularności innowacji dokonywanych w odniesieniu do tego systemu operacyjnego i iOS spółki Apple, i, po trzecie, dokumentów, o których mowa w motywach 250–252 zaskarżonej decyzji, ilustrujących konkurencję ze strony spółki Apple.
- 144 Komisja podkreśla na wstępie, że słusznie uznała, iż presja konkurencyjna ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych Apple i BlackBerry była niewystarczająca. W tym względzie wskazuje, po pierwsze, że inwestycje dokonane przez spółkę Google w celu rozwoju Androida są uzasadnione jej interesem finansowym; po drugie, istnienie podnoszonego przez spółkę Google wyścigu innowacji nie został wykazane, w szczególności z uwagi na to, że użytkownicy wybierają nie system operacyjny, lecz raczej urządzenie, i, po trzecie, dokumenty przytoczone przez spółkę Google są mało liczne i niewystarczające, aby wykazać istnienie wystarczającej presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple.

– Ocena Sądu

- 145 W celu poparcia twierdzenia, że ocena presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Apple na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych oraz na pozycję dominującą zajmowaną przez spółkę Google na tym rynku jest błędna, spółka ta opiera się na różnego rodzaju dowodach, które można podsumować następująco:
- oświadczenia jednego z członków jej kierownictwa, który podnosi, że spółka Google zainwestowała w Androida w reakcji na presję konkurencyjną ze strony spółki Apple;
 - niektóre odpowiedzi na wezwania do udzielenia informacji wystosowane przez Komisję, znajdujące się w załączniku do skargi, które wskazują na istnienie stosunku konkurencji między Apple a Google;
 - dwa wewnętrzne dokumenty spółki Google, mianowicie wiadomość przesłana pocztą elektroniczną z dnia 16 maja 2012 r., a także wewnętrzna prezentacja z października 2011 r., o których mowa w motywie 252 zaskarżonej decyzji, z których wynika, że spółka Google podlegała atakom ze strony swoich konkurentów, w tym spółki Apple, oraz że Google ma na celu konkurowanie z tym przedsiębiorstwem, które jest zintegrowane pionowo.
- 146 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że spółka Google nie kwestionuje tego, iż presja konkurencyjna wywierana przez spółkę Apple nie istniała na poziomie producentów oryginalnych urządzeń, jak wskazała Komisja (zob. motywy 239, 249, 252 zaskarżonej decyzji). Spółka Google powołuje się na konkurencję wywieraną przez spółkę Apple jedynie na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji, którą to konkurencję Komisja zbadała i uznała, że owa presja konkurencyjna była nie tylko pośrednia, ale również niewystarczająca (zob. motywy 242, 243 i odesłanie do pkt 9.3.4, motywy 249, 267 zaskarżonej decyzji).
- 147 Następnie należy stwierdzić, że z dowodów przywołanych przez spółkę Google nie wynika, by Apple wywierała presję konkurencyjną, która mogłaby uniemożliwić jej zachowywanie się w znacznej mierze niezależnie od jej konkurentów, klientów i konsumentów. Oświadczenia członka kierownictwa spółki Google, podobnie jak udzielone przez różne przedsiębiorstwa odpowiedzi na skierowane przez Komisję wezwania do udzielenia informacji, nie pozwalają na wykazanie, że pośrednia konkurencja ze strony spółki Apple na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji była wystarczająco silna, aby dać odpór sile rynkowej spółki Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Dokumenty te wskazują jedynie, że spółka Google i inne przedsiębiorstwa postrzegają spółkę Apple jako konkurencję. W żaden sposób nie dają odpowiedzi na pytanie, czy spółka Google podlega na rozpatrywanym tu rynku zauważalnej presji ze względu na konkurencję ze strony spółki Apple. To samo stwierdzenie narzuca się w odniesieniu do dwóch dokumentów wewnętrznych spółki Google, przywołanych przez Komisję w motywie 252 zaskarżonej decyzji, które potwierdzają jedynie istnienie stosunku konkurencji między Google a Apple, nie pozwalając jednak na ocenę jej wagi ani na wykazanie, że w świetle siły rynkowej posiadanej przez spółkę Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych ma ona istotne znaczenie.
- 148 Co się tyczy w szczególności twierdzeń spółki Google, zgodnie z którymi kwota jej inwestycji w Androida oraz paralelizm innowacji między Androidem i iOS świadczą o istnieniu silnej konkurencji ze spółką Apple, argumenty te nie wystarczają do podważenia rozumowania przedstawionego przez Komisję w zaskarżonej decyzji.

- 149 Po pierwsze bowiem, inwestycji spółki Google w rozwój Androida nie można, samych w sobie, wytłumaczyć wagą konkurencji ze strony spółki Apple wobec spółki Google na poziomie użytkowników inteligentnych urządzeń mobilnych oraz dostawców aplikacji dla tych urządzeń. Jak słusznie wyjaśnia Komisja, inwestycje te można wyjaśnić w istocie tym, że Android stanowi istotny element strategii spółki Google, opracowanej w reakcji na wyzwanie wynikające z przechodzenia użytkowników na Internet mobilny, przy czym ów system operacyjny pozwala na instalację na inteligentnych urządzeniach mobilnych ogólnych wyszukiwarek internetowych Google.
- 150 Po drugie, Komisja w zaskarżonej decyzji ustosunkowała się już do argumentu opartego na paralelizmie innowacji, w szczególności poprzez stwierdzenie – które nie zostało podważone w niniejszej skardze – że paralelizm ten nie był aż tak regularny, jak twierdzi spółka Google, ponieważ niektóre ze wskazanych aktualizacji iOS spółki Apple sprzed 2011 r. były jedynie aktualizacjami cząstkowymi, mającymi na celu utrzymanie tego systemu operacyjnego, a nie rzeczywistymi aktualizacjami, przy czym spowolnienie aktualizacji Androida od 2011 r., a zatem ich synchronizację z aktualizacjami iOS, można najpewniej wyjaśnić uzyskaniem w tamtym czasie istotnej siły rynkowej, pozwalającej spółce Google na dłuższe wykorzystywanie wersji Androida bez konieczności ponoszenia tak dużych inwestycji na ich aktualizację, co w przeszłości (motywy 258–262 zaskarżonej decyzji).
- 151 Nie można zatem zarzucać Komisji, że podeszła sceptycznie do rzekomego wyścigu innowacji między Androidem i iOS w latach 2008–2011, ponieważ w tym okresie opracowano tylko trzy kolejne wersje iOS, w porównaniu do siedmiu w przypadku Androida. W ten sam sposób Komisja mogła słusznie uznać, że zmniejszenie częstotliwości aktualizacji Androida począwszy od 2011 r. stanowiło raczej argument za istnieniem siły rynkowej spółki Google, niż element mogący świadczyć o wywieraniu presji konkurencyjnej przez spółkę Apple, która to presja w każdym razie nie byłaby wystarczająca.
- 152 W związku z tym, o ile w pewnym stopniu można powołać się na istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy aktualizacją iOS a aktualizacją Androida, o tyle dowody przywołane w tym względzie nie pozwalają na wykazanie, że jest on na tyle istotny, aby umożliwić spółce Apple poddanie spółki Google presji powodującej, że to ostatnie przedsiębiorstwo nie mogło zachowywać się w sposób w znacznej mierze niezależny od swoich konkurentów, klientów i konsumentów.
- 153 Wreszcie, w odniesieniu do krytyki dotyczącej oddalenia przez Komisję w motywie 251 zaskarżonej decyzji dokumentów sprzed 2011 r. ze względu na to, że spółka Google nie zajmowała jeszcze pozycji dominującej na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, należy stwierdzić, że sytuacja konkurencyjna przed i po 2011 r. uległa zmianie, ze względu na zmianę pozycji zajmowanej przez spółkę Google na tym rynku. Wagi presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Apple nie można zatem analizować na podstawie danych dotyczących okresu, w którym spółka Google nie zajmowała pozycji dominującej, a w rezultacie Komisja słusznie uznała, że rozpatrywane dokumenty nie miały znaczenia dla jej oceny. Ocena ta nie uległaby zresztą zmianie, gdyby dokumenty te wziąć pod uwagę, ponieważ – chociaż świadczą one o presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple – nie pozwalają jednak na ocenę jej wagi i nie można za ich pomocą wykazać jej znaczącego charakteru w świetle siły rynkowej posiadanej przez spółkę Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych.

154 W konsekwencji należy oddalić wszystkie podniesione przez spółkę Google argumenty odnoszące się do oceny niektórych dowodów dotyczących presji konkurencyjnej wywieranej przez iOS spółki Apple na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych.

ii) W przedmiocie uwzględnienia wyroku z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254), i spójności z wcześniejszą praktyką decyzyjną

– *Argumenty stron*

155 Spółka Google utrzymuje, że, nie uwzględniając presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple, Komisja popełniła błąd identyczny z tym, który został ukarany przez Sąd w wyroku z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254). W sprawie tej Sąd orzekł, że dokonując oceny pozycji przedsiębiorstwa niezintegrowanego na rynku niższego szczebla należy wziąć pod uwagę konkurencję wyieraną na tym samym rynku przez przedsiębiorstwa zintegrowane. Spółka Google twierdzi również, że Komisja podważyła spójność swojej praktyki decyzyjnej.

156 Komisja zauważa, że kontekst faktyczny niniejszej sprawy różni się od kontekstu faktycznego sprawy, w której wydano wyrok z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254), w szczególności z powodu braku konkurencji między spółkami Apple i Google na poziomie producentów oryginalnych urządzeń. Ponadto decyzje, na których opiera się spółka Google, nie świadczą o jakiegokolwiek niespójności w praktyce Komisji.

– *Ocena Sądu*

157 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o uwzględnienie wyroku z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254), należy przypomnieć, że wyrok ten zakończył postępowanie w sprawie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji stwierdzającej niezgodność z rynkiem wewnętrznym koncentracji dwóch przedsiębiorstw, Schneider Electric SA i Legrand SA. W wyroku tym Sąd stwierdził nieważność tej decyzji ze względu w szczególności na to, że nie uwzględniono w niej prawidłowo siły rynkowej zintegrowanych przedsiębiorstw i tym samym przeceniono siłę rynkową przedsiębiorstw niezintegrowanych, w szczególności podmiotu powstałego w wyniku koncentracji pomiędzy Schneider i Legrand.

158 Dokładniej rzecz ujmując, z pkt 282 wyroku z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254) wynika, że niezintegrowani producenci elementów do tablic elektrycznych, tacy jak Schneider i Legrand, podlegali konkurencji ze strony swoich zintegrowanych odpowiedników na dwóch poziomach. Konkurencja ta przejawiała się bezpośrednio poprzez udział producentów zintegrowanych i przedsiębiorstw montażowych należących do ich sieci w przetargach, w których uczestniczyli również producenci niezintegrowani w doraźnych konsorcjach z innymi przedsiębiorstwami montażowymi. Urzeczywistniała się ona również pośrednio, ponieważ przedsiębiorstwa zintegrowane sprzedawały swoje elementy przedsiębiorstwom montażowym, które wygrały przetarg, ale które nie należały do ich sieci. W tych dwóch przypadkach producenci niezintegrowani podlegali konkurencji ze strony producentów zintegrowanych.

159 Kontekst faktyczny niniejszej sprawy różni się od kontekstu faktycznego sprawy, w której wydano wyrok z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254). Po pierwsze, rynek niższego szczebla nie charakteryzował się postępowaniami przetargowymi,

w których brałyby bezpośredni udział spółki Apple i Google. Konkurencja na rynku niższego szczebla użytkowników była prowadzona między Apple a pozostałymi producentami oryginalnych urządzeń, którzy nie montowali swoich urządzeń mobilnych wyłącznie z komponentów dostarczanych przez spółkę Google. System operacyjny był tylko jednym z wielu elementów. Zakładając nawet, że instalując Androida producenci oryginalnych urządzeń nawiązują relację ze spółką Google i stają się rywalami spółki Apple jako przedsiębiorstwa zintegrowanego, konkurencji na poziomie użytkowników nie można jednak sprowadzić wyłącznie do systemu operacyjnego.

- 160 Po drugie, jak słusznie wskazała Komisja w motywie 245 zaskarżonej decyzji, spółka Apple, jako przedsiębiorstwo zintegrowane, nie proponowała producentom oryginalnych urządzeń systemu iOS. Na tym poziomie konkurencja między spółkami Apple i Google nie mogła zatem zaistnieć. Byłoby inaczej, gdyby, poza sprzedażą urządzeń funkcjonujących pod iOS, spółka Apple oferowała swój licencjonowany system operacyjny. O ile w sytuacji rozpatrywanej w wyroku z dnia 22 października 2002 r., *Schneider Electric/Komisja* (T-310/01, EU:T:2002:254), zintegrowane i niezintegrowane przedsiębiorstwa konkurowały ze sobą w celu oferowania swoich elementów przedsiębiorstwom prowadzącym działalność montażową, o tyle w niniejszej sprawie nie miało to miejsca.
- 161 Na poziomie producentów oryginalnych urządzeń iOS i Android nie były zatem zastępowalne, co uzasadniało brak zdefiniowania rynku, który obejmowałby wszystkie mobilne systemy operacyjne. Wprawdzie spółka Google doświadczała konkurencji ze strony spółki Apple na poziomie użytkowników lub dostawców aplikacji ze względu na to, że system operacyjny mógł być jednym z parametrów, które uwzględniali oni przy zakupie urządzenia mobilnego lub stworzeniu aplikacji dla określonego systemu operacyjnego, jednak był on tylko jednym z wielu parametrów. Ich zastępowalność wydawała się zatem ograniczona do tego tylko poziomu, co mogło uzasadniać przyjęcie, że nie istnieje rynek, do którego należałyby jednocześnie iOS i Android, jak Komisja podkreśliła w motywie 243 zaskarżonej decyzji.
- 162 W każdym razie nie można zarzucać Komisji, że w zaskarżonej decyzji pominęła konkurencję ze strony spółki Apple na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji, ponieważ Komisja wzięła ją pod uwagę, lecz stwierdziła, że była ona zarówno pośrednia, jak i niedostateczna.
- 163 Komisja nie popełniła zatem błędu ze względu na to, że nie zastosowała w niniejszej sprawie rozwiązań wypracowanych w wyroku z dnia 22 października 2002 r., *Schneider Electric/Komisja* (T-310/01, EU:T:2002:254).
- 164 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o spójność zaskarżonej decyzji z wcześniejszą praktyką decyzyjną Komisji, należy przypomnieć, że decyzje dotyczące innych spraw mają jedynie charakter informacyjny, ponieważ okoliczności tych spraw nie są identyczne (zob. podobnie wyrok z dnia 16 września 2013 r., *Roca Sanitario/Komisja*, T-408/10, EU:T:2013:440, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 165 W każdym razie, Komisja jest zobowiązana do przeprowadzenia indywidualnej analizy okoliczności każdej sprawy, nie będąc związaną wcześniejszymi decyzjami, które dotyczą innych podmiotów gospodarczych, innych rynków produktów lub usług lub innych rynków geograficznych w innych okresach (wyrok z dnia 9 września 2009 r., *Clearstream/Komisja*, T-301/04, EU:T:2009:317, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo). Tak więc, ze względu na szczególne okoliczności niniejszej sprawy, nie można zarzucać Komisji, że podważyła spójność swej praktyki decyzyjnej.

- 166 W każdym razie, po pierwsze, z decyzji Komisji C(2012) 2405 final z dnia 4 kwietnia 2012 r. uznającej koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.6439 – AGRANA/RWA/JV) wynika, że w sprawie tej uznano, iż zintegrowane przedsiębiorstwa wywierały presję konkurencyjną, ponieważ były w stanie przekierować zbyt i sprzedawać część swej produkcji soku skoncentrowanego osobom trzecim. Tymczasem w niniejszej sprawie spółka Apple w żaden sposób nie oferowała swojego systemu operacyjnego osobom trzecim. Ponadto, ponieważ z motywu 115 ww. decyzji wynika, że Komisja uwzględniła istnienie pośredniej presji konkurencyjnej ze strony zintegrowanych przedsiębiorstw na przetwórców soków skoncentrowanych, nie można stwierdzić, że sprawa ta w jakikolwiek sposób różniła się od niniejszej. Komisja bez wątplenia zbadała pośrednią presję konkurencyjną wywieraną przez spółkę Apple, lecz ostatecznie nie uwzględniła jej jako mającej znaczenie dla przeprowadzanej przez nią oceny, a to z powodu jej niewystarczającego charakteru.
- 167 Po drugie, w odniesieniu do podejścia przyjętego w decyzji Komisji C(2014) 8546 final z dnia 12 listopada 2014 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.7342 – Alcoa/Firth Rixson) i w decyzji Komisji C(2005) 2676 wersja ostateczna z dnia 13 lipca 2005 r., uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.3653 – Siemens/VA Tech), wydaje się ono identyczne ze stanowiskiem przyjętym w niniejszej sprawie, wobec czego nie można stwierdzić żadnej niespójności. W tych decyzjach bowiem Komisja zbadała wagę presji konkurencyjnej, którą na właściwym rynku mogły wywierać przedsiębiorstwa zintegrowane wertykalnie.
- 168 Po trzecie, w decyzji Komisji C(2012) 1068 final z dnia 13 lutego 2012 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility), Komisja wcale nie uznała, że licencjonowane i nielicencjonowane mobilne systemy operacyjne należą do tego samego rynku. Z motywu 30 tej decyzji wynika, że Komisja wolała pozostawić to pytanie bez odpowiedzi, ponieważ koncentracja między spółkami Google i Motorola Mobility nie nastręczała trudności w tym względzie.
- 169 To samo dotyczy, po czwarte, decyzji Komisji C(2009) 10033 wersja ostateczna z dnia 16 grudnia 2009 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 102 TFUE i art. 54 porozumienia EOG [sprawa COMP/39.530 – Microsoft (sprzedaż wiązana)]. O ile w świetle motywu 17 tej decyzji można zastanawiać się nad definicją rynku obejmującego jednocześnie licencjonowane i nielicencjonowane systemy operacyjne do komputerów, o tyle należy zauważyć, że kwestia ta nie była przedmiotem żadnej dyskusji. Z motywu 30 tej decyzji wynika bowiem, że Microsoft w żaden sposób nie zakwestionował tego, iż posiada pozycję dominującą na rynku systemów operacyjnych do komputerów.
- 170 Po piąte, badanie decyzji Komisji C(2013) 8873 z dnia 4 grudnia 2013 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.7047 – Microsoft/Nokia), pokazuje to zagadnienie w identycznym świetle. Z motywu 102 tej decyzji wynika bowiem, że Komisja w żaden sposób nie wypowiedziała się na temat ewentualnego istnienia rynku licencjonowanych i nielicencjonowanych systemów operacyjnych.
- 171 Nie można zatem zarzucać Komisji, że podważyła spójność swej praktyki decyzyjnej, wobec czego argumenty przedstawione w tym względzie przez spółkę Google należy oddalić.

iii) W przedmiocie testu SSNDQ

– Argumenty stron

- 172 Zdaniem spółki Google, Komisja zaprzecza sama sobie, gdy rozważa możliwość pogorszenia jakości Androida, a jednocześnie twierdzi, że spółka Google ma interes w zapewnieniu jak największej popularyzacji urządzeń Android. Spółka Google podkreśla również, podobnie jak interwenienci popierający jej żądania, że zastosowany w tym względzie test pogorszenia jakości jest nieprecyzyjny, a przy tym spółka ta nie wie, w jaki konkretnie sposób został on przeprowadzony.
- 173 Zdaniem Komisji, po pierwsze, nie można mówić o żadnej niespójności pomiędzy stwierdzeniem, że strategia handlowa spółki Google polegała na zwiększeniu dystrybucji urządzeń z Androidem, a stwierdzeniem, że spółka Google była w stanie czerpać korzyści z pogorszenia jakości Androida. Hipoteza to nie oznacza jednak, że obniżenie jakości Androida leży w interesie spółki Google. Po drugie, Komisja podkreśla, że nie może być zobowiązana do określenia ustalonego standardu pogorszenia jakości, aby móc wykonywać ów test, gdyż w praktyce uczyniłoby go to bezużytecznym.

– Ocena Sądu

- 174 Należy zauważyć, że w zaskarżonej decyzji możliwość pogorszenia jakości Androida Komisja rozważała w celu oceny pozycji spółki Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Komisja wskazała w tym względzie, że użytkownicy i dostawcy aplikacji licencjonowanego systemu operacyjnego nie byli wystarczająco wrażliwi na pogorszenie jakości Androida (motyw 483 zaskarżonej decyzji). Do tej oceny odesłała również przy określaniu wielkości rynku licencjonowanych systemów operacyjnych (zob. motywy 243, 267 zaskarżonej decyzji).
- 175 Również ze względu na pośrednią i niewystarczającą presję na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji, Komisja uznała zasadniczo, że nielicencjonowane systemy operacyjne nie należą do tego samego rynku co licencjonowane systemy operacyjne, a przedsiębiorstwa korzystające z tych pierwszych, w szczególności Apple, nie równoważą siły rynkowej spółki Google.
- 176 Tymczasem, przede wszystkim na potrzeby zdefiniowania rynku właściwego i dokonania na nim oceny sytuacji konkurencyjnej danego przedsiębiorstwa, Komisja może oprzeć się na zbiorze poszlak, bez obowiązku stosowania rygorystycznego porządku hierarchicznego różnych źródeł informacji lub różnych rodzajów dostępnych jej dowodów (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2017 r., Topps Europe/Komisja, T-699/14, niepublikowany, EU:T:2017:2, pkt 80–82).
- 177 W przypadku produktu, który z trudem mógł nadawać się do klasycznego testu hipotetycznego monopolisty, mającego na celu sprawdzenie reakcji rynku na niewielki, lecz istotny i nieprzejściowy wzrost ceny produktu (Small but Significant and Non Transitory Increase in Price), test SSNDQ, który przewiduje obniżenie jakości rozpatrywanego produktu, stanowił istotną wskazówkę przy definiowaniu rynku właściwego. Wprawdzie konkurencja między przedsiębiorstwami może przejawiać się w cenach, ale może również rozgrywać się w obszarze jakości i innowacji.

- 178 Hipoteza ta mogła również zostać wykorzystana w pkt 9.3.4.1–9.3.4.3 zaskarżonej decyzji w celu sprawdzenia, czy spółka Google, zajmująca pozycję dominującą na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, była pod presją ze strony spółki Apple, znajdującej się poza tym rynkiem. Stwierdzenie na etapie definicji rynku niewielkiej zastępowalności pośredniego popytu w przypadku pogorszenia jakości produktu pozostaje również istotne na etapie oceny pozycji dominującej przy określaniu presji ze strony przedsiębiorstwa sprzedającego inny produkt, nienależący do tak zdefiniowanego rynku.
- 179 Ponadto sformułowanie tej hipotezy w żaden sposób nie oznacza, jak niesłusznie twierdzi spółka Google, że Komisja stwierdziła, iż w interesie Google leży obniżenie jakości Androida. Przeciwnie, badanie pogorszenia jakości Androida miało na celu jedynie sprawdzenie, czy na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji spółka Google podlegała presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple, zgodnie z tym, co spółka Google podniosła w toku postępowania administracyjnego.
- 180 Wreszcie określenie dokładnego standardu ilościowego pogorszenia jakości rozpatrywanego produktu nie może być wstępnym warunkiem zastosowania testu SSNDQ. Inaczej niż w przypadku testu SSNIP, w przypadku którego nieznaczny, ale istotny i nieprzejściowy wzrost ceny można łatwiej określić ilościowo, hipoteza niewielkiego pogorszenia jakości Androida nie wymagała wcześniejszego ustalenia precyzyjnego standardu pogorszenia. Znaczenie ma jedynie to, że pogorszenie jakości pozostaje nieznaczne, lecz ma charakter istotny i nieprzejściowy.
- 181 Co za tym idzie, Komisja prawidłowo określiła pogorszenie jakości Androida w ramach testu SSNDQ.

iv) W przedmiocie lojalności użytkowników wobec ich systemów operacyjnych

– Argumenty stron

- 182 Zdaniem spółki Google, lojalność użytkowników nie jest parametrem istotnym. O ile w 2015 r. ponad czterech z pięciu użytkowników, którzy nabyli urządzenie funkcjonujące pod Androidem, nabyło nowe urządzenie z Androidem, o tyle było tak tylko z powodu wysiłków podejmowanych przez spółkę Google w celu utrzymania jakości tego systemu operacyjnego. Lojalność jest zatem skutkiem jakości Androida, co potwierdza szereg dowodów niesłusznie oddalonych przez Komisję. Co więcej, Komisja niesłusznie oddaliła użycie modelu gospodarczego Klemperera, który dowodzi, że spółka Google konkurowała ze spółką Apple w celu przyciągnięcia nabywców pierwszorazowych i że konkurencja ta ma wpływ na zachowanie wszystkich użytkowników Androida.
- 183 Zdaniem Komisji, lojalność użytkowników była istotnym parametrem pozwalającym wykluczyć ewentualność znacznego przejścia użytkowników na inny system operacyjny w przypadku niewielkiego pogorszenia się jakości Androida. Komisja zatem nie zgodziła się ze stwierdzeniem, że w niniejszej sprawie wyniki uzyskane przy użyciu modelu gospodarczego Klemperera mogłyby mieć znaczenie.

– Ocena Sądu

- 184 W tym względzie należy, po pierwsze, zauważyć, że lojalność użytkowników wobec Androida nie wynika, zdaniem Komisji, z samej jakości tego systemu operacyjnego. Jak Komisja wskazała na podstawie oświadczeń producentów oryginalnych urządzeń, przytoczonych w motywach 524

i 534 zaskarżonej decyzji, wysoka lojalność użytkowników wobec Androida może również wynikać z trudności, jakie użytkownicy napotykają przy zapewnieniu przenoszalności swoich danych osobowych, lub z chęci uniknięcia konieczności ponownego zakupu aplikacji. W szczególności, jak wskazał zwłaszcza jeden z rzeczonych producentów oryginalnych urządzeń, użytkownicy przyzwyczajają się do funkcjonowania ich urządzenia inteligentnego i nie chcą od początku uczyć się nowego systemu (zob. motyw 534 pkt 3 zaskarżonej decyzji). Sama jakość systemu operacyjnego nie może również wyjaśnić lojalności użytkowników – jak wskazała Komisja w motywie 488 zaskarżonej decyzji – zważywszy, że liczni użytkownicy używają niezaktualizowanej wersji Androida.

- 185 Po drugie, znajdujące się w załączniku do skargi oświadczenie członka kierownictwa spółki Google nie podważa wagi parametru związanego z lojalnością użytkowników wobec ich systemów operacyjnych. Oświadczenie to wskazuje, w szczególności, na starania spółki Google, aby reagować na postulaty użytkowników i twórców produktów Android, oraz na różne techniki stosowane przez to przedsiębiorstwo w celu oceny ryzyka przejścia użytkowników na produkty Apple. Rozważania przedstawione w tym względzie są ogólne i w większości przypadków nie są w istocie poparte konkretnymi dowodami lub danymi liczbowymi umożliwiającymi określenie ich doniosłości. Odnosząc się bardziej szczegółowo do przywołanych przez spółkę Google starań, aby reagować na postulaty użytkowników, należy zaznaczyć, że zadowolenia użytkowników nie można wytłumaczyć samym li tylko ryzykiem przejścia tych użytkowników na inny system operacyjny, lecz wynika ono raczej w sposób ogólny ze strategii każdego przedsiębiorstwa, które zamierza wprowadzać innowacje i zaspokajać potrzeby swoich użytkowników. Dbłość o zadowolenie użytkowników pozwala również na wzmocnienie ich lojalności wobec Androida.
- 186 Po trzecie, elementy, na których oparła się Komisja w zaskarżonej decyzji, wskazywały wprawdzie na przechodzenie na inny system operacyjny, ale o względnej intensywności. Wprawdzie spółka Google zauważa, że fakt, iż 82% użytkowników urządzeń z Androidem w 2015 r. pozostawało wiernych Androidowi podczas nowego zakupu, nie pozwala stwierdzić z całą pewnością, że w przypadku pogorszenia jakości Androida odsetek ów pozostałby tak wysoki. Okoliczność ta pozwala natomiast pokazać co najmniej, że wysoki stopień lojalności użytkowników wobec Androida na pierwszy rzut oka czyni mało prawdopodobnym przejście użytkowników na inny system operacyjny. Podobnie, Komisja wskazała w motywie 537 zaskarżonej decyzji, że w latach 2013–2015 jedynie 16% użytkowników urządzeń mobilnych Apple używało wcześniej urządzenia Android, czemu Google nie zaprzecza. Innymi słowy, jedynie mała część użytkowników, a nie istotna część spośród nich, mogła przejść na Apple. Oświadczenia producentów oryginalnych urządzeń zawarte w motywie 543 zaskarżonej decyzji miały takie samo znaczenie. Chociaż ci ostatni przyznali, że istnieje możliwość, iż użytkownicy będą przechodzić na Apple, to dzieje się tak jedynie w wyjątkowych sytuacjach, w których występują istotne zmiany.
- 187 Ponadto, jak wskazała Komisja w motywie 538 zaskarżonej decyzji, o ile liczni użytkownicy przeszli na Apple w 2015 r., o tyle było to spowodowane wprowadzeniem nowego inteligentnego urządzenia mobilnego o nowych cechach. Innymi słowy, przejście nie wynikało z konkurencji między systemami operacyjnymi. Taką interpretację potwierdza dokument wewnętrzny spółki Google, na którym spółka opiera swoje twierdzenia. Z dokumentu zatytułowanego „Switcher Insights” (informacje o przechodzących użytkownikach) wynika bowiem, że przechodzenie użytkowników wynikało głównie z wprowadzania nowych urządzeń, a nie z rozwoju systemów operacyjnych.

- 188 Po czwarte, wykorzystanie modelu ekonomicznego Klemperera, o którym mowa w motywie 551 zaskarżonej decyzji, nie pozwala zaprzeczyć lojalności użytkowników wobec systemu operacyjnego. Badanie to dotyczyło bowiem pierwszorazowych nabywców i nie można interpretować go w ten sposób, że użytkownicy nie wykazywali żadnej lojalności wobec systemu operacyjnego po dokonaniu wyboru.
- 189 Komisja mogła zatem słusznie wziąć pod uwagę lojalność użytkowników wobec ich systemów operacyjnych i na tej podstawie przypisać presji konkurencyjnej Apple mniejsze znaczenie.

v) W przedmiocie wrażliwości użytkowników na jakość systemu operacyjnego

– Argumenty stron

- 190 Spółka Google twierdzi, podobnie jak interwenienci popierający jej żądania, że użytkownicy byli wrażliwi na każde pogorszenie jakości Androida, nawet niewielkie. Jakość stanowi parametr decydujący o wyborze dokonywanym przez konsumentów, który to parametr nie jest równoważny innym parametrom, takim jak cena lub estetyka danego produktu, ani pomocniczy względem nich. Ten stan rzeczy znajduje odbicie w znacznym rozgłosie medialnym, jaki towarzyszy wprowadzaniu nowych wersji systemów operacyjnych, i jest widoczny w wielu sondażach.
- 191 Komisja, wspierana przez interwenientów popierających jej żądania, wyjaśnia, że nie uznała, iż użytkownicy byli niewrażliwi na jakiegokolwiek zmiany jakości mobilnych systemów operacyjnych, lecz uznała, że jest mało prawdopodobne, iż w wyniku nieznacznego pogorszenia jakości Androida zmienią swoje zwyczaje w zakresie zakupów i przejdą na inny produkt. Użytkownicy biorą pod uwagę cały wachlarz parametrów, a nie tylko system operacyjny. Rozmaite dowody wskazane przez spółkę Google nie pozwalają na obronę tezy przeciwnej.

– Ocena Sądu

- 192 Na wstępie należy zauważyć, że wbrew temu, co twierdzi spółka Google, Komisja wcale nie uznała, iż użytkownicy nie przywiązują żadnego znaczenia do systemu operacyjnego inteligentnych urządzeń mobilnych.
- 193 W nawiązaniu do swojej praktyki decyzyjnej Komisja wskazała zaś, że system operacyjny jest istotnym parametrem przy wyborze inteligentnego urządzenia mobilnego. Komisja podkreśliła jednak również fakt, że nie jest to jedyny parametr, na który użytkownicy zwracają uwagę (zob. motyw 483 zaskarżonej decyzji). Biorąc pod uwagę w szczególności ów fakt, Komisja uznała w rzeczonym motywie, że jest „mało prawdopodobne” [tłumaczenie nieoficjalne, tak jak w przypadku pozostałych cytatów z tej decyzji], aby w przypadku niewielkiego pogorszenia jakości Androida użytkownik zmienił swoje przyzwyczajenia zakupowe i przeszedł z urządzenia działającego pod licencjonowanym systemem operacyjnym na urządzenie funkcjonujące z systemem operacyjnym nielicencjonowanym.
- 194 Oprócz tego stwierdzenia, jako takiego, spółka Google podważa dwa z motywów leżących u podstaw oceny Komisji. Po pierwsze, nie kwestionując faktu, że użytkownik podejmuje decyzję na podstawie szeregu parametrów, spółka Google zauważa, że przyznanie istnienia wielu parametrów nie wystarcza, aby wykluczyć, iż pogorszenie jakości systemu operacyjnego doprowadzi użytkowników do przejścia na urządzenia działające pod innym systemem

operacyjnym. Wyniki wielu sondaży świadczą bowiem o tym, że jakość systemu operacyjnego była decydującym kryterium wyboru użytkowników. Po drugie, spółka Google zauważa, że wbrew motywom 488–490 zaskarżonej decyzji brak natychmiastowego przejścia użytkowników w przypadku opóźnień w dostępie do uaktualnień Androida nie pozwala w żaden sposób twierdzić, że użytkownicy nie reagują na pogorszenie jakości tego systemu. Dostęp do uaktualnień Androida wymaga pewnego czasu.

- 195 Należy zaś zauważyć, po pierwsze, że sondaże przywołane przez spółkę Google nie pozwalają na skuteczne poparcie jej twierdzeń. Pierwszy z nich, w postaci dokumentu „Switchers Insight”, opracowanego przez spółkę Google i przywołanego w motywie 540 zaskarżonej decyzji, wskazuje, że przejście użytkowników następuje jednocześnie z wprowadzaniem nowych urządzeń, a nie w związku ze zmianami w systemach operacyjnych. Stąd wniosek, że użytkownicy przywiązują wagę do całego wachlarza parametrów, a nie tylko do systemu operacyjnego. Takie rozumienie jest tym bardziej dozwolone, że sondaż wskazuje na różny odsetek przechodzących użytkowników w zależności od producenta oryginalnych urządzeń.
- 196 Drugi sondaż, „Kantar”, o którym mowa w motywie 494 zaskarżonej decyzji, wskazywał, że corocznie 24% użytkowników urządzeń niższej klasy z Androidem przechodzi na inny system operacyjny, w porównaniu do 14% użytkowników urządzeń wysokiej klasy. Badanie to wykazało wprawdzie, że niektórzy użytkownicy urządzeń Google Android w Zjednoczonym Królestwie przeszli na urządzenia funkcjonujące pod innym mobilnym systemem operacyjnym. Jednakże zjawisko przechodzenia użytkowników nie jest spowodowane głównie jakością systemu operacyjnego, lecz innymi czynnikami, takimi jak marka lub model, koszt, łatwość używania, sieć lub operator. Jest tak tym bardziej, że ze wspomnianego sondażu wynika – czego spółka Google nie kwestionuje – iż bardzo mała część użytkowników wskazywała, że dokonała przejścia na Apple ze względu na jakość i markę systemu operacyjnego. Innymi słowy, o ile jakość systemu operacyjnego mogła być istotnym parametrem, o tyle nie była przy zakupie nowego urządzenia kryterium decydującym.
- 197 Trzeci z sondaży, sondaż „Yandex”, o którym mowa w motywie 492 zaskarżonej decyzji, wskazuje, że większość użytkowników urządzeń Android jest wierna rzeczonemu systemowi operacyjnego, zasadniczo, ze względu na jego jakość. Sondaż ów nie może jednak służyć poparci twierdzeń spółki Google. O ile bowiem 44% użytkowników wyraziło lojalność wobec Androida ze względu na to, że zwracają uwagę na system operacyjny, a nie na urządzenie lub jego cenę, o tyle rozpatrywany dokument każe inaczej spojrzeć na znaczenie tych danych. W samym dokumencie wskazano bowiem, że nie można wykluczyć, iż dla tych użytkowników w grę wchodzi jeszcze inne parametry, w szczególności lojalność wobec marki lub koszty wiążące się z przejściem na inną platformę. Podobnie we wnioskach z sondażu wskazano również, że niewielkie pogorszenie jakości Androida nie jest decydujące przy wyborze urządzenia na etapie dystrybucji.
- 198 Po drugie, w motywach 488–490 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że liczni użytkownicy licencjonowanego systemu operacyjnego używają urządzenia działającego pod dawną wersją Androida. Spółka Google nie kwestionuje tego stwierdzenia. Tak więc w maju 2017 r. jedynie 7,1% użytkowników posiadało urządzenie działające pod zaktualizowaną wersją Androida, chociaż ta była dostępna od października 2016 r. Podobnie z motywów 489 i 490 zaskarżonej decyzji wynika, że sprzedaż urządzeń Google Android nie była skorelowana z aktualizacją tego systemu operacyjnego. Stąd wniosek, że użytkownicy odznaczeni się niewielką wrażliwością na wahania jakości Androida, ponieważ wydawali się zadowalać dawnymi wersjami tego systemu operacyjnego.

199 W związku z tym nie można krytykować Komisji za uznanie, że skoro wybór użytkownika determinuje wiele parametrów, jest mało prawdopodobne, by pogorszenie jakości Androida spowodowało przejście użytkowników urządzeń działających pod licencjonowanym systemem operacyjnym na urządzenie funkcjonujące pod nielicencjonowanym systemem operacyjnym.

vi) W przedmiocie kosztów przejścia na inny system operacyjny

– Argumenty stron

200 Zdaniem spółki Google, konieczność ponownego zakupu aplikacji, aby funkcjonowały one pod iOS, nie powstrzymywała użytkowników od przechodzenia na tenże system operacyjny. Aplikacje płatne stanowią jedynie nieznaczną część pobieranych aplikacji, a niektóre z nich pozwalają na przeniesienie wykupionej subskrypcji. Spółka Apple dba również o to, aby użytkownicy mogli z łatwością zmienić system operacyjny, oferując narzędzia migracji aplikacji z Androida na iOS.

201 Zdaniem Komisji, jest wiele innych czynników, które sprawiają, że użytkownicy nie są skłonni do przejścia na inny system operacyjny, takie jak lojalność użytkowników wobec ich systemu operacyjnego, charakterystyka urządzenia i konieczność ponownego zakupu aplikacji.

– Ocena Sądu

202 Na wstępie należy podkreślić, że spółka Google nie kwestionuje wszystkich przeszkód w przechodzeniu zidentyfikowanych przez Komisję w motywie 523 zaskarżonej decyzji. Google koncentruje się jedynie na podniesionej przez Komisję potrzebie pobrania i zakupu nowych aplikacji, podczas gdy Komisja wysuwa także twierdzenie, zgodnie z którym przejście na iOS byłoby kosztowne ze względu na konieczność zapoznania się użytkowników z nowym interfejsem i przeniesienia znacznej ilości danych.

203 Argumenty podniesione przez spółkę Google nie mogą przy tym podważyć całej oceny zapisanej w motywach 522–532 zaskarżonej decyzji. Z jednej strony, nawet gdyby użytkownicy wydawali niewiele na aplikacje w skali kosztu urządzenia mobilnego, należy zauważyć, że dla użytkowników pragnących przejść na inny system operacyjny jest to jednak dodatkowy koszt. Spółka Google nie kwestionuje tego twierdzenia. Chociaż ów koszt dodatkowy jest niewielki, nie da się go uniknąć i stanowi on realną przeszkodę w przechodzeniu użytkowników na inny system.

204 Po drugie, okoliczności faktycznej wskazanej w motywie 525 zaskarżonej decyzji, polegającej na tym, że spółka Apple starała się ułatwić takie przejście, nie można interpretować w ten sposób, że użytkownicy rzeczywiście dokonywali takiego przejścia. Przeciwnie, jak wyjaśnia Komisja, uruchomienie przez spółkę Apple aplikacji mające ułatwiać przejście z Androida na iOS wskazuje, że przejście takie było źródłem kłopotów. Komisja słusznie zauważa, nie spotykając się z zaprzeczeniem ze strony spółki Google, że przejście między systemami zmusza użytkowników do zapoznania się z nowym interfejsem, co powoduje, że proces ten jest bardziej złożony i niepewny.

205 W związku z tym należy stwierdzić, że Komisja nie uznała błędnie, iż przejście na inny mobilny system operacyjny może pociągnąć za sobą dodatkowe koszty, stanowiące dodatkową przeszkodę w przejściu użytkowników do Apple.

vii) W przedmiocie wpływu polityki cenowej spółki Apple

– Argumenty stron

- 206 Zdaniem spółki Google i interwenientów popierających jej żądania, polityka cenowa stosowana przez spółkę Apple nie powstrzymywała użytkowników od przechodzenia na inny system, bez względu na to, czy korzystali oni z urządzeń, wysokiej czy niższej klasy.
- 207 Komisja natomiast odpira, podobnie jak popierający ją interwenienci, że polityka cenowa spółki Apple nie mogła zostać pominięta milczeniem i stanowiła ona istotną przeszkodę w przechodzeniu na inny system operacyjny użytkowników urządzeń zarówno wysokiej klasy, jak i niższej klasy.

– Ocena Sądu

- 208 W niniejszej sprawie argumenty przedstawione przez spółkę Google są takie same jak argumenty oddalone przez Komisję w motywach 512–521 zaskarżonej decyzji. Dla użytkowników urządzeń niższej klasy polityka cenowa spółki Apple jawi się jako oczywista przeszkoda. Komisja słusznie zauważyła w motywie 513 zaskarżonej decyzji, że co najmniej 50% urządzeń działających pod Androidem było sprzedawanych po cenie niższej od ceny urządzeń Apple. Co więcej, w motywach 503 i 504 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśliła, że w latach 2009–2014 urządzenia Apple kosztowały średnio niemalże dwa razy więcej niż urządzenia Android. W związku z tym każdy przypadek przejścia na urządzenia Apple wiązał się dla użytkowników urządzeń niższej klasy z większymi wydatkami.
- 209 Argumentu opartego na cenie modelu iPhone SE nie można uwzględnić w tym zakresie. Po pierwsze, chociaż model iPhone SE był najtańszym aparatem sprzedawanym przez spółkę Apple, po cenie około 400 dolarów amerykańskich (USD) (około 290 EUR w 2014 r.), nie zmienia to faktu, że zgodnie z tabelą przedstawioną w motywie 503 zaskarżonej decyzji, cena ta była nadal wyższa od średniej ceny sprzedaży urządzeń Android. Po drugie, wskazana przez spółkę Google niższa cena rzeczonoego iPhone'a na internetowej platformie sprzedaży w żaden sposób nie odpowiadała cenie stosowanej przez spółkę Apple. Cena ta była ceną stosowaną przez odsprzedawcę będącego osobą trzecią w danym momencie, a zatem nie można jej uogólniać. Po trzecie, w świetle motywu 518 zaskarżonej decyzji model iPhone SE był sprzedawany od marca 2016 r., czyli pod koniec okresu naruszenia, czego spółka Google nie kwestionuje.
- 210 W związku z tym należy stwierdzić, że Komisja nie uznała błędnie, iż polityka cenowa spółki Apple powstrzymywała użytkowników urządzeń Android niższej klasy przed przejściem na inny system operacyjny.
- 211 Identyczny wniosek nie nasuwa się jednak w odniesieniu do użytkowników urządzeń wysokiej klasy, czyli urządzeń sprzedawanych w takiej samej gamie cenowej jak urządzenia Apple.
- 212 W motywie 513 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśliła, że przejście użytkowników urządzeń wysokiej klasy było mało prawdopodobne, zważywszy na ich zwyczaje w zakresie zakupów, na dodatkowe koszty, jakie pociągają za sobą takie przejście, a także na lojalność użytkowników wobec ich systemów operacyjnych. Wyjaśniła również w motywie 515 zaskarżonej decyzji, że nawet przy uwzględnieniu takiego przejścia jego wpływ finansowy na spółkę Google byłby ograniczony. Spółka Google nadal uzyskiwała bowiem znaczną część przychodów dzięki wykorzystywaniu przez iOS jej wyszukiwarki Google Search z tytułu umowy zawartej ze spółką Apple. W tym

względnie spółka Google twierdzi jednak, że znaczną część swoich przychodów uzyskuje z korzystania z urządzeń Google Android lokujących się w takiej samej gamie cenowej jak urządzenia Apple. W związku z tym przejście nawet niewielkiej części tych użytkowników byłoby dla niej szkodliwe.

- 213 Tymczasem o ile polityka cenowa spółki Apple jawi się jako element powstrzymujący użytkowników urządzeń niższej klasy od przejścia na inny system operacyjny, o tyle sytuacja przedstawia się inaczej w przypadku użytkowników urządzeń wysokiej klasy. Wydaje się, że Komisja przyznaje to w sposób dorozumiany, ponieważ w motywie 513 zaskarżonej decyzji na uzasadnienie stwierdzenia, że użytkownicy takich urządzeń nie przechodzą na urządzenia Apple, wskazuje ona na odmienną motywację. Komisja nie argumentuje zatem w żaden sposób w oparciu o politykę cenową spółki Apple, która w przypadku niewielkiego pogorszenia jakości Androida sama w sobie nie stanowi przeszkody w przejściu dla użytkowników wysokiej klasy urządzeń.
- 214 Zawarte w motywie 515 zaskarżonej decyzji stwierdzenie, zgodnie z którym wpływ takiego przejścia w segmencie urządzeń wysokiej klasy byłby pod względem finansowym ograniczony, ponieważ użytkownicy nadal prowadzili by wyszukiwania za pomocą Google Search na urządzeniach z iOS, a Google zachowałyby przychody generowane przez te wyszukiwania, nie ma rzeczywistego wpływu na kwestię tego, czy polityka cenowa spółki Apple była w stanie zrównoważyć pozycję Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Jak bowiem przyznała Komisja w motywie 540 pkt 1 zaskarżonej decyzji, podając przy tym przykład, polityka cenowa spółki Apple nie może powstrzymać od przejścia użytkowników wysokiej klasy urządzeń należących do ekosystemu Android na ekosystem iOS.
- 215 W związku z tym Komisja słusznie uznała, że polityka cenowa spółki Apple powstrzymuje od przejścia zdecydowaną większość użytkowników urządzeń Android. Nie dotyczy to jednak użytkowników urządzeń wysokiej klasy. Błąd ten jest jednak pozbawiony konsekwencji, ponieważ przejście tych ostatnich użytkowników zależy od innych czynników, jak wynika z motywu 513 zaskarżonej decyzji lub też z motywu 540 pkt 2 i motywu 540 pkt 3 zaskarżonej decyzji. Jest nim, w szczególności, lojalność użytkowników wobec ich systemów operacyjnych, w tym, jak wynika z oświadczenia jednego z producentów oryginalnych urządzeń przedstawionego przez Komisję w motywie 534 zaskarżonej decyzji, przyzwyczajenie użytkowników do sposobu obsługi ich systemów operacyjnych (zobacz wyżej pkt 184–189).

viii) W przedmiocie zachowania dostawców aplikacji

– Argumenty stron

- 216 Spółka Google podkreśla wagę faktu, że popierają ją dostawcy aplikacji. Podnosi, że musiały utrzymać wysoki poziom jakości Androida, aby zapewnić dostawcom aplikacji jak największą liczbę użytkowników. Każde pogorszenie się jakości Androida spowodowałoby, że dostawcy aplikacji zwracaliby się ku innym platformom, w szczególności Apple, a nawet zmniejszyliby swoje inwestycje w Androida. Spadek inwestycji dostawców aplikacji skutkowałby powstaniem błędnego koła, które prowadziłoby do przechodzenia użytkowników na inne systemy.
- 217 Zdaniem Komisji, brak przechodzenia użytkowników w przypadku niewielkiego pogorszenia się jakości Androida implikuje powiązany z tym brak przechodzenia dostawców aplikacji. Wykres znajdujący się w motywie 610 zaskarżonej decyzji pozwala ponadto pokazać fakt, że dostawcy aplikacji od 2010 r. przeszli w ogromnym stopniu z iOS na Androida.

– Ocena Sądu

- 218 W tym względzie należy zauważyć, że Komisja prawidłowo przedstawiła powody, dla których dostawca aplikacji w przypadku niewielkiego pogorszenia jakości Androida nadal tworzyłby aplikacje dla tego systemu operacyjnego. Android był bowiem wśród użytkowników najbardziej rozpowszechnioną platformą, a dostawcy aplikacji mieli interes w dotarciu do największego odsetka użytkowników (zob. motyw 553 zaskarżonej decyzji).
- 219 W zakresie, w jakim było mniej prawdopodobne, że w przypadku niewielkiego pogorszenia jakości Androida użytkownicy nie będą przechodzić do innych mobilnych systemów operacyjnych, tak samo było w przypadku dostawców aplikacji, którzy nie mogli racjonalnie porzucić przeważającej części swoich klientów.
- 220 Podobnie, wbrew temu, co twierdzi spółka Google, fakt, że dostawcy aplikacji tworzą dla szeregu systemów operacyjnych, przemawia za stwierdzeniem, że pogorszenie jakości Androida nie spowodowałoby zakończenia produkcji aplikacji dla Androida.
- 221 W związku z tym Komisja nie popełniła błędu w ocenie, uznając, że dostawcy aplikacji nie odwróciliby się od Androida w przypadku niewielkiego pogorszenia jakości tego systemu operacyjnego.
- 222 W konsekwencji należy stwierdzić, że Komisja słusznie uznała, iż niewielka intensywność konkurencji ze strony spółki Apple uzasadniała odstąpienie od rozszerzenia rynku właściwego na wszystkie mobilne systemy operacyjne i wykluczenie jakiegokolwiek presji konkurencyjnej ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych, a to ze względu na dużą siłę, jaką spółka Google posiada na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Niezależnie od tego, czy chodzi o lojalność użytkowników wobec ich systemu operacyjnego, o wpływ polityki cenowej stosowanej przez spółkę Apple, w szczególności w przypadku użytkowników urządzeń niższej klasy, czy o koszty związane z przejściem na inny system operacyjny, Komisja słusznie uznała, że wskazane liczne przeszkody, rozpatrywane łącznie, pozwalają przyjąć, że wpływ presji konkurencyjnej spółki Apple na siłę rynkową spółki Google był ograniczony.

2) *W przedmiocie presji konkurencyjnej ze strony licencji AOSP*

i) *Argumenty stron*

- 223 Spółka Google uważa, że podlega presji konkurencyjnej ze strony licencji AOSP, która pozwala na opracowywanie doskonałych substytutów Androida. Tak więc każde nieznaczne pogorszenie jakości Androida prowadziłyby do tego, że producenci oryginalnych urządzeń będą preferować swobodnie dostępne niepogorszone wersje Androida. Komisja nie uwzględniła tutaj rozwiązania przyjętego w decyzji C(2010) 142 final z dnia 21 stycznia 2010 r. uznającej koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem oraz z funkcjonowaniem porozumienia EOG (sprawa COMP/M.5529, Oracle/Sun Microsystems) (zwanej dalej „decyzją Sun Microsystems”), w której uznała, że otwarty charakter oprogramowania stwarza presję konkurencyjną. Ponadto stabilność udziałów w rynku spółki Google od 2011 r., która wynika z jej wysiłków mających na celu utrzymanie jakości Androida, nie ma wpływu na reakcję producentów oryginalnych urządzeń na niewielkiego pogorszenie jego jakości. Spółka Google kwestionuje również znaczenie dla sprawy odniesień, znajdujących się w zaskarżonej decyzji, do posiadanego przezeń znaku towarowego

Android do zastrzeżonych interfejsów programowania aplikacji (zwanymi dalej „zastrzeżonymi API”), do kontroli Androida za pomocą testów kompatybilności, czy też do okoliczności, że przeważająca większość producentów oryginalnych urządzeń zawarła z nią UZF i UDAM.

- 224 Komisja kwestionuje tę argumentację. Przypomina w szczególności, że spółka Google kontroluje dostęp do kodu źródłowego Androida (motywy 128–130 zaskarżonej decyzji). Komisja opiera się ponadto na wewnętrznej prezentacji kierownictwa spółki Google. Prezentacja ta wyjaśnia politykę prowadzoną przez spółkę Google, w szczególności potrzebę utrzymania kontroli nad Androidem poprzez rozwój Play Store i aplikacji Google, co w dłuższym czasie uniemożliwi powstanie wiarygodnej alternatywnej wersji Androida. Ponadto decyzja Sun Microsystems nie jest w żaden sposób pomocna, ponieważ w niniejszej sprawie producenci oryginalnych urządzeń, które chcą używać znaku towarowego Android, mieć dostęp do Play Store i korzystać z aplikacji spółki Google, muszą zawrzeć z nią porozumienia.
- 225 BDZV przychyła się do opinii Komisji. Android jest „najbardziej zamkniętym projektem otwartym”. BDZV powołuje się na okoliczność, że spółka Google zajmuje się samodzielnie tworzeniem kodu źródłowego Androida, kontroluje licencję AOSP oraz znak towarowy Android, kontroluje jego implementacje poprzez testy kompatybilności, ma interes handlowy uzasadniający potrzebę utrzymania kontroli nad Androidem, a otwarty charakter Androida jest dyskusyjny w świetle stopniowego ograniczania dostępu do kodu źródłowego.

ii) Ocena Sądu

- 226 Należy stwierdzić, że spółka Google przecenia presję konkurencyjną wynikającą z licencji AOSP. Prawdą jest, że uzasadnienie zawarte w motywie 568 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym udziały rynkowe Google od 2011 r. bezustannie rosły aż do osiągnięcia bardzo wysokiego poziomu, nie może samo w sobie wystarczyć do wykluczenia wszelkiej presji konkurencyjnej wynikającej z licencji AOSP. Fakt, że nie może pojawić się żaden niekompatybilny fork Androida, nie pozwala również wykluczyć możliwości opracowania przez jakieś przedsiębiorstwo wiarygodnej alternatywy dla Androida na podstawie jego kodu źródłowego. Niemniej jednak, gdy dodać do tego inne powody, na których oparła się Komisja w motywach 567–583 zaskarżonej decyzji, należy przyjąć zdecydowanie słabszą presję wynikającą z licencji AOSP.
- 227 Po pierwsze, trzeba przypomnieć, że bariery utrudniające wejście na rynek dla przedsiębiorstwa pragnącego rozwijać system operacyjny na podstawie kodu źródłowego Androida są wysokie, i to pomimo, czy może lepiej powiedzieć – z powodu nieodpłatnego charakteru Androida. Jak słusznie wskazała Komisja w motywie 569 zaskarżonej decyzji, nie spotykając się z zaprzeczeniem ze strony spółki Google, każde przedsiębiorstwo zamierzające opracować alternatywny system operacyjny na podstawie kodu źródłowego Androida musiałoby ponieść wysokie koszty, w wyniku czego prawdopodobnie oferowałoby na początku wersję alternatywną płatną. Przykłady dotyczące systemu operacyjnego Amazona lub prób rozwoju własnego systemu operacyjnego przez Seznam są szczególnie przekonujące. Innymi słowy, spółka Google nie może twierdzić, że w przypadku niewielkiego pogorszenia się jakości Androida producenci oryginalnych urządzeń byłiby w stanie szybko zmodyfikować kod źródłowy w celu naprawienia takiego pogorszenia.
- 228 Widać to jeszcze wyraźniej, gdy weźmie się pod uwagę UZF, które hamowały powstawanie alternatyw dla Androida, jak podkreśliła Komisja, w szczególności w motywach 572, 575 i 576 zaskarżonej decyzji. Liczni producenci oryginalnych urządzeń byli bowiem związani takimi umowami, które nie pozwalały im na sprzedaż urządzeń mobilnych funkcjonujących pod wersjami Androida, które nie zostały zatwierdzone przez spółkę Google. Dla sygnatariuszy UZF,

czyli w rzeczywistości około stu producentów oryginalnych urządzeń, w tym 30 największych, (zobacz pkt 849 poniżej), sięgnięcie po wersję alternatywną, która nie została zatwierdzona przez spółkę Google, oznaczałoby całkowite zerwanie z tym przedsiębiorstwem.

- 229 Po drugie, nawet gdyby producentom oryginalnych urządzeń udało się opracować alternatywną wersję Androida na podstawie kodu źródłowego Androida, taka wersja prawdopodobnie nie byłaby z początku wiarygodnym konkurentem. Aby opracować taką wersję, przedsiębiorstwo powinno być w stanie zaproponować szereg aplikacji, a także zapewnić dostęp do wystarczająco funkcjonalnych interfejsów programowania aplikacji, jak wskazała Komisja w motywie 576 zaskarżonej decyzji. Spółka Google nie podważa zresztą oświadczeń przedstawionych przez Komisję w motywach 576 i 577 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi aplikacje i zastrzeżone API spółki Google, w szczególności ze względu na jej siłę rynkową w zakresie ogólnych wyszukiwarek internetowych, były istotne z handlowego punktu widzenia dla producentów. Replikacja tych aplikacji i odnośnych interfejsów programowania aplikacji wymagała zatem czasu i istotnych inwestycji. Innymi słowy, pojawienie się wiarygodnej wersji alternatywnej okazuje się bardzo niepewne.
- 230 Spółka Google twierdzi w tym względzie, że alternatywna wersja Androida mogłaby korzystać z jej zastrzeżonych API. Jednakże, zakładając, że taka możliwość zostałaby wykazana, spółka Google nie podważa zawartej w motywie 576 zaskarżonej decyzji oceny, zgodnie z którą dostęp do aplikacji i zastrzeżonych API był uzależniony od zawarcia UZF, co umożliwia spółce Google sprawowanie kontroli nad alternatywnymi wersjami Androida.
- 231 Po trzecie, powyższej analizie nie podważa decyzja Sun Microsystems. Jak bowiem podnosi Komisja, tamta sprawa i sprawa niniejsza różnią się okolicznościami. Prawdą jest, że w motywie 749 rzeczony decyzji Komisja, przy badaniu siły rynkowej jednostki powstałej w wyniku połączenia, uwzględniła presję konkurencyjną wywieraną ze strony programów opracowanych na podstawie kodu źródłowego oprogramowania Sun Microsystems, Inc. Podobnie w motywie 252 zaskarżonej decyzji, na którym opiera się spółka Google, Komisja przyznała, że posiadacz otwartego oprogramowania podlega presji ze strony niezależnych dostawców, którzy są w stanie zaproponować ulepszenia lub poprawki do tego oprogramowania. Niemniej jednak w niniejszej sprawie otwarty charakter Androida nie jest porównywalny z charakterem oprogramowania rozpatrywanego w decyzji Sun Microsystems. Jak wynika bowiem z motywu 128 zaskarżonej decyzji, dostępna wersja otwarta Androida niekoniecznie jest najnowszą wersją Androida oferowaną przez spółkę Google. Podobnie oferowanie ulepszeń Androida na podstawie kodu źródłowego okazuje się w praktyce trudne, gdyż wymaga związania się w większym stopniu ze spółką Google w celu uzyskania, w szczególności, dostępu do jej aplikacji oraz jej zastrzeżonych API. Z powyższego wynika, że otwarty charakter Androida nie skutkuje w tym przypadku presją konkurencyjną porównywalną z zachodzącą w przypadku decyzji Sun Microsystems.
- 232 Wreszcie nie można uwzględnić przedstawionego w replice argumentu spółki Google, zgodnie z którym Komisja przeczy sama sobie, ponieważ twierdzi z jednej strony, że „wariant Androida, aby stanowił realne zagrożenie, wymaga dostępu do znaków towarowych Androida oraz aplikacji Play Store i Google Search”, chociaż z drugiej strony uważa – w odniesieniu do nadużycia, po pierwsze, na rynku światowym sklepów z aplikacjami dla systemu Android (z wyłączeniem Chin), a po drugie, na rynkach krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez uzależnienie licencji na Play Store i na Google Search od akceptacji OZF („drugie nadużycie”) – że „niekompatybilne forki”, które nie posiadają tego dostępu, „stanowią wiarygodne zagrożenie konkurencyjne” (zob. motyw 1036 pkt 1 zaskarżonej decyzji). Jak bowiem wskazała Komisja, aby

ocenić presję konkurencyjną, jaką może wywierać licencja AOSP, należy pamiętać o tym, że producenci oryginalnych urządzeń mogą sprzedawać swoje urządzenia działające pod kompatybilnymi forkami i wdrażać zastrzeżone API spółki Google, tylko jeśli zawrą UZF i UDAM. W związku z tym w zakresie, w jakim owi producenci oryginalnych urządzeń są związani UZF, których czas trwania wynosi, co do zasady, pięć lat (motywy 168, 169, 1078 zaskarżonej decyzji), nie mogą bez ograniczeń korzystać z kodu źródłowego Androida na potrzeby opracowywania forków. Nie mają oni zatem uprawnień pozwalających na to, aby szybko i w każdym momencie wprowadzić na rynek urządzenie funkcjonujące pod takim forkiem.

233 Tak więc Komisja słusznie uznała, że otwarty charakter licencji AOSP nie stanowił presji konkurencyjnej wystarczającej do zrównoważenia pozycji dominującej zajmowanej przez spółkę Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych.

234 W konsekwencji pierwszą część zarzutu pierwszego należy oddalić jako bezzasadną.

3. W przedmiocie drugiej części zarzutu, dotyczącej dominacji sklepów z aplikacjami dla systemu Android

235 Oprócz rynku licencjonowanych systemów operacyjnych Komisja rozważyła również rynek sklepów z aplikacjami dla systemu Android. Definiując ów rynek Komisja włączyła do niego w motywach 268–322 zaskarżonej decyzji ogół sklepów z aplikacjami przeznaczonymi do urządzeń Google Android oraz sklepy z aplikacjami przeznaczonymi do innych urządzeń działających pod Androidem. Natomiast Komisja wykluczyła, po pierwsze, przynależność do tego samego rynku, co sklep z aplikacjami, wszystkich aplikacji, między innymi, które można pobrać bezpośrednio z Internetu. Po drugie, Komisja odrzuciła sklepy innych licencjonowanych systemów operacyjnych, a także sklepy nielicencjonowanych systemów operacyjnych.

236 Komisja uznała następnie, że na rynku sklepów dla Androida Google zajmuje dzięki Play Store pozycję dominującą. Jak wynika z motywów 590–673 zaskarżonej decyzji, Komisja wzięła pod uwagę udziały rynkowe spółki Google, liczbę i popularność aplikacji dostępnych do pobrania, a także dostępność aktualizacji, obowiązek korzystania z Play Store w celu używania serwisów Google Play, istnienie barier utrudniających wejście, brak wyrównawczej siły nabywczej producentów oryginalnych urządzeń, a także istnienie niewystarczającej presji konkurencyjnej ze strony sklepów z aplikacjami dla nielicencjonowanych mobilnych systemów operacyjnych.

237 W drugiej części zarzutu pierwszego spółka Google koncentruje swoje argumenty na badaniu przez Komisję w pkt 9.4.7 zaskarżonej decyzji intensywności presji konkurencyjnej wywieranej przez sklepy nielicencjonowanych mobilnych systemów operacyjnych.

a) Argumenty stron

238 Spółka Google podkreśla przede wszystkim, że Android i Play Store były wzajemnie od siebie zależne. Były one z konieczności konkurencyjne w sposób ściśle powiązany: dominującej pozycji jednego z nich nie można oddzielić od pozycji drugiego. Komisja przyznała to w motywach 299, 305 i 594 zaskarżonej decyzji. HMD, ADA i CCIA potwierdzają tę interpretację i podkreślają, że w powodu pominięcia konkurencji między „systemami” Android i Apple oraz poprzez brak oceny konkurencji na poziomie globalnym zaskarżona decyzja odbiega od rzeczywistości.

- 239 Następnie podnoszą, że oddzielając Play Store od Androida, Komisja nie uwzględniła konkurencji ze strony spółki Apple. Tymczasem konkurencja ta jest przyczyną rozwoju Play Store w celu utrzymania wspomnianego sklepu na wysokim poziomie jakości. Wyrok z dnia 12 grudnia 2018 r., *Servier i in./Komisja* (T-691/14, odwołanie w toku, EU:T:2018:922) potwierdza, że taki schemat innowacji implikuje istnienie konkurencji. Gdyby spółka Google posiadała, jak twierdzi Komisja, pozycję dominującą, zrezygnowałaby z innowacji i widoczne byłoby pogorszenie się jakości Play Store. Podobnie zawarte w motywie 660 zaskarżonej decyzji stwierdzenie, zgodnie z którym rozwoju Play Store nie da się wytłumaczyć zjawiskiem innowacyjności, ale raczej wdrażaniem tendencji technologicznych lub wzajemnym przejmowaniem cech charakterystycznych, jest błędne i nieudowodnione. Zakładając, że stwierdzenie to byłoby zasadne, potwierdza ono istnienie konkurencji między spółkami Google a Apple.
- 240 Wreszcie, wbrew twierdzeniu zawartemu w motywach 290 i 668 zaskarżonej decyzji, spółka Google podkreśla, podobnie jak ADA, że nie może w sposób zyskowy podnieść wysokości kosztów ponoszonych przez dostawców aplikacji. Podobnie, jak nie może obniżyć jakości Androida, nie może czerpać żadnych zysków z podnoszenia ponoszonych przez nich kosztów, gdyż w ten sposób wzmocniłaby konkurencję ze strony spółki Apple. Dowodem na to jest obniżenie przez spółkę Google, w okresie rzekomej dominacji, o 15% kosztów ponoszonych przez dostawców aplikacji, w celu dostosowania się do obniżki przyjętej przez spółkę Apple.
- 241 Komisja i interwenienci popierający jej żądania kwestionują zasadność argumentów podniesionych przez spółkę Google. Argumenty spółki Google są błędne, ponieważ pomijają w szczególności fakt, że użytkownicy nie mogą korzystać ze sklepów z aplikacjami do innych systemów operacyjnych, jak wynika to z motywu 299 pkt 2 zaskarżonej decyzji, a także dlatego, że Play Store dominuje na rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android.
- 242 Po drugie, żaden dowód nie pozwala wykazać, że rozwój Play Store był motywowany zmianami w App Store spółki Apple. W każdym razie inne dowody przytoczone w zaskarżonej decyzji pozwalają na stwierdzenie pozycji dominującej Play Store na rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android. Podobnie dowody przytoczone w zaskarżonej decyzji w celu wyjaśnienia, dlaczego spółka Google mogłaby podwyższyć bez konsekwencji ceny dla dostawców aplikacji, zachowują ważność. Biorąc pod uwagę, w szczególności, wzrost udziału urządzeń Google Android w światowej sprzedaży inteligentnych urządzeń mobilnych z 48% w 2011 r. do 81% w 2016 r., dostawcy nie chcieliby zrezygnować z dostępu do tak dużej i nadal rosnącej bazy użytkowników. W przypadku podwyżki cen dostawcy aplikacji nie zaprzestaną dystrybucji aplikacji za pośrednictwem Play Store.

b) Ocena Sądu

- 243 W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że spółka Google kwestionuje jedynie pewną liczbę motywów zaskarżonej decyzji. Jej zastrzeżenia nie dotyczą wszystkich okoliczności, które skłoniły Komisję do uznania, że spółka Google zajmowała dzięki Play Store pozycję dominującą na rynku sklepów z aplikacjami na Androida. Spółka Google koncentruje się wyłącznie na nieuwzględnieniu przez Komisję presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Apple.
- 244 W tym kontekście Google wskazuje na motywy 299 i nast. zaskarżonej decyzji, które dotyczą definicji rynku i wykluczenia istnienia jakiegokolwiek systemu łączącego Androida i Play Store. Zdaniem spółki Google, Komisja popełniła błąd w ocenie, odrzucając istnienie takiego systemu, który konkurowałby z systemem Apple, a mianowicie z systemem łączącym iOS z App Store.

- 245 Należy jednak zaznaczyć, że w motywach 299 i nast. zaskarżonej decyzji Komisja wzięła pod uwagę istnienie systemu stanowiącego powiązanie między Androidem a Play Store, nie tyle w celu odrzucenia tezy o istnieniu konkurencji ze strony spółki Apple, co w celu przyjęcia słabszej konkurencji ze strony sklepów z aplikacjami przeznaczonymi dla innych licencjonowanych systemów operacyjnych i ze strony innych sklepów z aplikacjami przeznaczonymi dla Androida. Innymi słowy, w motywach 299 i nast. zaskarżonej decyzji Komisja nie poruszyła formalnie kwestii istnienia konkurencji między systemem Android a systemem Apple.
- 246 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o badanie presji konkurencyjnej wywieranej przez App Store, kwestię istnienia systemu stanowiącego powiązanie między Androidem a Play Store należy postrzegać w innych kategoriach. W przeciwieństwie do Androida, iOS posiadał bowiem tylko jeden sklep z aplikacjami i z tego tylko powodu nie można go od niego oddzielić. W tym sensie zarówno Play Store, jak i App Store konkurowały ze sobą poprzez system, do którego sklepy te należały, czyli odpowiednio Android i iOS.
- 247 Patrząc z perspektywy systemu Apple, sklepu Play Store również nie można oddzielić od systemu Android przy dokonywaniu oceny presji konkurencyjnej wywieranej przez App Store. Jest tak tym bardziej, że spółka Google uzależnia dostęp do Play Store od zawarcia UZF, która pozwala na używanie w Play Store wyłącznie tych wersji Androida, które spełniają jej test kompatybilności.
- 248 Z powyższego wynika, że ocena presji konkurencyjnej wywieranej przez App Store na Play Store na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji sprowadza się do uwzględnienia presji konkurencyjnej iOS na Androida, co spółka Google wyraźnie przyznała w odpowiedzi na pytanie Sądu zadane na rozprawie.
- 249 Presja konkurencyjna App Store na Play Store była bowiem pochodną presji wywieranej przez iOS na Androida. Poza faktem, że system operacyjny stanowi warunek wstępny działania urządzenia mobilnego, od jego jakości zależą również prawidłowe funkcjonowanie i gama dostępnych aplikacji.
- 250 Ta prawidłowość, która skutkuje potrzebą oceny konkurencji między systemami, znajduje potwierdzenie w treści zaskarżonej decyzji. Komisja uznała w motywie 656 zaskarżonej decyzji, że App Store nie wywierał wystarczającej presji konkurencyjnej na Play Store, odsyłając w szczególności do pkt 9.3.4, w którym Komisja uznała, że z punktu widzenia użytkowników iOS nie wywierał wystarczającej presji konkurencyjnej na Androida.
- 251 Podobnie, jeśli chodzi o ocenę z punktu widzenia dostawców aplikacji, Komisja oparła się na względach zasadniczo identycznych z opisanymi w motywach 552–555 i 668–670 zaskarżonej decyzji i uznała odpowiednio, że iOS wywierał niewystarczającą presję konkurencyjną na Androida, a App Store wywierał na Play Store presję o takiej samej intensywności. Podobieństwo uzasadnienia widać jeszcze wyraźniej w motywach 553 i 668 zaskarżonej decyzji, z których oba odsyłają do motywu 290, dotyczącego braku przynależności App Store do tego samego rynku, co Play Store.
- 252 Zasadność części drugiej zarzutu pierwszego zależy zatem od zasadności części pierwszej, w której spółka Google zarzuca Komisji, że nie uwzględniła presji konkurencyjnej wywieranej przez iOS na Androida na poziomie użytkowników i dostawców aplikacji. Wydaje się bowiem logicznie

niemożliwe, aby presja konkurencyjna wywierana przez App Store na Play Store odbiegała w kategoriach intensywności od presji wywieranej przez iOS na Android. W obu przypadkach dane brane pod uwagę w celu oceny intensywności presji konkurencyjnej są bowiem identyczne.

- 253 Ze względu zaś na to, że argumenty podniesione przez spółkę Google na poparcie pierwszej części zarzutu pierwszego oddalono jako bezzasadne i potwierdzono w ten sposób uzasadnienie zaskarżonej decyzji w zakresie braku wystarczającej konkurencji ze strony iOS wobec Androida, argumenty podniesione przez spółkę Google na poparcie drugiej części zarzutu pierwszego w konsekwencji nie mogą zostać uwzględnione.
- 254 W rezultacie część drugą zarzutu pierwszego należy oddalić jako bezzasadną.

4. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, dotyczącej sprzeczności pomiędzy dominacją ogólnych wyszukiwarek internetowych oferowanych użytkownikom a teorią nadużycia, która dotyczy licencji na aplikację do wyszukiwania dla producentów oryginalnych urządzeń

a) Argumenty stron

- 255 Na poparcie tej części zarzutu spółka Google podnosi, że ocena dotycząca dominacji istniejącej na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych nie odpowiada teorii nadużycia przyjętej w zaskarżonej decyzji. Komisja podkreśliła bowiem w motywie 674 zaskarżonej decyzji, że spółka Google zajmuje pozycję dominującą w zakresie ogólnych wyszukiwarek internetowych oferowanych użytkownikom, ale zachowania kwestionowane w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji dotyczą wyłącznie licencji na aplikację do wyszukiwania ogólnego dla producentów oryginalnych urządzeń, a nie dla użytkowników.
- 256 Zaskarżona decyzja nie stwierdza, że Google dominuje na „rynku” przyznawania producentom oryginalnych urządzeń licencji na aplikacje służące do wyszukiwania ogólnego, co w praktyce nie miało miejsca. Producenci oryginalnych urządzeń nie muszą umieszczać aplikacji Google Search na swoich urządzeniach, ponieważ wyszukiwarka ta jest swobodnie i łatwo dostępna w Internecie. Podobnie użytkownik, który nabywa urządzenie bez aplikacji Google Search, może z łatwością uzyskać do niej dostęp. Producent oryginalnych urządzeń może również stworzyć i zainstalować ikonę prowadzącą do strony głównej Google w przeglądarce. Wobec braku stwierdzenia dominującego charakteru licencji na aplikacje wyszukiwarek dla producentów oryginalnych urządzeń, faktu uzależnienia licencji na aplikację Google Search od akceptacji przez producentów oryginalnych urządzeń OZF i preinstalacji Chrome na podstawie UDAM nie można uznać za nadużycie. Podobnie jest w przypadku udziału spółki Google w niektórych przychodach z reklam w zamian za preinstalowanie na zasadzie wyłączności Google Search przez producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych.
- 257 Komisja twierdzi w sposób ogólny, że wnioski dotyczące dominacji spółki Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych są zgodne ze stwierdzonymi nadużyciami. W każdym razie pod pretekstem, że ogólne wyszukiwania prowadzą użytkownicy, nie można twierdzić, że w związku z pozycją dominującą zajmowaną na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych nie może dojść do żadnego nadużycia ze względu na zachowanie spółki Google względem producentów oryginalnych urządzeń. Komisja nie bierze pod uwagę formy, jaką przyjmuje nadużycie, ale podobieństwo okoliczności, zważywszy, że zachowanie spółki Google miało miejsce na poziomie producentów oryginalnych urządzeń, ale dotyczyło produktu wykorzystywanego przez konsumentów.

b) Ocena Sądu

- 258 Zastrzeżenia wywodzonego ze sprzeczności pomiędzy nadużyciami wskazanymi przez Komisję w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji a pozycją dominującą spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych nie można uwzględnić.
- 259 W pierwszej kolejności należy bowiem zaznaczyć, że nadużycia wskazane przez Komisję w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji dotyczyły pozycji dominującej zajmowanej przez spółkę Google zarówno na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, jak i na rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android. Dlatego też zakładając, że owe nadużycia opierały się błędnie na pozycji dominującej, jaką zajmowała spółka Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, należy stwierdzić, że opierały się one również na pozycji dominującej spółki Google na rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android, której to pozycji nie podważają argumenty przedstawione przez spółkę Google w ramach drugiej części zarzutu pierwszego.
- 260 W drugiej kolejności, niezależnie od stwierdzenia, że nadużycia wskazane przez Komisję w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji wynikały również z pozycji dominującej spółki Google na rynku sklepów z aplikacjami na Android, należy również w każdym razie stwierdzić, że rozpatrywane praktyki były ściśle związane z pozycją dominującą spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych. Ponieważ użytkownicy urządzeń Google Android oczekują, że będą posiadać Google Search, spółka Google wykorzystywała swoją siłę na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych do dostarczania tej aplikacji podmiotom, które zawarły UDAM.
- 261 Tak więc wbrew temu, co twierdzi spółka Google, nadużycia wskazane przez Komisję w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji, które z pewnością pojawiły się w relacjach między Google a podmiotami, które zawarły UDAM, były w rzeczywistości nakierowane na użytkowników i krajowe rynki ogólnych wyszukiwarek internetowych, na których spółka Google zajmowała pozycję dominującą. Okoliczność, że rozpatrywane praktyki dotyczyły dostarczania Google Search podmiotom, które zawarły UDAM, nie podważa tego stwierdzenia. Google Search stanowił ważny punkt wejścia do ogólnej wyszukiwarki internetowej spółki Google, przy czym podmioty, które zawarły UDAM, działały w tym zakresie jako pośrednicy między spółką Google a użytkownikami Google Search.
- 262 Innymi słowy, pozycja dominująca spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych stanowiła zarówno punkt wyjścia, jak i cel praktyk przeanalizowanych w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji (zob. w szczególności motyw 1341 zaskarżonej decyzji), które zdaniem Komisji służyły w rzeczywistości zachowaniu i zwiększeniu siły, jaką spółka Google posiadała na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, a także miały zapobiec pojawieniu się na tym rynku jakichkolwiek konkurentów.
- 263 Nie można zatem stwierdzić żadnej sprzeczności pomiędzy nadużyciami wskazanymi przez Komisję w motywach 877 i 1016 zaskarżonej decyzji a pozycją dominującą spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 264 Taka interpretacja nasuwa się również w odniesieniu do zarzucanej niespójności pomiędzy nadużyciem zidentyfikowanym w motywie 1192 zaskarżonej decyzji, dotyczącym PPP dla portfela, a pozycją dominującą zajmowaną przez spółkę Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.

- 265 Podczas gdy nadużycia wskazane w motywie 877 i 1016 zaskarżonej decyzji są uznawane przez Komisję za grupowanie w pakiety produktów lub obowiązków, nadużycie stwierdzone w motywie 1192 zaskarżonej decyzji dotyczyło podziału – realizowanego za pomocą PPP dla portfela – przychodów z reklam otrzymywanych przez spółkę Google ze względu na jej działalność na krajowym rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych. Porozumienia PPP dla portfela zależały zatem w sposób nieunikniony od siły, jaką spółka Google posiadała na tych rynkach. Ponadto, chociaż PPP dla portfela są elementem relacji utrzymywanych przez spółkę Google z sygnatariuszami tych porozumień, którzy w wyniku ich zawarcia nie mogli już preinstalować aplikacji konkurencyjnych wobec Google Search, należy ponownie zauważyć, że owi sygnatariusze poprzez przyjęcie takiego zobowiązania umożliwili spółce Google umocnienie jej pozycji na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych przeznaczonych dla użytkowników.
- 266 Nie można więc stwierdzić żadnej sprzeczności pomiędzy nadużyciem wskazanym przez Komisję w motywie 1192 zaskarżonej decyzji a pozycją dominującą spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 267 Należy zatem trzecią część zarzutu pierwszego oddalić jako bezzasadną, a w konsekwencji oddalić zarzut pierwszy w całości.

5. W przedmiocie względnego znaczenia dla sprawy konkurencji między ekosystemami

- 268 Z powyższego wynika, że zarzut pierwszy ulega oddaleniu w całości. W szczególności, w odniesieniu do pierwszej i drugiej części tego zarzutu okazuje się, że Komisja słusznie uznała, iż pośrednia presja konkurencyjna wywierana przez spółkę Apple na spółkę Google pozostaje niewystarczająca.
- 269 Ponadto należy zauważyć, że o ile na poparcie pierwszej i drugiej części zarzutu pierwszego spółka Google kwestionuje oddzielnie definicję rynków licencjonowanych systemów operacyjnych i sklepów z aplikacjami dla systemu Android i wynikającą z niej pozycję tej spółki na owych rynkach, o tyle jej argumenty wskazują również na konieczność uwzględnienia rzeczywistej konkurencji między ekosystemami.
- 270 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała bowiem, że iOS, a także App Store spółki Apple, mogą wywierać na spółkę Google do pewnego stopnia presję konkurencyjną (zob. motywy 242, 243, 322 zaskarżonej decyzji). „Ekosystem” spółki Google, charakteryzujący się relacją między system operacyjnym Android a Play Store, konkurował zatem z „ekosystem” spółki Apple, odznaczającym się stosunkiem między iOS a App Store.
- 271 W tym kontekście, zdaniem spółki Google, presja wywierana przez spółkę Apple za pomocą iOS i App Store, które nie są przedmiotem licencji, nie pozwoliły jej zachowywać się w sposób w znacznym stopniu niezależny od tego konkurenta, szczególnie na potrzeby określenia pozycji dominujących, jakie Komisja przypisała jej na światowych rynkach, z wyłączeniem Chin, licencjonowanych systemów operacyjnych i sklepów z aplikacjami dla systemu Android.
- 272 W tym względzie należy zaś wziąć pod uwagę fakt, że Apple a priori nie może wpływać na pozycję dominującą Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych. Jak bowiem wynika w szczególności z motywów 118–199 i 515 zaskarżonej decyzji, w okresie trwania naruszenia spółka Apple korzystała z porozumienia o podziale przychodów, przewidującym warunek domyślnego ustawienia Google Search w jej mobilnej przeglądarce internetowej Safari.

W wyniku tego porozumienia spółka Apple nie miała zatem motywacji do działania na tych rynkach, aby konkurować z Google Search, ponieważ korzystanie z tej wyszukiwarki przez użytkowników urządzeń funkcjonujących pod iOS było dla niej źródłem znacznych przychodów.

- 273 Chociaż porozumienie to, niewątpliwie, nie było przedmiotem postępowania, można było je jednak uwzględnić w zaskarżonej decyzji, jak to Komisja uczyniła, jako okoliczność faktyczną umożliwiającą lepszą ocenę siły gospodarczej Google i jej zdolności do zachowywania się w sposób w znacznej mierze niezależny od jej konkurentów, klientów i konsumentów.

C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego pierwszych nadużyć, wywodzonego z błędnego charakteru oceny, czy określone w UDAM warunki preinstalowania miały charakter nadużycia

- 274 W drugim zarzucie skargi, podzielonym na dwie części, spółka Google utrzymuje, że Komisja błędnie dopatrzyła się charakteru nadużycia w warunkach preinstalacji UDAM, które uzależniają uzyskanie Play Store od preinstalacji aplikacji Google Search, a uzyskanie Play Store i aplikacji Google Search od preinstalacji przeglądarki Chrome (zwane dalej „pierwszymi nadużyciami”).

1. Kontekst

- 275 Na wstępie, aby odpowiedzieć na argumenty stron, należy przedstawić, po pierwsze, przesłanki wymagane do stwierdzenia, że rozpatrywane praktyki stanowią nadużycie pozycji dominującej, po drugie, rozmaite elementy przedstawione przez Komisję w zaskarżonej decyzji w celu scharakteryzowania skutków w postaci wykluczenia, wywołanych przez te praktyki, a po trzecie, powiązania między tymi praktykami.

a) Pojęcia praktyki stanowiącej nadużycie, skutków w postaci wykluczenia oraz sprzedaży wiązanej, w szczególności w świetle wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft / Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289)

- 276 Samo zajmowanie przez przedsiębiorstwo pozycji dominującej i konkurowanie, opierając się na własnych atutach, nie jest niezgodne z prawem. Jedynie w pewnych okolicznościach, gdy na przykład, jego zachowanie wywołuje skutki w postaci wykluczenia, które nie mieści się w takiej konkurencji, zachowanie to stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE.
- 277 Artykuł 102 TFUE nie ma bowiem na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym atutom, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 133 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 278 Zatem nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja niecenowa może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej efektywnych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 134 i przytoczone tam orzecznictwo).

- 279 Tymczasem na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji niecenowej na rynku wewnętrznym (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 135 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 280 Z tego względu art. 102 TFUE zakazuje w szczególności przedsiębiorstwu zajmującemu pozycję dominującą stosowania praktyk powodujących skutki w postaci wykluczenia wobec jego konkurentów uważanych za będących równie efektywnymi jak to przedsiębiorstwo oraz wzmacniających jego dominującą pozycję przy użyciu środków innych niż konkurencja niecenowa. Z tej perspektywy, podobnie jak w przypadku konkurencji cenowej, nie każda konkurencja na podstawie innych parametrów może zatem być uznana za zgodną z prawem (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 136 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 281 Skutki w postaci wykluczenia charakteryzują sytuacje, w których skuteczny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do rynków lub jego części zostaje utrudniony lub uniemożliwiony wskutek zachowania przedsiębiorstwa dominującego, co pozwala temu ostatniemu na wywieranie negatywnego wpływu – z korzyścią dla siebie, a ze szkodą dla konsumentów – na różne parametry konkurencji, takie jak ceny, produkcja, innowacyjność, różnorodność lub jakość produktów lub usług.
- 282 Okoliczność, że zachowanie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą wywołuje skutki w postaci wykluczenia na rynkach innych niż rynki zdominowane, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu art. 102 TFUE (zob. podobnie wyrok z dnia 14 listopada 1996 r., Tetra Pak/Komisja, C-333/94 P, EU:C:1996:436, pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 283 W niniejszej sprawie rozpatrywane praktyki w ramach pierwszych nadużyć polegają na sprzedaży związanej. Jest to powszechna praktyka w obrocie handlowym, która generalnie ma na celu zaoferowanie klientom lepszych produktów lub ofert w sposób bardziej ekonomiczny. Sprzedaż związana polega na uzależnieniu przez przedsiębiorstwo dominujące sprzedaży danego produktu (produktu wiążącego) od nabycia innego produktu (produktu związanego). Może ona wywoływać skutki w postaci wykluczenia z rynku związanego, wiążącego, jak i obu naraz. W istocie bowiem, przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą na rynku jednego produktu lub większej ich liczby (zwanego rynkiem produktu wiążącego), prowadząc ową praktykę może wyrządzić szkodę konsumentom poprzez zamknięcie dostępu do rynku dla innych produktów, które są oferowane w sprzedaży związanej lub pakietowej (zwanego rynkiem produktu związanego) i pośrednio rynku produktu wiążącego.
- 284 W tym względzie w celu dokonania oceny, czy takie praktyki stanowią nadużycie, orzeczono już, że Komisja może oprzeć się na następujących elementach (wyrok z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja, T-201/04, EU:T:2007:289, pkt 869):
- po pierwsze, produkt wiążący i produkt związany są dwoma odrębnymi produktami;
 - po drugie, przedsiębiorstwo, którego sprawa dotyczy, zajmuje pozycję dominującą na rynku produktu wiążącego;
 - po trzecie, wspomniane przedsiębiorstwo nie pozostawia konsumentom swobody wyboru zakupu produktu wiążącego bez produktu związanego;

- po czwarte, rozpatrywana praktyka „ogranicza konkurencję”;
- po piąte, praktyka ta nie jest obiektywnie uzasadniona.

285 Co się tyczy w szczególności czwartej z przesłanek wymienionych w pkt 284 powyżej, dotyczącej ograniczenia konkurencji, Sąd przypomniał, po pierwsze, w pkt 867 wyroku z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), treść wcześniejszego orzecznictwa, zgodnie z którym „zachowanie będzie uważane za stanowiące nadużycie co do zasady tylko wtedy, gdy może ograniczyć konkurencję”.

286 Niemniej jednak w pkt 868 wyroku z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), Sąd wskazał również, po drugie, że w decyzji podlegającej zaskarżeniu w tej sprawie, „Komisja stwierdziła, że biorąc pod uwagę szczególne okoliczności tego przypadku, nie mogła ona poprzestać na stwierdzeniu – jak to zwykle czyni w sprawach z zakresu stanowiącej nadużycie sprzedaży związanej – że sprzedaż wiązana danego produktu i produktu dominującego prowadzi sama z siebie do wywołania skutku w postaci wykluczenia”, a w tych okolicznościach „w związku z tym [Komisja zbadała] najpierw konkretne skutki, jakie rozpatrywana sprzedaż wiązana już pociąga za sobą na [rozpatrywanym rynku], a także sposób, w jaki ten rynek powinien się rozwijać” (zob. także podobnie wyrok z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja*, T-201/04, EU:T:2007:289, pkt 1035).

287 Aby wyjaśnić, dlaczego Komisja zbadała konkretne skutki sprzedaży związanej na rozpatrywanym rynku, Sąd zauważył, że Komisja uznała w decyzji podlegającej zaskarżeniu w tej sprawie (wyrok z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja*, T-201/04, EU:T:2007:289, pkt 977), co następuje:

„Istnieją [...] okoliczności, które uzasadniają, jeśli chodzi o sprzedaż wiążaną odtwarzacza [Windows Media Player], bardziej uważną analizę wpływu, jaki praktyka ta ma na konkurencję. Podczas gdy w klasycznych przypadkach sprzedaży wiązanych Komisja i sąd [Unii] uznali, że sprzedaż wiązana produktu odrębnego i produktu dominującego stanowi przesłankę zaistnienia skutku w postaci wykluczenia, jaki wywiera ta praktyka w odniesieniu do konkurencyjnych sprzedawców, [należy stwierdzić,] że w niniejszym przypadku użytkownicy mogą się zaopatrzyć – co zresztą w pewnym stopniu czynią – w konkurencyjne odtwarzacze multimedialne przez Internet, i to czasami nieodpłatnie. Istnieją zatem słuszne względy przemawiające za nieprzyjmowaniem, bez dodatkowej analizy, że sprzedaż wiązana Windows Media Playera stanowi postępowanie o charakterze mogącym ograniczyć konkurencję”.

288 W konsekwencji w pkt 869 wyroku z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), Sąd uznał, że kwestię rozpatrywanej sprzedaży związanej należy oceniać w świetle przesłanek określonych w decyzji podlegającej zaskarżeniu w rzeczonyj sprawie (powtórzonych w pkt 842 i 843 wskazanego wyroku), włącznie z przesłanką, że rozpatrywana praktyka „ogranicza konkurencję”.

289 W niniejszym przypadku w zaskarżonej decyzji Komisja powołuje się na wyrok z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), celem przedstawienia przesłanek wymaganych do odpowiedniego zakwalifikowania pierwszych nadużyć (motywy 741, 742 zaskarżonej decyzji).

290 W szczególności, w odniesieniu do czwartej przesłanki wymienionej w pkt 284 powyżej, Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, że zgodnie z orzecznictwem sprzed wydania wyroku z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), wykazanie skutków

antykonkurencyjnych nie było wymagane w „klasycznych przypadkach” sprzedaży wiązanej, lecz następnie podniosła w istocie, że czwarta przesłanka wymagana do stwierdzenia sprzedaży wiązanej jest co do zasady spełniona, gdy rozpatrywana praktyka „może [lub jest w stanie] ograniczyć konkurencję” (zob. motyw 749 i przypis 813, który odwołuje się do wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja, T-201/04, EU:T:2007:289, pkt 867).

- 291 W tym względzie, jak zostanie następnie zbadane, w niniejszej sprawie okazuje się, że przy okazji zastosowania kryterium określonego jako „możliwość ograniczenia konkurencji”, sformułowanego w drodze odesłania do pkt 867 wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289), Komisja zadbała również o przedstawienie w sposób konkretny w zaskarżonej decyzji różnych elementów, które jej zdaniem pozwalają wykazać rzeczywisty charakter domniemanych skutków w postaci wykluczenia, zgodnie z pkt 868 tego wyroku.
- 292 Jak bowiem podniosła spółka Google w niniejszej sprawie, użytkownikom łatwo jest zaopatrywać się w aplikacje do wyszukiwania ogólnego lub do nawigacji, które są konkurencyjne wobec aplikacji będących przedmiotem sprzedaży wiązanej. Fakt ten potwierdzają wszystkie zainteresowane strony, przy czym spór nie dotyczy jednak możliwości łatwego pobrania przez użytkowników takich aplikacji, lecz motywacji, jaka miałyby ich do tego skłaniać (zob. motyw 917 zaskarżonej decyzji).
- 293 W tych okolicznościach, jak przedstawił to Sąd, a strony potwierdziły podczas rozprawy, z zaskarżonej decyzji faktycznie wynika, że Komisja starała się zakwalifikować ograniczenie konkurencji nie tylko jako „potencjalne” lub „ewentualne”, ale także w odniesieniu do niektórych z jego aspektów jako „rzeczywiste” lub „konkretne”. Zdaniem Komisji, od 2011 r. lub od sierpnia 2012 r. do lipca 2018 r. rozpatrywane praktyki wywołały opisane w zaskarżonej decyzji skutki w postaci wykluczenia, które okazały się szkodliwe dla konkurencji niecenowej.
- 294 Tytułem przykładu Komisja stwierdza zatem, że skutkiem tych praktyk było między innymi „utrudnienie” przesyłania poleceń wyszukiwania do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych, a także uzyskiwania przychodów i informacji koniecznych do polepszenia ich usług (motyw 859 zaskarżonej decyzji), a praktyki te „zwiększyły bariery utrudniające wejście”, chroniąc spółkę Google przed konkurencją ze strony innych wyszukiwarek internetowych (motyw 861 zaskarżonej decyzji), a także „zmniejszyły motywację” do wprowadzania innowacji przez konkurentów oferujących wyszukiwarki internetowe wyspecjalizowane w konkretnym języku lub przeznaczone dla określonej grupy użytkowników (zob. motywy 862 i 1213 zaskarżonej decyzji, przy czym w tym ostatnim podano przykłady Seznamu, DuckDuckGO, Qwanta i „touch to search” oferowanego przez Kikin).
- 295 Komisja zatem w niniejszej sprawie, podobnie jak w decyzji, w przedmiocie której wydano wyrok z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289), (zob. pkt 286 powyżej) słusznie uznała, że aby można było dojść do wniosku, iż rozpatrywana sprzedaż wiązana była szkodliwa dla konkurencji, wymagane było uważne zbadanie konkretnych skutków lub dodatkowa analiza, zgodnie z terminologią używaną w tym względzie w przeszłości. Takie badanie pozwala, po pierwsze, obniżyć ryzyko ukarania zachowania, które nie jest rzeczywiście szkodliwe dla konkurencji niecenowej, a po drugie, doprecyzować wagę rozpatrywanego zachowania, ułatwiając w ten sposób określenie właściwego poziomu ewentualnej sankcji.

- 296 Tak więc ze względu na to, że rozpatrywane praktyki trwały przez długi czas i zgodnie z zaskarżoną decyzją wywierały konkretne, zauważalne skutki na właściwych rynkach, potrzeba bardziej ogólnego zdefiniowania pojęcia „ograniczenia konkurencji” w ramach tytułu „możliwości ograniczenia konkurencji” jest mniej istotna niż w innych okolicznościach.
- 297 Nie chodzi tu Komisji o przeprowadzenie analizy prospektywnej, opierającej się na skutkach, które zaszyby przy uwzględnieniu hipotez niepodlegających jeszcze weryfikacji w praktyce, jak mogłoby to mieć miejsce w innych okolicznościach [zob. na przykład wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., *Generics (UK) i in.*, C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 145].
- 298 Ponadto w przypadku zachowań realizowanych przez wiele lat Komisja może stwierdzić ograniczenie konkurencji, uznając, że praktyki te wyeliminowały lub zatamowały źródła konkurencji, które w ich braku by się pojawiły lub rozwinęły. Nie podlega zatem dyskusji, że rzeczywiste i konkretne skutki rozpatrywanych praktyk, które wystąpiły w przeszłości, ocenia się zarówno w świetle aktualnej konkurencji, z jaką ma do czynienia przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, jak i w świetle konkurencji potencjalnej, która z powodu praktyk polegających na wykluczeniu nie mogła zaistnieć.
- 299 W konsekwencji różnica między „ograniczeniem konkurencji” a „zdolnością do ograniczenia konkurencji” nie ma wpływu na wykazanie tego elementu, w przypadku gdy – tak jak w niniejszej sprawie – Komisja stwierdziła istnienie ograniczenia konkurencji ze względu na skutki realizowania rozpatrywanych praktyk w istotnym okresie czasu, przy czym skutki te są zauważalne i pozwalają Komisji na określenie charakteru i zasięgu antykonkurencyjnego wykluczenia, jakie one wywołują, a Sądowi na skontrolowanie tych ocen.

b) Zaskarżona decyzja

- 300 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że pierwsze nadużycia polegały na dwóch przypadkach sprzedaży związanej, które znalazły wyraz w warunkach preinstalowania UDAM, którą musieli zaakceptować producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych zamierzający sprzedawać urządzenia z pakietem GMS:
- poprzez pierwszą sprzedaż związaną, łączącą aplikację Google Search z Play Store, spółka Google nadużyła swojej pozycji dominującej na światowym rynku (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji (motywy 752, 1009 zaskarżonej decyzji);
 - w drodze drugiej sprzedaży związanej, która łączyła przeglądarkę Chrome z aplikacją Google Search i Play Store, spółka Google nadużyła pozycji dominującej na rynku światowym (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android i na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych w EOG od dnia 1 sierpnia 2012 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji (motywy 753, 1010 zaskarżonej decyzji).
- 301 Dokonana przez Komisję w zaskarżonej decyzji ocena trzech pierwszych przesłanek wymienionych w wyroku z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja* (T-201/04, EU:T:2007:289), nie została przez spółkę Google, jako taka, zakwestionowana. Argumenty podniesione w ramach niniejszego zarzutu odnoszą się raczej do elementów przedstawionych w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do czwartego i piątego z kryteriów tego wyroku, dotyczących, odpowiednio, ograniczenia konkurencji i obiektywnych uzasadnień zaproponowanych w tym względzie przez spółkę Google.

1) *W przedmiocie trzech pierwszych przestąnek wymienionych w wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289)*

302 W odniesieniu do pakietu Google Search/Play Store Komisja uważa, po pierwsze, że są to produkty odrębne (motywy 756–762 zaskarżonej decyzji), po drugie, spółka Google zajmuje pozycję dominującą na rynku światowym (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android (motywy 763 zaskarżonej decyzji), a po trzecie, produktów Google Search i Play Store nie można było otrzymać oddzielnie (motywy 764–772 zaskarżonej decyzji).

303 Jeśli chodzi o pakiet Chrome-Play Store i Google Search, Komisja kwalifikuje Chrome jako produkt odrębny od Play Store i od aplikacji Google Search (motywy 879–885 zaskarżonej decyzji). Komisja przypomina również, że Google zajmuje pozycję dominującą na światowym rynku (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android i na rynkach krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych w obrębie EOG (motywy 886 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi również, że produktu Play Store i aplikacji Google Search nie można uzyskać bez Chrome, przytaczając argumenty podniesione w odniesieniu do pierwszego pakietu (motywy 887–895 zaskarżonej decyzji).

2) *W przedmiocie przestępki dotyczącej „ograniczenia konkurencji”*

i) Pakiet Google Search/Play Store

304 Odnosnie do przestępki dotyczącej „ograniczenia konkurencji” (tytuł pkt 11.3.4. zaskarżonej decyzji) Komisja uważa, że pakiet Google Search/Play Store może ograniczać konkurencję z następujących powodów (motywy 773 zaskarżonej decyzji):

- po pierwsze, oferuje on Google znaczną przewagę konkurencyjną, której podmioty oferujące konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie mogą zrównoważyć;
- po drugie, pozwala on Google utrzymać i wzmocnić swoją pozycję dominującą na każdym krajowym rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych dzięki zwiększeniu barier utrudniających wejście na rynek i zniechęcaniu do innowacji, co prowadzi do bezpośredniej lub pośredniej szkody dla konsumentów.

305 W pierwszej kolejności, w celu dokonania kwalifikacji znacznej przewagi konkurencyjnej, którą spółka Google czerpie z pakietu Google Search/Play Store ze szkodą dla innych dostawców ogólnych wyszukiwarek internetowych, Komisja podnosi pięć następujących argumentów (motywy 775 zaskarżonej decyzji):

- liczba wyszukiwań ogólnych przeprowadzonych za pomocą inteligentnych urządzeń mobilnych znacznie wzrosła w okresie trwania naruszenia, przekraczając w szczególności od 2015 r. liczbę wyszukiwań ogólnych przeprowadzonych za pośrednictwem komputerów osobistych (motywy 777 zaskarżonej decyzji);
- preinstalacja jest ważnym kanałem dystrybucji ogólnych wyszukiwarek internetowych na inteligentnych urządzeniach mobilnych, ponieważ umożliwia znaczne zwiększenie w trwały sposób korzystania z usługi oferowanej przez aplikację – użytkownik ma bowiem większą skłonność do sięgnięcia po produkt preinstalowany lub ustawiony domyślnie niż do pobrania produktu alternatywnego („efekt status quo”), a pakiet Google Search/Play Store daje spółce

Google pewność, że dystrybucja aplikacji Google Search jest tak szeroka jak liczba urządzeń Google Android (motywy 778–800 zaskarżonej decyzji);

- odinstalowanie aplikacji Google Search w pakiecie GMS nie jest możliwe (motywy 801–803 zaskarżonej decyzji);
- konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie mogą zrównoważyć przewagi konkurencyjnej zapewnianej przez pakiet Google Search/Play Store, czy to poprzez pobieranie, porozumienia z dostawcami wyszukiwarek czy też porozumienia w sprawie preinstalowania (motywy 804–834 zaskarżonej decyzji);
- zmiana udziałów w rynku spółki Google w odniesieniu do poleceń wyszukiwania ogólnego potwierdza powyższe ustalenia (motywy 835–851 zaskarżonej decyzji).

306 W drugiej kolejności, w celu wykazania rzeczywistego i szkodliwego charakteru skutków w postaci wykluczenia Komisja przeprowadza następujący dowód. Aby potwierdzić, że pakiet Google Search/Play Store „pomaga spółce Google utrzymać i wzmocnić jej pozycję dominującą na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, wzmacnia bariery utrudniające wejście, zniechęca do innowacji i wykazuje tendencję do szkodenia konsumentom”, Komisja przedstawia szereg argumentów:

- zachowanie spółki Google „utrudnia” konkurentom Google działającym na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych otrzymywanie poleceń wyszukiwania oraz związanych z nimi przychodów i informacji w celu udoskonalania ich usług (motywy 859, 860 zaskarżonej decyzji);
- zachowanie spółki Google „zwiększa” bariery utrudniające wejście na rynek i chroni w ten sposób spółkę Google przed konkurencją ze strony ogólnych wyszukiwarek internetowych, które mogłyby podważyć jej pozycję dominującą na właściwych rynkach krajowych – konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe muszą bowiem wyzbywać się swoich zasobów w celu równoważenia przewagi wynikającej z preinstalacji, która chroni również spółkę Google przed najbardziej skuteczną konkurencją, związaną z preinstalacją na zasadzie wyłączności (motyw 861 zaskarżonej decyzji);
- zachowanie spółki Google „zmniejsza” motywację konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych do inwestowania i innowacji, ponieważ utrudnia uzyskiwanie poleceń wyszukiwania oraz przychodów i informacji niezbędnych do udoskonalani odnośnych usług (motyw 862 zaskarżonej decyzji);
- w następstwie tych zakłóceń w normalnym procesie konkurencyjnym zachowanie spółki Google „może [również] szkodzić”, bezpośrednio lub pośrednio, konsumentom, którzy mogą mieć mniejszy wybór dostępnych ogólnych wyszukiwarek internetowych (motyw 863 zaskarżonej decyzji).

307 W odpowiedzi na argumenty spółki Google zmierzające do umniejszenia wpływu pierwszego pakietu Google Search/Play Store ze względu na to, że urządzenia Android odpowiadają jedynie za [10%–20%] do [20%–30%] wszystkich wyszukiwań przeprowadzonych w Google Search w latach 2013–2015, Komisja podnosi, że wyniki te są od dwóch do pięciu razy wyższe od liczby wyszukiwań notowanych przez wszystkie wyszukiwarki konkurencyjne. Co się tyczy argumentu, zgodnie z którym praktyka ta pokrywa się z okresem podniesienia jakości ogólnej wyszukiwarki internetowej, nie wystarcza on do wykazania braku wpływu na konkurencję (motywy 864–866

zaskarżonej decyzji). Ponadto Komisja twierdzi, że nie musi udowodniać, iż konkurencja byłaby silniejsza w przypadku braku pakietu Google Search/Play Store, lecz jedynie to, że pakiet ów mógł mogła ograniczać konkurencję, co rzeczywiście miało miejsce (motywy 867–876 zaskarżonej decyzji).

ii) Pakiet Chrome/Play Store i Google Search

308 Podobnie odnośnie do „ograniczenia konkurencji” (tytuł pkt 11.4.4. zaskarżonej decyzji) Komisja uważa, że pakiet Chrome/Play Store i Google Search może ograniczać konkurencję z następujących powodów (motywy 896 zaskarżonej decyzji):

- po pierwsze, daje on spółce Google znaczną przewagę konkurencyjną, której inne mobilne przeglądarki internetowe niespecyficzne dla danego systemu operacyjnego nie mogą zrównoważyć;
- po drugie, umożliwia on spółce Google zniechęcanie do innowacji i wykazuje tendencję do szkodenia konsumentom, czy to bezpośrednio, czy pośrednio.

309 W pierwszej kolejności, ze względu na znaczną przewagę konkurencyjną, którą konkurencyjne mobilne przeglądarki internetowe niespecyficzne dla danego systemu operacyjnego nie mogą zrównoważyć, Komisja podnosi, co następuje:

- preinstalacja jest ważnym kanałem dystrybucji wyszukiwarek dla inteligentnych urządzeń mobilnych – wynika to, w szczególności, z porównania między przychodami generowanymi na Google Android z przeglądarki preinstalowanej Chrome i z innych przeglądarek niepreinstalowanych lub pomiędzy przychodami generowanymi z wyszukiwań przeprowadzanych za pośrednictwem przeglądarki pod systemem operacyjnym iOS i pod systemem operacyjnym Android (motywy 900–912 zaskarżonej decyzji);
- Google Chrome nie można odinstalować z urządzeń GMS (motywy 913–915 zaskarżonej decyzji);
- konkurencyjne mobilne przeglądarki internetowe niespecyficzne dla danego systemu operacyjnego nie mogą zrównoważyć przewagi konkurencyjnej zapewnianej przez pakiet Chrome/Play Store i Google Search, czy to za pomocą pobierania, czy też w drodze porozumień w sprawie preinstalowania (motywy 916–946 zaskarżonej decyzji);
- zmiana udziałów rynkowych w czasie potwierdza te ustalenia (motywy 947–963 zaskarżonej decyzji).

310 Komisja uważa również, że konkurencyjne przedsiębiorstwa nie mają możliwości zrównoważenia przewagi zapewnianej przez pakiet Chrome/Play Store i Google Search za pomocą porozumień w sprawie preinstalowania z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych (motywy 964–982 zaskarżonej decyzji).

311 W drugiej kolejności, w celu wykazania rzeczywistego i szkodliwego charakteru skutków w postaci wykluczenia Komisja przeprowadza następujący dowód. Aby potwierdzić, że pakiet Chrome/Play Store i Google Search „pomaga spółce Google utrzymać i wzmocnić jej pozycję dominującą na

każdym krajowym rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych, zniechęca do innowacji i wykazuje tendencję do szkodenia konsumentom, czy to bezpośrednio, czy pośrednio”, Komisja przedstawia następujące argumenty:

- zachowanie spółki Google „zniechęca” do innowacji w dziedzinie przeglądarek internetowych, uniemożliwiając rozwój nowatorskich mobilnych przeglądarek internetowych niespecyficznych dla danego systemu operacyjnego (motyw 970 zaskarżonej decyzji);
- w wyniku zakłócenia przez spółkę Google normalnego procesu konkurencyjnego, zachowanie to „może [również] szkodzić”, bezpośrednio lub pośrednio, konsumentom, którzy mogą mieć mniejszy wybór mobilnych przeglądarek internetowych (motyw 971 zaskarżonej decyzji);
- zachowanie spółki Google „pomaga [jej] w zachowaniu i wzmocnieniu” pozycji dominującej na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych oraz jej przychodów z reklamy związanej z wyszukiwaniami – zachowanie to „uniemożliwia” zatem innym ogólnym wyszukiwarkom internetowym otrzymywanie poleceń wyszukiwania i wzrost przychodów oraz ilości informacji koniecznych do udoskonalania tych usług (motywy 972–977 zaskarżonej decyzji).

312 Na ocenę tę nie ma wpływu argument, zgodnie z którym zachowanie spółki Google zbiega się z udoskonaleniem Chrome, które umożliwia użytkownikom zmianę określonej domyślnie ogólnej wyszukiwarki internetowej, ani argument, zgodnie z którym producenci oryginalnych urządzeń mają swobodę w instalowaniu innych przeglądarek (motyw 978 zaskarżonej decyzji). Komisja podnosi również, że prawdziwość różnych argumentów spółki Google dotyczących konieczności analizowania praktyki w jej kontekście nie została wykazana (motywy 983–992 zaskarżonej decyzji).

3) W przedmiocie przesłanki dotyczącej braku obiektywnego uzasadnienia

313 Komisja oddala również argumenty o obiektywnym uzasadnieniu, na które powołuje się spółka Google. Stwierdza przede wszystkim, że spółka Google nie wykazała, iż jej praktyki stanowiły niezbędny zwrot z inwestycji w Androida i jego aplikacje, które nie generują przychodów. Mając na uwadze przychody Google, istniały też inne rozwiązania. Spółka Google nie wykazała również, że nie ma własnego interesu w rozwoju Androida w celu przeciwdziałania ryzyku, jakie mobilność rodziła dla jej modelu biznesowego. Po drugie, spółka Google nie wykazała, że jej praktyki były konieczne, aby zapewnić użytkownikom odpowiednią jakość interakcji z urządzeniem, na którą się powołuje. Wreszcie dowód konieczności uniknięcia przez spółkę Google zapłaty na rzecz producentów oryginalnych urządzeń kosztów związanych z Play Store jest niewystarczający, biorąc pod uwagę przychody wynikające z wartości Play Store (motywy 993–1008 zaskarżonej decyzji).

c) Komplementarność pierwszych nadużyć

314 O ile rzeczywiście możliwe jest rozróżnienie dwóch pakietów produktów zależnie od objętych nimi aplikacji, jak czyni to Komisja, o tyle należy również uwzględnić fakt, że pakiety te są do siebie podobne w dwóch aspektach, na temat których stronom zadano pytania na rozprawie, a zatem pakiety te wykazują pewną komplementarność.

- 315 W celu dokonania oceny, czy praktyki rozpatrywane w ramach pierwszych naruszeń mają charakter nadużycia, w celu uwzględniania ewolucji UDAM należy bowiem również zauważyć, że zgodnie z tą umową początkowo wśród aplikacji należących do pakietu GMS nie było przeglądarki Chrome, lecz w pewnym momencie pakiet Chrome/Play Store i Google Search upodobnił się do pakietu Google Search/Play Store (motyw 1010 zaskarżonej decyzji).
- 316 Podobnie należy wskazać, że zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku celem obu pakietów wskazanych przez Komisję było umożliwienie spółce Google dotarcia do użytkowników, tak aby przeprowadzali oni swe wyszukiwania ogólne za pośrednictwem Google Search, czy to w postaci aplikacji do wyszukiwania ogólnego, czy też w postaci wyszukiwarki ustawionej w przeglądarce Chrome.

2. W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej „ograniczenia konkurencji”

- 317 Na poparcie części pierwszej zarzutu drugiego spółka Google podnosi, że Komisja nie wykazała w zaskarżonej decyzji, iż określone w UDAM warunki preinstalacji wykluczały konkurencję.
- 318 Biorąc pod uwagę możliwości oferowane konkurentom i użytkownikom, warunki te miały na konkurencję wpływ jedynie ograniczony. UDAM wymaga jedynie, aby na urządzeniach, na których producenci oryginalnych urządzeń zamierzają zainstalować pakiet GMS, ekran główny wyświetlał ikony Play Store, katalogu aplikacji i Google Search. Takie promocyjne umiejscowienie nie uniemożliwia producentom oryginalnych urządzeń preinstalowania konkurencyjnych usług poprzez umieszczenie innych ikon na ekranie głównym z równą lub nawet większą widocznością. Producenci oryginalnych urządzeń mają również swobodę definiowania owych konkurencyjnych usług jako ustawień domyślnych, co daje im większe możliwości promocyjne niż wymagane przez UDAM dla aplikacji Google. Ponadto UDAM nie uniemożliwia użytkownikom pobierania konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych lub przeglądarek, a także mogą oni mieć dostęp do wyszukiwarek internetowych bezpośrednio poprzez przeglądarkę. Jediną czynnością, jakiej producentom oryginalnych urządzeń nie wolno było wykonać na ramach UDAM, było preinstalowanie wyłącznie konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych i przeglądarek. Mogli oni nadal sprzedawać urządzenia Android bez żadnej aplikacji Google i preinstalować na tych urządzeniach wyłącznie konkurencyjne wyszukiwarki i przeglądarki internetowe.
- 319 Na poparcie swojej argumentacji spółki Google podnosi pięć zastrzeżeń wobec zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi, po pierwsze, nie wykazano w niej, że warunki preinstalowania tworzą „efekt status quo”; po drugie, zaskarżona decyzja pomija fakt, że UDAM pozostawiała producentom oryginalnych urządzeń swobodę w zakresie preinstalowania produktów konkurencyjnych i definiowania ich jako usługi domyślnej; po trzecie, pomija się w niej również fakt, że konkurenci dysponowali innymi skutecznymi środkami dotarcia do użytkowników; po czwarte, zaskarżona decyzja nie zdołała wykazać, że udziały w ogólnej liczbie przypadków użycia wyszukiwarki internetowej i przeglądarki Google można przypisać spornym warunkom preinstalacji; a po piąte, nie uwzględniono w niej prawidłowo pełnego kontekstu gospodarczego i prawnego, który pozwoliłby dojść do wniosku, że warunki preinstalacji zapewniały konkurentom nowe możliwości, a nie ich pozbawiały.

a) Preinstalacja i „efekt status quo”

320 W ramach zastrzeżenia pierwszego spółka Google kwestionuje rozumowanie przedstawione przez Komisję w celu wykazania istnienia znacznej przewagi konkurencyjnej, która miała wynikać z warunków preinstalowania określonych w UDAM.

1) Zaskarżona decyzja

321 Biorąc pod uwagę różne elementy, które potwierdzają wagę preinstalowania lub podobnych technik dla dystrybucji ogólnych wyszukiwarek internetowych i przeglądarek na inteligentnych urządzeniach mobilnych, Komisja uznała, że preinstalacja wywołuje „efekt status quo” („status quo bias”, zgodnie z wyrażeniem użytym przez przedsiębiorstwo branżowe), ponieważ użytkownicy mają tendencję do używania tego, co im zaproponowano, (zob. w szczególności motywy 781–782 zaskarżonej decyzji), dzięki czemu preinstalacja pozwala na znaczne i trwałe zwiększenie wykorzystania świadczonej usługi (motywy 779, 900 zaskarżonej decyzji).

322 Udowodniwszy ową korzyść, Komisja uznała, że konkurenci Google nie mogą jej zrównoważyć, czy to:

- za pomocą porozumień w sprawie preinstalowania z producentami oryginalnych urządzeń lub operatorami sieci mobilnych (motywy 823–834 i 932–946 zaskarżonej decyzji);
- czy poprzez pobieranie aplikacji konkurencyjnych (motywy 805–816 i 917–931 zaskarżonej decyzji);
- czy wreszcie w drodze porozumień z konkurencyjnymi dostawcami przeglądarek (motywy 817–822 zaskarżonej decyzji).

2) Streszczenie argumentów stron

323 Spółka Google podnosi, że warunki preinstalowania określone w UDAM nie były oparte na zasadzie wyłączności, nie tworzyły „efektu status quo” i w związku z tym nie wykluczały konkurencji. Przeciwny wniosek został oparty w istocie na dowodach, których istotność spółka Google kwestionuje, ponieważ odnoszą się one bardziej do ustawień domyślnych, przywołanych wcześniej w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, niż do preinstalacji, którą w zaskarżonej decyzji ostatecznie przyjęto.

324 W tym względzie spółka Google kwestionuje następujące dowody:

- po pierwsze, wykorzystanie oświadczeń pochodzących od niej i od osób trzecich (HP, Nokia, Amazon, Mozilla), analizy Yandex i porozumienia Microsoft/Verizon;
- po drugie, badanie FairSearch, dane dostarczone przez Microsoft, w szczególności w świetle danych Netmarketshare, i porównanie przychodów z urządzeń Android i iOS;
- po trzecie, porównanie przychodów generowanych przez Safari na iOS z przychodami z Chrome oraz sondaż Opery.

325 Komisja utrzymuje, że materiał dowodowy przywołany w zaskarżonej decyzji nie dotyczy jedynie ustawień domyślnych ani uprzywilejowanego umieszczenia. Ponadto okoliczność, że techniki te wywołują „efekt status quo”, w niczym nie zmienia faktu, że preinstalacja również rodzi taką tendencję. W niniejszej sprawie spółka Google opiera się na ścisłej definicji wyrażenia „domyślnie”, ograniczonej do domyślnego ustawienia parametrów danej usługi w określonej aplikacji. Tymczasem, podobnie jak inne podmioty działające w sektorze, spółka Google używa również tych wyrażen w szerszym znaczeniu preinstalowania lub „wstępnego załadowania” aplikacji na urządzenia przez producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych, a zatem konfiguracji urządzenia na etapie fabrycznym. Po umieszczeniu ich w odpowiednim kontekście krytykowane elementy dotyczą właśnie „efektu status quo” zrodzonego przez preinstalację.

3) Ocena Sądu

i) Uwagi wstępne

326 Przed zbadaniem zasadności argumentów spółki Google należy przedstawić dwie wstępne uwagi dotyczące, po pierwsze, braku praktycznego znaczenia zaproponowanego rozróżnienia pomiędzy „preinstalacją” i „ustawieniem domyślnym”, a po drugie, ilościowej wagi warunków preinstalacji.

– Brak praktycznego znaczenia zaproponowanego rozróżnienia

327 Spółka Google zarzuca w istocie Komisji przywołanie w zaskarżonej decyzji „efektu status quo” mającego zastosowanie do warunków preinstalowania określonych w UDAM, przy czym Komisja miała w tym względzie wziąć pod uwagę dowody dotyczące raczej ustawień domyślnych.

328 W szczególności, spółka Google krytykuje brak rozróżnienia lub wyważenia pomiędzy zagadnieniami związanymi z preinstalacją a kwestiami związanymi z ustawieniami domyślnymi.

329 Podejście to opiera się na założeniu, że takie rozróżnienie lub wyważenie łatwo jest przeprowadzić. W myśl tego założenia możliwe i właściwe jest zatem odróżnienie skutków preinstalacji od skutków ustawienia domyślnego w ogromnej liczbie odniesień do tych pojęć poczynionych w różnego rodzaju dokumentach wymienionych w zaskarżonej decyzji.

330 Jednakże na wstępie okazuje się, że rozróżnienia tego wcale nie jest łatwo dokonać. Tak więc z niektórych dokumentów przytoczonych w zaskarżonej decyzji wynika, że sama spółka Google niekiedy używa słowa „domyślnie” nie w celu oznaczenia w sposób ścisły domyślnego ustawienia parametrów danej usługi w określonej aplikacji, lecz celem szerszego odesłania do preinstalacji lub „wstępnego załadowania” aplikacji na etapie konfiguracji urządzeń przed ich wprowadzeniem do sprzedaży (zob. motyw 787 pkt 2 i 3 zaskarżonej decyzji, w których opisywane są wewnętrzne wiadomości przesłane pocztą elektroniczną przez jednego z kierowników w spółce Google). Takiego mylenia pojęć ustawień domyślnych i preinstalacji, które są również związane z trzecią techniką wykorzystywaną w celu skłonienia użytkowników do korzystania z danej usługi, a mianowicie z uprzywilejowanym umieszczeniem (premium placement), dokonują również inne podmioty gospodarcze działające w tym sektorze (zob. w szczególności motywy 781 i 782 zaskarżonej decyzji, które odnoszą się do oświadczeń HP i Nokii).

- 331 Ponadto, jak wyjaśniono na rozprawie, bezsporne jest, że preinstalacja aplikacji sama w sobie daje przewagę nad aplikacjami konkurencyjnymi. Z całą pewnością lepiej jest, gdy aplikacja jest dostępna na urządzeniu od chwili jego pierwszego włączenia, niż to, że w ogóle nie jest na nim obecna. Ogólnie rzecz biorąc, Google przyznaje w tym względzie, że, podobnie jak każda inna forma promocji, preinstalacja zwiększa prawdopodobieństwo, iż użytkownicy będą chcieli wypróbować aplikację, która jest w ten sposób promowana. Preinstalacja posiada zatem dla spółki Google, jak i dla innych podmiotów działających w tym sektorze, co najmniej wartość promocyjną. Spółka Google zaakceptowała na rozprawie ten punkt widzenia, przedstawiony w zaskarżonej decyzji z uwzględnieniem fragmentów odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów (motyw 780 zaskarżonej decyzji).
- 332 W niniejszej sprawie należy również zauważyć, że możliwości promocyjne oferowane w warunkach preinstalacji określonych w UDAM obejmowały nie tylko postanowienia dotyczące preinstalacji aplikacji Google Search i przeglądarki Chrome, lecz również postanowienia dotyczące uprzywilejowanego umieszczenia i ustawień domyślnych. Jak przyznała spółka Google podczas rozprawy, w warunkach preinstalowania rzeczywiście występował element dotyczący uprzywilejowanego umieszczenia. Nie chodzi zatem w żadnym razie o samą tylko preinstalację.
- 333 W tym właśnie kontekście należy zbadać podejście przyjęte w zaskarżonej decyzji. Zgodnie z tym podejściem Komisja uważa, że biorąc pod uwagę skutki preinstalowania, ustawień domyślnych lub uprzywilejowanego umieszczenia, czy też połączenia tych technik (motywy 779, 781, 782 zaskarżonej decyzji), warunki preinstalacji określone w UDAM zapewniają przewagę konkurencyjną (zob. motyw 785 zaskarżonej decyzji).
- 334 Zakładając, że tak jest, dowody kwestionowane przez spółkę Google w ramach pierwszej części zarzutu można by przywołać w celu wykazania istnienia ogólnej tendencji do utrwalenia tej sytuacji, niezależnie od tego, czy odnoszą się one ściśle do ustawień domyślnych, czy preinstalacji, czy nawet uprzywilejowanego umieszczenia. Zgodnie bowiem z podejściem przyjętym w zaskarżonej decyzji, to, co można wywnioskować w przypadku preinstalacji, ma również zastosowanie *mutatis mutandis* i a fortiori do ustawień domyślnych. Podobnie, nawet jeśli wskazano jedynie ustawienie domyślne, nie wyklucza to możliwości wystąpienia analogicznego skutku w przypadku preinstalowania, zwłaszcza jeśli jest ono połączone z uprzywilejowanym umieszczeniem lub ustawieniem domyślnym.
- 335 W konsekwencji, w celu wykazania istnienia „efektu status quo” nie należy od razu dokonywać precyzyjnego rozróżnienia, jak życzy sobie spółka Google, skutków ustawień domyślnych od skutków preinstalacji, zważywszy, że – jak sugeruje zaskarżona decyzja – skutki te są w różnych przypadkach zbliżone.
- *Ilościowa waga warunków preinstalacji*
- 336 Ponadto należy podkreślić, że preinstalacja aplikacji Google Search i przeglądarki Chrome, wzmocniona w przypadku pierwszej z nich uprzywilejowanym umieszczeniem, a w przypadku drugiej ustawieniem domyślnym aplikacji Google Search, ma istotne konsekwencje pod względem ilościowym.

337 Ze względu bowiem na warunki preinstalowania określone w UDAM, liczba inteligentnych urządzeń mobilnych, na których były preinstalowane aplikacja Google Search i przeglądarka Chrome, jest duża. W tym względzie z zaskarżonej decyzji wynika, że:

- w 2016 r. na 260 mln telefonów inteligentnych sprzedanych w Europie 197 mln, czyli 76%, było urządzeniami Google Android, przy czym spółka Google nie kwestionuje zawartego w zaskarżonej decyzji stwierdzenia, zgodnie z którym aplikacja Google Search i przeglądarka Chrome były preinstalowane na prawie wszystkich tych urządzeniach (motyw 783 zaskarżonej decyzji);
- podobnie w 2016 r. na 1,65 mld inteligentnych urządzeń mobilnych sprzedanych na świecie 1,33 mld, czyli 81%, było urządzeniami Google Android, z czego 918 mln, czyli 56%, a zatem prawie wszystkie urządzenia Google Android sprzedane poza Chinami, miały preinstalowaną aplikację Google Search i przeglądarkę Chrome (motywy 784, 901 zaskarżonej decyzji).

338 Dla porównania, Bing został zdefiniowany jako domyślna ogólna wyszukiwarka internetowa jedynie na 21 mln inteligentnych urządzeń mobilnych sprzedanych na świecie w 2016 r., a Samsung zainstalował swoją przeglądarkę Samsung Internet, która zresztą była domyślnie ustawiona na Google Search, jedynie na 336 mln tych urządzeń (motywy 784, 901 zaskarżonej decyzji).

339 W takim oto kontekście należy zbadać argumenty spółki Google, które dotyczą, po pierwsze, niektórych oświadczeń i informacji przytoczonych w zaskarżonej decyzji, po drugie, pewnych porównań, których w niej dokonano, a po trzecie, bardziej szczegółowo, określonych dowodów dotyczących Chrome.

ii) W przedmiocie niektórych oświadczeń i informacji przytoczonych w zaskarżonej decyzji

340 W pierwszej kolejności spółka Google utrzymuje, że dowody przytoczone w zaskarżonej decyzji dotyczą raczej ustawień domyślnych niż preinstalacji (dowody dotyczące jej samej, HP, Nokii, Amazona i Mozilli), nie rozróżniają preinstalowania od ustawień domyślnych (analiza Yandexu) lub świadczą o pomyleniu przez Komisję korzyści płynących z ustawień domyślnych i z preinstalacji (porozumienie w sprawie preinstalowania pomiędzy Microsoftem i Verizonem). Usługa ustawiona domyślnie jest uruchamiana bez potrzeby dokonywania przez użytkownika wyboru, podczas gdy aplikację preinstalowaną, która nie jest ustawiona domyślnie, użytkownik musi wybrać. Niewyłącznej preinstalacji aplikacji nieustawionej jako domyślna, przewidzianej przez UDAM, nie można zatem uznać za podobną do ustawienia domyślnego.

– Dowody pochodzące od spółki Google

341 Co się tyczy argumentów dotyczących dowodów pochodzących od spółki Google, w odniesieniu do pierwszego pakietu należy wskazać, co następuje.

342 Po pierwsze, w wewnętrznej wiadomości elektronicznej z dnia 14 listopada 2008 r. członek kierownictwa spółki Google wskazuje na zaniepokojenie „ogólną wyszukiwarką internetową Google] ze względu na konsekwencje w zakresie przychodów, które wynikają z braku jej

wstępnego załadowania (przy czym założenie jest takie, że pierwszeństwo [tej usługi] pociąga za sobą więcej wyszukiwań, w szczególności głosowych)” i zadaje sobie pytanie (motyw 787 pkt 1 zaskarżonej decyzji):

„Jak można rozwiązać ten problem? Czy można co najmniej wymagać, aby [usługa ta] była wstępnie załadowana na Androidzie (lub na wszystkich platformach), jako warunek konieczny dla każdej umowy GMS?”

343 Po drugie, w wewnętrznej wiadomości elektronicznej z dnia 1 listopada 2010 r. członek kierownictwa spółki Google wskazuje, co następuje (motyw 787 pkt 2 zaskarżonej decyzji):

„Wstępne załadowanie pozostaje cenne dla użytkowników, a zatem również dla producentów oryginalnych urządzeń, pomimo całkowitego rozgrupowania [to znaczy faktu, że aplikacje Google są nie tylko preinstalowane, ale także dostępne do pobrania na Play Store], ponieważ większość użytkowników korzysta jedynie z tego, co jest dostarczane wraz z urządzeniem. Ludzie rzadko zmieniają domyślne [w rozumieniu ustawień domyślnych]”.

344 Po trzecie, w wewnętrznej wiadomości elektronicznej z dnia 26 kwietnia 2011 r. ten sam członek kierownictwa spółki Google wskazuje, co następuje (motyw 787 pkt 3 zaskarżonej decyzji):

„Czy rzeczywiście potrzebujemy warunków wyłączności? Aktualna wersja tych warunków [niemająca zastosowania w Stanach Zjednoczonych] prowadzi do niemalże tego samego rezultatu. Producent oryginalnych urządzeń preinstaluje [ustawienia] domyślne na mocy UDAM + motywacja dla operatorów w postaci podziału przychodów z niedublowaniem + cele ilościowe [porozumień o wyszukiwaniu] = wiele przeszkód dla operatora chcącego zmienić parametry domyślne. Potrzebowaliby więcej pieniędzy na inną wyszukiwarkę internetową, [przy czym albo] musieliby przekonać producenta oryginalnych urządzeń, żeby wystąpił do nas (i otrzymał) zgodę na odejście od UDAM w celu autoryzowania preinstalacji innej wyszukiwarki z preinstalowaniem innego GMS, [albo] musieliby sprzedawać urządzenia bez żadnych zainstalowanych GMS [wymagania UDAM]. W praktyce sprzedaż bez jakiegokolwiek GMS nie następuje z wyjątkiem przypadków ograniczonych, jak (wcześniej) America Movil. Na wszystkich rozwiniętych rynkach użytkownicy oczekują i żądają GMS”.

345 Po czwarte, w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów spółka Google wskazuje, powołując się na raport profesora Carla Shapiro z uniwersytetu Kalifornii w Berkeley (Stany Zjednoczone) z dnia 5 listopada 2016 r., który jest do niej załączony, że „[W]stępne załadowanie [Google Search i Google Chrome] oraz umieszczenie Search na ekranie głównym jest bezsprzecznie cenne dla [tego przedsiębiorstwa]” (motyw 788 zaskarżonej decyzji).

346 Ponadto, w odniesieniu do pakietu Chrome/Play Store i Google Search, w zaskarżonej decyzji mowa jest o wewnętrznej wiadomości elektronicznej Google z kwietnia 2012 r., w której członek kadry kierowniczej tego przedsiębiorstwa podkreśla, jak ważne jest dla spółki Google „aby Chrome był obowiązkowy” w tym znaczeniu, że powinien być dostępny na urządzeniach dystrybuowanych przez producentów oryginalnych urządzeń (motyw 904 zaskarżonej decyzji).

347 Dokumenty te zostały przedstawione przez Komisję na poparcie jej twierdzenia, zgodnie z którym preinstalacja jest dla spółki Google istotna. Spółka Google podnosi w tym względzie – nie kwestionując wagi preinstalowania aplikacji jako takiego – że dokumenty te, w szczególności drugi i trzeci, które są dokumentami wewnętrznymi dotyczącymi okresu trwania naruszenia, dotyczą bardziej ustawień domyślnych niż preinstalacji.

- 348 W tym względzie, jak podnosi Komisja, należy zaznaczyć, że terminologia używana przez spółkę Google jest nieprecyzyjna. W istocie bowiem, mowa jest o „wstępnym załadowaniu” lub o „domyślnym”. Wzmianki te można wprawdzie a priori postrzegać jako odniesienia do „ustawień domyślnych”, ale w kontekście treści UDAM, która przewidywała jedynie preinstalację i uprzywilejowane umieszczenie, nie ulega wątpliwości, że wzmianki te nie traktują o ustawieniach domyślnych w ścisłym znaczeniu, na które powołuje się spółka Google.
- 349 W konsekwencji, biorąc pod uwagę kontekst umowy, w jaki wpisują się te dokumenty, a mianowicie kontekst warunków preinstalowania określonych przez UDAM, należy oddalić argumenty spółki Google dotyczące konieczności dokonania rozróżnienia pomiędzy preinstalacją a ustawieniami domyślnymi i w efekcie przyznać, że argumenty przedstawione w kontekście jednego z tych dwóch pojęć mają znaczenie również w kontekście drugiego z nich.
- *Dowody pochodzące od przedsiębiorstw trzecich*
- 350 Co się tyczy argumentów dotyczących dowodów pochodzących od przedsiębiorstw trzecich, w odniesieniu do pakietu Google Search/Play Store należy wskazać, co następuje.
- 351 Po pierwsze, w zaskarżonej decyzji cytowane jest oświadczenie HP (motyw 781). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do producentów oryginalnych urządzeń HP wskazało bowiem w odpowiedzi na pytanie 55, dotyczące „handlowego znaczenia uprzywilejowanego umieszczenia i ustawień domyślnych w dystrybucji usług mobilnych i aplikacji na inteligentne urządzenia mobilne”, że
- „[U]przywilejowane umieszczenie i ustawienia domyślne dają aplikacjom i usługom znajdującym się na tych pozycjach przewagę, polegającą na tym, że są one pierwszymi elementami, jakie użytkownicy widzą, gdy rozpoczynają interakcje z swoimi urządzeniami. Użytkownicy częściej wypróbują takie aplikacje lub usługi ze względu na ich dużą widoczność, a gdy już raz ich użyją, co do zasady korzystają z nich nadal. Jest to łatwy sposób pozyskiwania nowych użytkowników i zapewnienia niemalże automatycznego przyswajania sobie aplikacji lub usług”.
- 352 Przede wszystkim, jak podnosi spółka Google, oświadczenie to nie dotyczy preinstalacji w ścisłym znaczeniu. Zagadnienia dotyczące preinstalowania zostały bowiem poruszone w pytaniach 50–54 sekcji dotyczącej „preinstalacji usług mobilnych i aplikacji” (zob. pytanie 54: „Czy preinstalacja poszczególnych aplikacji mobilnych ma wpływ na sposób, w jaki użytkownicy korzystają z konkurencyjnych usług i aplikacji mobilnych?”). Pytanie 55 otwiera natomiast sekcję dotyczącą „uprzywilejowanego umieszczenia i ustawień domyślnych dla usług mobilnych i aplikacji”.
- 353 Jednakże, jak pokazują różne zrzuty ekranu z urządzenia Google Android przekazane przez HP w odpowiedzi na pytanie 55, uprzywilejowane umieszczenie powoduje, że dla użytkowników tego urządzenia usługi Google są bardzo dobrze widoczne. Należy również zauważyć, że w celu zidentyfikowania aplikacji objętych uprzywilejowanym umieszczeniem HP nie tylko przedstawia zrzuty ekranu, ale też wskazuje, iż aplikacje te są „preinstalowane”.
- 354 Ponadto, jak wynika z wyjaśnień przekazanych w tej kwestii w odpowiedzi na środki organizacji postępowania, okazuje się również, że odpowiedź HP na pytanie 54 nie może podważyć treści odpowiedzi na pytanie 55, którą Komisja uwzględniła w zaskarżonej decyzji.

- 355 Następnie, w świetle odpowiedzi na środki organizacji postępowania, okazuje się również, że odpowiedź na pytanie 55, dotycząca handlowego znaczenia uprzywilejowanego umieszczenia i ustawień domyślnych, znajduje potwierdzenie w ośmiu z dwunastu innych odpowiedzi przedstawionych przez producentów oryginalnych urządzeń, będących adresatami wezwań do udzielenia informacji.
- 356 Z odpowiedzi tych wynika, że pośród producentów oryginalnych urządzeń istnieje pewien konsensus co do tego, że uprzywilejowane umieszczenie lub ustawienia domyślne lub też połączenie tych technik ułatwiają korzystanie z aplikacji, wobec które je zastosowano. Oświadczenie HP przytoczone w motywie 781 zaskarżonej decyzji należy uwzględnić w tym właśnie kontekście.
- 357 Wreszcie, co się tyczy treści innych odpowiedzi udzielonych przez producentów oryginalnych urządzeń, będących adresatami wezwania do udzielenia informacji, na pytanie 54 dotyczące preinstalacji, którego treść Komisja przedstawiła Sądowi, nie można z nich wywnioskować tego samego konsensusu co wynikający z odpowiedzi udzielonych na temat uprzywilejowanego umieszczenia lub ustawień domyślnych.
- 358 Na dziewięciu producentów oryginalnych urządzeń, którzy wyraźnie wypowiedzieli się w tym względzie, pięciu podnosi bowiem, że preinstalacja nie ma wpływu na sposób korzystania przez użytkowników z usług i aplikacji mobilnych. Jeden producent oryginalnych urządzeń udziela w tym względzie na zadane pytanie odpowiedzi przeczącej, podczas gdy czterech pozostałych wspomina o możliwościach, jakie oferuje pobieranie. Należy zauważyć, jak podnosi spółka Google, że ten ostatni punkt widzenia podziela również Gigaset i HMD, dwóch innych producentów oryginalnych urządzeń. Czterech pozostałych producentów oryginalnych urządzeń, którzy odpowiedzieli na pytanie 54, potwierdza z kolei wpływ, jaki może mieć preinstalacja, przy czym dwóch z nich zauważa jednocześnie, że wpływ ten może być zrekompensowany możliwościami wynikającymi z pobierania.
- 359 Jednakże wbrew temu, co twierdzi spółka Google, ów brak konsensusu u producentów oryginalnych urządzeń co do roli preinstalowania w odniesieniu do zachowań użytkowników nie wystarcza do podważenia twierdzenia Komisji zapisanego w motywie 781 zaskarżonej decyzji. Stwierdzając bowiem, że „powód, dla którego preinstalacja, podobnie jak ustawienia domyślne lub uprzywilejowane umieszczenie, może znacząco i trwale zwiększyć wykorzystanie usługi świadczonej przez aplikację, wynika z faktu, że użytkownicy, którzy na swoich inteligentnych urządzeniach mobilnych znajdują preinstalowane i widoczne aplikacje, najprawdopodobniej pozostaną wierni tymże aplikacjom”, Komisja uwzględnia nie tylko oświadczenie HP, ale również inne dowody przytoczone w zaskarżonej decyzji.
- 360 Dowody te, które potwierdzają owo twierdzenie, w szczególności w odniesieniu do aplikacji Google Search oraz analogicznie i w konsekwencji przeglądarki Chrome, pochodzą zarówno od niektórych producentów oryginalnych urządzeń, w tym Nokii, jak i od innych podmiotów, w tym od spółki Google, przy czym w gronie tym znaleźć można, w szczególności, dostawców aplikacji lub systemów operacyjnych (Amazon, Yandex), operatora sieci mobilnej (Hutchison 3G), czy też dostawców ogólnych wyszukiwarek internetowych (Yahoo, Qwant, Microsoft).
- 361 Podobnie twierdzenie Komisji zawarte w motywie 781 zaskarżonej decyzji należy analizować w jego kontekście, to znaczy z uwzględnieniem zarówno faktu, że preinstalacja aplikacji Google Search i przeglądarki Chrome nie była samą tylko preinstalacją, lecz preinstalacją połączoną z uprzywilejowanym umieszczeniem lub ustawieniem domyślnym wyszukiwarki oraz tego, że

preinstalacja miała miejsce na bardzo dużej liczbie urządzeń Google Android (zob. pkt 337 powyżej), jak i faktu, że pobieranie konkurencyjnych aplikacji pozostało w praktyce nieznaczne (zob. pkt 549, 550 poniżej).

- 362 Należy ponadto stwierdzić, że interwencja BEUC w niniejszej sprawie, którą można uznać za reprezentatywną dla użytkowników ogólnych wyszukiwarek internetowych, pozwala ustawić w pewnej perspektywie uwagi poczynione w tym względzie przez ADA w imieniu dostawców aplikacji i przez CCIA w imieniu podmiotów z tego sektora. Wyjaśnienia przedstawione w tej kwestii przez BEUC pozwalają bowiem potwierdzić i uzasadnić tezę, że z punktu widzenia użytkowników preinstalowanie aplikacji Google Search i przeglądarki Chrome na prawie wszystkich urządzeniach Google Android wprowadzanych do obrotu w EOG służy utrwaleniu sytuacji w zakresie korzystania z ogólnej wyszukiwarki internetowej Google Search, która jest z nimi powiązana.
- 363 Z powyższego wynika, że sprzeciwy przedstawione przez spółkę Google w odniesieniu do oświadczenia HP i „efektu status quo”, który można powiązać z preinstalacją, podobnie jak z ustawieniami domyślnymi lub z uprzywilejowanym umieszczeniem, z którymi może współwystępować, nie mogą wzbudzać wątpliwości korzystnych dla spółki Google. O ile bowiem takie sprzeciwy wydają się a priori istotne, gdy bada się je poza kontekstem, o tyle nie wystarczają one jednak do podważenia powyższego wniosku, jeśli wziąć pod uwagę kontekst i dane przywołane w tym względzie w zaskarżonej decyzji, której treść przypomniano powyżej.
- 364 Po drugie, zaskarżona decyzja cytuje oświadczenie spółki Nokia (motyw 782 zaskarżonej decyzji). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 29 czerwca 2015 r. skierowane do dostawców aplikacji Nokia wskazała bowiem – między innymi, w pytaniu 17, dotyczącym „preinstalowania aplikacji”, w którym zwracano się o oszacowanie, w odniesieniu do trzech popularnych aplikacji, średniego przychodu uzyskiwanego na urządzenie, w przypadku gdy aplikacja ta została albo preinstalowana na ekranie pierwszym, albo preinstalowana na ekranie oddalonym o jedno przesunięcie od ekranu pierwszego, w stosunku do średniego przychodu uzyskiwanego w przypadku braku jej preinstalacji – że „jeśli produkt został wstępnie załadowany domyślnie, konsumenci mieli skłonność do pozostania przy tym produkcie ze szkodą dla produktów konkurencyjnych, i to nawet gdy produkt domyślny był gorszy od produktów konkurencyjnych”. Nokia wyjaśniła w tym względzie, że jej odpowiedź dotyczyła „ogólnego efektu aplikacji preinstalowanych”.
- 365 Skarżące powołują się na inny fragment odpowiedzi Nokii na to pytanie, w którym rzeczone przedsiębiorstwo wskazało, że „jeśli chodzi o ogólny efekt aplikacji preinstalowanych, jest oczywiste, że znaczenie ustawień domyślnych na urządzeniach mobilnych jest istotne”, i na jego podstawie twierdzą, że odpowiedź ta myli skutki preinstalacji ze skutkami ustawień domyślnych.
- 366 Po zapoznaniu się z całością odpowiedzi Nokii okazuje się, że przewiduje ona różne opcje: opcję ustawienia domyślnego, gdy mowa jest o Apple Maps, a opcję preinstalacji, gdy termin „wstępnie załadowany” używany jest w odniesieniu do Google Search lub YouTube. To oświadczenie należy rozpatrywać właśnie w kontekście różnych rozwiązań technicznych wybranych dla wspomnianych aplikacji, które mogą być ustawiane domyślnie, preinstalowane lub które mogą być przedmiotem uprzywilejowanego umieszczenia.
- 367 Oświadczenie Nokii znajduje potwierdzenie w oświadczeniu Yandexu (motyw 782, przypis nr 834 zaskarżonej decyzji). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do dostawców aplikacji Yandex wskazał bowiem w odpowiedzi na pytanie

- 35.1, że „poziomy pobierania aplikacji mobilnych, które konkurują z preinstalowanymi aplikacjami mobilnymi, są zazwyczaj niskie, jeśli usługi preinstalowane są porównywalnej, a nawet znacznie gorszej jakości”.
- 368 Po trzecie, w zaskarżonej decyzji cytowane jest jeszcze inne oświadczenie Nokii (motyw 789, pkt 1). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do producentów oryginalnych urządzeń Nokia w szczególności wskazała bowiem – w odpowiedzi na pytanie 17.2, dotyczące znaczenia dostępności i preinstalowania indywidualnych usług mobilnych na ich urządzeniach, jako kryteriów zakupu, którymi kierują się użytkownicy – że „[w]stępne załadowanie aplikacji (w przeciwieństwie do udostępnienia aplikacji do pobrania) odgrywa zasadniczą rolę dla dostawców, ponieważ dobra widoczność aplikacji na ekranie głównym smartfona lub w pobliżu ekranu głównego użytkownika w sposób nieunikniony zwiększa prawdopodobieństwo, że konsument przetestuje daną aplikację”.
- 369 Skarżące powołują się na inne fragmenty tej odpowiedzi, w których Nokia wskazała również, że „użytkownicy przyzwyczajeni są do przeszukiwania sklepów z aplikacjami w celu pobrania aplikacji, które zamierzają stosować”, że „[z]mniejsza to znaczenie wstępnego pobrania” oraz że „większość konsumentów zakłada, iż urządzenia inteligentne posiadają pełen funkcje nawigacyjne i że mogą z łatwością przeprowadzać wyszukiwanie w Internecie za pomocą swoich inteligentnych urządzeń”. Fragmenty te przeczą twierdzeniu, zgodnie z którym preinstalacja aplikacji wyszukiwania ogólnego tworzy „efekt status quo”.
- 370 Jednakże, o ile należy wziąć pod uwagę te fragmenty przytoczone przez skarżące, które wiążą się w większym stopniu z sytuacją użytkowników, aniżeli fragment przytoczony w zaskarżonej decyzji, który dotyczy dostawców aplikacji, o tyle należy również uwzględnić inne fragmenty odpowiedzi Nokii. Przedsiębiorstwo to wskazało bowiem również, po pierwsze, że „sama spółka Google jest gotowa zapłacić swym partnerom dystrybucyjnym znaczne kwoty pieniędzy za umieszczenie jej własnych aplikacji w miejscu znajdującym się na pierwszym planie w ich urządzeniach”, a po drugie, wyjaśniła w innych miejscach swojej odpowiedzi, że jej zdaniem preinstalacja może wpłynąć na wybór dokonywany przez konsumentów i na korzystanie z aplikacji.
- 371 W konsekwencji, biorąc pod uwagę całość odpowiedzi udzielonej przez Nokię na wezwanie do udzielenia informacji wystosowane przez Komisję oraz rozwiązania techniczne, do których ona odsyła, nie można stąd wywnioskować, że preinstalacja dedykowanej aplikacji do wyszukiwania nie tworzy „efektu status quo”.
- 372 Po czwarte, w zaskarżonej decyzji cytowane są dwa oświadczenia Amazona (motyw 789, pkt 2). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 29 czerwca 2015 r. skierowane do dostawców aplikacji Amazon wskazał bowiem w odpowiedzi na pytanie 17, dotyczące znaczenia dostępności i preinstalowania indywidualnych usług mobilnych na urządzeniach, jako kryteriów zakupu, którymi kierują się użytkownicy, że „preinstalacja aplikacji na urządzeniu przyczynia się do częstszego odkrywania tej aplikacji przez użytkowników końcowych”. Podobnie w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do dostawców systemów operacyjnych Amazon wskazał w odpowiedzi na pytanie 35 – dotyczące wpływu, jaki może mieć preinstalacja konkretnej aplikacji mobilnej na korzystanie z aplikacji konkurencyjnych – że „uprzywilejowane umieszczenie aplikacji preinstalowanych ma istotny wpływ na ich wykorzystanie”, a „[o]becność preinstalowanych aplikacji mobilnych ogranicza w wielu przypadkach chęć wypróbowania przez użytkowników konkurencyjnych aplikacji mobilnych”.

- 373 Skarżące przytaczają trzecie oświadczenie Amazona, złożone w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do dostawców aplikacji, w której to przedsiębiorstwo wskazało w odpowiedzi na pytanie 35.1 – dotyczące skali, w jakiej użytkownicy pobierają aplikacje mobilne konkurujące z aplikacjami preinstalowanymi na inteligentnych urządzeniach mobilnych – że posiada ono informacje o pobieraniu aplikacji preinstalowanych wyłącznie w przypadku tych aplikacji, które są umieszczone w sposób uprzywilejowany lub które są przedmiotem ustawień domyślnych. Przykłady przedstawione w tym względzie przez Amazona dotyczą usług kartografii ustawionych jako domyślne.
- 374 Również w tym przypadku analiza różnych oświadczeń przywołanych przez strony główne, po rozpatrzeniu ich w odpowiednim kontekście, nie podważa sposobu ich wykorzystania w zaskarżonej decyzji. Fragmenty przytoczone przez Komisję mogą posłużyć poparciu twierdzenia, że preinstalacja aplikacji, ewentualnie w połączeniu z uprzywilejowanym umieszczeniem, prowadzi do utrwalenia istniejącej sytuacji. Fragmenty przytoczone przez spółkę Google nie są sprzeczne z powyższymi obserwacjami.
- 375 Po piąte, zaskarżona decyzja cytuje oświadczenie spółki Hutchison 3G (motyw 789, pkt 3). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do operatorów sieci mobilnych Hutchison 3G wskazała bowiem w odpowiedzi na pytanie 51, co następuje:
- „bardzo dobrze jest mieć aplikację wstępnie pobraną, w przeciwieństwie do bootstrapa lub nawet marketingowego zalecenia korzystania z aplikacji. Podobnie jak w przypadku każdej innej usługi, jeśli jest w zasięgu ręki, prawdopodobieństwo jej użycia znacznie rośnie”.
- 376 Skarżące krytykują to oświadczenie ze względu na to, że spółka ta przyznaje poza tym, iż nie zajmuje się tworzeniem aplikacji (odpowieź na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 13 sierpnia 2013 r.).
- 377 Jednakże okoliczność, że Hutchison 3G wskazuje, iż nie tworzy aplikacji, nie stoi na przeszkodzie temu, by podmiot ów mógł mieć opinię na temat użyteczności preinstalowania, biorąc pod uwagę w szczególności doświadczenie dotyczące zachowań użytkowników, które ma jako operator sieci mobilnych. Oświadczenie zawarte w zaskarżonej decyzji jest nadal istotne dla oceny skutków preinstalowania z punktu widzenia danego operatora.
- 378 Po szóste, w zaskarżonej decyzji zacytowano oświadczenie Yandexu (motyw 789, pkt 4). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do dostawców aplikacji Yandex wskazał bowiem w odpowiedzi na pytanie 25.5, co następuje:
- „[N]ajbardziej skutecznym kanałem dystrybucji jest preinstalacja przez producentów oryginalnych urządzeń. Producenci oryginalnych urządzeń preinstalują głównie usługi mogące generować dla nich dodatkowe przychody; usługa generująca najwyższy przychód w tym zakresie to nasza wyszukiwarka mobilna i usługi powiązane. Większość naszych rozmów z producentami oryginalnych urządzeń dotyczy zatem głównie preinstalacji Yandex Search”.
- 379 Spółka Google nie kwestionuje tego oświadczenia. Komisja mogła się na nią powoływać w celu wykazania, że preinstalacja aplikacji prowadzi do utrwalenia istniejącej sytuacji.

- 380 Jeśli chodzi o pakiet Chrome/Play Store i Google Search, zaskarżona decyzja cytuje w szczególności oświadczenie Mozilli (motyw 905, pkt 1). W odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 12 czerwca 2013 r. skierowane do dostawców aplikacji Mozilla wskazała bowiem w odpowiedzi na pytanie 39 – dotyczące uprzywilejowanego umieszczenia i ustawień domyślnych na inteligentnych urządzeniach mobilnych – że „ustawienia domyślne nadal mają najsilniejszy wpływ na korzystanie z aplikacji”, a uprzywilejowane umieszczenie sytuuje się „[w] hierarchii znaczenia handlowego pomiędzy ustawieniami domyślnymi a preinstalacją”, przy czym ustawienie domyślne znajduje się powyżej (zob. odpowiedź na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 22 marca 2016 r.).
- 381 Zdaniem skarżących oświadczenie to kładzie nacisk na ustawienie domyślne. Z oświadczenia tego wynika jednak, że mowa jest w nim również o preinstalowaniu aplikacji, co do którego stwierdzono również, że „zwiększa wykorzystanie przez użytkowników”, nawet jeśli w sposób mniej wyraźny, niż w przypadku ustawienia domyślnego. Z uwzględnieniem tego rozróżnienia oświadczenie Mozilli pozostaje istotne.
- 382 Pozostałych oświadczeń przywołanych w zaskarżonej decyzji w celu wykazania znaczenia preinstalowania jako kanału dystrybucji spółka Google nie kwestionuje.
- 383 Podsumowując, z powyższych rozważań wynika, że poszczególne dowody przedstawione w zaskarżonej decyzji, gdy rozpatruje się je łącznie, pozwalają Komisji uznać, że z punktu widzenia uczestników rynku preinstalacja aplikacji Google Search i Chrome na warunkach przewidzianych w UDAM umożliwia „utrwalenie istniejącej sytuacji” i zniechęcenie użytkowników do korzystania z aplikacji konkurencyjnych.
- 384 Wniosek ów potwierdza analiza interwencji pod tym kątem. I tak BEUC, FairSearch, Seznam i Qwant, które występują w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji, potwierdzają, że z ich punktu widzenia „efekt status quo” związany z preinstalowaniem aplikacji można zrównać z efektem wywoływanym przez ustawienia domyślne. Z kolei ADA, CCIA, HMD, Gigaset i Opera, które interweniują po stronie spółki Google, nie kwestionują istnienia „efektu status quo”, jako takiego, związanego z preinstalacją, lecz kładą nacisk na możliwość zaradzenia tej sytuacji, jaką daje pobieranie aplikacji.

– *Analiza Yandexu*

- 385 W zaskarżonej decyzji przytoczono analizę Yandexu, która dotyczy udziałów w rynku tej wyszukiwarki w Rosji w maju 2015 r., w celu wykazania, że udział rynkowy Yandexu na urządzeniach Android był „trzy razy większy”, kiedy „search widget” był preinstalowany na ekranie głównym, a wyszukiwarka ta była ustawiona domyślnie w preinstalowanej mobilnej przeglądarce internetowej, w porównaniu do udziału rynkowego Yandexu bez preinstalowania (motyw 789 pkt 5, tabela 18, i motyw 798 pkt 4 zaskarżonej decyzji).
- 386 Spółka Google krytykuje tę ocenę ze względu na to, że nie rozróżnia się w niej preinstalacji od ustawienia domyślnego, zważywszy, że wyszukiwarka Yandex jest „ustawiona domyślnie w preinstalowanej mobilnej przeglądarce internetowej”, a efekty preinstalowania zależą właśnie od tej konfiguracji domyślnej (zob. Econometric Data Report). Analiza ta ma zawierać również liczne błędy metodologiczne.

- 387 Jednakże, jak podnosi Komisja, na potrzeby analizy znaczenia oceny przedstawionej w zaskarżonej decyzji rozróżnienie takie nie jest niezbędne. Ogranicza się ono bowiem do stwierdzenia, w świetle różnych scenariuszy badanych w analizie Yandexu, że w przypadku preinstalacji i ustawienia domyślnego (kolumny 4 i 5 tabeli 18 zaskarżonej decyzji) udział rynkowy tej wyszukiwarki jest „trzy razy większy” niż udział rynkowy notowany przy braku preinstalacji (kolumna 1 rzeczonyj tabeli). Dane zawarte w tabeli pozwalają również stwierdzić, że udział rynkowy Yandexu jest wyższy, gdy jego wyszukiwarka jest zainstalowana w postaci „widżetu” wyszukiwania na drugim ekranie (kolumna 3 rzeczonyj tabeli) niż w sytuacji bez preinstalowania.
- 388 Analizą Yandexu i jej wynikami przedstawionymi w tabeli 18 zaskarżonej decyzji można zatem posłużyć się na poparcie tezy, że preinstalacja aplikacji, połączona z ustawieniem domyślnym lub uprzywilejowanym umieszczeniem, pozwala na uzyskanie lepszych wyników.
- 389 Okoliczność, że analiza Yandexu dotyczy tylko jednego przedsiębiorstwa i jednego miesiąca, a to, co przedstawia, spółka Google uważa za błędy metodologiczne, nie pozbawia jej istotności, ponieważ analizę tę Komisja przywołała jedynie w celu potwierdzenia innych dowodów dotyczących wagi preinstalowania jako kanału dystrybucji i „efektu status quo”, jakie technika ta pociąga za sobą.
- 390 Ponadto należy zauważyć w tym względie, że oświadczenia Yahoo i Qwanta, które wskazują zasadniczo, iż preinstalacja może poprawić wyniki wyszukiwarek internetowych, które jej podlegają (motyw 789 pkt 6 i motyw 789 pkt 7 zaskarżonej decyzji), nie są kwestionowane przez spółkę Google.

– *Porozumienie między Microsoftem i Verizonem*

- 391 W zaskarżonej decyzji nawiązano również do porozumienia między Microsoftem i Verizonem z 2008 r., zgodnie z którym Bing, będący ogólną wyszukiwarką internetową Microsoftu, był preinstalowany w 2010 r. i 2011 r. wraz z Google Search na sześciu modelach urządzeń Google Android, a ruch generowany przez to porozumienie stanowił 15%–25% łącznej liczby poleceń wyszukiwania ogólnego, które trafiły do Bing w Stanach Zjednoczonych w tym okresie. Udział w rynku Bing w Stanach Zjednoczonych w tym okresie wzrósł z prawie 0 do około 1,5% (motyw 789 pkt 8 i motyw 798 pkt 3 zaskarżonej decyzji).
- 392 Spółka Google podnosi, że stwierdzenia te są przykładem mylenia korzyści wynikających z ustawień domyślnych z korzyściami z preinstalacji. Microsoft wyjaśnił bowiem, że porozumienie to pozwalało mu uzyskać „ustawienie domyślne wyszukiwania na Bing”, ponieważ urządzenia mobilne były „dostarczane z Bingiem [ustawionym] domyślnie we wszystkich punktach wejścia”. Wzrost, o którym mowa, nie był zresztą ani „istotny”, ani „trwały”, i nie można go przypisać preinstalacji, lecz jedynie ustawieniu domyślnemu.
- 393 Analiza odpowiedzi Microsoftu na pytanie 10.1 wezwania do udzielenia informacji z dnia 20 listopada 2015 r. skierowanego do dostawców ogólnych wyszukiwarek internetowych rzeczywiście pozwala stwierdzić, że spośród sześciu wskazanych tam urządzeń, na jednym z nich Bing był określony domyślnie we wszystkich punktach wejścia, a na pięciu pozostałych, poza Bingiem określonym domyślnie, znajdowała się też aplikacja Google Voice Search z ikoną na ekranie głównym. Spółka Google słusznie zatem podnosi, że wyniki uzyskane przez Microsoft w wyniku tego porozumienia z Verizonem można wytłumaczyć ustawieniem domyślnym, a nie preinstalacją aplikacji na urządzeniach Google Android.

394 Jednakże o ile nie można powołać się na to porozumienie w celu wykazania znaczenia preinstalowania, o tyle nie traci ono znaczenia odnośnie do powodów wskazanych przez Komisję w zaskarżonej decyzji, z uwzględnieniem różnorodnych dowodów zbadanych powyżej.

iii) W przedmiocie niektórych porównań dokonanych w zaskarżonej decyzji

395 W drugiej kolejności, spółka Google kwestionuje pewne porównania dokonane w zaskarżonej decyzji.

– Badanie FairSearch

396 Po pierwsze, w zaskarżonej decyzji opisano badanie przeprowadzone dla FairSearch w 2017 r. przez prof. Marco Iansitiego z uniwersytetu Harvarda (Stany Zjednoczone) (zwane dalej „badaniem FairSearch”) i na jego podstawie stwierdzono, że liczba przypadków użycia każdej aplikacji w pakiecie GMS, w tym aplikacji Google Search, jest znacznie większa na urządzeniach Google Android, gdzie są one preinstalowane, niż na urządzeniach iOS, w przypadku których użytkownicy te aplikacje muszą pobierać. Stwierdzenie to poczyniono z uwzględnieniem dostarczonych przez Microsoft danych dotyczących miesięcznej liczby przypadków użycia tych aplikacji w Zjednoczonym Królestwie w lutym 2016 r. I tak, z pobranej aplikacji Google Search korzystało 17% użytkowników urządzeń iOS, podczas gdy z preinstalowanej aplikacji Google Search korzystało 76% użytkowników urządzeń Android (motywy 791, 792 tabela 10 i grafika 19, motyw 799 pkt 1 zaskarżonej decyzji).

397 Spółka Google podnosi, że porównania dokonane w badaniu FairSearch stoją w sprzeczności z zarzutem istnienia „efektu status quo”, ponieważ pokazują, że jej udziały w ogólnej liczbie przypadków użycia funkcji wyszukiwania były podobne w przypadku Androida, do którego UDAM znajduje zastosowanie, oraz w przypadku iOS, gdzie UDAM nie ma zastosowania. Na poparcie takiego twierdzenia spółka Google powołuje się faktycznie na dane inne niż wykorzystane w badaniu FairSearch. W szczególności spółka Google podkreśla, że badanie FairSearch dotyczy jedynie używania aplikacji Google Search, a nie całości korzystania z wyszukiwarki Google Search, która przecież stanowi rynek właściwy zgodnie z zaskarżoną decyzją (motyw 323), czy wyszukiwań przeprowadzonych za pomocą przeglądarki. Gdy jednak wziąć pod uwagę dostęp przez przeglądarkę, „zasięg” Google Search na Androidzie i iOS nie jest wyraźnie różny (zob. motyw 515 pkt 3 i przypis nr 857 zaskarżonej decyzji). W takim ogólnym kontekście porównanie wykorzystania na Androidzie i iOS nie potwierdza zatem „efektu status quo” wynikającego z preinstalacji, lecz raczej podkreśla znaczenie dostępu do Internetu za pośrednictwem przeglądarki.

398 Jednakże wbrew temu, co twierdzi spółka Google, stwierdzenie dokonane przez Komisję w zaskarżonej decyzji w oparciu o wyniki badania FairSearch pozostaje istotne dla analizy pierwszego pakietu. Badanie to uwzględnia bowiem jedynie polecenia wydawane za pomocą aplikacji Google Search, lecz już nie za pośrednictwem innych punktów wejścia służących do wyszukiwania, takich jak mobilne przeglądarki internetowe (motyw 799 pkt 1 zaskarżonej decyzji), które podlegają ocenie przeprowadzonej w odniesieniu do drugiego pakietu.

399 Ponadto, jak podnosi Komisja, o ile liczba przypadków użycia Google Search – a nie aplikacji Google Search – okazuje się podobna na urządzeniach Android i iOS, o tyle wynika to z faktu, że nawet jeśli Apple nie preinstaluje na urządzeniach iOS aplikacji do wyszukiwania ogólnego, to definiuje Google Search jako ogólną wyszukiwarkę internetową w Safari (zob. w szczególności motyw 799 pkt 2 zaskarżonej decyzji).

400 W konsekwencji, biorąc pod uwagę ww. specyfikę, nie można uznać, że analiza porównań przeprowadzonych w badaniu FairSearch przeczy tezom, które z niego wysnuto w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do istnienia „efektu status quo”.

– *Dane dostarczone przez Microsoft i dane Netmarketshare*

401 Po drugie, zaskarżona decyzja odnosi się do danych dostarczonych przez Microsoft w odpowiedzi na pytanie 13 w wezwaniu do udzielenia informacji z dnia 10 kwietnia 2017 r., które porównują polecenia wyszukiwania ogólnego zrealizowane na urządzeniach Google Android, gdzie preinstalowana jest aplikacja Google Search, oraz na urządzeniach Windows Mobile, gdzie domyślnie ustawiony jest Bing, we Francji, Niemczech, Włoszech, Hiszpanii i Zjednoczonym Królestwie w latach 2014–2017. Zgodnie z tymi danymi Google Search stanowi od [10–20%] do [40–50%] poleceń wyszukiwania ogólnego na urządzeniach Windows Mobile i [90–100%] poleceń wyszukiwania ogólnego na urządzeniach Google Android (zob. motyw 793 i tabela 11 zaskarżonej decyzji).

402 Spółka Google twierdzi, że brak rozróżnienia między skutkami, odpowiednio, ustawień domyślnych i preinstalowania podważa znaczenie tych danych, ponieważ Google Search nie była preinstalowana na urządzeniach Windows Mobile, gdzie „zdefiniowany jako ogólna wyszukiwarka internetowa” jest Bing (zob. motywy 793 i 840 zaskarżonej decyzji), i że co do zasady tego ustawienia domyślnego nie można zmienić, w przeciwieństwie do domyślnych parametrów wyszukiwania w urządzeniach Android. Ustawienie domyślne mogłoby zatem odpowiadać za znaczną część lub całość różnicy wskazanej w zaskarżonej decyzji. To raczej preferencja użytkowników na rzecz Google Search wyjaśnia niewielką liczbę pobranych konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego (według danych z końca 2016 r., przedstawionych przez spółkę Google, około 95% użytkowników w Zjednoczonym Królestwie, we Francji i w Niemczech preferuje Google). Natomiast dane Netmarketshare pokazują, że różnica pomiędzy udziałami wyszukiwań w Google pochodzących z urządzeń Android i Windows Mobile jest niższa, przy czym rzeczywista różnica wynosiła zaledwie 1% (Data On Operating System Market Share: Mobile OS, Europe, 2015). W zaskarżonej decyzji krytykowany jest fakt, że spółka Google nie dostarczyła danych ilościowych leżących u podstaw tych statystyk (motyw 799, pkt 3), chociaż Komisja mogła je otrzymać na wniosek.

403 Jednakże nawet przy założeniu, że pewną część różnicy między udziałami w liczbie poleceń wyszukiwania na urządzeniach Android i Windows Mobile można „przypisać ustawieniom domyślnym w przeglądarce preinstalowanej”, a nie preinstalacji, dane dostarczone przez Microsoft zachowują swoją istotność. Dane te stanowią bowiem jedynie wyraz różnic istniejących między urządzeniami wyposażonymi w system operacyjny Android z pakietem GMS i urządzeniami wyposażonymi w system operacyjny Windows Mobile: te pierwsze mają preinstalowaną aplikację wyszukiwarki internetowej Google Search, a drugie ustawioną domyślnie wyszukiwarkę internetową Bing.

404 Co się tyczy dostarczonych przez spółkę Google danych Netmarketshare, przywołanych w celu wykazania, że różnica pomiędzy jej udziałami w liczbie poleceń wyszukiwania na urządzeniach Android i Windows Mobile jest niewielka i wynosi 1%, należy wskazać przede wszystkim, że są one skrótowe. Przedstawiano je w formie grafiki i tabeli pozbawionych wyjaśnień. W szczególności, jak podnosi Komisja w motywie 799 pkt 3 zaskarżonej decyzji, w braku informacji na temat danych wziętych pod uwagę przy ustalaniu, jakie urządzenia uwzględniono na potrzeby oceny udziałów w liczbie wyszukiwań na urządzeniach wyposażonych w system operacyjny Windows Mobile, trudno jest ocenić rzeczywisty zakres danych wskazanych w kolumnie „Windows Phone”.

Podobnie, jak Komisja wyjaśnia również w motywie 799 pkt 3 zaskarżonej decyzji, dane Netmarketshare stoją w sprzeczności z innymi danymi dostarczonymi przez Microsoft i Google w toku postępowania administracyjnego, które potwierdzają zawarte w zaskarżonej decyzji twierdzenie, że udział spółki Google w ogólnych wyszukiwaniach przeprowadzonych na urządzeniach Android, gdzie aplikacja Google Search jest preinstalowana, jest większy niż na urządzeniach Windows Mobile, gdzie ta aplikacja nie jest preinstalowana.

– *Porównanie przychodów Google pochodzących z urządzeń Android i iOS*

- 405 Po trzecie, w zaskarżonej decyzji znajduje się porównanie ogólnoswiatowych przychodów osiągniętych przez spółkę Google z urządzeń Android i urządzeń iOS (motyw 794 i tabela 12) za lata 2014–2016, przeprowadzone na podstawie danych dostarczonych przez spółkę Google, z którego wynika, że Google uzyskuje znacznie wyższe przychody z używania jej aplikacji do wyszukiwania ogólnego Google Search na Androidzie niż na iOS (+71% w 2014 r., +134% w 2015 r. i +193% w 2016 r.), podczas gdy łączne przychody uzyskane z wyszukiwania były na podobnym poziomie w przypadku Androida i iOS (+3% w 2014 r., +22% w 2015 r. i +28% w 2016 r.).
- 406 Spółka Google utrzymuje, że niewzięcie pod uwagę poleceń wyszukiwania przesłanych za pomocą przeglądarki zakłóca to porównanie. Gdyby te polecenia uwzględnić, tabela 12 zaskarżonej decyzji ukazywałaby wówczas, że łączne przychody spółki Google z wyszukiwania, pochodzące z poleceń złożonych na iOS, były wyższe od przychodów uzyskiwanych z Androida, mimo że aplikacja Google Search nie była preinstalowana na iPhone'ach. Ponadto Apple nie udostępnił Safari na Androida. Udział Chrome na iOS jest zatem nieuchronnie mniejszy.
- 407 Jednakże, jak podnosi Komisja, dane dostarczone przez spółkę Google świadczą o tym, że przychody przynoszone przez aplikację Google Search są wyższe na urządzeniach GMS, gdzie aplikacja Google Search jest preinstalowana, niż na urządzeniach iOS, gdzie nie jest preinstalowana żadna aplikacja do wyszukiwania ogólnego, w tym Google Search. Ponieważ ta część decyzji jest poświęcona pierwszemu pakietowi, nie należy w tym miejscu uwzględniać przychodów pochodzących z realizacji drugiego pakietu. Jeszcze bardziej ogólnie rzecz ujmując, dane te porównują sytuacje, w których rozpatrywana ogólna wyszukiwarka internetowa, w niniejszym przypadku Google Search, korzysta albo z preinstalacji aplikacji Google Search na Google Android, albo z ustawienia domyślnego Google Search na przeglądarce Safari.
- 408 Wobec tego nie można zgodzić się z krytycznym spojrzeniem spółki Google na dokonane w zaskarżonej decyzji porównanie jej przychodów uzyskiwanych z urządzeń Android i z urządzeń iOS.

iv) W przedmiocie określonych dowodów dotyczących Chrome

- 409 W trzeciej kolejności spółka Google utrzymuje, że uwaga, zgodnie z którą Safari generuje przychody na iOS wyższe niż przychody przynoszone przez Chrome (motyw 907 zaskarżonej decyzji), również wynika z pomylenia preinstalacji i ustawienia domyślnego, a sondaż Opera (zob. motyw 905 pkt 3 zaskarżonej decyzji) nie pozwala na stwierdzenie skutków ograniczających konkurencję.

– *Porównanie przychodów spółki Google osiągniętych za pośrednictwem Safari i za pośrednictwem Chrome*

- 410 Po pierwsze, w zaskarżonej decyzji znaleźć można porównanie ogólnosiękatowych przychodów uzyskanych przez spółkę Google z wyszukiwań przeprowadzonych za pośrednictwem przeglądarki Safari, która jest preinstalowana na urządzeniach iOS, i za pośrednictwem Chrome, który nie jest preinstalowany na tych urządzeniach. Porównanie to, przeprowadzone na podstawie danych dostarczonych przez spółkę Google, pokazuje, że Google na urządzeniach iOS uzyskuje więcej przychodów za pośrednictwem Safari niż poprzez Chrome (+2457% w 2014 r., +1988% w 2015 r. i +1883% w 2016 r.) (motyw 907 i tabela 16 zaskarżonej decyzji). W 2016 r., w porównaniu do 258 mln preinstalacji Safari, pobranie Chrome na urządzenia iOS miało miejsce jedynie w 40 mln przypadków (motyw 912 pkt 2 zaskarżonej decyzji).
- 411 Spółka Google podnosi, że uwaga ta, zgodnie z którą Safari generuje większe przychody na urządzeniach iOS niż na tych samych urządzeniach przynosi Chrome (motyw 907 zaskarżonej decyzji), wynika z pomylenia preinstalacji z ustawieniem domyślnym. Spółka Apple definiuje bowiem swoją własną przeglądarkę Safari jako przeglądarkę domyślną na wszystkich urządzeniach iOS, czego zaskarżona decyzja nie uwzględnia. Nie jest możliwe prawidłowe wyodrębnienie skutków preinstalacji na podstawie dowodów dotyczących połączenia preinstalacji, umieszczenia w lokalizacji premium i ustawień domyślnych.
- 412 Jednakże uwaga ta nie pozbawia znaczenia porównania pomiędzy przychodami, jakie spółka Google osiąga na urządzeniach iOS z wyszukiwań za pośrednictwem Safari i za pośrednictwem Google Chrome. Porównanie to przeprowadzono bowiem z uwzględnieniem szczególnych cech przeglądarek na urządzeniach iOS: pierwsza jako jedyna jest preinstalowana, podczas gdy drugą należy pobrać na urządzenie. Ponadto użytkownicy pobierają Google Chrome jedynie na niewielki odsetek urządzeń iOS (15% w 2016 r.) (motyw 912 pkt 2 zaskarżonej decyzji).
- 413 Wobec tego nie można zgodzić się z krytycznym stanowiskiem spółki Google wobec dokonanego w zaskarżonej decyzji porównania jej przychodów uzyskiwanych za pośrednictwem Safari i za pośrednictwem Chrome.

– *Sondaż Opery*

- 414 Po drugie, w zaskarżonej decyzji mowa jest o sondażu przeprowadzonym przez Operę (zob. motyw 905 pkt 3), który wskazuje, po pierwsze, że w 2013 r. 72% z 1500 respondentów w Niemczech, Polsce i Zjednoczonym Królestwie korzystało z przeglądarki preinstalowanej na swoich inteligentnych urządzeniach mobilnych, a po drugie, że 16% z tych respondentów nie uwzględniało czynników takich jak jakość, łatwość używania, prędkość, bezpieczeństwo lub inne cechy, lecz niezmiennie korzystało z danej przeglądarki po prostu dlatego, że była ona preinstalowana.
- 415 Spółka Google przypomina, że pytanie zadane w ramach tego sondażu brzmiało: „[J]akie czynniki należy wziąć pod uwagę przy wyborze przeglądarki, z której się najczęściej/regularnie korzysta?” W zaskarżonej decyzji na poparcie zawartych w niej twierdzeń wzięto pod uwagę tych użytkowników, którzy wybrali odpowiedź, że „używa[ją] po prostu tej przeglądarki, która była na [ich] telefonie mobilnym”. Opcja ta nie czyni rozróżnienia między użytkownikami w zależności od tego, czy wybrali oni przeglądarkę, ponieważ była ona preinstalowana, czy też dlatego, że była ustawiona domyślnie. Tymczasem w szeregu odpowiedzi był komentarz, że używana była „domyślna przeglądarka telefonu”. Ponadto, jak pokazują dane z sondażu dostarczone przez

Operę (odpowiedź na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 15 grudnia 2015 r.), tylko 70 uczestników na 500 (14%) wybrało w rzeczywistości opcję wskazaną w zaskarżonej decyzji. W rzeczywistości liczba ta mogła być jeszcze niższa: 18 użytkowników spośród tych 70 ma na myśli, jak się wydaje, urządzenia iOS, a nie urządzenia Android, ponieważ deklarują korzystanie z przeglądarki Safari, która nie jest dostępna na Androida. Pozostałe 86% respondentów wskazało czynniki takie jak prędkość, łatwość użycia, bezpieczeństwo, zużycie dostępnego transferu danych i inne czynniki związane z jakością. Błędem byłoby również uznanie, że istniała tylko jedna przeglądarka, która „była na” telefonie: producenci oryginalnych urządzeń przeważnie preinstalują dwie lub więcej przeglądarek.

416 Jednakże, jak podnosi Komisja, nawet jeśli sondaż Opery nie pozwolił wyizolować skutków preinstalowania od skutków ustawienia domyślnego, przynajmniej część powodów, dla których respondenci korzystali z przeglądarki internetowej „dostarczonej z komórką”, można przypisać okoliczności, że producenci oryginalnych urządzeń preinstalują tę przeglądarkę. Sondaż ten wskazuje mobilną przeglądarkę internetową, którą użytkownicy używają „najczęściej” do wyszukiwania w Internecie na swoich urządzeniach. Biorąc pod uwagę trzy kraje EOG (Niemcy, Zjednoczone Królestwo i Polskę) objęte próbą o wielkości 1500 użytkowników, należy stwierdzić, po pierwsze, że 853 użytkowników (57%) wskazało Chrome lub Safari jako przeglądarkę, którą najczęściej używali – są to przeglądarki preinstalowane, odpowiednio, na wszystkich urządzeniach GMS i iOS, a po drugie, że 232 użytkowników (15%) odpowiedziało, że najczęściej wykorzystują przeglądarki zdefiniowane domyślnie (czyli Chrome w przypadku urządzeń GMS i Safari w przypadku urządzeń iOS).

417 Należy zatem oddalić krytyczne argumenty spółki Google przeciwko zapisanym w zaskarżonej decyzji odesłaniom do wyników sondażu Opery.

418 Reasumując, różnego rodzaju argumenty wysunięte przez spółkę Google w celu zanegowania przewagi przysporzonej dzięki preinstalacji aplikacji Google Search i Chrome na urządzeniach Google Android nie pozwalają na podważenie wniosków wyciągniętych przez Komisję z szeregu dowodów przedstawionych w tym względzie w zaskarżonej decyzji.

b) Możliwość preinstalowania lub ustawiania domyślnego ogólnych wyszukiwarek internetowych przez producentów oryginalnych urządzeń konkurencyjnych

1) Zaskarżona decyzja

419 W zaskarżonej decyzji stwierdza się, że przewagi konkurencyjnej wynikającej z warunków preinstalowania określonych w UDAM dostawcy konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych nie mogą zrównoważyć za pomocą innych porozumień w sprawie preinstalowania, z następujących powodów (motywy 833 zaskarżonej decyzji):

- producenci oryginalnych urządzeń generalnie nie chcą instalować innych aplikacji wyszukiwania ogólnego; jest to efektem stosunkowo niskich przychodów dodatkowych, które wynikają z dodania takiej aplikacji, kosztów negocjacji takich porozumień oraz ryzyka związanego ze zdublowaniem aplikacji, które może obniżać jakość interakcji użytkownika z urządzeniem lub powodować problemy z dostępną przestrzenią; to samo odnosi się mutatis mutandis do przeglądarek (motywy 824–829, 933, 934 zaskarżonej decyzji);

- UDAM uniemożliwia producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych preinstalowanie wyłącznie innej aplikacji wyszukiwania ogólnego na urządzeniach Google Android (motywy 830–832 zaskarżonej decyzji); ponadto, nawet gdyby możliwe było preinstalowanie przeglądarki konkurencyjnej wobec Chrome, nie mogłaby ona zostać ustawiona jako domyślna (motyw 935 zaskarżonej decyzji);
 - PPP zawarte z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych, które doprowadziły do preinstalowania na zasadzie wyłączności aplikacji Google Search na [50–60%] do [80–90%] wszystkich urządzeń Google Android w EOG, uniemożliwiały również konkurentom spółki Google preinstalowanie na tych urządzeniach innej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej obok aplikacji własnej Google (motyw 833 zaskarżonej decyzji);
 - liczba preinstalacji przeglądarek konkurencyjnych w urządzeniach Google Android jest znacznie niższa niż liczba preinstalacji Google Chrome (motyw 936 i tabela 19 zaskarżonej decyzji).
- 420 I tak Bing, główny konkurent Google Search, nie mógł być preinstalowany na urządzeniach Google Android w latach 2011–2016, z wyjątkiem jednego modelu urządzenia sprzedawanego w Stanach Zjednoczonych począwszy od 2011 r. (motyw 834, motyw 789 pkt 8 zaskarżonej decyzji).

2) *Streszczenie argumentów stron*

- 421 Google podnosi, że warunki preinstalowania określone w UDAM nie uniemożliwiały producentom oryginalnych urządzeń wykonywania takiej samej preinstalacji, jak w przypadku Google Search i Chrome, w odniesieniu do konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych i przeglądarek na wszystkich produkowanych przez nich urządzeniach Android. Byli im w stanie nawet zapewnić lepszą promocję, niż produktom Google, ponieważ producenci oryginalnych urządzeń mogli zdefiniować jako przeglądarkę domyślną przeglądarkę inną niż Chrome, a w tych preinstalowanych przeglądarkach, jako domyślne usługi, mogli ustawić konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe. Ponadto, gdyby Google Search był na Chrome ustawiony domyślnie w pasku URL, użytkownicy zawsze mogliby zmienić tę wyszukiwarkę internetową, ustawiając wyszukiwarkę konkurenta. Rozpatrywane praktyki nie mogły zatem ograniczać konkurencji.
- 422 Tak więc twierdzeniu, że producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych nie chcieli aplikacji konkurencyjnych na urządzeniach Android, przeczą ich praktyki, i to niezależnie od tego, czy chodzi o ogólne wyszukiwarki internetowe, przeglądarki czy też aplikacje innego rodzaju. Podobnie, rozumowanie dotyczące PPP przeczy twierdzeniu, zgodnie z którym producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych nie mają żadnego interesu w preinstalowaniu aplikacji służących do wyszukiwania i nawigacji obok aplikacji spółki Google (motywy 824–829, 933, 934, w porównaniu z motywem 1208 pkt 1 i z motywami 1213, 1214, 1219, 1220 zaskarżonej decyzji). Ponadto żaden z czterech powodów przytoczonych na poparcie twierdzenia, że producenci oryginalnych urządzeń nie chcieli preinstalować aplikacji konkurencyjnych obok aplikacji spółki Google, a mianowicie przeszkody związane z „jakością interakcji użytkownika z urządzeniem”, problemy z przestrzenią dyskową, koszty transakcyjne i brak korzyści finansowych związanych z preinstalacją, nie został poparty wystarczającymi dowodami.

423 Komisja utrzymuje, że konkurenci nie mogą zrównoważyć w drodze porozumień w sprawie preinstalowania znacznej przewagi konkurencyjnej, jaką spółka Google zapewnia sobie dzięki preinstalowaniu aplikacji Google Search i Google Chrome na praktycznie wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG.

3) Ocena Sądu

i) Uwagi wstępne

424 Na wstępie należy zauważyć, że Google podnosi w istocie w tym zastrzeżeniu, iż warunki preinstalowania określone w UDAM nie uniemożliwiały producentom oryginalnych urządzeń preinstalowania na urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych i przeglądarek w taki sam sposób, w jaki były na nich preinstalowane Google Search i Chrome.

425 Komisja nie kwestionuje zaś w zaskarżonej decyzji tego, że UDAM pozwala producentom oryginalnych urządzeń na preinstalowanie aplikacji konkurencyjnych wobec Google Search i Chrome. Konkurenci Google mogli zatem, co do zasady, oferować producentom oryginalnych urządzeń takie same warunki preinstalowania dla ich własnych aplikacji jak te przewidziane w UDAM. Zgodnie z UDAM możliwa była wspólna instalacja różnych aplikacji.

426 W zaskarżonej decyzji wskazano raczej, po pierwsze, że UDAM „uniemożliwia” producentom oryginalnych urządzeń preinstalowanie wyłącznie takich aplikacji zamiast Google Search i Chrome (motyw 832 zaskarżonej decyzji), i, po drugie, że PPP wymagają od producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych preinstalacji, na zasadzie wyłączności, aplikacji Google Search w części objętej tymi porozumieniami, czyli chronologicznie od [80%–90%] do [50%–60%] urządzeń Google Android sprzedawanych w EOG (motyw 833 zaskarżonej decyzji), co obejmuje PPP dla portfela oraz PPP dla urządzeń, jak potwierdziła Komisja w odpowiedzi na środki organizacji postępowania.

427 W tym kontekście, biorąc pod uwagę udziały w rynku i ich zmiany, jakie zaszły począwszy od 2011 r., w przypadku Google Search, i od 2012 r., w przypadku Chrome, do dnia wydania zaskarżonej decyzji, dyskusja na temat oferowanych konkurentom możliwości zrównoważenia przewagi konkurencyjnej wynikającej z warunków preinstalowania określonych w UDAM miała charakter głównie hipotetyczny. W praktyce dostawcy konkurencyjnych aplikacji nie byli bowiem w stanie zrównoważyć, dzięki porozumieniom w sprawie preinstalowania, przewagi konkurencyjnej, jaką Google zapewniła sobie dzięki preinstalowaniu Google Search i Chrome praktycznie na wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG. Jak wskazano w zaskarżonej decyzji, preinstalacja konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego i przeglądarek nie jest porównywalna pod względem zasięgu z preinstalacją aplikacji Google Search i Google Chrome (zob. motyw 940 zaskarżonej decyzji w odniesieniu do przeglądarek).

428 W tym względzie należy dokonać rozróżnienia pomiędzy teoretycznymi założeniami w dziedzinie konkurencji a praktyczną rzeczywistością, w której przywoływane przez spółkę Google alternatywy konkurencyjne wydają się mało wiarygodne lub pozbawione rzeczywistego wpływu ze względu na „efekt status quo”, wywołany przez warunki preinstalowania określone w UDAM oraz połączone skutki tych warunków i innych porozumień umownych Google, w tym PPP.

429 To właśnie w tym kontekście należy zbadać argumentację spółki Google, zgodnie z którą pomimo warunków preinstalowania określonych w UDAM producenci oryginalnych urządzeń mogli swobodnie oferować takie same warunki preinstalowania, jak przyznane Google Search i Chrome, konkurencyjnym ogólnym wyszukiwarkom internetowym i przeglądarkom na sprzedawanych w EOG urządzeniach Google Android. Argumentacja ta odnosi się przede wszystkim do preinstalacji aplikacji konkurencyjnych, następnie podnoszonej sprzeczności między rozumowaniem dotyczącym PPP a twierdzeniem, że preinstalacja konkurencyjnych aplikacji nie daje korzyści, a na koniec interesu producentów oryginalnych urządzeń w preinstalowaniu konkurencyjnych aplikacji.

ii) W przedmiocie preinstalacji konkurencyjnych aplikacji

430 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że argumentacja spółki Google w tym względzie skupia się w większym stopniu na sytuacji przeglądarek, niż na sytuacji aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych. Argumentacja ta dotyczy przede wszystkim aplikacji Google Search i aplikacji konkurencyjnych, następnie przeglądarki Chrome i jej konkurentów, a na koniec pozostałych aplikacji.

– W przedmiocie aplikacji Google Search i jej konkurentów

431 Co się tyczy aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych, spółka Google kwestionuje jedynie odniesienia do Bing, który w latach 2011–2016 mógł być preinstalowany tylko na jednym modelu urządzenia Google Android wprowadzonym do obrotu w Stanach Zjednoczonych w 2011 r. (zob. motyw 834, motyw 789 pkt 8 zaskarżonej decyzji).

432 Zdaniem spółki Google fakt, że Bing nie można było preinstalować na urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG, nie wynika z warunków preinstalowania określonych w UDAM, lecz raczej z braku lokalizacji oprogramowania Bing w większości krajów EOG.

433 Należy jednak zaznaczyć, jak czyni to Komisja, że konkurenci spółki Google bardzo rzadko preinstalowali na urządzeniach swoją aplikację do wyszukiwania ogólnego obok aplikacji Google Search. W każdym razie dotyczyło to jedynie ograniczonej części urządzeń rozpatrywanych producentów oryginalnych urządzeń, w szczególności w EOG.

434 W zaskarżonej decyzji wspomniano bowiem jedynie o dwóch przypadkach „preinstalowania” konkurencyjnej aplikacji do wyszukiwania ogólnego, które zresztą odnosiły się do sytuacji, w których dany producent oryginalnych urządzeń albo nigdy nie zawarł PPP ze spółką Google, albo zawarte PPP już nie obowiązywało (motyw 1219 zaskarżonej decyzji):

– porozumienie o podziale przychodów pomiędzy Microsoftem i ZTE z lutego 2017 r. dotyczące sprzedaży niektórych urządzeń Google Android na świecie, w tym w EOG, z Bingiem ustawionym domyślnie na przeglądarce ZTE, a także dotyczące sprzedaży określonej liczby urządzeń Google Android z aplikacją do wyszukiwania ogólnego Bing preinstalowaną na tych urządzeniach (motyw 1219 pkt 1 zaskarżonej decyzji);

– porozumienie o podziale przychodów między Yandexem a dwoma producentami oryginalnych urządzeń, dotyczące sprzedaży urządzeń Google Android na świecie, w tym w niewielkiej liczbie w EOG, na których preinstalowano „widget” ogólnej wyszukiwarki internetowej Yandex i odnośniki do strony głównej Yandexu w domyślnej przeglądarce (motyw 1219 pkt 2 zaskarżonej decyzji).

435 Ponadto argument przytoczony przez spółkę Google w odniesieniu do Bing nie stanowi wiarygodnego wyjaśnienia okoliczności, że Microsoft nie był w stanie przekonać producentów oryginalnych urządzeń do preinstalowania tej aplikacji na urządzeniach Google Android. Brak lokalizacji oprogramowania nie dotyczył bowiem wszystkich krajów EOG, a nawet w krajach, w których aplikacja ta umożliwiała lokalizację, takich jak Zjednoczone Królestwo lub Niemcy, producenci oryginalnych urządzeń i tak nie preinstalowali aplikacji Bing. Podobnie, producenci oryginalnych urządzeń nie preinstalowali aplikacji Seznam na swoich urządzeniach w Republice Czeskiej, mimo że algorytmy wyszukiwania ogólnego tej aplikacji były zbudowane na języku czeskim (zob. motyw 682, motyw 814 pkt 4 zaskarżonej decyzji).

436 Z powyższego wynika, że, wbrew temu, co twierdzi spółka Google, dostawcy ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search nie byli w stanie zrównoważyć przewagi konkurencyjnej wynikającej z warunków preinstalowania określonych w UDAM.

– *W przedmiocie przeglądarki Chrome i jej konkurentów*

437 Jeśli chodzi o przeglądarki, spółka Google przedstawia różne dowody na poparcie twierdzenia, że warunki preinstalowania określone w UDAM nie uniemożliwiały producentom oryginalnych urządzeń oferowania przeglądarkom konkurencyjnym takich samych warunków preinstalacji, jak przyznane Google Search i Chrome:

– zaskarżona decyzja wskazuje, że w latach 2013–2016 konkurencyjne przeglądarki były preinstalowane obok Chrome na około 60% urządzeń Android (motyw 936 i tabela 19) i liczba tych preinstalacji konkurencyjnych przeglądarek nie jest zatem „znacznie mniejsza od liczby preinstalacji Google Chrome na urządzeniach Google Android”;

– druga preinstalowana przeglądarka mogłaby generować wyższy odsetek przychodów z wyszukiwania niż aplikacja Google Search lub Chrome, preinstalowana na podstawie UDAM – wynika to z następujących dowodów: Samsung, który rozpoczął w 2016 r. preinstalowanie własnej przeglądarki na swoich urządzeniach, zapewniając jej lepsze pozycjonowanie, niż przeglądarce Chrome, przy czym owa własna przeglądarka odpowiadała za 38,4% przychodów Google Search w EOG na urządzeniach Samsung Galaxy S6, wygrywając z aplikacją Google Search (38,1%) i Chrome (23,3%) (motyw 949 zaskarżonej decyzji); Huawei, który w 2015 r. wskazał, że „przeglądarka Huawei jest wstępnie załadowana na wszystkich smartfonach Huawei na rynku EOG jako przeglądarka domyślna systemu” (Huawei, 14 grudnia 2015 r.) i HTC, który w 2015 r. wskazał, że jego przeglądarka, HTC Internet, była preinstalowana na jego urządzeniach i nie było „istotnego efektu” dodania Chrome do pakietu GMS przez Google w 2012 r., ponieważ HTC preinstalował swoją własną przeglądarkę internetową na większości swoich urządzeń (HTC, 13 listopada 2015 r.).

438 Wbrew temu, co sugeruje Komisja, nie można z góry odrzucić tej argumentacji spółki Google oraz przedstawionych na jej poparcie różnego rodzaju dowodów.

439 Za pomocą podniesionej przez spółkę Google argumentacji można bowiem a priori wykazać – jak wynika z okoliczności faktycznych zawartych w zaskarżonej decyzji (zob. tabela 19, która przedstawia wskaźniki równoległej preinstalacji rzędu od 40% do 60% w skali światowej w latach 2013–2016) – że, jeśli chodzi o przeglądarki, sytuacja konkurencyjna jest bardziej dynamiczna niż w przypadku ogólnych wyszukiwarek internetowych. Na urządzeniach Google Android mogą być preinstalowane, i często są, przeglądarki inne niż Chrome.

- 440 Dobrym przykładem jest przypadek Opery. Zdaniem Opery, która dołączyła do postępowania w charakterze interwenienta popierającego żądania spółki Google, znaczna część jej użytkowników pochodzi z porozumień w sprawie preinstalowania zawartych z producentami oryginalnych urządzeń (Samsung, Huawei, OPPO i Tecno) w odniesieniu do urządzeń Google Android. Komisja podnosi w tym względzie, że porozumienia te dotyczyły mniej niż 5% urządzeń Google Android sprzedawanych w EOG (motyw 940 zaskarżonej decyzji), ponieważ urządzenia te były sprzedawane głównie w Afryce (porozumienia Opery z Samsungiem i z Tecno).
- 441 Przykład ten pokazuje, że porozumienia w sprawie wspólnego preinstalowania przeglądarek mogły istnieć w czasie trwania naruszenia, w każdym razie w większym stopniu niż porozumienia w sprawie preinstalowania ogólnych wyszukiwarek internetowych. Jednakże należy zbadać też wpływ takich porozumień na kwestię tego, czy były one w stanie zrównoważyć przewagę wynikającą z preinstalowania.
- 442 Argumentacja spółki Google w odniesieniu do tej analizy traci bowiem na znaczeniu w świetle szeregu uwag przedstawionych przez Komisję i interwenientów popierających jej żądania. W rzeczywistości okazuje się zatem, że o ile producentom oryginalnych urządzeń rzeczywiście oferowano swobodę preinstalowania innych aplikacji do przeglądania, o tyle w praktyce mogli oni z niej skorzystać jedynie w celu preinstalowania aplikacji do przeglądania, które używały Google Search jako wyszukiwarki ustawionej domyślnie.
- 443 W przeciwieństwie bowiem do przykładu Opery, Seznam przedstawia w swoich uwagach interwenienta trudności, jakie napotkał w uzyskaniu preinstalowania swoich aplikacji służących do wyszukiwania i do nawigacji. Seznam wskazuje zresztą, że trudności te istniały zarówno od czasów PPP dla portfela, jak i w późniejszym czasie, kiedy to weszły w życie PPP dla urządzeń. Podobnie, dopiero we wrześniu 2018 r., czyli po wydaniu zaskarżonej decyzji, zaistniała możliwość ustawienia Qwanta jako domyślnej wyszukiwarki w przeglądarce Brave we Francji i w Niemczech.
- 444 Po pierwsze, niewątpliwie w latach 2013–2016 konkurencyjne przeglądarki były preinstalowane obok Chrome na około 60% urządzeń Android (tabela 19 zaskarżonej decyzji).
- 445 Jednakże, jeśli chodzi, po pierwsze, o przywołane przez spółkę Google przypadki Samsunga i Huaweia, należy zauważyć, że jedynymi mobilnymi przeglądarkami internetowymi, które były preinstalowane na znacznej liczbie urządzeń Google Android tych producentów oryginalnych urządzeń, były przeglądarki własne tych producentów, a nie przeglądarki podmiotów trzecich (motyw 936 zaskarżonej decyzji).
- 446 W tym względzie Komisja zwraca uwagę, że niektóre podmioty, w tym Samsung i Huawei, zdefiniowały Google Search jako domyślną ogólną wyszukiwarkę internetową na swoich przeglądarkach. Motyw 798 punkt 2 zaskarżonej decyzji odnosi się zatem do „porozumień z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych, które mają na celu zagwarantowanie, że Google Search jest jedyną preinstalowaną ogólną wyszukiwarkę internetową, ustawioną domyślnie we wszystkich preinstalowanych przeglądarkach mobilnych stron trzecich”. Komisja zapytana o tę kwestię wyjaśniła, że chodzi tu o odniesienie do PPP. Komisja powołuje się też na HTC, który również zdefiniował Google Search jako domyślną ogólną wyszukiwarkę internetową na swojej przeglądarce, i na tej podstawie instytucja ta wskazuje, że w każdym razie z dniem 30 listopada 2016 r. podmiot ów przestał rozwijać swoją własną przeglądarkę.

- 447 Co się tyczy, po drugie, sytuacji podmiotów, które zawarły PPP, należy zauważyć, że, aby móc korzystać z tego podziału przychodów, operatorzy ci zobowiązują się do domyślnego ustawienia Google Search w różnych punktach wejścia na swoich urządzeniach Google Android, w tym w ich własnej przeglądarce (przypis nr 908 w motywie 822 oraz pkt 6.3.3 PPP dla portfela), oraz do nieinstalowania żadnej konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej (motywy 192, 198 zaskarżonej decyzji).
- 448 Jest to tym bardziej istotne, że w motywie 822 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, iż od 2011 r. do 2016 r. PPP obejmowały od [80%–90%] do [50%–60%] urządzeń Google Android sprzedawanych w EOG. Z informacji przedstawionych w przypisie 908 do motywu 822 zaskarżonej decyzji wynika, że wzięte pod uwagę w tym względzie informacje obejmują nie tylko informacje, które można było wywnioskować ze stopnia pokrycia rynku przez PPP dla portfela, ale także informacje uzyskane ze stopnia pokrycia PPP dla urządzeń, które zastąpiły PPP dla portfela. Okoliczność ta została potwierdzona przez Komisję w odpowiedzi na pytanie zadane w ramach środków organizacji postępowania.
- 449 Tak więc w latach 2011–2016 ponad 50% sprzedanych w EOG urządzeń Google Android było objętych PPP zawartymi ze spółką Google, niezależnie od tego, czy chodzi o PPP dla portfela, czy też PPP dla urządzeń, które to porozumienia wymagały ustawienia Google Search jako domyślnej wyszukiwarki na preinstalowanych przeglądarkach i zakazywały instalacji konkurencyjnej wyszukiwarki internetowej.
- 450 W związku z tym w przypadku Samsunga, HTC, LG i Sony, podobnie jak w przypadku innych podmiotów, które zawarły PPP, okazuje się, że gdy dana przeglądarka była preinstalowana obok Chrome, który został domyślnie ustawiony na Google Search, rzeczona przeglądarka była również ustawiana domyślnie na Google Search.
- 451 Uwaga ta pozwala zilustrować komplementarność różnych praktyk spółki Google i siłą rzeczy oznacza uwzględnienie – jak wynika to zresztą z zaskarżonej decyzji – łącznych skutków UDAM i PPP. Wynikające z PPP zobowiązanie umowne do nieinstalowania innego rozwiązania niż Google Search jako wyszukiwarki ogólnej skutkuje bowiem tym, że hipotetyczna możliwość preinstalowania usługi konkurencyjnej wobec aplikacji Google, co do zasady dozwolona przez UDAM, była w rzeczywistości w odniesieniu do co najmniej połowy urządzeń Google Android sprzedanych w EOG w latach 2011–2016 wykluczona. Innymi słowy, PPP gwarantowały wyłączność na rozpatrywanych urządzeniach, co należy uwzględnić przy ocenie skutków antykonkurencyjnych UDAM.
- 452 W tym względzie należy zaznaczyć, że uwzględnienie jako okoliczności faktycznej łącznych skutków UDAM i PPP nie zależy w żaden sposób od tego, czy PPP mają charakter nadużycia, czy też nie, ani czy chodzi o PPP dla portfela – stanowiące nadużycie zgodnie z analizą Komisji, którą spółka Google kwestionuje w ramach zarzutu trzeciego – czy też PPP dla urządzeń, których w zaskarżonej decyzji nie uznano za nadużycie.
- 453 W tych okolicznościach argument podniesiony przez spółkę Google, że w przypadku jednego producenta oryginalnych urządzeń w 2016 r. w jednej kategorii jego urządzeń mobilna przeglądarka internetowa tego producenta przyniosła w EOG wyższe przychody z wyszukiwania niż aplikacja Google Search lub Chrome, nie podważa powyższej analizy.

- 454 Komisja kwestionuje ów argument, który został podniesiony w skardze, ze względu na to, że nie mogła ona zweryfikować takiego twierdzenia, czy to w odniesieniu do konkretnej kategorii urządzeń tego producenta w 2016 r., czy też szerzej, w odniesieniu do innych lat i innych kategorii urządzeń rzeczonoego producenta. W odpowiedzi spółka Google przedstawiła wewnętrzne dane służące wykazaniu twierdzeń zawartych w skardze. Dane te rzeczywiście pokazują, że w 2016 r. przeglądarka własna tego producenta oryginalnych urządzeń przyniosła więcej przychodów z poleceń wyszukiwania, niż aplikacja Google Search lub Chrome na modelach dwóch serii.
- 455 Przychody te były również wyższe od przychodów wygenerowanych przez Chrome w 2017 r. z trzech serii modeli (dwie wymienione wyżej i trzecia) oraz w 2018 r. z czterech serii modeli (trzy wyżej wymienione i czwarta) rzeczonoego producenta oryginalnych urządzeń, lecz niższe od przychodów generowanych wówczas przez aplikację Google Search na tych urządzeniach.
- 456 Spółka Google podnosi, że chodzi tu o przypadek, w którym poprzez preinstalację własnej przeglądarki na urządzeniach Google Android, producent oryginalnych urządzeń był w stanie w pewnym stopniu zrównoważyć przewagę konkurencyjną, z jakiej spółka ta korzystała dzięki preinstalacji aplikacji Google Search i Chrome.
- 457 Jednakże ponieważ rozpatrywany producent oryginalnych urządzeń był związany PPP i, co za tym idzie, obowiązkiem ustawienia Google Search domyślnie w różnych punktach wejścia na swoich urządzeniach, w tym również w jego własnej przeglądarce, wpływ tego zrównoważenia na konkurencję należy rozpatrywać w świetle powyższych czynników. Kwestię tę spółka Google potwierdziła w odpowiedzi na środki organizacji postępowania.
- 458 Ponadto sytuacja producenta oryginalnych urządzeń, który preinstaluje swoją własną przeglądarkę na swoich urządzeniach, nie jest porównywalna z sytuacją konkurenta spółki Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, który nie ma możliwości wytwarzania swoich własnych urządzeń, przy czym ten ostatni, aby móc preinstalować swoje aplikacje, musi negocjować z producentem oryginalnych urządzeń.
- 459 Po drugie, Komisja przypomina w każdym razie, że nawet jeśli na urządzeniu Google Android została preinstalowana przeglądarka konkurencyjna, nie można jej ustawić domyślnie (motyw 935 zaskarżonej decyzji).
- 460 Aby odpowiedzieć na twierdzenia spółki Google dotyczące oświadczenia złożonego przez przedstawiciela Huawei'a w wiadomości elektronicznej przesłanej Komisji w grudniu 2015 r., zgodnie z którą przeglądarka inna niż Chrome może być „domyślną przeglądarką systemową”, Komisja wskazuje w tym względzie, że nie było to możliwe.
- 461 Z jednej strony bowiem z UDAM wynika, że producenci oryginalnych urządzeń byli zobowiązani do preinstalowania Chrome na prawie wszystkich swoich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG, a z drugiej strony na podstawie UZF i z klauzuli 3.2.3.2 dokumentu definiującego kompatybilność z Androidem (zwanego dalej „DDK”) można stwierdzić, że „twórcy urządzeń nie powinni wiązać szczególnych przywilejów z korzystaniem przez aplikacje systemowe z układów intencji ani uniemożliwiać aplikacjom osób trzecich tworzenia powiązań z tymi układami i przejmowania nad nimi kontroli”. W związku z tym producent oryginalnych urządzeń, który preinstalował Chrome, co zakładało podpisanie UDAM i UZF, nie mógł zdefiniować owej konkurencyjnej mobilnej przeglądarki internetowej jako domyślnej.

- 462 Oświadczenia złożone przez Orange i inne przedsiębiorstwo (zob. motyw 935 zaskarżonej decyzji) potwierdzają fakt, że nawet w przypadku preinstalacji przeglądarki konkurencyjnej względem Chrome, nie można jej „zdefiniować jako przeglądarki domyślnej”. Ci dwaj operatorzy powołują się w tym względzie na wskazany przez Komisję powyżej obowiązek nieuprzywilejowywania przeglądarki konkurencyjnej wobec Chrome, jeśli takowa również została preinstalowana na urządzeniu Google Android.
- 463 W tym kontekście żaden dowód, na który powołuje się spółka Google, nie jest w stanie wykazać jej twierdzenia, zgodnie z którym w obecności Chrome możliwe było ustawienie jako domyślnej przeglądarki konkurencyjnej:
- co się tyczy oświadczenia, zgodnie z którym „przeglądarka Huawei jest wstępnie załadowana na wszystkich smartfonach Huawei na rynku EOG jako domyślna przeglądarka systemowa”, okazuje się, że nie zostało ono złożone w imieniu Huawei w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji, a jedynie dostarczone przez pracownika Huawei jako „informacja o charakterze ogólnym” w ramach „wstępnej odpowiedzi”, przy czym informacja ta nie pozwala ustalić, co ów pracownik rozumiał przez „domyślną przeglądarkę systemową”, zwłaszcza w świetle przywołanego wyżej wymogu DDK, zgodnie z którym producent oryginalnych urządzeń nie mógł zdefiniować przeglądarki konkurencyjnej jako domyślnej; w każdym razie od 2016 r. Huawei nie preinstaluje już swojej własnej mobilnej przeglądarki internetowej (zob. Huawei ALE Android 6.0 Release Notes, 7 czerwca 2016 r.: „W celu uzyskania wyższej jakości interakcji z urządzeniem we wszystkich naszych telefonach mobilnych przystosowanych do rynków zagranicznych, funkcjonujących pod Androidem 5.0 i wyższym, zlikwidowana zostanie zintegrowana przeglądarka Huawei, a wprowadzony będzie Google Chrome”);
 - co się tyczy oświadczenia złożonego przez Orange w wiadomości elektronicznej z dnia 3 sierpnia 2012 r., zgodnie z którą „Chrome może współistnieć z przeglądarkami producentów, a spółka Google nie narzuca go jako przeglądarki domyślnej”, wynika z niego po prostu, że UDAM nie zobowiązuje producentów oryginalnych urządzeń do ustawienia Chrome jako przeglądarki domyślnej – czego Komisja nie kwestionuje – a nie, że producenci oryginalnych urządzeń mogą ustawić swoją własną mobilną przeglądarkę internetową jako przeglądarkę domyślną.
- 464 Ponadto kwestia tego, czy konkurencyjna przeglądarka może zostać zdefiniowana jako domyślna, nie ma znaczenia. Spółka Google nie kwestionuje zresztą hipotetycznego charakteru tego zagadnienia w świetle łącznych skutków UDAM i UZF. W niniejszej sprawie istotne jest zbadanie różnych praktycznych możliwości dotarcia do użytkowników oferowanych konkurencyjnym ogólnym wyszukiwarkom internetowym w sytuacji, w której spółka Google dba o to, aby producenci oryginalnych urządzeń przestrzegali w odniesieniu do przeglądarek konkurencyjnych wobec Chrome ciężącego na nich obowiązku – wynikającego z UZF – zapewnienia Google Search przynajmniej takiego samego traktowania jak to, które mogliby zapewnić innej ogólnej wyszukiwarce internetowej.
- 465 Po trzecie, okoliczność, że producenci oryginalnych urządzeń preinstalują własne przeglądarki na niektórych swoich urządzeniach, nie zmienia faktu, że liczba preinstalacji każdej z tych przeglądarek jest niższa od liczby preinstalacji na tych urządzeniach przeglądarki Google Chrome. Należy w szczególności wziąć pod uwagę fakt, że niektóre z danych wskazanych przez spółkę Google dotyczą preinstalowania w skali światowej, w tym w Chinach (zob. na przykład tabelę 19 zaskarżonej decyzji). Tymczasem brak preinstalowania Google Chrome w Chinach odbija się w istotny sposób na danych dotyczących EOG. Preinstalacja Google Chrome

obejmowała praktycznie wszystkie urządzenia Google Android w EOG, podczas gdy w porównaniu z nią preinstalacja wspólna z inną przeglądarką miała mniejsze znaczenie pod względem zakresu i skuteczności. Uwagi Komisji w tej kwestii nie ulegają zatem podważeniu przez uwagi spółki Google.

– *W przedmiocie innych aplikacji*

466 Jeśli chodzi o aplikacje inne niż Google Search i Chrome, należące do pakietu GMS, i aplikacje konkurencyjne, należy stwierdzić, podobnie jak Komisja, że poświęcone im argumenty spółki Google są pozbawione znaczenia. Rzeczne inne aplikacje i aplikacje konkurencyjne nie są bowiem aplikacjami wyszukiwania ogólnego ani przeglądarkami, a zatem nie są przedmiotem nadużycia pozycji dominującej określonego w zaskarżonej decyzji.

iii) W przedmiocie podnoszonej sprzeczności między rozumowaniem dotyczącym PPP a twierdzeniem, że preinstalacja konkurencyjnych aplikacji nie daje korzyści

467 W drugiej kolejności spółka Google podnosi, że rozumowanie zapisane w zaskarżonej decyzji w przedmiocie PPP przeczy twierdzeniu, zgodnie z którym producenci oryginalnych urządzeń nie mieli interesu w preinstalowaniu aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego i do nawigacji obok aplikacji spółki Google.

468 W tym względzie należy, przede wszystkim, przypomnieć treść spornych twierdzeń.

469 W pierwszym rzędzie, dochodząc do wniosku, że porozumień w sprawie preinstalowania zawieranych z producentami oryginalnych urządzeń nie można porównywać pod względem zasięgu i skuteczności z porozumieniami w sprawie preinstalowania aplikacji Google Search na urządzeniach GMS, Komisja uznała – między innymi – że jest „mało prawdopodobne”, by producenci oryginalnych urządzeń preinstalowali jedną lub szereg innych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych poza obowiązkową aplikacją Google Search. Wniosek ten wynika w szczególności z faktu, że producenci oryginalnych urządzeń musieli wyważyć potencjalne przychody, jakie uzyskaliby dzięki takiej innej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej, z kosztami tego rodzaju czynności i innymi kosztami związanymi z czynnikami takimi, jak jakość interakcji z urządzeniem i wsparcie (motywy 823, 824 zaskarżonej decyzji).

470 W celu wyjaśnienia tego wniosku Komisja wskazała, że wzięła pod uwagę następujące elementy:

- po pierwsze, udział w potencjalnych przychodach, jaki producenci oryginalnych urządzeń uzyskają z zainstalowania jednego lub większej liczby innych aplikacji poza aplikacją Google Search, jest niewielki ze względu na przekraczający 90% udział w rynku posiadany przez spółkę Google na większości krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych w EOG oraz fakt, że Google jest zawsze definiowany domyślnie we wszystkich innych głównych punktach wejścia, w szczególności w przeglądarkach (motyw 825 zaskarżonej decyzji);
- po drugie, producenci oryginalnych urządzeń musieliby ponieść koszty transakcyjne w celu uzyskania takich porozumień w sprawie preinstalowania, a koszty te, przy niewielkiej liczbie urządzeń, prawdopodobnie nie byłyby uzasadnione (motyw 826 zaskarżonej decyzji);
- po trzecie, producenci oryginalnych urządzeń muszą również uwzględnić okoliczność, że ponieważ pakiet GMS zawiera od 12 do 30 aplikacji, mogłyby pojawić się aplikacje

zdublowane, co z kolei mogłoby pogorszyć jakość interakcji użytkownika z urządzeniem (motywy 827–829 zaskarżonej decyzji).

- 471 Podobnie, Komisja doszła do wniosku, że porozumień w sprawie preinstalowania z producentami oryginalnych urządzeń nie można porównywać pod względem zasięgu i skuteczności z preinstalacją przeglądarki Chrome na urządzeniach GMS, ponieważ uznała – między innymi – że producenci oryginalnych urządzeń byłiby „niechętni” preinstalowaniu aplikacji, które powielająby aplikacje już zainstalowane, ze względu na problemy z przestrzenią dyskową na niektórych urządzeniach (motywy 932, 933 zaskarżonej decyzji).
- 472 W drugim rzędzie w części zaskarżonej decyzji poświęconej PPP Komisja wielokrotnie wskazywała na interes producentów oryginalnych urządzeń w uzyskaniu takich porozumień:
- „bez wypłaty udziału w przychodach z portfela producenci oryginalnych urządzeń [...] mieli interes handlowy w preinstalowaniu konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych na przynajmniej niektórych ze swoich urządzeń Google Android” (motyw 1208 pkt 1 zaskarżonej decyzji);
 - preinstalowanie konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych umożliwiłoby producentom oryginalnych urządzeń „oferowanie zróżnicowanych produktów” (motyw 1213 zaskarżonej decyzji);
 - „preinstalowanie innych ogólnych wyszukiwarek internetowych obok Google zwiększyłoby ruch napływający do tych usług” (zob. motyw 1214 zaskarżonej decyzji, w którym cytuje się Yahoo!, Qwant, Microsoft, Yandex i Seznam);
 - producenci oryginalnych urządzeń zawarliby porozumienia w celu preinstalowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych na urządzeniach lub zdefiniowania ich jako usług domyślnych (motyw 1219 zaskarżonej decyzji);
 - porozumienie między Mozillą a konkurencyjną wyszukiwarką internetową „wskazuje, że Mozilla uważa, iż producenci oryginalnych urządzeń [...] mają interes handlowy w preinstalowaniu przeglądarki Mozilli z ustawioną domyślnie konkurencyjną ogólną wyszukiwarką internetową na przynajmniej niektórych urządzeniach działających pod Androidem” (motyw 1220 zaskarżonej decyzji).
- 473 Wbrew temu, co twierdzi spółka Google, nie można uznać, że te dwa argumenty sobie nawzajem przeczą. W pierwszej kolejności Komisja bada bowiem prawdopodobieństwo lub motywację producentów oryginalnych urządzeń do negocjowania porozumień w sprawie preinstalowania z konkurentami aplikacji Google Search lub Chrome, które są preinstalowane na urządzeniach GMS na podstawie UDAM. Komisja nie kwestionuje przy tym, że owi producenci oryginalnych urządzeń mogą mieć interes handlowy w negocjowaniu takich porozumień, na który wskazuje się, w szczególności, w przypadku PPP. Ten interes handlowy należy jednak pogodzić z innymi czynnikami przywołanymi w rozumowaniu Komisji w odniesieniu do pierwszego pakietu (niewielki pozostały udział rynkowy dla drugiej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej, koszty transakcyjne, trudności związane z dublowaniem aplikacji w zakresie jakości interakcji użytkownika z urządzeniem i pojemności dyskowej) i drugiego pakietu (problemy związane z przestrzenią dyskową).

474 Z powyższego wynika, że należy oddalić zastrzeżenie dotyczące sprzeczności między rozumowaniem zawartym w zaskarżonej decyzji w przedmiocie PPP i twierdzeniami Komisji, zgodnie z którymi jest mało prawdopodobne, by producenci oryginalnych urządzeń preinstalowali aplikacje ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjne wobec aplikacji Google Search, lub że producenci oryginalnych urządzeń byłiby niechętni do preinstalowania aplikacji służących do nawigacji, konkurencyjnych wobec Chrome.

iv) W przedmiocie interesu producentów oryginalnych urządzeń w preinstalowaniu konkurencyjnych aplikacji

475 W trzeciej kolejności spółka Google podnosi, że zaskarżona decyzja na poparcie twierdzenia, zgodnie z którym „jest mało prawdopodobne, by producenci oryginalnych urządzeń preinstalowali dodatkową aplikację ogólnej wyszukiwarki internetowej poza obowiązkową aplikacją Google Search” (motyw 824 zaskarżonej decyzji, zwane dalej „kwestionowanym twierdzeniem”), wskazuje cztery powody, mianowicie istnienie przeszkód związanych z jakością interakcji użytkownika z urządzeniem, problemy dotyczące przestrzeni dyskowej, koszty transakcyjne oraz brak korzyści finansowych związanych z preinstalacją. Tymczasem z uwagi na to, że producenci oryginalnych urządzeń w rzeczywistości preinstalują na urządzeniach GMS aplikacje konkurencyjne, żaden z tych powodów nie jest poparty dowodami, a zatem kwestionowane twierdzenie jest błędne.

476 Analiza tej argumentacji wymaga, aby wpiąć ją w kontekście.

477 Po pierwsze, kwestionowane twierdzenie opiera się bowiem na przedstawionym w tym samym motywie 824 zaskarżonej decyzji założeniu, że decyzja o preinstalacji aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej konkurującej z aplikacją Google Search wynika z wyważenia przez producenta oryginalnych urządzeń, z jednej strony, przychodów potencjalnie generowanych przez dodatkową aplikację, a z drugiej strony, kosztów tej operacji i jej skutków dla jakości interakcji użytkownika z urządzeniem lub dla wsparcia technicznego. Kwestionowane twierdzenie dotyczy zatem przede wszystkim interesu producentów oryginalnych urządzeń w preinstalowaniu aplikacji konkurencyjnej wobec aplikacji Google Search lub, tytułem uzupełniającym, wobec przeglądarki Chrome ustawionej domyślnie na ogólną wyszukiwarkę internetową Google Search, a nie jakiegokolwiek innej aplikacji spośród objętych pakietem GMS, w szczególności tych, które nie są związane z funkcją ogólnej wyszukiwarki internetowej.

478 W konsekwencji okolicznościami faktycznymi istotnymi dla oceny zasadności kwestionowanego twierdzenia są te okoliczności, które dotyczą aplikacji realizujących funkcje ogólnej wyszukiwarki internetowej, a nie aplikacji innego rodzaju.

479 Po drugie, kwestionowane twierdzenie stanowi jedynie pierwsze z pięciu wyjaśnień wskazanych przez Komisję na poparcie twierdzenia, że wbrew temu, co spółka Google twierdziła w toku postępowania administracyjnego, „porozumień w sprawie preinstalowania z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych nie można porównywać pod względem zasięgu i skuteczności z preinstalacją aplikacji Google Search na urządzeniach GMS” (motyw 823 zaskarżonej decyzji).

480 Spółka Google nie kwestionuje następujących wyjaśnień:

- UDAM uniemożliwił producentom oryginalnych urządzeń preinstalowanie na zasadzie wyłączności aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej konkurencyjnej wobec Google Search

na urządzeniach Google Android; konkurenci spółki Google zostali zatem pozbawieni możliwości uzyskania warunków lepszych niż określone przez UDAM; w praktyce bowiem producent oryginalnych urządzeń, który zgodziłby się na taką wyłączną preinstalację konkurencyjnej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej, nie mógłby oferować Play Store ani innych aplikacji należących do pakietu GMS (motywy 830, 831 zaskarżonej decyzji);

- UDAM uniemożliwił również operatorom sieci mobilnych zwrócić się do producentów oryginalnych urządzeń o preinstalowanie na urządzeniach Google Android wyłącznie aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej konkurencyjnej wobec aplikacji Google Search, ponieważ prawie wszyscy producenci oryginalnych urządzeń zawarli UDAM, a zatem zobowiązali się do preinstalowania aplikacji Google Search na urządzeniach GMS (motywy 832 zaskarżonej decyzji);
- PPP zawarte z niektórymi producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych wiązały się z preinstalacją na zasadzie wyłączności aplikacji Google Search na od [80%–90%] do [50%–60%] urządzeń Google Android sprzedanych w EOG w latach 2011–2016, co pozbawiało konkurentów spółki Google możliwości preinstalowania ich aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej obok aplikacji Google Search (motywy 833 i pkt 13.4.2.1 zaskarżonej decyzji);
- Główny konkurent Google Search, Bing, w latach 2011–2016 nie mógł być preinstalowany na jakichkolwiek urządzeniach Google Android, z wyjątkiem jednego modelu urządzenia wypuszczonego w Stanach Zjednoczonych w 2011 r. (motyw 834, motyw 789 pkt 8 zaskarżonej decyzji).

481 Argumenty spółki Google dotyczące kwestionowanego twierdzenia należy zbadać w tym właśnie kontekście faktycznym, który uwzględnia zasięg i skuteczność preinstalowania aplikacji Google Search na urządzeniach GMS w świetle różnych porozumień zawartych przez spółkę Google w ramach jej ogólnej strategii mającej na celu konsolidację i utrzymanie jej udziałów w rynku Internetu mobilnego w ramach EOG. W ramach oceny interesu producentów oryginalnych urządzeń w preinstalowaniu konkurencyjnych aplikacji spółka Google zasadniczo kwestionuje poszczególne powody wskazane przez Komisję (zob. pkt 475 powyżej), a mianowicie potencjalne przychody i koszty transakcyjne, a także zagadnienia związane z jakością interakcji użytkownika z urządzeniem i przestrzenią dyskową.

– *W przedmiocie potencjalnych przychodów*

482 W ramach oceny prawdopodobieństwa preinstalacji przez producenta oryginalnych urządzeń dodatkowej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej oprócz aplikacji Google Search w odniesieniu do urządzeń GMS, Komisja zauważa, że „odsetek potencjalnych przychodów, jakie producenci oryginalnych urządzeń osiągają z jednej lub większej liczby dodatkowych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych, jest niewielki, zważywszy, że spółka Google posiada 90% udziałów na większości rynków krajowych, a także, jak wyjaśniono w motywie 796 [zaskarżonej decyzji], Google jest ponadto ustawiony domyślnie dla innych głównych punktów wejścia, zwłaszcza dla przeglądarek” (motyw 825 zaskarżonej decyzji).

483 Spółka Google kwestionuje to wyjaśnienie z następujących powodów:

- zgodnie z zaskarżoną decyzją równie efektywni konkurenci mogliby uzyskać 22,5% poleceń wyszukiwania, gdyby byli preinstalowani obok Google i określone domyślnie w punktach wejścia do przeglądarek (motyw 1226 pkt 2 zaskarżonej decyzji); konkurenci ci mogliby zatem

dzielić przychody z tych poleceń z producentami oryginalnych urządzeń („pierwszy kontrargument”);

- twierdzenie, zgodnie z którym „Google jest zawsze ustawiany domyślnie w innych głównych punktach wejścia, w szczególności w przeglądarkach” (motyw 825 zaskarżonej decyzji), jest błędne, ponieważ „UDAM nigdy nie wymagała, aby Google [Search] był ustawiany domyślnie na konkurencyjnych przeglądarkach”, a zaskarżona decyzja odsyła tutaj do dowodów dotyczących ustawień domyślnych na urządzeniach innych niż Android (zob. motyw 796 pkt 2, który odnosi się do przeglądarek na urządzeniach iOS lub na komputerach przenośnych), które nie mają z tym zagadnieniem żadnego związku; ponadto w innych fragmentach zaskarżonej decyzji znajdują się odniesienia do wersji UDAM, która nie wymagała jednak domyślnego ustawienia w przeglądarkach i która w każdym razie została wycofana (motyw 185) („drugi kontrargument”);
- odniesienia w innych fragmentach zaskarżonej decyzji do oświadczeń dwóch przedsiębiorstw, zgodnie z którymi konkurencyjne przeglądarki nie można było konfigurować jako domyślnych (motyw 935 zaskarżonej decyzji), nie zostały potwierdzone; żadne z tych przedsiębiorstw nie było stroną UDAM, a jedno z nich wyjaśniło, że „Chrome [mógł] współistnieć z przeglądarkami producentów oryginalnych urządzeń i nie [było] wymogu, aby był on przeglądarką domyślną”; twierdzeniom tym zaprzeczają również producenci oryginalnych urządzeń, którzy podobnie jak Huawei zdefiniowali jako domyślną przeglądarkę konkurencyjną („trzeci kontrargument”);
- twierdzenie, że producenci oryginalnych urządzeń nie mają interesu w preinstalowaniu konkurencyjnych aplikacji, ponieważ znaczna część przypadków użycia w zakresie wyszukiwania trafiałaby do Google, oznacza, że aplikacje te są mniej atrakcyjne, a to prowadzi do ochrony konkurentów mniej skutecznych („czwarty kontrargument”).

484 Kontrargumenty te nie są jednak w stanie podważyć kwestionowanego twierdzenia.

485 Jak już bowiem wskazano, spółka Google nie kwestionuje tego, że w konsekwencji postanowień UDAM żadna aplikacja ogólnej wyszukiwarki internetowej konkurencyjna w stosunku do aplikacji Google Search nie mogła uzyskać preinstalacji na zasadzie wyłączności na urządzeniach Google Android (motywy 830–832 zaskarżonej decyzji). Na tych urządzeniach możliwa była tylko preinstalacja wspólna.

486 W praktyce należy ponadto zauważyć, że ze względu na samą tylko UDAM spółka Google zapewniła sobie preinstalację, która pozostawała wyłączna, o ile producenci oryginalnych urządzeń nie zdecydowali się na wspólne zainstalowanie innej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej.

487 W odróżnieniu od preinstalacji bezpośrednio uzyskiwanej przez spółkę Google na podstawie UDAM, ów producent oryginalnych urządzeń lub konkurent Google musiał uwzględnić inne parametry, aby preinstalować lub uzyskać preinstalację innej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej.

488 W tym kontekście odsetek potencjalnych przychodów, który mógłby pochodzić z preinstalacji jednej lub większej liczby dodatkowych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych, nie był porównywalny pod względem zasięgu i skuteczności z odsetkiem wynikającym z UDAM i mógł być co najwyżej ograniczony.

- 489 Jak podnosi Komisja w motywach 825 i 830 zaskarżonej decyzji, wynika to przede wszystkim z faktu, że ogólna wyszukiwarka internetowa Google jest liderem sektora z dużymi i stabilnymi udziałami rynkowymi przekraczającymi 90% w większości państw EOG, i to od 2008 r. (zob. motywy 683, 684 zaskarżonej decyzji). Należy również wziąć pod uwagę powszechną znajomość znaku towarowego Google, z której ta ogólna wyszukiwarka internetowa korzysta (zob. motywy 712, 812, 830 zaskarżonej decyzji). Spółka Google nie kwestionuje żadnego z tych twierdzeń.
- 490 Kwestionuje raczej twierdzenie znajdujące się pod koniec motywu 825 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym nawet w przypadku preinstalacji konkurencyjnej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej na urządzeniach GMS „Google pozostałby domyślnie zdefiniowany w innych głównych punktach wejścia, w szczególności w przeglądarkach”. W drugim kontrargumencie spółka Google podnosi bowiem, że twierdzenie to jest błędne, po pierwsze dlatego, że „UDAM nigdy nie wymagała, aby Google [Search] był ustawiany domyślnie na konkurencyjnych przeglądarkach”, a po drugie dlatego, że twierdzenie to opiera się na dowodach dotyczących ustawień domyślnych na urządzeniach innych niż Android (zob. motyw 796 pkt 2 zaskarżonej decyzji, która mówi o urządzeniach iOS, komputerach osobistych wyposażonych w Chrome i komputerach osobistych wyposażonych w Safari, Operę lub Firefoxa).
- 491 Jeśli chodzi o dwa pierwsze argumenty podniesione w ramach kontrargumentu drugiego, należy przede wszystkim zaznaczyć, że w zaskarżonej decyzji nie stwierdzono, iż domyślne ustawienie ogólnej wyszukiwarki internetowej Google Search w innych głównych punktach wejścia wynikało z UDAM. Rozpatrywane w tym kontekście, twierdzenie znajdujące się pod koniec motywu 825 zaskarżonej decyzji daje raczej do zrozumienia, jak Komisja podnosi w odpowiedzi na skargę, że spółka Google wykorzystywała szereg środków, znajdujących się w jej dyspozycji, aby skłonić producentów oryginalnych urządzeń do ustawienia Google Search jako domyślnej ogólnej wyszukiwarki internetowej w innych punktach wejścia niż w samej tylko preinstalowanej aplikacji Google Search.
- 492 Wprawdzie, jak podnosi spółka Google, pewne dowody przywołane w zaskarżonej decyzji w celu wykazania wagi korzystania z Google Search do wyszukiwań ogólnych nie dotyczą urządzeń GMS, lecz urządzeń iOS, komputerów osobistych wyposażonych w Chrome lub PC wyposażonych w przeglądarki Safari, Opera lub Firefox, w każdym wypadku ustawionych domyślnie na Google Search (zob. motyw 796 pkt 2 zaskarżonej decyzji), wykazano też, że również w przypadku urządzeń GMS, nawet w razie preinstalacji konkurencyjnej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej, Google Search pozostałby domyślnie zdefiniowany w innych głównych punktach wejścia, w szczególności w przeglądarkach.
- 493 Jak bowiem wynika z motywów 818 i 973 zaskarżonej decyzji, Spółka Google nie pozwala na domyślne ustawienie na Chrome ogólnej wyszukiwarki internetowej innej niż Google Search. Takiego ustawienia domyślnego producent oryginalnych urządzeń nie może zmienić.
- 494 Podobnie z odpowiedzi na środki organizacji postępowania wynika, że na większości przeglądarek preinstalowanych obok Chrome lub chociażby pobranych, domyślną ogólną wyszukiwarką internetową był Google Search. Tak było w przypadku Samsunga, Mozilli i UC Web browser, czy też w EOG w przypadku Opery. Rzeczne ustawienie domyślne było konsekwencją PPP lub porozumienia o równoważnej treści zawartego między spółką Google a zainteresowanym przedsiębiorstwem, które skutkowało zmniejszeniem interesu finansowego, jaki producent oryginalnych urządzeń mogłoby mieć w preinstalowaniu aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej konkurencyjnej dla Google Search.

- 495 Różne środki wdrożone przez spółkę Google w ramach ogólnej strategii mającej na celu konsolidację i utrzymanie jej pozycji na rynkach wyszukiwania ogólnego, w szczególności dokonywanego z urządzeń mobilnych z Internetem, umożliwiały jej uzyskanie dzięki ogólnej wyszukiwarce internetowej Google Search, na prawie wszystkich rynkach krajowych w ramach EOG w 2016 r., udziału w rynku od dwóch do pięciu razy większego od łącznego udziału w rynku wszystkich pozostałych ogólnych wyszukiwarek internetowych (zob. motyw 796 pkt 1 zaskarżonej decyzji).
- 496 W konsekwencji, biorąc pod uwagę te uwagi dotyczące okoliczności faktycznych, należy uznać, że twierdzenie znajdujące się pod koniec motywu 825 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym nawet w przypadku preinstalacji konkurencyjnej aplikacji ogólnej wyszukiwarki internetowej na urządzeniach GMS „Google pozostałby domyślnie zdefiniowany w innych głównych punktach wejścia, w szczególności w przeglądarkach”, nie jest błędne.
- 497 W każdym razie, jeśli chodzi o trzeci argument podniesiony w ramach kontrargumentu drugiego, należy inaczej spojrzeć na znaczenie zawartych w zaskarżonej decyzji odniesień do postanowień UDAM dotyczących ustawień domyślnych, cytowanych przez spółkę Google, które zostały źle zinterpretowane i w każdym razie zostały usunięte, ponieważ odniesienia te nie mają wpływu na powyższe rozumowanie. W tych okolicznościach skierowane przeciwko nim kontrargumenty ze strony Google stają się bezskuteczne.
- 498 Co prawda, w innych miejscach zaskarżonej decyzji niż motyw 825, Komisja wskazała, że treść niektórych wersji UDAM pozwalała sądzić, iż wymagają one od producentów oryginalnych urządzeń ustawienia jako domyślnej ogólnej wyszukiwarki internetowej Google Search w odniesieniu do wszystkich punktów dostępu do wyszukiwania na urządzeniach GMS (zob. motyw 185, w którym wskazano również, że od października 2014 r. spółka Google zlikwidowała ten obowiązek).
- 499 Należy jednak stwierdzić, że ze względów wskazanych przez spółkę Google w toku postępowania administracyjnego nie jest już kwestionowane, iż te postanowienia umowne nie wymagały od producentów oryginalnych urządzeń, aby domyślnie ustawiali Google Search w odniesieniu do wszystkich wyszukiwań przeprowadzanych z przeglądarki preinstalowanej na urządzeniu Google Android. Według tego, co wskazuje spółka Google, a czego Komisja nie podważa, rozpatrywana klauzula miała na celu rozwiązanie konfliktów, które mogłyby mieć miejsce wtedy, kiedy polecenie ogólnego wyszukiwania, wysłane z dowolnej aplikacji, podlegałoby wykonaniu przez więcej niż jedną aplikację wyszukiwania ogólnego.
- 500 A zatem nawet jeśli Komisja zasadnie podnosi, że z akt sprawy wynika, iż mogła istnieć pewna niejednoznaczność co do rzeczywistego zakresu normowania tych postanowień umownych na początku okresu naruszenia (zob. po pierwsze motywy 1228–1238, a po drugie motyw 1230 zaskarżonej decyzji, pod kątem analizy PPP dla portfela), nie zmienia to faktu, że wyjaśnienia przedstawione w tym względzie przez spółkę Google są przekonujące i pozwalają wyjaśnić ich rację bytu. W tym względzie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść przedsiębiorstwa, któremu zarzuca się naruszenie prawa.
- 501 Jeśli chodzi o pierwszy kontrargument, odesłanie – poczynione w analizie zagadnienia, czy PPP dla portfela mają charakter nadużycia, należącej do zarzutu trzeciego – do hipotezy, zgodnie z którą jeden lub szereg hipotetycznych konkurentów równie efektywnych jak spółka Google mogłyby zdobyć udział w wielkości 22,5% poleceń wyszukiwania ogólnego, „gdyby konkurenci byli preinstalowani obok aplikacji Google, a także ustawieni domyślnie w punktach wejścia

- przeglądarek”, nie podważa rozumowania Komisji krytykowanego przez spółkę Google. Zakładając bowiem, że taka hipoteza jest do przyjęcia w ramach oceny „odsetka potencjalnych przychodów, który producenci oryginalnych urządzeń mogliby uzyskiwać z preinstalacji jednej lub większej liczby dodatkowych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych”, to jednak przychody te trudno byłoby porównać z przychodami uzyskiwanymi przez spółkę Google, a to ze względu na przewidziane przez UDAM warunki preinstalacji.
- 502 Co do zasady, aby zgodzić się na preinstalowanie wspólnie jednej lub kilku innych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych obok aplikacji preinstalowanych na podstawie UDAM, producenci oryginalnych urządzeń żądaliby od konkurenta Google wynagrodzenia. Biorąc zaś pod uwagę samą obecność aplikacji Google Search i Chrome, nie wspominając nawet o wypłatach przyznanych w celu uzyskania wyłączności w ramach PPP dla portfela, to, co konkurent Google mógłby zaproponować w tym względzie, biorąc pod uwagę przychody, na które mógłby on liczyć z tytułu tej wspólnej preinstalacji, nie byłoby interesujące.
- 503 W odniesieniu do kontrargumentu trzeciego Komisja przypomina słusznie, że nawet przy założeniu, iż producent oryginalnych urządzeń na urządzeniach GMS dokona preinstalacji również przeglądarki konkurencyjnej wobec Chrome, nie mógłby on jej zdefiniować jako przeglądarki domyślnej.
- 504 Jak wynika bowiem z odpowiedzi na środki organizacji postępowania, spółka Google nie kwestionuje tego, że na podstawie UZF i DDK, jeśli na urządzeniu Android jest zainstalowana więcej niż jedna przeglądarka, nie wolno żadnej z tych przeglądarek ustawić jako domyślnej.
- 505 Tymczasem w odniesieniu do urządzeń Google Android, biorąc pod uwagę, że na podstawie UDAM producent oryginalnych urządzeń, aby móc otrzymać pakiet GMS, był zobowiązany do preinstalacji Chrome, motyw 935 zaskarżonej decyzji stwierdza zatem prawidłowo, że biorąc pod uwagę łączne skutki tego porozumienia z wyżej wymienionymi postanowieniami, „nawet gdyby zainstalowano przeglądarkę konkurencyjną, nie można by jej ustawić jako przeglądarki domyślnej”.
- 506 W tym względzie, wbrew temu, co twierdzi spółka Google i jak już wskazano w pkt 462 i 463 powyżej, w celu podważenia kwestionowanej oceny nie można skutecznie powoływać się na oświadczenia złożone przez określone przedsiębiorstwa.
- 507 I tak, wiadomość elektroniczna spółki Google z dnia 27 marca 2013 r., skierowana do jednego z głównych producentów oryginalnych urządzeń, wskazuje na istniejącą w takim przypadku konieczność umożliwienia przez niego użytkownikowi wyboru pomiędzy przeglądarką preinstalowaną owego producenta, a Google Chrome.
- 508 Zatem, oświadczenie złożone przez Orange w wiadomości elektronicznej z dnia 3 sierpnia 2012 r., zgodnie z którym „Chrome może współistnieć z przeglądarkami producentów, a spółka Google nie narzuca go jako przeglądarki domyślnej”, wskazuje po prostu, że UDAM nie zobowiązywał producentów oryginalnych urządzeń do ustawienia Chrome jako przeglądarki domyślnej, a przeglądarka ta może zatem współistnieć z innymi przeglądarkami (zob. pkt 463 powyżej).
- 509 Oświadczenia złożone przez inne przedsiębiorstwo w 2013 r. (motyw 935 pkt 2 zaskarżonej decyzji) sytuują się zatem w kontekście, w którym – jak podnosi Komisja – producenci oryginalnych urządzeń i, następnie, operatorzy sieci mobilnych nie mogą ustawić jako domyślnej

przeglądarki konkurencyjnej. Komisja mogła na podstawie tych oświadczeń uznać, jak uczyniła to w motywie 935 zaskarżonej decyzji, że „nawet gdyby zainstalowano też przeglądarkę konkurencyjną, nie można by jej ustawić jako przeglądarki domyślnej” (zob. pkt 462 powyżej).

- 510 Co się tyczy oświadczenia złożonego przez Huawei w 2015 r., będącego odpowiedzią wstępną złożoną przez jednego z jego pracowników, zgodnie z którym „przeglądarka Huawei jest wstępnie załadowana na wszystkich inteligentnych telefonach na rynku EOG jako domyślna przeglądarka systemowa”, jego treść pozostaje niejasna (zob. pkt 463 powyżej). Jak podnosi Komisja, trudno jest dowiedzieć się, co autor odpowiedzi uważa za „domyślną przeglądarkę systemową”, biorąc pod uwagę wymogi DDK, zgodnie z którymi producentom oryginalnych urządzeń nie wolno było ustawić przeglądarki konkurencyjnej jako domyślnej. Przeglądarki Huawei nie można było zatem, co do zasady, określić jako przeglądarki domyślnej, gdyby była preinstalowana na urządzeniu, na którym jest preinstalowany również Chrome, przynajmniej w znaczeniu określonym przez DDK. Dlatego też, jak również podnosi Komisja, jest prawdopodobne, że wyrażenie „domyślna przeglądarka systemowa” odnosi się po prostu do faktu, że przeglądarka Huawei była „wstępnie załadowana”, czyli preinstalowana na urządzeniach Google Android.
- 511 Podobnie nie można przywiązywać decydującego znaczenia do treści pisma spółki Opera, przekazanego z własnej inicjatywy Komisji w dniu 31 maja 2017 r., w którym wskazano, że „niektórzy producenci oryginalnych urządzeń Android zgodzili się na preinstalowanie Opery i ustawienie jej jako domyślnej przeglądarki na swoich urządzeniach i domyślne umieszczenie jej w widocznym miejscu na ekranie głównym”. Rzeczone pismo przeczy bowiem wcześniejszym wyjaśnieniom spółki Opera, przekazanym w odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji z dnia 19 października 2015 r., w którym podmiot ów wskazuje ze swej strony, „że dostępność przeglądarki Chrome jako domyślnej aplikacji przeglądarkowej, preinstalowanej i dostępnej na ekranie głównym telefonów Android, ogranicza zdolność Opery do konkurencyjności o pozycję domyślną na wszystkich urządzeniach Android” (zob. motyw 925 pkt 2 zaskarżonej decyzji).
- 512 W tym względzie Opera wyjaśnia zmianę swego stanowiska, wskazując w uwagach interwenienta, że o ile w 2015 r. rozumiała sytuację w ten sposób, że „UDAM wymagała od producentów oryginalnych urządzeń nie tylko preinstalowania Chrome, ale również ustawiania jej jako przeglądarki domyślnej i zapewnienia jej umieszczenia na pierwszym planie na ekranie głównym urządzeń Android”, o tyle w 2017 r. dowiedziała się, że „jej interpretacja w sposób oczywisty nie odpowiadała warunkom preinstalowania określonym w UDAM[;] UDAM wymaga[ły] jedynie, aby Chrome był preinstalowany w katalogu”. Takie wyjaśnienie rzeczywiście ma sens, ponieważ warunki preinstalowania określone w UDAM nie wymagały w przypadku wspólnej preinstalacji ustawienia domyślnego jednej przeglądarki ze szkodą dla innej (zob. pkt 491 powyżej).
- 513 Jednakże, jak słusznie zauważa Komisja, ustawienie domyślne konkurencyjnej przeglądarki w przypadku wspólnej preinstalacji z Chrome nie było możliwe ze względu na łączne skutki UDAM i DDK. Domyślne ustawienie preinstalowanej przeglądarki konkurencyjnej było możliwe dopiero w drodze czynności użytkownika na późniejszym etapie. Ponadto w uwagach interwenienta Opera nie powołuje się już na preinstalację swojej przeglądarki wraz z ustawieniem „w charakterze przeglądarki domyślnej” i umieszczenie na ekranie głównym, lecz jedynie na preinstalację swojej przeglądarki z umieszczeniem na ekranie głównym.
- 514 Jeśli chodzi o czwarty kontrargument, nie można zgodzić się z twierdzeniem spółki Google, że kwestionowana ocena oznaczałaby, iż konkurencyjne aplikacje wyszukiwarek internetowych były mniej atrakcyjne dla użytkowników lub że pochodziły one od mniej skutecznych konkurentów. Jak

już bowiem wskazano (zob. pkt 294 powyżej), zaskarżona decyzja przedstawia powody, dla których w niniejszym przypadku nie można przyjąć takiego założenia, z uwagi na wartość, jaką różne rozwiązania techniczne proponowane przez konkurentów spółki Google stanowiły dla użytkowników lub dla innowacji.

515 Podsumowując, z powyższego wynika, że nie można podważać oceny Komisji, zgodnie z którą z preinstalowania równoległe z aplikacją Google Search jednej lub kilku konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych producenci oryginalnych urządzeń mogli uzyskać jedynie ograniczone przychody.

– *W przedmiocie kosztów transakcyjnych*

516 W drugiej kolejności spółka Google kwestionuje twierdzenie, zgodnie z którym koszty transakcyjne zniechęcają producentów oryginalnych urządzeń do negocjowania porozumień w sprawie preinstalowania z innymi ogólnymi wyszukiwarkami internetowymi, ponieważ „są małe szanse, aby koszty te były uzasadnione przy niewielkiej liczbie urządzeń” (motyw 826 zaskarżonej decyzji). Żaden dowód nie pozwala bowiem na uzasadnienie lub określenie liczbowe tych kosztów transakcyjnych ani też na ustalenie powodu, dla którego koszty te miałyby przypadać jedynie na niewielką liczbę urządzeń. Jedyne przywołane w tym względzie dowód, a mianowicie wewnętrzna wiadomość elektroniczna spółki Google z 2012 r., dotycząca rozmów z producentami oryginalnych urządzeń na temat podziału przychodów uzyskiwanych z Play Store na telewizorach i urządzeniach mobilnych (zob. motyw 1222 pkt 2 zaskarżonej decyzji), jest niewystarczający.

517 Zdaniem Komisji, w zaskarżonej decyzji nie wyciąga się „żadnego ogólnego wniosku, zgodnie z którym koszty transakcyjne uniemożliwiają porozumienia dotyczące preinstalowania”, lecz stwierdza się jedynie, że ze względu na koszty transakcyjne jest mało prawdopodobne, by producenci oryginalnych urządzeń zawierali wiele porozumień przy niewielkich liczbach aparatów, niezależnie od tego, czy chodzi o porozumienia w sprawie preinstalowania, czy w sprawie podziału przychodów. Ponadto wewnętrzna wiadomość elektroniczna spółki Google z 2012 r. pokazuje, że spółka Google przyznaje istnienie takich kosztów transakcyjnych w swoim przypadku.

518 Z powyższego wynika, że strony główne są zgodne co do tego, iż twierdzenia dotyczące kosztów transakcyjnych nie można interpretować w ten sposób, że uniemożliwiają one zawieranie porozumień w sprawie preinstalowania. Należy raczej ustalić, czy koszty te powodują, że zawarcie porozumień w sprawie preinstalowania przy niewielkiej liczbie urządzeń jest mało prawdopodobne.

519 Samego dowodu przywołanego w tym względzie w zaskarżonej decyzji, a mianowicie wewnętrznej wiadomości elektronicznej spółki Google z 2012 r., podniesionej w motywie 826 i przytoczonej w motywie 1222 pkt 2, nie może uznać za wystarczający do wykazania istnienia przeszkody w negocjowaniu porozumień w sprawie preinstalowania.

520 Chodzi tu bowiem o jeden dokument, dość odległy w czasie od okresu naruszenia, a przy tym niebezpośredni, ponieważ dotyczy on trwających negocjacji między spółką Google a producentem oryginalnych urządzeń w kwestii podziału przychodów generowanych przez Play Store na telewizorach i urządzeniach mobilnych. Wskazówki, zgodnie z którymi porozumienie to dotyczyło liczby zakwalifikowanej jako „nieznacząca” w świetle zaangażowanych zasobów

i wypłat, których dokonywałaby spółka Google, są jednocześnie zbyt ogólne, ponieważ nie są one określone liczbowo, i jednocześnie zbyt specyficzne dla sytuacji spółki Google, aby można było je uogólnić na sytuację jej konkurentów.

521 Jak podnosi spółka Google, z akt sprawy nie wynika zatem, że wskazane w zaskarżonej decyzji koszty transakcyjne stanowiły przeszkodę w negocjowaniu umów dotyczących porozumień w sprawie preinstalowania między producentami oryginalnych urządzeń a dostawcami ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurujących z Google Search. Niemniej jednak, nawet jeśli koszty te nie stoją na przeszkodzie negocjowaniu takich porozumień, to jednak stanowią one parametr ekonomiczny, który producenci oryginalnych urządzeń uwzględniają przy ocenie ich wartości.

522 W tym właśnie kontekście należy rozpatrywać różne dowody i oceny przywołane w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do kosztów transakcyjnych.

– *W przedmiocie jakości interakcji użytkownika z urządzeniem*

523 W trzeciej kolejności spółka Google krytykuje twierdzenie, zgodnie z którym „zdublowanie zbyt dużej liczby aplikacji może mieć negatywny wpływ na jakość interakcji użytkownika z urządzeniem”, na przykład dlatego, że użytkownicy „będą wielokrotnie pytani o wybór aplikacji, z której chcą korzystać, lub określenie ich jako aplikacji domyślnych” (motywy 827, 828 zaskarżonej decyzji). W zaskarżonej decyzji nie wykazano bowiem, że wybór aplikacji wyszukiwania ogólnego lub przeglądarki zaszkodziłby jakości interakcji użytkownika z urządzeniem, a w rezultacie producenci oryginalnych urządzeń nie chcieliby preinstalować konkurencyjnych usług. W zaskarżonej decyzji nie wykazano również, że użytkownicy są „wielokrotnie pytani” o wybór, z której aplikacji wyszukiwania ogólnego lub przeglądarki chcieliby korzystać lub którą z nich ustawić jako domyślną. Ponadto preinstalacja konkurencyjnej aplikacji wyszukiwania ogólnego i konkurencyjnej przeglądarki nie prowadziłyby do zduplikowania „zbyt wielu aplikacji”, lecz jedynie Google Search i Chrome. Nie chodzi tu o „bloatware”, przy czym termin ten odnosi się do aplikacji, które są bezużyteczne lub są użyteczne jedynie w niewielkim stopniu.

524 Komisja ze swej strony przypomina, że na mocy UDAM producenci oryginalnych urządzeń muszą preinstalować pakiet od 12 do 30 aplikacji Google, a nie tylko aplikację Google Search i Chrome. W tym kontekście dublowanie zbyt dużej liczby aplikacji Google miałyby negatywny wpływ na jakość interakcji użytkownika z urządzeniem. Uwaga ta zachowuje istotność w odniesieniu do różnych aplikacji wchodzących w skład pakietu GMS, a nie konkretnie dla aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego i do nawigacji, konkurencyjnych wobec Google Search lub Chrome.

525 Z powyższego wynika, że strony główne zgadzają się co do tego, iż kontrargument dotyczący zdublowania aplikacji nie dotyczy, mówiąc ściśle, aplikacji Google Search i Chrome lub konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego i przeglądarek, ale raczej innych aplikacji, które wchodziły w skład pakietu GMS.

526 Dowody wymienione w tym względzie w motywach 827 i 828 zaskarżonej decyzji, a mianowicie wewnętrzna wiadomość elektroniczna spółki Google z dnia 10 stycznia 2012 r., wewnętrzna wiadomość elektroniczna spółki Google z dnia 17 stycznia 2014 r. dotycząca stanu rozmów między Google a producentem oryginalnych urządzeń oraz wiadomość elektroniczna od spółki Google do tego producenta oryginalnych urządzeń z dnia 18 kwietnia 2014 r., potwierdzają, że tak właśnie jest.

- 527 Ponadto, jeśli chodzi konkretnie o niedogodności, jakie może stanowić dla użytkownika fakt, że jest wielokrotnie pytany o wybór aplikacji ogólnego wyszukiwania lub przeglądarki, z której chce korzystać lub którą chce ustawić jako domyślną, należy zauważyć, że spółka Google podnosi, niespotykając się z zaprzeczeniem, iż takie pytanie może mieć miejsce tylko wtedy, gdy aplikacja zamierza uruchomić wyszukiwanie ogólne lub działanie w przeglądarce i w aplikacji tej nie określono ogólnej wyszukiwarki internetowej lub przeglądarki, którą powinna się posłużyć, a gdy do tego dochodzi, użytkownik może zazwyczaj wybrać, aby preferowana przezeń aplikacja była używana „zawsze”, i wtedy pytanie nie będzie się już wyświetlać. Spółka Google zauważa również, także w tym przypadku niespotykając się z zaprzeczeniem, że użytkownicy mogą w każdym razie z łatwością dezaktywować aplikacje Google Search i Chrome, tak że stałyby się one niewidoczne i przestały funkcjonować.
- 528 W związku z tym, jak podnosi spółka Google, z akt sprawy nie wynika, że instalacja dwóch lub więcej aplikacji wyszukiwania ogólnego i przeglądarek szkodzi jakości interakcji użytkownika z urządzeniem.
- *W przedmiocie przestrzeni dyskowej*
- 529 W czwartej kolejności spółka Google kwestionuje twierdzenie, zgodnie z którym „zdublowanie zbyt dużej liczby obowiązkowych aplikacji Google może spowodować w niektórych urządzeniach problemy z przestrzenią dyskową” (motywy 829, 933 zaskarżonej decyzji), ponieważ preinstalacja szeregu aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego i do nawigacji z pewnością nie może zapełnić przestrzeni dyskowej nowoczesnego urządzenia mobilnego. Wielkość pamięci urządzeń mobilnych wzrosła bowiem w sposób wykładniczy. Na przykład, Samsung Galaxy S9 był dostarczany z 64 GB pamięci wewnętrznej, S9 + z maksymalnie 256 GB, a HTC Desire dysponował wewnętrzną pamięcią flash o wielkości 512 MB, podczas gdy konkurencyjna aplikacja wyszukiwania ogólnego, taka jak Bing, zajmowała 2,9 MB w 2012 r. i 14 MB w 2016 r. Ponadto zgodnie z danymi przekazanymi przez International Data Corporation (IDC), w 2012 r. większość dostarczonych smartfonów Android posiadała przestrzeń dyskową wielkości co najmniej 4 GB, a w pierwszym półroczu 2017 r. 74% urządzeń posiadało przestrzeń dyskową o wielkości co najmniej 16 GB. Oświadczenia przytoczone w zaskarżonej decyzji nie mogą podważyć obiektywnego dowodu wielkości dostępnej przestrzeni dyskowej.
- 530 Zdaniem Komisji, w zaskarżonej decyzji nie stwierdzono, że problemy związane z przestrzenią dyskową urządzeń zasadniczo zniechęcają producentów oryginalnych urządzeń do preinstalowania konkurencyjnej aplikacji obok aplikacji Google Search lub przeglądarki Chrome. W zaskarżonej decyzji stwierdzono jedynie, że producenci oryginalnych urządzeń powinni zwracać uwagę na konsekwencje, jakie dla jakości interakcji użytkownika z urządzeniem niesie ze sobą zdublowanie preinstalowanej aplikacji Google, zważywszy na fakt, że zgodnie z UDAM powinni oni preinstalować pakiet 12–30 aplikacji Google, a zdublowanie zbyt dużej liczby rzeczonych aplikacji Google mogłoby rodzić problemy z przestrzenią dyskową niektórych urządzeń (motywy 827–829, 926 zaskarżonej decyzji).
- 531 Podobnie jak w przypadku poprzedniego zastrzeżenia, dotyczącego jakości interakcji użytkownika z urządzeniem, strony główne zgadzają się co do tego, że kontrargument dotyczący zdublowania aplikacji nie dotyczy, mówiąc ściśle, aplikacji Google Search i Chrome lub konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego i przeglądarek, ale raczej innych aplikacji, które wchodzą w skład pakietu GMS.

- 532 Jeśli chodzi o aplikacje ogólnych wyszukiwarek internetowych i biorąc pod uwagę rozwój technologiczny, pamięć inteligentnych urządzeń mobilnych oraz przykłady przedstawione przez spółkę Google, wydaje się, że zdublowanie tego rodzaju aplikacji nie stanowi problemu. Należy zaznaczyć w tym względzie, że oświadczenie Hutchison 3G, przywołane w tym względzie w motywie 829 zaskarżonej decyzji, dotyczy dublowania aplikacji w znaczeniu ogólnym, a nie dublowania aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych. Jak podnosi spółka Google, z akt sprawy nie wynika, że instalacja dwóch lub więcej aplikacji wyszukiwania ogólnego rodzi problemy w dziedzinie przechowywania danych.
- 533 W odniesieniu do przeglądarek należy jednak zauważyć, że spośród oświadczeń dwóch producentów oryginalnych urządzeń przytoczone w motywie 934 zaskarżonej decyzji pierwsze z nich wskazuje na prośby operatorów sieci mobilnych z sierpnia 2012 r., a drugie na decyzję o niepreinstalowaniu począwszy od 2012 r. własnej przeglądarki producenta z uwagi na obowiązkową preinstalację Chrome na podstawie UDAM. Można zatem sądzić, że oświadczenia te złożono w momencie, gdy przestrzeń dostępna w inteligentnych urządzeniach mobilnych była jeszcze stosunkowo ograniczona, co później uległo zmianie, jak pokazuje Google na przykładach dotyczących nowoczesnych urządzeń.
- 534 W konsekwencji, o ile nie zostało wykazane, że preinstalacja szeregu aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych stwarza problem z przestrzenią dyskową, o tyle okazuje się jednak, że niektórzy producenci oryginalnych urządzeń z powodu instalacji Chrome zrezygnowali z instalacji przeglądarek konkurencyjnych, przynajmniej w pierwszych latach naruszenia. Z akt sprawy wynika również, że przynajmniej od 2016 r. jeden z producentów oryginalnych urządzeń, cytowanych w motywie 934 zaskarżonej decyzji, mógł instalować na urządzeniach Google Android, obok Chrome, swoją własną przeglądarkę. Jak się wydaje, ograniczenie związane z przestrzenią dyskową szybko zatem zniknęło.
- 535 Kontynuując tę analizę, a zatem z uwzględnieniem stałego wzrostu pojemności pamięci urządzeń mobilnych, należy jednak wziąć pod uwagę również fakt, że aplikacje Google Search i Chrome były elementami pakietu, co znajdowało odbicie w zwiększeniu zajmowanej przestrzeni.
- 536 W tym właśnie kontekście należy rozpatrywać różne dowody i oceny przywołane w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do przestrzeni dyskowej.

– *Wnioski*

- 537 Z powyższego wynika, że, pomimo faktu, iż niektóre z zastrzeżeń podniesionych przez skarżące w odniesieniu do niektórych elementów uzasadnienia zaskarżonej decyzji pozwalają je złagodzić lub zmienić ich zakres, Komisja mogła uznać, że nawet jeśli dostawcy ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurujących z Google Search mieli swobodę zaoferowania producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych takiej samej preinstalacji, jak przyznana aplikacji Google Search i Chrome na urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG, z możliwości tej przez zdecydowaną większość okresu naruszenia nie korzystali, zaś brak takich preinstalacji można częściowo wyjaśnić połączonymi skutkami UDAM, PPP oraz UZF.
- 538 W tej kwestii różnica między sytuacją spółki Seznam, która nie zdołała, mimo swych wysiłków, uzyskać porozumień w sprawie preinstalowania na urządzeniach Google Android, i Opery, której udało się podpisać porozumienia w sprawie preinstalowania na tych urządzeniach, jest uderzająca,

przy czym różnica ta wynika z faktu, że pierwsza z nich starała się konkurować z ogólną wyszukiwarką internetową Google Search, podczas gdy druga z nich chciała korzystać z tej usługi, ustawiając ją jako domyślną na swojej przeglądarce.

c) Inne środki, poza preinstalacją, umożliwiające dotarcie do użytkowników

1) Argumenty stron

- 539 Spółka Google podnosi, że konkurenci mogą nie tylko swobodnie zapewnić sobie preinstalowanie przez producentów oryginalnych urządzeń ich ogólnych wyszukiwarek internetowych, skonfigurowanie ich przez owych producentów jako domyślnych i pozycjonowanie ich w sposób równy lub lepszy w porównaniu z preinstalowanymi aplikacjami Google, ale w przypadku ogólnych wyszukiwarek internetowych dysponują również, dzięki przeglądarce i możliwości pobierania, swobodnym dostępem do użytkowników. Nie pozwala to na wyciągnięcie wniosku, że warunki preinstalacji mogą zmniejszać liczbę użytkowników. Zachowanie użytkowników wskazuje, że konsekwentnie pobierają oni aplikacje, w tym konkurencyjne, których alternatywa jest preinstalowana na urządzeniu. Takie zwyczaje w zakresie pobierania przeczą twierdzeniu zapisanemu w zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym preinstalacja tworzy „efekt status quo”, zniechęcający użytkowników do wyszukiwania usług konkurencyjnych.
- 540 W pierwszej kolejności, co się tyczy pobierania aplikacji przez użytkowników, spółka Google zauważa, że pobieranie jest skutecznym środkiem dotarcia użytkowników, również w przypadku preinstalowania aplikacji konkurencyjnych. Dowody dotyczące aplikacji Google Search, Seznam, Naver i Yandex potwierdzają, że konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe są pobierane, o ile są atrakcyjne. Przeglądarki również osiągają wysokie współczynniki pobierania. Natomiast w porównaniu z tym dowody, na których opiera się zaskarżona decyzja, nie są wystarczające, aby stwierdzić, że pobieranie aplikacji jest nieskuteczne. Tak więc przytoczone odpowiedzi na wezwania do udzielenia informacji nie odzwierciedlają ogólnej treści otrzymanych odpowiedzi.
- 541 W konsekwencji ani ogólna niechęć użytkowników do pobierania aplikacji, dla których preinstalowana jest usługa konkurencyjna, ani nieefektywność pobierania aplikacji, nie mogą wyjaśniać stwierdzonych w zaskarżonej decyzji niskich współczynników pobierania konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego (motywy 808–810). Biorąc pod uwagę wysokie wskaźniki pobierania innych aplikacji konkurencyjnych, jest bardziej prawdopodobne, że wskazane słabe wskaźniki pobierania są wynikiem czynników niezwiązanych z UDAM, takich jak preferencje użytkowników na rzecz Google Search, jego jakość i wydajność, czy też fakt, że użytkownicy przeprowadzają wyszukiwania za pośrednictwem przeglądarki.
- 542 W drugiej kolejności spółka Google podnosi, że użytkownicy mogą łatwo i szybko uzyskać dostęp do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez przeglądarkę, bez pobierania aplikacji. Niektóre przeglądarki, takie jak Chrome, oferują już konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe, wyświetlając użytkownikom listy w formie rozwijanych menu z różnymi ogólnymi wyszukiwarkami internetowymi, umożliwiając im w ten sposób wybór jednej z nich jako usługi domyślnej. W zaskarżonej decyzji stwierdzono, że większość poleceń trafia do Google Search z przeglądarki, a nie z aplikacji Google Search [motyw 1234 pkt 3 lit. b)]. Znaczny udział Chrome w ogólnym korzystaniu z przeglądarek i ustawienie w nim Google Search jako domyślnej wyszukiwarki internetowej (motywy 818, 821 zaskarżonej decyzji) nie mają znaczenia dla sprawy. Istotne jest, że użytkownicy mają dostęp – i korzystają z niego – do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych za pośrednictwem Chrome w taki sam sposób, jak w każdej innej

przeglądarcze mobilnej. Użytkownicy mają zatem bez przeszkód dostęp do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez przeglądarkę, przy czym znaczna część wyszukiwań jest przeprowadzana właśnie w ten sposób.

543 Ponadto w ramach tej argumentacji spółki Google zarzuca zaskarżonej decyzji mylenie „przewagi konkurencyjnej” z „antykonkurencyjnym wykluczeniem”. Druga z tych okoliczności została wywnioskowana z pierwszej. Aby zaś zachowanie zostało uznane za nadużycie, Komisja powinna wykazać, że skutek w postaci wykluczenia „utrudnia czy wręcz uniemożliwia konkurentom przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą dostęp do rynku”. Niekorzystne warunki konkurencji nie są równoznaczne z praktyką antykonkurencyjnego wykluczenia. W niniejszej sprawie, nawet przy założeniu, że warunki preinstalowania określone w UDAM przyznają Google „znaczną przewagę konkurencyjną”, co nie miało miejsca, w zaskarżonej decyzji nie wykazano, że konkurenci nie byli w stanie zrównoważyć tej przewagi lub że warunki te uczyniły „wejście na rynek bardzo utrudnionym, a wręcz niemożliwym” dla tych konkurentów. W zaskarżonej decyzji nie postarano się o uściślenie podnoszonej przewagi konkurencyjnej i nie zbadano stopnia pokrycia rynku przez to zachowanie, mimo że znaczna większość poleceń w ramach wyszukiwania ogólnego w EOG – między [80–90]% a [70–80]% w latach 2013–2015 – nie była realizowana na urządzeniach Google Android (motyw 796). UDAM jest ograniczony do urządzeń GMS, które stanowią jedynie ułamek urządzeń, na których użytkownicy uzyskują dostęp do przeglądarek i ogólnych wyszukiwarek internetowych; użytkownicy korzystają, w szczególności, z urządzeń mobilnych Apple lub komputerów stacjonarnych z Windows. Ponadto dostawcy konkurencyjnych przeglądarek i ogólnych wyszukiwarek internetowych mogą swobodnie negocjować porozumienia w sprawie preinstalowania na urządzeniach GMS i zapewniać identyczną lub lepszą promocję swoich usług na tych urządzeniach. Łatwość dostępu do usług konkurentów dzięki pobieraniu i przeglądarcie oznacza, że dysponują oni dodatkowymi możliwościami dotarcia do użytkowników na tych urządzeniach. Nie ma zatem żadnej podstawy do zarzucenia wykluczenia z rynku.

544 Komisja utrzymuje, że żadne z twierdzeń Google nie podważa wniosku, zgodnie z którym konkurenci nie mogą zrównoważyć znacznej przewagi konkurencyjnej, jaką Google zapewnia sobie dzięki preinstalowaniu aplikacji Google Search i Google Chrome na praktycznie wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG. Pobieranie konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego i przeglądarek nie jest bowiem porównywalne, pod względem obecności i skuteczności, z ustawianiem jako domyślnej konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej w przeglądarkach na urządzeniach Google Android (motywy 805–812 i 917–931 zaskarżonej decyzji). Ponadto w celu wykazania ograniczenia konkurencji zaskarżona decyzja bierze pod uwagę nie tylko istotną przewagę konkurencyjną zapewnianą przez preinstalację, ale także fakt, że konkurenci nie mogą jej zrównoważyć (zob. motyw 896 pkt 1 zaskarżonej decyzji). Ponadto nawet jeśli nie ma potrzeby określenia liczbowo znacznej przewagi konkurencyjnej wynikającej ze sprzedaży wiązanej ani badania stopnia pokrycia rynku poprzez sprzedaż wiążaną, zaskarżona decyzja wskazuje w szczególności, że w latach 2013–2015 urządzenia Google Android stanowiły [10–20]% do [20–30]% poleceń wyszukiwania ogólnego na Google Search w EOG, a w 2016 r. [20–30]% tych poleceń (zob. motyw 796 zaskarżonej decyzji).

2) Ocena Sądu

545 Niezależnie od możliwości preinstalacji oferowanych konkurencyjnym ogólnym wyszukiwarkom internetowym lub przeglądarkom, spółka Google podnosi również, że jej konkurenci mogą równoważyć tendencję do utrwalania istniejącej sytuacji, wynikającą z warunków preinstalowania określonych w UDAM, dzięki zachowaniom użytkowników, którzy mogą pobierać ich aplikacje lub korzystać z ich ogólnej wyszukiwarki internetowej poprzez przeglądarkę.

i) W przedmiocie pobierania aplikacji konkurencyjnych

546 Na wstępie należy zauważyć, że strony główne nie kwestionują tego, iż użytkownicy mogą z łatwością pobierać konkurencyjne względem aplikacji Google Search lub Chrome ogólne wyszukiwarek internetowych lub aplikacje służące do nawigacji.

547 Nie zgadzają się one co do tego, jak często faktycznie dochodziło do ich pobierania, co miało bezpośredni wpływ na możliwość zrównoważenia przez konkurentów spółki Google określonych w UDAM warunków preinstalowania.

548 Zawarte w zaskarżonej decyzji rozważania odnoszące się do tego zagadnienia dotyczą zatem określenia konkretnych i rzeczywistych skutków spornego zachowania Google w odniesieniu do okresu 2011–2018 lub, odpowiednio, 2012–2018.

549 W tym względzie, jeśli chodzi o aplikacje wyszukiwania ogólnego, z dostarczonych przez spółkę Google i ujętych w zaskarżonej decyzji danych wynika, że liczba pobrań aplikacji konkurencyjnych wobec Google Search pozostała niewielka w porównaniu z liczbą urządzeń, w których aplikacja Google Search była preinstalowana:

- w latach 2011–2016 użytkownicy pobrali z Play Store konkurencyjne aplikacje wyszukiwania ogólnego na mniej niż 5% sprzedanych na świecie urządzeń GMS, który to odsetek spada do mniej niż 1% w przypadku urządzeń GMS sprzedanych w EOG, zważywszy, że większość z tych pobrań dokonano w Korei Południowej (motywy 808, 809 zaskarżonej decyzji);
- w latach 2011–2016 roczna liczba pobrań konkurencyjnych aplikacji wyszukiwania ogólnego na Play Store w każdym z państw EOG była niewielka, z wyjątkiem Republiki Czeskiej, gdzie pobierano Seznam (motywy 810 zaskarżonej decyzji);
- jeśli chodzi o Republikę Czeską, użytkownicy pobrali aplikację wyszukiwania Seznam z Play Store w danym roku na maksymalnie 23% urządzeń GMS sprzedanych w tym państwie członkowskim.

550 Podobnie, jeśli chodzi o przeglądarki, z dostarczonych przez spółkę Google danych zawartych w zaskarżonej decyzji wynika, że liczba pobrań przeglądarek konkurencyjnych wobec Chrome pozostała niewielka w porównaniu z liczbą urządzeń, na których Chrome była preinstalowana:

- w 2016 r. żadna konkurencyjna mobilna przeglądarka internetowa nie uzyskała liczby pobrań porównywalnej z liczbą preinstalowanych przeglądarek Google Chrome (zob. motyw 919 zaskarżonej decyzji);
- w 2016 r. użytkownicy pobrali konkurencyjne mobilne przeglądarki internetowe na mniej niż 50% urządzeń GMS sprzedanych na świecie, a w latach 2013–2016 użytkownicy pobrali

konkurencyjne mobilne przeglądarki internetowe jedynie w przypadku około 30% urządzeń GMS sprzedanych na świecie (zob. motyw 920 zaskarżonej decyzji);

- w 2016 r. użytkownicy pobrali przeglądarki UC, Opera i Firefox na mniej niż, odpowiednio, 1%, 1,5% i 4%, urządzeń GMS sprzedanych w EOG, a w latach 2013–2016 łączna liczba pobrań konkurencyjnych mobilnych przeglądarek internetowych z Play Store na urządzeniach GMS w EOG reprezentowała mniej niż 10% urządzeń GMS, na których była preinstalowana Google Chrome (zob. motywy 921, 922 zaskarżonej decyzji).

- 551 W tym kontekście należy zaznaczyć, że dowody podniesione przez spółkę Google w odniesieniu do pobierania aplikacji Seznam, Naver i Yandex nie są wystarczające do podważenia powyższych stwierdzeń. Jak przyznają strony główne, owe trzy przykłady można wyjaśnić w ten sposób, że chodzi o ogólne wyszukiwarki internetowe zbudowane na podstawie algorytmu uwzględniającego specyfikę językową czeską, koreańską i rosyjską.
- 552 Komisja wyjaśnia również w przekonujący sposób, że kontrprzykład pobierania aplikacji Google Search na urządzeniach Windows Mobile, na których ustawiony domyślnie jest Bing, nie jest aż tak przekonujący, jak chciałaby spółka Google, ponieważ rok 2016 nie jest reprezentatywny, a przywołane dane obejmują nie tylko telefony inteligentne, ale także inne rodzaje urządzeń (przypis nr 901 zaskarżonej decyzji). Podany odsetek 95% pobrań z aplikacji Google Search wynosił w 2016 r. w rzeczywistości jedynie 27%. Taki odsetek można porównać do odsetka 23%, odzwierciedlającego pobranie aplikacji Seznam na inteligentne telefony Google Android sprzedane w Republice Czeskiej, z których wszystkie miały preinstalowaną aplikację Google Search.
- 553 Podobnie Komisja słusznie zauważa z powodów przedstawionych w motywie 813 zaskarżonej decyzji, że analogie proponowane przez spółkę Google w zakresie praktyk pobierania zaobserwowanych w przypadku innych rodzajów aplikacji, takich jak aplikacje komunikatorów, nie mają znaczenia dla wyszukiwania i nawigacji.
- 554 Ponadto wbrew temu, co twierdzi spółka Google, poszczególne dowody przedstawione w zaskarżonej decyzji w celu wykazania, że pobieranie aplikacji konkurencyjnych wobec Google Search i Chrome nie równoważy przewagi zapewnionej przez preinstalację, zachowują znaczenie dla sprawy. Dowody te potwierdzają, że pobrania nie można porównać pod względem obecności i skuteczności z preinstalacją.
- 555 Podobnie jest w przypadku sondażu przedstawionego przez Operę (motywy 812, 923 zaskarżonej decyzji), który, chociaż daje wskazówki wyłącznie na temat używania przeglądarek preinstalowanych i dotyczy jedynie 2013 r., można jednak w zaskarżonej decyzji stanowić argument za tym, że „niektórzy użytkownicy są niechętni do pobierania aplikacji i preferują korzystanie z preinstalowanej mobilnej przeglądarki internetowej”.
- 556 Podobnie, jeśli chodzi o różne oświadczenia złożone w odpowiedzi na wezwania do udzielenia informacji, rzeczywiście okazuje się, że odpowiedzi, których w zaskarżonej decyzji nie przytoczono, wskazują na teoretyczną możliwość zrównoważenia preinstalacji dzięki możliwości pobrania aplikacji. Nie pozbawia to jednak znaczenia poszczególnych odpowiedzi przedstawionych w zaskarżonej decyzji, które pozwalają na poparcie tezy, że użytkownicy wolą aplikację preinstalowaną względem aplikacji, która dopiero muszą pobrać.

- 557 Ponadto wbrew temu, co twierdzi spółka Google, w niniejszej sprawie nie można uznać, że zaskarżona decyzja jest niezgodna z orzecznictwem i wcześniejszą praktyką decyzyjną. Zaskarżona decyzja nie kwestionuje bowiem tego, że pobieranie aplikacji może, co do zasady, równoważyć przewagę uzyskaną dzięki preinstalacji, co Komisja przewidziała już w innych badanych przez siebie sprawach. W niniejszym przypadku, z powodów przedstawionych w zaskarżonej decyzji i przeanalizowanych powyżej, okazuje się jednak, że nawet jeśli pobranie aplikacji do wyszukiwania ogólnego lub do nawigacji jest łatwe i darmowe, to w praktyce nie dochodzi do pobierania tych aplikacji, a w każdym razie nie na wystarczającej liczbie odnośnych urządzeń.
- 558 W konsekwencji należy oddalić zastrzeżenie Google dotyczące pobierania aplikacji konkurencyjnych.
- ii) W przedmiocie dostępu do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez przeglądarkę*
- 559 Przedstawiając swą argumentację spółka Google nie podważa wniosku, zgodnie z którym za pomocą porozumień zawieranych z dostawcami mobilnych przeglądarek internetowych konkurenci nie mogą zrównoważyć znacznej przewagi konkurencyjnej, jaką Google zapewnia sobie dzięki preinstalowaniu aplikacji Google Search na praktycznie wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG.
- 560 W tym względzie należy porównać rzeczywistą sytuację zaobserwowaną przez Komisję i przedstawioną w zaskarżonej decyzji z różnymi alternatywnymi rozwiązaniami, na które powołuje się spółka Google, a które nie były w rzeczywistości realizowane.
- 561 Jak bowiem wyjaśnia Komisja, ustawienie jako domyślnej konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej w mobilnych przeglądarkach internetowych na urządzeniach Google Android nie jest porównywalne pod względem obecności i skuteczności z preinstalowaniem aplikacji Google Search (motywy 817–822 zaskarżonej decyzji). W szczególności należy wziąć pod uwagę fakt, że spółka Google nie pozwala domyślnie określić na Chrome wyszukiwarki internetowej innej niż Google Search, a Chrome posiada udział w ogólnej liczbie przypadków użycia na poziomie 75% mobilnych przeglądarek internetowych niespecyficznych dla danego systemu operacyjnego w Europie, a 58% na świecie.
- 562 Komisja przedstawia również niezakwestionowane przez spółkę Google różnego rodzaju dowody, w tym prezentacje Microsoftu i Yandexu, pozwalające potwierdzić, że użytkownicy w praktyce nie wchodzi w inne ogólne wyszukiwarki internetowe za pośrednictwem przeglądarek i tylko rzadko zmieniają ustawienia domyślne tych przeglądarek. Takie obserwacje są istotne – wbrew temu, co twierdzi spółka Google – gdyż pozwalają wykazać, że, pomimo oferowanej w tym względzie możliwości ustawienia innej wyszukiwarki ogólnej, w praktyce wyszukiwarką domyślną pozostaje ta, którą skonfigurowano pierwotnie.
- 563 W tych okolicznościach należy oddalić zastrzeżenie spółki Google w przedmiocie dostępu do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez przeglądarkę.

iii) W przedmiocie mylenia przewagi konkurencyjnej i antykonkurencyjnego wykluczenia

- 564 Jeśli chodzi o podnoszone mylenie przewagi konkurencyjnej i antykonkurencyjnego wykluczenia, należy wskazać, że zastrzeżenie to wynika z błędnego rozumienia zaskarżonej decyzji, z której wynika, iż po pierwsze, wykazano w niej istnienie przewagi związanej z warunkami preinstalacji określonymi w UDAM, której konkurenci nie mogli zrównoważyć, a po drugie, istnienie antykonkurencyjnych skutków tej przewagi.
- 565 Co się tyczy kwestii tego, czy należy tę przewagę określić liczbowo, trzeba w każdym razie zauważyć, jak proponuje Komisja, że w latach 2013–2015 urządzenia Google Android były źródłem od 11 do 24% wszystkich poleceń wyszukiwania, wysłanych do Google Search w EOG. W 2016 r. urządzenia Google Android odpowiadały za 29% tych poleceń wyszukiwania (motyw 796 zaskarżonej decyzji). Podobnie w 2016 r. UDAM objęła wszystkie urządzenia Google Android sprzedawane poza Chinami, co odpowiada 76% łącznej liczby inteligentnych urządzeń mobilnych sprzedanych w Europie i 56% łącznej liczby inteligentnych urządzeń mobilnych sprzedawanych na całym świecie (włącznie z Chinami) (zob. motywy 783, 784, 901 zaskarżonej decyzji). W tych okolicznościach nadal można uznać, jak czyni to Komisja w zaskarżonej decyzji, że warunki preinstalacji określone w UDAM dawały spółce Google znaczną przewagę konkurencyjną.
- 566 Należy zatem oddalić zastrzeżenie Google dotyczące mylenia korzyści konkurencyjnej z antykonkurencyjnym wykluczeniem.

iv) Wnioski

- 567 Z powyższego wynika, że Komisja słusznie uznała, iż nawet jeśli użytkownicy mogli swobodnie pobierać aplikacje konkurencyjne wobec aplikacji Google Search i Chrome czy też zmieniać ustawienia domyślne, a dostawcy mobilnych przeglądarek internetowych mogli oferować swoje aplikacje producentom oryginalnych urządzeń, przez większość okresu trwania naruszenia nie miało to miejsca ze względu na warunki preinstalowania określone w UDAM.

d) Niewykazanie powiązania między udziałami w ogólnej liczbie przypadków użycia i preinstalacją

1) Argumenty stron

- 568 Spółka Google zauważa, że zgodnie z zaskarżoną decyzją udziały w wyszukiwaniu ogólnym i nawigacji „nie wydają się wynikać” z preferencji użytkowników i są „zgodne” z ograniczeniem konkurencji (motywy 835, 837, 947 i 954). Jednakże zaskarżona decyzja nie wykazała, że udziały Google były owocem kwestionowanych warunków preinstalacji, czy też że były one nie do pogodzenia z konkurencją niecenową, mimo że ustalenie tego należy właśnie do Komisji. Ponadto zaskarżona decyzja pomija liczne dowody, zgodnie z którymi sukces ogólnej wyszukiwarki internetowej i przeglądarki Google jest odzwierciedleniem ich jakości. Powołanie się na noty aplikacji Google Search i jej konkurentów w Play Store nie wystarcza, aby dowody te wykluczyć.
- 569 Komisja utrzymuje, że żaden z argumentów spółki Google nie podważa wniosku, zgodnie z którym znaczna przewaga konkurencyjna wynikająca z preinstalowania aplikacji Google Search i Google Chrome na praktycznie wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych

w EOG i niezdolność konkurentów do zrównoważenia tej przewagi są zbieżne ze zmianami udziałów w rynku spółki Google. Powodzenie aplikacji Google Search i Google Chrome nie odzwierciedla bowiem jedynie podnoszonej „lepszej jakości i wydajności usług Google”. Podobnie nie jest rozstrzygający fakt, że oceny dokonywane przez użytkowników w Play Store opierają się na próbkach o różnych rozmiarach. Próby te są wystarczająco duże, aby były reprezentatywne.

2) Ocena Sądu

- 570 W pierwszej kolejności, co się tyczy preinstalacji i jej skutków, należy zaznaczyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, iż jej wnioski dotyczące istnienia przewagi konkurencyjnej spółki Google, wynikającej z preinstalowania, której konkurenci nie mogli zrównoważyć, a która skutkowałą ograniczeniem konkurencji niecenowej ze szkodą dla konsumentów, znajdują potwierdzenie w zmianach udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia, które można przypisać Google, mających miejsce na inteligentnych urządzeniach mobilnych (motywy 835–851 i 947–963 zaskarżonej decyzji).
- 571 W tym kontekście odniesienia ze strony Komisji do zmian owych udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia, same w sobie, nie są niewłaściwe. Pozwalają one bowiem Komisji na umocnienie jej dowodu, zgodnie z którym, po pierwsze, preinstalacja zapewnia przewagę aplikacjom Google służącym do wyszukiwania ogólnego i do nawigacji, które jej podlegają, a po drugie, konkurenci nie mogli owej przewagi zrównoważyć.
- 572 Zatem, jeśli chodzi o zmiany w czasie udziału spółki Google w ogólnej liczbie poleceń wyszukiwania ogólnego złożonych w Europie od 2009 r. do marca 2017 r. w podziale na typ urządzenia, Komisja jest w stanie stwierdzić, że udział ów zawsze wahał się między 95% a 98% w okresie od 2011 r. do marca 2017 r. w odniesieniu do inteligentnych urządzeń mobilnych i że udział ten był nadal większy niż notowany w tym samym okresie w odniesieniu do komputerów osobistych (88%–95%) lub tabletów (90%–98% od lipca 2012 r. do marca 2017 r.) (motyw 836 zaskarżonej decyzji).
- 573 W odniesieniu do zmian udziału w ogólnej liczbie przypadków użycia Chrome w porównaniu z udziałem innych przeglądarek mobilnych niespecyficznych dla danego systemu operacyjnego w Europie od sierpnia 2012 r. do marca 2017 r., Komisja również jest w stanie stwierdzić, że w tym okresie udział Chrome wzrósł z 4,7% do 74,9%. Natomiast udział innych przeglądarek na Androida („AOSP-based browsers lub „Android browsers”) spadł w tym samym okresie z 74,5% do 8,2% (zob. motyw 949 zaskarżonej decyzji; w przedmiocie wyników na poziomie ogólnoświatowym zob. motyw 950 zaskarżonej decyzji; w przedmiocie wyników dla przeglądarek na komputerach osobistych zob. motyw 951 zaskarżonej decyzji; w przedmiocie wyników dla przeglądarek specyficznych dla systemu operacyjnego w Europie zob. motyw 952 zaskarżonej decyzji).
- 574 Wbrew temu, co twierdzi spółka Google, Komisja ma prawo powoływać się na te zmiany na poparcie tezy o wyrządzeniu szkody. Ponieważ teza ta przyjmuje za punkt wyjścia „efekt status quo” związany z preinstalacją, zakłócający grę konkurencyjną, której istnienie zakłada spółka Google, twierdząca, że użytkownik może zaradzić tej tendencji, w szczególności, poprzez pobranie aplikacji konkurencyjnej – czego użytkownicy jednak nie czynią – Komisja może odnieść się do udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia.

- 575 W drugiej kolejności, co się tyczy czynnika jakości i jego podnoszonych efektów, należy uznać, że w przypadku takim jak rozpatrywany w niniejszej sprawie Komisja nie musiała dokładnie określić, czy te udziały w ogólnej liczbie przypadków użycia można wyjaśnić nie tylko preinstalacją – której to tezy instytucja ta broni – czy również, a nawet w większym stopniu przewagą jakościową, podnoszoną przez spółkę Google. Zdaniem spółki Google, brak zagrożenia dla udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia aplikacji Google Search lub stopniowe zwiększanie udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia Chrome wynika bowiem bardziej z przewagi jakościowej jej produktów niż z preinstalacji. W niniejszej sprawie preinstalacja nie jest jednak kwestionowana, zważywszy, że wszystkie urządzenia Google Android miały aplikacje Google Search i Chrome, natomiast wpływ jakości na brak preinstalowania lub pobierania aplikacji konkurencyjnej jest jedynie twierdzeniem ze strony spółki Google, która przedstawia w tym względzie dowody, które nie są ani wystarczające, ani szczególnie istotne.
- 576 Spółka Google powołuje się w tym względzie na oświadczenie jednego z członków swojego kierownictwa, który mówi o przewadze jakościowej aplikacji Google Search w stosunku do jej konkurentów. Dokument ten rzeczywiście przedstawia rozmaite dowody, w tym sondaż przeprowadzony wśród konsumentów w 2016 r., wykazujący, że Google Search jest wyszukiwarką ogólną preferowaną przez konsumentów w Stanach Zjednoczonych, w Niemczech i we Francji, a także różne artykuły wskazujące na to, że Google Search posiadał lepsze lub nowsze funkcje niż Bing lub że Bing nie był tak precyzyjny jak zapowiadano. Oświadczenie członka kierownictwa Google oraz poszczególne dowody, które zostały do niego załączone, nie wystarczają jednak jako takie do wykazania, że udział w ogólnej liczbie przypadków użycia Google Search i Chrome można raczej wytłumaczyć faktem, iż spółka Google oferuje usługę o wyższej jakości, niż okolicznością, że aplikacje te są preinstalowane.
- 577 Ponadto nawet przy założeniu, że Google Search i Chrome korzystają z przewagi jakościowej w porównaniu do usług oferowanych przez konkurentów, nie jest ona rozstrzygająca, ponieważ w żaden sposób nie podniesiono, że różne usługi oferowane przez konkurentów nie byłyby technicznie w stanie zaspokoić potrzeb konsumentów.
- 578 Ponadto, jak wynika z akt sprawy, potrzeby konsumentów nie zawsze są zaspokajane przez rozwiązanie najlepsze pod względem jakościowym, przy założeniu, że spółka Google może twierdzić, iż jej usługi stanowią takie właśnie rozwiązanie, zważywszy, że rolę w tym zakresie odgrywają również inne zmienne niż jakość techniczna, takie jak ochrona prywatności lub uwzględnienie specyfiki językowej składanych poleceń wyszukiwania.
- 579 W trzeciej kolejności należy zauważyć, że aby odrzucić argument spółki Google, zgodnie z którym to jakość jej produktów w oczach konsumentów, a nie preinstalacja, stoi za wielkością i zmianami w czasie jej udziałów w ogólnej liczbie przypadków użycia, Komisja wskazała w zaskarżonej decyzji, że taka przewaga jakościowa, jak się wydaje, nie wynika z not przyznanych usługom konkurencyjnym w Play Store.
- 580 W przypadku pierwszego pakietu średnie noty w Play Store wynosiły 4,4 w przypadku aplikacji Google Search z 5,8 mln ocen, 4,3 w odniesieniu do aplikacji Bing z 73 000 ocen, 4,2 w przypadku aplikacji Yahoo z 28 000 ocen, 4,3 dla aplikacji Seznam z 39 000 ocen i 4,4 w odniesieniu do aplikacji Yandex z 219 000 ocen (motyw 837 zaskarżonej decyzji).

- 581 W przypadku drugiego pakietu średnie noty w Play Store wynosiły 4,3 w przypadku Chrome z 7,4 miliona ocen, 4,3 w przypadku Operry z 2,2 miliona ocen, 4,4 w przypadku Firefoxa z 2,8 miliona ocen, 4,5 w przypadku UC Browsera z 13,9 miliona ocen oraz 4,4 w przypadku UC Browsera Mini z 2,8 miliona ocen (motyw 954 zaskarżonej decyzji).
- 582 Prawdą jest, jak podnosi spółka Google, że oceny nie mają takiej samej wagi i nie muszą stanowić reprezentatywnego kryterium oceny. Jednak, jak podnosi Komisja, z not tych wynika, że ocena jakościowa poszczególnych konkurujących ze sobą usług pozostaje analogiczna. Można zatem okoliczność tę uwzględnić i na jej podstawie stwierdzić, że jakość poszczególnych konkurencyjnych internetowych wyszukiwarek i przeglądarek nie jest kryterium decydującym o korzystaniu z nich, ponieważ wszystkie te usługi mogą zaspokajać popyt.
- 583 Z powyższego wynika, że biorąc pod uwagę tendencję do utrwalania sytuacji związanej z warunkami dotyczącymi preinstalowania, określonymi w UDAM, oraz wobec niewykazania dokładnego wpływu podnoszonej przez spółkę Google przewagi jakościowej jej aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego i do nawigacji, Komisja słusznie uznała, iż udziały spółki Google w ogólnej liczbie przypadków użycia potwierdzały „efekt status quo” związany z preinstalowaniem.
- 584 Zastrzeżenie to należy zatem oddalić.

e) Nieuwzględnienie kontekstu gospodarczego i prawnego

1) Argumenty stron

- 585 Spółka Google podnosi, że zaskarżona decyzja nie zawiera oceny, czy warunki preinstalacji określone w UDAM były w stanie zakłócić konkurencję, jaka istniałaby w ich braku, i to w świetle całego kontekstu gospodarczego i prawnego. Pełna analiza tego kontekstu wykazałaby, że warunki te nie wyeliminowały konkurencji ani nawet nie były w stanie tego uczynić, ponieważ stwarzały one nowe możliwości dla konkurentów, a nie ich tych możliwości pozbawiały. To, na ile spółka Google lub jej konkurenci skorzystali z tych możliwości, zależało od jakości ich usług i ich atrakcyjności dla użytkowników. Warunki preinstalowania określone w UDAM stanowią bowiem część modelu bezpłatnej licencji opracowanego dla platformy Android, a zatem nie można ich rozpatrywać oddzielnie. Ponadto każdy może nieodpłatnie otrzymać system operacyjny Android i z niego korzystać.
- 586 Komisja podnosi, że to spółka Google, a nie zaskarżona decyzja, pominęła ocenę kontekstu gospodarczego i prawnego sprzedaży związanej aplikacji Google Search z Play Store i sprzedaży związanej Google Chrome z Play Store i aplikacją Google Search. Zaskarżona decyzja uwzględnia bowiem charakter wzajemnych oddziaływań między różnymi elementami platformy Android (zob. motywy 874, 875, 990, 991 zaskarżonej decyzji). W szczególności należy wziąć pod uwagę następujące aspekty sprzedaży związanej:
- w ramach EOG preinstalacja Google Chrome objęła praktycznie wszystkie urządzenia Google Android (motyw 901 zaskarżonej decyzji);
 - spółka Google nie zezwala na urządzeniach GMS na preinstalację na zasadzie wyłączności żadnej aplikacji wyszukiwania ogólnego poza Google Search. Aplikacja Google Search jest najważniejszym pojedynczym punktem wejścia dla wyszukiwania ogólnego na urządzeniach

Google Android, przy czym w 2016 r. odpowiadała ona za [40–50]% wszystkich poleceń wyszukiwania ogólnego na urządzeniach Google Android (motyw 799 pkt 1 i motyw 974 zaskarżonej decyzji);

- Spółka Google nie pozwala na domyślne ustawienie na Google Chrome ogólnej wyszukiwarki internetowej innej niż Google Search (motywy 818, 973 zaskarżonej decyzji), która to przeglądarka jest drugim pod względem znaczenia punktem wejścia dla wyszukiwania ogólnego na urządzeniach Google Android, przy czym w 2016 r. [30–40]% wszystkich poleceń wyszukiwania ogólnego w urządzeniach Google Android zostało złożonych za pomocą Google Chrome (zob. motywy 818, 973, 974 zaskarżonej decyzji);
- w latach 2011–2016 spółka Google zawarła porozumienia o podziale przychodów z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych. Na mocy tych porozumień, obejmujących między [50–60]% a [80–90]% wszystkich urządzeń Google Android sprzedanych w EOG, producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych byli zobowiązani do wyłącznego preinstalowania aplikacji Google Search i do ustawienia Google Search jako ogólnej wyszukiwarki internetowej dla wszystkich preinstalowanych mobilnych przeglądarek internetowych (zob. motywy 822, 833 zaskarżonej decyzji);
- na mocy UZF producenci oryginalnych urządzeń pragnący sprzedawać choćby jedno urządzenie z preinstalowanymi Play Store i aplikacją Google Search nie mogli sprzedać żadnego innego urządzenia funkcjonującego pod forkiem Androida;
- na mocy porozumienia o podziale przychodów stosowanego od 2007 r. Apple definiuje Google Search jako domyślną ogólną wyszukiwarkę internetową w przeglądarce Safari na urządzeniach iOS [zob. motyw 119 i 154, motyw 515, pkt 1, motyw 796, pkt 2, lit. a), motyw 799, pkt 2, motyw 840 i 1293 zaskarżonej decyzji];
- na mocy porozumień o podziale przychodów wszystkie główne przeglądarki internetowe dla komputerów osobistych, z wyjątkiem Internet Explorer/Edge Microsoft, muszą mieć ustawiony Google Search jako domyślną ogólną wyszukiwarką internetową [motyw 796 pkt 2 lit. c) i motyw 845 zaskarżonej decyzji].

2) Ocena Sądu

- 587 Spółka Google zasadniczo zarzuca Komisji brak analizy wszystkich okoliczności istotnych dla oceny podnoszonych skutków spornego zachowania.
- 588 Zdaniem spółki Google, Komisja powinna była w większym stopniu uwzględnić, po pierwsze, powód, który skłonił Google do opracowania platformy Android, a mianowicie potrzebę zareagowania na zamknięcie innych systemów operacyjnych (iOS lub Windows) przez ich właścicieli, a po drugie, prokonkurencyjne efekty wywołane sukcesem otwartej i bezpłatnej platformy Android, mimo obowiązywania spornych warunków preinstalacji, które zaowocowały wzrostem korzystania z ogólnych wyszukiwarek internetowych i przeglądarek, a także zwiększeniem liczby aplikacji. W tym kontekście Komisja powinna była ocenić sytuację, porównując ją z sytuacją, w której ze względu na brak warunków spornej preinstalacji spółka Google nie byłaby w stanie opracować i utrzymać otwartej i bezpłatnej platformy Android.
- 589 Taka argumentacja nie odpowiada jednak treści zaskarżonej decyzji.

- 590 Jak bowiem podnosi Komisja, zachowanie mające charakter nadużycia, opisane w zaskarżonej decyzji, nie dotyczy rozwoju i utrzymania platformy Android, w tym jej otwartego i bezpłatnego charakteru wprowadzonego przez spółkę Google w reakcji na to, co przedsiębiorstwo to uważa za zamknięcie innych systemów operacyjnych przez ich właścicieli. Komisja przyznaje zresztą przed Sądem, że platforma Android zwiększyła możliwości konkurentów spółki Google.
- 591 Z zaskarżonej decyzji wynika również, że spółka Google przedstawiła Komisji argumentację o takim samym charakterze jak ta, którą powtórzyła przed Sądem, i że została ona oddalona przez Komisję w szczególności ze względu na to, iż instytucja ta nie kwestionowała całej UDAM, lecz jedynie jeden z aspektów, którego skutki ograniczały konkurencję (zobacz motywy 867–876 w odniesieniu do pierwszego pakietu; zobacz motywy 983–992 w odniesieniu do drugiego pakietu). Zatem, jak wynika to z zaskarżonej decyzji, Komisja wzięła pod uwagę argumentację spółki Google w ramach oceny wszystkich istotnych okoliczności.
- 592 Instytucja ta uznała jednak, że nawet jeśli uwzględną się skutki prokonkurencyjne wywołane przez platformę Android, której UDAM stanowi jeden z elementów, pewien aspekt UDAM, a mianowicie sporne warunki preinstalowania, stanowi nadużycie.
- 593 Zatem, zgodnie z analizą przeprowadzoną powyżej w ramach badania niniejszego zarzutu (zob. także różne okoliczności faktyczne przypomniane w pkt 585 powyżej), Komisja uznała, że obydwa pakiety produktów przyznają spółce Google przewagę konkurencyjną spowodowaną przez „efekt status quo” związany z preinstalacją, którego konkurenci nie mogli zrównoważyć i który skutkuje ograniczeniem konkurencji niecenowej ze szkodą dla konsumentów.
- 594 Spornym zachowaniem są właśnie te warunki preinstalowania określone w UDAM, a nie, mówiąc bardziej ogólnie, otwarty i bezpłatny system licencji przewidziany przez spółkę Google wraz z producentami oryginalnych urządzeń będących sygnatariuszami tej umowy.
- 595 W tym właśnie kontekście, jak proponuje Komisja, należy rozpatrywać różnorodne elementy przedstawione przez Operę. Niektóre z nich wskazują, jak podnosi spółka Google, na prokonkurencyjne skutki opracowania i utrzymywania platformy Android. Inne z kolei, jak podnosi Komisja, mówią o skutkach ograniczających konkurencję, związanych z preinstalacją.
- 596 Z powyższego wynika, że spółka Google nie wykazała, chociaż tak twierdzi, iż Komisja nie uwzględniła w należyty sposób wszystkich okoliczności istotnych dla oceny spornego zachowania. Zastrzeżenie to należy zatem oddalić.

3. W przedmiocie drugiej części zarzutu, dotyczącej obiektywnego uzasadnienia

a) Argumenty stron

- 597 Spółka Google podnosi, że warunki preinstalowania określone w UDAM są obiektywnie uzasadnione, ponieważ umożliwiają jej nieodpłatne oferowanie platformy Android, jednocześnie gwarantując, że aplikacje Google generujące przychody, Google Search i Chrome, nie są wyłączone z preinstalowania i związanych z tym możliwości promocji. Warunki te, zgodne z prawem i prokonkurencyjne, przyczyniły się do różnorodności i ogólnej popularyzacji urządzeń mobilnych, zmniejszyły bariery utrudniające wejście na rynek i stworzyły szanse dla konkurentów. Zawarta w zaskarżonej decyzji sugestia na temat obciążania producentów oryginalnych urządzeń opłatą licencyjną za Play Store, której wysokość byłaby inna w przypadku urządzeń niższej

i wyższej klasy, niweczy prokonkurencyjne korzyści płynące z bezpłatnej oferty ze strony spółki Google w odniesieniu do platformy Android. Spółka Google kwestionuje również możliwość uzyskania rekompensaty w postaci danych mobilnych. Podobnie, wymiana niepieniężna wynikająca z warunków preinstalacji określonych w UDAM jest bardziej skuteczna i w większym stopniu zwiększa produkcję w porównaniu z systemem, w którym producenci oryginalnych urządzeń płaciliby za komponenty platformy Android.

598 Komisja utrzymuje, że warunki preinstalowania Google Search i Chrome na praktycznie wszystkich urządzeniach Google Android sprzedawanych w EOG nie są obiektywnie uzasadnione. Spółka Google monetyzuje już bowiem te inwestycje dzięki sprzedaży danych zebranych od użytkowników i z przychodów generowanych przez Play Store oraz inne aplikacje i usługi, w tym Google Search. Ponadto, gdyby tych wymogów nie było, znaczna liczba użytkowników Google Android nadal używałaby Google Search. Spółka Google nie wykazała również, że preinstalacja jest niezbędna, aby uniknąć sytuacji, w której spółka Google nie miałaby możliwości zapewnienia preinstalacji na zasadzie wyłączności na urządzeniach Google Android, ani aby uniknąć sytuacji, w której spółka Google byłaby zobowiązana do pobierania opłat od producentów oryginalnych urządzeń za Play Store.

b) Ocena Sądu

599 Należy przypomnieć, że w przypadku, gdy zostanie stwierdzone istnienie antykonkurencyjnych skutków wynikających z zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, przedsiębiorstwo to może uzasadnić działania objęte ewentualnie zakazem ustanowionym w art. 102 TFUE (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

600 W szczególności takie przedsiębiorstwo może wykazać w tym celu albo że jego działanie jest obiektywnie konieczne, albo że skutki w postaci wykluczenia, które działanie to powoduje, mogą zostać zrównoważone, czy też mogą nad nimi przeważać korzyści pod względem efektywności, z których mają pożytek również konsumenci (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo).

601 Jeśli chodzi o pierwszą hipotezę, orzeczono, że choć ciężar dowodu w odniesieniu do istnienia okoliczności stanowiących naruszenie art. 102 TFUE spoczywa na Komisji, to jednak na danym przedsiębiorstwie dominującym, a nie na Komisji, spoczywa, w razie takiej konieczności, przedstawienie ewentualnego obiektywnego uzasadnienia i przedstawienie w tym względzie argumentów i dowodów, a wszystko to przed zakończeniem postępowania administracyjnego. Następnie do Komisji należy, jeśli zamierza ona stwierdzić istnienie nadużycia pozycji dominującej, wykazanie, że argumenty i dowody przedstawione przez wspomniane przedsiębiorstwo, a w związku z tym przedstawione uzasadnienie, nie mogą zostać przyjęte (zob. podobnie wyrok z dnia 17 września 2007 r., *Microsoft/Komisja*, T-201/04, EU:T:2007:289, pkt 688, 1144).

602 Jeśli chodzi o drugą hipotezę, do zainteresowanego przedsiębiorstwa należy wykazanie, że wzrost efektywności mogący wynikać z danego działania neutralizuje skutek w postaci wykluczenia, które ono za sobą pociąga, że wzrost efektywności był lub mógł być osiągnięty dzięki temu zachowaniu, że owo zachowanie jest niezbędne dla osiągnięcia tych korzyści w postaci wzrostu efektywności i że nie wyklucza ono skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub większości źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 42).

- 603 W tym względzie należy zaznaczyć, że w zaskarżonej decyzji Komisja zbadała w tym samym tytule, czyli „Obiektywne uzasadnienie i wzrost efektywności”, różnego rodzaju argumenty podniesione w tym względzie przez spółkę Google w toku postępowania administracyjnego (motywy 993–1008).
- 604 W swych pismach procesowych spółka Google, aby usprawiedliwić swe zachowanie, przedstawia co do zasady dwie grupy argumentów, które pokrywają się w znacznej mierze z tymi, jakie spółka ta podniosła w toku postępowania administracyjnego i które zostały zbadane i oddalone przez Komisję w zaskarżonej decyzji.
- 605 W pierwszej kolejności spółka Google podniosła przed Komisją, że jej praktyki były zgodne z prawem, ponieważ umożliwiały jej uzyskiwanie zysków z inwestycji w Androida i jego aplikacje, które nie generują przychodów (motyw 993 pkt 1 zaskarżonej decyzji).
- 606 Argumentacja ta została powtórzona w niniejszej skardze, w której Google powołuje się, po pierwsze, na wielkość swoich inwestycji w opracowanie i utrzymanie platformy Android, w tym systemu operacyjnego Android, Play Store i pakietu GMS, a po drugie, na bezpłatny charakter tej platformy. Warunki preinstalowania określone w UDAM są zatem uzasadnione, ponieważ pozwalają one spółce Google, dzięki przychodom generowanym przez aplikacje Google Search i Chrome, na uzyskanie odpowiedniego zwrotu z inwestycji, nie wykluczając jednak możliwości skorzystania przez konkurentów lub użytkowników z preinstalacji lub z innych opcji.
- 607 Komisja oddała tę argumentację, uznając, że spółka Google nie wykazała, iż sporne pakiety były konieczne do osiągnięcia zysku z inwestycji w Androida i w jego aplikacje, które nie generują przychodów (zob. motywy 995–998 zaskarżonej decyzji).
- 608 W odniesieniu do kwoty inwestycji spółki Google w rozwój i utrzymanie Androida, niezależnie od tego, czy przyjmie się kwotę wskazaną przez Komisję, czy też kwotę wskazaną przez Google, okazuje się w każdym razie, że spółka ta zawsze dysponowała znacznymi źródłami przychodów, pozwalającymi sfinansować rzeczony inwestycje dokonywane w ramach strategii mającej na celu zachowanie jej udziałów w rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych przy okazji przejścia użytkowników na Internet na urządzeniach mobilnych.
- 609 Poza przychodami generowanymi przez Play Store (motyw 996, przypis nr 1074 zaskarżonej decyzji), które są już same w sobie wystarczające, aby umożliwić Google odzyskanie dokonanych inwestycji w rozwój i utrzymanie platformy Android w danym roku (zob. w tym względzie dane dostarczone przez spółkę Google przed Sądem), spółka Google posiadała również inne źródła przychodów.
- 610 Jak bowiem podnosi Komisja w zaskarżonej decyzji, spółka Google zawsze mogła wykorzystać wartość danych użytkowników, uzyskanych z urządzeń Google Android, takich jak dane o lokalizacji lub o sposobie korzystania z Google Play Services. Google mógł również, ze względu na swoje znaczne udziały w rynku komputerów osobistych, uzyskać znaczne przychody z reklamy wyświetlanej przy wyszukiwaniach (motywy 997–998 zaskarżonej decyzji).
- 611 Kontrargumenty podniesione przez spółkę Google wobec tych możliwości mają charakter ogólny i niejasny.

- 612 W konsekwencji, biorąc pod uwagę, po pierwsze, wartość, jaką przedstawiają dane użytkowników, a po drugie, znaczenie przychodów generowanych przez reklamy wyświetlane przy wyszukiwaniach przeprowadzanych na komputerach osobistych, Komisja słusznie uznała, że spółka Google nie musiała odzyskać całości kosztów poniesionych na opracowanie i utrzymanie platformy Android jedynie z przychodów generowanych przez tę platformę.
- 613 Ponadto, jak podnosi również Komisja w zaskarżonej decyzji, spółka Google nie wykazała, że nie miała interesu w rozwoju Androida w celu przeciwdziałania ryzyku, jakie wywołało przejście na inteligentne urządzenia mobilne, niosące negatywne konsekwencje dla jej handlowego modelu reklamy powiązanej z wyszukiwaniem (motyw 999 zaskarżonej decyzji). W tym kontekście można zasadnie uznać, że spółka Google poniosłaby koszty związane z opracowaniem i utrzymaniem platformy Android, nawet niemając pewności, że koszty te zostaną zrekompensowane przez przychody z tej platformy, z uwzględnieniem, na przykład, przychodów generowanych przez Play Store.
- 614 Z powyższego wynika, że spółka Google nie wykazała, iż warunki preinstalowania określone w UDAM były obiektywnie uzasadnione w tym sensie, że umożliwiły jej odzyskanie kosztów poniesionych w związku z opracowaniem i utrzymaniem platformy Android, dzięki zapewnieniu preinstalacji aplikacji Google Search i Chrome na urządzeniach Google Android.
- 615 W drugiej kolejności spółka Google utrzymuje, że warunki preinstalowania określone w UDAM pozwoliły jej oferować nieodpłatnie Play Store, ponieważ jego wartość dla producentów oryginalnych urządzeń i użytkowników odpowiadała wartości dla spółki Google promocji przez rzeczonych producentów oryginalnych urządzeń jej ogólnej wyszukiwarki internetowej. Sugerowana przez Komisję opłata licencyjna z tytułu Play Store podważałaby ten model i jego pozytywne skutki dla konkurencji (zob. motyw 993 pkt 3 zaskarżonej decyzji).
- 616 Również w tym przypadku spółka Google nie wywiązała się ze spoczywającego na niej ciężaru dowodu w zakresie wykazania obiektywnego uzasadnienia.
- 617 Rozwiązanie preferowane przez spółkę Google, czyli nieodpłatność licencji, nie musiało jednak stanowić przeszkody dla innych rozwiązań, rozpatrywanych przez Komisję, umożliwiających owej spółce zastąpienie przychodów pochodzących z preinstalowania aplikacji Google Search i Chrome na urządzeniach Google Android, takich jak, na przykład, opłata licencyjna od Play Store, którą dałoby się pogodzić z odmiennym traktowaniem produktów niższej klasy i produktów wyższej klasy.
- 618 Z powyższego wynika, że Google nie jest w stanie wykazać, iż warunki preinstalowania określone w UDAM są obiektywnie uzasadnione w tym sensie, że gwarantują jej nieodpłatność licencji dotyczących Play Store.
- 619 Część drugą zarzutu, dotyczącą obiektywnego uzasadnienia preinstalacji, należy zatem oddalić, podobnie jak cały zarzut drugi, dotyczący błędnej oceny charakteru nadużycia, jakim odznaczają się warunki preinstalowania określone w UDAM.

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, wywodzonego z błędnego charakteru oceny tego, czy warunek dotyczący preinstalacji na zasadzie wyłączności zapisany w PPP dla portfela miał charakter nadużycia

620 W ramach zarzutu trzeciego spółka Google utrzymuje, że Komisja błędnie uznała za niektóre postanowienia zapisane w PPP dla portfela za mające charakter nadużycia.

1. Kontekst

a) Zaskarżona decyzja

621 Według zaskarżonej decyzji spółka Google przyznała niektórym producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych wypłaty, pod warunkiem, że nie będą preinstalować ani udostępniać niezwłocznie po zakupie konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej na żadnym z urządzeń mobilnych należących do określonego portfela (motywy 198, 1195 zaskarżonej decyzji).

622 Z zaskarżonej decyzji wynika również, że ukarane PPP dla portfela to porozumienia, które obowiązywały od dnia 1 stycznia 2011 r., w którym to dniu Komisja uznała, iż spółka Google zajmowała pozycję dominującą na każdym krajowym rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych w EOG, do dnia 31 marca 2014 r., kiedy dobiegło końca PPP dla portfela zawarte z producentem oryginalnych urządzeń, przytoczone przez Komisję (motywy 1333 zaskarżonej decyzji).

1) W przedmiocie charakteru PPP dla portfela

623 Komisja podnosi, że PPP dla portfela przewidują wypłaty z tytułu wyłączności. Instytucja ta przypomina, że zgodnie z tymi PPP, jeżeli producent oryginalnych urządzeń lub operator sieci mobilnych dokonał preinstalacji konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej na urządzeniu należącym do wcześniej określonego i zaakceptowanego portfela, musi zrezygnować z podziału przychodów w odniesieniu do całego portfela.

624 Komisja podkreśla, że w przypadku zarówno producentów oryginalnych urządzeń, jak i operatorów sieci mobilnych, PPP dla portfela obejmuje istotny segment sprzedawanych urządzeń mobilnych. Dokumenty wewnętrzne spółki Google potwierdzają, że celem PPP dla portfela było zagwarantowanie, że spółka Google zaspokaja wszystkie potrzeby producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w dziedzinie ogólnych wyszukiwarek internetowych na urządzeniach należących do tego portfela. Dokumenty te świadczą również o tym, że spółka Google wiedziała, iż praktyka ta może powodować problemy w zakresie konkurencji (motywy 1195–1205 zaskarżonej decyzji).

2) W przedmiocie zdolności PPP dla portfela do ograniczenia konkurencji

625 W motywach 1206 i 1207 zaskarżonej decyzji Komisja utrzymuje, że domniemanie, zgodnie z którym wypłaty z tytułu wyłączności spółki Google stanowią nadużycie, w niniejszym przypadku znajduje potwierdzenie w analizie ich zdolności do ograniczenia konkurencji, mając na względzie stopień pokrycia rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez kwestionowaną praktykę.

- 626 Przede wszystkim Komisja uznała, że PPP dla portfela zmniejszyły zachęty producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych do preinstalowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. Po pierwsze, w braku PPP dla portfela producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych mieliby interes handlowy w preinstalowaniu takich usług przynajmniej na części ich urządzeń Google Android. Po drugie, konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie mogły oferować producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych takiego samego poziomu przychodów, jak zapewniany przez spółkę Google. Po trzecie, PPP dla portfela jest jednym z powodów, dla którego producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych wahają się, czy instalować konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe na urządzeniach Google Android (motywy 1208–1281 zaskarżonej decyzji).
- 627 Komisja podnosi następnie, że PPP dla portfela utrudniły konkurentom Google dostęp do krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych. Po pierwsze, wypłaty te zniechęciły producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych do preinstalowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. Po drugie, PPP dla portfela pokrywają istotną część rynków właściwych. Po trzecie, usługi konkurencyjne nie były w stanie zrównoważyć za pomocą alternatywnych kanałów dystrybucji, takich jak pobieranie, przewagi konkurencyjnej, jaką Google czerpał ze spornej praktyki (motywy 1282–1312 zaskarżonej decyzji).
- 628 Wreszcie Komisja wskazuje, że PPP dla portfela hamowały innowacyjność, ponieważ utrudniały wprowadzanie na rynek urządzeń Google Android z preinstalowanymi ogólnymi wyszukiwarkami internetowymi innymi niż Google Search. W braku takiej praktyki wybór, jaki mieliby użytkownicy, byłby szerszy. Praktyka ta ograniczała również, z jednej strony, motywację konkurentów do opracowywania nowatorskich funkcji, uniemożliwiając im skorzystanie z dodatkowych poleceń wyszukiwania oraz przychodów i danych niezbędnych do poprawy ich usług, a z drugiej strony motywację spółki Google do innowacji, ponieważ nie podlegała już ona niecenowej presji konkurencyjnej. Co więcej, chociaż praktyka ta zbiegła się z okresem poprawy jakości ogólnej wyszukiwarki internetowej Google, spółka ta nie przedstawiła dowodu na to, że owa praktyka nie miała wpływu na motywację lub zdolność konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych do poprawy swoich usług. Spółka Google mogłaby przecież podnieść jakość swoich usług w większym stopniu (motywy 1313–1322 zaskarżonej decyzji).
- 629 Ponadto, jak wynika zwłaszcza z motywu 1259 zaskarżonej decyzji, Komisja zbadała w niniejszym przypadku zdolność wywołania przez rozpatrywaną praktykę skutku w postaci wykluczenia w odniesieniu do przedsiębiorstw uważanych za równie efektywne, co przedsiębiorstwo dominujące. Komisja, zapytana o tę kwestię na rozprawie, potwierdziła, że rzeczywiście uwzględniła przy tej ocenie atrybuty takiego hipotetycznego konkurenta.

3) W przedmiocie istnienia obiektywnego uzasadnienia

- 630 Komisja oddała również obiektywne uzasadnienie, na które powołuje się spółka Google. Tak więc, po pierwsze, PPP dla portfela nie były konieczne do tego, aby przekonać producentów oryginalnych urządzeń lub operatorów sieci mobilnych do umieszczenia w swojej ofercie urządzeń Google Android, ponieważ urządzenia Google Android stanowiły już ponad 40% ogólnoświatowej sprzedaży inteligentnych urządzeń mobilnych w styczniu 2011 r., a celem PPP nie była sprzedaż urządzeń Google Android, lecz umożliwienie „instalacji na zasadzie wyłączności ogólnej wyszukiwarki internetowej” Google na rzeczonych urządzeniach Google Android. Po drugie, spółka Google nie wykazała, że PPP dla portfela były konieczne, aby umożliwić jej odzyskanie inwestycji dokonanych w Androida. Nawet bowiem w braku PPP dla

portfela spółka Google byłaby w stanie uzyskiwać z Androida znaczne przychody. Po trzecie, spółka Google nie wykazała, że PPP dla portfela były konieczne, aby umożliwić urządzeniom Google Android konkurowanie z Apple (motywy 1323–1332 zaskarżonej decyzji).

b) W przedmiocie rozróżnienia między PPP dla portfela i PPP dla urządzeń

- 631 Podział przychodów z reklam, o którym mowa w zaskarżonej decyzji, jest uzależniony od preinstalacji Google Search na zasadzie wyłączności na określonej gamie urządzeń należących do odnośnego portfela. Innymi słowy, w przypadku każdego z urządzeń, o których mowa w porozumieniu, producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych, aby otrzymać udział w przychodach reklamowych spółki Google, muszą spełnić warunki przewidziane dla nich w PPP dla portfela.
- 632 Jak podkreśla Komisja w motywie 197 zaskarżonej decyzji, spółka Google jednak od marca 2013 r. zastępowała stopniowo PPP dla portfela za pomocą PPP dla urządzeń. Na podstawie PPP dla urządzeń udział producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w przychodach spółki Google zależy od liczby sprzedanych urządzeń z zachowaniem obowiązku niepreinstalowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. Zatem PPP dla urządzeń pozwala producentowi oryginalnych urządzeń lub operatorowi sieci mobilnych oferować ten sam rodzaj urządzenia w jednej wersji, promującej wyłącznie ogólną wyszukiwarkę internetową Google, i w innej wersji, oferującej również ogólne wyszukiwarki internetowe konkurencji.
- 633 W przeciwieństwie do stanowiska wyrażonego w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja nie uznała w zaskarżonej decyzji, że PPP dla urządzeń, wprowadzane stopniowo przez pięć lat poprzedzających wydanie owej decyzji, stanowiły same w sobie praktykę o charakterze nadużycia. PPP dla urządzeń pozostają jednak nieodłącznym elementem okoliczności faktycznych, na tle których Komisja przeanalizowała efekt wykluczenia, jaki wywołały praktyki zarzucane Google w zaskarżonej decyzji (zobacz wyżej pkt 448–452).

c) W przedmiocie podziału przychodów na podstawie PPP dla portfela

- 634 Z tytułu PPP dla portfela spółka Google dzieli się częścią swoich przychodów z reklam w zamian za preinstalację Google Search na zasadzie wyłączności na wszystkich urządzeniach mobilnych należących do z góry określonego portfela.
- 635 W motywie 1240 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśla, że wskazane PPP nie obejmują przychodów pochodzących z poleceń wyszukiwania realizowanych na urządzeniach mobilnych za pośrednictwem internetowej strony głównej Google, co spółka ta wyraźnie potwierdziła w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd przed rozprawą.
- 636 Innymi słowy, PPP dla portfela obejmują przychody z reklam pochodzące z poleceń wyszukiwania wykonywanych za pośrednictwem Google Search, Chrome i przez pasek adresowy innych mobilnych przeglądarek internetowych, o ile jest w nich zdefiniowana domyślnie wyszukiwarka Google. Stwierdzenie to pozwala poprzeć łączna lektura motywów 1234 i 1240 zaskarżonej decyzji.

d) W przedmiocie dowodu na to, że wypłata z tytułu wyłączności ma charakter nadużycia

- 637 Zgodnie z zaskarżoną decyzją, PPP dla portfela mają na celu zapewnienie Google wyłączności w zakresie preinstalowania na urządzeniach mobilnych aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych. Praktyka ta prowadzi w istocie do rezultatu identycznego z rezultatem tak zwanych rabatów lojalnościowych, które leżały u podstaw sprawy zakończonej wyrokiem z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632). W niniejszej sprawie Google płaci producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych za zapewnienie preinstalacji Google Search na zasadzie wyłączności.
- 638 W tym kontekście przed przystąpieniem do oceny zasadności argumentów podniesionych przez spółkę Google na poparcie zarzutu trzeciego należy przypomnieć zasady rządzące oceną tzw. wypłat z tytułu wyłączności w świetle art. 102 TFUE.
- 639 Z orzecznictwa wynika, że w sytuacji gdy – tak jak w niniejszej sprawie – przedsiębiorstwo, którego dotyczy postępowanie na podstawie art. 102 TFUE mogące doprowadzić do skazania go za nadużycie pozycji dominującej, podnosi w toku tego postępowania, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności do wywołania skutków w postaci wykluczenia, które się mu zarzuca, do Komisji należy zbadanie różnych okoliczności pozwalających na wykazanie ograniczenia konkurencji wynikającego z zarzucanej praktyki, w celu wykazania winy tego przedsiębiorstwa (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 137, 138).
- 640 W takiej sytuacji Komisja jest nie tylko zobowiązana do zbadania, z jednej strony, wagi pozycji dominującej przedsiębiorstwa na rynku właściwym i, z drugiej strony, stopnia pokrycia rynku zarzucaną praktyką, jak również warunków i sposobów realizowania analizowanych praktyk cenowych, okresu ich ważności i ich wysokości, lecz także ma ona obowiązek przeprowadzenia oceny istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej efektywności. Co za tym idzie, takie wyważenie skutków kwestionowanej praktyki – korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji – może być dokonane dopiero po przeprowadzeniu związanego z analizowaną praktyką badania potencjału w zakresie wykluczenia konkurentów przynajmniej tak samo efektywnych (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139, 140).
- 641 W ocenie zdolności do wykluczenia co najmniej równie efektywnych konkurentów, nierozzerwalnie związanej z daną praktyką, może okazać się przydatny tak zwany test równie efektywnego konkurenta („As Efficient Competitor Test”, zwany dalej „testem AEC”).
- 642 Test ten dotyczy konkurenta hipotetycznie równie efektywnego, który z założenia stosuje te same ceny dla swoich klientów, co ceny stosowane przez przedsiębiorstwo dominujące, ponosząc przy tym takie same koszty jak koszty, które ponosi owo przedsiębiorstwo (zob. podobnie wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 40–44). Ponadto aby zostać uznanym za „równie efektywnego” jak przedsiębiorstwo dominujące, ów hipotetyczny konkurent powinien być interesujący dla klientów tego przedsiębiorstwa pod względem nie tylko ceny, ale także możliwości wyboru, jakości i innowacyjności (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 22).
- 643 Test AEC, wskazany w wytycznych w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [102 TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7,

zwanych dalej „wytycznymi w sprawie nadużyć w postaci wykluczenia”), ma na celu odróżnienie zachowań, których przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą nie może realizować, od tych, które są w jego przypadku dozwolone. Test AEC stanowi zatem schemat możliwej analizy skutków w postaci wykluczenia dotyczących danej sprawy i skutków w postaci wykluczenia, które są zarzucane. Niemniej jednak chodzi tu tylko o jeden z elementów, którymi można się posłużyć w celu wykazania istnienia antykonkurencyjnego wykluczenia w rozumieniu art. 102 TFUE za pomocą dowodów jakościowych lub ilościowych.

- 644 Niemniej jednak, gdy, jak w niniejszej sprawie, przeprowadza się test AEC, należy przeprowadzić go w sposób rygorystyczny. W tym względzie w celu ustalenia, czy sporna praktyka mogłaby doprowadzić do zamknięcia dostępu do rynku nawet hipotetycznie równie efektywnemu konkurentowi, Komisja powinna zbadać dane ekonomiczne dotyczące kosztów i cen sprzedaży oraz sprawdzić w szczególności, czy przedsiębiorstwo dominujące stosuje ceny niższe od kosztów. Metoda ta opiera się jednak na założeniu, że dostępne są wystarczająco wiarygodne dane. Jeśli tak jest, Komisja ma obowiązek wykorzystać informacje na temat kosztów samego przedsiębiorstwa dominującego. W celu uzyskania niezbędnych danych Komisja dysponuje uprawnieniami dochodzeniowymi. Ponadto w razie braku wiarygodnych informacji o tych kosztach Komisja może podjąć decyzję o wykorzystaniu danych dotyczących kosztów konkurentów lub innych porównywalnych wiarygodnych danych.
- 645 Jeśli chodzi o wypłaty z tytułu wyłączności, celem testu AEC jest ocena, czy konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny, jak przedsiębiorstwo dominujące, byłby w stanie zaoferować wypłaty w równej lub nawet wyższej wysokości. W niniejszej sprawie, jak wynika z zaskarżonej decyzji, celem testu AEC przeprowadzonego przez Komisję była ocena, czy konkurent spółki Google, hipotetycznie przynajmniej równie efektywny, mógł mieć interes strategiczny lub gospodarczy w uzyskaniu możliwej do zdobycia części poleceń kierowanych do ogólnych wyszukiwarek internetowych objętych PPP dla portfela.
- 646 Należy w tym względzie przypomnieć, że analiza przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji w celu ustalenia antykonkurencyjnego charakteru PPP dla portfela zależy zasadniczo od dwóch elementów, a mianowicie, po pierwsze, od analizy stopnia pokrycia rynku przez tę praktykę, a po drugie, od wyników przeprowadzonego testu AEC.
- 647 Zasadność argumentów wysuniętych przez spółkę Google na poparcie zarzutu trzeciego należy oceniać właśnie przez pryzmat tych wstępnych rozważań.
- 648 Trzeci zarzut skargi dzieli się na trzy części. W ramach pierwszej z nich spółka Google zarzuca Komisji, że błędnie uznała, iż PPP dla portfela obejmuje warunek wyłączności. W drugiej części, rozwiniętej na etapie rozprawy, spółka Google utrzymuje, że zaskarżona decyzja dotknięta jest brakiem uzasadnienia, ponieważ Komisja nie uzasadniła, w jakim zakresie praktyka o ograniczonym stopniu pokrycia rynku właściwego miałaby ograniczać konkurencję. W ramach części trzeciej spółka Google twierdzi, że Komisja nie wykazała w sposób wystarczający pod względem faktycznym i prawnym antykonkurencyjnego charakteru tych PPP.

2. W przedmiocie pierwszej części zarzutu, dotyczącej charakteru PPP dla portfela

a) Argumenty stron

- 649 Spółka Google utrzymuje, że Komisja nie mogła zakwalifikować PPP dla portfela jako porozumień w sprawie wyłączności. Mówiąc w sposób abstrakcyjny, sytuacja wyłączności może zaistnieć tylko wtedy, gdy zaspokojone są wszystkie potrzeby klienta. Tymczasem, po pierwsze, PPP dla portfela nie miały za zadanie regulować potrzeb producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w zakresie ogólnych wyszukiwarek internetowych na urządzeniach mobilnych z systemem innym niż Android, ani na komputerach. Po drugie, PPP dla portfela dotyczy jedynie jednego z punktów wejścia do ogólnych wyszukiwarek internetowych. Porozumienia te nakazują producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych w sposób jasny zachowanie punktów wejścia dla konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. Po trzecie, PPP dla portfela są w przypadku niektórych z nich ograniczone terytorialnie.
- 650 Komisja zwraca uwagę, że PPP dla portfela stanowią „ukoronowanie” różnych praktyk, które są ściśle ze sobą powiązane, ukaranych w zaskarżonej decyzji. Zdaniem Komisji bowiem, aby móc otrzymywać część przychodów pochodzących z poleceń złożonych za pomocą ogólnej wyszukiwarki internetowej Google na urządzeniach funkcjonujących pod wersjami Androida zatwierdzonymi przez spółkę Google, producenci oryginalnych urządzeń musieli najpierw zawrzeć UZF i UDAM, a następnie PPP dla portfela, przy czym to ostatnie wzmacnia zdolności ograniczające UZF i UDAM. Ponadto żaden z trzech argumentów przedstawionych przez spółkę Google przeciwko twierdzeniu, jakoby PPP dla portfela stanowiły porozumienia w sprawie wyłączności, nie jest przekonujący, ponieważ wszystkie one skupiają się na znaczeniu stopnia pokrycia przez PPP, a nie na przewidzianej w nich wyłączności.

b) Ocena Sądu

- 651 Po pierwsze, jak twierdzi Google, sytuacja wyłączności wynika z zamknięcia przez przedsiębiorstwo dostępu do możliwości zaspokajania całości lub znacznej części zapotrzebowania klienta. W przypadku przedsiębiorstwa zajmującego dominującą pozycję na rynku fakt związania nabywców obowiązkiem lub obietnicą zaopatrywania się wyłącznie w tym przedsiębiorstwie celem pokrycia całości lub znacznej części ich zapotrzebowania może bowiem stanowić nadużywanie dominującej pozycji w rozumieniu art. 102 TFUE, bez względu na to, czy to zobowiązanie zostało zaciągnięte bez dodatkowych zastrzeżeń, czy też w zamian za przyznanie rabatu. To samo dotyczy sytuacji, w której takie przedsiębiorstwo, nie nakładając na nabywców formalnego obowiązku, stosuje, na mocy umów zawartych z tymi nabywcami albo jednostronnie, system rabatów lojalnościowych, to znaczy upustów przyznawanych pod warunkiem, że klient zaopatruje się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania wyłącznie w przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą (wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja, 85/76, EU:C:1979:36, pkt 89; z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 137).
- 652 W celu dokonania oceny argumentu spółki Google, zgodnie z którym Komisja niesłusznie uznała PPP dla portfela za porozumienia w sprawie wyłączności, należy zatem sprawdzić, czy na podstawie tych porozumień klienci spółki Google, czyli producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych, mogli w odniesieniu do całości lub znacznej części swojego zapotrzebowania zwrócić się również o usługi lub produkty do konkurentów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą.

- 653 Tymczasem w niniejszej sprawie, bez uszczerbku dla analizy stopnia pokrycia rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych, która stanowi przedmiot trzeciej części niniejszego zarzutu, należy stwierdzić, że spółka Google nie kwestionuje tego, iż PPP dla portfela przewidują korzyść finansową przyznaną producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych pod wyraźnym warunkiem, że nie będą oni preinstalować żadnej innej ogólnej wyszukiwarki internetowej niż Google Search w odniesieniu do wszystkich inteligentnych urządzeń mobilnych należących do określonego portfela. W konsekwencji bezsporne jest, że dla producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych – na tyle, na ile podmioty te chciały sprzedawać inteligentne urządzenia mobilne wyposażone w ogólną wyszukiwarkę internetową – PPP dla portfela stanowiły zachętę do zaopatrywania się u Google i do wykluczenia konkurentów tej spółki w odniesieniu do istotnej części tych urządzeń (zob. motywy 1197, 1199 zaskarżonej decyzji).
- 654 Po drugie, spółka Google podnosi, że PPP dla portfela nie wykluczały dostępu do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych, które niezależnie od preinstalacji na zasadzie wyłączności Google Search pozostawały dostępne. Mowa jest tu o pobieraniu aplikacji konkurencyjnych lub bezpośrednim dostępie poprzez mobilne przeglądarki internetowe, inne niż Chrome.
- 655 W tym względzie z orzecznictwa przypomnianego powyżej w odniesieniu do porozumień w sprawie wyłączności wynika, że pojęcie wyłączności ocenia się w świetle możliwości zwrócenia się przez klientów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą do jego konkurentów o identyczne usługi. Wyłączność nie jest zatem oceniana w odniesieniu do zachowania użytkowników, lecz wyłącznie w stosunku do zachowania klientów przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Należy zatem oddalić argument spółki Google, zgodnie z którym użytkownik może samodzielnie korzystać z ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search dzięki pobieraniu aplikacji lub za pośrednictwem przeglądarek innych niż Chrome.
- 656 Po trzecie, spółka Google podkreśla, że niektóre PPP dla portfela miały terytorialny zakres stosowania ograniczony do niektórych państw członkowskich. Jak słusznie jednak podkreśla Komisja, spółka Google nie kwestionuje faktu, że rozpatrywane rynki są zbiorem poszczególnych krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych. Okoliczność, że niektóre PPP dla portfela mają zastosowanie jedynie do ograniczonej liczby państw członkowskich, nie pozwala na wykluczenie skutku wyłączności na danych rynkach krajowych.
- 657 Spółka Google nie ma zaś racji, gdy twierdzi, że Komisja popełniła błąd w ocenie uznając, iż rozpatrywany wypłaty były wypłatami z tytułu wyłączności.

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej braku uzasadnienia

- 658 Na rozprawie spółka Google podniosła, że zaskarżona decyzja nie została wystarczająco uzasadniona. Komisja nie uzasadniła bowiem w żaden sposób, dlaczego praktyka odznaczająca się – zdaniem spółki Google – ograniczonym pokryciem rynku właściwego mogłaby ograniczać konkurencję.
- 659 W tym względzie należy przypomnieć, że uzasadnienie wymagane przez art. 296 TFUE powinno być dostosowane do charakteru rozpatrywanego aktu i powinno przedstawiać w sposób zrozumiały i jednoznaczny rozumowanie instytucji, która jest autorem aktu, w taki sposób, aby umożliwić zainteresowanym zapoznanie się z powodami podjęcia środka, a właściwemu sądowi – przeprowadzenie kontroli. Wymóg uzasadnienia należy oceniać w odniesieniu do okoliczności konkretnej sprawy, w szczególności do treści aktu, charakteru przywołanych argumentów,

a także interesu, jaki w uzyskaniu informacji mogą mieć adresaci aktu lub inne osoby, których dotyczy on bezpośrednio i indywidualnie. Nie jest wymagane, by uzasadnienie wyszczególniało wszystkie istotne elementy faktyczne i prawne, ponieważ ocena, czy uzasadnienie aktu spełnia wymogi wspomnianego art. 296 TFUE, winna nie tylko opierać się na jego brzmieniu, ale także uwzględniać okoliczności jego wydania, jak również całość przepisów prawa regulujących daną dziedzinę (wyrok z dnia 27 czerwca 2012 r., Microsoft/Commission, T-167/08, EU:T:2012:323, pkt 99).

- 660 Na wstępie należy przypomnieć, że powody, dla których Komisja uznała, iż PPP dla portfela miały charakter nadużycia, przedstawiono w motywach 1188–1336 zaskarżonej decyzji, poświęconych badaniu charakteru nadużycia PPP dla portfela. W tym względzie Komisja w ramach tego rozumowania opisała w motywach 1286–1304 pokrycie rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez kwestionowaną praktykę.
- 661 W świetle tego rozumowania oraz poświęconych mu argumentów spółki Google, przedstawionych w ramach trzeciej części niniejszego zarzutu, Sąd stwierdza, po pierwsze, że spółka Google mogła skutecznie zakwestionować analizę przeprowadzoną w tym zakresie przez Komisję, a po drugie, że jest on w stanie ocenić jej zasadność.
- 662 W związku z tym należy oddalić jako bezzasadne podniesione przez spółkę Google zastrzeżenie dotyczące braku uzasadnienia.

4. W przedmiocie części trzeciej zarzutu, dotyczącej stwierdzenia ograniczenia konkurencji

- 663 Spółka Google przedstawia argument, który Komisja podważa, że w zaskarżonej decyzji nie przeanalizowano prawidłowo, w świetle wszystkich istotnych okoliczności, warunku preinstalacji na zasadzie wyłączności przewidzianego w PPP dla portfela, w ramach wykazywania jego skutków w postaci wykluczenia.
- 664 Po pierwsze, zaskarżona decyzja nie uwzględnia faktu, że kwestionowaną praktyką pokryta jest jedynie niewielka część rynku, a jej wpływ jest pomijalny. Po drugie, w zaskarżonej decyzji błędnie oceniono możliwość wykluczenia przez PPP dla portfela konkurentów hipotetycznie co najmniej równie efektywnych, a zwłaszcza zdolności takich konkurentów do zrównoważenia tych skutków. Po trzecie, zaskarżona decyzja pomija warunki przyznawania rozpatrywanych wypłat, które to warunki pozostawiają użytkownikom swobodny dostęp do konkurentów. Po czwarte, Komisja nie przeprowadziła odpowiedniego testu scenariusza alternatywnego.

a) W przedmiocie pokrycia i oddziaływania PPP dla portfela

1) Zaskarżona decyzja

- 665 Zgodnie z zaskarżoną decyzją Komisja uznała, że PPP dla portfela pokrywają „istotną część” krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych (motyw 1286 zaskarżonej decyzji).
- 666 Po pierwsze, na poparcie tego stwierdzenia Komisja podkreśla, że PPP dla portfela zawarto z głównymi producentami oryginalnych urządzeń sprzedającymi smartfony Google Android i z głównymi operatorami sieci mobilnych, działającymi na rynku europejskim. Producenci oryginalnych urządzeń, o których mowa, sprzedawali na rynku europejskim prawie [80–90]% smartfonów Google Android w latach 2011–2012. Uwzględniając również fakt, że urządzenia

Google Android stanowiły 56% wszystkich smartfonów sprzedawanych w latach 2011–2012, Komisja wnioskuję z powyższego, że PPP dla portfela obejmowały w tym okresie [40–50]% wszystkich smartfonów sprzedawanych w Europie. Komisja wyjaśnia w tym względzie, że nie uwzględniła wszystkich smartfonów sprzedanych przez operatorów sieci mobilnych w ramach ich PPP dla portfela, w przypadku, gdy dla obu uwzględnionych operatorów sieci mobilnych stanowiły one jedynie drobną część wskazanej wyżej sprzedaży (motywy 1287–1289 i przypis 1376 zaskarżonej decyzji).

- 667 Po drugie, Komisja zwraca uwagę, że proporcja poleceń wyszukiwania wykonywanych na wszystkich urządzeniach mobilnych za pośrednictwem Google Search znacząco wzrosła w latach 2012–2014, aby osiągnąć około [30–40]% poleceń złożonych Google w 2014 r. w EOG (motyw 1290 zaskarżonej decyzji).
- 668 Po trzecie, Komisja wskazuje na zastąpienie od 2013 r. PPP dla portfela przez PPP dla urządzeń, które pokrywały odpowiednio niemalże [50–60]% i prawie [60–70]% urządzeń Google Android w latach 2013 i 2014. Podobnie Komisja podkreśla, że Google Search był ustawiony domyślnie w przeglądarce Apple, czyli Safari, i to w odniesieniu do wszystkich iPhone'ów. Google Search był zaś preinstalowany lub ustawiony domyślnie w przeglądarce na zdecydowanej większości pozostałych urządzeń mobilnych i komputerów osobistych (motywy 1291–1293 i 1298 zaskarżonej decyzji).
- 669 Po czwarte, proporcja poleceń wyszukiwania wysyłanych z urządzeń Google Android odpowiadała odpowiednio [10–20]% i [10–20]% wszystkich poleceń wyszukiwania skierowanych do Google w latach 2013 i 2014 w EOG (motyw 1294 zaskarżonej decyzji; dane te nie są dostępne dla lat 2011 i 2012).
- 670 Po piąte, w odpowiedzi na argument spółki Google o minimalnym „wpływie” PPP dla portfela w świetle chociażby pewnych danych uwzględnionych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, odnośnie do możliwości osiągnięcia przez konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe poziomu wypłat przyznawanych rozpatrywanym producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych (zob. motywy 1225–1271 zaskarżonej decyzji), Komisja wskazuje, że chociaż ów „wpływ” wydawał się minimalny spółce Google, to był on jednak duży z punktu widzenia tych usług, w szczególności dlatego, że polecenia wyszukiwania uwzględnione w tej analizie stanowiły dla nich „istotną liczbę dodatkowych wyszukiwań” w krytycznym momencie rozwoju wyszukiwania ogólnego, czyli przejścia od wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych do wyszukiwania ogólnego na urządzeniach mobilnych (motywy 1299–1302 zaskarżonej decyzji). Komisja utrzymuje też, że istotny stopień pokrycia rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez kwestionowaną praktykę wynika z faktu, iż rozpatrywany rodzaj wyszukiwania umożliwiał pozyskiwanie cennych danych o lokalizacji, które jako takie mogły usprawniać odnośną ogólną wyszukiwarkę internetową i zwiększać generowane przez nią przychody z reklam (motyw 1298 zaskarżonej decyzji).

2) Argumenty stron

- 671 Spółka Google zauważa, że w motywach 1286, 1287 i 1295 zaskarżonej decyzji Komisja twierdzi, iż PPP dla portfela „obejmowały istotną część właściwych rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych” ze względu na to, że owe PPP miały zastosowanie do „najważniejszych producentów oryginalnych urządzeń” dystrybuujących urządzenia Google Android Google oraz do „głównych operatorów sieci mobilnych działających w EOG”. Ocena ta nie uwzględnia stopnia pokrycia rynku przez kwestionowaną praktykę. Odpowiednia analiza

stopnia pokrycia rynku przez PPP dla portfela wymagałaby bowiem uwzględnienia proporcji poleceń wyszukiwania, które można przypisać urządzeniom Google Android, i proporcji urządzeń Google Android podlegających PPP dla portfela.

- 672 Spółka Google wskazuje przy tym w pkt 262 skargi czy też w pkt 172 repliki, już z uwzględnieniem uwag przedstawionych w tym względzie przez Komisję, że w okresie zarzucanego nadużycia PPP dla portfela pokrywały średnio jedynie [0–5]% krajowych „rynków” wyszukiwania ogólnego. Te „rynki” obejmują bowiem w świetle motywu 353 zaskarżonej decyzji „wyszukiwania dokonywane za pośrednictwem komputerów osobistych i mobilnych urządzeń inteligentnych”, a PPP dla portfela, które przecież miały zastosowanie jedynie do niektórych smartfonów, stanowią jedynie nieistotną część poleceń złożonych w rozpatrywanym okresie. Ponadto, wielu producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych nigdy nie podpisało PPP dla portfela. Średni stopień pokrycia wynoszący [0–5]% w okresie od 2011 r. do 2014 r. nie pozwala zatem na wyciągnięcie wniosku, że owe PPP „utrudniły czy wręcz uniemożliwiły” konkurentom dostęp do rynków. Stopień ten jest zresztą znacznie niższy od pokrycia rynku przez praktyki uznane we wcześniejszych sprawach za nadużycia, które wynosiło 39, 40 lub 85%.
- 673 W odpowiedzi na krytykę Komisji, zgodnie z którą spółka Google posłużyła się danymi liczbowymi dotyczącymi urządzeń sprzedawanych, a nie urządzeń używanych, Google podnosi, że w samej zaskarżonej decyzji uwzględniono, jako stopień pokrycia rynku, urządzenia sprzedane. Spółka Google dodaje, że nawet w razie zmiany obliczeń poprzez uwzględnienie urządzeń używanych, to gdy pamięta się o tym, że każde sprzedane urządzenie ma szacowany okres życia wynoszący około dwóch lat, wpływ takiej zmiany na stopień pokrycia rynku pozostaje minimalny.
- 674 Tytułem ewentualnym spółka Google podnosi, że zgodnie z motywem 1226 zaskarżonej decyzji konkurencyjne wyszukiwarki internetowe mogłyby osiągnąć co najwyżej [0–5]% pytań na urządzeniach podlegających podziałowi przychodów, gdyby ich aplikacje były preinstalowane obok aplikacji Google Search. Tak więc biorąc pod uwagę uwzględnione rynki i zgodnie z własną analizą Komisji, wpływ PPP dla portfela na udziały w liczbie pytań wyszukiwania ogólnego w EOG był skrajnie niski w każdym roku zarzucanego naruszenia.
- 675 Biorąc pod uwagę niewielkie pokrycie rynku przez kwestionowane PPP dla portfela i ich pomijalny wpływ, z powodami przedstawionymi na poparcie stwierdzenia, że warunek preinstalacji na zasadzie wyłączości był „istotny”, nie można się zgodzić.
- 676 Komisja twierdzi zasadniczo, że sugerowany przez spółkę Google stopień pokrycia rynku przez PPP dla portfela nie osłabia zawartego w zaskarżonej decyzji wniosku w przedmiocie wagi tego pokrycia, ze wskazanych tam powodów.
- 677 W szczególności, nie można utożsamić sprzedaży rocznej z liczbą urządzeń podlegających PPP dla portfela bez uwzględnienia sprzedaży urządzeń z poprzednich lat, które nadal są eksploatowane. Ponadto obliczenie wpływu przeprowadzone przez spółkę Google opiera się, bez dodatkowych wyjaśnień, na możliwej do zdobycia części rynku wynoszącej [0–5]% zamiast na możliwej do zdobycia części wynoszącej 22,5%, którą konkurent mógłby osiągnąć w przypadku, gdyby jego ogólna wyszukiwarka internetowa była ustawiona domyślnie w preinstalowanej mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome.

678 VDZ twierdzi ze swej strony, że stopień pokrycia rynku jest bez znaczenia, ponieważ w sytuacji zdominowania rynku należy chronić konkurencję w maksymalnym stopniu. W tym kontekście PPP dla portfela przyczynia się do umocnienia pozycji dominującej spółki Google poprzez uniemożliwienie producentom oryginalnych urządzeń oferowania użytkownikom multi-hostingu.

3) Ocena Sądu

679 Należy przypomnieć, że w wypadku takim jak w niniejszej sprawie, gdy dane przedsiębiorstwo w toku postępowania administracyjnego podnosi dowody na poparcie tego, że praktyka wyłączności, którą realizuje, nie miała zdolności do ograniczenia konkurencji, a w szczególności – wywołania skutków wykluczenia, zarzucanych mu przez Komisję, instytucja ta jest zobowiązana, w szczególności, do przeanalizowania stopnia pokrycia rynku przez kwestionowaną praktykę (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138, 139).

680 Analiza taka pozwala określić skutek w postaci zamknięcia właściwego rynku, jaki wywołała kwestionowana praktyka, w szczególności, w celu ustalenia, jaka jego część nie podlega konkurencji z powodu wyłączności spowodowanej spornymi wypłatami.

681 Jak zaś bezapelacyjnie wynika z motywu 1286 zaskarżonej decyzji, Komisja uznała, że PPP dla portfela zawarte przez spółkę Google z niektórymi producentami oryginalnych urządzeń oraz operatorami sieci mobilnych obejmowały istotną część krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych w obrębie EOG.

682 Z zaskarżonej decyzji wynika również, że różnorodne wskazane rynki obejmują całość wyszukiwań ogólnych wykonywanych z wszystkich typów urządzeń, w tym z urządzeń mobilnych innych niż Android i z komputerów osobistych (zob., tytułem przykładu, motyw 353 zaskarżonej decyzji).

683 Jak podnosi w tym względzie spółka Google, z różnych przykładów wcześniejszej praktyki Komisji wynika również, że instytucja ta uznawała za istotne stopnie pokrycia właściwego rynku wynoszące od 39% do 85%.

684 Jednakże w niniejszej sprawie stopień pokrycia rynku przez kwestionowaną praktykę uznany przez Komisję za istotny jest, jako taki, znacznie niższy od przyjmowanych w przeszłości przez Komisję w jej dotychczasowej praktyce. Zgodnie bowiem z danymi na ten temat, dostarczonymi przez spółkę Google, wynosi on poniżej 5% rynku określonego przez Komisję.

685 Nawet jeśli Komisja uważa, że stopień pokrycia rynku przedstawiony przez Google w skardze, a następnie w replice, niedoszacowuje liczby urządzeń znajdujących się w obrocie, które podlegały PPP dla portfela w trakcie właściwego okresu naruszenia, nie zmienia to faktu, iż dane i wyjaśnienia przedstawione w tym względzie przez spółkę Google pozwalają uznać, że obliczenie zaproponowane przez Google jest wiarygodne.

686 Jest tak tym bardziej, ponieważ Komisja – mimo że należy to do jej obowiązków zgodnie z orzecznictwem zacytowanym w pkt 679 powyżej – nie określiła swojego własnego szacunku stopnia pokrycia przez PPP dla portfela różnych rynków, które same uznała za istotne w swojej analizie.

- 687 Okazuje się bowiem, że przedstawione przez Komisję w zaskarżonej decyzji argumenty – służące za podstawę wniosku, iż PPP dla portfela pokrywają istotną część krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych w EOG – dotyczą albo jedynie pojedynczego segmentu różnych rynków właściwych, czyli segmentu odpowiadającego poleceniom wyszukiwania ogólnego składanych z inteligentnego urządzenia mobilnego, albo elementów niezwiązanych z występowaniem kwestionowanej praktyki na tychże rynkach.
- 688 Po pierwsze zatem, w motywach 1287–1289 zaskarżonej decyzji Komisja zauważa w pierwszym rzędzie, że PPP dla portfela wiążą zasadniczo producentów oryginalnych urządzeń (Komisja wskazuje na trzech) oraz operatorów sieci mobilnych (Komisja podaje czterech), którzy są istotni w EOG, a w drugim rzędzie, że porozumienia wiążące producentów oryginalnych urządzeń stanowią [40–50]% łącznej liczby smartfonów sprzedanych w Europie w latach 2011 i 2012. Jednakże ustalenia te nie pozwalają uzasadnić tezy o istotnym pokryciu rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez PPP dla portfela. Rzeczone ustalenia pokazują, że sytuacja taka panuje jedynie w określonym segmencie tych rynków – w segmencie wyszukiwania mobilnego. Część ta ulega jeszcze dalej idącemu zmniejszeniu, ponieważ z motywu 1288 zaskarżonej decyzji wynika, że część smartfonów Google Android sprzedanych przez producentów oryginalnych urządzeń, objętych PPP dla portfela, stopniowo spadała w latach 2011–2014, z poziomu [70–80]% w 2011 r. do [5–10]% w 2014 r.
- 689 Co prawda, z motywu 1292 zaskarżonej decyzji wynika, iż począwszy od 2013 r., kiedy to proporcja smartfonów Google Android objętych PPP dla portfela znacznie spadła, spółka Google stopniowo zastępowała PPP dla portfela za pomocą PPP dla urządzeń. Komisja zauważa, że te ostatnie dotyczyły [50–60]% i [60–70]% smartfonów Google Android sprzedanych w latach 2013 i 2014. Niemniej jednak stopnia pokrycia rynku przez rzekomo antykonkurencyjną praktykę wyłączności nie można stwierdzić, co do zasady, na podstawie praktyk, które same w sobie nie zostały uznane za antykonkurencyjne. Dla oceny stopnia pokrycia rynku przez PPP dla portfela jest zatem obojętne, że od 2013 r. były one stopniowo zastępowane przez PPP dla urządzeń.
- 690 Po drugie, w motywach 1290 i 1297 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśla, że polecenia wyszukiwania ogólnego realizowane za pomocą Google Search na wszystkich urządzeniach mobilnych stale rosły w latach 2012–2014 i stanowiły [30–40]% ogółu poleceń dla Google w EOG w 2014 r. Jednakże stwierdzenie to pozwala nie tyle na wykazanie rzekomo istotnego pokrycia przez PPP dla portfela krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych, co raczej znaczenia, jakie dla spółki Google ma Google Search jako punkt wejścia na urządzeniach mobilnych.
- 691 Po trzecie, w motywach 1293–1298 zaskarżonej decyzji Komisja opiera tezę o rzekomo istotnym stopniu pokrycia krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych przez PPP dla portfela na tym, że Google Search był ustawiany domyślnie na przeglądarce Safari zintegrowanej z urządzeniami mobilnymi sprzedawanymi przez spółkę Apple. Jednakże, jak podnosi spółka Google, jej porozumienia ze spółką Apple próżno szukać pośród PPP dla portfela uwzględnionych w zaskarżonej decyzji.
- 692 Po czwarte, w motywie 1294 zaskarżonej decyzji Komisja zauważa, że proporcja poleceń wyszukiwania wysyłanych z urządzeń mobilnych Google Android odpowiadała odpowiednio [10–20]% i [10–20]% wszystkich poleceń wyszukiwania skierowanych do Google w latach 2013 i 2014. Jednakże ustalenie to nie potwierdza istnienia rzekomo istotnego stopnia pokrycia krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych, a wręcz przeciwnie. Zakładając bowiem, że wszystkie urządzenia mobilne Google Android były objęte PPP dla portfela

w latach 2013 i 2014, co nie miało miejsca, oraz że spółka Google posiadała całość udziałów rynkowych na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, co nie miało miejsca, nawet jeśli jej udziały w rynku zbliżały się do takiego stanu rzeczy, teoretyczny stopień pokrycia przez PPP dla portfela na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych nie mógł w latach 2013 i 2014 przekroczyć, odpowiednio, [10–20]% i [10–20]% krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych. Komisja w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd przed rozprawą, wyraźnie potwierdziła ów rezultat takiego czysto teoretycznego obliczenia.

- 693 W tych okolicznościach stopnia pokrycia właściwych rynków przez kwestionowaną praktykę nie można uznać za istotny.
- 694 Niewątpliwie w odpowiedzi na argument spółki Google o minimalnym „wpływie” PPP dla portfela w świetle chociażby pewnych danych uwzględnionych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, odnośnie do możliwości osiągnięcia przez konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe poziomu wypłat przyznawanych rozpatrywanym producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych (zob. motywy 1225–1271 zaskarżonej decyzji), Komisja wskazuje, że chociaż ów „wpływ” wydawał się minimalny spółce Google, to był on jednak duży z punktu widzenia tych usług, w szczególności dlatego, że polecenia wyszukiwania uwzględnione w tej analizie stanowiły dla nich „istotną liczbę dodatkowych wyszukiwań” w krytycznym momencie rozwoju wyszukiwania ogólnego, czyli przejścia od wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych do wyszukiwania ogólnego na urządzeniach mobilnych (motywy 1299–1302 zaskarżonej decyzji). W odpowiedzi na inny argument Komisja utrzymuje też, że istotny stopień pokrycia rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez kwestionowaną praktykę wynika z faktu, iż rozpatrywany rodzaj wyszukiwania umożliwiał pozyskiwanie cennych danych o lokalizacji, które jako takie mogły usprawniać odnośną ogólną wyszukiwarkę internetową i zwiększać generowane przez nią przychody z reklam (motyw 1298 zaskarżonej decyzji).
- 695 Uwagi te, rozpatrywane w kontekście rozumowania przedstawionego w zaskarżonej decyzji i zbadanego powyżej, nie wystarczają do wykazania istotnego stopnia pokrycia właściwych rynków przez kwestionowaną praktykę.
- 696 Sytuacja wyglądałaby inaczej, gdyby Komisja stwierdziła – czego nie uczyniła, mimo stopnia pokrycia właściwych rynków przez kwestionowaną praktykę, który nie jest istotny – że segment pokryty przez ową praktykę lub chociażby rozpatrywani producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych mieli znaczenie strategiczne, powodujące, że skutek w postaci zamknięcia rynku, za który można obwinić rzeczoną praktykę, może doprowadzić do wykluczenia z właściwych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec spółki Google. Taki stan rzeczy pozbawiłby zatem konkurencyjne wyszukiwarki wystarczających możliwości prowadzenia konkurencji niecenowej dzięki wchodzeniu na te rynki lub rozwijaniu się na nich, i to w momencie, w którym zarówno spółka Google, jak i jej konkurenci, tacy jak Microsoft, musieli stawić czoła wyzwaniu w postaci przejścia z wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych na wyszukiwanie ogólne na urządzeniach mobilnych.
- 697 Taki dowód jednak nie wynika z zaskarżonej decyzji, w której został on jedynie naszkicowany i niewystarczająco przeprowadzony przez Komisję w części, rozpoczynającej się od stwierdzenia, zgodnie z którym odnośne argumenty spółki Google nie podważają wniosku o pokryciu istotnej części rynków krajowych ogólnych wyszukiwarek internetowych przez PPP dla portfela (zob. motyw 1295 zaskarżonej decyzji).

- 698 Z całości analizy dotyczącej pokrycia rynków przez PPP dla portfela wynika, że uległ on błędnemu zakwalifikowaniu w motywie 1286 zaskarżonej decyzji jako „istotny”. Błąd ten należy zatem wziąć pod uwagę przy ocenie tego, czy PPP dla portfela, same w sobie, miały charakter nadużycia.
- 699 Należy ponadto zbadać argumenty spółki Google, oparte na błędach popełnionych przez Komisję przy ocenie warunków, w jakich przewagę konkurencyjną zrodzoną przez PPP dla portfela mógłby zrównoważyć konkurent co najmniej równie efektywny.

b) W przedmiocie zrównoważenia PPP dla portfela

1) Zaskarżona decyzja

- 700 W zaskarżonej decyzji Komisja podkreśla, że konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa nie mogłaby zrekompensować utraty przychodów z reklam, jaką ponieśliby producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych w przypadku, gdyby obok Google Search miałyby być preinstalowana aplikacja konkurencyjna. W pierwszej kolejności trzeba stwierdzić, że Komisja oparła się na następujących danych (motywy 1225–1271 zaskarżonej decyzji).
- 701 Przede wszystkim, zdaniem Komisji, konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe mogą walczyć o maksymalnie [0–5]% wyszukiwań realizowanych na urządzeniu mobilnym, w przypadku gdyby ich aplikacje były preinstalowane wraz z Google Search. Zdaniem Komisji, owa możliwa do zdobycia część rynku osiągnęłaby 22,5%, gdyby oprócz preinstalacji aplikacji konkurencyjnej producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych ustawili domyślnie konkurencyjną mobilną przeglądarkę internetową inną niż Chrome.
- 702 Po pierwsze, Komisja podkreśla, że, ze względu na UDAM, aplikacja konkurencyjna wobec Google Search mogłaby być preinstalowana jedynie wraz z nią, a nie zamiast niej. Według niektórych producentów oryginalnych urządzeń i niektórych pracowników spółki Google niejasna jest również kwestia przewidzianego w UDAM obowiązku domyślnego ustawienia wyszukiwarki Google w mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome. Przy założeniu, że wyszukiwarka Google jest ustawiona domyślnie we wszystkich mobilnych przeglądarkach internetowych, usługa konkurencyjna mogłaby liczyć co najwyżej na uzyskanie preinstalacji swojej aplikacji mobilnej obok Google Search.
- 703 Po drugie, Komisja szczegółowo przedstawia obliczenie części możliwej do zdobycia w przypadku preinstalacji, obok Google Search, konkurencyjnej wobec wyszukiwarki. Bierze ona pod uwagę, po pierwsze, procent wyszukiwań (12%) przeprowadzanych na komputerach osobistych przypadający na wszystkie konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe w latach 2011–2014, i przenosi ów odsetek na polecenia wyszukiwania wykonywane w oparciu o urządzenie mobilne. Po drugie, w przypadku Google bierze pod uwagę proporcję wyszukiwań przeprowadzanych za pomocą Google Search, wynoszącą [30–40]%. Część możliwa do zdobycia odpowiada zatem [0–5]% wyszukiwań z tej aplikacji. Jest tak dlatego, że zgodnie UDAM każda konkurencyjna aplikacja wyszukiwarki internetowej powinna w takiej sytuacji być preinstalowana wraz z Google Search. Zdaniem Komisji, odsetek ten jest korzystny dla Google.
- 704 Po trzecie, Komisja szczegółowo wyjaśnia obliczenie części możliwej do zdobycia w przypadku dodatkowego ustawienia jako domyślnej konkurencyjnej wyszukiwarki w mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome, przy czym część ta wynosi 22,5%. Ta wartość procentowa wynika

- z możliwej do zdobycia części wyszukiwań za pośrednictwem aplikacji mobilnej, odpowiadającej wielkości [0–5]%, i części poleceń wyszukiwania otrzymanych przez Google za pośrednictwem paska adresowego mobilnej przeglądarki internetowej, wynoszącej [10–20]%.
- 705 Następnie Komisja zauważa, że producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych otrzymywali od [0–20]% do [30–50]% przychodów z reklam Google objętych PPP dla portfela.
- 706 Wreszcie, zdaniem Komisji, PPP dla portfela obejmują jedynie przychody z reklam generowane na podstawie [70–80]% poleceń wyszukiwania w Google. Komisja podkreśla bowiem, że PPP dla portfela nie dotyczą przychodów generowanych ze strony głównej Google.
- 707 W drugiej kolejności, Komisja twierdzi w świetle tych danych, że konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa nie byłaby w stanie zrekompensować utraty przychodów na wszystkich urządzeniach objętych PPP dla portfela. Komisja rozważa dwa różne scenariusze, które zmieniają się w zależności od tego, czy w UDAM przewidziany został obowiązek ustawienia wyszukiwarki Google jako domyślnej na innych przeglądarkach internetowych.
- 708 Komisja wyjaśnia, z jednej strony, że w braku takiego obowiązku, aby konkurować z podziałem przychodów w wysokości [30–40]%, usługa konkurencyjna musiałaby zrezygnować z ponad 100% swoich przychodów z reklam. Komisja dodaje, że, aby konkurować z podziałem przychodów w wysokości [10–20]%, konkurencyjna usługa powinna zrezygnować z ponad [70–80]% swoich przychodów z reklam. Odsetek ów spada do [50–60]% w przypadku przyznania przez spółkę Google udziału w wysokości [10–20]% przychodów z reklam i do [30–40]% w przypadku przyznania przez spółkę Google [10–20]% tych przychodów. Różnice te można wyjaśnić tym, że podczas gdy spółka Google przyznaje udział w wysokości prawie [70–80]% swoich przychodów z reklam, usługa konkurująca może podzielić się, w zależności od możliwości do zdobycia części, co najwyżej 22,5% takich przychodów.
- 709 Podobnie Komisja podkreśla, że obliczenie to ma zastosowanie tylko wtedy, gdy konkurencyjne usługi są obecne, w przypadku udziału w przychodach w wysokości [10–20]% na przynajmniej [70–80]% urządzeń mobilnych objętych PPP dla portfela, w przypadku udziału w przychodach w wysokości [10–20]% na przynajmniej [50–60]% urządzeń mobilnych, a w przypadku udziału na poziomie [10–20]% na przynajmniej [30–40]% urządzeń mobilnych Rekompensata jest w każdym razie niemożliwa w przypadku udziału w wysokości [30–40]%.
- 710 Preinstalacja konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej na bardzo dużej liczbie urządzeń mobilnych okazuje się w praktyce trudna, w szczególności w przypadku wyszukiwarek ukierunkowanych na ograniczoną grupę konsumentów, tak jak w przypadku Seznamu, adresowanego do osób mówiących w języku czeskim. Trudność ta jest istotna tym bardziej, że konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe mogą liczyć na preinstalację wyłącznie na nowych urządzeniach mobilnych, a nie na urządzeniach już będących w obiegu. Im większa liczba urządzeń mobilnych Google Android w obiegu, tym wyższy jest odsetek przychodów, z których powinny zrezygnować usługi konkurencyjne, aby zrekompensować PPP dla portfela.
- 711 Z drugiej strony, hipoteza istnienia takiego obowiązku ustawienia wyszukiwarki Google Search jako domyślnej na preinstalowanej mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome nie pozostawia, zdaniem Komisji, żadnego miejsca na wątpliwości. Aby bowiem zrekompensować choćby tylko oferowany przez spółkę Google udział w przychodach z reklam w wysokości [10–20]%, usługa konkurencyjna powinna zaproponować ponad 100% tych samych przychodów.

Do tego dochodzi ograniczenie polegające na możliwości preinstalowania aplikacji konkurencyjnej na prawdopodobnie ograniczonej liczbie urządzeń mobilnych, których dotyczy PPP dla portfela.

2) Argumenty stron

- 712 Spółka Google utrzymuje, że, ze względu na niewielki stopień pokrycia rynku przez PPP dla portfela, swobodny dostęp użytkowników do konkurentów i możliwości dorównania przez równie efektywnych konkurentów płatnościom dokonywanym przez nią na podstawie PPP dla portfela, twierdzenie, że porozumienia te umożliwiają wykluczenie równie efektywnych konkurentów, jest błędne. Zgodnie bowiem z analizą przeprowadzoną w samej zaskarżonej decyzji konkurenci równie efektywni, a nawet mniej efektywni, mogli bowiem dorównać płatnościom dokonywanym na podstawie PPP dla portfela.
- 713 Spółka Google utrzymuje w pierwszej kolejności, że znaczna większość PPP dla portfela skutkowałą płatnościami w wysokości [10–20]% przychodów z wyszukiwania, a wypłaty przekraczające [20–30]% były wyjątkowo rzadkie. Tymczasem z obliczeń przedstawionych w zaskarżonej decyzji, w szczególności w motywie 1243, świadczą o tym, że równie efektywni konkurenci (lub nawet mniej efektywni) mogliby zrekompensować PPP dla portfela, które oferują wypłaty sięgające nawet [20–30]%. Dokładniej rzecz ujmując, Komisja w zaskarżonej decyzji wskazuje, że „w przypadku producentów oryginalnych urządzeń lub operatorów sieci mobilnych, którzy otrzymali ze strony Google płatność z tytułu podziału przychodów z portfela w wysokości [20–30]%, konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa musiałaby zaoferować udział w swoich przychodach przekraczający [70–80]%”. Zatem zgodnie z zaskarżoną decyzją, konkurenci mogli zrekompensować PPP dla portfela zachowując w przybliżeniu marżę [30–40]% na przychodach z wyszukiwań na urządzeniach objętych porozumieniami. Marża ta rośnie do [60–70]% w przypadku wypłat z tytułu podziału przychodów, dokonywanych przez Google, w wysokości [10–20]%.
- 714 Komisja wskazuje jednak w motywie 1246 zaskarżonej decyzji, że konkurenci zostają pozostawieni bez żadnej marży na przychodach z wyszukiwania na urządzeniach objętych porozumieniami, podczas gdy wypłaty z tytułu podziału przychodów z Google osiągają poziom [40–50]%, ale dotyczy to tylko dwóch operatorów sieci mobilnych. Żaden inny partner nie otrzymał wypłat z podziału przychodów na tym poziomie. Porozumienie z jednym z tych dwóch operatorów sieci mobilnych zostało zaś zawarte, zanim spółka Google stała się podmiotem rzekomo dominującym, a porozumienie to zakończyło się prawie rok przed zarzucanym naruszeniem, natomiast porozumienie z drugim operatorem sieci mobilnej obejmowało tylko niektóre państwa członkowskie EOG, co wynika z motywów 208 i 209 zaskarżonej decyzji. Ponieważ stopień pokrycia rynku przez PPP dla portfela był w całości bardzo niski, pokrycie przez te dwa PPP dla portfela było jeszcze niższe. Zatem w przypadku tychże porozumień Komisja nie może wykazać w zaskarżonej decyzji prawdopodobnych skutków w postaci wykluczenia.
- 715 W drugiej kolejności spółka Google utrzymuje, że przeprowadzona w zaskarżonej decyzji analiza w przedmiocie zdolności konkurentów do dorównania płatnościom na podstawie PPP dla portfela zawiera szereg błędów, podważających wyciągnięty w niej wniosek, zgodnie z którym konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie mogły zrekompensować producentom oryginalnych urządzeń lub operatorom sieci mobilnych utraty wypłat dokonywanych przez spółkę Google na podstawie odnośnych PPP dla portfela.

- 716 Marża, jaką konkurująca ogólna wyszukiwarka internetowa mogłaby osiągnąć, jednocześnie dorównując podziałowi przychodów ze strony spółki Google, zależy bowiem od spodziewanej części poleceń wyszukiwania, jaką konkurent równie efektywny i atrakcyjny może uzyskać, jeżeli jego aplikacja będzie preinstalowana obok Google, od odsetka urządzeń, na których producent oryginalnych urządzeń lub operator sieci mobilnej byłby gotów preinstalować konkurencyjną aplikację, a także od kosztów równie efektywnego konkurenta. W odniesieniu do tych punktów zaskarżona decyzja zawiera błędy, po poprawieniu których widać, że konkurenci mogliby przeliczyć PPP dla portfela spółki Google, w tym PPP oferujące podziału przychodów w wysokości [40–50] %.
- 717 Po pierwsze, równie efektywny konkurent mógłby uzyskać ponad 12% poleceń wyszukiwania aplikacji Google Search, gdyby konkurencyjna aplikacja służąca do wyszukiwania była również preinstalowana. Tytułem przykładu, w okresie zarzucanego nadużycia Seznam uzyskiwał w Republice Czeskiej nawet 26% rocznej liczby poleceń wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych. Równie atrakcyjny i tym samym równie efektywny konkurent mógłby uzyskać co najmniej 26% poleceń wyszukiwania ogólnego.
- 718 Po drugie, równie efektywny konkurent mógłby uzyskać polecenia za pośrednictwem swojej strony internetowej i generować dzięki temu punktowi wejścia przychody podlegające podziałowi. Chociaż spółka Google nie dzieli się takimi przychodami, co najmniej równie efektywny konkurent dzięki takim przychodom mógłby zaproponować wyższe płatności.
- 719 Po trzecie, równie efektywny konkurent mógłby uzyskać dodatkowe polecenia dzięki domyślnym ustawieniom mobilnej przeglądarki internetowej, czego UDAM nie zakazywały. Przytoczone w zaskarżonej decyzji oświadczenia trzech producentów oryginalnych urządzeń nie dowodzą, że owi producenci oryginalnych urządzeń źle zrozumieli warunki UDAM. W każdym razie kwestię tę należy oceniać na podstawie obiektywnych warunków UDAM, a nie na podstawie nieporozumień. Ponadto oświadczenia te nie sugerowały, że producenci oryginalnych urządzeń nie mogli ustawić jako domyślnej innej przeglądarki czy też innej wyszukiwarki internetowej dla paska adresowego innych przeglądarek. Inne dokumenty świadczą o tym, że producenci oryginalnych urządzeń mieli na podstawie UDAM swobodę ustawiania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych domyślnie na przeglądarkach, i potwierdzają, iż producenci oryginalnych urządzeń rozumieli, że tak właśnie jest. W zaskarżonej decyzji przeceniono zatem zarzucany skutek w postaci wykluczenia wywierany przez PPP spółki Google.
- 720 Po czwarte, zaskarżona decyzja nie wyjaśnia ani dlaczego równie efektywny konkurent mógłby uzyskać preinstalację tylko na ograniczonej części urządzeń producentów oryginalnych urządzeń, ani dlaczego dany producent oryginalnych urządzeń nie miał możliwości preinstalowania zdublowanych aplikacji na niektórych swoich urządzeniach, lecz miałby taką możliwość na innych urządzeniach, ani dlaczego konkurencyjne aplikacje nie mogły być preinstalowane na urządzeniach, które zostały już sprzedane w okresie realizacji PPP.
- 721 Po piąte, w zaskarżonej decyzji przeszacowano koszty spółki Google i z tego względu niedoszacowano marży, jaką równie efektywny konkurent mógłby osiągnąć, jednocześnie dorównując PPP dla portfela spółki Google.
- 722 Zdaniem spółki Google, równie efektywny konkurent mógłby przyciągnąć przynajmniej [30–40] % poleceń wyszukiwania, gdyby jego aplikacja była preinstalowana obok Google Search i ustawiona jako domyślna. Powinien być w stanie uzyskać preinstalację na całości portfela urządzeń, ponosząc koszty w wysokości jedynie [5–10] %. W konsekwencji mógł przeliczyć PPP dla

portfela spółki Google, osiągając jednocześnie marżę w wysokości od [10–20]% w przypadku PPP przewidującego wypłaty w wysokości [40–50]%, do [70–80]% w przypadku PPP skutkującego płatnościami w wysokości [10–20]%.

- 723 Ze swej strony Komisja zauważa w pierwszej kolejności, że analiza niezdolności równie efektywnych konkurentów do zrekompensowania wypłat dokonywanych przez spółkę Google jest tylko jednym z wielu czynników służących określeniu możliwości ograniczenia konkurencji przez PPP dla portfela. Ponadto zastosowanie testu AEC nie jest istotne w sytuacji, w której rynek jest zorganizowany w taki sposób, że pojawienie się równie efektywnego konkurenta jest praktycznie niemożliwe.
- 724 Komisja uważa również, że w niniejszym przypadku nierealistyczne byłoby nieuwzględnienie pozycji dominującej spółki Google w wyszukiwaniu ogólnym, wzmacniającej efekt dźwigni, z którego spółka Google korzysta przy zawieraniu PPP dla portfela z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych. Motywacja spółki Google do zawierania owych PPP jest również istotna, podobnie jak cel PPP polegający na zapewnieniu, by producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych otrzymywali od spółki Google odpowiedź na wszystkie swoje potrzeby w dziedzinie ogólnych wyszukiwarek internetowych na urządzeniach należących do uzgodnionej gamy.
- 725 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o ocenę PPP dla portfela, Komisja podkreśla brak jednolitości PPP oraz nałożenie w UDAM ograniczeń na producentów oryginalnych urządzeń. W zaskarżonej decyzji wskazano w tym względzie, że istnieje pewna liczba punktów wejścia do wyszukiwania na urządzeniu Google Android już skonfigurowanych w sposób korzystny dla spółki Google na podstawie UDAM, dzięki obowiązkowi preinstalowania aplikacji Google Search na ekranie głównym urządzenia i preinstalowania Google Chrome, przy czym dla wyszukiwania ogólnego ustawiany domyślnie jest Google.
- 726 W tym kontekście spółka Google przekazywała producentom oryginalnych urządzeń lub operatorom sieci mobilnych odsetek wynoszący od [0–10]% do [30–40]% przychodów z reklam netto spółki Google generowanych przez wyszukiwanie w Google na urządzeniach należących do zdefiniowanej gamy z aplikacji Google Search, z paska adresowego Chrome i z paska adresowego wszystkich innych mobilnych przeglądarek internetowych. Wypłaty te były uzależnione od dochowania przez producentów oryginalnych urządzeń lub operatorów sieci mobilnych obowiązku utrzymania wyłączności, czyli nieinstalowania na jakichkolwiek urządzeniach należących do danej gamy żadnych usług podobnych do Google Search.
- 727 Komisja przypomina również, że kwestia tego, czy UDAM uniemożliwiały producentom oryginalnych urządzeń ustawienie jako domyślnych innych ogólnych wyszukiwarek internetowych w przeglądarce, które ci producenci mogli preinstalować obok Chrome, była dla nich niejasna. Niektórzy producenci oryginalnych urządzeń rozumieli postanowienia zawartych przez nich UDAM w ten sposób, że umowa ta wymagała od nich ustawienia ogólnej wyszukiwarki internetowej Google jako usługi domyślnej dla wszystkich punktów wejścia na urządzeniach należących do przewidzianej dla nich gamy. Jednakże w celu ustalenia, czy konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa mogła dorównać płatnościom dokonywanym przez spółkę Google, Komisja wyszła z korzystnej dla Google zasady, że UDAM nie nakładały takiego ograniczenia. Argumenty spółki Google w tym względzie są zatem bezskuteczne.

- 728 W trzeciej kolejności należy zauważyć, po pierwsze, że punktem wyjścia uwag krytycznych poczynionych przez spółkę Google wobec rozumowania przeprowadzonego w zaskarżonej decyzji był pośredni etap obliczeń, bez uwzględnienia przedstawionej później analizy dotyczącej ograniczonego zakresu instalacji, na którą konkurent mógł liczyć. Uwag tych nie podważają argumenty krytyczne skierowane przeciwko PPP dla portfela zawartych z dwoma operatorami sieci mobilnych będących partnerami Androida.
- 729 Po drugie, jeśli chodzi o argumentację spółki Google zmierzającą do podważenia kryterium 12% opartego na łącznej części liczby poleceń wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych, ze względu na to, że kryterium to nie odzwierciedla części, jaką mógł zdobyć konkurent, Komisja przypomina, że dokonana przez nią ocena zdolności konkurentów do dorównania płatnościom dokonywanym przez spółkę Google była dla niej korzystna. Komisja oddala również wszystkie argumenty przedstawione w tym względzie przez spółkę Google.
- 730 Po trzecie, co się tyczy argumentacji spółki Google mającej na celu powołanie się na dzielenie się przez konkurentów przychodami generowanymi przez stronę główną, zdaniem Komisji założenie, że konkurenci ci zgodziliby się na podział przychodów, którymi spółka Google w ramach własnych PPP się nie dzieli, jest iluzoryczne.
- 731 Po czwarte, zaskarżona decyzja wyjaśnia, dlaczego jest mało prawdopodobne, by konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe zostały w ten sposób zainstalowane w całej gamie urządzeń producenta oryginalnych urządzeń, jaki byłby wpływ preinstalowania aplikacji Google Search na już sprzedanych urządzeniach, dlaczego konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa nie mogłaby zrekompensować wypłat dokonywanych przez spółkę Google pomimo wzrostu sprzedaży nowych urządzeń, a także dlaczego producenci oryginalnych urządzeń nie zawieraliby PPP z wieloma konkurencyjnymi usługami w celu zrekompensowania wypłat otrzymywanych od spółki Google.
- 732 Po piąte, jeśli chodzi o argumentację spółki Google dotyczącą kosztów, byłaby ona bezskuteczna, gdyby Sąd uwzględnił argumenty Komisji na temat prawidłowości analizy niemożności dostosowania się przez konkurenta do warunków PPP dla portfela. W każdym razie argumentacja ta jest bezzasadna, w szczególności ze względu na to, że koszty wyliczone przez spółkę Google nie obejmują części kosztów stałych, w szczególności kosztów badań i rozwoju (R&D).

3) Ocena Sądu

- 733 Spółka Google zarzuca Komisji, że uznała, iż przedsiębiorstwa konkurencyjne nie byłyby w stanie zrekompensować straty poniesionej przez producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w przypadku, gdyby podmioty te postanowiły preinstalować obok Google Search konkurencyjną aplikację do wyszukiwania ogólnego.
- 734 Komisja doszła do takiego wniosku, w szczególności, po przeprowadzeniu test AEC, przy czym spółka Google kwestionuje zarówno jego wyniki, jak i metodologię i przyjęte założenia ilościowe. Należy zatem zbadać błędy zarzucane przez spółkę Google w świetle zasad wypracowanych w orzecznictwie, przypomnianych w pkt 639–645 powyżej.

i) W przedmiocie kosztów, jakie można przypisać konkurentowi hipotetycznie co najmniej równie efektywnemu

- 735 Zdaniem spółki Google, w motywach 1265 i 1266 zaskarżonej decyzji Komisja przeszacowała koszty owej spółki i w związku z tym nie doszacowała marży, jaką konkurencyjna wyszukiwarka internetowa mogłaby realizować, gdyby jej aplikacja była preinstalowana obok Google Search.
- 736 Komisja niesłusznie bowiem przyjęła, że koszty ponoszone przez spółkę Google odpowiadają [10–20]% jej przychodów z reklam i że aby konkurować z Google, konkurent hipotetycznie równie efektywny powinien zatrzymywać przynajmniej [10–20]% przychodów z reklam. Tymczasem ponoszone przez spółkę Google koszty istotne dla testu AEC to raczej, według spółki Google, koszty rzędu [0–10]%. Zamiast domniemywać koszty spółki Google, Komisja mogła łatwo uzyskać dostęp do konkretnych informacji, występując o dostęp do jej danych finansowych.
- 737 Komisja odpowiada, że kwestia kosztów okazuje się bez znaczenia. Przewidziana przez spółkę Google możliwość, że równie efektywny konkurent odejmowałby jedynie [0–10]% kosztów, zamiast [10–20]%, nie wystarcza do zmiany wyniku analizy przeprowadzonej w zaskarżonej decyzji. Spółka Google nie przedstawiła dowodu przeciwnego, a przy tym pominęła milczeniem fakt, jak wskazano w motywie 1267 zaskarżonej decyzji, że konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa powinna pokrywać również część swoich kosztów stałych, a w szczególności kosztów R&D.
- 738 Ponadto zastrzeżenie dotyczące nieuwzględnienia „istotnych i dostępnych informacji” jest, zdaniem Komisji, bezzasadne. Danych załączonych przez spółkę Google do skargi nie przedstawiono w toku postępowania administracyjnego.
- 739 W tym względzie należy podnieść, że podmiot konkurencyjny hipotetycznie przynajmniej równie efektywny jest konkurentem, który – jak podkreśla Komisja w motywie 1259 zaskarżonej decyzji – ma przynajmniej taką samą zdolność do generowania przychodów i ponosi koszty identyczne z kosztami przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą. Wymóg ten znajduje się zresztą w wytycznych dotyczących nadużyć w postaci wykluczenia. Komisja bowiem w pkt 25 tych wytycznych podkreśla w istocie, że w celu ustalenia, czy konkurent hipotetycznie równie efektywny może zostać wyeliminowany poprzez praktyki o charakterze cenowym, instytucja ta bada w szczególności dane ekonomiczne odnoszące się do kosztów przedsiębiorstwa dominującego, o ile są one dostępne.
- 740 Koszty, które należy uwzględnić, mają bowiem bezpośredni wpływ na marżę, jaką konkurent hipotetycznie przynajmniej równie efektywny jak spółka Google mógłby zatrzymywać, gdyby musiał dokonać wypłat z tytułu wyłączności, w niniejszym przypadku, w celu zrekompensowania PPP dla portfela. Im niższe są koszty, które trzeba pokrywać, tym bardziej jest prawdopodobne, że konkurent hipotetycznie równie efektywny będzie mógł uzyskiwać wyższą marżę i w związku z tym dzielić się wysokimi przychodami.
- 741 Po tej uwadze wstępnej należy zauważyć, po pierwsze, że w motywie 1265 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, iż spółka Google w odpowiedzi na drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne „uznała”, że jej tzw. koszty operacyjne wynoszą [10–20]% i konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny jak spółka Google musiałby zasadniczo ponosić koszty na takim samym poziomie.

- 742 Prawdą jest, że w odpowiedzi na drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne spółka Google przyznaje, iż dokument, na którym opiera się Komisja, a mianowicie PPP dla portfela zawarte z producentem oryginalnych urządzeń, zawiera wiersz dotyczący „kosztów operacyjnych”, które są ustalone liczbowo na poziomie [10–20]%. Należy jednak stwierdzić, że spółka Google również wyraźnie podkreśliła, iż odsetek przyjęty przez Komisję nie odpowiadał kosztom właściwym dla przeprowadzenia testu AEC, które powinny być kosztami krańcowymi.
- 743 Spółka Google poinformowała bowiem Komisję, że odsetek ten nie ma żadnego związku z kosztami, jakie powinien ponosić konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny. Odpowiada on jedynie obniżce dokonanej w odniesieniu do części przychodów, jakimi podzieliła się z kontrahentem, wyrażonej wyłącznie w ujęciu brutto, a nie netto. Kwestię tę spółka Google podniosła w odpowiedzi na pierwsze pismo przedstawiające okoliczności faktyczne.
- 744 W konsekwencji Komisja nie może twierdzić – o ile nie chce przeinaczyć odpowiedzi spółki Google na drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne – że Google w sposób dorozumiany zgodziła się na uwzględnienie takiego odsetka jako kosztów istotnych dla przeprowadzenia testu AEC.
- 745 Po drugie, spółka Google w odpowiedzi na drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne podkreśliła, że do Komisji należało przeprowadzenie odpowiedniego dochodzenia w celu dokładnego określenia kosztów mających znaczenie dla sprawy. Dokładniej rzecz ujmując, spółka Google zarzuciła Komisji uznanie, że koszty, które należy uwzględnić w ramach testu AEC, wynosiły [10–20]%, przy czym odsetek ów instytucja ta wzięła z dokumentów przekazanych przez osobę trzecią, a nie z odpowiedzi na wezwanie do udzielenia informacji skierowane bezpośrednio do spółki Google.
- 746 Tymczasem w szczególności z pkt 25 wytycznych w sprawie nadużyć w postaci wykluczenia wynika, że Komisja bierze pod uwagę dane ekonomiczne pochodzące od przedsiębiorstwa dominującego, o ile są dostępne, a w związku z tym Komisja nie przeprowadziła w niniejszym przypadku analizy odpowiednich kosztów.
- 747 Co więcej, jeśli nawet – jak podkreśla Komisja – spółka Google nie przekazała z własnej inicjatywy takich danych w toku postępowania administracyjnego, nie można jej czynić z tego zarzutu.
- 748 Ciężar dowodu, że dana praktyka stanowi nadużycie, spoczywa bowiem na Komisji, przy czym należy uwzględnić ewentualne uzasadnienie przedstawione przez zainteresowane przedsiębiorstwo (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 138–140). W związku z tym Komisja nie mogła w niniejszym przypadku oprzeć się wyłącznie na danych zawartych w dokumencie przekazanym przez osobę trzecią, bez potwierdzenia ich w spółce Google za pomocą ewentualnego wezwania do udzielenia informacji.
- 749 Po trzecie, z motywu 1266 zaskarżonej decyzji wynika, że Komisja uznała znaczenie kosztów krańcowych przy przeprowadzaniu testu AEC w niniejszej sprawie, ponieważ instytucja ta zauważa, że w zakresie, w jakim „koszty operacyjne” odliczone przez spółkę Google stanowią procent przychodów związanych z poleceniami wyszukiwania, są one zasadniczo zbliżone do tych kosztów.
- 750 Należy jednak zaznaczyć, że Komisja opiera się w tym względzie jedynie na samych tylko przypuszczeniach, nie odsyłając do żadnych bardziej szczegółowych danych pochodzących od spółki Google. Kwestia ta jest tym bardziej istotna, że spółka Google przed Sądem ustaliła

procentowo swoje koszty krańcowe, które należało uwzględnić w ramach testu AEC, na [0–10]%. Tymczasem, jak słusznie podnosi spółka Google, nie można wykluczyć, że konkurent hipotetycznie równie skuteczny, który musiałby pokryć jedynie [0–10]% kosztów, znalazłby się w bardziej komfortowej sytuacji pod kątem możliwości zrekompensowania PPP dla portfela, niż przewiduje to Komisja.

751 W tych okolicznościach Komisja nie może jedynie ograniczyć się do podniesienia bezskuteczności argumentacji spółki Google, twierdząc przed Sądem, że, biorąc pod uwagę niższą wartość procentową, wynik testu AEC pozostanie niezmieniony, a spółka Google nie sugeruje, że miałyby być inaczej.

752 Stąd wniosek, że wskazanie przez spółkę Google wartości procentowej znacznie niższej od tej przyjętej przez Komisję w zaskarżonej decyzji, w połączeniu z brakiem uzupełnienia dochodzenia wszczętego przez Komisję i z brakiem zawarcia w zaskarżonej decyzji szczegółowego uzasadnienia w tym względzie, może budzić wątpliwości co do słuszności i prawidłowości przeprowadzonego przez Komisję testu AEC.

ii) W przedmiocie przychodów podlegających podziałowi przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego

753 Zdaniem spółki Google, Komisja niesłusznie pominęła część poleceń wyszukiwania, którą przedsiębiorstwo konkurencyjne mogłoby uzyskać za pośrednictwem internetowej strony głównej swojej wyszukiwarki internetowej. Chociaż spółka Google nie dzieli się przychodami z reklam generowanych przez polecenia wyszukiwania na swojej internetowej stronie głównej, przedsiębiorstwa konkurujące co najmniej równie efektywne mogłyby zdecydować się na dzielenie się tymi przychodami i w ten sposób konkurować z Google. W motywie 1264 zaskarżonej decyzji Komisja wykluczyła taką ewentualność, nie przedstawiając jednak odpowiedniego uzasadnienia.

754 W tym względzie należy od razu zaznaczyć, że Google kwestionuje tylko jeden z dwóch powodów, które skłoniły Komisję do oddalenia tej ewentualności. W motywie 1264 zaskarżonej decyzji Komisja zauważa bowiem, że konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie dzielą się przychodami z reklam generowanymi z poleceń wyszukiwania złożonych na stronie internetowej ich wyszukiwarek, ponieważ, po pierwsze, spółka Google nie dzieli się tymi przychodami, a po drugie, przychody te są generowane niezależnie od jakichkolwiek porozumień o podziale przychodów zawartych z producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych.

755 Argumentów spółki Google nie można zaakceptować. Aby ocenić zdolność danej praktyki do wykluczenia konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego, należy wziąć pod uwagę przychody, którymi dzieli się przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą. W przeciwnym razie prowadziłoby to do oceny wpływu zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą na konkurenta mniej skutecznego, ponieważ konkurent ów, aby konkurować, musiałby dzielić się przychodami z dodatkowego źródła.

756 Co więcej, drugi powód, o którym mowa w motywie 1264 zaskarżonej decyzji, wystarcza, aby wykluczyć uwzględnienie takich przychodów przy prowadzeniu w niniejszej sprawie testu AEC. Logika porozumienia o podziale przychodów polega na zachęceniu producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych do uprzywilejowania wyszukiwań, w szczególności, z aplikacji mobilnej lub innego punktu wejścia. Producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy

sieci mobilnych nie mają natomiast żadnej możliwości zachęcania użytkowników do spontanicznego wchodzenia na internetową stronę główną konkurencyjnej wyszukiwarki, niezależnie od ewentualnie zawartych porozumień.

757 Z związku z tym argument ten należy oddalić jako bezzasadny.

iii) W przedmiocie części wyszukiwań możliwej do zdobycia przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego

758 Spółka Google twierdzi, że marżę, jaką mogłyby osiągać przedsiębiorstwa konkurencyjne, aby skontrolować PPP dla portfela, należy przyjąć w wyższej wysokości. Wynika to stąd, że możliwa do zdobycia część wyszukiwań przyjęta w motywie 1234 zaskarżonej decyzji powinna być większa. Spółka Google podkreśla również fakt, że UDAM w żaden sposób nie uniemożliwiały producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych ustawienia na preinstalowanej mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome jako domyślnej konkurencyjnej wyszukiwarki internetowej. Komisja ze swej strony zauważa, że dane uwzględnione w zaskarżonej decyzji są korzystne dla spółki Google. Podkreśla również, że przewidziany w UDAM zakres normowania był niejednoznaczny, co znajdowało odzwierciedlenie w zachowaniach producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych.

759 W tym względzie należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przewidziany w UDAM zakres unormowania nie był rozumiany w ten sam sposób przez wszystkich zainteresowanych producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych. Jak wskazała Komisja w motywach 1229 i 1230 zaskarżonej decyzji, niektórzy – ale nie wszyscy – producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych interpretowali UDAM w ten sposób, że zakazywały one ustawienia w mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome jako domyślnej konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej.

760 Stwierdzenie to nie pozostaje bez wpływu na rozumowanie przyjęte przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Przyjmując bowiem hipotezę, że możliwa do zdobycia część wyszukiwań obejmuje również, jako punkt wejścia do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych, ustawienie wyszukiwarki konkurencyjnej jako domyślnej na przeglądarce osoby trzeciej, Komisja w motywie 1243 zaskarżonej decyzji, na pośrednim etapie swojej analizy, dochodzi do wniosku, że konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny, jak spółka Google, mógłby zrekompensować prawie wszystkie PPP dla portfela. Stwierdzenie to zostało jednak podważone przez samą Komisję w motywie 1244 zaskarżonej decyzji, ponieważ włączyła ona jako parametr dodatkowy – również kwestionowany przez spółkę Google w ramach niniejszej skargi – ograniczony zakres preinstalacji, jaką w praktyce mogłyby uzyskać konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa.

761 Jeśli zaś weźmie się pod uwagę tylko jeden punkt wejścia, a mianowicie preinstalację konkurencyjnej aplikacji obok Google Search, Komisja, już na etapie pośrednim swojej analizy, w motywie 1253 zaskarżonej decyzji, dochodzi do wniosku przeciwnego, mianowicie, że konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny, jak spółka Google, nie ma możliwości zrekompensowania PPP dla portfela. W tym kontekście ważne jest zatem, aby rozstrzygnąć kwestię uwzględnienia w teście AEC rozbieżnych interpretacji postanowień UDAM.

762 Niepewność lub wątpliwości dotyczące, jak w niniejszej sprawie, zakresu normowania zobowiązania umownego należy rozstrzygać w ramach dochodzenia o charakterze represyjnym, które może doprowadzić do nałożenia grzywny, na korzyść przedsiębiorstwa, którego dotyczy

postępowanie, gdyż w przeciwnym razie przedsiębiorstwo ponosić będzie konsekwencje takich wątpliwości (zob. podobnie wyrok z dnia 22 listopada 2012 r., E.ON Energie/Komisja, C-89/11 P, EU:C:2012:738, pkt 71, 72).

- 763 W związku z tym, na potrzeby przeprowadzenia testu AEC, Komisja mogła przyjąć jedynie hipotezę zakładającą istnienie możliwej do zdobycia części obejmującej jednocześnie wyszukiwania wynikające z preinstalacji wraz z Google Search aplikacji wobec niej konkurencyjnej oraz istnienie części wynikającej z ustawienia jako domyślnej konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej w mobilnej przeglądarce internetowej innej niż Chrome.
- 764 W drugiej kolejności spółka Google zarzuca Komisji, że instytucja ta w swojej ocenie zaniżyła część wyszukiwań na urządzeniach mobilnych możliwą do zdobycia przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego. Zdaniem spółki Google, taki konkurent byłby w stanie przejąć ponad 12% wyszukiwań, które użytkownicy dokonują za pośrednictwem Google Search.
- 765 Na wstępie należy przypomnieć, że możliwa do zdobycia część o wielkości 12% odpowiada – jak wynika z motywu 1234 zaskarżonej decyzji – części możliwej do zdobycia przez wszystkie konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe w zakresie wyszukiwań ogólnych realizowanych na komputerach osobistych w EOG. Komisja dokonała bowiem transpozycji możliwej do zdobycia części odnoszącej się do wyszukiwań ogólnych na komputerach osobistych na możliwą do zdobycia część wyszukiwań ogólnych na urządzeniach mobilnych. Na podstawie tej części Komisja ustaliła maksymalną proporcję wyszukiwań ogólnych, jaką konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa mogłaby przejąć, gdyby jej aplikacja była preinstalowana obok Google Search.
- 766 Na poparcie swych żądań spółka Google podkreśla, po pierwsze, że część wyszukiwań ogólnych, możliwa do zdobycia przez wszystkie konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe na komputerach osobistych, jest niewielka. Zdaniem spółki Google oznacza to, że konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe nie są konkurentami hipotetycznie przynajmniej równie efektywnymi. Podkreśla ona również, że na rynkach krajowych, na których konkurencyjne usługi osiągają znaczny stopień pokrycia rynku, tak jak Seznam w Republice Czeskiej, część możliwa do zdobycia jest większa. Po drugie, Komisja pominęła milczeniem fakt, że w przyjętym okresie Bing był ustawiony domyślnie na prawie wszystkich komputerach osobistych.
- 767 W tym względzie, po pierwsze, argumentu dotyczącego domyślnego ustawienia Bing na prawie wszystkich komputerach osobistych nie można uwzględnić. Komisja podkreśla bowiem niezakwestionowany przez spółkę Google fakt, że w przyjętym okresie, czyli w latach 2011–2014, Bing nie był ustawiony domyślnie na wszystkich komputerach osobistych. Microsoft był w tamtym czasie zobowiązany do pozostawienia użytkownikom wyboru.
- 768 Po drugie, spółka Google wyjaśnia, że przyjmując możliwą do zdobycia część wyszukiwań wynoszącą 12%, Komisja nie przyjęła części, którą mógłby zdobyć konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny, jak Google. Przeciwnie, Komisja uwzględniła część, o którą w rzeczywistości walczyły wszystkie konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe na komputerach osobistych, potencjalnie mniej efektywne. Błąd ten zdaniem Google niweczy cały test AEC przeprowadzony przez Komisję.
- 769 Taka zaś definicja możliwej do zdobycia części wyszukiwań opiera się, jak słusznie podkreśla spółka Google, na błędzie w rozumowaniu i na zniekształceniu koncepcji testu AEC.

- 770 W pierwszej kolejności trzeba stwierdzić, że okoliczność, iż Komisja postanowiła przyjąć jako podstawę swojego rozumowania tę część wyszukiwań ogólnych, o którą rzeczywiście walczyły wszystkie konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe na komputerach osobistych, nie pozwala stwierdzić z wystarczającą pewnością, że konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny mógłby zdobyć tylko taką samą część na urządzeniach mobilnych. Uwzględnienie części, o którą rzeczywiście toczyła się walka w segmencie komputerów osobistych, nie mogło w niniejszym przypadku, logicznie rzecz biorąc, stanowić podstawy testu AEC mającego na celu ustalenie części wyszukiwań ogólnych możliwej do zdobycia na urządzeniach mobilnych przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego jak spółka Google.
- 771 W drugiej kolejności, w odniesieniu do niektórych krajowych rynków ogólnych wyszukiwarek internetowych, w szczególności Republiki Czeskiej, część możliwa do zdobycia przez niektórych konkurentów, takich jak Seznam, wydaje się znacznie większa niż część przyjęta przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Spółka Google podkreśla bowiem, niespotykając się z zaprzeczeniem ze strony Komisji, że w okresie trwania naruszenia Seznam otrzymywał nawet 26% poleceń wyszukiwania ogólnego na komputerach osobistych.
- 772 Okoliczność, że możliwa do zdobycia część poleceń wyszukiwania ogólnego w wysokości 12% uwzględnia część możliwą do zdobycia przez Seznam w Republice Czeskiej, również nie pozwala uznać, że konkurent hipotetycznie przynajmniej równie efektywny nie mógłby, podobnie jak Seznam w Republice Czeskiej, zdobyć większej części poleceń wyszukiwania w EOG. Sam fakt, że na niektórych krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych Google spotyka się z bardziej zażartą konkurencją, może wzbudzić wątpliwości co do zasadności takiego odsetka.
- 773 W trzeciej kolejności, okoliczność, że jedynie spółka Google może odnosić korzyści związane z jej siłą rynkową w zakresie ulepszania i oferowania usługi precyzyjnej, również nie pozwala wykluczyć z pewnością, że konkurent hipotetycznie przynajmniej równie efektywny, w szczególności z punktu widzenia jakości usług i innowacji, mógłby zdobyć część poleceń wyszukiwania ogólnego większą niż 12%.
- 774 W konsekwencji Komisja popełniła również błąd, wychodząc z założenia, że konkurent hipotetycznie przynajmniej równie efektywny jak Google mógłby zdobyć na urządzeniach mobilnych jedynie 12% poleceń wyszukiwania wykonywanych przez użytkowników za pośrednictwem Google Search.

iv) W przedmiocie zasięgu preinstalowania aplikacji konkurenta hipotetycznie przynajmniej równie efektywnego

- 775 Zdaniem spółki Google Komisja nie uzasadniła w motywie 1244 zaskarżonej decyzji powodów, dla których aplikacja konkurencyjnej wyszukiwarki internetowej mogłaby być preinstalowana jedynie na ograniczonej liczbie urządzeń mobilnych. Odesłanie do części zaskarżonej decyzji dotyczącej UDAM nie jest, zdaniem spółki Google, wystarczające i pozostaje w sprzeczności z motywem 1208 zaskarżonej decyzji, w którym Komisja podkreśliła, że w braku PPP dla portfela producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych mieliby interes handlowy w preinstalowaniu wielu aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego.

- 776 W tym względzie należy zaznaczyć, że w motywie 1244 zaskarżonej decyzji Komisja uzasadniła twierdzenie, zgodnie z którym konkurent nie może domagać się od producentów oryginalnych urządzeń lub operatorów sieci mobilnych preinstalowania swojej aplikacji na całym portfelu urządzeń mobilnych objętych PPP dla portfela, odsyłając do motywów 824–832 zaskarżonej decyzji.
- 777 Motywy 824–832 zaskarżonej decyzji dotyczą oceny antykonkurencyjnego charakteru UDAM. Komisja wyjaśnia w nich, że choć w myśl postanowień zawartych w UDAM teoretycznie nic nie stało na przeszkodzie, aby producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych preinstalowali konkurencyjne aplikacje ogólnych wyszukiwarek internetowych, o tyle w praktyce byli oni sceptyczni, jeśli chodzi o preinstalowanie szeregu aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 778 Jednakże zawarte w motywie 1244 zaskarżonej decyzji odesłanie do uzasadnienia związanego z oceną UDAM jako mającego charakter nadużycia, w celu przyjęcia niższej zdolności konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego do zrekompensowania PPP dla portfela, nie jest, jak słusznie podkreśla spółka Google, przekonujące. Kontekst oceny konkurencyjnej UDAM różni się bowiem od kontekstu oceny możliwości zrekompensowania PPP dla portfela przez konkurenta hipotetycznie przynajmniej równie efektywnego, jak Google, zamierzającego uzyskać preinstalację swojej aplikacji w zamian za dzielenie się przychodami z reklam.
- 779 Po pierwsze, aby wykazać, że przewagi konkurencyjnej, jaką spółka Google uzyskuje dzięki UDAM, nie można zrekompensować preinstalowaniem aplikacji konkurencyjnych, Komisja podkreśla w motywach 825–832 zaskarżonej decyzji, że producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych mogą osiągać jedynie niskie przychody dodatkowe z uwagi na udział w rynku spółki Google i jej wszechobecność w punktach dostępu do ogólnych wyszukiwarek internetowych. Ponadto producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych musieliby radzić sobie z wyższymi kosztami transakcyjnymi i problemami technicznymi związanymi z przestrzenią dyskową, pogarszając przez to jakość interakcji użytkownika z urządzeniem.
- 780 Choć zaś względy te są istotne, gdy weźmie się pod uwagę sytuację aktualnego konkurenta spółki Google, który nie zamierza dzielić się swoimi przychodami z reklam, nie mają one w żaden sposób stanowić podstawy dla twierdzenia, że hipotetycznie równie efektywny konkurent, pragnący dzielić się swoimi przychodami, nie byłby w stanie uzyskać preinstalowania swojej aplikacji na całym portfelu urządzeń mobilnych producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych.
- 781 Taka wspólna preinstalacja mogłaby zwiększyć atrakcyjność inteligentnych urządzeń mobilnych, a zatem odpowiadać interesom producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych. Dzięki bowiem zaoferowaniu szeregu aplikacji służących do wyszukiwania ogólnego, a mianowicie aplikacji spółki Google i konkurenta hipotetycznie równie efektywnego, jakość interakcji użytkowników z urządzeniem mogłaby ulec poprawie, co sprawiłoby, że omawiane urządzenia mobilne stałyby się w efekcie bardziej atrakcyjne, co Komisja przyznaje zresztą w motywie 1213 zaskarżonej decyzji.
- 782 Ponadto, jak wynika z motywu 1243 zaskarżonej decyzji, przychody z tytułu PPP dla portfela, które producenci oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych utracą w przypadku, gdyby Google Search nie korzystał już z preinstalacji na zasadzie wyłączności, co najmniej równie

efektywny konkurent mógłby zrekompensować w sytuacji, gdyby wszystkie urządzenia mobilne byłyby objęte programem podziału przychodów reklamowych przez co najmniej równie efektywnego konkurenta. Ponadto Komisja, opierając się na oświadczeniach spółki Google, podkreśla w motywie 1216 zaskarżonej decyzji, że w braku PPP dla portfela producentów oryginalnych urządzeń i operatorzy sieci mobilnych mogliby nadal uzyskiwać przychody od spółki Google, co pozwala ponownie osłabić twierdzenie, zgodnie z którym co najmniej równie efektywny konkurent hipotetycznie mógłby uzyskać preinstalację swojej aplikacji wyłącznie na ograniczonej liczbie urządzeń mobilnych.

- 783 Po drugie, Komisja zauważa w motywach 830–832 zaskarżonej decyzji, że UDAM uniemożliwiają producentom oryginalnych urządzeń i operatorom sieci mobilnych preinstalowanie wyłącznie konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych, czy też operatorom sieci mobilnych wymaganie od producentów oryginalnych urządzeń preinstalacji na zasadzie wyłączności takiej aplikacji.
- 784 Sytuacja, o której mowa w motywie 1244 zaskarżonej decyzji, odnosi się zaś do preinstalacji obok Google Search, a nie zamiast tej ostatniej aplikacji. Stwierdzenie poczynione przez Komisję w motywach 830–832 zaskarżonej decyzji nie jest w żaden sposób pomocne, ponieważ sytuacja przewidziana odnośnie do rekompensaty za PPP opiera się na założeniu, że konkurencyjna aplikacja jest preinstalowana obok Google Search.
- 785 Po trzecie, Komisja w motywie 1247 zaskarżonej decyzji pokazuje na dwóch przykładach, wymienionych w motywie 1219, że konkurenci, którzy w praktyce zdołali uzyskać preinstalację ogólnych wyszukiwarek internetowych, mogli nią objąć jedynie ograniczoną liczbę urządzeń mobilnych, czy też w każdym razie liczbę niewystarczającą do tego, aby zrekompensować PPP dla portfela. Spółka Google podkreśla natomiast, że jeden z przykładów przytoczonych przez Komisję pozwala potwierdzić tezę przeciwną.
- 786 Przykłady, na których opiera się Komisja, to przykłady aktualnych konkurentów. Komisja nie wskazuje zresztą w motywie 1247 zaskarżonej decyzji, czy uważa tych konkurentów za konkurentów hipotetycznie co najmniej równie efektywnych jak Google, którzy zmierzali do dzielenia się swoimi przychodami z reklam.
- 787 Po czwarte, należy zaznaczyć, że twierdzenie, zgodnie z którym przewagi konkurencyjnej, jaką Google uzyskuje dzięki UDAM, nie może zrównoważyć zachowanie producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych, którzy zdecydowaliby się na preinstalowanie konkurencyjnej aplikacji, jest przede wszystkim, jak wynika z motywu 833 zaskarżonej decyzji, uzasadnione tym, że podmioty te są również związane ze spółką Google za pomocą PPP dla portfela. Tymczasem w niniejszej sprawie badany scenariusz dotyczy hipotetycznego konkurenta, który proponuje zastąpienie PPP spółki Google swoim własnym porozumieniem o podziale przychodów.
- 788 W związku z tym Komisja nie może uzasadnić przyjęcia niższej zdolności konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego do zrekompensowania PPP dla portfela samym tylko stwierdzeniem, że taki konkurent mógłby w takiej sytuacji uzyskać preinstalację swojej aplikacji wyłącznie na ograniczonej liczbie urządzeń mobilnych producentów oryginalnych urządzeń lub operatorów sieci mobilnych.

v) *W przedmiocie stosowania testu AEC w czasie*

- 789 Wbrew stanowisku przyjętemu przez Komisję w motywie 1249 zaskarżonej decyzji spółka Google utrzymuje, że możliwość zrekompensowania PPP dla portfela przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego należy badać dopiero od momentu, w którym porozumienia te weszły w życie. W każdym razie, Komisja nie zbadała zdolności najnowszych urządzeń mobilnych do generowania przychodów wyższych niż urządzenia znajdujące się już w obiegu. Niesłusznie też instytucja ta oddaliła twierdzenie, że z biegiem czasu przychody uzyskiwane ze starszych urządzeń zmniejszają się, z tego tylko względu, że spółka Google nie przedstawiła w toku postępowania administracyjnego dowodu w tym względzie. Komisja utrzymuje, że żaden z dowodów przedstawionych przez spółkę Google nie pozwala na podważenie zaskarżonej decyzji.
- 790 W tym względzie należy podkreślić, że – podobnie jak w przypadku niektórych systemów rabatowych, w których zniżki są przyznawane w zależności od wielkości sprzedaży w okresie referencyjnym, a wywierana na nabywcę presja na osiągnięcie obrotu dającego mu prawo do wspomnianego rabatu zwiększa się pod koniec okresu referencyjnego – efekt wyłączności, jaki wywołuje porozumienie o podziale przychodów, rośnie wraz ze wzrostem liczby sprzedanych produktów ze zintegrowanymi usługami, z których pochodzą te przychody (zob. podobnie wyrok z dnia 6 października 2015 r., *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 34).
- 791 W niniejszej sprawie zaś Komisja w motywie 1249 zaskarżonej decyzji słusznie stwierdziła antykonkurencyjny charakter PPP dla portfela nie tylko w momencie ich zawarcia, lecz również w okresie, w którym obowiązywały. Wbrew temu, co twierdzi spółka Google, nie można zaprzeczyć, że im więcej urządzeń mobilnych, których dotyczy PPP dla portfela, znajduje się w obiegu, tym w praktyce mniejsza jest możliwość dorównania im przez konkurentów, nawet hipotetycznie równie efektywnych. Jest tak w niniejszej sprawie, ponieważ przychody osiągnięte przez spółkę Google zależą od wyszukiwań wykonywanych na sprzedanych urządzeniach mobilnych.
- 792 Komisja nie mogła zatem naruszyć prawa, dokonując analizy zdolności konkurenta do wyrównywania PPP dla portfela w sposób, który nie jest statyczny, lecz dynamiczny.
- 793 Należy jednak zaznaczyć, po pierwsze, że rozważania zawarte w motywie 1249 zaskarżonej decyzji pozostają czysto teoretyczne. W niniejszym przypadku Komisja nie określa liczbowo konkretnego wpływu już sprzedanych urządzeń na zdolność konkurenta hipotetycznie równie efektywnego, jak spółka Google, do zrekompensowania PPP dla portfela.
- 794 Po drugie, chociaż takie dane mogą mieć znaczenie, jak słusznie podkreśla spółka Google, przy określaniu wpływu tej okoliczności na zdolność konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego do zrekompensowania PPP dla portfela, Komisja w motywie 1270 zaskarżonej decyzji oddala twierdzenie dotyczące prawidłowości polegającej na tym, że nowsze urządzenia mobilne generują przychody większe niż starsze urządzenia mobilne, z tego tylko powodu, że w odpowiedzi na drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne spółka Google nie przedstawiła żadnych dowodów w tym względzie.
- 795 Twierdzenie zaś, że wypłaty z tytułu wyłączności mają charakter nadużycia, nie może opierać się na samym tylko domniemaniu istnienia nadużycia, które przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą mogłoby ewentualnie wzruszyć. Przeciwnie, z orzecznictwa jasno wynika, że w przypadku zakwestionowania ograniczającego konkurencję charakteru praktyki cenowej Komisja jest zobowiązana do oceny wszystkich istotnych okoliczności, w które wpisuje się

rozpatrywana praktyka, i dokonania na tej podstawie analizy zdolności tej praktyki do nieuchronnego wykluczenia konkurentów co najmniej równie efektywnych (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 139, 140).

- 796 Tak więc, zważywszy, że w niniejszej sprawie ciężar dowodu istnienia skutku w postaci wykluczenia wywieranego przez PPP dla portfela na konkurenta hipotetycznie przynajmniej równie efektywnego nie spoczywał na spółce Google, lecz na Komisji, instytucja ta nie mogła w motywie 1270 zaskarżonej decyzji przyjąć za podstawę zarzucane zaniechanie ze strony spółki Google, aby bez dodatkowej analizy uznać fakt generowania identycznych przychodów z wyszukiwania ogólnego przez najnowsze i starsze urządzenia mobilne za dowiedziony.
- 797 Komisja nie mogła zatem przeprowadzić odpowiedniego badania zdolności konkurenta hipotetycznie przynajmniej równie efektywnego do zrekompensowania PPP dla portfela w okresie ich obowiązywania.

vi) Wniosek w przedmiocie prawidłowości testu AEC

- 798 Z powyższych rozważań wynika, że test AEC przeprowadzony przez Komisję w zaskarżonej decyzji zawiera szereg błędów logicznych. Dotyczą one, przede wszystkim, jednego z założeń testu AEC, a mianowicie części wyszukiwań ogólnych, którą mógłby zdobyć konkurent hipotetycznie co najmniej równie efektywny, gdyby jego aplikacja była preinstalowana obok Google Search. Następnie należy zauważyć, że Komisja nie wyodrębniła kosztów, jakie można przypisać konkurentowi hipotetycznie równie efektywnemu, a jedynie zdecydowała się na ekstrapolację danych zawartych w dokumencie przekazanym przez podmiot trzeci i zakwestionowanym przez spółkę Google w toku postępowania administracyjnego. Ponadto uzasadnienie zapisane w motywie 1244 zaskarżonej decyzji w żaden sposób nie pozwala na przyjęcie na jego podstawie twierdzenia, zgodnie z którym konkurent hipotetycznie przynajmniej równie efektywny mógłby, w braku PPP dla portfela, uzyskać preinstalację swojej aplikacji wyłącznie na ograniczonej liczbie urządzeń mobilnych. Wreszcie Komisja dokonała niepełnej oceny istnienia prawidłowości polegającej na tym, że urządzenia mobilne znajdujące się już w obiegu generują przychody niższe niż nowsze urządzenia mobilne.
- 799 Rzeczone cztery ustalenia mogą same w sobie budzić wątpliwości co do prawidłowości wyniku testu AEC przeprowadzonego przez Komisję, i, w konsekwencji, co do skutku w postaci wykluczenia, jaki PPP dla portfela miały wywierać w przypadku konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego. Dlatego też test AEC w postaci, w jakiej został przeprowadzony przez Komisję, nie może potwierdzić stwierdzenia nadużycia wynikającego z PPP dla portfela.

5. Wnioski w przedmiocie prawidłowości uzasadnienia dotyczącego charakteru nadużycia PPP dla portfela

- 800 W świetle różnych błędów, jakich dopuściła się w swym rozumowaniu Komisja, wniosku, że PPP dla portfela miały znamiona nadużycia, nie można uznać za dostatecznie udowodniony. Błędy te dotyczą bowiem istotnych aspektów analizy konkurencyjnej PPP dla portfela, a mianowicie oceny stopnia pokrycia rynku i przeprowadzenia testu AEC.
- 801 Abstrahując od tych etapów rozumowania Komisji, stwierdzenie, że PPP dla portfela mają charakter nadużycia, nie może samo w sobie opierać się na podwójnym stwierdzeniu ograniczenia innowacyjności lub ograniczenia interesu, jaki producenci oryginalnych urządzeń

i operatorzy sieci mobilnych mają w preinstalowaniu więcej niż jednej aplikacji ogólnych wyszukiwarek internetowych. Nawet jeśli spółka Google nie kwestionuje tych dwóch aspektów rozumowania Komisji, należy stwierdzić, że są one jako takie niewystarczające, aby rozwiązać wątpliwości wynikające z błędów popełnionych przez Komisję w analizie stopnia pokrycia rynku i zdolności PPP dla portfela do wykluczenia konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego, która to analiza przybrała postać przeprowadzonego przez tę instytucję testu AEC.

802 W konsekwencji należy stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim Komisja uznaje w niej PPP dla portfela, same w sobie, za mające znamiona nadużycia, bez konieczności badania podniesionych przez spółkę Google argumentów dotyczących dostępu użytkowników do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych ogólnych i konieczności przeprowadzenia testu scenariusza alternatywnego.

E. W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego błędnej oceny tego, czy uzależnienie przyznania licencji na Play Store i Google Search od przestrzegania OZF, ma charakter nadużycia

1. Uwagi wstępne dotyczące zakresu drugiego ze zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji nadużyć

803 W zarzucie czwartym, podzielonym na dwie części, spółka Google kwestionuje możliwość zakwalifikowania jako nadużywania przez nią pozycji dominującej na rynkach sklepów z aplikacjami dla systemu Android i ogólnych wyszukiwarek internetowych stosowaną przez nią praktykę polegającą na uzależnianiu udzielania licencji na Play Store i Google Search (w ramach UDAM) od akceptacji OZF, zawartych w UZF.

804 Komisja uważa, że rozpatrywane praktyki mają charakter nadużycia i, ponadto, że część argumentów przedstawionych przez spółkę Google na poparcie zarzutu czwartego jest bezskuteczna. W tym względzie podnosi ona również, że spółka Google nie kwestionuje licznych dowodów, na których opiera się zaskarżona decyzja.

805 Jak wynika z akt sprawy, spółka Google wymogła zawarcie UZF na producentach oryginalnych urządzeń, którzy chcieli skorzystać z możliwości sprzedaży inteligentnych urządzeń mobilnych z preinstalowanymi Play Store i Google Search. Podpisanie UDAM było bowiem uzależnione od zawarcia UZF.

806 Należy przypomnieć, że jest bezsporne, iż OZF nakazują zgodność z referencyjną normą minimalnej kompatybilności przy implementacji kodu źródłowego Androida. Norma ta, określona przez spółkę Google w DDK, który jest opublikowany w Internecie, ustanawia w szczególności wymóg, aby inteligentne urządzenia mobilne umożliwiały instalację aplikacji, prawidłowo komunikowały aplikacjom rozmiar swoich ekranów, realizowały podstawowe funkcje związane z bezpieczeństwem i posiadały kompletny zespół API dla Androida.

807 OZF mają zastosowanie do wszystkich urządzeń sprzedawanych przez każdego producenta oryginalnych urządzeń, który zawarł UZF, jeśli urządzenia te funkcjonują pod Androidem lub forkiem Androida (czyli systemem operacyjnym opracowanym na podstawie kodu źródłowego Androida). Aby wykazać, że są one kompatybilne z normami przewidzianymi w DDK, urządzenia muszą przejść serię testów kompatybilności (zwanego dalej „STK”). STK, do którego spółka Google zapewnia publiczny dostęp na stronie internetowej Androida, składa się z szeregu testów

pozwalających na wykazanie, że inteligentne urządzenie mobilne działające pod forkiem Androida spełnia wszystkie techniczne wymogi dotyczące kompatybilności przewidziane dla DDK. Na producentach oryginalnych urządzeń ciąży obowiązek samodzielnego przeprowadzenia STK w odniesieniu do ich urządzeń funkcjonujących pod forkiem Androida, w tym urządzeń, na których nie są preinstalowane aplikacje Google.

- 808 Przyjęło się, że forki Androida, które przechodzą STK z sukcesem, nazywane są dalej „kompatybilnymi forkami Androida”. Natomiast forki Androida, które nie zostały poddane tym testom lub ich nie przeszły, czyli warianty wywiedzione z kodu źródłowego Androida, które nie wykazały skutecznie swojej zdolności do przejścia STK, będą nazywane dalej „niekompatybilnymi forkami Androida”.
- 809 Zgodnie z zaskarżoną decyzją, od dnia 1 stycznia 2011 r. spółka Google nadużywała pozycji dominującej, po pierwsze, na światowym rynku (z wyłączeniem Chin) sklepów z aplikacjami dla systemu Android, i, po drugie, na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych przez to, że uzależniała przyznanie licencji na Play Store i Google Search od akceptacji OZF. Drugie nadużycie rozpoczęło się w dniu 1 stycznia 2011 r., kiedy to spółka Google uzyskała pozycję dominującą na wyżej wymienionych rynkach, i w dniu wydania zaskarżonej decyzji trwało nadal (motyw 1187 zaskarżonej decyzji).
- 810 Na wstępie należy wyjaśnić, że – jak potwierdziły na rozprawie strony główne – w zaskarżonej decyzji uznano, iż UZF mają znamiona nadużycia jedynie w zakresie, w jakim zobowiązują producentów oryginalnych urządzeń do zapewnienia kompatybilności z DDK wszystkich sprzedawanych przez nich urządzeń, których systemem operacyjnym jest Android lub fork Androida, włącznie z tymi, na których aplikacje Google nie są zainstalowane. Innymi słowy uznano, że UZF mają znamiona nadużycia jedynie w zakresie, w jakim zakazują sprzedaży inteligentnych urządzeń mobilnych z systemem operacyjnym w postaci niekompatybilnego forka Androida nawet w braku preinstalowania na tych urządzeniach aplikacji Google.
- 811 Choć bowiem prawdą jest, że Komisja uznała w sposób ogólny, iż uzależnianie przyznania licencji na Play Store i Google Search od przestrzegania OZF jest w stanie ograniczyć konkurencję (motyw 1036 zaskarżonej decyzji), to ocenę tę należy jednak zestawić z oceną, zgodnie z którą, o ile w odniesieniu do inteligentnych urządzeń mobilnych, na których zainstalowano pakiet GMS, uzasadnienie to jest dopuszczalne, o tyle nie może być tak w żadnym razie w przypadku urządzeń funkcjonujących pod forkami Androida, na których aplikacje Google nie są zainstalowane (motyw 1173 zaskarżonej decyzji).
- 812 Tak więc Komisja, powołując się na wyrok z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289), i na warunki, na jakich można wykazać, że pakiet produktów lub zobowiązań ma znamiona nadużycia, zarzuca w istocie spółce Google, że ta realizowała antykonkurencyjną praktykę zmierzającą do pozbawienia niekompatybilnych forków Androida kanałów sprzedaży.
- 813 Wynika z tego, że za pomocą przedstawionych przez spółkę Google i interwenientów popierających żądania skarżących argumentów zmierzających do udowodnienia zgodności z prawem stosowania OZF do urządzeń, na których zainstalowano pakiet GMS, nie można w żadnym razie wykazać, że Komisja popełniła błąd w ocenie drugiego nadużycia.

814 Spółka Google w części pierwszej podnoszonego przez siebie zarzutu czwartego kwestionuje dokonaną przez Komisję ocenę dotyczącą ograniczającego konkurencję charakteru rozpatrywanej praktyki. W drugiej części omawianego zarzutu spółka Google wskazuje, że jej zachowanie jest w każdym razie obiektywnie uzasadnione.

2. W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej ograniczenia konkurencji

a) Zaskarżona decyzja

815 Odwołując się do wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289), Komisja wskazuje, że w celu dokonania kwalifikacji drugiego nadużycia należy, po pierwsze, wykazać, iż OZF nie są związane z licencją na Play Store i Google Search; po drugie, że Google zajmuje pozycję dominującą na rynku sklepów z aplikacjami dla systemu Android i na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych; po trzecie, że Play Store i Google Search nie można uzyskać bez akceptacji OZF, a po czwarte, że OZF są w stanie ograniczyć konkurencję (zob. motywy 1011 i nast. zaskarżonej decyzji).

816 Po dokonaniu oceny trzech pierwszych kryteriów Komisja przedstawia sześć grup argumentów w celu wykazania, że OZF mogą ograniczać konkurencję: po pierwsze, niekompatybilne forki Android stanowią dla spółki Google wiarygodne zagrożenie konkurencyjne; po drugie, spółka Google definiuje OZF, których treść kontroluje, i skutecznie nadzoruje przestrzeganie ich stosowania przez producentów oryginalnych urządzeń; po trzecie, OZF utrudniają rozwój niekompatybilnych forków Androida; po czwarte, kompatybilne forki Androida nie stanowią dla spółki Google wiarygodnego zagrożenia konkurencyjnego; po piąte, zdolność OZF do ograniczenia konkurencji jest wzmocniona przez niedostępność zastrzeżonych API spółki Google dla dostawców niekompatybilnych forków Androida, co zmniejsza interes, jaki dostawcy ci mają w projektowaniu aplikacji przeznaczonych do funkcjonowania na takich systemach operacyjnych, a po szóste, zachowanie spółki Google utrzymuje i umacnia jej pozycję dominującą na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, zniechęca do innowacji i prowadzi do bezpośredniego lub pośredniego naruszenia interesów konsumentów (motyw 1036 zaskarżonej decyzji).

b) Argumenty stron

1) Argumenty spółki Google

817 Na poparcie pierwszej części zarzutu czwartego spółka Google utrzymuje, że OZF nie ograniczają konkurencyjności wariantów Androida, lecz przeciwnie, zwiększają ją poprzez utrzymanie minimalnej normy referencyjnej kompatybilności, która gwarantuje prawidłowe funkcjonowanie aplikacji dla wszystkich tych wariantów. Niekompatybilne forki Androida, które nie spełniają tej normy, nie są w żaden sposób wartościowe i stanowią zagrożenie dla całego „ekosystemu Androida”.

818 W pierwszej kolejności spółka Google wskazuje, że przestrzeganie norm technicznych DDK jest niezbędne, po pierwsze, dla zagwarantowania prawidłowego funkcjonowania inteligentnych urządzeń mobilnych, których systemem operacyjnym jest Android lub fork Androida, a po drugie, w celu zapewnienia kompatybilności tych urządzeń między sobą oraz z aplikacjami opracowanymi dla Androida (zwanej dalej „interoperacyjnością”). Natomiast stwierdzone

niekompatybilności zmniejszają atrakcyjność systemu operacyjnego i forków Androida dla użytkowników i dostawców aplikacji. W ten sposób OZF pozwalają producentom oryginalnych urządzeń na korzystanie z ogromnej elastyczności otwartego modelu Androida, przy jednoczesnej ochronie żywotności ekonomicznej i jakości tego systemu operacyjnego oraz forków Androida przed zakłóceniami spowodowanymi niekompatybilnościami. Spółka Google podnosi, że OZF mają na celu wyciągnięcie konsekwencji z dotychczasowych doświadczeń i ze zniknięcia innych otwartych ekosystemów, takich jak Symbian i Unix. W związku z tym, ponieważ OZF są niezbędne do ochrony „ekosystemu Android”, nie ograniczają konkurencji.

- 819 W drugiej kolejności, zaskarżona decyzja nie wskazuje konkretnych wymogów OZF uznanych za ograniczenie konkurencji. Nie określa ona również, jaki istotny parametr konkurencyjny mógłby ulec naruszeniu. Strony UZF zobowiązały się po prostu do zagwarantowania, że ich forki Androida będą zgodne z wymogami kompatybilności przewidzianymi w DDK. OZF pozostawiają zatem producentom oryginalnych urządzeń swobodę konkurowania wszystkimi możliwymi parametrami konkurencji, w tym ceną, jakością i nowatorstwem ich forków Androida. Mogą oni wprowadzać innowacje do kodu źródłowego Androida, rozwijać nowe funkcje i dodawać API. OZF nie uniemożliwia dostawcom systemu operacyjnego ani producentom oryginalnych urządzeń, którzy zawarli UZF, oferowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. Kompatybilne forki Androida nie są bowiem mniej zdadne do oferowania konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych, niż forki niekompatybilne.
- 820 W trzeciej kolejności spółka Google podnosi również, że gwarantując rozwój i utrzymanie platformy Android, UZF rozszerzyły możliwości konkurentów, oszczędzając im zwiększonych kosztów rozwoju, wynikających ewentualnie z dodatkowych testów wymaganych w przypadku fragmentacji platformy, które w konsekwencji zwiększyłyby również koszty ponoszone przez użytkowników. Na przykład wymóg, aby wszystkie API Androida były zainstalowane na urządzeniu opracowanym specjalnie do funkcjonowania pod Androidem lub forkiem Androida, stanowi przewagę, a nie ograniczenie. Każde urządzenie ma bowiem natychmiastowy dostęp do szerokiej gamy aplikacji opracowanych dla wszystkich kompatybilnych systemów operacyjnych. Inne wymogi techniczne DDK mają ten sam skutek. Wszystkie zainteresowane podmioty gospodarcze unikają zatem konieczności budowania od nowa własnych „ekosystemów”.
- 821 W czwartej kolejności spółka Google wskazuje, że twierdzenie, zgodnie z którym OZF ograniczają konkurencję, opiera się na niejasnych i błędnych argumentach, które ponadto są pozbawione związku z OZF. W tym względzie spółka Google powołuje się w szczególności na zagrożenie konkurencyjne, jakie rzekomo stanowią niekompatybilne forki Androida, na trudności napotkane przez niektóre niekompatybilne forki Androida, takie jak system operacyjny Fire OS spółki Amazon i system operacyjny Aliyun spółki Alibaba, a także na twierdzenie dotyczące pożądanego charakteru pewnych niekompatybilności, który rzekomo ilustruje decyzja spółki Google o zakończeniu kompatybilności Androida z Javą. Zdaniem spółki Google, niepowodzenie niekompatybilnych forków Androida jest wynikiem ich wewnętrznej słabości, a nie UZF.
- 822 W piątej kolejności spółka Google podnosi, że twierdzenie, zgodnie z którym może ona „co do zasady” zmieniać wymogi DDK, aby uczynić je w przyszłości bardziej restrykcyjnymi, ma charakter spekulacyjny i nie może służyć do kwalifikacji określonego zachowania jako naruszenia. Spółka Google nigdy nie sprawowała ograniczonej kontroli, jaką ma nad rozpatrywaną platformą, w celu likwidacji konkurencji i nie ma żadnego powodu, by sądzić, że cokolwiek mogłoby ją do tego skłonić. Przypomina, że UZF przewiduje również możliwość zezwolenia na odstępstwa od wymogów kompatybilności.

823 W szóstej kolejności spółka Google podnosi na koniec, że wbrew temu, co wskazano w zaskarżonej decyzji, OZF nie wzmocniły jej pozycji na rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych. Konkurencyjne usługi równie dobrze mogą bowiem wykorzystywać, jako kanał dystrybucji, forki Androida kompatybilne i niekompatybilne. OZF nie utrudniają dostawcom systemów operacyjnych ani producentom oryginalnych urządzeń sprzedaży aparatów, na których jest preinstalowana konkurencyjna ogólna wyszukiwarka internetowa. Co więcej, Komisja nie wyjaśniła w zaskarżonej decyzji, dlaczego uważa, że niekompatybilne forki Androida stanowią lepszy kanał dystrybucji dla ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search. Perspektywy handlowe niekompatybilnych forków Androida, których jakość jest niższa niż w przypadku forków kompatybilnych, powodują, że są to gorsze kanały dystrybucji. Przykłady preinstalowania Bing przez Amazona i Nokię na niekompatybilnych forkach Androida są bez znaczenia.

824 Na poparcie tej argumentacji interwenienci popierający żądania spółki Google podnoszą w szczególności, co następuje:

- ADA utrzymuje, że Komisja powinna była zbadać UZF z uwzględnieniem interakcji między systemami operacyjnymi i aplikacjami; w tym kontekście forki niekompatybilne nie stanowią wiarygodnego zagrożenia konkurencyjnego ze względu na koszty przenoszenia i niedogodności związane z niekompatybilnością; bez zastrzeżonych API spółki Google aplikacje nie funkcjonowałyby bowiem prawidłowo, a korygowanie tych zakłóceń pociągałoby za sobą liczne, wysokie koszty; niekompatybilności te są zatem niekorzystne dla dostawców i niewygodne dla użytkowników; dla UZF nie ma zatem realnej alternatywy;
- CCIA utrzymuje, że Komisja powinna była przeanalizować realistyczny scenariusz alternatywny, co wystarczyłoby do wykazania, że w przeciwieństwie do tego, co stwierdzono w zaskarżonej decyzji, UZF w rzeczywistości rozszerzyły możliwości konkurencji;
- Gigaset i HMD utrzymują, że UZF wspierają konkurencję dzięki temu, że chronią żywotność ekonomiczną Androida w stosunku do innych modeli alternatywnych; fakt ten przynosi korzyści dostawcom aplikacji, producentom oryginalnych urządzeń i konsumentom; zakres normowania DDK jest całkowicie jednoznaczny; skutki zakłóceń powodowanych przez forki niekompatybilne są niekorzystne dla wszystkich uczestników;
- Opera podnosi, że model handlowy Androida przyniósł jej korzyści, ponieważ zaoferował jej stabilną platformę, która umożliwia dostęp do licznych potencjalnych użytkowników; model ten jest bardziej korzystny dla konkurencji niż jakikolwiek inny.

2) Argumenty Komisji

825 Komisja zasadniczo odsyła do treści zaskarżonej decyzji. Dokumenty wewnętrzne i korespondencja spółki Google z producentami oryginalnych urządzeń wskazują bowiem, że przedsiębiorstwo to pragnęło, aby UZF utrudniały producentom oryginalnych urządzeń, chcącym sprzedawać aparaty z preinstalacją Play Store i preinstalacją aplikacji Google Search, sprzedawanie również urządzeń funkcjonujących pod niekompatybilnymi forkami Androida. UZF ograniczają również konkurencję w dziedzinie ogólnych wyszukiwarek internetowych, ponieważ uniemożliwiają partnerom i konkurentom spółki Google rozwój niekompatybilnych forków Androida, niepodlegających kontroli spółki Google, na których producenci oryginalnych urządzeń mogliby preinstalować i ustawiać jako domyślne konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe.

826 I tak, po pierwsze, zdaniem Komisji, celem UZF jest z jednej strony uniemożliwienie rozwoju niekompatybilnych forków Androida, zarówno przez dostawców systemów operacyjnych, jak i producentów oryginalnych urządzeń, a z drugiej strony utrudnienie sprzedaży urządzeń funkcjonujących pod takimi forkami. Taki cel wystarczy, aby dokonać kwalifikacji strategii spółki Google jako mającej na celu wykluczenie niekompatybilnych forków Androida. Po drugie, niekompatybilne forki Androida stanowią dla spółki Google bardziej wiarygodne zagrożenie konkurencyjne niż kompatybilne forki Androida. Po trzecie, skutków w postaci wykluczenia związanych z UZF nie łagodzi istnienie licencjonowanych systemów operacyjnych innych niż Android. Po czwarte, Komisja przypomina, że niektórzy producenci oryginalnych urządzeń chcieli sprzedawać urządzenia funkcjonujące pod niekompatybilnymi forkami Androida. We wszystkich tych przypadkach UZF uniemożliwił producentom oryginalnych urządzeń i zainteresowanym dostawcom zaspokojenie tego popytu.

827 Interwienienci popierający Komisję podnoszą w szczególności, co następuje:

- VDZ twierdzi, że konkurencja niekompatybilnych forków Androida pozwala na zwiększenie różnorodności i obniżenie ceny urządzeń, przy jednoczesnym motywowaniu innowacji; OZF wykraczają zatem poza to, co niezbędne;
- FairSearch podnosi, że OZF wymyślono w celu wyeliminowania konkurencji ze strony wolnego oprogramowania, a spółka Google dysponuje uprawnieniami dyskrecjonalnymi przy wykładni terminu „fragmentacja”, co pozwala jej na wzmocnienie swojej siły rynkowej; tak więc OZF nie są ani uzasadnione, ani proporcjonalne;
- Seznam zwraca uwagę, że jest zmuszony do korzystania z Play Store ze względu na brak możliwości przekonania dostawców do stworzenia własnego sklepu z aplikacjami na tak małym rynku jak sama tylko Republika Czeska; OZF pozbawiły Seznam wszelkich opcji posiadających sens biznesowy i utrudniają konkurencję niecenową na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych;
- Qwant twierdzi, że od czasu wydania zaskarżonej decyzji oferty niekompatybilnych forków Androida ze strony producentów oryginalnych urządzeń stały się konkurencyjne, co ilustruje przykład Fairphone; UZF, uniemożliwiając rozwój niekompatybilnych forków Androida, pozbawiły wyszukiwarki konkurencyjne wobec Google Search platform dystrybucji.

c) Ocena Sądu

828 Jak przypomniano powyżej, Komisja zarzuca Google uzależnienie udzielania licencji na Play Store i Google Search od spełnienia szeregu obowiązków ograniczających swobodę pragnących uzyskać te licencje producentów oryginalnych urządzeń właśnie przez to, że na mocy tych obowiązków nie mogą oni sprzedawać żadnych innych urządzeń pracujących pod niekompatybilnymi forkami Androida. Ograniczenie to wynika z UZF, przy czym stanowi ono jedyne z ustanowionych w tej umowie zobowiązań, które zostało uznane w zaskarżonej decyzji za mające znamiona nadużycia, a to ze względu na zastosowanie do inteligentnych urządzeń mobilnych, na których aplikacje Google nie są preinstalowane. Komisja nie kwestionuje bowiem prawa Google do ustanowienia wymogów kompatybilności w odniesieniu do urządzeń, na których instalowane są jej aplikacje. Instytucja ta uznaje natomiast za mającą znamiona nadużycia stosowaną przez spółkę Google praktykę zmierzającą do utrudniania rozwoju i obecności na rynku urządzeń funkcjonujących pod niekompatybilnym forkiem Androida. Należy zatem zbadać, czy Komisja zdołała wykazać, że

spółka Google, jak twierdzi ta instytucja w zaskarżonej decyzji, wprowadziła w życie praktykę mającą na celu wykluczenie niekompatybilnych forków Androida i czy praktykę ową może uznać za antykonkurencyjną w rozumieniu art. 102 TFUE.

829 Zgodnie z art. 102 akapit drugi lit. b) TFUE mające znamiona nadużycia praktyki mogące stanowić nadużycie pozycji dominującej mogą polegać, w szczególności, na ograniczaniu produkcji, rynków lub rozwoju technicznego ze szkodą dla konsumentów. Aby ocenić, czy drugie zachowanie spółki Google zakwalifikowane w zaskarżonej decyzji jako nadużycie stanowi taką praktykę mającą znamiona nadużycia, należy najpierw zbadać, czy Komisja wykazała jej istnienie, a następnie, czy Komisja udowodniła, że praktyka ta była w stanie ograniczyć konkurencję.

1) W przedmiocie istnienia praktyki

830 Co się tyczy istnienia omawianej praktyki, strony nie kwestionują faktu ustanowienia w UZF obowiązującego strony zakazu wprowadzania do obrotu urządzeń działających pod niekompatybilnymi forkami Androida. Istnienie tego zakazu wynika ponadto z akt sprawy.

831 Po pierwsze, istnienie tej praktyki znajduje potwierdzenie w odpowiedziach udzielonych przez spółkę Google na pytania na piśmie, skierowane do niej przez Sąd, w których przypomina ona, że jej decyzja o wprowadzeniu UZF związana jest z początkami systemu Android. Wskazuje, że postanowiła utrzymywać stosunki handlowe wyłącznie z przedsiębiorstwami, które zgodzą się nie narażać Androida na niebezpieczeństwo. Jej zdaniem, taki cel mógł zostać osiągnięty jedynie poprzez ograniczenie wszelkich możliwych źródeł niekompatybilności, a w szczególności rozwoju niekompatybilnych forków Androida. Forki te stwarzają ryzyko zakłóceń w funkcjonowaniu aplikacji i stanowią przez to zagrożenie dla reputacji systemu, a także są niekorzystne zarówno z punktu widzenia dostawców, jak i konsumentów. Należy zatem stwierdzić, że spółka Google przyznaje, iż od początku zawierała UZF w celu utrudnienia rozwoju niekompatybilnych forków Androida.

832 Po drugie, spółka Google nie kwestionuje prawdziwości siedmiu przykładów przytoczonych w zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi interweniowała ona aktywnie w celu przypomnienia producentom oryginalnych urządzeń, którzy postanowili sprzedawać urządzenia działające pod niekompatybilnymi forkami Androida, o ich zobowiązaniach umownych, czy też w celu wywarcia presji na dostawców i zniechęcenia ich do projektowania aplikacji dla niekompatybilnych forków Androida (motywy 1051–1059 zaskarżonej decyzji). Choć w toku postępowania administracyjnego spółka Google podniosła, że jej interwencje zmierzały do usunięcia nieprawidłowości sprzętowych, to nie przedstawiła na poparcie swoich twierdzeń żadnego dowodu. Przeciwnie, z wiadomości elektronicznych wysyłanych ówczesnie przez spółkę Google do zainteresowanych przedsiębiorstw wynika, że jej interwencje były motywowane chęcią utrudnienia opracowywania niekompatybilnych forków Androida, a nie koniecznością rozwiązania trudności technicznych związanych z urządzeniami jako takimi.

833 Po trzecie, uwagi przekazane Komisji przez przedsiębiorstwo przesłuchiwane w toku postępowania administracyjnego wskazują, że spółka Google osobiście czuwała nad przestrzeganiem UZF przez producentów oryginalnych urządzeń, dokonując co pewien czas zakupów u operatora sieci mobilnej i samodzielnie poddając nabyte w ten sposób urządzenia testom STK (motyw 1061 zaskarżonej decyzji).

834 Należy zatem uznać, że rzeczywiste istnienie praktyki uznanej przez Komisję za stanowiące drugie nadużycie, uznane przez spółkę Google, zostało wykazane. Z powyższego wynika również, że była ona skutecznie realizowana, i to od początków Androida.

835 Należy zatem zbadać, czy praktyka ta, mająca na celu ograniczenie rozwoju niekompatybilnych forków Androida, stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. W tym celu należy zbadać powody, dla których Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że wykluczenie to ogranicza konkurencję lub przynajmniej jest w stanie doprowadzić do takich skutków, a także przeanalizować argumenty, za pomocą których spółka Google ocenę tę kwestionuje.

2) W przedmiocie antykonkurencyjnego charakteru praktyki

836 Jeśli chodzi o antykonkurencyjny charakter rozpatrywanej praktyki, według zaskarżonej decyzji spółka Google realizowała cele antykonkurencyjne, a jej zachowanie rzeczywiście wywołało skutki ograniczające konkurencję. Należy zatem zbadać te oceny.

i) W przedmiocie antykonkurencyjnego charakteru zamierzonych celów

837 Po pierwsze, z wewnętrznych dokumentów wymienionych w zaskarżonej decyzji wynika, że OZF zostały stworzone z myślą, między innymi, o uniemożliwieniu jakiegokolwiek rozwoju kodu źródłowego Androida w sposób niezatwierdzony przez spółkę Google, co pozbawiło dostawców niekompatybilnych forków Androida kanałów sprzedaży. Cel ten potwierdzają ponadto argumenty przedstawione przez spółkę Google w ramach pierwszej części zarzutu czwartego.

838 Po pierwsze bowiem, z wewnętrznej korespondencji elektronicznej przytoczonej w zaskarżonej decyzji wynika, że strategię mającą na celu utrudnienie rozwoju niekompatybilnych forków Androida wprowadzono od początku w celu uniemożliwienia partnerom i konkurentom spółki Google rozwoju autonomicznych wersji Androida. Jak wynika z wewnętrznych wiadomości elektronicznych i informacji opublikowanych na stronie internetowej Android, spółka Google od samego początku pragnęła zastrzec dostęp do „ekosystemu” dla kompatybilnych forków Androida i zabronić przedsiębiorstwom w nim uczestniczącym sprzedaży urządzeń z niekompatybilnymi forkami Androida (motywy 159, 160 zaskarżonej decyzji).

839 Po drugie, argumenty przedstawione przez spółkę Google w ramach pierwszej części niniejszego zarzutu w celu zakwestionowania antykonkurencyjnego charakteru rozpatrywanej praktyki opierają się na podnoszonej konieczności ochrony „ekosystemu Android” przed fragmentacją właściwą modelom licencyjnym „open source”. Ta podnoszona konieczność stanowi okoliczność uniemożliwiającą uznanie jej zachowania za nadużycie, ponieważ prokonkurencyjne korzyści wynikające z braku fragmentacji „ekosystemu Android” w znacznym stopniu przewyższają antykonkurencyjne skutki wykluczenia niekompatybilnych forków Androida. Zdaniem spółki Google, rzeczony ryzyko fragmentacji wynika z samej obecności na rynku niekompatybilnych forków Androida, które ze względu na swoją niekompatybilność mogą naruszać interoperacyjność, to znaczy zdolność wszystkich aplikacji opracowanych dla Androida do działania na wszystkich urządzeniach używających Androida lub każdego forka Androida jako systemu operacyjnego. Spółka Google przyznaje w ten sposób, że konieczność zwalczania takiego zagrożenia skłoniła ją do utrudnienia rozwoju forków niekompatybilnych.

840 W tym względzie, zdaniem spółki Google, sama tylko motywacja rynkowa nie mogła doprowadzić do zamierzonego rezultatu, ponieważ dostawcy i producenci oryginalnych urządzeń w braku UZF nie mieliby wystarczającego interesu w samodzielnym eliminowaniu wszelkiego ryzyka niekompatybilności. Google podnosi w związku z tym, że zawarty w UZF zakaz wprowadzania do obrotu niekompatybilnych forków Androida był konieczny. Jeśli chodzi o kwestię tego, czy podnoszone przez spółkę Google ryzyko fragmentacji może to zachowanie obiektywnie uzasadniać, zostanie ona zbadana w ramach drugiej części niniejszego zarzutu.

841 Należy zatem stwierdzić, że z samych oświadczeń spółki Google, potwierdzonych dowodami zawartymi w aktach sprawy, wynika, iż praktykę uznaną w zaskarżonej decyzji za nadużycie świadomie wprowadzono w życie w celu ograniczenia dostępu do rynku niekompatybilnych forków Androida.

ii) W przedmiocie ograniczenia konkurencji

842 W drugiej kolejności należy zatem zbadać, czy spółka Google zasadnie utrzymuje, że Komisja w zaskarżonej decyzji nie wykazała w wystarczający sposób, iż rozpatrywana praktyka była w stanie ograniczyć konkurencję. W tym względzie elementy uwzględnione przez Komisję w zaskarżonej decyzji, służące wykazaniu zdolności drugiego nadużycia do ograniczenia konkurencji, które to spółka Google kwestionuje, można pogrupować w trzy główne powody. Po pierwsze, niekompatybilne forki Androida są konkurentami Google bardziej wiarygodnymi niż kompatybilne forki Androida. Po drugie, drugie nadużycie umożliwiło spółce Google rzeczywiste wykluczenie niekompatybilnych forków Androida. Po trzecie, ich wykluczenie było szkodliwe dla konkurencji, ponieważ doprowadziło do wzmocnienia pozycji dominującej spółki Google na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych i hamuje innowacyjność.

– W przedmiocie potencjalnego zagrożenia ze strony forków niekompatybilnych

843 Zdaniem Komisji, niekompatybilne forki Androida stanowią dla spółki Google zagrożenie konkurencyjne nie tylko wiarygodne, lecz nawet większe niż stwarzane przez kompatybilne forki Androida czy inne systemy operacyjne, takie jak Windows Mobile lub Linux. W tym względzie strony spierają się, po pierwsze, co do tego, na ile aplikacje przeznaczone dla Androida mogłyby funkcjonować prawidłowo na niekompatybilnych forkach Androida, a po drugie, co do kosztów związanych z przystosowaniem tych aplikacji do niekompatybilnych forków Androida, przy czym Komisja uznaje, że są one niższe w przypadku przeniesienia aplikacji opracowanej dla Androida na niekompatybilny fork Androida niż te, które są niezbędne przy przeniesieniu danej aplikacji na inne systemy operacyjne.

844 W tym względzie z akt sprawy wynika jednoznacznie, że niekompatybilne forki Androida stanowią, podobnie jak Android i kompatybilne forki Androida, licencjonowany system operacyjny. Ponadto z analizy zarzutu pierwszego wynika, że licencjonowane systemy operacyjne stanowią rynek właściwy dla oceny stosunków konkurencyjnych. W konsekwencji niekompatybilne forki Android mogą konkurować z Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych. Dlatego też kwestia, czy względna presja konkurencyjna wywierana przez kompatybilne forki Androida i inne licencjonowane systemy operacyjne jest mniejsza, czy większa, które to zagadnienie strony dyskutowały, porównując ową presję z presją konkurencyjną wyieraną na spółkę Google przez niekompatybilne forki Androida, jest pozbawiona znaczenia. Dla stwierdzenia ograniczenia konkurencji wystarczy bowiem wykazać, że niekompatybilne forki Androida były konkurentami Androida na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, czego spółka Google nie kwestionuje.

- 845 Podobnie bez znaczenia jest również kwestia tego, czy koszty przenoszenia aplikacji do niekompatybilnych forków Androida, to znaczy koszty rozwoju, które trzeba ponieść w celu umożliwienia prawidłowego funkcjonowania aplikacji przeznaczonych dla Androida na urządzeniach, których systemem operacyjnym jest niekompatybilny fork Androida, są wyższe lub niższe, niż koszty przeniesienia na systemy operacyjne inne niż Android. Nawet bowiem przyjmując, czego spółka Google nie wykazała, że koszty przenoszenia aplikacji opracowanych dla „ekosystemu Android” na niekompatybilne forki Androida, są porównywalne z kosztami, które należy ponieść w celu przeniesienia na całkowicie odmienne systemy operacyjne, czyli nie stworzone na podstawie kodu źródłowego Androida, należy uznać, że z punktu widzenia tych wydatków zagrożenie konkurencyjne wywierane na spółkę Google przez niekompatybilne forki Androida nie jest mniejsze, niż zagrożenie ze strony innych licencjonowanych systemów operacyjnych analizowanych w zaskarżonej decyzji.
- 846 Twierdzenia, że niekompatybilne forki Androida były w stanie wywierać presję konkurencyjną na spółkę Google skarżące nie są w stanie podważyć również za pomocą argumentów, zgodnie z którymi opracowywanie niekompatybilnych forków Androida nie ma żadnej wartości komercyjnej, przez co nie mogą one stanowić dla niej zagrożenia. Spółka Google przedstawia bowiem w tym względzie ogólne i abstrakcyjne twierdzenie, którego zasadność nie opiera się na żadnym rozstrzygającym dowodzie. Natomiast Seznam w odpowiedzi na pytania zadane przez Sąd na piśmie podnosi, że bezskutecznie usiłował przekonać producentów oryginalnych urządzeń, którzy zawarli UZF ze spółką Google, do sprzedaży urządzeń działających pod niekompatybilnymi forkami Androida, na których podmiot ten zamierzał zainstalować swoją własną wyszukiwarkę. Przykład ten potwierdza zawartą w zaskarżonej decyzji ocenę, zgodnie z którą drugie nadużycie przyczyniło się do wyeliminowania zagrożenia konkurencyjnego dla spółki Google, jaką mogły stwarzać dla niej niekompatybilne forki Androida, zarówno na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, jak i na rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 847 Z powyższego wynika, że spółka Google nie wykazała, iż niekompatybilne forki Androida nie mogłyby w żadnym razie stanowić dla niej zagrożenia konkurencyjnego. Należy zatem zbadać, czy UZF mogły rzeczywiście utrudnić wejście tych konkurentów spółki Google na rynek systemów operacyjnych.

– W przedmiocie rzeczywistego wykluczenia niekompatybilnych forków Androida i antykonkurencyjnych skutków tego wykluczenia

- 848 Jest bezsporne, że w okresie naruszenia rozważanym w zaskarżonej decyzji żaden niekompatybilny fork Androida nie był w stanie w sposób trwały zaistnieć na rynku. Strony nie zgadzają się co do interpretacji tego ustalenia, ponieważ Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że z, jednej strony, niepowodzenie komercyjne istniejących niekompatybilnych forków Androida, i, z drugiej strony, brak wchodzenia na rynek nowych niekompatybilnych forków Androida, wynika z zachowania spółki Google. W szczególności, Komisja zarzuca spółce Google, że wymogła ona zawarcie UZF na wszystkich producentach oryginalnych urządzeń, którzy chcieli uzyskać instalację Play Store i Google Search na sprzedawanych przez nich urządzeniach. Spółka Google zaś podnosi, że niepowodzenie niekompatybilnych forków Androida wynika z ich immanentnych słabości i braku wartości komercyjnej.
- 849 Przede wszystkim należy zauważyć, że spółka Google nie kwestionuje zapisanych w pkt 6.3.1 zaskarżonej decyzji uwag dotyczących stopnia pokrycia rynku przez UZF. W tym względzie w zaskarżonej decyzji przypomniano, że spółka Google zawarła UZF lub podobne porozumienia z setką przedsiębiorstw działających na rynku inteligentnych urządzeń mobilnych na wszystkich

poziomach łańcucha produkcji tych urządzeń. W szczególności UZF zostały zawarte z najważniejszymi 30 producentami oryginalnych urządzeń w zakresie sprzedaży przez nich inteligentnych urządzeń mobilnych (grafika 7 zaskarżonej decyzji). Okres obowiązywania tych porozumień z producentami oryginalnych urządzeń był co najmniej równy czasowi obowiązywania UDAM, przy czym UZF powinny zostać przedłużone, gdyby producenci oryginalnych urządzeń chcieli nadal korzystać z UDAM. Należy zatem uznać za udowodnione, że w okresie naruszenia największym podmiotom gospodarczym, które mogły zaoferować dostawcom niekompatybilnych forków Androida kanały sprzedaży, uniemożliwiały to UZF.

850 Następnie spółka Google kwestionuje dokonaną przez Komisję interpretację niepowodzenia Fire OS, niekompatybilnego forka Androida opracowanego przez Amazon z myślą o stworzeniu „ekosystemu” niezależnego od spółki Google, lecz umożliwiającego funkcjonowanie aplikacji opracowanych dla Androida. Zdaniem spółki Google, niepowodzenie Fire OS można wyjaśnić różnymi czynnikami, w tym niedostępnością Play Store, co przyznał sam Amazon. W tym względzie należy zauważyć, że niewątpliwie bezsporne jest, iż Play Store to „must have” celowo zarezerwowany dla uczestników „ekosystemu Android”. Niemniej jednak spółka Google nie przedstawiła żadnego dowodu mogącego podważyć zawarte w zaskarżonej decyzji stwierdzenia, zgodnie z którymi sześciu najważniejszych producentów oryginalnych urządzeń pod kątem sprzedaży odmówiło zawarcia porozumień mających na celu rozwój urządzeń działających pod Fire OS, informując Amazona, że byłoby to wyraźnym naruszeniem UZF (motyw 1094 zaskarżonej decyzji). Należy zatem uznać, że nawet jeśli niepowodzenie komercyjne Fire OS mogłyby tłumaczyć również inne powody – które zresztą nie są niezależne od polityki handlowej Google – to Komisja wykazała jednak, że UZF pozbawiły ów system operacyjny kanałów sprzedaży, jakimi mogliby być dla niego producenci oryginalnych urządzeń, będący stronami UZF ze spółką Google.

851 Co więcej, spółka Google nie kwestionuje, że interweniowała aktywnie w celu przypomnienia obowiązków szeregowi producentów oryginalnych urządzeń, którzy zamierzali sprzedawać, najpierw w Chinach, system operacyjny Aliyun, będący niekompatybilnym forkiem Androida opracowanym przez Alibabę. Z oświadczeń złożonych przez to ostatnie przedsiębiorstwo w trakcie postępowania administracyjnego wynika bowiem, że planowało ono zawrzeć umowy produkcyjne mające na celu wprowadzenie jego systemu operacyjnego w Chinach, a następnie na całym świecie, w tym w EOG. Z oświadczeń złożonych przez szereg producentów oryginalnych urządzeń wynika również, że spółka Google zwróciła się do nich wyraźnie o zawieszenie wszelkich negocjacji handlowych z Alibabą (motywy 1054, 1057 i 1069 zaskarżonej decyzji). Jeśli nawet spółka Google uważa swoje interwencje za uzasadnione względami dotyczącymi ochrony jej reputacji i wolą niedopuszczenia konkurentów do korzystania z pozytywnych skutków zewnętrznych wynikających z charakteru „open source” licencji na Androida, nie kwestionuje tego, że interweniowała w celu zapewnienia przestrzegania przez rzeczonych producentów oryginalnych urządzeń ciężących na nich obowiązków, ustanowionych w UZF, polegających na zakazie zapewniania niekompatybilnym forkom Androida kanałów sprzedaży. W tych okolicznościach spółka Google nie ma podstaw, by twierdzić, że niepowodzenie Alibaby w Chinach tłumaczy się wyłącznie nieprawidłowościami sprzętowymi i problemami z jakością podróbek.

852 Ponadto należy przypomnieć, że w drugiej części zarzutu czwartego spółka Google w odpowiedzi na argument Komisji podnosi, iż w braku UZF dyscyplina rynkowa nie byłaby wystarczająca, by zagwarantować brak niekompatybilności, pomimo braku interesu komercyjnego w rozwoju niekompatybilnych forków Androida. Spółka Google uważa bowiem, że gdyby nie było wiążących zobowiązań, przedsiębiorcy należący do „ekosystemu Android” mieliby interes w czerpaniu

korzyści z interoperacyjności wynikającej z kompatybilności, lecz już niekoniecznie w samodzielnym ponoszeniu wydatków niezbędnych do wyeliminowania wszystkich niekompatybilności.

- 853 Wreszcie, strony nie zgadzają się również co do konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z faktu, że Google zastrzegła sobie własność API oraz innych stworzonych przez siebie programów, przyczyniających się do funkcjonowania aplikacji na urządzeniach dzięki umożliwieniu im skutecznej komunikacji z systemem operacyjnym. Chociaż Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że odmowa udostępnienia przez spółkę Google jej API dostawcom niekompatybilnych forków Androida przyczyniła się do drugiego nadużycia, należy jednak zaznaczyć, że – jak potwierdziła na rozprawie – Komisja nie kwestionuje, jako takich, praw własności spółki Google do stworzonych przez nią programów. Należy ponadto zauważyć, że spółka Google wskazała, co nie zostało zakwestionowane, iż wszystkie publikowane przez nią kolejne wersje kodu źródłowego Androida obejmowały aktualizację „podstawowych” API i że były one wystarczające, aby umożliwić funkcjonowanie aplikacji opracowanych dla Androida na wszystkich kompatybilnych opracowaniach kodu źródłowego.
- 854 W niniejszej sprawie należy wskazać, że nie można uznać za nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE korzystania, jako takiego, przez przedsiębiorstwo, nawet zajmujące pozycję dominującą, z nabytego zgodnie z prawem prawa własności. Wykonywanie prawa wyłącznego związanego z prawem własności intelektualnej należy bowiem do prerogatyw podmiotu prawa własności intelektualnej, tak że wykonywanie takiego prawa, nawet w przypadku przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, nie może stanowić samo w sobie nadużycia tej pozycji. Nie można jednak dopuścić do takich zachowań, jeśli mają one na celu właśnie wzmocnienie pozycji dominującej ich autora oraz jej nadużycie [zob. wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in., C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 150, 151 i przytoczone tam orzecznictwo].
- 855 W tym względzie należy wziąć pod uwagę oświadczenia uzyskane w toku postępowania administracyjnego od trzech przedsiębiorstw, zgodnie z którymi udostępnianie zastrzeżonych API, które były coraz bardziej wydajne, wyłącznie uczestnikom „ekosystemu Android” mogło zachęcać dostawców aplikacji na Androida do polegania na tych API w sposób krytyczny. Koszt ewentualnego przeniesienia aplikacji na niekompatybilne forkie Androida stał się przez to w większym stopniu odstrasżający. Mając na względzie powyższe rozważania, należy uznać, że politykę handlową przyjętą przez spółkę Google w zakresie udostępniania jej API należy uwzględnić jako element kontekstu przy ocenie skutku ograniczania kanałów sprzedaży, ustanowionego w UZF. Skutek ten jest tym bardziej istotny, że spółka Google nie kwestionuje oceny Komisji, zgodnie z którą na przestrzeni całego okresu naruszenia różnica technologiczna między API Google a podstawowymi wersjami kodu źródłowego wzrosła. Dostęp do zastrzeżonych API spółki Google stanowił zatem dla dostawców aplikacji i producentów oryginalnych urządzeń wartość strategiczną. ADA, będący interwenientem po stronie spółki Google, potwierdza ponadto, że bez zastrzeżonych API spółki Google aplikacje nie funkcjonowałyby prawidłowo, a korygowanie tych zakłóceń pociągałoby z sobą liczne, wysokie koszty.
- 856 Jak zaś wynika z analizy zarzutu drugiego, producenci oryginalnych urządzeń pragnący dysponować zastrzeżonymi API spółki Google musieli zawrzeć UDAM, co wymagało uprzedniego przyjęcia warunków UZF. Należy zatem stwierdzić, że polityka rozwoju i dystrybucji API przez spółkę Google stanowiła zachętę do zawarcia UZF, które, jak właśnie stwierdzono, ograniczały kanały sprzedaży niekompatybilnych forków Androida.

- 857 W celu wykazania antykonkurencyjnego charakteru praktyki wykluczenia stanowiącej drugie nadużycie Komisja w zaskarżonej decyzji podkreśla, że poza utrudnieniem rozwoju rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów spółki Google na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, praktyka ta niosła ze sobą dwie główne konsekwencje. Po pierwsze, drugie nadużycie doprowadziło do umocnienia pozycji dominującej spółki Google na rynku ogólnych wyszukiwarek internetowych. Po drugie, hamowało nowatorstwo i ograniczało różnorodność ofert dostępnych konsumentom (motywy 1139–1145 zaskarżonej decyzji).
- 858 Co się tyczy przywołanego powyżej punktu pierwszego, spółka Google, po pierwsze, kwestionuje twierdzenie, że UZF przyczyniły się do umocnienia jej pozycji dominującej na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych. Na poparcie swego sprzeciwu Google podnosi w istocie, że UZF nie zawierał żadnej klauzuli zakazującej producentom oryginalnych urządzeń instalowania ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search, a powodzenie jej własnej usługi wynika ze względów merytorycznych.
- 859 W tym względzie wystarczy stwierdzić, że Komisja nie uznała za nieuczciwe warunków UZF w zakresie, w jakim mają one zastosowanie do urządzeń, na których zainstalowano pakiet GMS. Natomiast odnośnie do drugiego nadużycia Komisja zarzuca spółce Google, że w ten sposób pozbawiła niekompatybilne forki Androida kanałów sprzedaży. Bezsporne jest przy tym, że polityka licencyjna wdrożona przez spółkę Google polegała na zastrzeżeniu pakietu GMS dla kompatybilnych forków Androida. Instalacja Google Search była zatem wykluczona na urządzeniach działających pod niekompatybilnymi forkami Androida. Sama ta okoliczność wystarczy do wykazania, że niekompatybilne forki Androida mogły stanowić kanały dystrybucji dla konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych. O ile zatem prawdą jest, że UZF nie ustanawiały jakiegokolwiek zakazu preinstalowania ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search, to jednak, ograniczając kanały sprzedaży niekompatybilnych forków Androida, przyczyniały się do eliminowania sytuacji, w których konkurencyjne ogólne wyszukiwarki internetowe, preinstalowane na zasadzie wyłączności, nie konkurowałyby bezpośrednio z Google Search na danym urządzeniu.
- 860 Na urządzeniach funkcjonujących pod niekompatybilnymi forkami Androida, ogólne wyszukiwarki internetowe konkurencyjne wobec Google Search mogły bowiem walczyć nie tylko o preinstalację, lecz nawet o instalację wyłączną. Zresztą, zdaniem Seznam, z tego właśnie powodu zaproponował on producentom oryginalnych urządzeń sprzedaż urządzeń funkcjonujących pod niekompatybilnymi forkami Androida, na których zainstalowana byłaby jedynie jego własna ogólna wyszukiwarka internetowa. FairSearch wskazuje również na okoliczność, której nie podważono w sposób poważny, że sporna praktyka utrudniła rozwój ogólnych wyszukiwarek internetowych kładących nacisk na ochronę życia prywatnego użytkowników i penetrację rynku przez owe wyszukiwarki.
- 861 Wynika z tego, że spółka Google nie ma podstaw do kwestionowania oceny, zgodnie z którą jej praktyka wykluczania niekompatybilnych forków Androida przyczyniła się do umocnienia jej pozycji dominującej na rynkach usług ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 862 Z drugiej strony, jeśli chodzi o hamowanie innowacji, Komisja w zaskarżonej decyzji uznała, że wprowadzona w UZF praktyka wykluczania niekompatybilnych forków Androida uniemożliwiała opracowywanie różnych wariantów systemu operacyjnego i, w rezultacie, utrudniała ewentualne innowacje oraz pozbawiała użytkowników funkcji innych niż oferowane przez kompatybilne forki Androida lub będących dodatkami do nich. W tym względzie, wbrew temu, co twierdzi spółka Google, Komisja, aby wykazać zasadność tej oceny, nie była zobowiązana do dokładnego

wskazania, jakie funkcje mogłyby zostać wprowadzone w braku spornej praktyki. Spółka Google nie kwestionuje bowiem, że rynki właściwe charakteryzują się szybkością innowacji, do której były w stanie przyczynić się forki o cechach różniących się od cech forków kompatybilnych.

- 863 Z powyższego wynika, że Komisja w wystarczający sposób wykazała, iż UZF zakazały podmiotom, które je zawarły, zapewniania kanałów sprzedaży niekompatybilnym forkom Androida. Ta przeszkoda dla bezpośrednich konkurentów spółki Google na rynku systemów operacyjnych, której skutki są ponadto wzmocnione przez politykę Google dotyczącą warunków sprzedaży jej API i innych zastrzeżonych aplikacji, przyczyniła się ponadto do umocnienia pozycji dominującej spółki Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, a także okazała się szkodliwa dla użytkowników końcowych.
- 864 Ponieważ Komisja uznała, że drugie nadużycie polegało na zastosowaniu wszystkich norm technicznych określonych w DDK do urządzeń, na których nie zainstalowano pakietu GMS, i dokonała całościowej analizy skutków ograniczenia konkurencji wywołanego przez sporną praktykę, nie była zobowiązana, wbrew temu, co twierdzi spółka Google, do dokładnego wskazania norm DDK, które były źródłem tych skutków. Zarzuty stawiane spółce Google w zaskarżonej decyzji nie dotyczą bowiem treści określonych przez spółkę Google obowiązków w zakresie kompatybilności, lecz jej praktyki mającej na celu uniemożliwienie niekompatybilnym forkom Androida znalezienia kanałów sprzedaży.
- 865 Ponieważ można uznać, że za pomocą powyższych dowodów wykazano istnienie i skutki tej praktyki, nie ma potrzeby wypowiedzania się w ramach tej części zarzutu w przedmiocie argumentów dotyczących zrozumiałości OZF, czysto teoretycznego charakteru możliwości zmiany przez spółkę Google treści DDK w sposób antykonkurencyjny, czy też istnienia po jej stronie zamiaru wprowadzenia kontrahentów w błąd. Argumenty te mają bowiem na celu podważenie dodatkowego uzasadnienia przyjętego w zaskarżonej decyzji, a zatem ich analiza nie może podważyć powyższych ustaleń. Natomiast następnie należy zbadać obiektywne uzasadnienie przedstawione przez spółkę Google.

3. W przedmiocie części drugiej, dotyczącej istnienia obiektywnego uzasadnienia

a) Zaskarżona decyzja

- 866 Komisja uważa, że nie można zaakceptować żadnego z przedstawionych przez spółkę Google obiektywnych uzasadnień. Kwestionuje ona argumentację przedstawioną w toku postępowania administracyjnego przez spółkę Google w ośmiu punktach; których to punktów treść można pokrótce przedstawić w następujący sposób: 1) OZF są niezbędne, aby zapewnić kompatybilność w ramach „ekosystemu Android”, przy czym modele biznesowe dostawców innych systemów operacyjnych ograniczają konkurencję w większym stopniu; 2) OZF są konieczne do zapobieżenia fragmentacji, która byłaby szkodliwa dla całego „ekosystemu Android”; 3) OZF są niezbędne do ochrony reputacji spółki Google; 4) OZF są nieodzowne, aby uniknąć sytuacji, w której dostawcy niekompatybilnych forków Androida korzystaliby w sposób nienależny z pozytywnych skutków zewnętrznych związanych ze zmniejszeniem ich kosztów rozwoju dzięki nieodpłatnemu udostępnieniu już działającego kodu źródłowego; 5) OZF są konieczne w celu uniknięcia sytuacji, w której dostawcy niekompatybilnych forków Androida korzystaliby w sposób nienależny z pozytywnych skutków zewnętrznych związanych z udostępnieniem im przez spółkę Google jej technologii, w szczególności poprzez wczesne udostępnianie kodu źródłowego lub poprzez organizowanie warsztatów szkoleniowych dla dostawców; 6) OZF wprowadzono przed

uzyskaniem przez spółkę Google pozycji dominującej; 7) OZF nie tworzono z myślą o wprowadzeniu w błąd co do ich zakresu przedsiębiorstw, które zawarły UZF, i 8) Komisja nie przedstawiła bilansu anty- i prokonkurencyjnych skutków OZF (motywy 1155–1183 zaskarżonej decyzji).

b) Argumenty stron

1) Argumenty spółki Google

- 867 Na poparcie części drugiej zarzutu czwartego spółka Google podnosi, że w zaskarżonej decyzji nie uwzględniono prokonkurencyjnego charakteru OZF, które są konieczne dla ochrony integralności i jakości platformy Android w obliczu zagrożeń nierozzerwalnie związanych z ewentualnymi niekompatybilnościami.
- 868 W pierwszej kolejności, spółka Google utrzymuje, że OZF są niezbędne w celu ochrony rentowności i jakości Androida przed zagrożeniami spowodowanymi niekompatybilnościami. OZF dają dostawcom pewność, że ich aplikacje będą działać na różnych urządzeniach Android, nie zakłócając ich funkcjonowania. Oferują one również użytkownikom końcowym pewność, że aplikacje opracowane dla Androida będą funkcjonować na wybranym przez nich urządzeniu peryferyjnym działającym pod Androidem. Wspieranie kompatybilności stanowi zatem przewagę konkurencyjną zarówno dla dostawców forków Androida, dostawców aplikacji, producentów oryginalnych urządzeń i użytkowników. Zachowanie tej interoperacyjności oraz ochrona integralności i jakości platformy Android są celami uzasadnionymi i pozbawionymi charakteru antykonkurencyjnego.
- 869 W drugiej kolejności spółka Google przypomina, że Android został wprowadzony w modelu licencji otwartej, oferującym producentom oryginalnych urządzeń i dostawcom większą elastyczność niż modele licencji „zastrzeżonej”, dzięki możliwości zmiany kodu źródłowego i dostosowania go do ich potrzeb. Platforma Android, w ramach której współistnieje szereg forków, może zatem rozwijać się w sposób pluralistyczny i zróżnicowany. Te cechy szczególnie powodują jednak konieczność wdrożenia mechanizmów służących zapobieganiu fragmentacji, która mogłaby doprowadzić do zniszczenia platformy Android jako całości. OZF, będące jedynie narzędziem służącym do realizacji tego celu, są zatem uzasadnione, nawet przy założeniu, że mają one charakter antykonkurencyjny – co spółka Google kwestionuje zresztą w ramach pierwszej części niniejszego zarzutu.
- 870 Na konieczność wprowadzenia OZF wskazuje wiele czynników. Po pierwsze, wcześniejsze doświadczenia dotyczące fragmentacji otwartych platform Unix, Symbian i Linux Mobile wskazują na nieodwracalne konsekwencje rozprzestrzeniania się niekompatybilności. Po drugie, stanowisko spółki Google potwierdzają zeznania wielu uczestników „ekosystemu Android”. I tak ponad 94% (35 z 37) zainteresowanych odbiorców Androida, którzy odpowiedzieli co do istoty na pytania Komisji dotyczące fragmentacji (w tym dostawcy aplikacji, producenci oryginalnych urządzeń, operatorzy sieci mobilnych i inne przedsiębiorstwa), wskazało, że zagrożenie niekompatybilnością jest źródłem ich obaw. Po trzecie, wewnętrzne dokumenty spółki Google przedstawione w toku postępowania administracyjnego świadczą o tym, że jedyną racją bytu OZF było zapewnienie kompatybilności i zachowanie integralności platformy Android.

- 871 W trzeciej kolejności spółka Google podnosi, że w zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, iż OZF nie były konieczne, ponieważ dostawcy forków z własnej inicjatywy będą unikać niekompatybilności w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania aplikacji. Zdaniem spółki Google, Komisja nie może jednocześnie, nie popadając w wewnętrzną sprzeczność, z jednej strony, krytykować OZF z tego względu, że utrudniają rozwój niekompatybilnych forków Androida, i, z drugiej strony podnosić, że dostawcy będą minimalizować niekompatybilności niezależnie od istnienia OZF. Spółka Google uważa, że dostawcy mogą upewnić się co do kompatybilności swoich forków Androida jedynie poprzez spełnienie wymogów technicznych DDK. W związku z tym bez OZF nie można by zagwarantować kompatybilności. Nie można również twierdzić, że dostawcy forków lub producenci oryginalnych urządzeń zapewniliby kompatybilność sami z siebie, ponieważ mają oni interes w czerpaniu korzyści z interoperacyjności, lecz nie mają wystarczającej motywacji do samodzielnego podejmowania wszelkich wysiłków niezbędnych do zagwarantowania interoperacyjności w braku wspólnych kryteriów jej definiowania i kontroli, które spółka Google jako jedyna była w stanie wprowadzić.
- 872 W czwartej kolejności spółka Google podnosi, że OZF, które Komisja uznaje za zgodne z prawem w zakresie, w jakim mają zastosowanie do urządzeń z zainstalowanym pakietem GMS, muszą też być stosowane na urządzeniach, na których aplikacje te nie są preinstalowane. W przeciwnym razie nie można by chronić integralności i rentowności platformy Android jako całości przed problemami powstałymi w wyniku niekompatybilności, a mianowicie ryzykiem fragmentacji Androida.
- 873 W piątej kolejności spółka Google kwestionuje argumenty Komisji dotyczące możliwości zaradzenia niedogodnościom związanym z fragmentacją poprzez zastosowanie odpowiedniej polityki własności intelektualnej. W tym względzie Komisja sugeruje, że problemy związane ze niekompatybilnością dotyczą jedynie reputacji spółki Google, przy czym można je rozwiązać za pomocą strategii znaku towarowego, ograniczającej używanie nazwy „Android” do urządzeń kompatybilnych. Niekompatybilność i ryzyko zakłóceń w funkcjonowaniu aplikacji na Androida nie są jednak problemem reputacji, lecz problemem technicznym zagrażającym integralności i rentowności „ekosystemu Android”. Argument ten nie uwzględnia również tego, że OZF stosuje się wyłącznie do urządzeń „opracowanych specjalnie do funkcjonowania pod Androidem”. Gdyby urządzenia te nie były w stanie spełnić oczekiwań, jakie mają użytkownicy i dostawcy aplikacji co do kompatybilności, podważyłoby zaufanie do Androida w jego całości.

2) Argumenty Komisji

- 874 Komisja podnosi, że w zaskarżonej decyzji UZF zakwestionowano jedynie w zakresie, w jakim wymagają one od producentów oryginalnych urządzeń, aby te urządzenia, na których aplikacje Google nie są preinstalowane, przechodziły z sukcesem STK. Zdaniem Komisji należy oddalić obiektywne uzasadnienie przedstawione w odniesieniu do konieczności uniknięcia zagrożeń związanych z aplikacjami, które nie działają w ogóle lub nie działają prawidłowo na urządzeniach, na których aplikacje Google nie są preinstalowane. Użytkownicy i dostawcy aplikacji nie przypisują bowiem spółce Google ewentualnych wad lub zakłóceń w funkcjonowaniu aplikacji na tych urządzeniach.
- 875 Celem OZF nie jest jedynie zapewnienie kompatybilności i zachowanie integralności platformy Android, lecz służą również do przeciwdziałania negatywnym dla spółki Google skutkom konkurencji ze strony niekompatybilnych forków Androida. Tak wynika z wewnętrznych dokumentów spółki Google oraz z odpowiedzi na wezwania do udzielenia informacji.

c) Ocena Sądu

876 Zgodnie z orzecznictwem przypomnianym podczas badania części drugiej zarzutu drugiego zachowanie nie ma znamion nadużycia, jeżeli jest uzasadnione korzyściami pro-konkurencyjnymi lub służy uzasadnionym interesom. W szczególności przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może wykazać w tym celu albo że jego działanie jest obiektywnie konieczne, albo że skutki w postaci wykluczenia, które działanie to powoduje, mogą zostać zrównoważone, czy też mogą nad nimi przeważać korzyści pod względem efektywności, z których mają pożytek również konsumenci. W takiej sytuacji to do zainteresowanego przedsiębiorstwa należy wykazanie, że wzrost efektywności mogący wynikać z danego działania neutralizuje skutek w postaci wykluczenia, które ono za sobą pociąga, że dzięki temu zachowaniu był lub mógł być osiągnięty wzrost efektywności, że owo zachowanie jest niezbędne do osiągnięcia tych korzyści w postaci wzrostu efektywności i że nie wyklucza ono skutecznej konkurencji poprzez wyeliminowanie wszystkich lub większości źródeł rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 40–42 i cytowane tam orzecznictwo). To właśnie w świetle tych zasad należy ocenić przedstawione przez spółkę Google uzasadnienie.

1) W przedmiocie konieczności ochrony kompatybilności w ramach „ekosystemu Android” i zapobiegania „fragmentacji”

877 Spółka Google uważa, że sporne zachowanie jest konieczne w celu zapewnienia kompatybilności „ekosystemu Android”, zagrożonego fragmentacją. Chodzi jednak o dwa różne cele, które należy ocenić odrębnie.

878 Z jednej strony należy przypomnieć, że Komisja nie uznała w zaskarżonej decyzji, iż wprowadzenie zobowiązań mających na celu zapewnienie kompatybilności forków Androida, na których zainstalowano Play Store i Google Search, stanowiło naruszenie art. 102 TFUE. Należy również przypomnieć, że Komisja nie kwestionuje prawa spółki Google do ograniczenia możliwości instalacji pakietu GMS do urządzeń funkcjonujących pod kompatybilnymi forkami Androida. Komisja uznała jedynie, że znamiona nadużycia ma nałożony na producentów oryginalnych urządzeń, sprzedających urządzenia z zainstalowanym pakietem GMS, zakaz oferowania ponadto kanałów sprzedaży niekompatybilnych forków Androida. Stąd wniosek, że pierwsze z przedstawionych przez spółkę Google uzasadnień, a mianowicie konieczność zapewnienia kompatybilności w ramach „ekosystemu Android”, nie ma związku z drugim nadużyciem, a zatem jest pozbawione znaczenia w niniejszej sprawie.

879 Z drugiej strony spółka Google nie może uzasadniać pozbawienia, na podstawie UZF, niekompatybilnych forków Androida wszystkich kanałów sprzedaży z tego tylko powodu, że ryzyko „fragmentacji”, to znaczy rozmnożenia platform, które są między sobą niekompatybilne, będzie zagrożeniem dla przetrwania Androida. Spółka Google odsyła w tej kwestii do porażek, które stały się udziałem poprzednich systemów operacyjnych, dystrybuowanych, tak jak Android, w ramach modelu „open source”.

880 Tymczasem, bez konieczności rozstrzygania debaty między stronami na temat szkód lub korzyści, jakie fragmentacja mogłaby wyrządzić lub przynieść spółce Google i całej branży, wystarczy stwierdzić, że spółka Google nie podważa w sposób poważny dokonanych w zaskarżonej decyzji ustaleń w przedmiocie nie zrównanej siły rynkowej „ekosystemu Android”. Warto przypomnieć w tym względzie, że argumenty przedstawione na poparcie zarzutu pierwszego, dotyczące pozycji dominującej spółki Google na rynkach sklepów z aplikacjami i systemów operacyjnych, należy

oddalić. Ponadto spółka Google nie kwestionuje tego, że zajmuje pozycję dominującą na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych. Co więcej, zgodnie z zamieszczoną w zaskarżonej decyzji tabelą 1, której Google również nie kwestionuje, udział urządzeń funkcjonujących pod licencjonowanym systemem operacyjnym, sprzedawanych na świecie, z wyłączeniem Chin, przez producentów oryginalnych urządzeń związanych UZF wzrósł z [70–80]% w 2011 r. do [90–100]% w 2016 r. (motyw 167 zaskarżonej decyzji). Google nie kwestionuje również prawdziwości zawartych w zaskarżonej decyzji informacji znajdujących się na wykresie 16, zamieszczonym w decyzji, z których wynika, że liczba aplikacji dostępnych w Play Store osiągnęła 1 milion w 2013 r. i 2,8 miliona w 2017 r. (motyw 607 zaskarżonej decyzji). Nie można oczywiście wykluczyć, że sytuacja Androida w momencie jego wprowadzania mogła być zbliżona do sytuacji istniejących już systemów operacyjnych dystrybuowanych w modelu „open source”, takich jak Unix, Symbian i Linux. Jednakże wyjątkowo szybki rozwój „ekosystemu Android” od początku lat 2010-ych czyni mało wiarygodnymi twierdzenia spółki Google co do hipotetycznego ryzyka, że w okresie trwania naruszenia, zgodnie z tym, co opisuje, zagrożone było samo przetrwanie owego „ekosystemu”. Wynika z tego, że uzasadnienie to należy oddalić.

2) W przedmiocie konieczności ochrony reputacji

- 881 Po drugie, spółka Google podnosi, że chociaż OZF służyły w istocie do rozwiązywania problemów technicznych, których wpływ był znacznie poważniejszy, to były również niezbędne do ochrony jej reputacji.
- 882 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że Komisja nie uznała, iż OZF mają znamiona nadużycia w zakresie, w jakim mają one zastosowanie do urządzeń, na których zainstalowane są pakiety GMS, czyli aplikacje Google. Twierdzenia spółki Google dotyczące ochrony jej reputacji należy zatem zbadać jedynie w odniesieniu do przeszkody, jaką UZF stanowią dla niekompatybilnych forków Androida, na których instalację tych aplikacji spółka Google w każdym razie wykluczyła. Bezsporne jest bowiem, że spółka Google zastrzega prawo instalowania aplikacji na rzecz producentów oryginalnych urządzeń, którzy przestrzegają obowiązków technicznych określonych w DDK.
- 883 Następnie spółka Google kwestionuje zawartą w zaskarżonej decyzji ocenę, zgodnie z którą mogłaby zastosować środki umożliwiające wyeliminowanie wszelkich nieporozumień dotyczących pochodzenia handlowego urządzeń funkcjonujących pod kompatybilnymi forkami Androida, na przykład za pomocą rejestracji znaków towarowych, które zastrzegałyby dla nich nazwę „Android” (motywy 1172–1176 zaskarżonej decyzji). W tym względzie spółka Google ogranicza się do twierdzenia, że takie środki nie byłyby wystarczające, lecz nie przedstawia żadnego szczegółowego dowodu na poparcie tego twierdzenia. Nie można zatem wykazać nieskuteczności obrony przez spółkę Google jej praw własności intelektualnej w celu ochrony jej reputacji poprzez, przykładowo, zakazanie używania nazw „Google” i „Android” w odniesieniu do urządzeń funkcjonujących pod niekompatybilnymi forkami Androida, nienależącymi do „ekosystemu Android”. Takie zaś środki z pewnością w mniejszym stopniu ograniczają konkurencję, niż wykluczenie niekompatybilnych forków Androida, wynikające z UZF, które ma w związku z tym charakter nieproporcjonalny do podnoszonego celu.
- 884 Wreszcie spółka Google, aby uzasadnić omawiane naruszenie, wskazuje przede wszystkim na zagrożenia wynikające, jej zdaniem, z „fragmentacji”, polegające na tym, że zakłócenia wynikające z niekompatybilnych forków Androida rozlewają się na całość „ekosystemu”. Z powyższego wynika zaś (zob. pkt 879, 880 powyżej), że w niniejszej sprawie ryzyko rozprzestrzeniania się zakłóceń ze szkodą dla ekosystemu Android nie zostało wystarczająco wykazane.

3) W przedmiocie konieczności wyeliminowania niezasłużonych korzyści

885 Spółka Google podnosi, że OZF są niezbędne do ograniczenia niezasłużonych korzyści wynikających z udostępnienia jej technologii osobom trzecim. Jeśli chodzi o pozytywne efekty zewnętrzne, z których korzystają niekompatybilne forki Androida, są to zdaniem spółki Google, po pierwsze, niezasłużone korzyści finansowe, wynikające z obniżenia kosztów rozwoju w odniesieniu zarówno do systemów operacyjnych, jak i do aplikacji, a po drugie, niezasłużone korzyści techniczne, związane z transferem jej technologii (zob. podobnie wyrok z dnia 27 marca 2012 r., *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, pkt 41, 42).

886 W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja kwestionuje UZF jedynie w zakresie, w jakim zawierają one zobowiązania mające na celu pozabawienie niekompatybilnych forków Androida kanałów sprzedaży. Prawo przedsiębiorstwa do korzystania z osiągnięć gospodarczych związanych z usługami, które rozwija, nie może iść tak daleko, aby dać mu prawo do uniemożliwienia potencjalnym konkurentom istnienia na rynku. Należy ponadto zauważyć, jak czyni to Komisja (motywy 1177–1181 zaskarżonej decyzji), że możliwość korzystania przez osoby trzecie z technologii opracowanej przez spółkę Google jest nierozzerwalnie związana z podjętą przez to przedsiębiorstwo decyzją o ujawnieniu kodu źródłowego Androida a podstawie licencji AOSP. W związku z tym ewentualność, że konkurenci Google mogliby odnieść niezasłużone korzyści, nie może uzasadniać drugiego nadużycia.

4) W przedmiocie rozpoczęcia zachowania przed uzyskaniem pozycji dominującej i braku wprowadzenia w błąd

887 Po pierwsze, spółka Google nie podważa istotności uwag zawartych w zaskarżonej decyzji, zgodnie z którymi okoliczność, że sporne zachowanie rozpoczęło się przed uzyskaniem przez nią pozycji dominującej na rynkach sklepów z aplikacjami dla systemu Android i ogólnych wyszukiwarek internetowych, nie może uzasadniać drugiego nadużycia. Należy jedynie zauważyć w tym względzie, że Komisja nie nałożyła na spółkę Google sankcji za okres poprzedzający uzyskanie przez nią pozycji dominującej.

888 Po drugie, Komisja nie zarzuca spółce Google, że próbowała wprowadzić w błąd strony UZF lub osoby trzecie co do zakresu OZF, wobec czego argument spółki Google oparty na tym, że w żaden sposób nie wprowadzała nikogo w błąd, należy oddalić jako bezskuteczny.

5) W przedmiocie uwzględnienia prokonkurencyjnych skutków OZF

889 Spółka Google zarzuca Komisji, że nie wyważyła antykonkurencyjnych skutków OZF z ich skutkami prokonkurencyjnymi. W tym względzie należy przypomnieć, że Komisja nie kwestionuje tego, iż określone przez spółkę Google normy kompatybilności przyczyniły się do rozwoju „ekosystemu Android”. Komisja nie kwestionuje również tego, że kompatybilność wywołała skutki prokonkurencyjne, gdyż sprzyjała rozwojowi uczestników tego ekosystemu oraz ich wzajemnej konkurencji. Komisja nie uważa również, że spółka Google nie mogła wprowadzić norm mających zapewnić kompatybilność w ramach wspomnianego „ekosystemu”. Natomiast Komisja uznała, że ze względu na to, iż spółka Google nie uzasadniła obiektywnie przeszkód dla niekompatybilnych forków Androida wynikających z UZF, instytucja ta nie była zobowiązana do uwzględnienia prokonkurencyjnych skutków OZF (motyw 1183 zaskarżonej decyzji).

890 W tym względzie należy przede wszystkim przypomnieć, że Komisja uznaje postanowienia UZF za nadużycie jedynie w zakresie, w jakim zakazują one producentom oryginalnych urządzeń oferowania niekompatybilnym forkom Androida kanałów sprzedaży. Na potrzeby stosowania art. 102 TFUE przeszkodę ową należy zatem uznać za odrębną od obowiązków mających na celu zapewnienie kompatybilności kompatybilnych forków Androida oraz interoperacyjności w ramach „ekosystemu Android”, których skutki prokonkurencyjne nie są kwestionowane. Jak bowiem przypomniano powyżej, rozpatrywana przeszkoda wywołuje skutki poza ekosystemem Android, ponieważ dotyczy forków niekompatybilnych, na których zastrzeżone aplikacje spółki Google, takie jak pakiet GMS, nie mają być instalowane i w przypadku których nie ma potrzeby starania się o kompatybilność i interoperacyjność.

891 Przeszkody w rozwoju niekompatybilnych forków Androida nie można bowiem uznać za nieodzowną dla zdefiniowania norm kompatybilności mających zastosowanie w ramach „ekosystemu Android”. Z tego, że należy oddalić przedstawione przez spółkę Google uzasadnienie dotyczące konieczności zwalczania „fragmentacji”, wynika w szczególności, iż spółka Google nie wykazała, że nie była w stanie zapewnić przetrwania „ekosystemu Android” bez spornych warunków. W związku z tym wobec braku jakiegokolwiek koniecznego związku między wykluczeniem niekompatybilnych forków Androida, z jednej strony, a kompatybilnością w obrębie ekosystemu Android, który stanowi zresztą cel OZF, z drugiej strony, spółka Google nie ma podstaw, by twierdzić, że Komisja powinna była dokonać wyważenia, z jednej strony, prokonkurencyjnych skutków OZF w ramach ekosystemu Android, które wynikają dla uczestników tego ekosystemu z korzyści związanych z kompatybilnością, a z drugiej strony, ograniczeń konkurencji, które zachodzą poza tym ekosystemem, stanowiących, jak stwierdzono, drugie nadużycie.

4. Wniosek dotyczący oceny zarzutu czwartego

892 W rezultacie powyższych rozważań należy uznać, że antykonkurencyjny charakter wykluczenia niekompatybilnych forków Androida za pośrednictwem UZF został udowodniony. Zachowanie to pozbawiło wszelkich kanałów sprzedaży potencjalnych lub istniejących konkurentów spółki Google, wzmocniło pozycję dominującą Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych i hamowało nowatorstwo. Spółka Google nie wykazała ponadto, że wykluczenie niekompatybilnych forków Androida wynikające z UZF odpowiadało dozwolonemu celowi, ani nie udowodniła, że wykluczenie to niesie skutki prokonkurencyjne, które można przypisać temu przedsiębiorstwu.

893 Z powyższego wynika wreszcie, że wbrew temu, co twierdzi spółka Google, Komisja należycie uwzględniła właściwy kontekst gospodarczy i prawny oraz konkretne skutki wywołane przez drugie nadużycie. W związku z tym, po wystarczającym wykazaniu istnienia spornych ograniczeń i ich wpływu na konkurencję, Komisja nie była zobowiązana ponadto do przeprowadzenia, wbrew temu, co twierdzi spółka Google i popierający ją interwenienci, analizy scenariusza alternatywnego, mającego na celu ocenę hipotetycznych konsekwencji, jakie można by zaobserwować w braku drugiego nadużycia na rynkach sklepów z aplikacjami dla systemu Android oraz ogólnych wyszukiwarek internetowych, na których stwierdzono to nadużycie, a także na rynku licencjonowanych systemów operacyjnych, na których spółka Google również zajmuje pozycję dominującą.

894 Tym samym zarzut czwarty należy oddalić.

F. W przedmiocie zarzutu piątego, opartego na naruszeniu prawa do obrony

895 W zarzucie piątym, podzielonym na dwie części, spółka Google podnosi, że Komisja naruszyła jej prawo do obrony, nie przestrzegając, po pierwsze, przysługującego jej prawa do bycia wysłuchaną, a po drugie, przysługującego jej prawa dostępu do akt sprawy. Te uchybienia proceduralne unieważniają wnioski zawarte w zaskarżonej decyzji i uzasadniają stwierdzenie jej nieważności. W pierwszej kolejności należy rozpatrzyć drugą część zarzutu.

1. W przedmiocie części drugiej zarzutu piątego, dotyczącej naruszenia prawa dostępu do akt

a) Argumenty stron

896 Spółka Google twierdzi, że treść notatek dotyczących spotkań Komisji z osobami trzecimi, odnoszących się do przedmiotu dochodzenia, jest niewystarczająca i nie pozwala na zagwarantowanie jej prawa do obrony, a przynajmniej poszanowania zasady dobrej administracji. Notatki te sporządzano po fakcie, czasem wiele lat po odnośnym spotkaniu. Jedynie 3 z 35 notatek przedstawionych w tym względzie można uznać za kompletne. Pozostałe 32 są zbyt skrótowe i zwięzłe na tle wymogów dotyczących przesłuchania osoby trzeciej, ustanowionych w art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, w świetle, w szczególności, wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632).

897 Spółka Google krytykuje, w szczególności, niewystarczający charakter informacji przekazanych na temat spotkań z członkiem Komisji odpowiedzialnym za sprawy konkurencji lub członkiem jego gabinetu, a także anonimizację niektórych danych imiennych.

898 Z powodu zwięzłości przekazanych notatek, spółka Google nie mogła ustalić treści rozmów między Komisją i przesłuchanych osób trzecich, a także rodzaju informacji dostarczonych przy tej okazji. Powyższe naruszenie prawa do obrony jest istotne, w szczególności, w odniesieniu do przesłuchań dostawców aplikacji, którzy prawdopodobnie przedstawili oświadczenia łagodzące, nieodzwierciedlone jednak w notatkach przekazanych przez Komisję.

899 Komisja kwestionuje zasadność tej argumentacji.

900 Wskazuje na wstępie, że ma obowiązek sporządzania kompletnych sprawozdań ze spotkań z osobami trzecimi tylko wtedy, gdy dochodzi do „przesłuchania” w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003, czyli spotkania, którego przedmiotem jest zebranie informacji odnoszących się do dochodzenia. W przypadku spotkań innego rodzaju jest ona zobowiązana jedynie do sporządzenia krótkich notatek dotyczących wszelkich dowodów dostarczonych w trakcie danego spotkania, które zamierza wykorzystać w swojej decyzji, oraz dowodów potencjalnie korzystnych dostarczonych podczas spotkania, na podstawie których przedsiębiorstwo będące przedmiotem dochodzenia mogłoby podważyć wnioski wyciągnięte przez Komisję.

901 W tym kontekście Komisja podnosi, że spotkania z członkiem Komisji odpowiedzialnym za sprawy konkurencji i członkiem jego gabinetu nie służyły zebraniu informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia.

902 Jeśli chodzi o notatki dotyczące innych spotkań, Komisja podnosi, że dostarczyła wystarczająco dużo informacji na temat czasu i sposobu, w jaki przygotowała rzeczony notatki, w szczególności powodów, dla których pewne dane imienne ukryto.

b) Ocena Sądu

903 W ramach drugiej części zarzutu piątego spółka Google zarzuca Komisji zasadniczo, że przekazane przez tę instytucję notatki ze spotkań z osobami trzecimi nie pozwalają jej zapoznać się z treścią odbytych rozmów ani z charakterem dostarczonych informacji dotyczących tematów poruszanych na tychże spotkaniach, a w rezultacie w tym zakresie nie dają jej możliwości prawidłowego wykonywania jej prawa do obrony.

904 Z zaskarżonej decyzji wynika w istocie, że w dniu 15 września 2017 r., w następstwie wydania wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), spółka Google zwróciła się o wszystkie istotne dokumenty dotyczące spotkań, które Komisja ewentualnie odbyła ze stronami trzecimi (zob. motyw 30 zaskarżonej decyzji). Komisja odpowiedziała na ten wniosek w dniu 28 lutego 2018 r. (zob. motywy 33, 63 zaskarżonej decyzji).

905 Z zaskarżonej decyzji wynika również, że wraz z przekazaniem tych dokumentów Komisja zadeklarowała, iż nie posiada innych dokumentów odnoszących się do tych spotkań, niezależnie od tego, czy miały one charakter osobisty, czy telefoniczny (zob. motyw 64 zaskarżonej decyzji). Deklaracji tej nie považają żadne dokumenty należące do akt niniejszej sprawy.

906 Trzeba na wstępie przypomnieć, że prawo do obrony należy do praw podstawowych, stanowiących integralną część ogólnych zasad prawa, których poszanowanie zapewniają Sąd i Trybunał (zob. podobnie wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja, C-109/10 P, EU:C:2011:686, pkt 52).

907 Zgodnie z zasadą dobrej administracji do Komisji należy również dbałość o to, aby jej uregulowania wewnętrzne respektowały prawo do obrony.

908 W kontekście prawa konkurencji poszanowanie prawa do obrony oznacza, że każdy adresat decyzji stwierdzającej, iż dopuścił się on naruszenia reguł konkurencji, powinien mieć w trakcie postępowania administracyjnego możliwość przedstawienia w należyty sposób swego stanowiska w kwestii prawdziwości i znaczenia faktów i okoliczności, które są mu zarzucane, oraz w kwestii dokumentów, na których Komisja oparła swe twierdzenie o istnieniu tego naruszenia (wyroki: z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja, C-109/10 P, EU:C:2011:686, pkt 53; i z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja, C-152/19 P, EU:C:2021:238, pkt 106).

909 Prawo dostępu do akt wynikające z zasady poszanowania prawa do obrony oznacza, że Komisja powinna zapewnić zainteresowanemu przedsiębiorstwu możliwość zapoznania się z wszystkimi dokumentami znajdującymi się w aktach dochodzenia, które mogą mieć znaczenie dla jego obrony. Dokumenty te obejmują zarówno dokumenty obciążające, jak i odciążające, z zastrzeżeniem tajemnicy handlowej innych przedsiębiorstw, dokumentów wewnętrznych Komisji oraz innych poufnych informacji (wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 68; z dnia 12 lipca 2011 r., Toshiba/Komisja, T-113/07, EU:T:2011:343, pkt 41).

- 910 Ponadto należy też przypomnieć, że art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, na który powołuje się spółka Google, stanowi podstawę prawną uprawniającą Komisję do przeprowadzania przesłuchań z osobą fizyczną lub prawną w ramach dochodzenia (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 86).
- 911 Z brzmienia samego art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003 wynika, że przepis ten dąży do objęcia swoim zakresem zastosowania każdego przesłuchania mającego na celu zebranie informacji dotyczących przedmiotu dochodzenia. Żaden bowiem argument oparty na brzmieniu tego przepisu albo na realizowanym przez niego celu nie pozwala na wniosek, że prawodawca zamierzał wykluczyć z zakresu stosowania tego przepisu niektórych z tych rozmów (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 84, 87).
- 912 Gdy Komisja przeprowadza przesłuchanie na podstawie art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 w celu zebrania informacji dotyczących przedmiotu dochodzenia, na instytucji tej spoczywa obowiązek rejestrowania, w formie według jej wyboru, każdego przesłuchania. W tym względzie nie wystarcza, że Komisja przedstawi krótkie streszczenie tematów poruszanych w trakcie przesłuchania. Musi być w stanie przedstawić wskazówkę dotyczącą treści dyskusji odbytych w trakcie tego przesłuchania, w szczególności odnośnie do charakteru informacji, jakie dostarczono w trakcie tego przesłuchania na wskazane tematy (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 91, 92).
- 913 Wreszcie należy również zauważyć, że do naruszenia prawa do obrony dochodzi wówczas, gdy możliwe jest, że ze względu na nieprawidłowości proceduralne ze strony Komisji prowadzone przez nią postępowanie administracyjne mogło zakończyć się innym wynikiem. Skarżące przedsiębiorstwo wykazuje, że tego typu naruszenie miało miejsce, jeżeli wystarczająco udowodni nie to, że treść decyzji Komisji byłaby inna, lecz to, że gdyby ta nieprawidłowość proceduralna nie zaistniała, mogłoby lepiej zorganizować swoją obronę (wyroki: z dnia 2 października 2003 r., Thyssen Stahl/Komisja, C-194/99 P, EU:C:2003:527, pkt 31; z dnia 13 grudnia 2018 r., Deutsche Telekom/Komisja, T-827/14, EU:T:2018:930, pkt 129). Ocena poszanowania przez Komisję prawa do obrony powinna zostać dokonana na podstawie szczególnych okoliczności faktycznych i prawnych każdego przypadku (zob. podobnie wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., Komisja/RQ, C-831/18 P, EU:C:2020:481, pkt 107).
- 914 Argumenty stron dotyczące drugiej części piątego zarzutu należy zbadać właśnie w świetle tych zasad.
- 915 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o kwestię tego, czy wszystkie notatki dotyczące spotkań z osobami trzecimi dotyczyły przesłuchań w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003, w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd podczas rozprawy Komisja wyraźnie przyznała – co odnotowano w protokole – że 33 z 35 przekazanych spółce Google notatek dotyczyły przesłuchań w rozumieniu tego przepisu.
- 916 Zatem tylko w odniesieniu do dwóch spośród 35 spotkań, o których mowa w notatkach przekazanych spółce Google, a mianowicie obu spotkań, w których uczestniczył członek Komisji odpowiedzialny za sprawy konkurencji lub członek jego gabinetu, Komisja sprzeciwia się kwalifikacji jako przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003. Sprzeciw ów wynika z tego, że przedmiotem rzeczonych spotkań nie było zbieranie informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia.

- 917 Jednakże wbrew temu, co twierdzi Komisja, oba te spotkania należy również uznać w niniejszej sprawie za przesłuchania w rozumieniu art. 19 rozporządzenia nr 1/2003. Z przesłanych przez Komisję notatek dotyczących tych spotkań wynika bowiem, że odpowiadają one przesłuchaniom mającym na celu zebranie informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia.
- 918 Na przykład z pierwszej z tych notatek wynika, że w trakcie przesłuchania w dniu 2 lipca 2015 r. przedsiębiorstwo z tego sektora mogło przedstawić Komisji swoje poglądy na temat platform mobilnych, w tym Androida, oraz otoczenia konkurencyjnego, w którym rozwijały się jego aplikacje i usługi.
- 919 Podobnie, z drugiej z tych notatek wynika, że podczas spotkania w dniu 27 września 2017 r., ADA mógł przedstawić Komisji swoje stanowisko w sprawie dochodzenia, które stało się podstawą wydania zaskarżonej decyzji, w szczególności w odniesieniu do UZF, jak również przewidywanych rozwiązań stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji. We wspomnianej notatce stwierdza się również, że ADA potwierdził Komisji, iż wszystkie oświadczenia złożone przez ADA na tym przesłuchaniu zostały już przedstawione w dokumentach przesłanych tej instytucji.
- 920 Zatem fakt, że przesłuchania przez Komisję osób trzecich mogły przybrać formę spotkań z członkiem Komisji odpowiedzialnym za sprawy konkurencji lub członkiem jego gabinetu, nie może wyłączyć ich z zakresu stosowania art. 19 rozporządzenia 1/2003, ponieważ celem tych spotkań było zebranie informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia.
- 921 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o zgodność z art. 19 rozporządzenia nr 1/2003 notatek dotyczących przesłuchań przez Komisję osób trzecich w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia, należy zauważyć, że spółka Google twierdzi w istocie, iż notatki te zostały przedstawione po terminie i jednocześnie są one niekompletne.
- 922 Co do przedstawienia ich po terminie, należy zauważyć, że, spośród 35 notatek przekazanych Sądowi w załączniku do skargi, tylko trzy dotyczą przesłuchań, które miały miejsce po wydaniu wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632). Były to dwa przesłuchania ADA w dniach 18 i 27 września 2017 r. oraz jedno przesłuchanie BEUC w dniu 20 grudnia 2017 r. Pozostałe 32 przesłuchania odbyły się w okresie od 30 maja 2013 r. do 26 lipca 2017 r., z czego 21 przesłuchań miało miejsce w latach 2013–2015.
- 923 Opóźnienie w przekazaniu niektórych z tych notatek, w szczególności tych spośród nich, które sfinalizowano wiele lat po przesłuchaniu, którego dotyczyły, można w tym przypadku wytłumaczyć szczególnymi okolicznościami niniejszej sprawy.
- 924 Z akt wynika bowiem przede wszystkim, że w dniu 2 września 2016 r. spółka Google zwróciła się do Komisji o przekazanie jej notatek zawierających pełną treść wszystkich rozmów pomiędzy Komisją a osobami trzecimi, odnoszących się do przedmiotu dochodzenia. W odpowiedzi z dnia 22 września 2016 r., Komisja wskazała, że wniosek ów oddała, powołując się w tym względzie na orzecznictwo Sądu sprzed wyroku Trybunału z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), w tym w szczególności na wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Intel/Komisja (T-286/09, EU:T:2014:547, pkt 619 i cytowane orzecznictwo).

- 925 Z akt sprawy wynika również, że w dniu 15 września 2017 r. spółka Google ponowiła swój wniosek, powołując się przy tym na wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), i zawarte w nim wyjaśnienia dotyczące pojęcia przesłuchania mającego na celu zebranie informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia.
- 926 W odpowiedzi na ten wniosek Komisja wskazała w dniu 28 lutego 2018 r., że skontaktowała się ze wszystkimi osobami trzecimi, z którymi odbyła spotkania, w celu uzyskania ich zgody na ujawnienie treści rozmów, odzwierciedlonej w odnośnych notatkach. W związku z tym w przypadku 32 notatek, które dotyczą przesłuchań mających miejsce przed wydaniem wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2017:632), zostały one w istocie sfinalizowane w następstwie wniosku spółki Google złożonego w dniu 15 września 2017 r.
- 927 Wobec braku zrealizowanych w odpowiednim momencie rejestracji oświadczeń złożonych przez osoby trzecie podczas przesłuchań, Komisja starała się zatem – jak wyjaśnił urzędnik przeprowadzający spotkanie wyjaśniające w piśmie z dnia 30 kwietnia 2018 r. w odpowiedzi na pismo spółki Google w sprawie rozpatrywania jej wniosków o dostęp do akt – przygotować notatki bardziej szczegółowe, wymieniając w miarę możliwości odpowiednie materiały sprawy, które ujawniono już spółce Google, lub odtwarzając jak najdokładniej wspomnienia uczestników, w przypadku gdy takich materiałów nie można było zidentyfikować.
- 928 Jednak, jak argumentuje spółka Google, niektóre z otrzymanych przez nią notatek przygotowano nie natychmiast lub krótko po danym spotkaniu, ale w niektórych przypadkach wiele lat później. W związku z tym dużą część notatek dotyczących spotkań z osobami trzecimi można uznać za przekazaną z opóźnieniem.
- 929 Jeśli chodzi o niekompletność, należy wskazać, że spółka Google uważa, iż tylko 3 z 35 notatek przekazanych przez Komisję spełniają wymogi art. 19 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 dotyczące przesłuchania w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia. Chodzi tu o notatki z przesłuchania przedsiębiorstwa z branży w dniu 26 stycznia 2015 r., przesłuchania w dniu 28 maja 2015 r. przedsiębiorstwa, którego nazwy nie ujawniono spółce Google, oraz przesłuchania ADA w dniu 18 września 2017 r.
- 930 W odniesieniu do pozostałych 32 notatek należy uznać, jak twierdzi Google, że są one zbyt skrótowe, aby mogły stanowić rejestrację przesłuchania mającego na celu zebranie informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia zgodnie z wymogami art. 19 ust. 1 rozporządzenia 1/2003. W szczególności, o ile notatki te pozwalają na poznanie ogólnej treści rozmów prowadzonych podczas tych przesłuchań, o tyle same w sobie są zbyt mało precyzyjne lub niewystarczająco szczegółowe w odniesieniu do dokładnej treści tych rozmów i charakteru informacji, które osoby trzecie przekazały podczas przesłuchań.
- 931 W związku z tym, w świetle zauważonego już powyżej opóźnienia, 32 notatki wysłane w lutym 2018 r., należy uznać – jak wskazuje spółka Google – za zbyt skrótowe. Odtwarzanie a posteriori treści przesłuchań, które Komisja przeprowadziła z osobami trzecimi w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia, czy też poczynionych następnie odniesień do wcześniejszych lub późniejszych dokumentów znajdujących się w aktach dochodzenia, dotyczących tych przesłuchań, nie wystarcza zatem do sanacji braku właściwej rejestracji nagrania.

- 932 Z powyższego wynika, że znaczna część notatek przekazanych przez Komisję w dniu 28 lutego 2018 r. została sporządzona zbyt późno i jest zbyt skrótowa, aby notatki te mogły stanowić rejestrację przesłuchania w rozumieniu art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.
- 933 W przyszłości byłoby użyteczne i właściwe, aby rejestracja każdej rozmowy, jaką odbywa Komisja z osobą trzecią w celu zebrania informacji odnoszących się do przedmiotu dochodzenia, była dokonywana lub zatwierdzana w momencie przesłuchania lub krótko po nim tak, aby jak najszybciej trafiła do akt, umożliwiając oskarżonemu zapoznanie się z nimi w odpowiednim czasie w celu skorzystania z prawa do obrony.
- 934 W trzeciej kolejności, co się tyczy konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z tych nieprawidłowości proceduralnych dotyczących rejestracji przesłuchań osób trzecich w rozumieniu art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003, należy ustalić, czy, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności faktyczne i prawne niniejszej sprawy, spółka Google dostatecznie dowiodła, że w braku wspomnianej nieprawidłowości mogłaby lepiej zorganizować swoją obronę. W braku takiego dowodu nie można natomiast wykazać, że doszło do jakiegokolwiek naruszenia jej prawa do obrony.
- 935 Dowód taki należy uznać za przeprowadzony, gdy nie daje się ustalić treści nieujawnionych dowodów, lub też nie jest ona w ogóle możliwa do ustalenia. W takim przypadku nie można wymagać od przedsiębiorstwa niemożliwego do przeprowadzenia dowodu na treść danego dokumentu, w szczególności istnienia nieujawnionych dowodów obciążających lub łagodzących. Przedsiębiorstwo może zatem ograniczyć się do wskazania jedynie możliwości, że nieujawnione informacje mogły być przydatne do jego obrony (zob. podobnie wyrok z dnia 25 października 2011 r., Solvay/Komisja, C-110/10 P, EU:C:2011:687, pkt 59–62).
- 936 Natomiast jeżeli treść dowodów, do których dostęp został ograniczony, jest lub może zostać ustalona później, przedsiębiorstwo nie może zostać zwolnione z obowiązku przedstawienia dowodu, że nie miało dostępu do dowodów obciążających lub łagodzących, a także – konsekwencji, jakie należy z tego wyciągnąć w świetle jego prawa do obrony. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy przedsiębiorstwo to dysponuje poszlakami dowodowymi co do autorów, a także rodzaju i treści nieujawnionych mu dokumentów (zob. podobnie opinię rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Solvay/Komisja, C-110/10 P, EU:C:2011:257, pkt 37).
- 937 Natomiast w przypadku nieujawnionych dowodów obciążających, dla zainteresowanego przedsiębiorstwa ważne jest wykazanie, że, gdyby doszło do ujawnienia dowodów obciążających, postępowanie mogło doprowadzić do odmiennego rezultatu (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 stycznia 2004 r., Aalborg Portland i in./Komisja, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, pkt 71, 73; z dnia 12 lipca 2011 r., Toshiba/Komisja, T-113/07, EU:T:2011:343, pkt 46).
- 938 Jeśli chodzi o dowody łagodzące, zainteresowane przedsiębiorstwo ma zatem obowiązek wykazania, że mogło wykorzystać te dowody w obronie na swoją korzyść, to znaczy, że jeśli miałyby możliwość powołać się na nie w postępowaniu administracyjnym, to mogłoby wskazać elementy, które nie były zgodne z wnioskami wyprowadzonymi na tym etapie przez Komisję, a w konsekwencji mogłoby w jakikolwiek sposób wpłynąć na ocenę dokonaną przez Komisję w jej decyzji. Z powyższego wynika, że to na zainteresowanym przedsiębiorstwie ciąży, z jednej strony, obowiązek wykazania, iż nie miało dostępu do niektórych dowodów odciążających i, z drugiej strony, że mogłoby je wykorzystać w swej obronie (wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 97, 98).

- 939 W niniejszej sprawie spółka Google nie wykazała jednak, że, w braku wspomnianych wyżej nieprawidłowości proceduralnych, polegających na nieprzedstawieniu w terminie przekazanych notatek i ich niekompletnym charakterze, które kwestionuje, byłaby w stanie lepiej się bronić.
- 940 Spółka Google ogranicza się bowiem do stwierdzenia w sposób ogólny, że protokół odzwierciedlający wiernie treść rozmów prowadzonych z osobami trzecimi dostarczyłby jej wyjaśnień i elementów kontekstu odnoszących się do dokumentów znajdujących się w aktach dochodzenia, na których oparła się Komisja.
- 941 Po pierwsze jednak, jeśli chodzi o możliwość ustalenia a posteriori, czy dowody nie zostały ujawnione, należy przypomnieć, że, w braku rejestracji przesłuchań, Komisja podjęła jednak próbę odtworzenia ich treści w celu umożliwienia spółce Google skorzystania z prawa do obrony.
- 942 Należy zatem zauważyć, że, w ramach uwag przedstawionych w dniu 28 lutego 2018 r. w odpowiedzi na wniosek Google, Komisja wskazała, że nie wykorzystała żadnej z przekazanych notatek jako dowodu obciążającego, czy to w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, czy w pierwszym piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne, a także, że przekazała spółce Google wszystkie potencjalnie łagodzące dowody przedstawione na każdym z tych spotkań, tak aby spółka ta mogła je wykorzystać do obrony.
- 943 Z analizy zaskarżonej decyzji oraz akt znanych Sądowi z racji niniejszego postępowania nie wynika, aby w aktach tych znajdowało się cokolwiek, co mogłoby podważyć zapewnienia Komisji w tym względzie.
- 944 Po drugie, należy zauważyć, że w przypadku 26 z 32 notatek, których kompletność kwestionuje Google, stwierdza się, że treść rozmów prowadzonych podczas tych spotkań można odnaleźć w całości w konkretnych dokumentach znajdujących się w aktach dochodzenia, do których spółka Google miała dostęp, jak przyznała w odpowiedzi na pytanie Sądu. Ponadto w 24 z tych 26 notatek wskazano, że Komisja uzyskała potwierdzenie treści notatki u przesłuchanej osoby trzeciej, co potwierdza istotność i wyczerpujący charakter odesłań do innych dokumentów znajdujących się w aktach sprawy. W odniesieniu do dwóch notatek, których treści nie można było zatwierdzić u przesłuchanej strony trzeciej, podano następujące wyjaśnienie: pierwsza z tych stron trzecich już nie istnieje, a druga nie odpowiedziała na wielokrotne próby Komisji o zatwierdzenie.
- 945 W tych okolicznościach należy uznać, że, pomimo nieprawidłowości proceduralnych dotyczących rejestracji przesłuchań, spółka Google była w stanie uzyskać od Komisji wskazówki na temat treści rozmów prowadzonych w trakcie tych przesłuchań, w szczególności na temat charakteru przekazywanych przy tych okazjach informacji dotyczących omawianych tematów.
- 946 W świetle wskazówek przekazanych przez Komisję i tego, co można z nich wywnioskować na potrzeby oceny treści przesłuchań, spółka Google nie przedstawia żadnego szczegółowego argumentu, który umożliwiłby zrozumienie, w jaki sposób mogłaby się lepiej bronić, w tym w odniesieniu do przesłuchań obu osób trzecich, w przypadku których nie można było uzyskać zatwierdzenia treści odnośnych notatek.
- 947 Po trzecie, co się tyczy sześciu pozostałych notatek, w których odtworzono treść rozmów w sposób skrótowy i nie zawarto w nich odesłania do żadnego dokumentu, który znajdowałby się w aktach dochodzenia i pozwalałby na uzupełnienie ich treści, należy wskazać, co następuje.

- 948 Pierwsza w porządku chronologicznym notatka dotyczy przesłuchania, należącego do tej samej branży przedsiębiorstwa, które odbyło się w dniu 2 lipca 2015 r. Przy tej okazji rzeczone przedsiębiorstwo mogło przedstawić Komisji swoje poglądy na temat platform mobilnych, w tym Androida, oraz otoczenia konkurencyjnego, w którym rozwijały się jego aplikacje i usługi.
- 949 Mimo tego, że w notatce tej nie powołano się na żadne dokumenty z akt sprawy, spółka Google mogła zestawić ją z informacjami przekazanymi w związku z dwoma innymi przesłuchaniami tego samego przedsiębiorstwa, które odbyły się w dniach 10 grudnia 2014 r. i 12 stycznia 2016 r. i dotyczyły tego samego tematu. Natomiast przesłane spółce Google notatki dotyczące tych przesłuchań, które wspomniane przedsiębiorstwo zatwierdziło, odnoszą się do dokumentów znajdujących się w aktach dochodzenia, zawierających treść rozmów, które miały miejsce przy tych okazjach, a więc zarówno przed wspomnianym przesłuchaniem, jak i po nim. Spółka Google знаła zatem stanowisko, jakie zajęło to przedsiębiorstwa w trakcie dochodzenia.
- 950 W tych okolicznościach spółka Google nie przedstawia jednak żadnych szczegółowych argumentów, które pozwoliłyby zrozumieć, w jaki sposób mogłaby lepiej bronić się w niniejszej sprawie.
- 951 Druga notatka dotyczy przesłuchania przeprowadzonego w dniu 15 lipca 2015 r. z dostawcą usług bezpieczeństwa, którego nazwy spółce Google nie ujawniono. Przesłuchanie to przysporzyło okazji, jak wyjaśnia Komisja w swojej notatce, potwierdzonej przez wspomniane przedsiębiorstwo, do dyskusji nad dynamiką rynku w odniesieniu do systemu operacyjnego Android. Jak wynika jednak z treści owej notatki, wątpliwości wyrażone podczas tego przesłuchania dotyczyły głównie rozwiązań w zakresie bezpieczeństwa, czyli aspektu sprawy, który nie został poruszony w zaskarżonej decyzji, nie zaś – spornych ograniczeń analizowanych w ramach różnego rodzaju nadużyć, które brała pod uwagę Komisja.
- 952 Podobnie trzecia notatka dotyczyła przesłuchania dostawcy usług płatniczych w dniu 28 października 2015 r. Przy tej okazji dostawca ów mógł przedstawić Komisji swoje poglądy na temat dynamiki rynku urządzeń mobilnych i ich aplikacji w zakresie systemów płatności mobilnych. Jest to kolejny aspekt sprawy, którego zaskarżona decyzja nie porusza.
- 953 W każdym razie, pomijając brak dowodu na związek między tymi przesłuchaniami a nadużyciami zarzucanymi w zaskarżonej decyzji, należy zauważyć, że spółka Google nie przedstawiła żadnego szczegółowego argumentu wyjaśniającego, dlaczego mogłaby lepiej bronić się w niniejszej sprawie, gdyby nie uchybienia proceduralne dotyczące rejestracji tych dwóch spotkań w rozumieniu art. 19 ust. 1 rozporządzenia nr 1/2003.
- 954 Notatki czwarta i piąta dotyczą dwóch przesłuchań BEUC w dnia 1 lutego i 20 grudnia 2017 r. Celem tych spotkań było uzyskanie przez BEUC od Komisji informacji na temat postępów dochodzenia. Zatem sam przedmiot tych spotkań, jak również ich streszczenie zatwierdzone przez BEUC, pozwalają racjonalnie wykluczyć możliwość zatajenia dowodów przez Komisję.
- 955 Szósta i ostatnia notatka dotyczy oświadczeń złożonych przez ADA, czyli podmiot interweniujący po stronie spółki Google w toku postępowania administracyjnego, przy okazji przesłuchania mającego miejsce w dniu 27 września 2017 r. Z notatki tej, którą sformułowano w sposób ogólny, jasno wynika, że ADA nie widzi żadnego powodu, aby wymagać od spółki Google zmiany swego zachowania. Ponadto przedstawiciel ADA potwierdził w rzeczony notatce, że dyskusja dotyczyła informacji przekazanych już Komisji przez ADA. W tym względzie należy zauważyć, że spółka Google nie twierdzi, iż nie miała dostępu do wszystkich dokumentów w aktach postępowania

przedłożonych przez ADA w trakcie postępowania administracyjnego. Okoliczności te, w połączeniu z obecnością ADA interweniującego na rzecz Google w odniesieniu do niniejszej skargi i brakiem jakichkolwiek uwag z jego strony w tym zakresie, pozwalają Sądowi wykluczyć możliwość, że Komisja zataiła dowody.

- 956 W tym względzie argument spółki Google przedstawiony w skardze, że jest prawdopodobne, iż podczas różnych rozmów z Komisją twórcy aplikacji złożyli oświadczenia łagodzące, które nie trafiły do przedłożonych notatek, nie jest przekonujący. W istocie, biorąc pod uwagę interwencję ADA na rzecz Google w ramach niniejszej skargi oraz liczne możliwości, jakie zarówno ta strona, jak i spółka Google otrzymały w celu wyjaśnienia, jakie mogły być deklaracje, które nie zostały zgłoszone przez Komisję, należy uznać, że hipotezy tej nie udowodniono.
- 957 Z powyższego wynika, że w świetle elementów przedstawionych w zaskarżonej decyzji i wskazówek przekazanych spółce Google przez Komisję w toku postępowania administracyjnego, nie ma powodu, aby uznać, że skrótowy charakter notatek dotyczących przesłuchań osób trzecich i w większości przypadków ich późne sporządzenie pozbawiło spółkę Google dostępu do dowodów, czy to obciążających, czy łagodzących, które mogłyby umożliwić jej lepszą obronę.
- 958 W konsekwencji uchybienia proceduralne polegające na braku wiernego zaprotokołowania przesłuchań osób trzecich, przeprowadzonych przez Komisję, nie mogły w szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy prowadzić do naruszenia przysługującego Google prawa do obrony.
- 959 Wniosku tego nie podważa skądinąd anonimowość przyznana przez Komisję niektórym osobom trzecim. Należy bowiem przypomnieć, że na podstawie art. 27 rozporządzenia nr 1/2003 prawo dostępu do akt sprawy nie obejmuje informacji poufnych, do których mogą należeć, w zależności od okoliczności niniejszej sprawy, dane osobowe przesłuchanych przedstawicieli spółek, a nawet nazwy spółek, w celu uniknięcia ewentualnych represji. W niniejszym przypadku z akt sprawy nie wynika, jakoby anonimowość przyznana przez Komisję, roztrząsana przed urzędnikiem przeprowadzającym spotkanie wyjaśniające, nie była owocem prawidłowego wyważenia dwóch sprzecznych interesów, czyli interesu przesłuchiwanego przedsiębiorstwa (lub jego przedstawicieli) związanego z anonimowością, i interesu spółki Google polegającego na uzyskaniu wystarczających informacji dotyczących przeprowadzonych rozmów.
- 960 Również argumenty dotyczące nieprzestrzegania przez Komisję zasady dobrej administracji, jej podręcznika procedur wewnętrznych oraz komunikatu z dnia 20 października 2011 r. należy oddalić jako nieistotne dla sprawy. Ponieważ Sąd stwierdził powyżej, że uchybienie proceduralne związane z treścią omawianych notatek nie stanowi w niniejszym przypadku naruszenia prawa do obrony spółki Google, stwierdzenie dodatkowej nieprawidłowości proceduralnej, nawet przyznanej, w związku ze sporządzaniem tych notatek i ich przekazaniem spółce Google, pozostaje bez znaczenia dla kwestii tego, czy w braku wspomnianej nieprawidłowości proceduralnej spółka Google byłaby w stanie lepiej zorganizować swoją obronę.
- 961 W konsekwencji drugą część zarzutu należy oddalić jako bezzasadną.

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącej odmowy przesłuchania ustnego w przedmiocie testu AEC

a) Argumenty stron

- 962 Spółka Google utrzymuje, że zamiast wysyłać do niej pisma przedstawiające okoliczności faktyczne, Komisja powinna była wydać jedno lub kilka uzupełniających pism w sprawie przedstawienia zarzutów i przyznać jej w ten sposób ponownie prawo do przesłuchania ustnego. Przesłuchanie to powinno było dotyczyć istotnych aspektów sprawy w odniesieniu do PPP dla portfela i testu AEC. W tym względzie nie można uznać, że spółka Google zrezygnowała z przesłuchania ustnego już na etapie pisma w sprawie przedstawienia zarzutów lub że pisma przedstawiające okoliczności faktyczne jedynie uszczegóławiały wstępną ocenę zawartą w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 963 Komisja podnosi, że spółka Google zrzekła się prawa do przesłuchania ustnego po otrzymaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, a ponieważ pisma przedstawiające okoliczności faktyczne nie zawierały nowych zarzutów, instytucja ta nie musiała przekazywać uzupełniającego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Pisma przedstawiające okoliczności faktyczne dotyczyły zachowania, w odniesieniu do którego spółka Google miała już możliwość przedstawienia swoich uwag. Komisja nie była zatem zobowiązana do ponownego przyznania spółce Google prawa do przesłuchania ustnego.

b) Ocena Sądu

- 964 Tytułem wstępu należy zauważyć, że w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd podczas rozprawy spółka Google wyraźnie przyznała – co odnotowano w protokole z rozprawy – że każde stwierdzenie naruszenia jej prawa do obrony w ramach pierwszej części zarzutu piątego może prowadzić jedynie do stwierdzenia nieważności części zaskarżonej decyzji dotyczącej nadużycia wynikającego z PPP dla portfela.
- 965 Pierwsza część zarzutu piątego stanowi bowiem aspekt proceduralny trzeciego zarzutu skargi, za pomocą którego spółka Google kwestionuje zasadność uzasadnienia zaskarżonej decyzji odnoszącego się do charakteru nadużycia, jakim odznaczały się PPP dla portfela. Spółka Google twierdzi zatem, że Komisja w toku postępowania administracyjnego naruszyła przysługujące jej prawo do obrony, ponieważ nie dała jej możliwości ustnego wypowiedzenia się we właściwym czasie na temat istotnych elementów konkurencyjnej analizy PPP dla portfela, w szczególności testu AEC.
- 966 Należy przypomnieć, że przestrzeganie prawa do obrony stanowi ogólną zasadę prawa Unii, która powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję, która wiąże się z niekorzystnymi dla niej skutkami (wyrok z dnia 16 stycznia 2019 r., Komisja/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, pkt 28).
- 967 Zasadę tę zapisano w szczególności w art. 10 rozporządzenia Komisji (WE) nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszącego się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z [101 TFUE] i [102 TFUE] (Dz.U. 2004, L 123, s. 184; polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 3, s. 81). Artykuł ten wymaga od Komisji, po pierwsze, by na piśmie poinformowała zainteresowane

przedsiębiorstwo o podniesionych wobec niego zarzutach, a po drugie, aby umożliwiła temu przedsiębiorstwu poinformowanie jej na piśmie o swoim stanowisku w przedmiocie tych zarzutów.

- 968 Artykuł 12 rozporządzenia nr 773/2004 uściśla również, że w swoich uwagach na piśmie przedsiębiorstwo będące adresatem pisma w sprawie przedstawienia zarzutów może zwrócić się do Komisji o przeprowadzenie przesłuchania ustnego, aby przedstawić swoje argumenty ustnie.
- 969 Tymczasem w niniejszej sprawie w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów z dnia 23 grudnia 2016 r. spółka Google wskazała, że zrzeka się swojego prawa do przesłuchania ustnego („We therefore declined our right to such a hearing”). W odpowiedzi tej spółka Google wskazała zasadniczo, że brak jej czasu na skuteczne przygotowanie przesłuchania w pomieszczeniach Komisji, i to w pilących terminach.
- 970 Dokładniej rzecz ujmując, spółka Google podkreśliła, że ze względu na otrzymanie na mniej niż trzy tygodnie przed ostatecznym terminem wysłania jej uwag do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, wyznaczonym na dzień 23 grudnia 2016 r., prawie 60 dokumentów z akt dochodzenia, a jeden dzień przed upływem terminu ostatecznego dwóch dokumentów, z których jeden, szczególnie ważny, dotyczył preinstalowania konkurencyjnej ogólnej wyszukiwarki internetowej na urządzeniach Android, nie była w stanie przedyskutować we właściwym czasie możliwości skorzystania z przesłuchania ustnego. Zdaniem spółki Google, zrzeczenie się przysługującego jej prawa do przesłuchania ustnego było tym bardziej wymuszone, że urzędnik przeprowadzający spotkanie wyjaśniające poinformował spółkę Google, iż będzie ono miało miejsce pod koniec stycznia 2017 r., pozostawiając Google i jej pełnomocnikom jedynie jeden miesiąc na przygotowanie przesłuchania, i to w okresie intensywnej działalności.
- 971 W związku z tym, niezależnie od wskazanych przez spółkę Google trudności w podjęciu w tym konkretnym kontekście i na tym etapie dochodzenia decyzji co do użyteczności przeprowadzenia przesłuchania, spółka Google nie może zarzucać Komisji, że nie zorganizowała przesłuchania ustnego po przesłaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 972 Powstaje zatem pytanie, czy po zrzeczeniu się prawa do przesłuchania ustnego w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w dniu 23 grudnia 2016 r. spółka Google mogła nadal powołać się na konieczność przestrzegania przysługującego jej prawa do obrony, aby skłonić Komisję do przeprowadzenia przesłuchania ustnego w maju 2018 r., czyli szesnaście miesięcy później.
- 973 W świetle przepisów materialnych dotyczących wykonywania prawa do obrony okazuje się bowiem, że przedsiębiorstwo może na podstawie art. 12 rozporządzenia nr 773/2004 uzyskać prawo do ponownego przesłuchania ustnego, w przypadku gdy Komisja wyda uzupełniające pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 974 Z art. 11 rozporządzenia nr 773/2004 wynika w istocie, że Komisja w swoich decyzjach rozpatruje wyłącznie zarzuty, w stosunku do których zainteresowane przedsiębiorstwo miało możliwość wypowiedzenia się. Nowy zarzut wymaga zatem ponownego przyznania zainteresowanemu przedsiębiorstwu możliwości przedstawienia uwag na piśmie i żądania przeprowadzenia przesłuchania ustnego w celu przedstawienia argumentów.

- 975 Jednakże w niniejszym przypadku pomiędzy odpowiedzią na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów z dnia 23 grudnia 2016 r. a zaskarżoną decyzją z dnia 18 lipca 2018 r. Komisja nie wydała uzupełniającego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Niezależnie od różnych środków, które Komisja przyjęła w następstwie odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów w celu umożliwienia spółce Google dostępu do akt sprawy, a w szczególności do dowodów uzyskanych później, Komisja postanowiła raczej kierować do spółki Google pisma przedstawiające okoliczności faktyczne.
- 976 Tak więc Komisja skierowała do spółki Google dwa pisma przedstawiające okoliczności faktyczne: jedno w dniu 31 sierpnia 2017 r., a drugie w dniu 11 kwietnia 2018 r., co do których spółka Google przedstawiła swoje uwagi na piśmie, odpowiednio, w dniach 23 października 2017 r. i 7 maja 2018 r. Taka procedura wyklucza, zdaniem Komisji, jakiegokolwiek prawo Google do przeprowadzenia nowego przesłuchania ustnego i uzasadniała oddalenie w dniu 18 maja 2018 r. przez urzędnika przeprowadzającego spotkanie wyjaśniające wniosku złożonego w tym zakresie przez spółkę Google w dniu 7 maja 2018 r.
- 977 W tym względzie należy przypomnieć, że pismo w sprawie przedstawienia zarzutów stanowi proceduralny akt przygotowawczy w stosunku do decyzji, która stanowi ostatni koniec postępowania administracyjnego. W konsekwencji, do momentu wydania decyzji końcowej Komisja może, w szczególności w świetle zgłoszonych przez strony uwag na piśmie lub ustnych, zrezygnować albo z części, albo nawet z całości zarzutów pierwotnie sformułowanych względem tych stron i w ten sposób zmodyfikować swoje stanowisko na ich korzyść, albo na odwrót – postanowić o dodaniu nowych zarzutów, pod warunkiem, że stworzy ona przedsiębiorstwu, których dotyczy postępowanie, okazję do przedstawienia ich stanowiska na ten temat (wyrok z dnia 27 czerwca 2012 r., Microsoft/Komisja, T-167/08, EU:T:2012:323, pkt 184).
- 978 Podanie do wiadomości zainteresowanych uzupełnienia zarzutów jest konieczne jedynie w przypadku, gdy wynik przeprowadzonego badania spowoduje wzięcie przez Komisję pod uwagę nowych przemawiających przeciwko odnośnemu przedsiębiorstwu okoliczności lub też istotną zmianę dotyczącą zarzucanych naruszeń materiału dowodowego, a nie wówczas, gdy Komisja wypełni swój obowiązek porzucenia zarzutów, które w świetle odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów okazały się nieuzasadnione (wyrok z dnia 27 czerwca 2012 r., Microsoft/Komisja, T-167/08, EU:T:2012:323, pkt 191 i cytowane tam orzecznictwo).
- 979 Natomiast z perspektywy pkt 111 zawiadomienia Komisji z dnia 20 października 2011 r. w sprawie najlepszych praktyk w zakresie prowadzenia postępowań w związku z art. 101 i 102 TFUE (Dz.U. 2011, C 308, s. 6), na które można powołać się wobec Komisji, przyjęcie prostego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne jest uzasadnione jedynie w przypadku, gdy Komisja zamierza oprzeć się na nowych dowodach potwierdzających zarzuty już uzasadnione w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów. W celu zachowania kontradiktoryjności Komisja podaje nowe informacje do wiadomości przedsiębiorstwa, którego praktyki są przedmiotem dochodzenia, i uzyskuje w wyznaczonym przez nią terminie jego uwagi na piśmie. Punkt 111 rzeczonego zawiadomienia Komisji nie mówi nic o możliwości przedstawienia również uwag ustnych.
- 980 Sąd powinien zatem zbadać, czy decyzja Komisji o wykorzystaniu pism przedstawiających okoliczności faktyczne i późniejsza decyzja urzędnika przeprowadzającego spotkanie wyjaśniające o odmówieniu spółce Google przeprowadzenia przesłuchania ustnego, które umożliwiłoby jej

przedstawienie ustnie uwag w przedmiocie nowych dowodów wskazanych przez Komisję, nie stanowi naruszenia prawa do obrony tego przedsiębiorstwa w ramach postępowania karnego mającego na celu ukaranie za nadużycie pozycji dominującej.

- 981 W niniejszej sprawie, choć pisma przedstawiające okoliczności faktyczne formalnie nie dodają żadnego zarzutu do zawartych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, ponieważ w dalszym ciągu chodzi o te same praktyki stanowiące nadużycie, wskazane przez Komisję w rzeczonym piśmie, należy stwierdzić, że w rzeczywistości pisma przedstawiające okoliczności faktyczne w istotny sposób uzupełniają treść i zakres zarzutu dotyczącego charakteru nadużycia, jakim odznaczały się PPP dla portfela, który nie został wystarczająco uzasadniony w ramach pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, a zatem zmieniają znacznie dowody na popełnienie zarzucanych naruszeń.
- 982 Dotyczy to w szczególności testu AEC, który w niniejszej sprawie miał realne znaczenie przy dokonywaniu przez Komisję oceny zdolności PPP dla portfela do wywołania skutku w postaci wykluczenia równie skutecznych konkurentów (zob. podobnie wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja, C-413/14 P, EU:C:2017:632, pkt 143).
- 983 Chociaż pkt 718–722 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów zawierały bowiem jedynie pobieżną analizę zdolności konkurentów do dorównania wypłatom dokonywanym przez spółkę Google z tytułu PPP dla portfela, to dopiero z pism przedstawiających okoliczności faktyczne, z których ostatecznie przekazano 3 miesiące przed wydaniem zaskarżonej decyzji, spółka Google mogła dowiedzieć się w pełni o treści i sposobie rozumowania przyjętym w niniejszej sprawie przez Komisję. Analizę ilościową zdolności konkurentów do dorównania wypłatom dokonywanym przez spółkę Google z tytułu PPP dla portfela, znajdującą się w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów, można było zrozumieć wyłącznie w świetle łącznej lektury pierwszego i drugiego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne.
- 984 Przesłane osiem miesięcy po wydaniu pisma w sprawie przedstawienia zarzutów pierwsze pismo przedstawiające okoliczności faktyczne uzasadnia analizę ilościową, jednocześnie zmieniając w sposób dogłębny podejście przyjęte tymczasowo w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 985 W tym ostatecznym piśmie Komisja skupiła całość swojej analizy na dwóch elementach, a mianowicie na braku możliwości zdobycia przez konkurenta ponad 5% części ogólnej liczby wyszukiwań na urządzeniach mobilnych ze względu na odsetek poleceń wyszukiwania przejmowanych przez spółkę Google w latach 2012–2015 oraz na zakładanym obowiązku nieustawiania w sposób domyślny konkurencyjnych wyszukiwarek w przeglądarkach osób trzecich, wynikającym z UDAM.
- 986 Tymczasem w pierwszym piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne Komisja przyjęła mniejsze znaczenie nałożonego w UDAM obowiązku domyślnego definiowania ogólnych wyszukiwarek internetowych Google w przeglądarkach osób trzecich. Komisja sformułowała po raz pierwszy hipotezę odzwierciedloną w motywie 1234 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którą konkurent co najmniej równie efektywny jak Google nie mógłby liczyć na zdobycie na urządzeniach mobilnych więcej niż 12% poleceń wyszukiwania ogólnego. Wychodząc z tego nowego założenia, Komisja uznała, że aplikacja konkurencyjna wobec Google Search może odbierać jej co najwyżej [0–10]% poleceń wyszukiwania wykonywanych przez użytkowników za pośrednictwem Google Search.

- 987 Pierwsze pismo przedstawiające okoliczności faktyczne zmienia podejście przyjęte tymczasowo w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów tym głębiej, że w kwestii zdolności konkurenta do dorównania wypłatom dokonywanym przez spółkę Google z tytułu PPP dla portfela, Komisja dochodzi do wniosków zdecydowanie bardziej złożonych niż wniosek, który przewidziała pierwotnie.
- 988 Podczas gdy w treści pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja podkreśliła, że konkurent powinien w każdym przypadku dzielić się całością swoich przychodów z reklam, aby chociaż dorównać wypłatom dokonywanym przez spółkę Google, nie mówiąc już o ich przewyższeniu, w pierwszym piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne Komisja wskazała, że konkurent mógłby, gdyby został określony domyślnie na przeglądarce osoby trzeciej, dorównać, a nawet przewyższyć najbardziej typowe wypłaty ze strony spółki Google bez konieczności dzielenia się całością swoich przychodów.
- 989 Również drugie pismo przedstawiające okoliczności faktyczne, sporządzone osiem miesięcy po pierwszym piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne i trzy miesiące przed wydaniem zaskarżonej decyzji, wprowadziło znaczne korekty w analizie znajdującej się w pierwszym piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne, a tym bardziej w stosunku do analizy w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 990 Po pierwsze, po uzyskaniu informacji od spółki Google na temat aspektów odnoszących się do czasu, w którym wydano pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, Komisja wykluczyła, by konkurent chciał dzielić się przychodami z reklam, pochodzącymi z poleceń wyszukiwania wykonywanych na stronie głównej wyszukiwarki, ponieważ sama spółka Google nie dzieliła się tymi przychodami.
- 991 Po drugie, Komisja włączyła do testu AEC dwie nowe zmienne, a mianowicie niemożność uzyskania przez konkurenta preinstalacji swojej aplikacji wyszukiwania ogólnego na wszystkich urządzeniach mobilnych portfela producenta oryginalnych urządzeń lub operatora sieci mobilnych oraz obowiązek zrekompensowania przez konkurenta straty poniesionej przez zainteresowanych producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych w związku z przychodami generowanymi przez urządzenia mobilne znajdujące się już w obiegu, które są objęte PPP dla portfela. Te dwa punkty wydają się decydujące, ponieważ pozwalają Komisji uzależnić od nich zdolność konkurenta do dorównania wypłatom ze strony spółki Google w przypadku, gdyby konkurencyjne wyszukiwarki internetowe były również definiowane jako domyślne na przeglądarkach osób trzecich.
- 992 Po trzecie, Komisja dodała pewne dane finansowe dotyczące spółki Google, które uzyskała nie od tej ostatniej, lecz od producenta oryginalnych urządzeń. Dotyczy to tak zwanych kosztów „operacyjnych”, wliczonych na poziomie [10–20]%, które Komisja wymienia po raz pierwszy w drugim piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne, i ich ekstrapolacji na konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego jak Google. Dane te są jednak kwestionowane przez spółkę Google przed Sądem zarówno co do ich wysokości, jak i co do kategorii kosztów istotnych w teście AEC.
- 993 Komisja nie może w tym względzie twierdzić, że spółka Google w swoich uwagach do pierwszego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne zgodziła się na uwzględnienie takich danych. Spółka Google wskazuje jedynie, w związku z rozumowaniem Komisji w przedmiocie PPP dla urządzeń, a nie dla portfela, że odsetek przychodów podlegających podziałowi jest wyrażany jedynie w ujęciu brutto, przy czym odsetki te są obniżone do wysokości [10–20]%, przy czym

- spółka ta nie precyzuje charakteru tej obniżki. W każdym razie Komisja, na której spoczywa ciężar dowodu zaistnienia zarzucanych skutków w postaci wykluczenia, w żaden sposób nie starała się porównać rzeczonych danych z danymi, które mogłaby przekazać bezpośrednio spółka Google.
- 994 Podobnie wbrew temu, co twierdzi Komisja w odpowiedzi na skargę, oświadczenia producentów oryginalnych urządzeń oraz dane zawarte w przekazanych przez nich dokumentach były wykorzystywane nie tylko w ramach analizy PPP dla urządzeń. Dane te posłużyły bowiem również do uzupełnienia analizy Komisji dotyczącej PPP dla portfela, czego potwierdzenie można łatwo znaleźć w treści drugiego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne.
- 995 Na podstawie powyższego należy stwierdzić, że informując o danych, które zamierzała przyjąć w teście AEC, dopiero na etapie drugiego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne, Komisja zmieniła w istotny sposób treść zarzutu dotyczącego PPP dla portfela.
- 996 Pisma w sprawie przedstawienia zarzutów nie można bowiem w tej kluczowej kwestii analizy konkurencyjnej PPP dla portfela uznać za wystarczająco poparte dowodami, aby przesłuchanie ustne, które należało przeprowadzić na początku 2017 r., mogło być użyteczne dla Google. Dopiero po drugim piśmie przedstawiającym okoliczności faktyczne, przekazanym w kwietniu 2018 r., czyli trzy miesiące przed wydaniem zaskarżonej decyzji, pismo w sprawie przedstawienia zarzutów mogło być w wystarczającym stopniu poparte dowodami i dzięki temu umożliwić spółce Google zapoznanie się z głównymi i decydującymi aspektami testu AEC, który Komisja zamierzała przeprowadzić. W tym szczególnym kontekście Komisja, która nie podlegała żadnej presji czasowej, powinna była wydać uzupełniające pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.
- 997 Przekazując, zamiast uzupełniającego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów, dwa pisma przedstawiające okoliczności faktyczne i nieprzynajmniej możliwości przesłuchania ustnego w przedmiocie uwag przedstawionych w odpowiedzi na te dwa pisma przedstawiające okoliczności faktyczne, Komisja naruszyła prawo spółki Google do ustnego rozwinięcia argumentów dotyczących tych uwag i, tym samym, naruszyła prawo tego przedsiębiorstwa do obrony.
- 998 Biorąc bowiem pod uwagę znaczenie, jakie przeprowadzenie przesłuchania ustnego ma w ramach postępowania karnego mającego na celu ukaranie za nadużycie pozycji dominującej, nieprzeprowadzenie takiego przesłuchania bezwzględnie powoduje wadliwość tego postępowania, i to niezależnie od wykazania przez spółkę Google, że zaniechanie to mogło mieć niekorzystny dla niej wpływ na przebieg postępowania i treść zaskarżonej decyzji (zob. podobnie wyrok z dnia 21 września 2017 r., Feralpi/Komisja, C-85/15 P, EU:C:2017:709, pkt 45–47).
- 999 Ponadto należy w każdym razie stwierdzić, że mając na uwadze charakter testu AEC, a także znaczenie nadane temu testowi przez Komisję w ramach oceny zdolności PPP dla portfela do wywołania skutków w postaci wykluczenia równie efektywnych konkurentów, spółce Google byłoby łatwiej wygłosić ustnie uwagi dotyczące koncepcji tego testu, którego alternatywną wersję przedstawia w załączniku do skargi, przy czym wersja ta, opracowana po wydaniu zaskarżonej decyzji przez zespół ekonomistów, prowadzi do innego wyniku.
- 1000 Stwierdzenia tego nie może podważyć okoliczność, że Komisja umożliwiła spółce Google przedstawienie na piśmie uwag dotyczących pierwszego i drugiego pisma przedstawiającego okoliczności faktyczne. Chociaż wymóg kontryktoryjności spełniono w postępowaniu

pisemnym, Komisja w żaden sposób nie starała się umożliwić spółce Google przedstawienia uwag ustnych, jak byłoby to wymagane w przypadku wydania uzupełniającego pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

- 1001 Znaczenie takiej ustnej dyskusji można unaocznic na przykładzie kosztów, jakie należy przyjąć przy opracowywaniu testu AEC. W tym względzie koszty przypisywane spółce Google przez Komisję wzięto bowiem z dokumentów przekazanych przez producentów oryginalnych urządzeń, niepotwierdzonych w drodze żądania udzielenia informacji skierowanego do głównej zainteresowanej strony. Komisja znacznie odeszła od swoich wytycznych w sprawie nadużyć w postaci wykluczenia, zgodnie z którymi „[j]eśli będą [...] dostępne [wiarygodne dane], Komisja wykorzysta informacje na temat kosztów przedsiębiorstwa dominującego”.
- 1002 Przesłuchanie umożliwiłoby zatem spółce Google dostarczenie Komisji wyjaśnień pozwalających na usunięcie na wcześniejszym etapie pewnych niejasności związanych z opracowaniem testu AEC, a także omówienie ich bezpośrednio. Przesłuchanie ustne dałoby bowiem Komisji możliwość dogłębnego przedyskutowania ze spółką Google kwestii spornych w celu skutecznego zidentyfikowania ich pod względem faktycznym i prawnym. Znaczenie przesłuchania jest widoczne w obecnej sprawie tym bardziej, że zastrzeżenia sformułowane przez spółkę Google w niniejszej skardze skłaniają Sąd, przez swoją zasadność, do uwzględnienia trzeciego zarzutu skargi.
- 1003 Tak więc ze względu na trudności związane z opracowaniem testu AEC w przypadku przeprowadzenia przesłuchania ustnego spółka Google mogła mieć szansę zapewnienia sobie lepszej obrony i przekonania Komisji o konieczności ponownej oceny szeregu zagadnień w jej analizie.
- 1004 Ponadto umożliwienie spółce Google przedstawienia ustnie argumentów dotyczących istotnych zmian wprowadzonych przez Komisję w odniesieniu do dowodów wykorzystanych do wykazania nieuczciwego charakteru PPP dla portfela umożliwiłoby Komisji doprecyzowanie jej analizy.
- 1005 W konsekwencji należy uwzględnić część pierwszą zarzutu piątego skargi i stwierdzić na tej podstawie nieważność zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim uznaje ona PPP dla portfela za nadużycie.

G. W przedmiocie konsekwencji płynących z badania pięciu pierwszych zarzutów i w przedmiocie zarzutu szóstego

- 1006 Spółka Google zauważa, że w zaskarżonej decyzji wymierzono najwyższą grzywnę, jaką kiedykolwiek nałożył w Europie organ ochrony konkurencji, mianowicie 4 342 865 000 EUR.
- 1007 Niezależnie od wysokości tej kwoty, represyjny i odstrasający cel grzywien nakładanych przez Komisję w celu karania naruszeń art. 102 TFUE zobowiązuje Sąd, jako bezstronny i niezależny organ sądowy, do zapewnienia efektywności prawa do skutecznego środka prawnego, ustanowionego w art. 47 karty praw podstawowych, przy orzekaniu w przedmiocie skargi wniesionej na karę nałożoną przez organ administracyjny sprawujący również funkcje dochodzeniowe.

- 1008 W niniejszej skardze spółka Google wnosi, po pierwsze, tytułem żądania głównego, o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji, a po drugie, na wypadek braku stwierdzenia nieważności, o uchylenie lub obniżenie grzywny na podstawie nieograniczonego prawa orzekania przysługującego Sądowi.
- 1009 Po zbadaniu pierwszych pięciu zarzutów należy ocenić skutki przedstawionych powyżej wniosków dla zaskarżonej decyzji. Ponieważ konsekwencje te mają wpływ na grzywnę, należy również wyjaśnić, w jakim zakresie związana z tym ocena Sądu w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania uwzględni argumentację przedstawioną w ramach zarzutu szóstego, dotyczącego poszczególnych elementów wziętych pod uwagę przy jej obliczaniu.

1. Zależność między pięcioma pierwszymi zarzutami i zarzutem szóstym, dotyczącym grzywny

- 1010 W zarzucie szóstym, podzielonym na trzy części, spółka Google zauważa, że nawet jeśli mimo argumentów podniesionych w pięciu pierwszych zarzutach Sąd potwierdzi zapisane w zaskarżonej decyzji stwierdzenie naruszenia art. 102 TFUE, to jednak zaistniały trzy błędy, które wymagają uchylenia lub znacznego obniżenia grzywny. Tak więc ze względu na te błędy grzywnę należy uchylić lub ewentualnie Sąd powinien skorzystać z przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania w celu znacznego obniżenia jej kwoty.
- 1011 W tym kontekście spółka Google utrzymuje, po pierwsze, że nie popełniła naruszenia ani umyślnie, ani przez niedbalstwo, po drugie, że zaskarżona decyzja narusza zasadę proporcjonalności, a po trzecie, że zawiera ona istotne błędy w obliczeniach w związku z zastosowaniem przez Komisję jej wytycznych. W tym względzie spółka Google twierdzi, że Komisja błędnie obliczyła wartość sprzedaży mającej znaczenie dla sprawy, zastosowała niewłaściwy mnożnik wagi naruszenia, dodała nieuzasadnioną kwotę dodatkową i nie uwzględniła różnych okoliczności łagodzących, w tym ograniczonego czasu trwania pewnych zachowań.
- 1012 Komisja kwestionuje tę argumentację. W zaskarżonej decyzji ustalono kwotę grzywny zgodnie z wytycznymi, a kwota ta odpowiada wadze i czasowi trwania jednolitego i ciągłego naruszenia.
- 1013 Z powyższego wynika, że o ile argumentacja przedstawiona w ramach zarzutu szóstego opiera się na założeniu, że Sąd potwierdzi analizę Komisji kwestionowaną w ramach pięciu pierwszych zarzutów, o tyle argumentacja ta zawiera jednak pewną liczbę zastrzeżeń, które w niniejszej sprawie Sąd może zbadać w ramach wykonywania, w sposób autonomiczny, przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania.
- 1014 Z tego względu zastrzeżenia te zostaną rozpatrzone w poniższym badaniu, na ile okażą się istotne i właściwe w ramach wykonywania tegoż prawa.

2. Wnioski dotyczące naruszenia po zbadaniu pierwszych pięciu zarzutów

- 1015 Z analizy zarzutów pierwszego, drugiego i czwartego, jeśli chodzi o aspekty dotyczące istoty sprawy, jak również z części drugiej zarzutu piątego skargi w odniesieniu do aspektów proceduralnych wynika, że Komisja wykazała, iż aspekty pierwszy i drugi jednolitego i ciągłego naruszenia – ujęte w zaskarżonej decyzji jako odrębne naruszenia od pierwszego do trzeciego – mają charakter nadużycia. Natomiast z analizy zarzutu trzeciego i pierwszej części piątego

zarzutu skargi wynika, że w zakresie, w jakim Komisja uznała, iż trzeci aspekt tego naruszenia – ujęty w zaskarżonej decyzji jako czwarte odrębne naruszenie – stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE, naruszyła ona prawo do obrony i popełniła w zaskarżonej decyzji szereg błędów w ocenie.

- 1016 Z powyższego wynika, że należy stwierdzić nieważność art. 1, 3 i 4 zaskarżonej decyzji, ale jedynie w zakresie, w jakim Komisja stwierdziła w nich: w art. 1, że spółka Google dopuściła się jednolitego i ciągłego naruszenia art. 102 TFUE, składającego się z czterech odrębnych nadużyć, z których czwarte polega na uzależnieniu, w ramach niektórych PPP, podziału przychodów na rzecz niektórych producentów oryginalnych urządzeń i operatorów sieci mobilnych, od preinstalacji Google Search na zasadzie wyłączności na urządzeniach należących do z góry określonego portfela, oraz w zakresie, w jakim art. 3 i 4 dotyczą tego samego czwartego nadużycia. Z tych samych względów należy również zmienić art. 2 zaskarżonej decyzji w zakresie, w jakim nakłada się w nim grzywnę za udział spółek Google i Alphabet Inc. w jednolitym i ciągłym naruszeniu art. 102 TFUE, stanowiącym czwarte nadużycie.
- 1017 W niniejszej sprawie Komisja nie wywiązała się bowiem z ciężącego na niej obowiązku przeprowadzenia analizy zdolności do wykluczenia konkurentów co najmniej równie efektywnych, nierozzerwalnie związanej z czwartym nadużyciem, dotyczącym PPP dla portfela (trzeci aspekt jednolitego i ciągłego naruszenia). Sąd nie może zatem rozwiązać wątpliwości co do tego, czy rozpatrywane wypłaty były w stanie ograniczenia konkurencji, i, w szczególności, czy były w stanie wywołać zarzucane skutki w postaci wykluczenia.
- 1018 Niemniej jednak, i to niezależnie od zasadności ich kwalifikacji w świetle art. 102 TFUE, należy przypomnieć, że Komisja w zaskarżonej decyzji słusznie wzięła pod uwagę PPP dla portfela – podobnie zresztą jak PPP dla urządzeń – jako elementy kontekstu faktycznego w ramach oceny skutków w postaci wykluczenia wywołanych przez aspekty pierwszy i drugi jednolitego i ciągłego naruszenia (zakwalifikowane w zaskarżonej decyzji jako odrębne od siebie nadużycia pierwsze, drugie i trzecie), których charakter nadużycia został potwierdzony podczas badania zarzutów drugiego i czwartego.
- 1019 Wreszcie, należy przypomnieć, że niezależnie od kwalifikacji PPP z punktu widzenia prawa konkurencji, łączne skutki praktyk wprowadzonych przez spółkę Google umożliwiły jej korzystanie w przypadku Google Search z preinstalacji na zasadzie wyłączności, obejmującej co najmniej do 2016 r. ponad połowę urządzeń sprzedawanych w EOG z system operacyjnym wywodzącym się z Androida (motyw 822, przypis nr 908 zaskarżonej decyzji).
- 1020 Należy również przypomnieć, że zgodnie z UDAM urządzenia GMS musiały spełniać techniczne standardy kompatybilności zapisane w DDK, które ponadto na mocy UZF obowiązywały producentów oryginalnych urządzeń w odniesieniu do wszystkich produkowanych przez nich urządzeń, których system operacyjny stanowił wersję pochodną Androida; zawarcie UZF zostało zaś narzucone producentom oryginalnych urządzeń przez spółkę Google jako warunek wstępny zawarcia UDAM. Ten związek pomiędzy DDK a UDAM ułatwił realizację zamierzonej przez spółkę Google ogólnej strategii. Komisja słusznie zatem uwzględniła DDK w ocenie wpływu UDAM na rynki ogólnych wyszukiwarek internetowych.

- 1021 Te elementy, będące okolicznościami faktycznymi istotnymi dla oceny tego, czy zachowania zarzucane spółce Google miały charakter nadużycia, świadczą zatem o istnieniu związku, po pierwsze, pomiędzy pierwszym aspektem jednolitego i ciągłego naruszenia a PPP, które spółka Google zawierała przez cały okres naruszenia, oraz, po drugie, pomiędzy pierwszym aspektem i drugim aspektem jednolitego i ciągłego naruszenia.
- 1022 Z analizy zarzutów pierwszego, drugiego i czwartego skargi wynika ponadto, że sporne ograniczenia pierwsze i drugie wpisywały się w w mającą ogólny charakter strategię. Na podstawie tego stwierdzenia Komisja zasadnie uznała, że zachowanie skarżących polegające na uzależnieniu od spełnienia konkretnych warunków możliwości korzystania, po pierwsze, z systemu operacyjnego Android oraz, po drugie, z niektórych aplikacji i niektórych usług, należy uznać za jednolite i ciągłe naruszenie art. 102 TFUE (motyw 2 i art. 1 zaskarżonej decyzji).
- 1023 Stwierdzone nadużycia wpisywały się bowiem w ramy ogólnej strategii mającej na celu antycypowanie rozwoju Internetu na urządzeniach mobilnych, przy jednoczesnej ochronie modelu handlowego właściwego dla spółki Google, który opiera się na przychodach uzyskiwanych przez nią głównie wskutek korzystania przez użytkowników z jej ogólnej wyszukiwarki internetowej.
- 1024 Należy przypomnieć w tym względzie, że spółka Google nie kwestionuje zawartych w zaskarżonej decyzji ocen, zgodnie z którymi jej model handlowy opiera się na interakcji pomiędzy, z jednej strony, produktami i usługami związanymi z Internetem, oferowanymi najczęściej użytkownikom nieodpłatnie, a, z drugiej strony, internetowymi usługami reklamowymi, z których uzyskuje ona znaczną większość swoich przychodów. W rezultacie przychody spółki Google są w istocie związane z użytkownikami jej ogólnych wyszukiwarek internetowych, które pozwalają jej sprzedawać usługi reklamowe online, będące źródłem jej przychodów (motyw 153 zaskarżonej decyzji).
- 1025 W ramach tej ogólnej strategii realizowanej przez spółkę Google, zachowanie pozycji dominującej, zajmowanej przez cały okres trwania naruszenia na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, do którego przyczyniały się pierwsze i drugie sporne ograniczenia, miało pierwszorzędne znaczenie. Jak wynika bowiem z analizy zarzutu czwartego, wykluczenie z rynku konkurencyjnych systemów operacyjnych, które mogłyby umożliwić preinstalację ogólnych wyszukiwarek internetowych konkurencyjnych wobec Google Search, lub zapewnić im instalację na zasadzie wyłączności, również przyczynia się do realizacji tego samego celu.
- 1026 Wreszcie należy pamiętać o tym, że skutki realizacji owej ogólnej strategii następowały w sytuacji faktycznej, w której Google Search – na podstawie PPP zawartych przez spółkę Google, i to niezależnie od ich kwalifikacji z punktu widzenia prawa konkurencji – de facto podlegał preinstalacji na zasadzie wyłączności, obejmującej co najmniej do 2016 r. ponad połowę urządzeń sprzedawanych w EOG z system operacyjnym wywodzącym się z Androida (motyw 822, przypis nr 908 zaskarżonej decyzji).
- 1027 Ogólnie rzecz ujmując, należy także wskazać jako okoliczność faktyczną, którą należy uwzględnić przy ocenie wszystkich istotnych okoliczności, to, że w trakcie całego okresu trwania naruszenia spółkę Google łączyło porozumienie z Apple, na podstawie którego jej wyszukiwarka była ustawiona domyślnie na wszystkich iPhone'ach tego producenta oryginalnych urządzeń (zob. motywy 118, 119 zaskarżonej decyzji). Obecność ekosystemu Apple, który współistniał z ekosystemem Android, na globalnym rynku inteligentnych urządzeń mobilnych nie stanowiła

zatem znacznego zagrożenia konkurencyjnego dla Google w odniesieniu do przychodów generowanych przez reklamę powiązaną z ogólnymi wyszukiwarkami internetowymi (zob., tytułem przykładu, motyw 515 zaskarżonej decyzji).

- 1028 Ponadto stanowiące nadużycie praktyki Google skutkowało, w szczególności, pozbawieniem konkurentów możliwości oferowania bez przeszkód użytkownikom, którzy sobie tego życzyli, rozwiązań alternatywnych wobec ogólnej wyszukiwarki internetowej Google Search (motywy 862, 1213 zaskarżonej decyzji). Tak więc, ogólnie rzecz biorąc, praktyki te naruszyły interes konsumentów w dysponowaniu więcej niż jednym źródłem informacji w Internecie. Mówiąc konkretniej, praktyki te ograniczyły również rozwój ogólnych wyszukiwarek internetowych przeznaczonych dla segmentów konsumentów, którzy przywiązują szczególną wagę, między innymi, do ochrony życia prywatnego lub do specyfiki językowej w EOG. Interesy te były nie tylko zbieżne z konkurencją niecenową, ponieważ stanowiły motywację do innowacyjności na ich korzyść, ale także były niezbędne dla zapewnienia pluralizmu w społeczeństwie demokratycznym.
- 1029 Z powyższego wynika, że o ile należy stwierdzić częściową nieważność art. 1, 3 i 4 zaskarżonej decyzji, a art. 2 zaskarżonej decyzji zmienić w zakresie, w jakim Komisja nie wykazała, że PPP dla portfela miały charakter nadużycia, o tyle stwierdzenie jednolitego i ciągłego naruszenia, wpisującego się w ogólną strategię, do którego przyczyniły się sporne ograniczenia pierwsze i drugie, nie jest niezgodne z prawem. W konsekwencji do Sądu należy samodzielne ustalenie, w świetle powyższych rozważań i wszystkich istotnych okoliczności sprawy, stosownej kwoty grzywny w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, o co wnosi spółka Google w ramach podniesionego żądania zmiany zaskarżonej decyzji.
- 1030 Konsekwencje, jakie należy wyciągnąć z częściowego stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji w odniesieniu do ustalenia kwoty grzywny, zostały szczegółowo wskazane i szeroko omówione przez strony podczas rozprawy.
- 1031 Sąd uważa za stosowne zaznaczyć na wstępie, że ponieważ w ramach nieograniczonego prawa orzekania dokonuje on niezależnej oceny kryteriów istotnych dla określenia wysokości grzywny, nie wyciąga z tego częściowego stwierdzenia nieważności konsekwencji dotyczących definicji pojedynczego naruszenia i jego składników, wpływających na wysokość grzywny, w sposób automatyczny. Sąd weźmie natomiast pod uwagę wszystkie ustalone okoliczności faktyczne i oceny dokonane zgodnie z prawem w zaskarżonej decyzji, które mogą mieć wpływ na odpowiedni charakter wysokości grzywny.

3. W przedmiocie zmiany grzywny

- 1032 W związku z powyższym i zgodnie z wnioskiem złożonym w tym zakresie należy zatem, na podstawie nieograniczonego prawa orzekania przyznanego Sądowi na podstawie art. 261 TFUE i art. 31 rozporządzenia nr 1/2003, wydać orzeczenie w przedmiocie kwoty grzywny.
- 1033 Poza zwykłą kontrolą zgodności z prawem pozwalającą jedynie na oddalenie skargi o stwierdzenie nieważności albo stwierdzenie nieważności zaskarżonego aktu, nieograniczone prawo orzekania upoważnia Sąd do zastąpienia swoją oceną oceny dokonanej przez Komisję, a w konsekwencji, do zmiany zaskarżonego aktu, nawet jeżeli nie stwierdza jego nieważności, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych, przykładowo w celu zmiany kwoty nałożonej grzywny, zarówno poprzez jej zmniejszenie, jak i zwiększenie (zob. wyroki: z dnia 8 lutego 2007 r., *Groupe Danone/Komisja*, C-3/06 P, EU:C:2007:88, pkt 61, 62; z dnia 3 września 2009 r., *Prym i Prym*

Consumer/Komisja, C-534/07 P, EU:C:2009:505, pkt 86). W tych okolicznościach Sąd może w stosownym przypadku dokonać odmiennych ocen niż te, które zostały przyjęte przez Komisję w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do kary nałożonej na Google.

- 1034 Czynności te nie wymagają od Sądu zastosowania wytycznych Komisji w sprawie metody ustalania grzywien (zob. podobnie wyrok z dnia 14 września 2016 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, C-519/15 P, EU:C:2016:682, pkt 52–55), chociaż ewentualnie może kierować się on tymi regulami o charakterze orientacyjnym (zob. podobnie wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 1035 W ramach ciężącego na nim obowiązku uzasadnienia Sąd zobowiązany jest też szczegółowo przedstawić czynniki, które uwzględnił przy ustalaniu kwoty grzywny (zob. podobnie wyrok z dnia 14 września 2016 r., Trafilerie Meridionali/Komisja, C-519/15 P, EU:C:2016:682, pkt 52).
- 1036 W niniejszym przypadku w celu ustalenia kwoty grzywny mającej na celu ukaranie udziału spółki Google w jednolitym i ciągłym naruszeniu, w postaci wynikającej z częściowego stwierdzenia nieważności art. 1 zaskarżonej decyzji w wyniku badania pierwszych pięciu zarzutów skargi, Sąd powinien uwzględnić następujące okoliczności.

a) Naruszenie popełnione umyślnie lub wskutek niedbalstwa

- 1037 W pierwszej kolejności należy ustalić, czy naruszenie zostało popełnione umyślnie, czy też w wyniku niedbalstwa. Rozróżnienie to, przewidziane w art. 23 ust. 2 rozporządzenia nr 1/2003, może bowiem mieć wpływ na wysokość grzywny.
- 1038 Strony wypowiedziały się w tej kwestii w ramach pierwszej części zarzutu szóstego.
- 1039 W tym względzie spółka Google podnosi, że grzywna nie uwzględnia braku zamiaru lub niedbalstwa z jej strony. Zaskarżona decyzja nie zawiera bowiem żadnego dowodu dotyczącego zamiaru, ponieważ zakwestionowane praktyki miały miejsce przed tym, jak spółka Google rzekomo uzyskała pozycję dominującą. Podobnie, w szczególności w odniesieniu do praktyki wcześniejszej i równoczesnej z wydaniem zaskarżonej decyzji, spółka Google nie mogła mieć „świadomości” antykonkurencyjnego charakteru swojego otwartego, nieodpłatnego i z natury prokonkurencyjnego modelu handlowego. Nie sposób dowiedzieć się, kiedy Komisja zmieniła swoją ocenę.
- 1040 Komisja ze swej strony utrzymuje, że aby stwierdzić, że naruszenie popełniono umyślnie, nie musi wykazywać zamiaru wykluczenia. Wystarczy, że spółka Google nie mogła „nie wiedzieć o antykonkurencyjnym charakterze swojego zachowania”. W niniejszej sprawie naruszenie bez wątpienia „prowadziło do umocnienia” pozycji dominującej spółki Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych (motywy 858–860, 972–977, 1140 zaskarżonej decyzji). Ponadto naruszenie zostało popełnione przynajmniej w wyniku niedbalstwa, ponieważ spółka Google wiedziała o „istotnych okolicznościach” uzasadniających wnioski zawarte w zaskarżonej decyzji odnośnie do pozycji dominującej i nadużyć.
- 1041 Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003 Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywnę, jeżeli umyślnie lub w wyniku niedbalstwa przedsiębiorstwo narusza art. 102 TFUE.

- 1042 Jeśli chodzi o przesłankę popełnienia naruszenia umyślnie lub w wyniku niedbalstwa, z orzecznictwa wynika, że pierwszy przypadek ma miejsce, gdy dane przedsiębiorstwo bierze udział w praktyce i wprowadza ją w życie z pełną świadomością jego antykonkurencyjnych skutków na rynku, przy czym nie jest wymagane wykazanie, czy ma ono przy tym świadomość naruszenia reguł konkurencji, czy też nie (zob. podobnie wyrok z dnia 8 listopada 1983 r., IAZ International Belgium i in./Komisja, od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82, EU:C:1983:310, pkt 45).
- 1043 W pierwszej kolejności należy zaś wskazać, że nie ma żadnych wątpliwości co do tego, iż spółka Google, jak słusznie podkreśliła Komisja, wprowadziła w życie rozpatrywane praktyki umyślnie, a mianowicie z pełną świadomością skutków, jakie praktyki te wywrą na rynkach właściwych.
- 1044 Google nie mógł bowiem racjonalnie nie wiedzieć, że posiada pozycję dominującą lub znaczną siłę na rynkach sklepów Android i ogólnych wyszukiwarek internetowych. Spółka Google nie kwestionuje zresztą w ramach niniejszej skargi, że w okresie trwania naruszenia zajmowała pozycję dominującą na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych.
- 1045 Niezależnie od swojej pozycji na właściwych rynkach spółka Google świadomie kontynuowała strategię „kija i marchewki”, zgodnie ze słowami użytymi w prezentacji wewnętrznej spółki Google i powtórzonymi przez Komisję w zaskarżonej decyzji (motyw 1343). Na podstawie UDAM, UZF oraz PPP i niezależnie od niewystarczającego wykazania w zaskarżonej decyzji skutków w postaci wykluczenia w przypadku PPP dla portfela, można stwierdzić, że wyznaczony cel polegał na tym, aby zapobiec wykorzystywaniu niezatwierdzonych wersji alternatywnych Androida i promować korzystanie wyłącznie z usług świadczonych przez spółkę Google, a to z kolei niewątpliwie w celu ochrony i wzmocnienia pozycji Google na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych (motywy 1343, 1350 oraz 1351). Skutki uzasadniające interwencję Komisji i wydanie zaskarżonej decyzji były tym bardziej pożądane przez spółkę Google, że wynikają one z postanowień umownych zawartych w omawianych porozumieniach, obmyślanych i opracowanych przez owe przedsiębiorstwo. Uzasadniają tę interpretację oświadczenia przedstawicieli Google cytowane w zaskarżonej decyzji, przy czym jedno z nich potwierdza jasno, że celem było postawienie tamy wersjom Androida zawierającym wyszukiwarki internetowe konkurencyjne wobec Google (motywy 1344, 1347 zaskarżonej decyzji).
- 1046 Wątpliwości nie budzi zwłaszcza zamiar uniemożliwienia przez spółkę Google jakiegokolwiek rozwoju kodu źródłowego Androida, poprzez pozbawienie dostawców alternatywnych forków Androida kanałów sprzedaży, jak wynika z analizy zarzutu czwartego niniejszej skargi. Zamiar utrudnienia rozwoju alternatywnych forków Androida znajduje odzwierciedlenie w różnych celach realizowanych przez UZF, nawet jeśli spółka Google twierdzi, że była do tego zmuszona w celu zapewnienia przetrwania Androida. Z wewnętrznej korespondencji elektronicznej przytoczonej w zaskarżonej decyzji wynika zresztą, że ową strategię mającą na celu utrudnienie rozwoju alternatywnych forków Androida wprowadzono umyślnie od początku w celu uniemożliwienia partnerom i konkurentom spółki Google rozwoju autonomicznych wersji Androida (motywy 159, 160 zaskarżonej decyzji).
- 1047 W drugiej kolejności trzeba zauważyć, że spółka Google nie może twierdzić, iż nie była świadoma antykonkurencyjnych skutków rozpatrywanych porozumień jedynie z tego powodu, że zostały one wprowadzone w życie, zanim spółka Google uzyskała jakąkolwiek pozycję dominującą. Po pierwsze bowiem należy wskazać, że spółka Google niezależnie od jej pozycji na właściwych rynkach świadomie dążyła do osiągnięcia skutków rozpatrywanych porozumień. Po drugie, nie mogła ona również nie wiedzieć o ich antykonkurencyjnym charakterze w chwili, gdy jej siła

rynkowa wzrosła w istotny sposób. W związku z tym od momentu uzyskania przez nią pozycji dominującej można było, jak to uczyniła Komisja w zaskarżonej decyzji, ukarać spółkę Google za umyślne naruszenie art. 102 TFUE.

- 1048 Podobnie samo stwierdzenie, że spółka Google zamierzała, jak twierdzi, realizować inne rzekomo prokonkurencyjne cele związane z rozwojem i ochroną platformy Android, nie może podważyć faktu, że poprzez rozpatrywane porozumienia realizowała również strategię „kija i marchewki”, aby zachować i umocnić swoją pozycję, w szczególności na rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, i ograniczyć obecność swoich konkurentów na tych rynkach, a nawet zapobiec rozwojowi wszelkiej konkurencji.
- 1049 Wobec tego spółka Google nie może twierdzić, że wprowadziła w życie rozpatrywane praktyki w sposób inny niż umyślny, lub też bez chęci osiągnięcia skutków, jakie mogły one wywołać, uzasadniających wydanie przez Komisję zaskarżonej decyzji.
- 1050 Stwierdzenia tego nie mogą podważyć argumenty spółki Google dotyczące niepewności co do kwalifikacji rozpatrywanych praktyk jako nadużycia w świetle dotychczasowej praktyki orzeczniczej i praktyki decyzyjnej sprzed wydania zaskarżonej decyzji. Przeprowadzenie takiej analizy sprowadzałoby się bowiem do sprawdzenia, czy spółka Google mogła mieć świadomość, że jej zachowanie pociągało za sobą naruszenie art. 102 TFUE, co, jak wynika z orzecznictwa Trybunału, jest bez znaczenia. W przypadku naruszenia popełnionego umyślnie istotny jest jedynie dowód wprowadzenia w życie praktyki przy pełnej świadomości skutków antykonkurencyjnych, które z niej wynikną na rynku.
- 1051 Spółka Google zaś popełniła naruszenia w sposób umyślny, jak zresztą słusznie wskazała Komisja. Sąd weźmie pod uwagę tę okoliczność przy ustalaniu kwoty grzywny.

b) Uwzględnienie wagi i czasu trwania naruszenia

- 1052 W ramach wykonywania przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania Sąd powinien ustalić kwotę grzywny, uwzględniając wszystkie okoliczności danego przypadku. Zadanie to oznacza, na podstawie art. 23 ust. 3 rozporządzenia nr 1/2003, uwzględnienie wagi naruszenia i czasu jego trwania, z poszanowaniem w szczególności zasad proporcjonalności i indywidualizacji kar (wyrok z dnia 21 stycznia 2016 r., Galp Energía España i in./Komisja, C-603/13 P, EU:C:2016:38, pkt 90 i przytoczone tam orzecznictwo).

1) Uwzględnienie wartości sprzedaży jako danej początkowej

- 1053 Na wstępie, jeśli chodzi o wartość sprzedaży zrealizowanej przez spółkę Google w związku z naruszeniem, która pozwala Komisji na określenie kwoty podstawowej grzywny, jaką należy nałożyć na podstawie wytycznych, Sąd stwierdza, że choć z utrwalonego orzecznictwa wynika, iż ustalenie grzywny nie jest ścisłym działaniem arytmetycznym (wyroki: z dnia 5 października 2011 r., Romana Tabacchi/Komisja, T-11/06, EU:T:2011:560, pkt 266; z dnia 15 lipca 2015 r., SLM i Ori Martin/Komisja, T-389/10 i T-419/10, EU:T:2015:513, pkt 436), wartość ta może stanowić w niniejszej sprawie właściwy punkt wyjścia dla określenia wysokości grzywny.

- 1054 W rzeczywistości w celu określenia kwoty grzywny dobrze jest zastosować metodę, która, podobnie jak metoda przyjęta przez Komisję, określa w pierwszej kolejności kwotę podstawową, która w drugiej kolejności może zostać dostosowana do okoliczności sprawy. W tym względzie wartość sprzedaży związanej z naruszeniem odzwierciedla w tym przypadku wpływ gospodarczy naruszenia, jak również wielkość przedsiębiorstwa, które w nim uczestniczyło.
- 1055 W takim właśnie kontekście Sąd zbada argumenty podniesione w ramach trzeciej części zarzutu szóstego przeciwko kwocie uwzględnionej przez Komisję.
- 1056 Po pierwsze, spółka Google zarzuca Komisji, że uwzględniła wartość sprzedaży zrealizowanej w 2017 r., czyli w ostatnim pełnym roku uczestnictwa w naruszeniu, podczas gdy powinna była raczej uwzględnić średnią wartość sprzedaży zrealizowanej w całym okresie naruszenia. Uwzględnienie takiej właśnie wartości ma być uzasadnione wykładniczym wzrostem przychodów spółki Google w latach 2011–2017, spowodowanym przejściem z telefonów numerycznych na smartfony i związanym z tym rozwojem Internetu mobilnego.
- 1057 Komisja podkreśla natomiast, że po stronie spółki Google leży wykazanie, iż sprzedaż zrealizowana w 2017 r. nie odzwierciedlała rzeczywistości gospodarczej naruszenia ani jego rozmiaru i siły rynkowej. Samo stwierdzenie wzrostu przychodów w latach 2011–2017 nie jest do tego celu wystarczające.
- 1058 Należy przypomnieć, że uwzględnienie wartości sprzedaży przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywny ma na celu odzwierciedlenie rzeczywistego charakteru i rozmiaru gospodarczego ukaranego naruszenia. Jednakże nie zawsze należy przyjąć ostatni rok udziału w naruszeniu jako okres odniesienia dla obliczenia wartości sprzedaży, w szczególności gdy sprzedaż przedsiębiorstwa osiągnięta w ostatnim roku udziału w naruszeniu nie odzwierciedla gospodarczego rozmiaru naruszenia (zob. podobnie wyrok z dnia 11 lipca 2014 r., Esso i in./Komisja, T-540/08, EU:T:2014:630, pkt 95).
- 1059 Jednakże samo stwierdzenie znacznego wzrostu przychodów Google w latach 2011–2017 nie wystarcza do wykazania, że przychody osiągnięte przez spółkę Google w 2017 r. nie odzwierciedlają rzeczywistości gospodarczej i rozmiaru naruszenia, a także wielkości i siły rynkowej spółki Google. Przeciwnie, jednostronny charakter praktyk ukaranych przez Komisję, które umożliwiły spółce Google w latach 2011–2017 wzmocnienie jej pozycji dominującej i jej siły rynkowej oraz zahamowanie ekspansji jej konkurentów, a nawet wykluczenie ich z rynku, czy też uniemożliwienie pojawienia się potencjalnych konkurentów, uzasadnia uwzględnienie przychodów osiągniętych w 2017 r., w którym to roku z gospodarczego punktu widzenia spółka Google mogła zebrać wszystkie owoce swoich praktyk wdrażanych od 2011 r.
- 1060 Sąd uznaje zatem za właściwe, aby w ramach wykonywania przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania uwzględnić wartość sprzedaży zrealizowanej przez spółkę Google w ostatnim roku jej pełnego uczestnictwa w naruszeniu.
- 1061 Po drugie, spółka Google zarzuca Komisji, że w wartości sprzedaży mającej znaczenie dla sprawy uwzględniła ona przychody niemające żadnego związku z naruszeniem. Dotyczy to przychodów generowanych przez spółkę Google w związku z kliknięciami przez użytkowników na linki prowadzące do reklam w efekcie wyszukiwania ogólnego dokonywanego nie za pośrednictwem preinstalowanych aplikacji Google, lecz za pośrednictwem strony głównej Google. Przychody te nie były objęte PPP dla portfela, a spółka Google była w stanie wyodrębnić te przychody od przychodów generowanych z poleceń składanych za pomocą jej aplikacji.

- 1062 Komisja podkreśla natomiast, że uwzględnienie takich przychodów jest ważne, ponieważ mają one związek z naruszeniem.
- 1063 W tym względzie należy uznać, że wartość sprzedaży przyjęta przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywny powinna pozostawać w bezpośrednim lub przynajmniej pośrednim związku z ukaranym naruszeniem, gdyż w przeciwnym razie doszłoby do zniekształcenia rzeczywistego charakteru i zasięgu gospodarczego tego naruszenia na etapie ustalania sankcji.
- 1064 W niniejszej sprawie zaś przychody generowane przez spółkę Google w związku z kliknięciami przez użytkowników na linki prowadzące do reklam w efekcie wyszukiwania ogólnego prowadzonego nie za pośrednictwem preinstalowanych aplikacji Google, lecz za pośrednictwem strony głównej Google, wykazują przynajmniej pośredni związek z naruszeniem. Jak bowiem słusznie wynika z zaskarżonej decyzji, praktyki ukarane przez Komisję umożliwiły spółce Google utrzymanie i wzmocnienie jej pozycji dominującej i siły rynkowej na wszystkich krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych, i to niezależnie od tego, czy wyszukiwania te są prowadzone za pomocą preinstalowanej aplikacji, czy też za pośrednictwem strony głównej Google (motyw 1439 zaskarżonej decyzji).
- 1065 Stosowane przez spółkę Google praktyki, które utrudniały korzystanie z konkurencyjnych wyszukiwarek internetowych i dostęp do nich, a także przejmowały użytkowników takich wyszukiwarek, pośrednio pozwoliły spółce Google uzyskać istotne przychody również za pośrednictwem swojej strony głównej. Okoliczność, że PPP dla portfela nie uwzględniają takich przychodów, jest w tym względzie bez znaczenia.
- 1066 Sąd uznaje zatem za właściwe, aby nie wykluczać z wartości sprzedaży uwzględnionej przy obliczaniu kwoty podstawowej grzywny przychodów generowanych w efekcie wyszukiwania ogólnego mającego z punkt wyjścia stroną główną Google.
- 1067 Po trzecie, spółka Google zarzuca Komisji, że uwzględniła ona w ramach wartości sprzedaży przychody osiągnięte nie przez spółkę Google, lecz przez osoby trzecie. Argument ten odnosi się do kosztów pozyskiwania ruchu, a mianowicie wypłat dokonywanych przez spółkę Google w celu umieszczenia jej linków reklamowych na stronach internetowych osób trzecich.
- 1068 Komisja utrzymuje natomiast, że koszty pozyskiwania ruchu stanowią integralną część przychodów Google pochodzących z reklam kontekstowych, dla których stanowią część składową ceny fakturowanej reklamodawcom za usługi spółki Google.
- 1069 W tym względzie należy przypomnieć, że art. 23 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 1/2003 odnosi się w swojej treści do całkowitego obrotu danego przedsiębiorstwa, bez żadnych odliczeń (wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., Almamet/Komisja, T-410/09, niepublikowany, EU:T:2012:676, pkt 225).
- 1070 W niniejszej zaś sprawie, jak słusznie podkreśla Komisja w zaskarżonej decyzji, o ile koszty pozyskania ruchu są w istocie kosztami poniesionymi przez spółkę Google, ponieważ stanowią dobrowolne wydatki tej spółki w celu umieszczenia jej jednośników na stronach internetowych osób trzecich, o tyle wspomniane koszty są w istocie fakturowane reklamodawcom, w związku z czym stanowią one składnik przychodów Google (motyw 1442 zaskarżonej decyzji).

- 1071 W konsekwencji wbrew temu, co twierdzi spółka Google, wartości sprzedaży nie można pomniejszyć o koszty pozyskania ruchu. Koszty te nie mają bowiem wpływu na kwotę brutto przychodów uzyskanych przez spółkę Google i odzwierciedlają w odpowiedni sposób rzeczywisty charakter i rozmiar gospodarczy ukaranego naruszenia.
- 1072 W związku z tym przy ustalaniu kwoty grzywny Sąd postanawia uwzględnić taką samą wartość sprzedaży, co przyjęta przez Komisję w zaskarżonej decyzji.

2) Uwzględnienie wagi naruszenia

- 1073 W odniesieniu do oceny wagi naruszenia, z orzecznictwa wynika w szczególności, że musi ona podlegać indywidualnej ocenie i że należy uwzględnić wszystkie elementy mogące wchodzić w ocenę wagi naruszenia, takie jak na przykład liczba i intensywność zachowań antykonkurencyjnych (zob. podobnie wyrok z dnia 26 września 2018 r., Infineon Technologies/Komisja, C-99/17 P, EU:C:2018:773, pkt 196, 197 i przytoczone tam orzecznictwo).
- 1074 W niniejszym przypadku w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania Sąd uznaje za właściwe, przede wszystkim, uwzględnienie następujących okoliczności, które Komisja przywołuje również w swoich wytycznych, a mianowicie charakter naruszenia, sytuacji spółki Google na rynkach właściwych, zasięgu geograficznego tego naruszenia oraz tego, czy naruszenie zostało wprowadzone w życie, czy też nie.
- 1075 Jeśli chodzi o charakter naruszenia, z powyższej analizy wynika, że Komisja w sposób wymagany prawem określiła szereg praktyk stanowiących nadużycie ze strony Google, które utrudniały konkurencję, wykluczając jej konkurentów ze szkodą dla konsumentów. Praktyki te są związane z warunkami dotyczącymi preinstalowania, określonymi w UDAM, i skutkami w postaci wykluczenia zrodzonymi przez UZF, przy czym należy je analizować w świetle kontekstu faktycznego istotnego w czasie trwania naruszenia.
- 1076 Jeśli chodzi o sytuację spółki Google na rynkach właściwych i zakres geograficzny naruszenia, bezsporne jest, że przez cały czas trwania naruszenia Google zajmował pozycję dominującą na krajowych rynkach ogólnych wyszukiwarek internetowych w ramach EOG. To właśnie te rynki były przedmiotem ogólnej strategii spółki Google, która zamierzała zachować siłę rynkową, jaką posiadała w odniesieniu do poleceń kierowanych do ogólnych wyszukiwarek internetowych z komputerów osobistych oraz poleceń kierowanych do ogólnych wyszukiwarek internetowych z inteligentnych urządzeń mobilnych. Stwierdzenia tego nie podważa uwzględnienie nie tylko poleceń kierowanych do ogólnych wyszukiwarek internetowych z urządzeń Android, ale także poleceń kierowanych do ogólnych wyszukiwarek internetowych z urządzeń iPhone.
- 1077 Jeśli chodzi o to, czy naruszenie zostało wprowadzone w życie, Sąd uznaje za szczególnie ważną w tym względzie ocenę liczby i intensywności antykonkurencyjnych zachowań spółki Google, aby uczynić zadość zasadom proporcjonalności i indywidualizacji kar.
- 1078 Takie badanie jest łatwiejsze dzięki uważnej analizie konkretnych skutków, jaką Komisja przeprowadziła w niniejszej sprawie w celu oceny wpływu ogólnej strategii spółki Google na konkurencję niecenową, oraz różnych środków użytych do wprowadzenia jej w życie.
- 1079 Sąd zauważa w tym względzie, że chociaż w zaskarżonej decyzji Komisja ograniczyła się początkowo do stwierdzenia, że „rynki właściwe dla naruszenia [miały] istotne znaczenie gospodarcze”, co oznaczało, że „każde zachowanie antykonkurencyjne na tych rynkach [mogło]

mieć znaczący efekt” (motyw 1449), to instytucja ta sprecyzowała następnie, że taka ocena opiera się na wnioskach, jakie wyciągnęła z analizy skutków ograniczających konkurencję, przeprowadzonej w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do każdego z rozpatrywanych zachowań (motyw 1455).

1080 Ocena dokonana w tym względzie przez Sąd wynika z przedstawionej powyżej analizy, przeprowadzonej w ramach poszczególnych zarzutów w odniesieniu do spornych ograniczeń pierwszego i drugiego. Analiza ta uwzględnia nie tylko efekty w postaci wykluczenia stwierdzone przez Komisję w zaskarżonej decyzji, ale również różne argumenty przedstawione przez strony odnośnie do interesu w rozwoju i utrzymaniu systemu operacyjnego Android oraz jego „ekosystemu”, które należy uznać za dowiedzione, jak wynika w szczególności z pkt 889 i 890 powyżej.

1081 W związku z tym, po uwzględnieniu wszystkich tych elementów, Sąd uważa za stosowne wskazać, że jego zdaniem zastosowanie współczynnika wagi naruszenia w wysokości 11% wartości sprzedaży określonej przez Komisję (motyw 1447 zaskarżonej decyzji) nie odzwierciedla wystarczająco rzeczywistego wprowadzenia w życie naruszenia, a w szczególności jego natężenia w rozpatrywanym okresie, szczególnie – jak zostanie to zbadane w dalszej kolejności – w odniesieniu do antykonkurencyjnych zachowań spółki Google w latach 2012–2014.

3) Uwzględnienie czasu trwania naruszenia

1082 Jeśli chodzi o ocenę czasu trwania naruszenia, należy wziąć pod uwagę następujące okoliczności, których zresztą spółka Google w ramach niniejszej skargi nie kwestionuje.

1083 Po pierwsze, spółka Google LLC uczestniczyła nieprzerwanie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 18 lipca 2018 r., czyli do dnia wydania zaskarżonej decyzji, w dwóch następujących aspektach jednolitego i ciągłego naruszenia: zgrupowanie w pakiet aplikacji Google Search z Play Store oraz uzależnienie udzielenia licencji na Play Store i aplikację Google Search od zawarcia UZF.

1084 Po drugie, spółka Google LLC uczestniczyła nieprzerwanie od dnia 1 sierpnia 2012 r. do dnia 18 lipca 2018 r., czyli do dnia wydania zaskarżonej decyzji, w trzecim aspekcie jednolitego i ciągłego naruszenia, a mianowicie w zgrupowaniu w pakiet Google Chrome z Play Store i aplikacją Google Search.

1085 W odróżnieniu jednak od Komisji, która w celu uwzględnienia czasu trwania uczestnictwa spółki Google w naruszeniu posłużyła się jednym, ogólnym mnożnikiem (motyw 1461 zaskarżonej decyzji), przy czym uwzględnioną wartość sprzedaży pomnożono przez ów współczynnik czasu trwania naruszenia, Sąd uważa, że w niniejszej sprawie właściwsze będzie uwzględnienie również innych parametrów, aby lepiej odzwierciedlić pewne cechy charakterystyczne dla przebiegu naruszenia w czasie, w szczególności jego zmienną intensywność.

4) Łączna ocena z uwzględnieniem intensywności

1086 Przy ustalaniu kwoty grzywny w zależności od wagi i czasu trwania naruszenia Sąd uważa za pożądane zastosowanie innej techniki niż technika arytmetyczna i liniowa, określona przez Komisję na podstawie ogólnej metody, jaką zastosowała ona w wytycznych. Decyzja taka jest

w stanie zapewnić, że zgodnie z zasadami proporcjonalności i indywidualizacji kar w należyty sposób zostaną wzięte pod uwagę szczególne okoliczności niniejszej sprawy, jednocześnie bez uszczerbku dla koniecznego do osiągnięcia zadowalającego efektu odstrasżającego.

1087 Po pierwsze, w niniejszej sprawie należy wziąć pod uwagę komplementarność pierwszych nadużyć. Jak wynika z analizy przeprowadzonej w tym względzie, okazuje się, że stanowiące nadużycie praktyki spółki Google, realizowane w ramach jej ogólnej strategii, uległy intensyfikacji od momentu, w którym zarówno aplikacja Google Search, jak i przeglądarka Chrome stały się przedmiotem warunków preinstalowania określonych w UDAM. Dzięki temu spółka Google zapewniła sobie znaczną przewagę konkurencyjną w dwóch głównych punktach wejścia pozwalających na wyszukiwanie w Internecie, którą to przewagę konkurentom spółki Google było bardzo trudno zrównoważyć.

1088 Po drugie, konieczne było również uwzględnienie przez Sąd w sposób szczególny zmian intensywności zachowań antykonkurencyjnych w czasie, a także innych okoliczności faktycznych towarzyszących tym zachowaniom, o których mowa w zaskarżonej decyzji, takich jak PPP. W tym względzie można wyróżnić kilka okresów:

- pierwszy okres, rozpoznawczy, od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 1 sierpnia 2012 r., charakteryzował się wdrażaniem ogólnej strategii założonej przez spółkę Google w celu zapewnienia przejścia do Internetu mobilnego;
- drugi okres, od dnia 1 sierpnia 2012 r. do zakończenia PPP dla portfela w dniu 31 marca 2014 r., w którym intensywność naruszenia była maksymalna, ponieważ jego skutki łączyły w sobie ograniczające aspekty UDAM (w przypadku obu pakietów) i UZF, w kontekście, w którym wyłączność wynikająca z PPP dla portfela w znacznym stopniu zmniejszała teoretyczne możliwości wspólnej preinstalacji na urządzeniach GMS;
- trzeci okres, trwający od dnia 31 marca 2014 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji, w którym, jak można uznać, dzięki PPP dla urządzeń konkurenci korzystali z większego marginesu swobody, niż mieli pod rządami PPP dla portfela, ale w którym należy jednocześnie uwzględnić również rozwój API, które zaostrzały skutki UZF w postaci wykluczenia.

1089 Istnienie tych okresów skłania Sąd do uwzględnienia, przy ustalaniu kwoty grzywny, następujących okoliczności.

1090 Przede wszystkim prawdą jest, jak podnosi spółka Google w ramach drugiej części zarzutu szóstego, że należy wziąć pod uwagę okoliczność, iż spontanicznie zakończyła PPP dla portfela z dniem 31 marca 2014 r., aby zastąpić je PPP dla urządzeń, a to z pewnością doprowadziło do zmniejszenia efektu zamknięcia wynikającego z preinstalacji na zasadzie wyłączności aplikacji Google Search i Chrome na niektórych urządzeniach GMS sprzedawanych w EOG.

1091 Jednakże zastosowanie dwóch stałych mnożników ogólnych – jednego dla wagi naruszenia, a drugiego dla czasu jego trwania – nie pozwala na uwzględnienie tej okoliczności, podobnie zresztą jak nie pozwala to na uwzględnienie faktu, że warunki preinstalowania określone w UDAM obejmowały Chrome dopiero od dnia 1 sierpnia 2012 r.

- 1092 Następnie należy również zauważyć, że skutki rozpatrywanych praktyk w drugim okresie były szczególnie znaczące, co należy również konkretnie wziąć pod uwagę, ponieważ skutki te wystąpiły w momencie krytycznym zarówno dla spółki Google, jak i jej konkurentów, a mianowicie w okresie rozwoju Internetu mobilnego.
- 1093 W tym czasie, mającym kluczowe znaczenie dla rozwoju wyszukiwarek internetowych wykorzystywanych za pomocą inteligentnych urządzeń mobilnych, stanowiące nadużycie praktyki spółki Google były szkodliwe dla jej konkurentów, dla których szczególnie ważna była obecność choćby na niewielkiej liczbie urządzeń. Ten punkt widzenia został przedstawiony na rozprawie w przekonujący sposób przez szereg konkurentów spółki Google interweniujących w postępowaniu.
- 1094 W celu ustalenia kwoty grzywny, przy dokonywaniu oceny ogólnego natężenia uczestnictwa spółki Google w tym naruszeniu Sąd weźmie zatem pod uwagę zarówno czas trwania poszczególnych aspektów jednolitego i ciągłego naruszenia, jak i różnice istniejące między poszczególnymi okresami, które wskazano powyżej.

c) Okoliczności łagodzące i obciążające

- 1095 Sąd uważa, że kontekst faktyczny niniejszej sprawy nie uzasadnia uwzględnienia na rzecz spółki Google okoliczności łagodzących czy też, przeciwnie, okoliczności obciążających.
- 1096 Jeśli chodzi o argumenty podniesione w tym względzie w ramach trzeciej części zarzutu szóstego, należy podkreślić przede wszystkim, że spółka Google nie może domagać się obniżenia grzywny przez to, że dopuściła się naruszenia wskutek niedbalstwa. Jak słusznie ustaliła Komisja w zaskarżonej decyzji i jak wynika z powyższych punktów, spółka Google popełniła naruszenie umyślnie, świadomie dążąc do osiągnięcia skutków, jakie rozpatrywane porozumienia mogły wywierać.
- 1097 Podobnie spółka Google nie może żądać obniżenia kwoty grzywny w zamian za rzekomo aktywną współpracę w toku postępowania administracyjnego. Prawdą jest, że w reakcji na wyrażone przez Komisję wątpliwości w zakresie konkurencji spółka Google spontanicznie zaproponowała pewne zobowiązania. Jednakże taka propozycja, sama w sobie, nie wykracza poza ciążące na spółce Google obowiązki prawne współpracy w trakcie postępowania administracyjnego i nie może z tego tylko powodu uzasadniać obniżenia grzywny ze względu na aktywną współpracę.
- 1098 Ponadto Sąd nie uważa za konieczne rozważenia innych okoliczności faktycznych mogących mieć wpływ na obniżenie lub podwyższenie kwoty grzywny.

d) Kwota grzywny oraz solidarna odpowiedzialność spółki Alphabet

- 1099 Na podstawie powyższych rozważań, a w szczególności umyślnej realizacji w istotnym okresie ogólnej strategii, której istnienia nie podważają błędy popełnione przez Komisję w odniesieniu do trzeciego rodzaju zachowań badanych w zaskarżonej decyzji, która to strategia w okresie trwania naruszenia miała skutki o zmiennym natężeniu, Sąd uważa, że waga naruszenia i czas jego trwania znajdują właściwie odzwierciedlenie, w szczególności w świetle zasady indywidualizacji kary nałożonej na spółkę Google, dzięki ustaleniu kwoty grzywny nałożonej na spółkę Google LLC na 4 125 000 000 EUR zamiast na 4 342 865 000 EUR.

1100 Ponadto należy przyjąć, że spółka Alphabet Inc., jako spółka dominującej, ponosi na zasadzie solidarności odpowiedzialność za mające znamiona naruszenia zachowanie spółki Google LLC od dnia 2 października 2015 r. do dnia 18 lipca 2018 r. ze względów wskazanych w zaskarżonej decyzji, które w ramach niniejszej skargi nie zostały zakwestionowane (motywy 1388, 1389 zaskarżonej decyzji). W niniejszej sprawie, zważywszy, że spółka Alphabet Inc. kontrolowała spółkę Google LLC przez 1013 dni podczas 2 748 dni jednolitego i ciągłego naruszenia, zostaje ona zobowiązana, na zasadzie odpowiedzialności solidarnej, do zapłaty kwoty 1 520 605 895 EUR.

e) Odpowiedni charakter sankcji

1101 Sąd uważa, że grzywna w wysokości 4 125 000 000 EUR jest odpowiednia w świetle wagi naruszenia. Jeśli chodzi o argumenty podniesione w tym względzie przez spółkę Google w ramach drugiej części zarzutu szóstego, należy, po pierwsze, podnieść, że wbrew temu, co twierdzi spółka Google, Komisja w ramach przysługującego jej uprawnienia do nakładania kar nie była zobowiązana do wykazania umiaru przy ustalaniu ich wysokości w celu uwzględnienia rzekomej nowości rozpatrywanych praktyk. Tak samo jest w przypadku wykonywania przez Sąd nieograniczonego prawa orzekania.

1102 Prawdą jest, że Komisja przeprowadza analizę konkurencyjną platformy Android po raz pierwszy. Jednakże oceny dotyczące rynków i pozycji dominującej zajmowanej na nich przez spółkę Google oraz nadużycia wskazane przez Komisję w zaskarżonej decyzji opierają się na analizach, które są dobrze znane prawu konkurencji. W zaskarżonej decyzji Komisja słusznie podkreśla, że karze szereg porozumień, których analiza wskazuje na klasyczne sytuacje sprzedaży wiązanej lub wyłączności między podmiotami gospodarczymi (motyw 1432 zaskarżonej decyzji).

1103 W przeciwieństwie do tego, co twierdzi spółka Google, niniejszej sprawie nie można zrównać ze sprawą zakończoną wyrokiem z dnia 3 lipca 1991 r., AKZO/Komisja (C-62/86, EU:C:1991:286), w którym Trybunał uwzględnił fakt, iż sankcja za stosowanie drapieżnych cen miała bezprecedensowy charakter i na tej podstawie obniżył kwotę grzywny, przy czym ten aspekt nie był zresztą jedynym uzasadnieniem owej obniżki.

1104 Identyczną interpretację należy przyjąć w odniesieniu do decyzji Komisji 93/82/EWG z dnia 23 grudnia 1992 r. dotyczącej postępowania na podstawie art. 101 [TFUE] (IV/32.448 i IV/32.450: Cewal, Cowak, Ukwal) i art. 102 [TFUE] (IV.32.448 i IV/32.450 – Cewal) (Dz.U. 1993, L 34, s. 20), na której opiera się spółka Google. Niewątpliwie w motywie 116 tej decyzji Komisja wzięła pod uwagę to, że okoliczność polegająca na tym, iż zainteresowane przedsiębiorstwa mogły nie wiedzieć o swoich obowiązkach wynikających z prawa konkurencji lub mogły nie doceniać wagi ukaranego naruszenia, może mieć wpływ na wysokość ustalonej grzywny.

1105 W niniejszej sprawie należy jednak zaznaczyć, po pierwsze, że przedsiębiorstwo o wielkości Google, posiadające znaczną siłę rynkową na rynkach, o których mowa w zaskarżonej decyzji, nie może nie znać swoich obowiązków wynikających z prawa konkurencji. Po drugie, z dokumentów wewnętrznych i oświadczeń spółki Google, na których opiera się Komisja, wynika jednoznacznie, że spółka ta miała pełną świadomość skutków praktyk zakwestionowanych w zaskarżonej decyzji (motywy 1343–1347).

1106 W niniejszej sprawie Sąd uważa również, że rozpatrywane zachowania były już niejednokrotnie przedmiotem wcześniejszej praktyki decyzyjnej Komisji, która też już została poddana kontroli przez sąd Unii, czy to w wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289), czy też w wyroku z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P,

EU:C:2017:632), w których dostarczono wyjaśnień co do kryteriów analizy, jakie należy zastosować przy ocenie tych różnego rodzaju zachowań. Nie można zatem uznać, że nałożona grzywna jest nieproporcjonalna, ponieważ nie uwzględnia rzekomej nowości rozpatrywanych praktyk.

- 1107 Po drugie, spółka Google twierdzi, że jej zachowanie miało niewielką wagę i wywołało skutki prokonkurencyjne. Zdaniem spółki Google nałożona grzywna powinna zatem odpowiadać wadze jej zachowania, ale już poza nią nie wykraczać.
- 1108 W tym względzie należy jednak uznać, że w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania Sąd przy określaniu wagi naruszenia w pełni uwzględnił wszystkie okoliczności towarzyszące temu naruszeniu, w tym podniesione przez strony argumenty na temat rozwoju i utrzymania systemu operacyjnego Android i jego „ekosystemu”, a to w celu zapewnienia zgodności grzywny z zasadą proporcjonalności.

f) Wystarczająco odstrasżający charakter sankcji przy uwzględnieniu rozmiaru przedsiębiorstwa

- 1109 Podobnie jak Komisja (motyw 1479 zaskarżonej decyzji), w niniejszej sprawie Sąd nie powinien podwyższać grzywny specjalnie w celu nadania jej odstrasżającego charakteru.
- 1110 Kwota grzywny, którą ustalił Sąd, należy uznać za konieczną nałożenia na spółkę Google grzywny, która będzie miała odstrasżający skutek.

g) Zgodność z pułapem 10% łącznego obrotu

- 1111 Kwota grzywny, którą Sąd ustalił w ramach wykonywania nieograniczonego prawa orzekania przyznanego mu w art. 31 rozporządzenia nr 1/2003, nie przekracza kwoty przewidzianej w art. 23 ust. 2 akapit drugi tego rozporządzenia, czyli 10% łącznego obrotu uzyskanego przez Alphabet Inc. w poprzedzającym roku obrotowym.
- 1112 Tak jest w przypadku zarówno roku obrotowego 2017, czyli roku obrotowego poprzedzającego nałożenie grzywny przez Komisję (zob. motyw 1481 zaskarżonej decyzji), jak i roku obrotowego 2021, czyli ostatniego dostępnego roku obrotowego, ponieważ od 2017 r. łączny obrót tej spółki stale wzrasta.

h) Wnioski w przedmiocie zmiany zaskarżonej decyzji

- 1113 Z powyższego wynika, że art. 2 zaskarżonej decyzji należy zmienić w ten sposób, że grzywna nałożona na spółkę Google LLC za jednolite i ciągłe naruszenie, o którym mowa w art. 1 zaskarżonej decyzji, za które spółka Alphabet Inc. jest solidarnie odpowiedzialna za okres od dnia 2 października 2015 r. do dnia wydania zaskarżonej decyzji, powinna zostać ustalona na 4 125 000 000 EUR.
- 1114 Biorąc pod uwagę okoliczności uwzględnione przez Sąd w ramach przysługującego mu nieograniczonego prawa orzekania, nie wydaje się konieczne wypowiedanie się w przedmiocie argumentów przedstawionych przez spółkę Google w odniesieniu do kwoty dodatkowej

odpowiadającej 11% wartości odnośnej sprzedaży dokonanej w 2017 r. (zob. motywy 1467, 1468 zaskarżonej decyzji), ponieważ Sąd nie uwzględnił takiego parametru w odniesieniu do tego roku obrachunkowego.

IV. W przedmiocie kosztów

- 1115 Zgodnie z art. 134 § 2 regulaminu postępowania, jeżeli więcej niż jedna strona przegrała sprawę, Sąd rozstrzyga o podziale kosztów. W niniejszej sprawie należy orzec, że każda ze stron głównych pokrywa własne koszty.
- 1116 Zgodnie z art. 138 § 3 regulaminu postępowania Sąd może zdecydować, że interwenient niewymieniony w §§ 1 i 2 tego artykułu pokrywa własne koszty. W niniejszej sprawie ADA, CCIA, Gigaset, HMD, Opera, BEUC, VDZ, BDZV, Seznam, FairSearch i Qwant pokrywają własne koszty.

Z powyższych względów

SĄD (szósta izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

- 1) **Stwierdza się nieważność art. 1, 3 i 4 decyzji Komisji C(2018) 4761 final z dnia 18 lipca 2018 r., dotyczącej postępowania na mocy art. 102 TFUE i art. 54 Porozumienia EOG (Sprawa AT.40099 – Google Android) w zakresie, w jakim dotyczą one czwartego z nadużyć, jakich dopuszczono się w ramach jednolitego i ciągłego naruszenia, polegającego na uzależnieniu zawierania z pewnymi producentami oryginalnych urządzeń i operatorami sieci mobilnych porozumień o podziale przychodów od preinstalowania na zasadzie wyłączności Google Search w predefiniowanym portfelu urządzeń.**

- 2) Kwota grzywny nałożonej na Google LCC w art. 2 decyzji Komisji C(2018) 4761 final za jednolite i ciągle naruszenie, którego spółka ta dopuściła się, jak wynika z pkt 1 powyżej, zostaje ustalona na 4 125 000 000 EUR, za zapłatę której Alphabet, Inc. ponosi odpowiedzialność solidarną do kwoty 1 520 605 895 EUR.
- 3) W pozostałym zakresie skarga zostaje oddalona.
- 4) Google LLC i Alphabet Inc. pokrywają własne koszty.
- 5) Komisja pokrywa własne koszty.
- 6) Application Developers Alliance, BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV, Europejska Organizacji Konsumentów (BEUC), Computer & Communications Industry Association, FairSearch AISBL, Gigaset Communications GmbH, HMD global Oy, Opera Norway AS, Qwant, Seznam.cz, a.s., i Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV pokrywają własne koszty.

Marcoulli

Frimodt Nielsen Schwarcz

Iliopoulos

Norkus

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 14 września 2022 r.

Podpisy

Spis treści

I.	Okoliczności powstania sporu	3
	A. Okoliczności faktyczne	3
	B. Postępowanie przed Komisją	4
	C. Zaskarżona decyzja	5
II.	Przebieg postępowania i żądania stron	6
	A. Wnioski o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenienta	6
	B. Przebieg postępowania, główne wnioski o zachowanie poufności i stan sprawy	7
	C. Żądania stron	8
III.	Co do prawa	9
	A. Uwagi wstępne	9
	1. W przedmiocie kontekstu handlowego ukaranych zachowań	10
	a) Model handlowy oparty na wyszukiwaniach za pomocą Google Search	10
	b) Praktyki przyjęte przy przejściu na Internet mobilny	11
	c) Jednolite naruszenie o wielu aspektach	11
	2. W przedmiocie zasad kontroli sądowej	13
	a) Dokładna kontrola wszystkich istotnych elementów	13
	b) Nieograniczone prawo orzekania w przedmiocie grzywny	15
	3. W przedmiocie przeprowadzenia dowodów i podniesionych w tym względzie zarzutów	16
	B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na błędnej ocenie definicji rynku i istnienia pozycji dominującej	18
	1. Kontekst	18
	a) Pojęcia rynku właściwego, pozycji dominującej i presji konkurencyjnej, w szczególności w kontekście „ekosystemu”	18
	b) Rynki odrębne, lecz połączone	20
	2. W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej dominacji licencjonowanych systemów operacyjnych dla inteligentnych urządzeń mobilnych	22
	a) W przedmiocie dopuszczalności części pierwszej	22

b)	W przedmiocie zasadności części pierwszej	23
1)	W przedmiocie presji konkurencyjnej ze strony nielicencjonowanych systemów operacyjnych	23
i)	W przedmiocie dowodów presji konkurencyjnej ze strony spółki Apple	24
	– Argumenty stron	24
	– Ocena Sądu	25
ii)	W przedmiocie uwzględnienia wyroku z dnia 22 października 2002 r., Schneider Electric/Komisja (T-310/01, EU:T:2002:254), i spójności z wcześniejszą praktyką decyzyjną	27
	– Argumenty stron	27
	– Ocena Sądu	27
iii)	W przedmiocie testu SSNDQ	30
	– Argumenty stron	30
	– Ocena Sądu	30
iv)	W przedmiocie lojalności użytkowników wobec ich systemów operacyjnych	31
	– Argumenty stron	31
	– Ocena Sądu	31
v)	W przedmiocie wrażliwości użytkowników na jakość systemu operacyjnego	33
	– Argumenty stron	33
	– Ocena Sądu	33
vi)	W przedmiocie kosztów przejścia na inny system operacyjny	35
	– Argumenty stron	35
	– Ocena Sądu	35
vii)	W przedmiocie wpływu polityki cenowej spółki Apple	36
	– Argumenty stron	36
	– Ocena Sądu	36
viii)	W przedmiocie zachowania dostawców aplikacji	37

– Argumenty stron	37
– Ocena Sądu	38
2) W przedmiocie presji konkurencyjnej ze strony licencji AOSP	38
i) Argumenty stron	38
ii) Ocena Sądu	39
3. W przedmiocie drugiej części zarzutu, dotyczącej dominacji sklepów z aplikacjami dla systemu Android	41
a) Argumenty stron	41
b) Ocena Sądu	42
4. W przedmiocie trzeciej części zarzutu, dotyczącej sprzeczności pomiędzy dominacją ogólnych wyszukiwarek internetowych oferowanych użytkownikom a teorią nadużycia, która dotyczy licencji na aplikację do wyszukiwania dla producentów oryginalnych urządzeń	44
a) Argumenty stron	44
b) Ocena Sądu	45
5. W przedmiocie względnego znaczenia dla sprawy konkurencji między ekosystemami ..	46
C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego pierwszych nadużyć, wywodzonego z błędnego charakteru oceny, czy określone w UDAM warunki preinstalowania miały charakter nadużycia	47
1. Kontekst	47
a) Pojęcia praktyki stanowiącej nadużycie, skutków w postaci wykluczenia oraz sprzedaży związanej, w szczególności w świetle wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft / Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289)	47
b) Zaskarżona decyzja	51
1) W przedmiocie trzech pierwszych przesłanek wymienionych w wyroku z dnia 17 września 2007 r., Microsoft/Komisja (T-201/04, EU:T:2007:289)	52
2) W przedmiocie przesłanki dotyczącej „ograniczenia konkurencji”	52
i) Pakiet Google Search/Play Store	52
ii) Pakiet Chrome/Play Store i Google Search	54
3) W przedmiocie przesłanki dotyczącej braku obiektywnego uzasadnienia	55
c) Komplementarność pierwszych nadużyć	55

2. W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej „ograniczenia konkurencji”	56
a) Preinstalacja i „efekt status quo”	57
1) Zaskarżona decyzja	57
2) Streszczenie argumentów stron	57
3) Ocena Sądu	58
i) Uwagi wstępne	58
– Brak praktycznego znaczenia zaproponowanego rozróżnienia	58
– Ilościowa waga warunków preinstalacji	59
ii) W przedmiocie niektórych oświadczeń i informacji przytoczonych w zaskarżonej decyzji	60
– Dowody pochodzące od spółki Google	60
– Dowody pochodzące od przedsiębiorstw trzecich	62
– Analiza Yandexu	67
– Porozumienie między Microsoftem i Verizonem	68
iii) W przedmiocie niektórych porównań dokonanych w zaskarżonej decyzji	69
– Badanie FairSearch	69
– Dane dostarczone przez Microsoft i dane Netmarketshare	70
– Porównanie przychodów Google pochodzących z urządzeń Android i iOS	71
iv) W przedmiocie określonych dowodów dotyczących Chrome	71
– Porównanie przychodów spółki Google osiągniętych za pośrednictwem Safari i za pośrednictwem Chrome	72
– Sondaż Operry	72
b) Możliwość preinstalowania lub ustawiania domyślnego ogólnych wyszukiwarek internetowych przez producentów oryginalnych urządzeń konkurencyjnych	73
1) Zaskarżona decyzja	73
2) Streszczenie argumentów stron	74
3) Ocena Sądu	75
i) Uwagi wstępne	75

ii)	W przedmiocie preinstalacji konkurencyjnych aplikacji	76
	– W przedmiocie aplikacji Google Search i jej konkurentów	76
	– W przedmiocie przeglądarki Chrome i jej konkurentów	77
	– W przedmiocie innych aplikacji	82
iii)	W przedmiocie podnoszonej sprzeczności między rozumowaniem dotyczącym PPP a twierdzeniem, że preinstalacja konkurencyjnych aplikacji nie daje korzyści	82
iv)	W przedmiocie interesu producentów oryginalnych urządzeń w preinstalowaniu konkurencyjnych aplikacji	84
	– W przedmiocie potencjalnych przychodów	85
	– W przedmiocie kosztów transakcyjnych	91
	– W przedmiocie jakości interakcji użytkownika z urządzeniem	92
	– W przedmiocie przestrzeni dyskowej	93
	– Wnioski	94
c)	Inne środki, poza preinstalacją, umożliwiające dotarcie do użytkowników	95
	1) Argumenty stron	95
	2) Ocena Sądu	97
	i) W przedmiocie pobierania aplikacji konkurencyjnych	97
	ii) W przedmiocie dostępu do konkurencyjnych ogólnych wyszukiwarek internetowych poprzez przeglądarkę	99
	iii) W przedmiocie mylenia przewagi konkurencyjnej i antykonkurencyjnego wykluczenia	100
	iv) Wnioski	100
d)	Niewykazanie powiązania między udziałami w ogólnej liczbie przypadków użycia i preinstalacją	100
	1) Argumenty stron	100
	2) Ocena Sądu	101
e)	Nieuwzględnienie kontekstu gospodarczego i prawnego	103
	1) Argumenty stron	103
	2) Ocena Sądu	104

3.	W przedmiocie drugiej części zarzutu, dotyczącej obiektywnego uzasadnienia	105
	a) Argumenty stron	105
	b) Ocena Sądu	106
D.	W przedmiocie zarzutu trzeciego, wywodzonego z błędnego charakteru oceny tego, czy warunek dotyczący preinstalacji na zasadzie wyłączności zapisany w PPP dla portfela miał charakter nadużycia	109
1.	Kontekst	109
	a) Zaskarżona decyzja	109
	1) W przedmiocie charakteru PPP dla portfela	109
	2) W przedmiocie zdolności PPP dla portfela do ograniczenia konkurencji	109
	3) W przedmiocie istnienia obiektywnego uzasadnienia	110
	b) W przedmiocie rozróżnienia między PPP dla portfela i PPP dla urzędzeń	111
	c) W przedmiocie podziału przychodów na podstawie PPP dla portfela	111
	d) W przedmiocie dowodu na to, że wypłata z tytułu wyłączności ma charakter nadużycia	112
2.	W przedmiocie pierwszej części zarzutu, dotyczącej charakteru PPP dla portfela	114
	a) Argumenty stron	114
	b) Ocena Sądu	114
3.	W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej braku uzasadnienia	115
4.	W przedmiocie części trzeciej zarzutu, dotyczącej stwierdzenia ograniczenia konkurencji	116
	a) W przedmiocie pokrycia i oddziaływania PPP dla portfela	116
	1) Zaskarżona decyzja	116
	2) Argumenty stron	117
	3) Ocena Sądu	119
	b) W przedmiocie zrównoważenia PPP dla portfela	122
	1) Zaskarżona decyzja	122
	2) Argumenty stron	124
	3) Ocena Sądu	127

i)	W przedmiocie kosztów, jakie można przypisać konkurentowi hipotetycznie co najmniej równie efektywnemu	128
ii)	W przedmiocie przychodów podlegających podziałowi przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego	130
iii)	W przedmiocie części wyszukiwań możliwej do zdobycia przez konkurenta hipotetycznie co najmniej równie efektywnego	131
iv)	W przedmiocie zasięgu preinstalowania aplikacji konkurenta hipotetycznie przynajmniej równie efektywnego	133
v)	W przedmiocie stosowania testu AEC w czasie	136
vi)	Wniosek w przedmiocie prawidłowości testu AEC	137
5.	Wnioski w przedmiocie prawidłowości uzasadnienia dotyczącego charakteru nadużycia PPP dla portfela	137
E.	W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego błędnej oceny tego, czy uzależnienie przyznania licencji na Play Store i Google Search od przestrzegania OZF, ma charakter nadużycia	138
1.	Uwagi wstępne dotyczące zakresu drugiego ze zidentyfikowanych w zaskarżonej decyzji nadużyć	138
2.	W przedmiocie części pierwszej, dotyczącej ograniczenia konkurencji	140
a)	Zaskarżona decyzja	140
b)	Argumenty stron	140
1)	Argumenty spółki Google	140
2)	Argumenty Komisji	142
c)	Ocena Sądu	143
1)	W przedmiocie istnienia praktyki	144
2)	W przedmiocie antykonkurencyjnego charakteru praktyki	145
i)	W przedmiocie antykonkurencyjnego charakteru zamierzonych celów ..	145
ii)	W przedmiocie ograniczenia konkurencji	146
–	W przedmiocie potencjalnego zagrożenia ze strony forków niekompatybilnych	146
–	W przedmiocie rzeczywistego wykluczenia niekompatybilnych forków Androida i antykonkurencyjnych skutków tego wykluczenia ..	147
3.	W przedmiocie części drugiej, dotyczącej istnienia obiektywnego uzasadnienia	151

a)	Zaskarżona decyzja	151
b)	Argumenty stron	152
1)	Argumenty spółki Google	152
2)	Argumenty Komisji	153
c)	Ocena Sądu	154
1)	W przedmiocie konieczności ochrony kompatybilności w ramach „ekosystemu Android” i zapobiegania „fragmentacji”	154
2)	W przedmiocie konieczności ochrony reputacji	155
3)	W przedmiocie konieczności wyeliminowania niezasłużonych korzyści	156
4)	W przedmiocie rozpoczęcia zachowania przed uzyskaniem pozycji dominującej i braku wprowadzenia w błąd	156
5)	W przedmiocie uwzględnienia prokonkurencyjnych skutków OZF	156
4.	Wniosek dotyczący oceny zarzutu czwartego	157
F.	W przedmiocie zarzutu piątego, opartego na naruszeniu prawa do obrony	158
1.	W przedmiocie części drugiej zarzutu piątego, dotyczącej naruszenia prawa dostępu do akt	158
a)	Argumenty stron	158
b)	Ocena Sądu	159
2.	W przedmiocie części pierwszej zarzutu piątego, dotyczącej odmowy przesłuchania ustnego w przedmiocie testu AEC	167
a)	Argumenty stron	167
b)	Ocena Sądu	167
G.	W przedmiocie konsekwencji płynących z badania pięciu pierwszych zarzutów i w przedmiocie zarzutu szóstego	173
1.	Zależność między pięcioma pierwszymi zarzutami i zarzutem szóstym, dotyczącym grzywny	174
2.	Wnioski dotyczące naruszenia po zbadaniu pierwszych pięciu zarzutów	174
3.	W przedmiocie zmiany grzywny	177
a)	Naruszenie popełnione umyślnie lub skutek niedbalstwa	178
b)	Uwzględnienie wagi i czasu trwania naruszenia	180

1) Uwzględnienie wartości sprzedaży jako danej początkowej	180
2) Uwzględnienie wagi naruszenia	183
3) Uwzględnienie czasu trwania naruszenia	184
4) Łączna ocena z uwzględnieniem intensywności	184
c) Okoliczności łagodzące i obciążające	186
d) Kwota grzywny oraz solidarna odpowiedzialność spółki Alphabet	186
e) Odpowiedni charakter sankcji	187
f) Wystarczająco odstrasżający charakter sankcji przy uwzględnieniu rozmiaru przedsiębiorstwa	188
g) Zgodność z pułapem 10% łącznego obrotu	188
h) Wnioski w przedmiocie zmiany zaskarżonej decyzji	188
IV. W przedmiocie kosztów	189