Kohtulahendite kogumik

ÜLDKOHTU OTSUS (esimene koda laiendatud koosseisus)

28. mai 2020 *

Konkurents – Koondumised – Traadita sidega seotud tegevus – Mobiilsideteenuste jaemüügiturg – Üldkasutatavatele mobiilsidevõrkudele juurdepääsu ja kõne algatamise hulgimüügiturg – Telefónica Europe'i omandamine Hutchisoni poolt – Otsus, millega tunnistatakse koondumine siseturuga kokkusobimatuks – Oligopoolne turg – Tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamine – Kooskõlastamata mõju – Tõendamiskoormis – Tõendamise nõue – Turuosad – Koondumise mõju hindadele – Kvantitatiivne analüüs eeldatavale hinnatõusule avaldatava surve kohta – Vahetud konkurendid – Tugev konkurentsisurve – Oluline konkurentsijõud – Võrgujagamise kokkulepped – Kontsentratsioonitase – Herfindahli-Hirschmanni indeks – Õigusnormi rikkumine – Hindamisviga

Kohtuasjas T-399/16,

CK Telecoms UK Investments Ltd, asukoht London (Ühendkuningriik), esindajad: advokaadid T. Wessely ja O. Brouwer, *solicitors* A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson ja K. Asakura ning B. Kennelly, *QC*,

hageja,

versus

Euroopa Komisjon, esindajad: T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski ja C. Urraca Caviedes,

kostja,

keda toetavad

Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik, esindajad: S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short ja A. Dadley, keda abistasid *barristers* R. Williams ja J. Morrison,

ja

EE Ltd, asukoht Hatfield (Ühendkuningriik), esindajad: *barrister* A. Lindsay ning *solicitors* C. Chapman ja J. Hulsmann,

menetlusse astujad,

* Kohtumenetluse keel: inglise.

mille ese on ELTL artikli 263 alusel esitatud nõue tühistada komisjoni 11. mai 2016. aasta otsus C(2016) 2796 final, millega koondumine, mis puudutab Telefónica Europe Plc omandamist Hutchison 3G UK Investments Ltd poolt, kuulutatakse kokkusobimatuks siseturuga (juhtum COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

ÜLDKOHUS (esimene koda laiendatud koosseisus),

koosseisus: koja president M. van der Woude, kohtunikud E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen ja U. Öberg (ettekandja),

kohtusekretär: ametnik S. Bukšek Tomac,

arvestades menetluse kirjalikku osa ning 2. ja 3. mai 2019. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

I. Vaidluse taust

1 Euroopa Komisjon sai 11. septembril 2015 vastavalt nõukogu 20. jaanuari 2004. aasta määruse (EÜ) nr 139/2004 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, L 24, lk 1; ELT eriväljaanne 08/03, lk 40) artiklile 4 teatise kavandatava koondumise kohta, mille raames CK Hutchison Holdings Ltd omandab oma kaudse tütarettevõtja Hutchison 3G UK Investments Ltd kaudu, kellest on saanud hageja CK Telecoms UK Investments Ltd, nimetatud määruse artikli 3 lõike 1 punkti b tähenduses täieliku kontrolli Telefónica Europe Plc (edaspidi „O2“) üle.

2 Käesoleva vaidluse aluseks olevate asjaolude asetleidmise ajal oli mobiilsideteenuste jaemüügiturul Ühendkuningriigis (edaspidi „jaemüügiturg“) neli mobiilsideoperaatorit: EE Ltd, mis on BT Group plc poolt 2016. aastal omandatud tütarettevõtja (edaspidi mõlemad koos „BT/EE“), O2, Vodafone ja CK Hutchison Holdingsi kaudne tütarettevõtja Hutchison 3G UK Ltd (edaspidi „Three“), kusjuures nende turuosad moodustasid vastavalt ligikaudu [30–40% abonentidest], [20–30% abonentidest], [10–20% abonentidest] ja [10–20% abonentidest]. Käesoleva vaidluse esemeks olev koondumine (edaspidi „tehing“, „koondumine“ või „kokkulepe“) oleks võimaldanud koondumisel tekkival üksusel, kes koondab Three ja O2 (edaspidi koos „koondumise pooled“), esindada ligikaudu [30–40%] jaemüügiturust ja saada seega turul juhtrolli endise turgu valitsenud ettevõtja BT/EE ja Vodafone'i ees.

3 Lisaks nendele mobiilsideoperaatoritele oli jaemüügiturul ka mitu virtuaalset mobiilsideoperaatorit nagu Tesco Mobile, Virgin Mobile ja TalkTalk, kes ei omanud võrke, mida nad kasutasid Ühendkuningriigi tarbijatele mobiilsideteenuste osutamiseks, ning kes olid seega sõlminud lepingud mõne mobiilsidevõrgu operaatoriga, et tema võrku hulgihinnaga kasutada. Tesco Mobile'is oli äriühingutel Tesco ja O2 võrdne osalus. Jaemüügiturul olid ka edasimüüjad (edaspidi koos virtuaalsete mobiilsideoperaatoritega „võrku mitteomavad mobiilsideoperaatorid“) ja sellised sõltumatud jaemüüjad nagu Dixons.

4 Selle turu üks tunnus oli see, et ühelt poolt BT/EE ja Three ning teiselt poolt Vodafone ja O2 olid võrgujagamise kokkulepetega oma võrgud ühiskasutusse võtnud. See võimaldas BT/EE-l ja Threel (MBNLi leping, edaspidi „MBNL“) ning Vodafone'il ja O2-l (Beaconi leping, edaspidi „Beacon“) vastavalt jagada oma võrkude kasutuselevõtukulud, konkureerides samal ajal jaemüügi tasandil.

5 Ühendkuningriik taotles 2. oktoobril 2015 Competition and Markets Authority (Ühendkuningriigi konkurentsi- ja turuamet) vahendusel, et koondumisasi antaks talle üle määruse nr 139/2004 artikli 9 lõike 2 punkti a alusel. Selles taotluses leiab Ühendkuningriik, et koondumine ähvardab märkimisväärselt takistada konkurentsi jaemüügiturul ning üldkasutatavatele mobiilsidevõrkudele juurdepääsu ja kõne algatamist hulgimüügiturul Ühendkuningriigis (edaspidi „hulgimüügiturg“). Lisaks väidab Ühendkuningriik, et just tema saab koondumist kõige paremini menetleda.

6 Komisjon võttis 4. detsembril 2015 vastu otsuse C(2015) 8534 final, mis käsitleb määruse nr 139/2004 artiklit 9 asjas M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK ja millega ta jättis üleandmistaotluse rahuldamata. Selles otsuses viitab ta eelkõige vajadusele ilmutada eri liikmesriikide telekommunikatsioonisektorites koondumiste hindamisel ühtsust ja ühetaolisust, samuti märkimisväärsele kogemusele, mille ta on omandanud koondumiste hindamisel Euroopa mobiilsidesektori turgudel.

7 Uurimise esimese etapi lõpus järeldas komisjon, et tehing tekitab tõsist kahtlust koondumise kokkusobivuses siseturuga, ja võttis 30. oktoobril 2015 vastu otsuse algatada määruse nr 139/2004 artikli 6 lõike 1 punktis c sätestatud menetlus.

8 Tuginedes uurimise teisele etapile, mis täiendas esimese etapi järeldusi, esitas komisjon 4. veebruaril 2016 vastuväited. Hageja esitas 26. veebruaril 2016 vastuväidete kohta oma kirjalikud seisukohad.

9 Vastuväidetes tuvastatud konkurentsiprobleemide kõrvaldamiseks esitas hageja 2. märtsil 2016 esimese kohustuste paketi.

10 Hageja taotlusel toimus ärakuulamine 7. märtsil 2016.

11 Hageja esitas 15. märtsil 2016 muudetud kohustused (edaspidi „teine kohustuste pakett“). Komisjon konsulteeris 18. märtsil 2016 turuosalistega teise kohustuste paketi küsimustes. Konsulteeriti esiteks Ühendkuningriigi olemasolevate ja potentsiaalsete mobiilsideteenuste osutajatega, telekommunikatsioonisektori taristuteenuste osutajatega ning ühendustega MVNO Europe ja iMVNOx ning teiseks riiklike telekommunikatsioonisektori reguleerimisasutustega, sealhulgas Ühendkuningriigi telekommunikatsioonisektori reguleerimisasutusega Ofcom (edaspidi „Ofcom“). Lisaks esitasid teise kohustuste paketi kohta oma seisukohad Ühendkuningriigi, Saksamaa ja Madalmaade riiklikud konkurentsiametid.

12 Komisjon saatis 17. ja 23. märtsil 2016 hagejale kirja, milles viidati komisjoni toimikus sisalduvatele täiendavatele tõenditele, mis toetavad esialgseid vastuväidetes esitatud järeldusi. Hageja esitas 29. märtsil ja 4. aprillil 2016 vastavalt kahe, 17. ja 23. märtsi 2016. aasta asjaolusid käsitleva kirja kohta kirjalikud märkused.

13 Pärast turuosalistega konsulteerimist esitas hageja 6. aprillil 2016 uue muudetud kohustuste paketi.

14 Koondumist käsitlev nõuandekomitee vaatas komisjoni otsuse eelnõu läbi 27. aprillil 2016 ja väljastas pooldava arvamuse.

15 Komisjon võttis 11. mail 2016 vastu otsuse C(2016) 2796 final, millega koondumine kuulutatakse kokkusobimatuks siseturuga (juhtum COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK) (edaspidi „vaidlustatud otsus“).

16 Vaidlustatud otsuse kokkuvõte avaldati 29. septembri 2016. aasta *Euroopa Liidu Teatajas* (ELT 2016, C 357, lk 15).

II. Vaidlustatud otsus

17 Vaidlustatud otsuses määratleb komisjon kaks asjaomast turgu: jaemüügiturg ja hulgimüügiturg.

18 Komisjon arendas välja kolm kahjustamisteooriat, mis kõik põhinevad „kooskõlastamata“ mõjul oligopoolsel turul.

19 Kaks esimest kahjustamisteooriat puudutavad jaemüügiturgu, samas kui kolmas puudutab hulgimüügiturgu.

20 Täpsemalt käsitleb esimene kahjustamisteooria jaemüügiturul avalduvat kooskõlastamata mõju, mis on seotud tugeva konkurentsisurve kõrvaldamisega. Sisuliselt leiab komisjon, et tehingust tulenev konkurentsi oluline vähenemine tooks tõenäoliselt kaasa mobiiltelefoniteenuste hindade tõusu Ühendkuningriigis ja selle, et piiratakse tarbijate valikut.

21 Teise kahjustamisteooria kohaselt, mis käsitleb võrgujagamisega seotud kooskõlastamata mõju jaemüügiturule, võiks tehing negatiivselt mõjutada ka Ühendkuningriigi tarbijatele osutatavate teenuste kvaliteeti, takistades mobiilsidevõrgu taristu arendamist Ühendkuningriigis.

22 Kolmas kahjustamisteooria käsitleb kooskõlastamata mõju, mis on seotud tugeva konkurentsisurve kõrvaldamisega hulgimüügiturul. Sellel turul osutavad neli mobiilsideoperaatorit hostimisteenuseid võrku mitteomavatele mobiilsideoperaatoritele, kes pakuvad omakorda abonentidele jaemüügiteenuseid. Eelkõige võib ostutehing komisjoni sõnul tuua hulgimüügiturul kaasa märkimisväärse kooskõlastamata mõju, mis tuleneb mobiilsideoperaatorite arvu kahanemisest neljalt kolmele, Three kui olulise konkurentsijõu kõrvaldamisest, sellest, et kaotatakse oluline konkurentsisurve, mida turuosalised varem üksteisele avaldasid, ja ülejäänud turuosalistele avaldatava konkurentsisurve vähenemisest.

23 Mis puudutab hageja väidetud kulude kokkuhoidu, siis komisjoni hinnangul ei ole see kontrollitav, ei tulene koondumise eripärast ega saa tarbijatele kasu tuua.

24 Vaidlustatud otsuse viimases osas uurib komisjon parandusmeetmeid, mille hageja oli kohustuste kujul välja pakkunud. Komisjon leidis, et teine kohustuste pakett ei kõrvalda loetletud konkurentsiprobleeme ning et 6. aprillil 2016 esitatud kolmas kohustuste pakett ei kõrvalda tuvastatud konkurentsiprobleeme täielikult ega ole kõigis aspektides ammendav ja tõhus.

25 Seetõttu tunnistas komisjon tehingu siseturuga kokkusobimatuks.

III. Menetlus

26 Hageja esitas hagiavalduse, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 25. juulil 2016.

27 Hageja esitas hagiavalduses menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse, mille eesmärk oli nõuda komisjonilt, et ta esitaks Üldkohtule teatud andmed tema toimikust, mis on vajalikud hagi läbivaatamiseks Üldkohtu poolt, kuid mis on hageja suhtes konfidentsiaalsed ja millega said haldusmenetluse käigus tutvuda üksnes hageja sõltumatud advokaadid või majanduskonsultandid.

28 BT/EE ja Ühendkuningriik esitasid Üldkohtu kantseleisse 1. detsembril 2016 avalduse astuda menetlusse komisjoni nõuete toetuseks.

29 Komisjon ja hageja esitasid Üldkohtu kantseleisse vastavalt 21. detsembril 2016 ja 5. jaanuaril 2017 oma seisukohad BT/EE ja Ühendkuningriigi menetlusse astumise avalduste kohta.

30 Komisjon esitas 31. jaanuaril 2017 kostja vastuse.

31 Kostja vastuses märkis komisjon, et tal ei ole vastuväiteid hagiavalduses esitatud menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse esemeks olevate dokumentide edastamise suhtes, kui kohaldatakse asjakohaseid konfidentsiaalsusmeetmeid vastavalt Üldkohtu kodukorra artikli 103 lõikele 3.

32 Hageja esitas 31. jaanuaril 2017 Üldkohtu kantseleisse ühelt poolt BT/EE ja teiselt poolt Ühendkuningriigi suhtes hagiavalduse konfidentsiaalsena käsitlemise taotlused ja hagiavalduse mittekonfidentsiaalsed versioonid.

33 Üldkohtu esimese koja president andis 16. märtsi 2017. aasta määrustega BT/EE-le ja Ühendkuningriigile loa astuda menetlusse komisjoni nõuete toetuseks ja loa edastada neile iga pooltele saadetud menetlusdokumendi mittekonfidentsiaalne versioon, kusjuures otsus konfidentsiaalsena käsitlemise taotluste põhjendatuse kohta tehakse edaspidi.

34 Üldkohus palus 16. märtsi 2017. aasta menetlustoimingu määrusega komisjonil esitada dokumendid, mis on hagiavalduses esitatud menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse esemeks. Komisjon esitas need dokumendid 3. aprillil 2017.

35 Üldkohus palus 17. märtsil 2017 kodukorra artiklis 89 ette nähtud menetlust korraldavate meetmete raames hagejal esitada BT/EE suhtes teabe konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse uus versioon.

36 Üldkohtu kantselei teatas 17. märtsi 2017. aasta kirjaga pooltele, et teise ringi menetlusdokumentide kohta tehakse otsus hiljem.

37 Hageja esitas 31. märtsil 2017 Üldkohtu kantseleisse uue versiooni teabe konfidentsiaalsena käsitlemise taotlusest BT/EE suhtes, samuti ühelt poolt BT/EE ja teiselt poolt Ühendkuningriigi suhtes kostja vastuse konfidentsiaalsena käsitlemise taotlused ja kostja vastuse mittekonfidentsiaalsed versioonid.

38 Esimese koja ettepanekul otsustas Üldkohus kodukorra artikli 28 alusel anda kohtuasi lahendamiseks laiendatud koosseisule.

39 Ühendkuningriik ja BT/EE esitasid 21. aprillil 2017 Üldkohtu kantseleisse vastuväited hageja esitatud konfidentsiaalsena käsitlemise taotlustele.

40 Poolte, nende esindajate ja ettekandja-kohtuniku osavõtul toimus 26. aprillil 2017 kohtumine, kus arutati konfidentsiaalsuse küsimusi ning võimalust keskenduda kohtuasjas poolte väidetele ja argumentidele.

41 Hageja esitas 10. mail 2017 oma seisukohad hagiavalduses esitatud menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse esemeks olevate dokumentide asjakohasuse kohta. Komisjon esitas 31. mail 2017 Üldkohtu kantseleisse BT/EE suhtes nende seisukohtade konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse ja seisukohtade mittekonfidentsiaalse versiooni.

42 Üldkohus palus 16. mail 2017 kodukorra artiklis 89 ette nähtud menetlust korraldavate meetmete raames pooltel esitada teatavad dokumendid ja esitas neile kirjalikud küsimused, millele palus vastata kirjalikult.

43 Pooled esitasid oma vastused 2. ja 16. juuni 2017. aasta seisukohtades ning repliigi lisas ja vasturepliigis vastavalt 4. juulil ja 31. oktoobril 2017. Hageja esitas muu hulgas BT/EE suhtes teabe konfidentsiaalsena käsitlemise taotluste muudetud versiooni. BT/EE ei esitanud ettenähtud tähtaja jooksul nende taotluste suhtes vastuväiteid. Lisaks teatasid hageja ja Ühendkuningriik, et nad on

sõlminud kokkuleppe, mille kohaselt hageja edastab toimikus leiduvate erinevate dokumentide konfidentsiaalsed versioonid Ühendkuningriigile. Pooled esitasid ka taotlused jätta teatavad andmed üldsusele avaldamata.

44 Hageja esitas 4. juulil 2017 Üldkohtu kantseleisse repliigi, millele oli lisatud BT/EE suhtes repliigi konfidentsiaalsena käsitlemise taotlus ja repliigi mittekonfidentsiaalne versioon ning taotlus jätta teatavad andmed üldsusele avaldamata. Vastuseks ühele 16. mai 2017. aasta menetlust korraldavale meetmele esitas hageja repliigi lisas tõendite lõpliku kokkuvõtte, täpsustades iga tõendi asjakohasust.

45 Komisjon esitas 28. augustil 2017 Üldkohtu kantseleisse BT/EE suhtes repliigi konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse ja repliigi mittekonfidentsiaalse versiooni.

46 Ühendkuningriik ja BT/EE esitasid 31. augustil 2017 menetlusse astuja seisukohad.

47 Komisjon esitas 18. septembril 2017 taotluse jätta teatavad repliiki puudutavad andmed üldsusele avaldamata.

48 Üldkohtu esimese koja president andis 26. septembri 2017. aasta määrustega loa edastada BT/EE-le, kelle suhtes komisjon oli esitanud teabe konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse, iga pooltele saadetud menetlusdokumendi mittekonfidentsiaalne versioon, kusjuures otsus nimetatud taotluste põhjendatuse kohta tehakse edaspidi.

49 Pooled esitasid 6. oktoobril 2017 taotluse jätta teatavad andmed üldsusele avaldamata ning BT/EE suhtes teabe konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse, mis puudutas Ühendkuningriigi menetlusse astuja seisukohti, koos vastavate mittekonfidentsiaalsete versioonidega. BT/EE ei esitanud ettenähtud tähtaja jooksul selle konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse suhtes vastuväiteid.

50 BT/EE kinnitas 20. oktoobril 2017, et tal ei ole vastuväiteid poolte esitatud repliigi konfidentsiaalsena käsitlemise taotlustele.

51 Komisjon esitas 31. oktoobril 2017 vasturepliigi. Vastuseks ühele 16. mai 2017. aasta menetlust korraldavale meetmele esitas komisjon vasturepliigi lisas tõendite lõpliku kokkuvõtte, täpsustades iga tõendi asjakohasust.

52 Pooled esitasid 28. novembril 2017 ühise taotluse jätta teatavad andmed üldsusele avaldamata ning ühise taotluse BT/EE suhtes vasturepliigi konfidentsiaalsena käsitlemiseks, lisades vastavad mittekonfidentsiaalsed versioonid. BT/EE ei esitanud ettenähtud tähtaja jooksul selle konfidentsiaalsena käsitlemise taotluse suhtes vastuväiteid.

53 Hageja esitas 31. oktoobril 2017 oma märkused BT/EE ja Ühendkuningriigi menetlusse astuja seisukohtade kohta. Komisjon teatas, et tal ei ole nende seisukohtade kohta märkusi. Pooled esitasid 14. detsembril 2017 Üldkohtu kantseleisse ühise taotluse hageja poolt BT/EE ja Ühendkuningriigi menetlusse astuja seisukohtade kohta esitatud märkuste BT/EE suhtes konfidentsiaalsena käsitlemiseks ning nende märkuste ühise mittekonfidentsiaalse versiooni, samuti ühise taotluse jätta teatavad andmed üldsusele avaldamata. BT/EE ei esitanud ettenähtud tähtaja jooksul nende taotluste suhtes vastuväiteid.

54 Hageja taotles 9. veebruaril 2018 Üldkohtu kantseleisse esitatud dokumendiga kohtuistungi korraldamist. Komisjon ei esitanud ettenähtud tähtaja jooksul kohtuistungi korraldamise kohta oma seisukohta.

55 Üldkohus esitas 17. aprillil ja 25. juulil 2018 kodukorra artiklis 89 ette nähtud menetlust korraldavate meetmete raames pooltele kirjalikud küsimused, millele palus vastata kirjalikult.

56 Pooled esitasid oma vastused 1., 2. ja 18. mail, 25. juunil, 13. juulil ning 8. ja 13. augustil 2018. Kuna hageja, BT/EE ja Ühendkuningriik olid esitanud oma esindajate allkirjastatud konfidentsiaalsuskohustuse avaldused, toimetati neile kätte hagiavalduses esitatud menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse esemeks olevad dokumendid. Hageja esitas oma märkused ka nende dokumentide kohta. Pooled esitasid seejärel taotluse käsitleda neid märkusi BT/EE, Ühendkuningriigi ja üldsuse suhtes konfidentsiaalsena ja märkuste ühised mittekonfidentsiaalsed versioonid. BT/EE ja Ühendkuningriik ei soovinud esitada nende dokumentide kohta märkusi.

57 Komisjon esitas oma seisukohad hageja märkuste kohta, mis puudutasid 23. novembri 2018. aasta hagiavalduses esitatud menetlust korraldava meetme või menetlustoimingu taotluse esemeks olevaid dokumente. Pooled esitasid seejärel taotluse käsitleda neid seisukohti BT/EE, Ühendkuningriigi ja üldsuse suhtes konfidentsiaalsena ning seisukohtade ühised mittekonfidentsiaalsed versioonid.

58 Hageja saatis 14. detsembril 2018 Üldkohtu kantseleisse kirja kohtuistungi korraldamise kohta. Kostja esitas oma märkused selle kirja kohta 8. veebruaril 2019.

59 Üldkohus palus 15. veebruari 2019. aasta menetlust korraldava meetme raames kohtuasja pooltel esitada kohtuistungi ettekande ühised mittekonfidentsiaalsed versioonid BT/EE ja avalikkuse jaoks. Pooled esitasid need versioonid 1. märtsil 2019.

60 Ettekandja-kohtuniku ettekande põhjal otsustas Üldkohus (esimene koda laiendatud koosseisus) 1. märtsil 2019 avada menetluse suulise osa.

61 Üldkohus palus 19. märtsi 2019. aasta menetlustoimingu määrusega komisjonil esitada teatud dokumendid. Komisjon esitas need dokumendid 2. aprillil 2019.

62 Menetlust korraldava meetmega esitas Üldkohus 19. märtsil 2019 pooltele kirjalikud küsimused, millele palus vastata kirjalikult. Pooled esitasid oma vastused 10. aprillil 2019. Pooled esitasid taotluse käsitleda neid seisukohti BT/EE ja üldsuse suhtes konfidentsiaalsena ning seisukohtade ühised mittekonfidentsiaalsed versioonid.

63 Hageja saatis 22. märtsil 2019 Üldkohtu kantseleisse kirja, milles palus kuulutada kohtuistung osaliselt kinniseks. Komisjon, BT/EE ja Ühendkuningriik esitasid oma seisukohad selle kirja kohta vastavalt 2., 3. ja 4. aprillil 2019.

64 Üldkohus võttis 15. aprillil 2019 menetlust korraldava meetme kohtuistungi kohta.

65 Hageja saatis 24. aprillil 2019 Üldkohtu kantseleisse kirja kohtuistungi korraldamise kohta. BT/EE esitas oma seisukohad selle kirja kohta 30. aprillil 2019.

66 Pärast 2. ja 3. mai 2019. aasta kohtuistungit saatis hageja 10. mail 2019 Üldkohtu kantseleisse kirja, mis sisaldas vastuseid kohtuistungil esitatud küsimustele. Pooled esitasid taotluse käsitleda seda kirja BT/EE ja üldsuse suhtes konfidentsiaalsena ning selle kirja ühised mittekonfidentsiaalsed versioonid.

67 Menetluse suuline osa lõpetati 27. juunil 2019.

IV. Poolte nõuded

68 Hageja palub Üldkohtul:

– tühistada vaidlustatud otsus;

– mõista kohtukulud, sealhulgas ka kõik menetlusse astumisega seotud kulud välja komisjonilt.

69 Komisjon, keda toetavad BT/EE ja Ühendkuningriik, palub Üldkohtul:

– jätta hagi rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

V. Õiguslik käsitlus

A. Õiguslik raamistik

70 Esimese väite esimese osa raames esitab hageja argumendid Üldkohtu poolt koondumiste valdkonnas teostatava kohtuliku kontrolli intensiivsuse kohta, määruse nr 139/2004 vastuvõtmise järel kohaldatava õigusliku raamistiku kohta ning komisjonil lasuva tõendamiskoormise ja tõendamisnõuete kohta, kui ta peab tõendama tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist vastavalt määruse nr 139/2004 artikli 2 lõikele 3.

71 Kuna need argumendid on asjakohased kõigi poolte esitatud väidete ja argumentide analüüsimisel, tuleb enne hageja ülejäänud väidete ja argumentide läbivaatamist analüüsida esimese väite esimest osa. Lisaks leiab Üldkohus, et on otstarbekas korrata ka mõningaid põhjendamiskohustust puudutavaid põhimõtteid.

1. Kohtuliku kontrolli intensiivsus koondumiste valdkonnas

72 Sissejuhatuseks olgu märgitud, et Euroopa Kohtu juurde Üldkohtu loomise ja kaheastmelise kohtu asutamise eesmärk oli esiteks parandada isikute kohtulikku kaitset, eelkõige seoses keeruliste asjaolude põhjalikku uurimist nõudvate hagidega, ja teiseks säilitada Euroopa Liidu õiguskorras kvaliteetne ja tõhus kohtulik kontroll, võimaldades Euroopa Kohtul keskenduda oma tegevuses oma põhiülesandele, milleks on tagada õiguse järgimine liidu õiguse tõlgendamisel ja kohaldamisel (vt selle kohta 17. detsembri 1998. aasta kohtuotsus Baustahlgewebe *vs.* komisjon, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punkt 41).

73 Liidu kohtusüsteemi ülesehituse puhul, kus Üldkohtu ülesanne on tuvastada faktilised asjaolud ja analüüsida vaidlust sisuliselt, jäävad ELTL artiklis 263 ette nähtud seaduslikkuse kontrolli piiridesse määruse nr 139/2004 alusel vastu võetud komisjoni otsuste kõik osad, mille põhjaliku kontrollimise Üldkohus tagab nii õiguslikult kui ka faktiliselt, lähtudes hagejate esitatud väidetest ja võttes arvesse kõiki nende esitatud tõendeid.

74 Tühistamishagi, millega kaasneb võimalus esitada Üldkohtu otsuse peale apellatsioonkaebus, pakub eriti sobivat menetluslikku raamistikku nii fakti- kui ka õigusküsimuste põhjalikuks ja võistlevaks läbivaatamiseks eelkõige niisugustes keerulistes valdkondades nagu konkurentsiõigus, nagu nähtub nõukogu 24. oktoobri 1988. aasta otsuse 88/591/ESTÜ, EMÜ, Euratom Euroopa ühenduste esimese astme kohtu asutamise kohta (EÜT 1988, L 319, lk 1; ELT eriväljaanne 01/01, lk 181) kolmandast põhjendusest (vt analoogia alusel 25. juuli 2018. aasta kohtuotsus Georgsmarienhütte jt, C-135/16, EU:C:2018:582, punkt 19).

75 Kuna vaidlustatud otsus on vastu võetud nimelt määruse nr 139/2004 artikli 8 alusel ja kujutab endast selle määruse artikli 2 rakendusakti konkreetse koondumise juhtumil, peab Üldkohus selle otsuse õiguspärasuse kontrollimisel analüüsima komisjoni seisukohta teatatud koondumise küsimustes, st ta peab hageja esitatud väidetest ja argumentidest lähtuvalt kontrollima, kuidas kohaldati õigust faktilistele

asjaoludele, ning otsustama, kas komisjoni hinnang teatatud koondumise mõju osas konkurentsile on põhjendatud (vt selle kohta 6. juuni 2002. aasta kohtuotsus Airtours *vs.* komisjon, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 53).

76 Nagu Euroopa Kohus on korduvalt selgitanud, peab liidu kohus isegi juhul, kui komisjon on andnud keerulisi hinnanguid, kontrollima mitte üksnes esitatud tõendite sisulist õigsust, usaldusväärsust ja sidusust, vaid ka kontrollima, kas kogutud tõendid sisaldavad kogu asjakohast teavet, mida keerulise olukorra hindamisel tuleb arvesse võtta, ja kas kõnealused tõendid võivad toetada järeldusi, mis nende pinnalt on tehtud (vt 15. veebruari 2005. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 39; vt ka 26. märtsi 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Itaalia, C-621/16 P, EU:C:2019:251, punkt 104 ja seal viidatud kohtupraktika).

2. Määrusega nr 139/2004 tehtud muudatuse ulatus

77 Hageja väidab, et komisjon rikkus õigusnormi, kui ta kehtestas vaidlustatud otsusega nii madala sekkumiskünnise, et tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise nõue on sisutühjaks muutunud. Komisjoni poolt käesolevas asjas kasutatud õigusliku kriteeriumi kohaldamine, mis põhineb tema enda vastu võetud horisontaalsete ühinemiste hindamise suunistel vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2004, C 31, lk 5; ELT eriväljaanne 08/03, lk 10; edaspidi „suunised“), võimaldaks tal takistada igasugust horisontaalset koondumist oligopoolsel turul.

78 Hagiavalduses palus hageja Üldkohtul selgitada kriteeriume, mida kohaldatakse „tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise“ tuvastamiseks, kui puudub nii turgu valitsev seisund kui ka pooltevaheline kooskõlastamine oligopoolsel turul.

79 Hageja sõnul ei vähendanud määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 sõnastuse muudatus, mis peaks hõlmama oligopoolsetel turgudel kooskõlastamata mõju juhtumeid, komisjoni sekkumiskünnist koondumiste valdkonnas.

80 Komisjon väidab, et määruse nr 139/2004 põhjendus 25 ei võimalda turu oligopoolse struktuuri alusel eeldada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist, ent märgib samas, et kuigi sellise struktuuri alusel ei saa teha ega ole käesoleval juhul tehtud mingeid järeldusi, väärivad oligopolid erilist tähelepanu.

81 Üldkohus osutab sellega seoses, et nõukogu 21. detsembri 1989. aasta määrusega (EMÜ) nr 4064/89 kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (EÜT 1989, L 395, lk 1; ELT eriväljaanne 08/01, lk 31), mis on nüüd asendatud määrusega nr 139/2004, kehtestati põhimõte, mille kohaselt ühenduse seisukohalt olulised koondumised, mis loovad või tugevdavad turgu valitsevat seisundit, mille tulemusena tõhus konkurents ühisel turul või selle olulises osas on märkimisväärselt takistatud, tuleb tunnistada siseturuga kokkusobimatuks, mida kinnitab ka määruse nr 139/2004 põhjendus 24.

82 Määruse nr 139/2004 põhjenduses 26 on täpsustatud, et tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine tuleneb üldjuhul turgu valitseva seisundi tekkimisest või tugevnemisest, ning selles on märgitud, et selleks, „[e]t võtta arvesse määruse […] nr 4064/89 alusel tehtud Euroopa kohtute ja komisjoni otsustes sisalduvaid juhtnööre, säilitades samas kooskõla konkurentsikahju standarditega, mida komisjon ja ühenduse kohtud on kohaldanud koondumise ja ühisturuga kokkusobivuse üle otsustades, tuleks [selles] määruses sätestada põhimõte, et ühenduse seisukohalt oluline koondumine, mis eelkõige turgu valitseva seisundi tekitamise või tugevdamise kaudu takistaks märkimisväärselt tõhusat konkurentsi ühisturul või selle olulises osas, tuleb kuulutada ühisturuga kokkusobimatuks“.

83 Lisaks on määruse nr 139/2004 artikli 2 lõikes 3, mis asendab määruse nr 4064/89 artikli 2 lõiget 3, nüüd sätestatud, et koondumine, mis eelkõige turgu valitseva seisundi tekitamise või tugevdamise kaudu takistab märkimisväärselt tõhusat konkurentsi siseturul või selle olulises osas, kuulutatakse siseturuga kokkusobimatuks.

84 Sellest tuleneb, et määruses nr 139/2004 sätestatud turgu valitseva seisundi tekkimise või tugevnemise tõendamine võib teatud juhtudel tähendada tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise tõendamist. See järeldus ei tähenda siiski mingil juhul seda, et teine kriteerium ühtib õiguslikult esimese kriteeriumiga, vaid üksnes seda, et samast kaubaturu asjaolude analüüsist võib tuleneda, et mõlemad kriteeriumid on täidetud (vt selle kohta 21. septembri 2005. aasta kohtuotsus EDP *vs.* komisjon, T-87/05, EU:T:2005:333, punkt 49).

85 Seni ei ole liidu kohus määrust nr 4064/89 või määrust nr 139/2004 sõnaselgelt tõlgendanud osas, mis puudutab selliste koondumiste kokkusobivust siseturuga, millel on kooskõlastamata mõju oligopoolsel turul.

86 Määruse nr 139/2004 ettevalmistavatest materjalidest ja artikli 2 lõike 3 sõnastusest (vt eelkõige määrsõna „eelkõige“) nähtub, et see säte võeti vastu järgmise kolme eesmärgi saavutamiseks.

87 Esiteks oli tegemist kontrolli kohaldamisala sisulise laiendamisega, mis võimaldab komisjonil oligopoolsete turgude konkreetses kontekstis käsitleda tehinguid, mis märkimisväärselt takistavad tõhusat konkurentsi, isegi kui need ei võimalda asjaomastel ettevõtjatel luua või tugevdada individuaalset või kollektiivset turgu valitsevat seisundit.

88 Teiseks oli määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 eesmärk säilitada ja isegi tugevdada turgu valitseva seisundi mõistet, tunnustades selle mõiste rolli liidus konkurentsiõigusega loodud süsteemis, nagu seda on tõlgendanud liidu kohus, st see peab võimaldama ametiasutustel sekkuda olukorras, mida iseloomustab ettevõtlusvabadus, kui nad puutuvad kokku tehingutega, mis – kui need oleksid tehtud – võimaldaks ühel või mitmel ettevõtjal kindlaks määrata konkurentsitingimused ja kõrvaldada konkurents turult täielikult või osaliselt, kartmata konkurentide ja tarbijate reaktsiooni.

89 Kolmandaks oli selle sätte eesmärk suurendada õiguskindlust ning muuta komisjoni koondumisanalüüs läbipaistvamaks ja etteaimatavamaks.

90 Nende asjaolude arvessevõtmiseks tuleb määruse nr 139/2004 artikli 2 lõiget 3 tõlgendada nii, et see säte lubab komisjonil teatavatel asjaoludel keelata oligopoolsetel turgudel koondumised, mis küll ei tekita ega tugevda individuaalset või kollektiivset turgu valitsevat seisundit, kuid võivad mõjutada konkurentsitingimusi turul ulatuses, mis on võrreldav valitseva seisundi mõjuga, andes koondumisel tekkivale üksusele õigused, mis võimaldavad tal ise kindlaks määrata konkurentsiparameetrid ja eelkõige kehtestada hinnad, selle asemel, et nendega nõustuda.

91 Kuna liidu seadusandja ei ole määruse nr 139/2004 kohaldamisala sellise laiendamise tingimusi ja piire siiski täpsustanud, tuleb seda tõlgendada määruse eesmärke silmas pidades.

92 ELL artikli 3 lõikes 3 on täpsustatud, et liit rajab siseturu, mis vastavalt Lissaboni lepingule (ELT 2010, C 83, lk 309) lisatud 27. protokollile siseturu ja konkurentsi kohta, millel on ELL artikli 51 kohaselt aluslepingutega samasugune õigusjõud, hõlmab süsteemi, mis tagab, et konkurentsi siseturul ei kahjustata.

93 Nii kuulub määrus nr 139/2004 samamoodi nagu ELTL artiklid 101 ja 102 konkurentsieeskirjade hulka, mis, nagu ELTL artikli 3 lõike 1 punktis b sätestatud, on siseturu toimimiseks vajalikud. Nimelt on nende eeskirjade eesmärk vältida konkurentsimoonutusi, mis võivad kahjustada üldisi huve ning

üksikute ettevõtjate ja tarbijate huve, aidates nii kaasa heaolule liidus (vt analoogia alusel 17. veebruari 2011. aasta kohtuotsus TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punktid 20–22, ja 12. detsembri 2018. aasta kohtuotsus Servier jt *vs.* komisjon, T-691/14, edasi kaevatud, EU:T:2018:922, punkt 238).

94 Kindlalt väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on määruse nr 139/2004 eesmärk tagada, et äriühingute ümberkorraldamine ei kahjustaks konkurentsi püsivalt. Määruse nr 139/2004 põhjenduste 5, 6 ja 8 kohaselt peab liidu õigus sisaldama sätteid selliste koondumiste reguleerimiseks, mis võivad märkimisväärselt takistada tõhusat konkurentsi siseturul või selle olulises osas ning mis võimaldavad tõhusalt kontrollida kõiki koondumisi, lähtudes nende mõjust konkurentsi struktuurile liidus (7. septembri 2017. aasta kohtuotsus Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 21, ja 31. mai 2018. aasta kohtuotsus Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 41).

95 Täpsemalt tuleb sedastada, et määruse nr 139/2004 põhjenduses 25 on märgitud, et „teatavates tingimustes võivad ühinevate poolte varasemate vastastikuste konkurentsipiirangute kadumist ning allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve nõrgenemist põhjustavad koondumised ka oligopoli liikmete vahelise kooskõlastamise ebatõenäolisuse korral tuua kaasa tõhusa konkurentsi märkimisväärse nõrgenemise“.

96 Määruse nr 139/2004 artikli 2 lõiget 3 tuleb seega tõlgendada, arvestades põhjendust 25, mis näeb ette kaks kumulatiivset tingimust, et koondumisest tingitud kooskõlastamata mõju saaks teatavates tingimustes põhjustada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist: esiteks „koondumise poolte teineteisele avaldatava tugeva konkurentsisurve kõrvaldamine“ ja teiseks „allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve nõrgenemine“.

97 Sellest tuleneb, et ainuüksi allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve nõrgenemisest põhimõtteliselt ei piisa, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist kooskõlastamata mõjul põhineva kahjustamisteooria raames.

98 Just neid kaalutlusi silmas pidades tuleb täpsustada, et komisjon tugines vaidlustatud otsuses mõistetele „kooskõlastamata mõju“, „vahetu konkurents“, „allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve nõrgenemine“ ja „oluline konkurentsijõud“, mis ei sisaldu mitte määruse nr 139/2004 artikli 2 lõikes 3, vaid üksnes selle põhjenduses 25 ja suunistes.

99 Sellega seoses nähtub kohtupraktikast, et komisjon on suuniste ja teatistega, mille ta on vastu võtnud koondumiste kontrolli valdkonnas, sidunud end niivõrd, kuivõrd need ei kaldu kõrvale aluslepingu ja määruse nr 139/2004 normidest (vt 7. juuni 2013. aasta kohtuotsus Spar Österreichische Warenhandels *vs.* komisjon, T-405/08, ei avaldata, EU:T:2013:306, punkt 58 ja seal viidatud kohtupraktika).

100 Lisaks, kuigi komisjoni varasemate otsuste praktika või suuniste sisu võib olla hea lähtepunkt ja võib vaieldamatult pakkuda huvi käesolevas asjas, ei saa need üksi Üldkohtu analüüsi aluseks olla. Komisjoni suunised, nagu ka tema varasem praktika, ei saa nimelt mingil juhul olla siduvad liidu kohtule, kes ainsana on pädev tõlgendama liidu õigust, rakendades ELL artiklit 19, vaid need annavad lihtsalt teada, kuidas komisjon kui haldusorgan asjasse puutuvaid õigusnorme – eelkõige määrust nr 139/2004 majanduslikust aspektist – tõlgendab ja liidu konkurentsiasutusena tegutsedes kohaldab (vt selle kohta 7. märtsi 2002. aasta kohtuotsus Itaalia *vs.* komisjon, C-310/99, EU:C:2002:143, punkt 52; 1. oktoobri 2015. aasta kohtuotsus Electrabel ja Dunamenti Erőmű *vs.* komisjon, C-357/14 P, EU:C:2015:642, punkt 68, ja 13. detsembri 2017. aasta kohtuotsus Crédit mutuel Arkéa *vs.* EKP, T-712/15, EU:T:2017:900, punkt 75).

101 Nendest kaalutlustest ei tulene siiski, et Üldkohus ei saa liidu õiguse tõlgendamise ülesande raames võtta üle komisjoni otsustuspraktikas või tema suunistes sisalduvaid majanduslikke või õiguslikke juhiseid ja hinnanguid.

102 Nagu rõhutab komisjon suuniste punktis 24, mis käsitleb kooskõlastamata mõju, võib koondumine märkimisväärselt takistada tõhusat konkurentsi turul, kõrvaldades ühele või mitmele müüjale avaldatava olulise konkurentsisurve, mille tagajärjel nende turuvõim suureneb. Koondumise kõige otsesem mõju on konkurentsi kadumine ühinevate äriühingute vahel. Näiteks kui üks ühinevatest äriühingutest oleks enne ühinemist oma hinda tõstnud, oleks ta osa läbimüügist teisele ühinevale äriühingule kaotanud. Ühinemisega see piirang kaob.

103 Ka need samal turul tegutsevad äriühingud, mis ei ühine, võivad ühinemisest tulenevast konkurentsisurve vähenemisest kasu saada, sest ühinevate äriühingute hinnatõus võib suunata osa nõudlusest konkurentidele, kes võivad omakorda leida, et oleks tulus hindu tõsta. Sellise konkurentsisurve vähendamine võib asjaomasel turul tuua kaasa olulise hinnatõusu.

104 Nagu rõhutab komisjon suuniste punktis 28, mis käsitleb juhtumit, kus koondumise pooled on „vahetud konkurendid“, on selle analüüsi puhul võtmetegur asjaolu, et koondumise poolte vaheline rivaliteet on olnud turul oluline konkurentsi allikas.

105 Määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 sellist tõlgendust silmas pidades tulebki üksteise järel analüüsida hageja esimest, kolmandat ja neljandat väidet, mis puudutavad vaidlustatud otsuses komisjoni poolt välja arendatud kolme kahjustamisteooriat.

3. Tõendamiskoormis ja tõendamistase koondumiste valdkonnas

106 Kohtuistungi jaoks ja selle käigus paluti pooltel esitada oma seisukoht Üldkohtus tõendamiskoormise jaotuse ja tõendamisnõuete kohta koondumiste valdkonnas ning käesolevas asjas.

107 Üldkohus märgib, et koondumise siseturuga kokkusobimatuks tunnistamiseks peab komisjon määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 kohaselt tõendama, et teatatud koondumine takistaks märkimisväärselt, eelkõige turgu valitseva seisundi tekkimise või tugevdamise kaudu, tõhusat konkurentsi siseturul või selle olulises osas (6. juuli 2010. aasta kohtuotsus Ryanair *vs.* komisjon, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 26).

108 Seoses koondumiste kontrolli menetlustega olgu märgitud, et selles valdkonnas vajalik tulevikuanalüüs seisneb analüüsimises, kuidas koondumine võib muuta konkreetsel turul konkurentsiolukorda ja -struktuuri kujundavaid tegureid. Seda liiki analüüs nõuab erinevate põhjuse ja tagajärje ahelate ettekujutamist, et võtta arvesse neid, mille tõenäosus on kõige suurem (vt selle kohta 16. jaanuari 2019. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 32).

109 Nagu hageja õigesti rõhutas, ei erine nõue tõendada kooskõlastamata mõju esinemist oligopoolsel turul oluliselt nõudest, mis on kohaldatav kooskõlastatud mõju tuvastamisel. Kui see nii ei oleks, tekib oht, et komisjon kvalifitseerib faktilisi asjaolusid nii, et tema suhtes kohaldataks Üldkohtus kõige soodsamaid tõendamisnõudeid.

110 Tuleb täheldada, et koondumise korral tõhusa konkurentsi ühe või mitme märkimisväärse takistuse põhjendamiseks esitatud ühe või mitme kahjustamisteooria sisemine keerukus on asjaolu, mida tuleb arvesse võtta selle koondumise erinevate tagajärgede hindamisel, et teha kindlaks kõige tõenäolisem tagajärg, kuid see keerukus iseenesest ei mõjuta nõutud tõendite taset (vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).

111 Ent mida kaugemat tulevikku analüüs käsitleb ja mida raskemini tajutavad, ebakindlamad ja raskemini tõendatavad on põhjuse ja tagajärje seosed, seda olulisem on nende tõendite kvaliteet, mida komisjon esitab tõendamaks, et otsus, millega koondumine tunnistatakse siseturuga kokkusobimatuks, on vajalik (vt selle kohta 15. veebruari 2005. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87,

punkt 44). Teisisõnu, mida keerulisem või ebakindlam on kahjustamisteooria, mis on esitatud tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise esinemise põhjendamiseks seoses koondumisega, või mida raskemini tõendatavast põhjuse ja tagajärje seosest see tuleneb, seda nõudlikum peab olema liidu kohus komisjoni poolt selle kohta esitatud tõendite konkreetsel hindamisel.

112 Veel nähtub kohtupraktikast, et prognoos, mis on vajalik koondumiste kontrollimisel, tuleb koostada eriti hoolikalt, kuna tegemist ei ole minevikusündmuste uurimisega, mille kohta on sageli palju tõendeid, mis võimaldavad mõista sündmuste põhjusi, jutt ei ole ka parajasti käimasolevatest sündmustest, vaid asi seisneb tulevikus suurema või väiksema tõenäosusega asetleidvate sündmuste prognoosimises, kui ei võeta vastu otsust kavandatava koondumise keelamise või selle tingimuste täpsustamise kohta (vt selle kohta 15. veebruari 2005. aasta kohtuotsus komisjon *vs.* Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 42).

113 See analüüs nõuab esiteks, et hinnataks tulevikus aset leidvat käitumist, mida komisjon eeldab ühinemisel tekkivalt üksuselt ja teistelt ettevõtjatelt pärast koondumist (vt selle kohta 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsus General Electric *vs.* komisjon, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 464), hinnates kõnealuse tehingu majanduslikku arengut, mis on kõige tõenäolisem (vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).

114 Üldkohus osutab ühtlasi väljakujunenud kohtupraktikale, mille kohaselt võib komisjon koondumise siseturuga kokkusobimatuks kuulutada vaid siis, kui tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine on koondumise otsene ja vahetu tagajärg. Takistamist, mis tuleneb koondumisel tekkinud üksuse tulevikus tehtavatest otsustest, saab käsitada koondumise otsese ja vahetu tagajärjena juhul, kui tulevikus aset leidva tegevuse muudab võimalikuks ja majanduslikult mõistlikuks turu tunnuste ja struktuuri muutmine koondumisega (vt 11. detsembri 2013. aasta kohtuotsus Cisco Systems ja Messagenet *vs.* komisjon, T-79/12, EU:T:2013:635, punkt 118 ja seal viidatud kohtupraktika).

115 Seda hinnangut tuleb seejärel täiendada asjaomase turu tulevikuanalüüsiga, hinnates küsimust, kas see tulevikus aset leidev käitumine toob endaga tõenäoliselt kaasa olukorra, kus tõhus konkurents asjaomasel turul on märkimisväärselt takistatud (vt selle kohta 6. juuni 2002. aasta kohtuotsus Airtours *vs.* komisjon, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 59).

116 Seega peab komisjon järgmiseks just vastavalt hinnangule, millist majanduslikku tagajärge saab kõige tõenäolisemalt asjaomasele koondumisele omistada, tõendama, et koondumine takistab tõenäoliselt ja märkimisväärselt tõhusat konkurentsi asjaomasel turul (vt selle kohta 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsus General Electric *vs.* komisjon, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 364).

117 Kuna analüüsi teine etapp, mille komisjon peab läbi viima, on oletustel põhineva hinnangu tulemus, ei saa nõuda, et esitataks tõendeid selle kohta, et hindamise raames arvesse võetud kahjustamisstsenaariumid ja -teooriad lähevad vältimatult täide. Kahjustamisstsenaariumid ja -teooriad peavad siiski kõigi asjakohaste tegurite analüüsi põhjal tunduma piisavalt realistlikud ja usutavad ega saa seega olla vaid teoreetiliselt mõeldavad.

118 Analüüsides tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist, mille esinemine järeldub tõendite ja kaudsete tõendite kogumist ja mis põhineb mitmel kahjustamisteoorial, peab komisjon esitama piisavalt tõendeid, et arvestatava tõenäosusega tõendada, et koondumise tagajärjel tekivad märkimisväärsed takistused. Seega on käesolevas asjas kohaldatav tõendamise nõue rangem nõudest, mille kohaselt on tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine „tõenäosuste kaalumise“ põhjal „pigem tõenäoline kui ebatõenäoline“, nagu väidab komisjon. Seevastu on see leebem kui see, mis põhineb „põhjendatud kahtluse puudumisel“ (vt selle kohta kohtujurist Tizzano ettepanek kohtuasjas komisjon *vs.* Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, punktid 72–77, ja kohtujurist Jääskineni ettepanek kohtuasjas

Prantsusmaa *vs.* komisjon, C-559/12 P, EU:C:2013:766, punktid 34 ja 35; vt vastupidine kohtujurist Kokott'i ettepanek kohtuasjas Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punktid 209–211).

119 Neid kaalutlusi arvestades tuleb analüüsida hageja poolt hagi põhjenduseks esitatud argumente ja eelkõige komisjoni esitatud kolme kahjustamisteooriat.

4. Põhjendamine

120 Üldkohus märgib, et komisjon ei ole määruse nr 139/2004 alusel vastu võetud otsuste põhjendamisel kohustatud võtma seisukohta kõigi talle esitatud tõendite ja argumentide, sealhulgas antava hinnangu suhtes selgelt teisejärguliste tõendite ja argumentide kohta, et eristada põhisisu kõrvalistest küsimustest.

121 Seevastu peab ta selgelt ja lühidalt esitama määrava tähtsusega faktilised asjaolud ning õiguslikud ja majanduslikud kaalutlused, samuti tõendid, millel on koondumist käsitleva otsuse ülesehituses sisuline tähtsus. Ühtlasi peab põhjendus olema loogiline ja ilma sisemise vastuoluta (vt selle kohta 10. juuli 2008. aasta kohtuotsus Bertelsmann ja Sony Corporation of America *vs.* Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 169).

122 Väljakujunenud kohtupraktikast nähtub veel, et Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 36 esimese lause ja artikli 53 esimese lõigu alusel Üldkohtule pandud põhjendamiskohustus ei nõua, et kohus esitaks ammendava ja üksikasjaliku ülevaate menetluspoolte kõikidest väidetest ja argumentidest (vt 21. juuli 2011. aasta kohtuotsus Evropaïki Dynamiki *vs.* EMSA, C-252/10 P, ei avaldata, EU:C:2011:512, punkt 46 ja seal viidatud kohtupraktika).

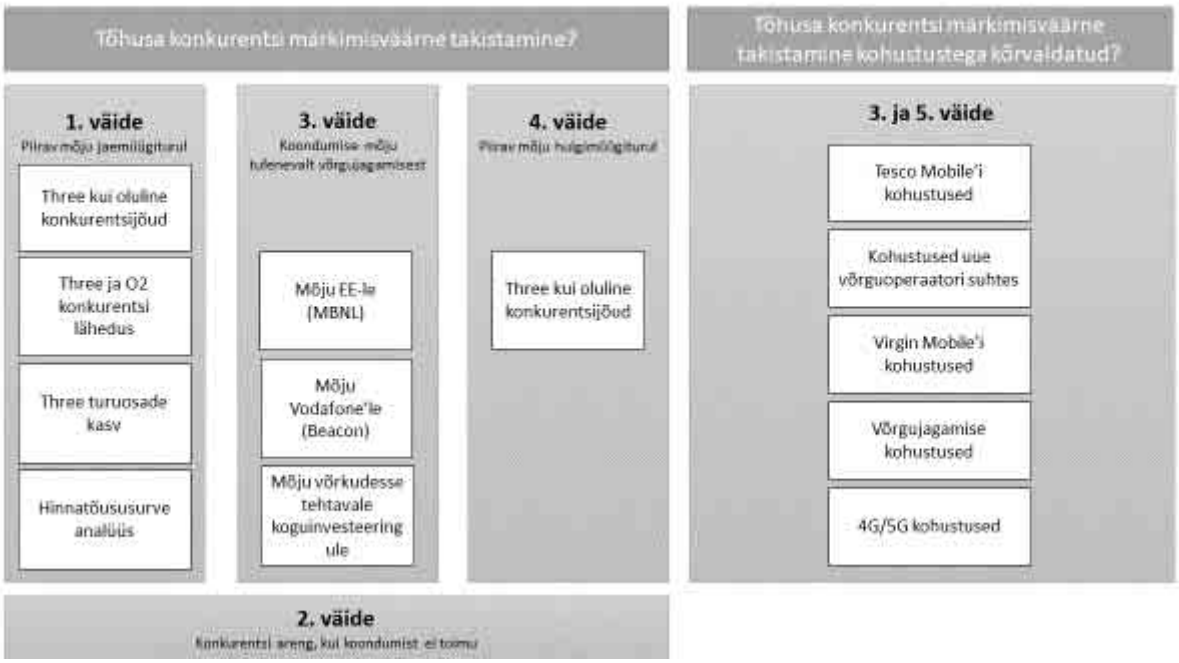
123 Menetlusökonoomiat silmas pidades ja korrakohase õigusemõistmise põhimõtet järgides võib liidu kohus hagi lahendada ilma, et ta tingimata võtaks seisukoha kõigi väidete ja argumentide suhtes, mis pooled on esitanud.

B. Hagi väidete ja ülesehituse kokkuvõte

124 Hageja esitab hagiavalduses viis väidet. Ta vaidlustab üksteise järel vaidlustatud otsuses välja toodud kolm kahjustamisteooriat ning komisjoni järeldused kohustuste kohta, mis ta endale võttis selle institutsiooni tõstatatud probleemide lahendamiseks.

125 Esimene ja neljas väide käsitlevad vastavalt komisjoni esimest ja kolmandat kahjustamisteooriat, mis puudutavad Three ja O2 vahelise konkurentsi kaotamist jaemüügiturul (esimene väide) ja hulgimüügiturul (neljas väide). Teine väide käsitleb komisjoni hinnangut vastupidise stsenaariumi kohta, millel põhines jae- ja hulgimüügituru hinnang. Kolmas väide käsitleb teist kahjustamisteooriat jaemüügituru kohta, mis puudutab võrgujagamist ja võrgujagamisega seotud kohustusi. Viies väide puudutab ülejäänud kohustusi.

126 Vaidlustatud otsuse ja hagiavalduse ülesehituse vastastikust suhestatust kajastab alljärgnev skeem, mille esitas hageja.



127 Seega tuleb kõigepealt üksteise järel analüüsida hageja esimest, kolmandat ja neljandat väidet, mis puudutavad komisjoni esitatud kolme kahjustamisteooriat, ning seejärel teist ja viiendat väidet.

C. Esimene kahjustamisteooria, mis puudutab kooskõlastamata mõju jaemüügiturul

1. Vaidlustatud otsuse kokkuvõte

128 Esimese kahjustamisteooria raames tugineb komisjon Three ja O2 tugevale konkurentsisurvele, nende tihedale konkurentsisuhtele, nende turuosadele ja sellele, et koondumisel tekkival üksusel on stiimul hinnatõusuks, samuti tema konkurentide konkurentsivõimele, et järeldada vaidlustatud otsuse põhjenduses 1226, et koondumine „võib kaasa tuua kooskõlastamata konkurentsivastast mõju jaemüügiturul“.

129 Eelkõige toob komisjon esile, et Three ja O2 on ainsad mobiilsideoperaatorid Ühendkuningriigis, kelle turuosad on viimastel aastatel pidevalt kasvanud (vaidlustatud otsuse põhjendused 330–406), ning et neil on tihe konkurentsisuhe omavahel ja teiste mobiilsideoperaatoritega (vaidlustatud otsuse põhjendused 407–463).

130 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 468–681 leiab komisjon, et enne koondumist oli Three „oluline konkurentsijõud“ suuniste punkti 37 tähenduses või avaldas igal juhul tugevat konkurentsisurvet. Tegemist on nimelt kõige agressiivsema ja uuenduslikuma ettevõtjaga, kes pakkus otsemüügikanali kõige konkurentsivõimelisemaid hindu ja hakkas pakkuma ilma lisatasuta 4G-tehnoloogiat, mis sundis tema konkurente loobuma 4G lisatasu eest müümise strateegiast.

131 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 682–776 leiab komisjon, et tehingu toimumata jäämise korral jätkaks Three tõenäoliselt jõulise konkurentsisurve avaldamist, kuna ta on finantsiliselt kindlas seisus ja on ebatõenäoline, et tal ilmneksid suutlikkuspuudujäägid, nagu on selgitatud vaidlustatud otsuse C lisas, mis on otsuse lahutamatu osa.

132 Samuti leiab komisjon, et O2 avaldas enne koondumist jõulist konkurentsisurvet ja tõenäoliselt avaldab seda tehingu toimumata jäämise korral jätkuvalt (vaidlustatud otsuse põhjendused 778–872).

133 Tehinguga kõrvaldataks konkurentsipiirangud, mida Three ja O2 teineteisele ja muudele mobiilsideoperaatoritele põhjustavad, mis tooks jaemüügiturul kaasa konkurentsi olulise nõrgenemise. Eelkõige näib tõenäoline, et koondumisel tekkiv üksus tõstaks hindu (vaidlustatud otsuse põhjendused 873–906).

134 Komisjon teeb sama järelduse ka hindade kontekstis konkurentsi kõrvaldamise võimaliku mõju kvantitatiivsel hindamisel jaemüügiturul (vaidlustatud otsuse põhjendused 1191–1225), mida on üksikasjalikult kirjeldatud vaidlustatud otsuse A lisas, mis on otsuse lahutamatu osa.

135 Komisjon leiab, et tehing avaldab tõenäoliselt negatiivset mõju ülejäänud mobiilsideoperaatorite konkurentsivõimele. Tehing häiriks kindlasti olemasolevate võrgu jagamise kokkulepete nõuetekohast toimimist. Komisjon leiab samuti, et arvestades BT/EE ja Vodafone'i senist tegevust ning praegust strateegiat ja positsioneerimist, on väga tõenäoline, et nad järgnevad koondumisel tekkiva üksuse hinnatõusudele (vaidlustatud otsuse põhjendused 907–960).

136 Mis puutub võrku mitteomavatesse mobiilsideoperaatoritesse, siis nende konkurentsi- ja innovatsioonivõime on piiratud (vaidlustatud otsuse põhjendused 961–1148).

2. Esimese väite ja esimese kahjustamisteooria põhjendamiseks esitatud peamiste tõendite kokkuvõte

137 Esimese väitega kinnitab hageja, et komisjon rikkus vaidlustatud otsuses õigusnorme, tegi ilmseid hindamisvigu ning rikkus olulisi menetlusnorme esiteks „olulise konkurentsijõu" kriteeriumi tõlgendamisel ja kohaldamisel Three suhtes (teine osa), teiseks seoses tiheda konkurentsisuhtega (kolmas osa) ja kolmandaks turuosade uurimisel (neljas osa).

138 Lisaks rikkus komisjon õigusnorme ja tegi ilmseid hindamisvigu ning moonutas tõendeid, kui ta hindas koondumise kvantitatiivset mõju hindadele (viies osa) ja uue üksuse motivatsiooni pärast koondumist (kuues osa). Lõpuks ei uurinud komisjon neid erinevaid tegureid üldiselt (seitsmes osa).

139 Komisjon täpsustas kohtuistungil, et esimene kahjustamisteooria põhineb peamiselt kolmel järgmisel tõendil: asjaolu, et Three on oluline konkurentsijõud, Three ja O2 omavaheline tihe konkurents ning kvantitatiivne analüüs koondumise mõju kohta hindadele.

140 Üldkohus peab seega otstarbekaks analüüsida kõigepealt neljandat osa, mis käsitleb turuosade analüüsi, ja teist osa, mis puudutab Three kvalifitseerimist oluliseks konkurentsijõuks, kusjuures need osaliselt kattuvad, ning seejärel kolmandat osa, mis käsitleb tiheda konkurentsi hindamist, ja viiendat osa, mis puudutab koondumise kvantitatiivset mõju hindadele. Teises järjekorras tuleb vajaduse korral analüüsida väite kuuendat ja seitsmendat osa.

a) Turuosade analüüs

141 Esimese väite neljandas osas osutab hageja, et komisjon tegi ilmse hindamisvea ja rikkus õigusnormi, kui ta leidis esiteks, et uue üksuse turuosa on pärast koondumist kõige suurem, ja teiseks, et seda olukorda tuleb pidada tugeva konkurentsisurve vähenemise näitajaks.

142 Hageja väidab esiteks, et uue üksuse turuosa on palju väiksem kui 50%, teiseks, et komisjon ei võtnud turuosade hindamisel arvesse muid tegureid, nagu Three ja O2 konkurentide jõudu, ning kolmandaks, et ta ei võtnud arvesse O2 osaluse Tesco Mobile'ile loovutamise mõju, mille hageja pakkus komisjonile välja võetavate kohustuste raames.

143 Komisjon vaidleb nendele argumentidele vastu.

144 Sissejuhatuseks tuleb osundada väljakujunenud kohtupraktikat, mille kohaselt asjaomase turu õige määratlemine on vajalik tingimus, mis eelneb mis tahes hinnangule koondumise konkurentsimõju kohta (31. märtsi 1998. aasta kohtuotsus Prantsusmaa jt *vs.* komisjon, C-68/94 ja C-30/95, EU:C:1998:148, punkt 143, ja 7. juuni 2013. aasta kohtuotsus Spar Österreichische Warenhandels *vs.* komisjon, T-405/08, ei avaldata, EU:T:2013:306, punkt 116).

145 Asjaomaste turgude määratlemine on nimelt koondumiste kontrolli oluline etapp, kuna see võimaldab esiteks kindlaks teha ettevõtjate omavahelise konkurentsi piirid ja teiseks hinnata nende turujõudu.

146 Koondumisega seotud toodete turu määratlemisel tuleb arvesse võtta majanduslikku konteksti tervikuna, mistõttu oleks võimalik hinnata kõnealus(t)e ettevõtja(te) tegelikku majanduslikku võimsust, ning selleks tuleb enne määratleda tooted, mis – olemata asendatavad teiste toodetega – on vastastikku piisavalt asendatavad ettevõtja(te) pakutavate toodetega mitte üksnes nende objektiivsete tunnuste, vaid ka konkurentsitingimuste ning pakkumise ja nõudluse struktuuri poolest turul (6. juuni 2002. aasta kohtuotsus Airtours *vs.* komisjon, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 20).

147 Kuna tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine tuleneb üldjuhul turgu valitseva seisundi tekkimisest või tugevnemisest, võib turuosasid kasutada üksnes viitena konkurentsiprobleemidele, tingimusel et turg, millele need osad viitavad, on enne õigesti määratletud. Sama kehtib Herfindahl-Hirschmanni indeksi kohta (mida kasutatakse turu kontsentratsioonitaseme mõõtmiseks) (edaspidi „HHI“), millele komisjon viitab vaidlustatud otsuse põhjendustes 398–405.

148 Käesolevas asjas sedastab Üldkohus, et hageja ei vaidlusta, et koondumine toob kaasa oligopoolse turu tugevnemise niigi juba väga kontsentreeritud turul. Tegemist on turuga, millel nelja ettevõtja – või kolme, kui koondumine läbi viiakse – vahel jaguneb 90% turust. Koondumine oleks võimaldanud koondumisel tekkival üksusel, mis ühendab Three ja O2, esindada [30–40%] jaeturust ja saada seega peamiseks ettevõtjaks BT/EE ja Vodafone'i ees, kelle turuosad on vastavalt [30–40%] ja [20–30%].

149 Kuigi niisugune analüüs, mis põhineb enam-vähem sarnastel turuosadel, mis tekitavad vaikiva kokkumängu hõlbustamiseks soodsaid sümmeetrilisi tagajärgi, võimaldaks järeldada kontsentratsiooni suurenemist oligopoolsel turul, ei võimalda see siiski järeldada, et selline koondumine kahjustaks konkurentsi püsivalt, mis võiks iseenesest tähendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist vastavalt kooskõlastamata mõjul põhinevale kahjustamisteooriale.

150 Selline arutluskäik võimaldaks praktikas komisjonil keelata igasuguse horisontaalse koondumise oligopoolsel turul, kuna määruse nr 139/2004 põhjenduses 25 sätestatud kriteeriumide kohaldamisest tulenevalt on juba määratluse järgi täidetud selle tugeva konkurentsisurve kõrvaldamise kriteeriumid, mida koondumise pooled avaldavad esiteks teineteisele ja teiseks ülejäänud konkurentidele.

151 Seetõttu märgib komisjon põhjendatult, et turuosad, mida analüüsiti vaidlustatud otsuse põhjendustes 330–406, annavad vaid „esimese tõendi“ koondumise poolte tähtsuse kohta konkurentsis (vt vaidlustatud otsuse põhjendused 330 ja 406 ning 271. joonealune märkus). Vaidlustatud otsuse põhjenduses 406 märgib komisjon, et „poolte turuosade suurus ja kasv asjaomasel turul ning seda moodustavad segmendid annavad esimese viite Three ja O2 avaldatavast tugevast konkurentsisurvest“.

152 Vastupidi sellele, mida väidab hageja, ei leidnud komisjon seega, et asjaolu, et uue üksuse turuosa on kõige suurem, on tugeva konkurentsisurve vähenemise näitaja, vaid leidis, et Three ja O2 turuosade suurus ja kasv on esimene märk nende avaldatavast tugevast konkurentsisurvest, mis koondumisega kõrvaldataks.

153 Pealegi ei tõenda turuosade analüüs muud kui asjaolu, et tehing kontsentreerib veelgi mobiilside piiratud oligopoli Ühendkuningriigis, toomata siiski kaasa konkurentsivastaseid tagajärgi, mis sarnaneksid individuaalse või kollektiivse turgu valitseva seisundi tekkimisest või tugevnemisest tuleneda võivate tagajärgedega.

154 Seega tuleb esimese väite neljas osa tagasi lükata.

b) Three kvalifitseerimine „oluliseks konkurentsijõuks“

155 Vaidlustatud otsuse sõnastuse kohaselt on üks teguritest, mida komisjon kasutas, et järeldada, et koondumine tooks kaasa kooskõlastamata mõju, asjaolu, et „Three on jaemüügiturul oluline konkurentsijõud […] suuniste punkti 37 tähenduses või avaldab sellel turul igal juhul tugevat konkurentsisurvet, mida ta tõenäoliselt jätkab, kui tehingut ei viidaks läbi“ (vaidlustatud otsuse põhjendus 777).

156 Esimese väite teises osas, mis käsitleb vigu seoses Three kvalifitseerimisega oluliseks konkurentsijõuks, esitab hageja kolm etteheidet, mis puudutavad vastavalt mõiste „oluline konkurentsijõud“ moonutamist, Three avaldatud konkurentsisurve astet jaemüügiturul ja mõiste „tugev konkurentsisurve“ moonutamist, millest igaühest piisaks tema arvates vaidlustatud otsuse tühistamiseks.

1) Mõiste „oluline konkurentsijõud“ moonutamine

157 Hageja leiab, et komisjon rikkus õigusnormi, kui ta leidis, et järeldamaks, et ettevõtja on oluline konkurentsijõud, piisab sellest, et ta „panustab pidevalt ja järjekindlalt konkurentsiprotsessi“, kuna mõiste „oluline konkurentsijõud“ selline tõlgendus ei erista iga konkurendi panust konkurentsiprotsessi oligopoolsel turul olulise konkurentsijõu erilisest rollist suuniste punktide 37 ja 38 tähenduses.

158 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 326 ja kostja vastuses esitatud komisjoni kinnitus, et „oluline konkurentsijõud“ ei pea konkurentsi mõjutamise seisukohast eristuma oma konkurentidest, kujutab endast õigusnormi rikkumist, kuna see seisukoht võimaldab tal kvalifitseerida oligopoolsel turul iga ettevõtja oluliseks konkurentsijõuks, mis tähendab horisontaalsete ühinemiste keelamist oligopoolsetel turgudel ja on vastuolus õiguskindluse põhimõttega.

159 Viis, kuidas komisjon kohaldas mõistet „oluline konkurentsijõud“, on samuti vastuolus viisiga, kuidas Ühendkuningriigi ja Ameerika Ühendriikide konkurentsiasutused seda mõistet kohaldavad, ning sellega, kuidas see mõiste on välja töötatud määruse nr 139/2004 ettevalmistavates materjalides, varasemates otsustes ja suunistes.

160 Komisjon väidab vastu, et suuniste punktist 37 tuleneb, et vastupidi hageja väidetule ei ole oluline, et ettevõtja eristuks oma konkurentidest konkurentsi mõjutamise seisukohast, et olla oluline konkurentsijõud, vaid tal peab ainult olema konkurentsis suurem roll, kui tema turuosad lubaksid eeldada.

161 Hageja kinnitus, et komisjon ei erista iga ettevõtja panust konkurentsiprotsessi oligopoolsel turul ja olulise konkurentsijõu erilist rolli, on ilmselgelt põhjendamatu, kuna komisjon ei kvalifitseerinud O2 oluliseks konkurentsijõuks, nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendusest 872. Pealegi võib oligopoli liikmel olla pigem kaitsva lähenemise tõttu konkurentsile piiratud mõju.

162 Lõpuks ei oma asjas tähtsust ega ole põhjendatud hageja väide, et komisjoni lähenemisviis on vastuolus eelkõige Ühendkuningriigi ja Ameerika Ühendriikide konkurentsiasutuste lähenemisega. Seega on suunised sihipäraselt erinevad oma Ameerika ekvivalendist. Lisaks on Ühendkuningriigi konkurentsi- ja turuamet toetanud komisjoni järeldusi Three avaldatava konkurentsisurve kohta, nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendusest 483.

163 Üldkohus tõdeb, nagu on märgitud eespool punktides 100 ja 101, et kuigi komisjoni suunised ja komisjoni varasem otsustuspraktika ei ole liidu kohtule siduvad, võib Üldkohus vajaduse korral võtta üle komisjoni otsustuspraktikas või suunistes sisalduvad majanduslikud või õiguslikud juhised ja hinnangud.

164 Lisaks osutab Üldkohus, et mitmes asjas (vt juhtumid COMP/M.6203 – Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (edaspidi „Saksamaa juhtum“), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (edaspidi „Iirimaa juhtum“), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)) kvalifitseeris komisjon ühe või mitu koondumise poolt „oluliseks konkurentsijõuks“, mille kõrvaldamine koondumisega võib koosmõjus muude asjaoludega (turule sisenemise tõkked, turu kontsentratsioonitase, hinnatõus, kui tihe on koondumuse osaliste konkurentsisuhe jne), kaasa tuua tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise, andes siiski teatud tingimustel koondumiseks loa.

165 Hageja argumendi kohta, et see, kuidas komisjon kohaldas mõistet „oluline konkurentsijõud“, on vastuolus tema varasemate otsustega, tuleb märkida, et seisukoht, mida komisjon vaidlustatud otsuses kaitseb, on kooskõlas seisukohtadega, mis on esitatud Saksamaa juhtumil (põhjendused 120–122; vt eespool punkt 164), juhtumil COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (põhjendus 245) ja juhtumil COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (põhjendused 265 ja 283).

166 Lisaks uuris komisjon muu hulgas juhtumil COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010) küsimust, kas mõnda koondumisel osalejat võib pidada Ühendkuningriigis mobiilside turul „eriti mõjukaks konkurendiks“, kes avaldab selle turu ülejäänud osalistele „eriti suurt piiravat survet“. Selles otsuses tuvastas komisjon lisandunud abonentide osakaalu analüüsi põhjal, et 3UK-d võib pidada „turuhäirete tekitajaks“, kuna ta „võtab endale“ rohkem Orange'i ja T-Mobile'i kliente, kui tema turuosa eeldaks. Lisaks leidis komisjon selles otsuses, et 3UK oli turuliider oma hindade ja teenuseuuenduste poolest.

167 Vastuväidete punktis 380 tuvastas komisjon, et selleks, et ettevõtja kujutaks endast olulist konkurentsijõudu, ei ole vaja, et ta oleks turul „üksiküritaja“. Täpsemalt leidis komisjon, et niisugune ettevõtja peab oluliselt ja sisuliselt kaasa aitama konkurentsiprotsessile turul selliste parameetrite alusel nagu hind, kvaliteet, valik ja innovatsioon. Koondumine, mis hõlmab hiljuti turule sisenenud ettevõtjat, kelle puhul võib eeldada, et ta avaldab turule märkimisväärset konkurentsisurvet, on komisjoni sõnul vaid näide olukorrast, kus tõenäoliselt tekivad märkimisväärsed kooskõlastamata konkurentsivastased tagajärjed.

168 Üldkohus osutab, et nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendusest 318, on hageja juba haldusmenetluses väitnud, et selleks, et ettevõtja saaks kvalifitseerida „oluliseks konkurentsijõuks“, peab ta eristuma oma konkurentidest mõju poolest, mida ta konkurentsile avaldab, kuna tal on turul ainulaadne roll, mis võimaldab tal võrreldes oma turuosadega avaldada teistele turuosalistele tugevat ja ebaproportsionaalset survet, mis on tõhusa konkurentsi säilitamiseks möödapääsmatult vajalik.

169 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 326 vastas komisjon sellele argumendile, leides, et „oluline konkurentsijõud“ ei pea eristuma oma konkurentidest konkurentsile avaldatava mõju poolest. Komisjon on seisukohal, et asjaolu, et ta leidis oma varasemas otsustuspraktikas, et teatud ettevõtjad

on olnud turul oma „agressiivsuse“ poolest ainulaadsed ja suurendanud oma kohalolekut sellel turul kiiremini kui ükski teine konkurent, olles oluline konkurentsijõud, ei tähenda, et on olemas ainult üks mõiste „oluline konkurentsijõud“ määratlus.

170 Kostja vastuses möönis komisjon seevastu, et „olulisel konkurentsijõul“ peab olema suurem roll, kui tema turuosad seda eeldaksid, ta peab konkureerima eriti agressiivselt ja sundima teisi ettevõtjaid seda käitumist omaks võtma.

171 Vaidlustatud otsusest nähtub, et „olulise konkurentsijõu“ kõrvaldamise küsimuses on komisjon arvamusel, et pelk konkurentsisurve langus, mis tuleneb eelkõige sellise ettevõtja kadumisest, kellel on suurem roll, kui võiks eeldada tema turuosade põhjal, on iseenesest piisav, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

172 Vaidlustatud otsuses kirjeldatud mõiste „oluline konkurentsijõud“ selline tõlgendus tooks juhul, kui seda pidada iseseisvaks õiguslikuks kriteeriumiks mõiste „tugev konkurentsisurve“ kõrval, mis sisaldub määruse nr 139/2004 põhjenduses 25, kasutusele täiendava ja alternatiivse mõiste. See langetaks tõendamiskünnist, mis on nõutav tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise tõendamiseks, olenevalt sellest, kas komisjon kvalifitseerib koondumise prognoositava mõju „kooskõlastamata mõjuks“ või „kooskõlastatud mõjuks“.

173 Komisjoni lähenemine vaidlustatud otsuses viib praktikas selleni, et aetakse segi kolm mõistet, nimelt mõiste „tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine“, mis on määruse nr 139/2004 artikli 2 lõikes 3 viidatud õiguslik kriteerium, sama määruse põhjenduses 25 kasutatud mõiste „tugeva konkurentsisurve kõrvaldamine“ ning vaidlustatud otsuses kasutatud mõiste „olulise konkurentsijõu“ kõrvaldamine, mis tuleneb suunistest. Neid mõisteid ühte patta pannes laiendab komisjon määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 kohaldamisala märkimisväärselt, kuna olulise konkurentsijõu mis tahes kõrvaldamine tähendaks suure konkurentsisurve kõrvaldamist, mis omakorda annab alust järeldada, et tegemist on tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamisega.

174 Siit järeldub, et komisjon rikkus õigusnormi ja tegi hindamisvea vaidlustatud otsuse põhjenduses 326, kui ta tuvastas, et „oluline konkurentsijõud“ ei pea konkurentsi mõjutamise seisukohast eristuma oma konkurentidest, kuna see seisukoht võimaldab tal nimelt kvalifitseerida „oluliseks konkurentsijõuks“ kõik ettevõtjad oligopoolsel turul, kes avaldavad konkurentsisurvet.

175 Nagu hageja õigesti rõhutas, võimaldaks see komisjonil keelata ainuüksi selle asjaolu tõttu horisontaalsed koondumised sellistel turgudel ja rikuks õiguskindluse põhimõtet, kuna komisjon võiks siis jätta analüüsimata tugeva konkurentsisurve võimaliku kõrvaldamise, mida koondumise pooled üksteisele avaldavad, eelistades kahjustamisteooriat, mis põhineb üksnes allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve nõrgenemisel.

176 Väide, et mõistet „oluline konkurentsijõud“ on moonutatud, on seega põhjendatud.

2) Three konkurentsisurve aste jaemüügiturul

177 Vaidlustatud otsuses põhineb komisjoni järeldus, mille kohaselt Three kujutab endast „olulist konkurentsijõudu“ või avaldab sellel turul igal juhul tugevat konkurentsisurvet, järgmistel asjaoludel: esiteks lisandunud abonentide osakaal, mis ületab tema turuosa (põhjendus 481), teiseks turuosa ja klientide arvu suurendamine (põhjendused 475–480), kolmandaks hinnapoliitika (põhjendused 578–633), neljandaks panus innovatsiooni ja konkurentsi (põhjendused 485–577) ning viiendaks võrgu kvaliteet, klienditeenindus ja klientide lojaalsus (põhjendused 653–680).

178 Hageja sõnul tegi komisjon nelja esimese teguri hindamisel ilmseid hindamisvigu.

i) Lisandunud abonentide osakaal

179 Järeldamaks, et Three kujutab endast „olulist konkurentsijõudu“ või avaldab jaemüügiturul igal juhul tugevat konkurentsisurvet, tugines komisjon eelkõige asjaolule, et tema lisandunud abonentide osakaal on suurem kui turuosa (vaidlustatud otsuse põhjendused 481–484).

180 Hageja sõnul tegi komisjon ilmse hindamisvea, kui ta vaidlustatud otsuse põhjenduses 397 järeldas, et Three lisandunud abonentide osakaal (st uute lisandunud klientide osa) „on esimene märk, et Three avaldab jaemüügiturul suuremat konkurentsisurvet, kui lubab eeldada tema turuosa“, samas kui Three uute abonentide osakaal [vahemikus 10–20%] (olenevalt sellest, kas kasutada Three või komisjoni arvutusi) on esiteks absoluutarvudes väga väike ja teiseks sama suur või isegi väiksem kui tema osa abonentidest [vahemikus 10–20%].

181 Käesolevas asjas märgib komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 388, et tema arvutuste kohaselt on Three uute abonentide osakaal suurem kui tema turuosa.

182 Siiski möönab komisjon kostja vastuse punktides 65 ja 74, et vastavalt andmetele, mille põhjal ta turuosad ja uute klientide osakaalu kindlaks tegi, on Three uute klientide osakaal 2014. aastal ja 2015. aasta esimesel poolaastal vaid veidi suurem kui tema turuosa samal perioodil. Teisisõnu ei ole suurt erinevust Three uute klientide osakaalu ja tema turuosa vahel.

183 Sellega seoses tuleb toonitada, et Three uute klientide osakaalust ei nähtu, et ta etendaks konkurentsi valdkonnas suuremat rolli, kui lubab eeldada tema turuosa. Tuginedes komisjoni kõige soodsamale teesile, mille kohaselt on ettevõtja kiirelt kasvanud, on tema tegevust iseloomustav lisandunud abonentide osakaal [vahemikus 10–20%]. Esiteks on see hulk väga väike võrreldes vaidlustatud otsuse põhjendustes 335 ja 343 kirjeldatud turuosadega. Teiseks tuleb sellist lisandumist pidada väga piiratuks, kui võrrelda seda nende ettevõtjate uute abonentide arvudega, keda komisjon on oma varasemas otsustuspraktikas, juhtumitel M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) ning Saksamaa ja Iirimaa juhtumitel liigitanud „oluliseks konkurentsijõuks“ (vt eespool punkt 164).

184 Vastuseks kohtuistungil esitatud Üldkohtu küsimusele selle kohta, millist tähtsust tuleb tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise esinemise tõendamisel omistada lisandunud abonentide osakaalule, mis on [0–5%] suurem turuosast, piirdus komisjon kinnitusega, et see lisandumine oli vaid üks näitajatest teiste hulgas, kui ta andis vaidlustatud otsuses esitatud järelduste põhjendamisel üldhinnangu paljudele teguritele tervikuna

185 Eelkõige väitis komisjon, et asjaolu, et sellise ettevõtja nagu Three uute klientide osakaal on tema turuosaga võrreldes isegi piiratud, on ikkagi piisav selleks, et ta oleks „oluline konkurentsijõud“, kui võtta arvesse tõsiasja, et see ettevõtja on asjaomasel turul pidevalt kasvanud. Komisjoni arvates on nimelt asjaolu, et vaidlustatud otsuse vastuvõtmisele eelnenud aastatel Three uute abonentide osakaal kiiresti kasvas, piisav tõend, mis võimaldab tuvastada, et Three on konkurent, kes avaldab jaemüügiturule konkurentsisurvet.

186 Tuleb aga siiski märkida, et võrreldes vaidlustatud otsuse põhjendustes 335 ja 343 kirjeldatud turuosadega tundub lisandunud abonentide osakaal, mille suurust võib komisjoni teesi kohaselt parimal juhul pidada kõige kiiremaks kasvuks ligikaudu [10–20%], väga väike ega ole võrreldav nende ettevõtjate uute abonentide arvuga, kelle komisjon kvalifitseeris „oluliseks konkurentsijõuks“ oma varasemas otsustuspraktikas juhtumitel M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) ning Saksamaa ja Iirimaa juhtumitel (vt eespool punkt 164).

187 Lisaks väitis hageja menetluse kirjalikus osas ja kohtuistungil, ilma et komisjon oleks talle selles küsimuses vastu vaielnud, et uute abonentide osakaal teiste ettevõtjate puhul, keda komisjon on samuti kvalifitseerinud „oluliseks konkurentsijõuks“ koondumiste raames, millega konkurentide arv mobiilsideteenuste sektoris väheneb neljalt kolmele, jääb vahemikku 21–50%, mis Three puhul ilmselgelt nii ei ole.

188 Sellest tuleneb, et mingil juhul ei võimaldanud Three lisandunud abonentide osakaal komisjonil kooskõlastamata mõjul põhineva kahjustamisteooria raames järeldada, et see ettevõtja oli „oluline konkurentsijõud“.

189 Siit järeldub, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 397 esitatud komisjoni järelduses, mille kohaselt Three lisandunud abonentide osakaal „on esimene märk, et Three avaldab jaemüügiturul suuremat konkurentsisurvet, kui lubab eeldada tema turuosa“, on tehtud hindamisviga.

190 Seega argumendid, mis sisuliselt puudutavad Three lisandunud abonentide osakaalu hindamisel tehtud viga, on põhjendatud.

ii) Three abonentide arvu kasv

191 Hageja sõnul tegi komisjon ilmse hindamisvea, kui ta vaidlustatud otsuse põhjenduses 474 järeldas, et Three turuosa kasv näitab, et ta on „oluline konkurentsijõud“. Vaidlustatud otsuse põhjendustes 335, 343, 475 ja 477 esitatud andmed tõendavad, et Three majanduskasv oli äärmiselt aeglane.

192 Komisjon väidab, et Three turuosa kasv abonentide ja käibe osas jätkub. Three kui tarnija majanduskasv 1% aastas aastatel 2013–2014 tuleb asetada sellise turu konteksti, kus ükski teine ettevõtja, välja arvatud O2, ei suutnud sellist kasvumäära saavutada, nagu nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 343 ja 346. Lisaks, erinevalt sellest, mida väidab hageja, oli Three klientide hulk turul aastatel 2010–2014 püsivalt *[konfidentsiaalne]*[1], Three, O2 ja Vodafone'i abonentide koguarv kasvas vastavalt *[konfidentsiaalne]* ja BT/EE abonentide koguarv väheneb ligikaudu*[konfidentsiaalne]* (vaidlustatud otsuse põhjendus 477).

193 Üldkohus nendib, et vaidlustatud otsuse põhjendustes 335, 343, 346 ja 477 esitatud andmetest paistab ilmnevat, et Three kasv oli tema konkurentide omast suurem. Sellega seoses väitis komisjon, et Üldkohus leidis 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsuses General Electric *vs.* komisjon (T-210/01, EU:T:2005:456), et turuosade pidev kasv on tegur, mis kinnitab ettevõtja avaldatud konkurentsisurvet.

194 Tuleb märkida, et turuosade suurendamine mitme järjestikuse aasta jooksul on tõepoolest konkurentsivõime näitaja. Siiski tuleb käesolevat kohtuasja eristada järeldustest, mille Üldkohus tegi 14. detsembri 2005. aasta kohtuotsuses General Electric *vs.* komisjon (T-210/01, EU:T:2005:456), kus hageja oli kaugelt esimene lennukimootorite tarnija, kellel oli turul kõige suurem kasv ja kes oli seega turgu valitsevas seisundis.

195 See arutluskäik ei ole kohaldatav käesolevas asjas, mis ei puuduta turgu valitsevat seisundit omavat ettevõtjat, kes on tugevdanud oma võimsust turul. See, et Three kui oligopoolsel turul kõige väiksema mobiilsideoperaatori uute abonentide osakaal mitme järjestikuse aasta jooksul lihtsalt kasvab, kusjuures varem on komisjon kvalifitseerinud Three „üksikürita jaks“ (juhtumil COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) ja käesolevas asjas esitatud vastuväidetes, ei ole iseenesest piisav tõend, et saaks teha järeldusi selle operaatori võimsuse kohta turul või tugeva konkurentsisurve kõrvaldamise kohta, mida koondumise pooled teineteisele avaldavad.

1 Konfidentsiaalsed andmed on kustutatud.

196 Lisaks sedastab Üldkohus, et nagu väitis hageja oma hagiavalduses ja suuliste seisukohtade ärakuulamiseks korraldatud kohtuistungil, nähtub vaidlustatud otsuse graafikutest nr 19 ja nr 20, et Three turuosad jäid samaks või stabiliseerusid ajavahemikus 2012–2014 [5–10%] nii abonentide kui ka tulu osas. Graafikute kohaselt oli Three kasv abonentide osas viimastel aastatel väike.

197 Järelikult on tehtud hindamisviga ka vaidlustatud otsuse põhjenduses 474 esitatud komisjoni järelduses, mille kohaselt Three turuosa kasv näitab, et ta on „oluline konkurentsijõud".

198 Seega argumendid, mis sisuliselt käsitlevad Three lisandunud abonentide arvu kasvu hindamisel tehtud viga, on põhjendatud.

iii) Three hinnapoliitika

199 Hageja väidab, et komisjon tegi ilmse hindamisvea, kui ta vaidlustatud otsuse põhjendustes 578 ja 579 „hindade kvalitatiivsele ja kvantitatiivsele analüüsile" tuginedes järeldas, et „Three avaldas turul alati tugevat konkurentsisurvet oma tariifidega".

200 Hageja analüüsid näitavad nimelt, et Three hinnad olid veidi madalamad kui teiste mobiilsidevõrgu operaatorite otsemüügikanali hinnad, kuid selgelt kõrgemad kui teiste mobiilsideoperaatorite vahendusmüügikanali hinnad ja virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorite hinnad.

201 Mis puudutab komisjoni läbiviidud hindade kvalitatiivset analüüsi, siis see eirab vahendusmüügikanaleid ja sisaldab väga piiratud hinnangut virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorite müügile.

202 Komisjon väidab enda hindade kvalitatiivse analüüsi kohta, et ta võttis vaidlustatud otsuse põhjendustes 1032–1079 sõnaselgelt arvesse virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorite ja vahendajast turustajate tariifirubriike ning nende piiratud võimet kompenseerida koondumisest tulenevat tõenäolist mõju hindadele.

203 Lisaks kinnitab hageja kvantitatiivne analüüs, mis on esitatud vaidlustatud otsuse põhjenduses 604, et Three oli ajavahemikus oktoobrist 2014 kuni veebruarini 2016 otsemüügikanali kõige odavam mobiilsideoperaator.

204 Mis puudutab vaidlustatud otsuse põhjendustes 580–602 esitatud komisjoni hindade kvalitatiivset analüüsi, siis nähtub sellest, et Three pakkus teiste mobiilsidevõrgu operaatoritega võrreldes turu kõige konkurentsivõimelisemaid hindu teatud hulga lepingute eest ja muude lepingute osas olid tema hinnad turul kõige konkurentsivõimelisemate seas.

205 Hageja sõnul näitasid nii tema vastuses vastuväidetele esitatud kvalitatiivne ja kvantitatiivne analüüs kui ka Hutchisoni tehtud uuring, et Three hinnad olid keskmised, jäädes teiste mobiilsidevõrkude operaatorite otsemüügikanali ja virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorite vahendusmüügikanali hinnavahemikku.

206 Täpsemalt, poolte kvantitatiivne analüüs, mis põhines 80 000 hinnal aastatel 2014–2016, võimaldab jõuda järeldusele, et Three on „keskmine" konkurent, see tähendab „veidi odavam" konkurent kui teised mobiilsideoperaatorid otsemüügikanalil, kuid „selgelt kallim" kui teised mobiilsidevõrgu operaatorid vahendusmüügikanalil ja virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorid. Peale selle samastab vaidlustatud otsus madalate hindade kindlaksmääramise agressiivse hinnapoliitikaga, samas kui see võib kajastada vaid madalama kvaliteediga pakkumist või madalamat kaubamärgiväärtust ja seega mitte avaldada konkurentsile märkimisväärset mõju.

207 Hageja leiab, et see omaaegse turu kõikide hindade ammendav analüüs näitab, et Three hinnapoliitika oli turuhindu arvestades järjekindel. Seevastu on vaidlustatud otsuses välja toodud valikulised või lausa anekdootlikud hinnad, võrreldes teatud kindlate määradega teatud ajahetkedel, selgitamata samas, miks see valik tehti.

208 Selles osas väidab komisjon, et tema analüüs puudutas Ühendkuningriigis kõige enam levinud mobiiltelefone. Ta leiab, et kuigi operaatorite pakutavad hinnad on erinevad (andmemahu, kõneminutite jne osas) ega paku alati samasuguseid tingimusi, on need siiski võrreldavad.

209 Üldkohus sedastab, et erinevalt sellest, mida väidab hageja, võttis komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 584, 589, 590, 592–595 ja 601 arvesse võrku mitteomavate mobiilsideoperaatorite ja vahendajast turustajate hindu. Seega, kuigi komisjon võttis vaidlustatud otsuses arvesse virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorite hindu, täpsustas ta samal ajal, et teatud hulk tariife, eelkõige Tesco Mobile'i ja Virgin Mobile'i hinnad, olid Three hindadest odavamad.

210 Üldkohus tõdeb, et juhtumil COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange leidis komisjon, et „Ühendkuningriigi jaemüügiturul on „virtuaalsete" mobiilsidevõrkude operaatoritel märkimisväärne roll. […] „Virtuaalsete" mobiilsidevõrkude operaatorid ei konkureeri mitte üksnes oma võrku pakkuvate operaatoritega klientidele pakutavate hindade ja teenuste osas, vaid nad soodustavad konkurentsi ka uuenduslikke ärimudeleid kasutusele võttes".

211 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 969 ja järgmistes põhjendustes järeldas komisjon, et virtuaalsete mobiilsidevõrkude operaatorid ei olnud seni veel võimelised tõhusalt piirama mobiilsideoperaatorite konkureerivat tegevust jaemüügiturul.

212 Sellest ei järeldu siiski, et Three avaldas oma hinnapoliitikaga tugevat konkurentsisurvet.

213 Ilma et Üldkohus peaks selles küsimuses seisukohta võtma, tuleb nimelt tõdeda, et ainuüksi asjaolust, et Three hindade hulgas on 4G teenused ilma lisatasudeta, ei piisa tõendamaks, et Three järgis eriti agressiivset hinnapoliitikat.

214 Samuti, nagu hageja õigesti rõhutab, ei piisa mingil juhul ainuüksi asjaolust, et Three pakkumine on mõnede, mitte kõigi turusegmentide jaoks odavam, tõendamaks, et ta on „oluline konkurentsijõud", kuna tema hinnapoliitika peab suutma konkurentsidünaamikat märkimisväärselt muuta.

215 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 588–590 on piirdutud ütlusega, et Three hinnad „kuuluvad turul kõige madalamate hindade hulka" ja on „madala hinnaklassi andmesideteenuste kõige odavamate hindade seas". Three selline kirjeldus ei tõenda kaugeltki seda, et tema hinnapoliitika võib märkimisväärselt muuta konkurentsidünaamikat turul.

216 Argumendid, mis sisuliselt puudutavad Three hinnapoliitika hindamisel tehtud viga, on seega põhjendatud, kuna komisjon ei ole käesolevas asjas õiguslikult piisavalt ja veenvate tõenditega tõendanud, et Three pakkus eriti agressiivset hinnakonkurentsi ja et ta sundis teisi turuosalisi neid hindu järgima, või et tema hinnapoliitika ise võis märkimisväärselt muuta turu konkurentsidünaamikat, mis vastaks mõiste „oluline konkurentsijõud" määratlusele, millele on viidatud eespool punktis 170 ja mida komisjon ise on üksikasjalikult käsitlenud kostja vastuses.

iv) Three ajalooline roll turul

217 Hageja leiab, et vaidlustatud otsuse põhjendustes 497–575 esitatud asjaolud, mis puudutavad Three ajaloolist rolli turul, on anekdootlikud ega võimalda kvalifitseerimist „oluliseks konkurentsijõuks". Hageja esitatud tõendid tõendavad vaidlustatud otsuses viidatud Three algatuste piiratud mõju konkurentsile.

218 Komisjon vastab, et Three ajalooline roll turul on asjasse puutuv, kuna see näitab tema suutlikkust tulla toime konkurentsi väljakutsetega ja võimaldab prognoosida tema käitumist tulevikus (vaidlustatud otsuse põhjendus 486). Tema algatused aitasid palju kaasa tema iga-aastasele majanduskasvule. Toimikus sisalduvad tõendid näitavad, et Threel oli 4G hindade alandamisel oluline roll.

219 Üldkohus osutab sellega seoses, et komisjon kirjeldas vaidlustatud otsuses, kuidas jaemüügiturule kõige hiljem sisenenud Three muutis sektoris valitsenud andmeside kasutuse piiramise ja andmeside hinnatõusude trendi, käivitades oma projekti „One Plan“ (vt põhjendused 497–522 ja eelkõige põhjendused 515 ja 522), hakates pakkuma tasuta rahvusvahelist rändlust (*roaming*) (põhjendused 523–538) ja ilma lisatasuta 4G-tehnoloogiat, mis sundis tema konkurente loobuma 4G lisatasu eest müümise strateegiast (põhjendused 539–572 ja eelkõige põhjendused 565 ja 572).

220 Nagu rõhutab hageja, on Three ärilised algatused, mida komisjon lahkas vaidlustatud otsuse põhjendustes 497–575, et tõendada äriühingu tugevat konkurentsikäitumist, nüüd siiski juba ajaloolised, kuna need toimusid põhiosas enne tema peamist strateegia muutmist 2013. aasta lõpus, kui Three läks hinnakonkurentsilt üle kaubamärgikonkurentsile.

221 Näib aga, et alguses komisjon kinnitas vastuväidetes oma varasemat kvalifikatsiooni, mille kohaselt Three on „üksiküritaja“ Ühendkuningriigi mobiilsideturul.

222 Nimelt järeldas komisjon vastuväidete punktides 1258 ja 1357, et kokkuleppe tulemusel muutub Three turuliidriks, kellel on vähene huvi või isegi puudub huvi mis tahes võimalikku kooskõlastamist häirida. Tehingu tulemusena on turul kolm ettevõtjat, kes ei põhjusta häireid, mis võib tekitada turul kooskõlastatud mõju, samas kui Three häiriva käitumise tõttu kooskõlastamiskatsed varem ebaõnnestusid.

223 Kuna komisjon seejärel vaidlustatud otsuses kooskõlastatud mõjudel põhinevast kahjustamisteooriast loobus, siis komisjoni argumendid, mis käsitlevad Three ajaloolist rolli turul, on esimese kahjustamisteooria põhjendamiseks esitatud tõendite kogumi igakülgsel analüüsimisel anekdootliku tõendava väärtusega.

224 Isegi kui komisjoni argumendid Three ajaloolise rolli kohta on sisuliselt õiged, millele hageja iseenesest vastu ei vaidle, ei ole komisjon vaidlustatud otsuses ikkagi tõendanud, et Three ajalooline roll vastas koondumisest teatamise hetkel tema hinnapoliitikale. Komisjoni sellekohane arutluskäik näib viitavat sellele, et ettevõtjal, kellel on ajalooliselt häireid põhjustav roll, on tulevikus tingimata sama roll ning ta ei saa kindlustada endale turul uut positsiooni, võttes vastu teistsuguse hinnapoliitika.

225 Seega on argumendid, mis sisuliselt käsitlevad viga Three ajaloolise rolli hindamisel turul ja eelkõige selle tõendamisväärtuse hindamisel tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise tõendamisel, põhjendatud.

226 Kõike eeltoodut arvestades tuleb nõustuda väitega, mis puudutab Three konkurentsisurve astet jaemüügiturul.

c) Konkurentsisuhte läheduse hindamine

227 Teine tegur, mille põhjal komisjon järeldas, et koondumine toob kaasa kooskõlastamata mõju, on asjaolu, et Three ja O2 „on vahetud konkurendid kogu jaemüügiturul“ (vaidlustatud otsuse põhjendus 463). See järeldus põhineb kvalitatiivsel hinnangul kõrvalekalde suhtarvudele, mis põhinevad mobiiltelefoninumbrite liikuvuse andmetel (edaspidi „numbriliikuvus“) ja kõrvalekalde suhtarvudele, mis põhinevad komisjoni läbiviidud uuringul.

228 Esimese väite kolmandas osas kinnitab hageja sisuliselt, et komisjon tegi vea, tuvastades, et neli mobiilsideoperaatorit on jaemüügiturul kõik vahetud konkurendid (vaidlustatud otsuse põhjendused 438 ja 439), et ta ei võtnud arvesse kolmandate isikute pakkumustega asendatavuse kõrget taset, ning et ta järeldas vääralt, et Three ja O2 on vahetud konkurendid, kuna nad ei ole kõige vahetumad konkurendid. Komisjoni järeldusega, et konkurentsisuhe on tihe, on rikutud õigusnormi ja tehtud ilmne hindamisviga, kuna ta ei hinnanud poolte läheduse astet.

229 Esiteks väidab komisjon, et ta hindas poolte lähedust (kooskõlas vaidlustatud otsuse põhjenduses 323 nimetatud põhimõtetega) ja tuvastas, et suure hulga turu-uuringus osalejate juures on Three ja O2 teineteisele kõige vahetumad konkurendid (vaidlustatud otsuse põhjendus 417). Poolte sisedokumendid (vaidlustatud otsuse põhjendused 418, 430 ja 438), kõrvalekalde suhtarvud (vaidlustatud otsuse põhjendused 455 ja 460) ning komisjoni tellitud uuring (vaidlustatud otsuse põhjendus 461) näitavad, et Three ja O2 konkurentsisuhe oli tihe.

230 Komisjon väidab veel, et ta järeldas toimikus sisalduvatest tõenditest, et neli mobiilsideoperaatorit konkureerivad jaemüügiturul tihedas konkurentsis, mis ei kehti siiski tingimata kogu turu suhtes, mille moodustavad neli ettevõtjat või kogu oligopoolne turg.

231 Teiseks väidab komisjon, et kuigi kolmandate ettevõtjatega asendatavuse määr mõjutab viimaste reaktsiooni koondumisel tekkiva üksuse hinnatõusudele, ei mõjuta see tugeva konkurentsisurve kõrvaldamist, mida koondumise pooled avaldavad teineteisele ja mis on koondumise kõige otsesem tagajärg oligopoolsel turul, kus meede on lubatud.

232 Peale selle, kuna koondumise pooled ei pea olema kõige vahetumad konkurendid (vaidlustatud otsuse põhjendus 324), siis ei luba asjaolu, et teised konkurendid on samuti vahetud või isegi neist veel vahetumad, eitada tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise esinemist. Tõendid toodete kolmandate ettevõtjate toodetega asendatavuse kohta on seega teisejärgulised võrreldes nendega, mis puudutavad koondumise poolte toodete vastastikust asendatavust.

233 Kolmandaks ei vaidle komisjon vastu sellele, et numbriliikuvuse andmetel põhinevate kõrvalekalde suhtarvude järgi [*konfidentsiaalne*]. Kuid selleks, et ühepoolne hinnatõus oleks kasulik koondumisel tekkivale üksusele, on oluline mitte see, et koondumise poolte tooted oleksid kõige lähedasemad asendustooted (vaidlustatud otsuse põhjendused 324 ja 1193), vaid et viimased oleksid vahetud konkurendid ja et nende konkurents on turul olnud oluline konkurentsi allikas (vaidlustatud otsuse põhjendus 463).

234 Üldkohus sedastab, et mõistet „vahetud konkurendid“ ei leidu määruses nr 139/2004, vaid see sisaldub üksnes suunistes, milles on rubriik „[ü]hinevad äriühingud on vahetud konkurendid“.

235 Lisaks peab selleks, et määruse nr 139/2004 artikli 2 lõige 3 oleks koostoimes selle määruse põhjendusega 25 kohaldatav, kõrvaldatama tugev konkurentsisurve, mida koondumise pooled teineteisele avaldasid, mis kujutab endast koondumise kõige otsesemat ühepoolset mõju oligopoolsel turul, nagu komisjon Üldkohtus õigesti rõhutas.

236 Üldkohus on majandusliku tõendina juba tunnustanud „lähedast konkurentsi“ 9. juuli 2007. aasta kohtuotsuses Sun Chemical Group jt *vs.* komisjon (T-282/06, EU:T:2007:203) ja 6. juuli 2010. aasta kohtuotsuses Ryanair *vs.* komisjon (T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 63 jj).

237 6. juuli 2010. aasta kohtuotsuses Ryanair *vs.* komisjon (T-342/07, EU:T:2010:280) käsitleti mõiste „kõige vahetumad konkurendid“ kasutamist ja küsimust, kas komisjon võis sellest automaatselt järeldada, et esineb tugev konkurentsisurve, mida koondumise pooled teineteisele avaldavad, ja seejärel, et see kõrvaldatakse. Seevastu järeldas Üldkohus 9. juuli 2007. aasta kohtuotsuses Sun Chemical Group jt *vs.* komisjon (T-282/06, EU:T:2007:203), et komisjonile ei saa ette heita, et ta ei käsitlenud vaidlustatud otsuses koondumise poolte vaheliste konkurentsisuhete lähedust.

238 Vastavalt suuniste punktile 28 hinnatakse seda lähedust poolte toodete asendatavuse taseme alusel. Samas punktis on täpsustatud. et „[t]ooteid võib asjaomasel turul diferentseerida nii, et teatavad tooted asendavad üksteist paremini kui teised. Mida suurem on ühinevate äriühingute toodete asendatavus, seda tõenäolisem on, et ühinevad äriühingud märkimisväärselt hindu tõstavad. […] On tõenäolisem, et ühinevate äriühingute hinna tõstmise ajend kahaneb juhul, kui konkurendid valmistavad tooteid, mis sobivad hästi ühinevate äriühingute toodete asendamiseks, mitte olukorras, kus nad pakuvad vähemsobivaid asendajaid. Seepärast on vähem tõenäoline, et ühinemine takistaks märkimisväärselt tõhusat konkurentsi, […] kui ühinevate äriühingute ja konkurentide pakutavate toodete omavahelise asendatavuse tase on kõrge“.

239 Nimelt võib asjaomasel tooteturul olenevalt asjaoludest olla rohkem või vähem lähedasi asendustooteid, mistõttu sellele turule kuuluvate toodete konkurentsisuhted võivad intensiivsuse poolest varieeruda, sõltumata turuosadest. Järelikult võib koondumise kooskõlastamata mõju sõltuda pigem koondumise poolte toodete lähedusest kui nende vastavatest turuosadest.

240 Käesolevas asjas tuleb esiteks tõdeda, et vastuväidete punkti 1366 kohaselt iseloomustab võrdlusturgu üldiselt väike toodete diferentseerituse tase. Sellel turul püüavad ettevõtjad sellest aspektist üle saada, järgides diferentseerimisstrateegiaid, millel oli siiski vaid piiratud edu.

241 Teiseks nendib Üldkohus, et suunistes esinev mõiste „vahetud konkurendid“ võimaldab arvesse võtta asjaolu, et koondumise poolte vaheline rivaliteet on turul oluline konkurentsi allikas, ning võib seega olla analüüsis võtmetegur, nagu nähtub suuniste punktist 28. Lisaks tuleb korrata, et selleks, et määruse nr 139/2004 artikli 2 lõige 3 oleks koostoimes selle määruse põhjendusega 25 kohaldatav, peab kõrvaldatama „tugev konkurentsisurve, mida koondumise pooled teineteisele avaldasid“, mis kujutab endast koondumise kõige otsesemat ühepoolset mõju oligopoolsel turul, nagu komisjon Üldkohtus õigesti rõhutas.

242 Kuid enamiku vaidlustatud otsuses mainitud näidete eesmärk ei ole tuvastada poolte läheduse astet või näidata, et nad avaldasid teineteisele tugevat konkurentsisurvet, vaid nende eesmärk on eelkõige tõendada, et Three ja O2 on pigem „vahetud konkurendid“ kui „eriti vahetud konkurendid“. Seega paistab komisjon põhjalikumalt analüüsivat ühelt poolt Three ja O2 ning teiselt poolt kahe ülejäänud mobiilsidevõrgu operaatori vahelise konkurentsi lähedust. Ta järeldab nimelt vaidlustatud otsuse põhjenduses 1183, et neli mobiilsideoperaatorit, mitte ainult Three ja O2, on „vahetud konkurendid“.

243 Kolmandaks pärinevad andmed, mida komisjon kasutas kõrvalekalde suhtarvude arvutamiseks, mida kasutati erinevate operaatorite läheduse astme analüüsimiseks, küsitlusest, mille ta viis läbi sadakonna kasutajaga suhteliselt piiratud valimis. Pealegi ei lange selle analüüsi tulemused kokku vaidlustatud otsuse A lisas esitatud kvantitatiivse analüüsi tulemustega. Seevastu põhinevad hageja arvutatud suhtarvud numbriliikuvuse andmetel ja puudutavad 200 000 märkust.

244 Neljandaks on hageja esitatud arvandmete kohaselt O2 eraklientide ülekandmise osas [*konfidentsiaalne*] kõrvalekalde suhtarv ainult [*konfidentsiaalne*], samas kui BT/EE suhtarv on [*konfidentsiaalne*] ja Vodafone'i suhtarv [*konfidentsiaalne*]. O2 kõige vahetumad konkurendid [*konfidentsiaalne*] on üldiselt [*konfidentsiaalne*], mis moodustab [*konfidentsiaalne*] O2 ülekandmistest. See tähendab, et [*konfidentsiaalne*].

245 Kohtuistungil kinnitas hageja neid arvandmeid veenvalt, ilma et komisjon oleks talle selles osas vastu vaielnud, mis kinnitab asjaolu, et Three ei olnud O2-le eriti vahetu konkurent, et [*konfidentsiaalne*] on Three kõige vahetum konkurent ja [*konfidentsiaalne*] on Three kõige vahetum konkurent, kuid seda märkimisväärse vahemaa tagant.

246 Lisaks kinnitas komisjon kohtuistungil, et Three ei tegutsenud ärikliendist mobiilsideteenuste tarbijate segmendis ning et Three ja O2 ei olnud seega selles segmendis konkurendid. Lähedase konkurentsi puudumist selles turusegmendis kinnitab vaidlustatud otsuse tabel nr 35 ja eelkõige 313. joonealune märkus kontsentratsioonitaseme kohta ja HHI, mida vaidlustatud otsuses ei esitatud, kuna komisjonil ei näinud selle turusegmendi osas struktuurilisi probleeme.

247 Sellest tuleneb, et Ühendkuningriigi mobiilside turul ei olnud Three ja O2 eriti lähedased mobiilsidevõrkude operaatorid, kuigi sellisel turul on kõik operaatorid juba oma määratluse poolest enam-vähem sarnased.

248 Vastavalt jällegi hageja poolt kohtuistungil esitatud arvandmetele, millele komisjon vastu ei vaielnud ja mis puudutavad Three klientide numbrite ülekandmist, [*konfidentsiaalne*] klienti lahkus Three juurest, st ligikaudu [*konfidentsiaalne*] nagu O2 puhul. Kokku [*konfidentsiaalne*] klientidest, kes lahkuvad Three juurest, valivad mõne teise opetaatori peale O2.

249 Kuigi võib tuvastada, et Three ja O2 on suhteliselt vahetud konkurendid kontsentreeritud turu ühel osal segmentidest, kus on neli mobiilsideoperaatorit, ei piisa käesolevas asjas üksnes sellest asjaolust, et tõendada koondumise poolte teineteisele avaldatava tugeva konkurentsisurve kõrvaldamist, ega piisa, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist, välja arvatud juhul, kui põhimõtteliselt keelata igasugune koondumine, mille tagajärjel jääb neljast operaatorist alles kolm.

250 Seega tuleb nõustuda esimese väite kolmanda osaga, mille kohaselt Three ja O2 vahelise konkurentsisuhte läheduse analüüsil on nõrk tõendusjõud käesolevas asjas.

d) Koondumise hindadele avaldatava kvantitatiivse mõju hindamine

251 Tuginedes oma kvantitatiivsele analüüsile oodatava surve kohta hindade tõstmiseks (*upward pricing pressure*) (edaspidi „hinnatõususurve analüüs“), jõudis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1225 järeldusele, et „koondumine võib ajendada koondumisel tekkivat üksust hindu märgatavalt tõstma“.

252 Esimese väite viiendas osas esitab hageja kaks etteheidet, mis puudutavad hinnatõususurve analüüsi. Esiteks väidab ta, et sellel analüüsil ei ole tõenduslikku jõudu, mille komisjon talle omistab. Seejärel väidab ta, et sellisel analüüsil ei ole vähimatki tõenduslikku jõudu käesolevas asjas.

1) Hinnatõususurve analüüsi kui esimese sõela tõenduslik jõud

253 Esiteks on hageja sõnul komisjon teinud ilmse vea hinnatõususurve analüüsi tõendusliku jõu hindamisel, kui ta kasutas seda vaidlustatud otsuse põhjenduses 1191 kui sidusat tõendit tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise kohta, samas kui hinnatõususurve analüüsi eesmärk on olla esimene „sõel“ selle kindlakstegemisel, kas koondumine väärib põhjalikku uurimist, ning see analüüs on pealegi vaidlustatud.

254 Komisjon vaidleb nendele argumentidele vastu.

255 Üldkohus nendib kõigepealt, et hinnatõususurve näitajad, mis põhinevad kõrvalekalde suhtarvudel ja koondumise osaliste marginaalidel, väljendavad poolte stiimuleid tõsta pärast koondumist hindu. Neid kasutatakse ühinemiste kooskõlastamata mõju hindamiseks, mida tavaliselt tehakse kindlaks homogeensete toodete puhul.

256 On üldtunnustatud, et kuigi hinnatõususurve näitajad võivad olla filtreerimise eesmärgil kasulikud, võimaldades konkurentsiasutustel hinnata põhjalikuma uurimise vajadust, ei saa neid siiski pidada väidetava hinnatõusu usaldusväärseteks prognoosideks või ühinemistestideks.

257 Hageja kinnitab seega õigesti, et eelkõige töötati hinnatõususurve analüüs algul välja selleks, et saada esimene „sõel“, mille alusel teha kindlaks, kas koondumine väärib põhjalikku uurimist.

258 Tuleb siiski märkida, et nagu rõhutab komisjon, on tema kvantitatiivne analüüs, mis põhineb GUPPI analüüsil (*Gross Upward Pricing Pressure Index*, hindade tõstmiseks avalduvat kogusurvet mõõtev indeks), üksikasjalikum kui lihtsalt hinnatõususurve analüüs, kuna ta saab arvesse võtta konkurentide tõenäolist reaktsiooni koondumisel tekkiva üksuse ühepoolsele hinnatõusule, nagu on märgitud vaidlustatud otsuse A lisa põhjendustes 253 ja 254.

259 Seega on kõnealune väide alusetu.

2) Hinnatõususurve analüüs käesolevas asjas

260 Teiseks on komisjon hageja sõnul teinud ilmse hindamisvea ka hinnatõususurve analüüsist tehtud järeldustes, kuna see näeb ette hinnatõusu kõikide horisontaalsete ühinemiste puhul ja võib anda soodsaid tulemusi üksnes juhul, kui määratakse kindlaks künnis, mille ületamisel pärast koondumist prognoositavat hinnatõusu peetakse piisavalt suureks. Vaidlustatud otsuses ei võtnud komisjon arvesse ühtki neist asjaoludest.

261 Vaatamata hinnatõususurve analüüsi ebatäpsustele, ilmneb selle tulemusest, et koondumine tekitab üsna vähe konkurentsiprobleeme, võrreldes eelkõige varasematel juhtumitel saadud tulemustega.

262 Mis puudutab hageja argumenti, et kvantitatiivse analüüsiga ette nähtud mõju hindadele on väiksem kui varasemates asjades, siis märgib komisjon, et ta vastas sellele vaidlustatud otsuse põhjendustes 3056–3058, tõendades, et mõju keskmistele hindadele sellel konkreetsel juhul jääb Iirimaa ja Saksamaa juhtumitel prognoositud mõju vahele (vt eespool punkt 164).

263 Lisaks leiab komisjon, et asjaolu, et kulude kokkuhoiu või muude kompenseerivate kvalitatiivsete tegurite puudumisel ennustab kvantitatiivne analüüs alati hinnatõusu, mis on mõnikord isegi väga väike, ei takista selle analüüsi kasutamist tõendite kogumi igakülgsel hindamisel küsimuses, kui tõenäoline on, et tehing toob kaasa tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise.

264 Esiteks sedastab Üldkohus, et komisjon möönab, et tema kvantitatiivne analüüs põhineb piiratud arvul võtmeandmetel, eelkõige kõrvalekalde suhtarvudel ja marginaalidel, kuid väidab, et tegemist on kesksete turunäitajatega, nagu on selgitatud vaidlustatud otsuse põhjenduses 1195 ja selle otsuse A lisa põhjenduses 246.

265 Seetõttu näib, et komisjon ise näitas vaidlustatud otsuses üles teatavat ettevaatlikkust oma kvantitatiivse analüüsi tõendusliku jõu osas.

266 Ühelt poolt järeldab komisjon nimelt vaidlustatud otsuse põhjendustes 1175–1190 esitatud kvalitatiivse hindamise tulemusena, et koondumine tooks kaasa tugeva konkurentsisurve kõrvaldamise jaemüügiturult, mis „tõenäoliselt“ toob kaasa hinnatõusu. Seda kvalitatiivset hinnangut täiendab kvantitatiivne analüüs, mis on kokku võetud vaidlustatud otsuse põhjendustes 1191–1225 ja üksikasjalikult esitatud otsuse A lisas ning millest komisjon teeb sama järelduse.

267 Teiselt poolt täpsustab komisjon vaidlustatud otsuse A lisa põhjenduses 250 sisuliselt, et saadud tulemust ei tule pidada tehingust tuleneda võiva hinnatõusu suuruse täpseks kindlakstegemiseks, vaid pigem selle tõusu „tõenäosuse näitajaks“.

268 Siit järeldub, nagu nähtub ka vaidlustatud otsusest endast, et kvantitatiivset analüüsi ei peeta määrava tähtsusega tõendiks. Seetõttu ei saa see analüüs olla piisav, et tõendada vastavalt eespool punktis 118 osutatud tõendamisnõuetele, et tugeva konkurentsisurve kõrvaldamine, mida pooled teineteisele avaldasid, toob kaasa märkimisväärse hinnatõusu ja seega tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise.

269 Teiseks väidab hageja, et on vaja määratleda künnis, mille ületamisel peetakse pärast koondumist ette nähtud hinnatõusu piisavalt oluliseks.

270 Sellega seoses tuleb märkida, et vaidlustatud otsuse A lisa põhjenduses 252 möönab komisjon, et kulude kokkuhoiu puudumise korral ennustab hinnatõususurve analüüs alati hindade tõusu horisontaalse koondumise tagajärjel, mis kõrvaldab konkurentsi koondumise poolte vahel.

271 Komisjon täheldab siiski vaidlustatud otsuse A lisa põhjenduses 252, et hinnatõusude kvantitatiivne analüüs ja sellele analüüsile antav tõenduslik jõud on igal üksikjuhul erinev.

272 Pealegi on hindade tõstmise ulatus vaid üks asjakohastest teguritest komisjoni igakülgsel hindamisel, eriti sellisel juhul nagu käesolev, kus erinevate kahjustamisteooriate raames on tuvastatud oluline kahjustamine, mis tuleneb koondumise poolte vahelise horisontaalse konkurentsi kõrvaldamisest. Komisjon selgitab, et sel põhjusel ei pidanud ta vajalikuks määratleda künnist, mille ületamisel on konkreetses tõendis näidatud hinnatõus märkimisväärne.

273 See argument ei veena siiski Üldkohut, kuna käesoleval juhul oli hinnatõus hageja sõnul, millele komisjon ei ole selles küsimuses vastu vaielnud, prognoositud [*konfidentsiaalne*], samas kui 6,6% hinnatõus, mis oli prognoositud Iirimaa juhtumil, ja 9,5% Saksamaa juhtumil, ei takistanud komisjonil lubamast neid tehinguid, tingimusel et järgitakse teatud tingimusi.

274 Kolmandaks, isegi kui eeldada, et komisjon on vaidlustatud otsuses õiguslikult piisavalt tõendanud, et koondumine võib ajendada koondumisel tekkivat üksust hindu tõstma, ja on vaidlustatud otsuses määranud hinnatõusu suuruse, ei ole ta käesolevas asjas mingil juhul tõendanud, et hinnatõusu suurus oleks märkimisväärne.

275 Nimelt ei saa komisjoni koondumise võimaliku konkurentsivastase mõju tõendamise raames küll kohustada kehtestama hindade tõstmise „vähest tähtsust“ või „turvaala“ (*safe harbour*) reguleerivat normi, kuid ta peab igal juhul tõendama selle tõusu piisavalt suure tõenäosusega. Kui ta otsustab selleks kasutada selliseid kvantitatiivseid analüüse, nagu on tehtud vaidlustatud otsuse A lisas, peab ta arvesse võtma kõiki asjakohaseid tegureid, mis võivad hinnataset mõjutada.

276 Tuleb tõdeda, et sellisel turul valitsevate konkurentsitingimuste tõttu kipuvad koondumised oligopoolsel turul koondumise poolte vahelise konkurentsisuhte kadumise tõttu peaaegu mehhaaniliselt tekitama hinnatõusu lühiajalises perspektiivis. Üksnes keskmise pikkusega perspektiivis sunnib väline konkurents, mida pakuvad turul juba tegutsevad ettevõtjad, või sõltuvalt turuletuleku tõkete suurusest uued turuosalised, uut üksust oma hindu alandama.

277 Samuti toob iga koondumine kaasa kulude kokkuhoiu, mille ulatus sõltub ka välisest konkurentsisurvest. Kokkuhoid tuleneb eelkõige tootmis- ja turustusprotsessi ratsionaliseerimisest ja integreerimisest koondumisel tekkiva üksuse poolt. Ta asub nimelt tavaliselt kõrvaldama tootmis- ja turustuskanalites topelt või ülepaisutatud struktuure ning paigutab ümber või vallandab töötajaid. Olenevalt olukorrast võivad need ratsionaliseerimise meetmed viia koondumisel tekkiva üksuse hindade alandamiseni.

278 Tuleb aga sedastada, et komisjon ei ole lisanud seda standardset kulude kokkuhoidu oma kvantitatiivsesse analüüsi, leides vaidlustatud otsuse põhjendustes 1197 ja 1223, et kokkuhoiu olemasolu peab tõendama teatist esitav pool, ja viidates sellega seoses vaidlustatud otsuse jaole 8.5, mis käsitleb tõhusust.

279 Komisjon ajab seega segi kahte liiki tõhususe, nimelt selle, mis on ette nähtud suuniste VII jaos, ja iga konkreetse koondumise tõhususe. Tõhusust suuniste tähenduses tuleb nimelt koondumisele konkurentsi seisukohast üldise hinnangu andmisel arvesse võtta, et kontrollida, kas see võib tasakaalustada koondumise piiravat mõju. Seevastu on käesolevas asjas kõne all olev tõhususe kategooria vaid osa kvantitatiivsest mudelist, mille eesmärk on kindlaks teha, kas koondumisel võib olla selline piirav mõju. Seega on tegemist piirava mõju olemasolu tõendamisega, mis kerkib enne konkurentsimõju üldhinnangu andmist suuniste punkti 76 tähenduses.

280 Üldkohus nendib, et haldusmenetluse käigus esitatud tõenditest nähtub, et kuigi mobiilsidesektoris koondumisega neljalt operaatorilt kolmele ülemineku ja hinnatõusu vahel on tuvastatav positiivne seos, on seos tuvastatav ka nimetatud koondumise ja võrguoperaatori poolt võrkudesse tehtavate investeeringute suurenemise vahel (vt eelkõige Centre on Regulation in Europe'i (CERRE) uuring, Genakos C., Valletti T., Verboven F., CERRE, Brüssel, 2015, „Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications", millele on viidatud muu hulgas vaidlustatud otsuse B lisa punktides 1, 64–68, 71, 72, 76–80 ja 108).

281 Kuigi ettevõtja investeeringute suurenemine ei tähenda tingimata võrgu paremat kvaliteeti, nagu rõhutab komisjon vaidlustatud otsuse B lisa punktis 79, on selline seos tõenäolisem kui vastupidine olukord, mis seisneb võrgu kvaliteedi halvenemises. Komisjon, kellel lasub tõendamiskoormis, ei ole vaidlustatud otsuses vastavalt kohaldatavatele tõendamisnõuetele tõendanud oma teesi võrgu kvaliteedi halvenemise kohta, millel põhineb osaliselt tema teine kahjustamisteooria, mille eesmärk on tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

282 Seega tuleb järeldada, et käesolevas asjas tehtud kvantitatiivsel analüüsil puudub tõenduslik jõud, kuna komisjon ei ole piisavalt suure tõenäosusega tõendanud, et hinnad tõusevad „märkimisväärselt" pärast seda, kui kõrvaldatakse tugev konkurentsisurve, mida koondumise pooled teineteisele avaldavad.

283 Eeltoodut arvestades tuleb esimese väite viienda osaga nõustuda.

e) Kooskõlastamata mõju üldhinnangu andmine

284 Esimese väite seitsmendas osas kinnitab hageja, et komisjon ei andnud üldhinnangut kooskõlastamata mõju esinemise kohta, mis kujutab endast õigusnormi rikkumist ja ilmset hindamisviga. Samuti ei ole ta täpsustanud, mille põhjal ta järeldas vaidlustatud otsuse põhjendustes 1226 ja 1227, et koondumisega kõrvaldatavad väidetavad piirangud on olulised suuniste punkti 25 tähenduses ja et koondumisest tulenev väidetav konkurentsi takistamine on märkimisväärne määruse nr 139/2004 artikli 2 lõike 3 tähenduses, ajades Three ja O2 vahelise konkurentsi vähenemise segi tugeva konkurentsisurve kõrvaldamisega.

285 Komisjon vastab, et ta hindas koondumise tõenäolist kooskõlastamata mõju igakülgselt, esitades esiteks vaidlustatud otsuse põhjendustes 1175–1190 oma kvalitatiivse hinnangu, teiseks kvantitatiivse üldhinnangu vaidlustatud otsuse põhjendustes 1191–1225 ja kolmandaks vaidlustatud otsuse põhjendustes 1226 ja 1227 üldise järelduse.

286 Sellega seoses tuleb kontrollida, kas komisjon konkretiseeris või täpsustas vaidlustatud otsuses, mil määral on kooskõlastamata mõju niivõrd oluline, et sellega oleks põhjendatud järeldus, mille kohaselt koondumine takistaks „märkimisväärselt" tõhusat konkurentsi, nagu nõuab määruse nr 139/2004 artikli 2 lõige 3.

287 Selleks et tõendada kooskõlastamata mõju esinemist jaemüügiturul, analüüsis komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 330–1174 üksteise järel erinevaid tegureid ning võttis selle otsuse põhjendustes 1175–1225 oma kvalitatiivse ja kvantitatiivse hinnangu kokku. Seejärel andis ta vaidlustatud otsuse põhjendustes 1226 ja 1227 üldhinnangu, et tegemist on tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamisega. Seega sisaldab vaidlustatud otsus tegelikult üldhinnangut sellise kooskõlastamata mõju esinemise kohta, vastupidi sellele, mida väidab hageja.

288 See üldhinnang piirdub siiski kokkuvõtliku viitega tõendite ja asjaolude kogumile, mis puudutavad eelkõige olulise konkurentsijõu kõrvaldamist koondumise teel, tihedat konkurentsisuhet ja uue üksuse suurt turuosa ning mille eesmärk on tõendada kooskõlastamata mõju esinemist.

289 Sõltumata selle tõendite ja asjaolude kogumi tõenduslikust väärtusest tuleb tõdeda, et komisjon ei ole vaidlustatud otsuses kordagi täpsustanud, kas kooskõlastamata mõju on „märkimisväärne“ või tooks käesolevas asjas kaasa tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise, nagu ta kinnitab vaidlustatud otsuse põhjenduses 1227.

290 Seega tuleb nõustuda hageja argumendiga, mille kohaselt komisjon ei täpsustanud, millisel alusel ta järeldas, et koondumisest tulenev väidetav konkurentsi takistamine on märkimisväärne.

291 Kõiki eeltoodud kaalutlusi arvestades tuleb esimese väitega nõustuda, ilma et oleks vaja analüüsida väite kuuendat ja seitsmendat osa.

D. Teine kahjustamisteooria, mis puudutab võrgujagamise kokkulepete täieliku muutmisega kaasnevat kooskõlastamata mõju

1. Vaidlustatud otsuse kokkuvõte

292 Komisjoni menetluse käigus esitas hageja muu hulgas kaks võrgu konsolideerimise kava: „kava [A]“ ja „kava [B]“. Konsolideerimiskavad põhinesid kahel võrgujagamise kokkuleppel, millest üks oli MBNL BT/EE ja Three vahel ning teine Beacon Vodafone'i ja O2 vahel.

293 MBNL sisaldab „passiivset“ jagamist, mis hõlmab ligikaudu [*konfidentsiaalne*] tugijaamaga võrku, ja ainult 3G-tehnoloogia aktiivset jagamist [*konfidentsiaalne*]. MBNL on seega peamiselt passiivse jagamise kokkulepe. MBNL lubab ühepoolset arendamist.

294 Mis puutub Beaconisse, siis see hõlmab Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd võrgu jagamist, mis on ette nähtud ligikaudu [*konfidentsiaalne*] katmiseks, ja aktiivset jagamist, mille käigus kumbki pool pakub aktiivset võrku pooles riigis (Vodafone katab riigi lääneosa ja O2 riigi idaosa) ning tugineb teise poole võrgule riigi teises pooles. Aktiivne jagamine puudutab tehnoloogiaid 2G, 3G ja 4G [*konfidentsiaalne*]. Beacon on seega [*konfidentsiaalne*]. Beacon sisaldab teatavaid ainuõigussätteid.

295 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 1229–1234 esitab komisjon kaks kahjustamise alateooriat, mis on seotud võrgujagamise kokkulepetega.

296 Komisjoni sõnul on mõlema võrgujagamise kokkuleppe partneritel tänaseks põhjust arendada oma võrkude jagatavaid osi ühiselt, et saavutada teistest mobiilsideoperaatoritest ja eelkõige teise võrgujagamise kokkuleppe pooltest parem võrk. Tehingu toimumisel selline konkurentsidünaamika kaoks, kuna koondumisel tekkiv üksus oleks mõlema kokkuleppe pool ning Vodafone'il ja BT/EE-l ei oleks enam partnerit, kes on täielikult kaasatud Beaconi või MBNLi raames.

297 Teatav kahjustamine on seotud koondumise pooltele siduva vastava võrgujagamise kokkuleppe kahe partneri konkurentsipositsiooni nõrgenemisega. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1231 sedastab komisjon, et mobiilsidevõrgud on mobiilsidevõrgu operaatorite jaoks elutähtis infrastruktuur, et nad saaksid pakkuda mobiilsideteenuseid oma klientidele.

298 Komisjoni arvates on nende võrkude kvaliteet konkurentsi jaoks määrav tegur. Seepärast puudutab üks kahjustamise alateooria, mis on kokku võetud vaidlustatud otsuse põhjenduses 1232, seda, et väheneb konkurents, mida avaldavad koondumise pooltega võrgujagamise kokkulepete kaudu seotud mobiilsidevõrgu operaatorid teineteisele või kaks ülejäänud operaatorit, mis võib oluliselt takistada tõhusat konkurentsi oligopoolsel turul, kus on vähe osalejaid ja kõrged sisenemistõkked.

299 Teise võimaliku kahjustamise põhjuseks võib komisjoni sõnul olla asjaolu, et koondumisest tulenev võrgujagamise olukord toob kaasa kogu majandusharu poolt võrgutaristusse tehtavate investeeringute vähenemise. Nimelt arvab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1233, et tehing võib tuua kaasa sünergia languse, mis mõjutab võrgujagamise kokkulepete partnereid ja võimaldab koondumisel tekkiva üksuse omakasupüüdlikku investeerimistegevust, mis vähendaks investeeringuid sektori tasandil ja järelikult ka tõhusa konkurentsi taset, mis oleks valitsenud tehingu puudumisel. Ka sel põhjusel võib koondumine põhjustada tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise oligopoolsel turul, kus on vähe osalejaid ja kõrged sisenemistõkked.

300 Neid kahte kahjustamise alateooriat silmas pidades analüüsis komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 1244–1784 hageja esitatud võrkude konsolideerimise kavasid, olles selle otsuse põhjendustes 1235–1243 üksikasjalikult selgitanud, kui oluline on võrgujagamise kokkuleppe poolte huvide ühitamine.

301 Kava [A] raames loetakse koondumisel tekkiv üksus [*konfidentsiaalne*] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1373–1381).

302 Kava [B] raames koondumisel tekkiv üksus [*konfidentsiaalne*] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1382–1385).

303 Mõlemad kavad [*konfidentsiaalne*].

304 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1246 sõnastas komisjon keskse teesi, mis on aluseks tema hinnangule turu võimaliku arengu kohta pärast koondumist, nimelt et võrgujagamise kokkuleppe nõuetekohase toimimise täielik muutmine võib kestvalt takistada konkurentsi, mida kokkuleppe partnerid pakuvad.

305 Sellega seoses märkis komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1229, et üldjuhul võib võrgujagamisel olla konkurentsi soodustav mõju, kuna tekib sünergia mobiilsidevõrkude arendamise ja käitamise kulude osas, mis võib omakorda võimaldada mobiilsidevõrgu operaatoritel saavutada võrgu paremat katvust ja kvaliteeti, edendades seega tõhusat konkurentsi kodanike ja ühiskonna kui terviku huvides.

306 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1230 märgib komisjon, et kuna need eesmärgid on saavutatud võrgujagamise kokkulepetega, mille koondumise pooled on sõlminud teise ettevõtjaga, tuleb uurida, mil määral võib koondumine mõjutada tarbijate huvides tõhusa konkurentsi eesmärgi taotlemist.

307 Kava [A] osas järeldas komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 1567 ja 1778, et see koondumise poolte esitatud kava kahjustaks rängalt BT/EE konkurentsipositsiooni, suurendades tema kulutusi MBNLi võrgu korrashoiuks ja parendamiseks ning halvendades MBNLi võrgu kvaliteeti, ning põhjustaks BT/EE viivitamist investeeringute tegemisel või takistaks investeerimist. Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1778 järeldas komisjon, et kava [A] võib märkimisväärset kahjustada BT/EE võimet pakkuda konkurentsi Ühendkuningriigi mobiilside turgudel.

308 Selline konkurentsisurve langus tooks komisjoni sõnul tõenäoliselt kaasa tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise oligopoolsel turul, kus on vähe osalejaid ja kõrged sisenemistõkked.

309 Seda järeldust kinnitab muu hulgas vaidlustatud otsuse põhjendus 1247, milles on märgitud, et asjaolu, et olemasoleva võrgu korrashoiu ja laiendamise või tulevikustandardile vastava võrgu väljaehitamise kulud suurenevad, võib märkimisväärselt kahjustada Vodafone'i ja BT/EE konkurentsipositsiooni. Võrgu piirkulude (*incremental costs*) suurenemine võib kaasa tuua hinnatõusu ja kahjustada tarbijate huve. Püsikulude suurenemine toob komisjoni sõnul tõenäoliselt kaasa investeeringute vähenemise, kuna suuremad püsikulud muudaksid kahjumlikuks investeeringud, mis oleksid kasumlikud siis, kui püsikulud oleksid madalamad. Võrgu kvaliteeti tehtavate investeeringute vähenemine võib seega vähendada võrgu kvaliteeti võrreldes olukorraga, kui koondumist ei oleks toimunud.

310 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1679 möönab komisjon, et konkureeriva operaatori kulude suurenemine ei too tingimata kaasa konkurentsi takistamist. Kui aga kulude suurenemine toob kaasa investeeringute vähenemise või turul pakutavate teenuste kvaliteedi halvenemise või kui see kandub hinnatõusu kaudu edasi tarbijatele, vähendab see komisjoni sõnul sellise ettevõtja avaldatavat konkurentsisurvet turul.

311 Suuremad piirkulud tulenevad aga tõenäoliselt kõrgematest hindadest, samas kui kõrgemad püsikulud tulenevad tõenäoliselt võrgu kvaliteedi langusest. Väheste osalejatega oligopoolsete turgude puhul on väga tõenäoline, et ühe ettevõtja konkurentsisurve kaotus tähendab sellel turul konkurentsi üldist kadumist.

312 Kava [B] osas järeldas komisjon, et see võib olulisel määral kahjustada Vodafone'i ja vähemal määral BT/EE konkurentsivõimet Ühendkuningriigi mobiilside turgudel (vaidlustatud otsuse põhjendused 1568–1749 ja 1779).

313 Eelkõige leiab komisjon, et [*konfidentsiaalne*] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1605–1652). Lisaks on oht, et Vodafone'i võrgu kvaliteet halveneb võrgu võimaliku ajutise ülekoormuse tõttu [*konfidentsiaalne*] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1660–1667). Lõpuks uurib komisjon kulude võimalikku suurenemist ja selle mõju [*konfidentsiaalne*] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1668–1724).

314 Komisjoni sõnul võib kava [B] suurendada ka võrku tehtud investeeringute läbipaistvust, mis võib vähendada Ühendkuningriigi võrgutaristusse tehtud investeeringute üldist taset (vaidlustatud otsuse põhjendused 1725–1742).

315 Komisjon kaalus veel viit mõeldavat integratsioonistsenaariumi ja järeldas, et ka kõigi teiste läbivaadatud stsenaariumide puhul kahjustaks tehing kas ühe või mõlema tehingupoole võrgujagamispartneri konkurentsipositsiooni (vaidlustatud otsuse põhjendused 1386–1389 ja 1750–1776).

316 Seetõttu järeldab komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 1777–1784, et koondumine võib vähendada konkurentsisurvet, mida avaldab kas üks neist mobiilsideoperaatoritest või mõlemad, kes on koondumise poolte partnerid võrgujagamise kokkulepetes.

317 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1777 järeldab komisjon, et selliste võrkude konsolideerimise kavade rakendamine, nagu teatise esitanud osalised talle esitasid, kahjustaks pärast mobiilsidevõrgu operaatorite arvu vähenemist märkimisväärselt võrgujagamise kokkuleppe ühe või teise või mõlema partneri, st BT/EE või Vodafone'i konkurentsipositsiooni.

318 Lisaks märgib komisjon, et ükski neist konsolideerimiskavadest ei sisalda rakendamiskohustust, nagu see on talle esitatud. Võttes arvesse ka viit muud võimalikku integratsioonistsenaariumi, mida on mainitud eespool punktis 315, järeldab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1780, et igal juhul kahjustaks tehing kas ühe või mõlema mobiilsidevõrgu sellise operaatori konkurentsipositsiooni, kes on koondumise poolte partner võrgujagamise kokkulepetes.

319 Seepärast leiab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1781, et tehing võib vähendada BT/EE või Vodafone'i või nende kahe mobiilsidevõrgu operaatori avaldatavat konkurentsisurvet, kes on koondumise poolte partnerid võrgujagamise kokkulepetes.

320 Lisaks leiab komisjon eespool punktis 299 ja vaidlustatud otsuse põhjenduses 1233 esitatud kahjustamise teise alateooria järgi, et kava [B] kohaselt toimuvast koondumisest tulenev võrgujagamise olukord viib tõenäoliselt investeeringute vähenemiseni võrgutaristu sektori tasandil, mis vähendaks tõhusat konkurentsi, mis oleks tekkinud ilma koondumiseta.

321 Sellest tulenevalt järeldab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1783, et kuna üks või kaks ülejäänud mobiilsideoperaatorit avaldaks väiksemat konkurentsisurvet ja kuna sektori võrgutaristusse tehtavad investeeringud oleksid väiksemad, nagu tuleneb teatavatest tema läbivaadatud võrgu konsolideerimise kavadest, võib koondumine kaasa tuua kooskõlastamata konkurentsivastase mõju Ühendkuningriigi mobiilsideteenuste jaemüügiturul.

322 Vaidlustatud otsuse põhjenduses 1784 järeldab komisjon sisuliselt, et arvestades, et sellist mõju ei saa kompenseerida ostujõu, turule sisenemise või sellest tuleneva tõhususega, kahjustab tehing märkimisväärselt konkurentsi oligopoolsel turul, kus on vähe konkurente ja kõrged sisenemistõkked.

2. Kolmas väide, et on tehtud vigu võrgujagamisest tuleneva horisontaalse kooskõlastamata mõju käsitlemisel

323 Kolmanda väitega kinnitab hageja, et komisjon on vaidlustatud otsuses teinud faktivigu ja rikkunud õigusnorme, teinud ilmseid hindamisvigu ja rikkunud olulisi menetlusnorme, käsitledes võrgujagamisest tulenevat kooskõlastamata mõju, eelkõige seoses võrgujagamise kokkulepete poolte ühtivate huvide vajaduse ja ulatusega (esimene osa), kahe võrgujagamise kokkuleppe arenguga vastupidise stsenaariumi korral (teine osa), Three võimega viivitada või takistada BT/EE ühepoolseid kasutuselevõtutoiminguid (kolmas osa), koondumise võimaliku negatiivse mõjuga konkurentidele, kuid mitte konkurentsile (neljas osa), BT/EE ja Vodafone'i konkurentsipositsiooni kahjustamisega (viies osa), suurema läbipaistvuse mõjuga võrkudesse tehtavale koguinvesteeringule (kuues osa) ja võrgujagamise kokkulepete muutmisega (seitsmes osa).

324 Komisjon, keda toetavad Ühendkuningriik ja BT/EE, vaidleb hageja argumentidele vastu.

a) Võrgujagamise kokkuleppe poolte ühtivad huvid

325 Kolmanda väite esimeses osas leiab hageja, et ühtivate huvide teooria on uus, kuna sellele ei ole telekommunikatsioonisektori varasematel koondumisjuhtudel kunagi tuginetud, ja on paradoksaalne, kuna see tähendab, et võrgujagamise kokkulepete poolte ühtivaid huve tuleb eelistada koondumisest tulenevale konkurentsile, mis on vastuolus nii konkurentsi mõiste kui ka komisjoni enda järeldustega hageja pakutud parandusmeetmete kohta.

326 Komisjon märgib ühtivate huvide teooria väidetava uudsuse kohta, et asjaolu, et ta ei tõstatanud sarnaseid küsimusi varasemates asjades, on seletatav käesolevas asjas kõne all olevate võrgujagamise kokkulepete eripäraga. BT/EE lisab selle kohta, et ühtivate huvide teooria on määratletud juba seoses

juhtumiga COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, milles komisjon järeldas, et T-Mobile võib pärast koondumist püüda halvendada Three raadiosidevõrgu (*radio access Network*, RAN) kvaliteeti MBNLi raames.

327 Mis puudutab ühtivate huvide teooria väidetavat paradoksaalsust, siis väidab komisjon, keda selles küsimuses toetab Ühendkuningriik, et tema hinnang ühtivatele huvidele ei ole sugugi paradoksaalne. Kuigi võrgujagamise kokkulepete olemasolu loob kokkuleppe poolte vahel ühishuvi punkte, mis võivad konkurentsi soodustada, kui kokkulepped tähendavad eelkõige kulude sünergiat või võrgu parandamist, säilitavad kokkuleppe pooled üldiselt võime omavahel konkureerida olulistes parameetrites, kaasa arvatud hind. Vaidlustatud otsuses ei ole viidatud tegevuse ühitamisele või kooskõlastamisele, vaid ühtivatele huvidele seoses sellise võrgu valdamisega, mis võimaldab tõhusalt konkureerida.

1) Võrgujagamise kokkulepete kahjustamise teooria uudsus

328 Üldkohus sedastab kolmanda väite esimeses osas sissejuhatavalt välja toodud võrgujagamise kokkulepete kahjustamise teooria uuenduslikkuse kohta, et vaidlustatud otsuse põhjendustest 1242 ja 1243 nähtub, et 3UK tõstatas võrgujagamise kokkuleppe poolte huvide ühitamise vajalikkuse ja olulisuse küsimuse komisjoni ees juhtumil M.5650 – T-Mobile/Orange teatatud koondumise kohta esitatud märkustes.

329 Komisjoni kahjustamisteooriat põhjendati juhtumil M.5650 – T-Mobile/Orange siiski mitte võrgujagamise kokkuleppe poolte ühtivate või lahknevate huvidega, vaid vajadusega tagada teatud ettevõtja võimalus kasutada võrku, mida ta jagab teise ettevõtjaga, samas kui viimane oli sõlminud kolmanda ettevõtjaga tehingu, mis võis kahjustada esimesena nimetatud ettevõtja võimalust võrku kasutada. Sel põhjusel võtsid koondumise pooled komisjoni määratletud tõsiste kahtluste hajutamiseks endile määruse nr 139/2004 artikli 6 lõike 2 alusel 3UK suhtes kohustusi seoses MBNLi võrgujagamise kokkuleppe kestusega, mida pikendati [*konfidentsiaalne*], ja vaidluste kiire lahendamise mehhanismi loomisega.

330 Sellest järeldub, et käesolevas asjas komisjoni esitatud kahjustamisteooria, mis põhineb vajaduse korral sellel, et vältida iga võrgujagamise kokkuleppe poolte ühtivate huvide täielikku muutmist ja säilitada stabiilsed kokkulepped, on uus võrreldes tema varasema otsustuspraktikaga.

331 Pelk asjaolu, et kahjustamisteooria, mille komisjon on otsuses sõnastanud, on uuenduslik, ei vii siiski iseenesest järelduseni, et teooria kui selline on ebatõenäoline või alusetu. Nagu BT/EE õigesti rõhutab, ei pea komisjon oma analüüsis piirduma varasemates otsustes välja toodud kahjustamisteooriatega.

332 Lisaks, nagu nähtub eespool punktist 111, mida kaugemale tulevikku analüüs on suunatud ja mida raskemini tajutavad, ebakindlamad ja raskemini tuvastatavad on põhjuse ja tagajärje seosed, seda nõudlikum peab olema liidu kohus komisjoni poolt nende kohta esitatud tõendite konkreetsel hindamisel.

2) Ühtivate huvide teooria väidetav paradoksaalsus ja ekslikkus ning võrgujagamise kokkulepete täielik muutmine

333 Hageja väidab, et vaidlustatud otsuse põhjendustes 1238 ja 1239 esitatud komisjoni järeldus, et MBNL ja Beacon „põhinevad teataval ühtivate huvide astmel“, mida koondumine võib täielikult muuta, on vigane.

334 Hageja väidab eelkõige, et seoste lõdvendamine MBNLi ja Beaconi vahel pärast koondumist võib soodustada suuremat konkurentsi nende kokkulepete poolte vahel ja tugevdab võrkudevahelist konkurentsi.

335 Komisjon vaidleb nendele argumentidele vastu, kinnitades sisuliselt, et võrgujagamise kokkulepetel on oluline roll mobiilside sektoris, eriti Ühendkuningriigis, kus ühtivate huvide hindamine ei ole sugugi paradoksaalne. Vaidlustatud otsuses ei ole viidatud tegevuse ühitamisele või kooskõlastamisele, vaid ühtivatele huvidele seoses sellise võrgu valdamisega, mis võimaldab tõhusalt konkureerida.

336 Selles osas tõdeb Üldkohus kõigepealt, et ta võib kohe alguses nõustuda komisjoni kahjustamisteooria ühe osaga, mis on kokku võetud vaidlustatud otsuse põhjenduses 1232, kuna selle konkurentsi vähenemine, mida avaldab mobiilsidevõrgu operaator, kes on seotud koondumise pooltega võrgujagamise kokkulepete kaudu, võib teatavatel juhtudel kaasa tuua konkurentsi märkimisväärse takistamise. See on nii näiteks sellise turuhäireid põhjustava ettevõtja juhtumil, kes sõltub võrgujagamise kokkuleppest, et oma teenuste pakkumiseks turule siseneda, ja võib koondumise tagajärjel osutuda turult kõrvalejäetuks.

337 Nagu on juba märgitud eespool punktis 296, on komisjoni sõnul mõlema Ühendkuningriigis olemasoleva võrgujagamise kokkuleppe partneritel, st BT/EE-l ja Vodafone'il tänaseks põhjust arendada oma võrkude jagatavaid osi ühiselt, et saavutada teistest mobiilsideoperaatoritest ja eelkõige teise võrgujagamise kokkuleppe pooltest parem võrk. Komisjoni sõnul kaoks tehingu toimumisel selline konkurentsidünaamika, kuna koondumisel tekkiv üksus oleks igal juhul lühemas või keskpikas perspektiivis mõlema võrgujagamise kokkuleppe pool ning Vodafone'il ja BT/EE-l ei oleks enam partnerit, kes on täielikult kaasatud Beaconi või MBNLi raames.

338 Kokkuvõttes eeldab komisjoni esimene kahjustamise alateooria, nagu ta ise vaidlustatud otsuse põhjendustes 1777–1783 kinnitab, et tehing kahjustab ühe või teise või mõlema mobiilsideoperaatori konkurentsipositsiooni ning võib seega vähendada BT/EE või Vodafone'i või nende kahe mobiilsidevõrgu operaatori avaldatavat konkurentsisurvet, kes on koondumise poolte partnerid võrgujagamise kokkulepetes. Üldkohus märgib selles osas, et taristul põhinev konkurents võib olla oluline tegur, et tagada teenuste kvaliteet mobiilside turul.

339 Vastavalt komisjoni otsustuspraktikale, mis puudutab ELTL artikli 101 lõikeid 1 ja 3, tekitavad võrgujagamise kokkulepped, mis näevad ette teatava taristu ühise kasutamise, sellest seisukohast mitmesuguseid konkurentsiriske, mis erinevad sõltuvalt kontekstist ja sellest, kas jagamine on aktiivne või passiivne. Olenevalt sellest, milline koostöö kord on valitud, on ettevõtjate sõltumatus ja kokkumängu oht rohkem või vähem piiratud ning konkurentsi kahjustamise oht on suurem või väiksem. Samal ajal võivad võrgujagamise kokkulepped anda olulisi majanduslikke eeliseid kulude kokkuhoiu, võrgu parema katvuse ja kiirema kasutuselevõtu mõttes (vt eelkõige komisjoni 30. aprilli 2003. aasta otsus 2003/570/EÜ, mis käsitleb EÜ asutamislepingu artikli 81 ja EMP lepingu artikli 53 kohaldamise menetlust (juhtum COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement") (ELT 2003, L 200, lk 59), ja komisjoni 16. juuli 2003. aasta otsus 2004/207/EÜ, mis käsitleb EÜ asutamislepingu artikli 81 ja EMP lepingu artikli 53 kohaldamise menetlust (juhtum COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland ja O2 Germany: võrkude jagamise raamkokkulepe) (ELT 2004, L 75, lk 32)).

340 Üldkohus sedastab, et asjaolu, et võrgujagamise kokkulepe võib selle sõlmimise korral kaasa tuua konkurentsi soodustavaid tagajärgi, tasakaalustades seega kokkuleppega kaasnevaid piiranguid, ei tähenda tingimata, et pärast koondumist võiks lepingu ülesütlemist, uuesti läbi rääkimist või iga hilisemat muutust selle tasakaalus tingimata kvalifitseerida tõhusa konkurentsi märkimisväärseks takistamiseks.

341 Nimelt sõltub uue konkurentsitasakaalu hindamine turul, eelkõige selliste võrgujagamise kokkulepete olemasolu tõttu, uue olukorra võimalikust konkurentsi soodustavast või konkurentsivastasest mõjust, mida komisjon või riigisisesed konkurentsiasutused võivad hinnata eraldi ja individuaalselt, arvestades eelkõige turu arengut, nagu Ofcom muu hulgas rõhutas mitmel korral komisjoni haldusmenetluse käigus, nagu nähtub Ühendkuningriigi menetlusse astuja seisukohtade lisadest, mis on esitatud Üldkohtule.

342 Nagu hageja aga rõhutab vastuseks Ühendkuningriigi menetlusse astuja seisukohtadele selles küsimuses, ei sõltu BT/EE ja Vodafone'i konkurentsivõime ja stiimulid investeerida üheselt Three investeerimisotsustest või kulude suurenemisest, vaid eelkõige selle konkurentsi tasemest, millega nad kokku puutuvad, ning nende endi rahalistest vahenditest ja strateegiatest. See, et vähenevad Three stiimulid investeerida ühte või teise võrku, ei saa tuleneda üksnes – ja seda olulisel määral – võrgujagamise kokkuleppe teise poole konkurentsivõime vähenemisest.

343 Komisjoni sõnul oleks see siiski nii, kui koondumisel tekkiv üksus otsustaks loobuda ühest võrgujagamise kokkuleppest, et keskenduda ainult teisele, nagu leidis komisjon seoses kahe täiendava võrgu konsolideerimise juhtumiga, millest esimene on esitatud vaidlustatud otsuse põhjendustes 1752–1756 ja mille puhul koondumisel tekkiv üksus sõltuks üksnes MBNList, ning teine vaidlustatud otsuse põhjendustes 1757–1759 ja mille puhul koondumisel tekkiv üksus sõltuks üksnes Beaconist. Neil kahel juhul järeldab komisjon vaidlustatud otsuse põhjendustes 1755 ja 1759, et investeeringute vähenemine sektori tasandil on ebatõenäoline.

344 Isegi kui möönda, et sellised stsenaariumid võivad tegelikult kahjustada BT/EE või Vodafone'i konkurentsipositsiooni, tuleb tõdeda, et seda konkurentsivastast mõju ei saa käesoleval juhul pidada Ühendkuningriigi mobiilside turul tõhusa konkurentsi märkimisväärseks takistamiseks.

345 Vastupidine järeldus võimaldaks komisjonil põhimõtteliselt ja ainult sel alusel keelata kõik koondumised, mis tähendaks üleminekut neljalt ettevõtjalt kolmele, välja arvatud need, mis võivad toimuda võrgujagamise kokkuleppe partnerite vahel.

346 Sellega seoses, nagu hageja õigesti rõhutab, võib seoste lõdvendamine MBNLi ja Beaconi vahel pärast koondumist soodustada nende kokkulepete poolte vahel suuremat konkurentsi taristu osas ja tugevdada võrkudevahelist konkurentsi.

347 Seega tuleb tõdeda, et võrgujagamise kokkuleppe poolte huvide võimalik ebakõla, nende varem eksisteerinud võrgujagamise kokkulepete täielik muutmine, mille kehtivust pikendati Three kasuks, või isegi nende lõpetamine, ei kujuta endast käesoleval juhul iseenesest tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist kooskõlastamata mõjudel põhineva kahjustamisteooria raames.

348 Neil asjaoludel tuleb nõustuda kolmanda väite esimese osaga selles, et komisjon järeldas ekslikult, et võrgujagamise kokkuleppe täielik muutmine võib kujutada endast kokkuleppe partneri poolt avaldatava konkurentsi märkimisväärset takistamist.

b) Koondumise mõju konkurentidele

349 Kolmanda väite kolmandas osas leiab hageja, et komisjoni järeldus vaidlustatud otsuse põhjenduses 1522, mille kohaselt koondumisel tekkiv üksus võib märkimisväärselt kahjustada BT/EEd, takistades tema investeeringuid võrkudesse või aeglustades nende tegemist, on vigane.

350 Komisjon leidis seega vaidlustatud otsuse põhjenduses 1512 vääralt, et [*konfidentsiaalne*].

351 Kolmanda väite neljandas osas kinnitab hageja, et komisjon rikkus õigusnormi ja tegi ilmse hindamisvea, kui ta kontrollis pigem koondumise mõju konkurentidele kui konkurentsile (vaidlustatud otsuse põhjendus 1231), et tuvastada tõhusa konkurentsi märkimisväärne takistamine.

352 Kolmanda väite viiendas osas märgib hageja, et komisjoni sedastused, mis toetasid järeldust, et koondumine kahjustab BT/EE ja Vodafone'i konkurentsipositsiooni, ei põhine mitte tõenditel, vaid pelgalt oletustel. Komisjon rikkus õigusnormi ja tegi ilmseid hindamisvigu, kuna puuduvad tõendid BT/EE ja Vodafone'i konkurentsipositsiooni kahjustamise kohta.

353 Komisjon väidab, et hageja rebis mõned vaidlustatud otsuse põhjendused nende kontekstist välja, näiteks selle, mis käsitleb võrgujagamise kokkuleppe katkestamist (vaidlustatud otsuse põhjendus 1246). Lisaks, kuigi oli tõsi, et ta alustas BT/EE ja Vodafone'i esiletoodud kahjustamiskategooriate kirjeldamisega (vaidlustatud otsuse põhjendused 1249–1285), analüüsis ta neid seejärel hageja märkuste alusel kava [A] raames (vaidlustatud otsuse põhjendused 1391–1567) ja kava [B] raames (vaidlustatud otsuse põhjendused 1568–1748).

354 Ühendkuningriik väidab sellega seoses, et komisjoni järeldus võrgujagamise kokkuleppe katkestamise kohta (vaidlustatud otsuse põhjendus 1246) on võrgujagamise kokkulepete olemuse ja toimimisega lahutamatult seotud. Ta väidab veel, et komisjon võttis põhjendatult arvesse Ofcomi seisukohta võrgujagamise kokkulepete küsimuses, andes samas põhjaliku hinnangu tehingu võimaliku mõju kohta (vaidlustatud otsuse põhjendus 1722).

355 Lisaks väidab komisjon, et kuna jaemüügiturg on väga kontsentreeritud ning Three ja O2 vaheline konkurents peab pärast koondumist lakkama, võib igasugune tõhusa konkurentsi taseme vähenemine, mida võiksid pakkuda BT/EE või Vodafone, avaldada konkurentsile üldiselt negatiivset mõju, nagu on täheldatud vaidlustatud otsuse põhjenduses 1679, eriti kui tõenäoline kahjustamine avalduks nende võrgu kvaliteedi halvenemises. BT/EE väidab selle kohta, et vaidlustatud otsuse põhjendustest 1230 ja 1529–1546 nähtub, et komisjonile tekitas muret asjaolu, et Three võiks BT/EE konkurentsipositsiooni nõrgendada, kuna BT/EE panustab märkimisväärselt konkurentsi.

356 Üldkohus leiab, et kolmanda väite kolmas, neljas ja viies osa on omavahel seotud ning neid saab edukalt koos läbi vaadata. Üldkohus tõdeb ühtlasi sissejuhatuseks, et hageja on koondanud viiendasse ossa mitu etteheidet, mis puudutavad tehinguga BT/EE-le ja Vodafone'ile avaldatava mõju hindamist, tegemata selget vahet kava [A] ja kava [B] vahel.

357 Seetõttu uurib Üldkohus järjestikku mõju BT/EE-le ja Vodafone'ile, teades, et kavast [A] tulenev mõju BT/EE-le, mis on tuvastatud allpool punktides 362–379, ilmneb ka kava [B] raames BT/EE-le avaldatava mõjuna, kuid vähemal määral.

358 Kõigepealt tuleb märkida, et koondumise kooskõlastamata mõju seoses võimaliku turuvõimu teostamisega, mis avaldub ühinemisel tekkiva üksuse pakutavate teenuste või tema võrgu kvaliteedi halvenemises, ei ole vaidlustatud otsuses analüüsitud.

359 Määruse 139/2004 põhjenduse 25 kohaselt on koondumise kooskõlastamata mõju hindamisel, nagu on juba tõdetud eespool punktides 96 ja 97, keskmes koondumise osaliste teineteisele avaldatava tugeva konkurentsisurve võimaliku kadumise ning allesjäävatele konkurentidele avaldatava konkurentsisurve võimaliku nõrgenemise hindamine.

360 Konkurentsi takistamine ja seega tarbijate kahjustamine tuleneb nimelt koondumise poolte vahelise senise konkurentsisuhte kadumisest ja sellest, et ükski allesjääv või võimalik turule tulev konkurent ei ole suuteline koondumisel tekkiva üksusega tõhusalt konkureerima. Peale hindadele avaldatava mõju mõjutaks koondumine ka pakutavate teenuste kvaliteeti ja klientide valikuvõimalusi, kuna koondumisel tekkivale üksusele ei avaldata enam survet, mis varem koondumise poolte vahel esines (vt selle kohta 6. juuli 2010. aasta kohtuotsus Ryanair *vs.* komisjon, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 224).

361 Selle problemaatika põhjaliku uurimise puudumine on vaidlustatud otsuses komisjoni tehtud analüüsi nõrk külg, mistõttu analüüsi edu tagamiseks oleks vaja eriti tugevat ja veenvat arutluskäiku seoses mõjuga konkurentidele.

i) Mõju BT/EE-le

362 Esiteks on liidu konkurentsieeskirjade peamine eesmärk kaitsta konkurentsi kui sellist, mitte konkurente. Sellega seoses juhtis komisjon oma suunistes mitte-horisontaalsete ühinemiste hindamiseks vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle (ELT 2008, C 265, lk 6) õigesti tähelepanu, et asjaolu, et koondumine mõjutab konkurente, ei ole iseenesest probleem. Täpsemalt asjaolu, et konkurente võidakse kahjustada seetõttu, et koondumine toob kaasa kulude kokkuhoiu, ei saa iseenesest tekitada konkurentsiprobleeme.

363 See arutluskäik on analoogia alusel kohaldatav horisontaalse koondumise korral või isegi piiratud oligopoli puhul, nagu käesolevas asjas.

364 Käesolevas asjas märgib komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1265, et üks viis, kuidas võrgujagamise kokkulepete ühe partneri konkurentsiseisundit nõrgendada, on halvendada neist kahest kokkuleppest ühe või teise võrgu kvaliteeti. See tundub komisjonile eriti asjakohane partneri puhul, kes osaleb võrgujagamise kokkuleppes, mis ei ole koondumisel tekkiva üksuse konsolideeritud võrgu aluseks.

365 Näiteks nähtub vaidlustatud otsuse põhjendustest 1430 ja 1431, et kava [A] raames nägi koondumisel tekkiv üksus ette, et ta ei kasuta [*konfidentsiaalne*] MBNLi tugijaamu. Siiski on ta endiselt kohustatud jagama nende tugijaamade kulusid kohustuste tõttu, mis võeti Three suhtes 2009. aastal T-Mobile/Orange'i koondumise raames (juhtum COMP/M.5650) ja mille eesmärk oli leevendada Three avaldatud kartusi [*konfidentsiaalne*].

366 Käesoleva koondumise raames üleliigseks muutuvate tugijaamadega seotud kulude jagamise kohustuse säilitamine oleks soodus BT/EE konkurentsipositsioonile, isegi kui komisjon on õigesti järeldanud, et see suurendab koondumise poolte stiimuleid neid kulusid vähendada. Siiski ei saa see, et koondumise poolte huvi jätkata investeerimist niisugustesse liigsetesse tugijaamadesse võib väheneda, mõjutada ebaproportsionaalselt BT/EE konkurentsipositsiooni või kujutada endast tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

367 Kuigi konkureeriva ettevõtja kulude suurenemine ei too tingimata kaasa konkurentsi takistamist, nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1679 õigesti nentis, peab komisjon igal juhul tõendama, et tema kahjustamisteooria on rajatud põhjuslikule seosele püsikulude eeldatava kasvu ja piirkulude suurenemise vahel, mis tooks kaasa vähem investeeringuid ja turul pakutavate teenuste kvaliteedi halvenemise, või kui kulud kantakse hinnatõusu abil edasi tarbijatele, siis BT/EE ja Vodafone'i avaldatava konkurentsisurve vähenemise turul.

368 Käesolevas asjas tuleb tõdeda, et komisjon ei ole vaidlustatud otsuses sellist põhjuslikku seost tõendanud kooskõlas käesolevas asjas kohaldatavate tõendamisnõuetega, mida on selgitatud eespool punktis 111.

369 Miski vaidlustatud otsuses ei luba eeldada, et väheste osalejatega oligopoolsel turul telekommunikatsioonisektoris oleks üheainsa operaatori konkurentsisurve kadumine „väga tõenäoliselt" käsitatav sellel turul konkurentsi täieliku kadumisena, nagu väidab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1679.

370 Teiseks tõdeb Üldkohus, et kuna eespool punktis 96 on juba tuvastatud, et kooskõlastamata mõjul põhineva kahjustamisteooria raames peab koondumine tähendama „tugeva konkurentsisurve kõrvaldamist, mida koondumise pooled teineteisele avaldasid", siis ei ole pelk teiste konkurentide poolt turule avaldatava konkurentsisurve vähenemine iseenesest tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise tõendamiseks piisav.

371 Komisjon piirdub aga oma järeldustes selle tuvastamisega, et Three kohustuste vähendamise tagajärjel tekivad BT/EE-l tõenäoliselt või vähemalt eeldatavalt suuremad kulud olemasoleva võrgu korrashoiuks (vaidlustatud otsuse põhjendused 1445–1455) ja võrgu parendamiseks (vaidlustatud otsuse põhjendus 1530).

372 Teisisõnu ei ole komisjon vaidlustatud otsuses õiguslikult piisavalt tõendanud, et võimalik kulude suurenemine vähendaks BT/EE võimet investeerida. Ta ei ole ka märkinud, millised on need investeeringute liigid, mida see puudutab või mida võidakse jagada, erinevalt nendest investeeringutest, mida see ei puuduta. Vaidlustatud otsus näib põhinevat rohkem või vähem ebatõenäolistel oletustel selle kohta, et BT/EE, kes lihtsalt lõpetab investeerimise pärast oma kulude suurenemist, ei reageeri üldse.

373 Lisaks, nagu Üldkohus eespool punktis 280 juba tuvastas, nähtub haldusmenetluse käigus esitatud tõenditest, et kuigi mobiilsidesektoris on võimalik kindlaks teha positiivset seost neljalt operaatorilt kolmele ülemineku põhjustava koondumise ja hindade tõusu vahel, võib samuti tuvastada seose nimetatud koondumise ja mobiilsideoperaatori poolt võrkudesse tehtavate investeeringute suurenemise vahel.

374 Kolmandaks, mis puudutab võimalust, et Three võib takistada BT/EE ühepoolset kasutuselevõttu, mida on kirjeldatud vaidlustatud otsuse põhjendustes 1473–1522, siis tuleb nentida, et see arutluskäik, mis põhineb eelkõige BT/EE märkustel ja MBNLi vaidlustatud tõlgendusel, ei ole iseenesest piisav, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist käesoleval juhul kava [A] osas.

375 Ühelt poolt ei peaks selline võimalik konkurentsi kahjustamine põhinema mitte võimalusel, et koondumise pooled otsustavad ühepoolselt oma võrgu kvaliteeti halvendada, vaid koondumise võimalikul mõjul võrgujagamise kokkuleppe teisele partnerile.

376 Teiselt poolt on põhjuse ja tagajärje seos sellisel juhul eriti nõrk. Eelkõige põhineb komisjoni tees kinnitusel, et selleks, et BT/EE investeeringute takistamise mehhanism saaks hakata Three algatusel toimima, [*konfidentsiaalne*].

377 [*konfidentsiaalne*].

378 Lisaks eeldab komisjoni seisukoht, et ärikoostöösuhte raames poolte kavandatud mehhanismi võib kergesti kuritarvitada nii, et see võib rängalt kahjustada ühte kahest lepingupartnerist. Lõpuks eeldab ta, et BT/EE-l puudub igasugune võimalus võtta Three suhtes tõhusaid vastumeetmeid, öeldes MBNLi kokkuleppe üles või pidades selle üle uuesti läbirääkimisi või nõudes komisjonilt nende Three suhtes võetud kohustuste läbivaatamist, millele on viidatud eespool punktis 329.

379 Asjaolu, et selline areng on teoreetiliselt mõeldav, ei tähenda, et selline sündmuste ahel leiab aset piisavalt realistlikult ja usutavalt ning et selle tagajärjel on BT/EE-l võimatu pakkuda teenuse taset, mis võimaldab tal tõhusalt konkureerida ühinemisel tekkiva üksusega.

ii) Mõju Vodafone'ile

380 Üldkohus tõdeb kõigepealt, et Vodafone'ile mõju avaldamise väide saaks olla edukas vaid siis, kui käesoleval juhul oleks alternatiivne võrgu konsolideerimiskava kõige tõenäolisem, millele hageja aga vastu vaidleb.

381 Esiteks toob Üldkohus esile, nagu on juba tuvastatud BT/EE puhul, et pelk asjaolu, et Vodafone avaldaks koondumise tulemusel väiksemat konkurentsisurvet, ei ole iseenesest piisav, et tõendada käesolevas asjas tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

382 Teiseks, mis puudutab mõju Vodafone'i võrgule, siis tõdeb Üldkohus, et komisjon ei tõenda vaidlustatud otsuses, et kulude suurenemine mõjutaks Vodafone'i stiimuleid investeerida oma võrku.

383 Nimelt, nagu on tuvastatud vaidlustatud otsuse põhjendustes 1680 ja 1681, on tõsi, et [*konfidentsiaalne*].

384 Koondumise selline mõju, mis toob kaasa [*konfidentsiaalne*], mis võib *a priori* vähem soodustada kokkumängu, ei too siiski tingimata kaasa Vodafone'i investeeringute vähenemist. Eelkõige möönab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1643, et Vodafone on võimeline võtma vastu koondumisest tulenevat kulude kasvu.

385 Nagu komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1683 sellega seoses märgib, ei ole võrgu kvaliteedi halvenemine tingitud sellest, et Vodafone võib mitte suuta või väidetavalt ei suuda teha vajalikke investeeringuid [*konfidentsiaalne*] enda arvel, vaid see tuleneb majandusotsusest, mille Vodafone peab tegema [*konfidentsiaalne*] vastavalt Vodafone'i poolt haldusmenetluse käigus esitatud modelleerimismudelile.

386 Kuna komisjoni kahjustamisteooria põhineb eelkõige sellistel Vodafone'i stiimulitel piirata investeeringuid oma võrku, mille aluseks on Vodafone'i mudel, siis võib arvata, et [*konfidentsiaalne*] on majanduslikult põhjendatud (vaidlustatud otsuse põhjendus 1643).

387 Käesolevas asjas väidab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1645 sisuliselt, et [*konfidentsiaalne*] katvus turul, kus kõik operaatorid tagavad [*konfidentsiaalne*], vähendaks märkimisväärselt Vodafone'i pakutavate tariifide konkurentsivõimet.

388 Kuigi võib kahelda, et sellist mõju, mis ei tulene koondumisel tekkiva üksuse tulevastest otsustest, vaid mõne tema konkurendi otsustest, võiks pidada koondumise otseseks ja koheseks tagajärjeks, ei ole komisjon vaidlustatud otsuses mingil juhul õiguslikult piisavalt ja vastavalt kohaldatavatele tõendamisnõuetele tõendanud, et selline Vodafone'i otsus tuleneks piisavalt realistlikult ja usutavalt koondumisest, muudaks konkurentsi määravaid tegureid asjaomasel turul ja takistaks käesoleval juhul „märkimisväärselt" tõhusat konkurentsi asjaomasel turul.

389 Selles osas ei suuda komisjon vaidlustatud otsuses tõendada põhjust, miks Vodafone, kuigi tema võimet katta kulude suurenemist ei ole vaidlustatud, otsustaks vabatahtlikult oma võrgu kvaliteeti halvendada või sellesse mitte investeerida.

390 Isegi kui eeldada, et see nii läheb, on kvaliteedi kui ühe konkurentsiteguri hindamine sageli keeruline ja ebatäpne toiming, mis nõuab igal konkreetsel juhul kaalumist, kuidas erinevad tarbijad seda tajuvad, eelkõige kõrgtehnoloogiatööstuses.

391 Isegi kui eeldada, et Vodafone otsustab seega vabatahtlikult ja oma tugijaamade rentaabluse alusel vähendada [*konfidentsiaalne*] oma võrgu katvuse määra turul, kus kõik teised operaatorid on kohustatud tagama võrgu katvuse määra [*konfidentsiaalne*], näib käesoleval juhul tõenäolisem, et Vodafone loobuks oma võrgust või halvendaks seda üksnes kõige vähem asustatud piirkondades, mis on seega kõige vähem kasumlikud.

392 Ent isegi kui asuda seisukohale, et võrgu kvaliteedi halvenemine, mis komisjoni sõnul peab toimuma pärast seda, kui Vodafone teeb ärilise otsuse mitte investeerida madala kasumlikkusega tugijaamadesse [*konfidentsiaalne*], ja seda eelkõige madala asustustihedusega piirkondades, saaks Ühendkuningriigi reguleerivad asutused koondumise sellist mõju tõhusalt heastada.

393 Kolmandaks võimaldavad ka muud tegurid kahelda komisjoni poolt vaidlustatud otsuses tehtud analüüsi tõenäosuses. Ühelt poolt, kuna komisjon tuvastas vaidlustatud otsuse põhjenduses 1736, et koondumisel tekkiv üksus investeeriks oma infrastruktuuri [*konfidentsiaalne*], näib tõenäoline, et Vodafone võiks teha sarnaseid investeeringuid [*konfidentsiaalne*].

394 Teisalt, [*konfidentsiaalne*], olid selle kokkuleppe pooled juba ette näinud võimaluse, et poolte kantud kulud suurenevad pärast [*konfidentsiaalne*].

395 Kuna võrgujagamise kokkuleppe selline muutmise võimalus oli juba ette nähtud, on raske ette kujutada, et niisuguse lepingujärgse valiku rakendamine kahjustaks tegelikult Vodafone'i märkimisväärselt.

396 Seega tuleb järeldada, et komisjon ei ole vaidlustatud otsuses õiguslikult piisavalt tõendanud, et Vodafone ei suuda tõhusalt konkureerida, ega ka seda, et Vodafone'i kulude mis tahes suurenemine kandub hinnatõusu kujul üle tarbijatele.

397 Sellest järeldub, et kolmanda väite kolmanda, neljanda ja viienda osaga tuleb nende kogumis nõustuda.

c) Suurema läbipaistvuse mõju võrkudesse tehtavale koguinvesteeringule

398 Kolmanda väite kuuendas osas väidab hageja, et komisjon rikkus õigusnormi ja tegi ilmseid hindamisvigu, kui ta analüüsis koondumise mõju võrkudesse tehtavatele investeeringutele vastavalt kava [B] ja kava [A] raames.

399 Hageja väidab eelkõige, et mehhanism, mille kohaselt kava [B] raames võib mobiilsidevõrgu operaatorite investeeringute suurem läbipaistvus vähendada nende stiimulit võrkudesse investeerida (vaidlustatud otsuse põhjendused 1732–1742), kuulub suuniste punkti 22 kohaselt kooskõlastatud, mitte kooskõlastamata mõju alla.

400 Komisjon, keda toetab Ühendkuningriik, kinnitab, et ta ei väitnud mitte seda, et BT/EE ja Vodafone kooskõlastaksid oma tegevust, st nad lepiksid vaikimisi kokku, et nad ei investeeri, või hakkaksid võtma vastumeetmeid juhul, kui üks neist investeeriks, vaid et koondumisel tekkiva üksuse investeerimisinitsiatiivi puudumisel ei oleks ükski teine mobiilsideoperaator ühepoolselt motiveeritud investeerima uutesse tehnoloogiatesse. Komisjon tugines seega konkurentsisurve vähenemisele ja ühepoolsetele stiimulitele investeerida võrku, mis kujutab endast tõepoolest koondumise ühepoolset või kooskõlastamata mõju vastavalt suuniste punktile 24.

401 BT/EE väidab, et komisjon ei analüüsinud kooskõlastatud mõju, vaid tunnistas lihtsalt, et jaemüügiturg on oligopoolne turg. Sellisel turul on aga kõik tarnijad üldiselt tähelepanelikud oma konkurentide tegevuse suhtes ja reageerivad kindlalt.

402 Üldkohus osutab kõigepealt, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 1562 järeldas komisjon, et mobiilsidevõrgu operaatorite investeeringute suurem läbipaistvus ei saa eriti avaldada märkimisväärset negatiivset mõju investeeringutele kava [A] raames (vaidlustatud otsuse põhjendus 1564).

403 Lisaks järeldas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1735, et kaval [B] võib olla märkimisväärne negatiivne mõju investeeringutele võrkudesse kogu sektori ulatuses, kuna koondumisel tekkivat üksust saaks teavitada BT/EE investeeringutest.

404 Pealegi, nagu möönis ka hageja ise oma analüüsis konsolideerimisstsenaariumide kohta, loobuti vaidlustatud otsuse põhjendustes 1388 ja 1389 esitatud [*konfidentsiaalne*] võimalusest, võttes arvesse konkurentsiasutuste prognoositavaid reservatsioone ja vähest tõenäosust, et selline stsenaarium kiidetakse heaks.

405 Käesolevas asjas tuvastas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1389, et kohe alguses tekitaks koondumine siiski ebakindla olukorra, kuna uus üksus ei oleks saanud kohe rakendada ei kava [B] ega kava [A]. Vaheperioodil ja lühiajalises perspektiivis [*konfidentsiaalne*].

406 Koondumisel tekkival üksusel on stiimul teha vajaduse korral samu investeeringuid nii riigi ida- kui lääneosas, mis lõpuks võimaldaks BT/EE-l ja Vodafone'il tutvuda nende vastavate investeeringutega (vaidlustatud otsuse põhjendused 1735 ja 1736). Selline suurem läbipaistvus toob seega kaasa ohu, et BT/EE ja Vodafone ootavad, et koondumisel tekkiv üksus teeks teatud investeeringuid, mis on peamiselt seotud uute tehnoloogiate arendamisega, enne kui nad omakorda investeeringuid teevad (vaidlustatud otsuse põhjendused 1737, 1739 ja 1740).

407 Teisisõnu, komisjoni väitel põhineb tema mure teise kahjustamisteooria raames sellel, et vähenevad iga mobiilsidevõrgu operaatori stiimulid teha ennetavaid investeeringuid ja parendada oma võrku ning et sellest tulenevalt väheneb konkurentsisurve. See vähenemine on tingitud turu struktuurist, mis valitseb kava [B] raames, [*konfidentsiaalne*] ning suurenenud läbipaistvusest, mida see struktuur toob kaasa iga mobiilsidevõrgu operaatori investeerimisstrateegia suhtes.

408 Üldkohus sedastab sellega seoses, et vaidlustatud otsuse üle kohtuliku kontrolli teostamisel valmistab talle käesoleval juhul erilisi raskusi see, et komisjon ei ole välja toonud sobivat ajalist raamistikku, mille raames ta soovib tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist tõendada. Komisjon analüüsis nimelt vaidlustatud otsuses koondumise vahetuid tagajärgi nii lühikeses kui ka keskpikas perspektiivis, võttes arvesse kahe võrgujagamise kokkuleppe ajalist kattumist, samuti keskmises ja pikaajalises perspektiivis, arvestades võrgu konsolideerimiskavasid, ilma et ta oleks siiski selgelt kindlaks teinud, milline paljudest esitatud stsenaariumidest on kõige tõenäolisem või millis(t)e stsenaariumi(de) alusel tuleks koondumise mõju konkurentsile esmajärjekorras uurida.

409 Seepärast palus Üldkohus pooltel kohtuistungi ajaks kujundada oma vastavad seisukohad sobiva ajalise raamistiku kohta, millest lähtuvalt hinnata koondumise mõju konkurentsile.

410 Üldkohus nendib, et eelkõige vaidlustatud otsuse põhjendustes 1239 ja 1244 on tõendatud, et käesolevas asjas, olenemata sellest, milline on võrgu konsolideerimise kava, mille koondumise pooled lõpuks heaks kiidavad, ei säilita nad pikemas perspektiivis kahte eraldiseisvat võrku, ja et näib, et pikemat perspektiivi ei ole vaidlustatud otsuses koondumise mõju hindamiseks sobiva ajalise raamistikuna arvesse võetud.

411 Selles osas tuleneb vaidlustatud otsuse põhjendusest 1244, et hageja kavade kohaselt ei säilita koondumisel tekkiv üksus jätkuvalt kahte eraldiseisvat võrku pikas perspektiivis. Koondumisel tekkiv üksus peaks pikas perspektiivis keskenduma ühele kahest võrgujagamise kokkuleppest.

412 Veel järeldas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1239, et ühtivad huvid ja vastastikune sõltuvus pärast tehingut tõenäoliselt lõhutakse kahes võrgujagamise kokkuleppes, mis kehtivad Ühendkuningriigi mobiilside turul. Komisjon tuvastas, et kuigi koondumisel tekkiv üksus tugineb kahele võrgule, et jätkata Three ja O2 klientidele mobiilsideteenuste osutamist, on tal stiimul mitte enam kahte võrku pikas perspektiivis säilitada. Komisjoni sõnul häirib see vältimatult huvide ühitamist vähemalt ühega kahest võrgujagamise kokkuleppe partnerist.

413 Vaidlustatud otsuse 1012. joonealuses märkuses märgib komisjon, et tehing kahe eraldi võrguga, mis katavad riigi tervikuna, näib mitmel põhjusel väga ebatõenäoline. Esiteks näevad kaks võrgu konsolideerimise kava, mille hageja ainsa realistliku stsenaariumina esitas, ette konsolideeritud võrgu loomise. Teiseks näib majanduslikult ettevaatamatu käitada pärast tehingut kahte eraldiseisvat võrku samamoodi nagu iseseisvatel alustel, eriti tulevaste investeeringute osas. Komisjon märgib, et koondumisel tekkiv üksus peaks sel juhul kahekordistama investeeringuid, et pakkuda neid kõigile oma klientidele.

414 BT/EE juhtis Üldkohtu tähelepanu asjaolule, et esineb teatud hulk koondumisasju, milles komisjon võttis aluseks pikaajalise mõju analüüsi, ning viitas juhtumile COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), kus komisjon võttis koondumise mõju analüüsimisel arvesse rohkem kui kümneaastast ajavahemikku.

415 Üldkohus sedastab, et analüüs koondumise mõju kohta oligopoolsel turul telekommunikatsioonisektoris, mis eeldab pikaajalisi investeeringuid ja kus tarbijad on tihti seotud mitmeks aastaks sõlmitud lepingutega, on dünaamiline prognoos, mille puhul on vaja arvesse võtta võimalikku kooskõlastatud või ühepoolset mõju tulevikus suhteliselt pikal ajavahemikul.

416 Olenemata sellest, millise võrgu konsolideerimise kava koondumise pooled lõpuks heaks kiidavad, ei säilita nad pikas perspektiivis kahte eraldi võrku. Järelikult tuleb tagasi lükata komisjoni tees, mis käsitleb suurema läbipaistvuse mõju võrkudesse tehtavale koguinvesteeringule, kuna see põhineb eeldusel, et on olemas kaks eraldi võrku.

417 Järelikult tuleb kolmanda väite kuuenda osaga nõustuda selles, et komisjon rikkus õigusnormi, kui ta kvalifitseeris suurema läbipaistvuse mõju võrkudesse tehtavale koguinvesteeringule kooskõlastamata mõjuks.

418 Järelikult tuleb teise kahjustamisteooria osas nõustuda kolmanda väitega, ilma et oleks vaja analüüsida selle väite ülejäänud osi.

E. Kolmas kahjustamisteooria, mis käsitleb kooskõlastamata mõju hulgimüügiturul

419 Vaidlustatud otsuse põhjendustes 1815–2314 välja arendatud kolmas kahjustamisteooria käsitleb hulgimüügiturul esinevat kooskõlastamata mõju, mis on seotud tugeva konkurentsisurve kõrvaldamisega. Sellel turul osutavad neli mobiilsideoperaatorit hostimisteenuseid võrku mitteomavatele mobiilsideoperaatoritele, kes pakuvad omakorda abonentidele jaemüügiteenuseid. Koondumine oleks komisjoni sõnul vähendanud nende mobiilsideoperaatorite arvu, kes soovivad pakkuda hostimisteenuseid võrku mitteomavatele mobiilsideoperaatoritele.

420 Üksikasjalikumalt leiab komisjon, et enne koondumist kujutas Three endast hulgimüügiturul „olulist konkurentsijõudu“. Sellega seoses täheldab komisjon eelkõige, et vaatamata oma suhteliselt väikesele ajaloolisele turuosale, mis aastatel 2014 ja 2015 oli [0–5%] (vaidlustatud otsuse põhjendused 1856–1867), oli Three lisandunud klientide osakaal suurem kui tema turuosa (vaidlustatud otsuse põhjendused 1868–1920).

421 Sellega seoses arvutas komisjon klientidega aastatel 2012–2015 sõlmitud lepingute väärtuse. Arvutuste kohaselt jääb Three saadud osa vahemikku [*konfidentsiaalne*], arvestades nende klientide 2018. aastal prognoositud väärtust. Komisjon märgib samuti, et Three parandas oluliselt oma positsiooni hulgimüügiturul, osales paljudes konkureerivates pakkumistes, sealhulgas suurima võrku mitteomava mobiilsideoperaatori teenindamiseks, ja sõlmis lepinguid potentsiaalselt kasvavate võrku mitteomavate mobiilsideoperaatoritega. Ta toob esile, et Three osalemine hulgilepingute läbirääkimistel avaldab konkureerivat mõju isegi olukordades, milles ta ei ole edukas, et ta pakub konkurentsivõimelist hulgihinda uutele tehnoloogiatele, näiteks 4G-le, ja et teda peetakse oluliseks konkurendiks (vaidlustatud otsuse põhjendused 1921–2125).

422 Ühtlasi järeldab komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 2210, et koondumine ühelt poolt vähendaks koondumisel tekkiva üksuse stiimulit toetada konkurentsi, kuna sellel üksusel on suurim kliendibaas jaemüügiturul, mis suurendab „ära meelitamise“ ohtu (vaidlustatud otsuse põhjendus 2209), ja teiselt poolt avaldaks see negatiivset mõju BT/EE ja Vodafone'i konkurentsivõimele ja konkurentsi toetamise stiimulitele (vaidlustatud otsuse põhjendus 2291).

423 Komisjon järeldab vaidlustatud otsuse põhjenduses 2313, et koondumine võib tuua hulgimüügiturul kaasa märkimisväärse kooskõlastamata mõju, mis tuleneb mobiilsideoperaatorite arvu kahanemisest neljalt kolmele, Three kui olulise konkurentsijõu kõrvaldamisest suuniste punkti 37 tähenduses, sellest, et kaotatakse oluline konkurentsisurve, mida turuosalised varem üksteisele avaldasid, ja ülejäänud turuosalistele avaldatava konkurentsisurve vähenemisest. Lisaks ei ole konkureerivatel mobiilsideoperaatoritel ei võimet ega stiimuleid koondumise kooskõlastamata konkurentsivastase mõju kõrvaldamiseks.

424 Neljanda väitega kinnitab hageja, et seoses kooskõlastamata mõjuga hulgimüügiturul rikkus komisjon vaidlustatud otsuses õigusnorme, tegi ilmseid hindamisvigu ja rikkus olulisi menetlusnorme eelkõige järeldustega, mille kohaselt esiteks takistaks koondumine märkimisväärselt tõhusat konkurentsi hulgimüügiturul (esimene osa), teiseks on Three „oluline konkurentsijõud“ hulgimüügiturul (teine ja kolmas osa), kolmandaks oleks koondumisel tekkival üksusel vähem stiimuleid konkureerimiseks (neljas osa) ja neljandaks ei oleks tema konkurentidel ei võimet ega stiimuleid temaga konkureerimiseks (viies osa), samuti asjaolu tõttu, et komisjon võttis arvesse kolmanda isiku kinnitusi (kuues osa). Hageja sõnul peaks igaüks neist vigadest kaasa tooma vaidlustatud otsuse tühistamise.

425 Kõigepealt tuleb koos uurida neljanda väite kolme esimest osa, mille kohaselt on tehtud viga järelduses, et koondumine takistaks märkimisväärselt tõhusat konkurentsi hulgimüügiturul, ja ilmne hindamisviga järelduses, et Three on „oluline konkurentsijõud“.

426 Neljanda väite esimeses osas leiab hageja, et kuna Three turuosa hulgimüügiturul oli 2014. aastal [0–5%] ega ole seda läve kunagi ületanud, mida komisjon ei ole vaidlustanud (vaidlustatud otsuse põhjendus 1856), siis ei mõjuta koondumine konkurentsi märkimisväärselt. Selles osas tugineb vaidlustatud otsus üksnes järeldustele, mis puudutavad Three kui „olulise konkurentsijõu“ kõrvaldamist.

427 Neljanda väite teises ja kolmandas osas märgib hageja, et komisjon ei ole selgitanud, miks Three konkureerimine hulgimüügiturul on eriti tõhus võrreldes teiste ettevõtjate konkurentsiga, kelle prognoositavat turuosa ei ole uuritud. Mitte ainult kõik teised turuosalised on selgelt tugevamad kui Three, vaid see olukord on aja jooksul kestnud ning hiljuti täheldatav Three turuosade väike suurenemine jääb vähetähtsaks ega mõjuta konkurentsistruktuuri ega turu dünaamikat. Kui komisjon kvalifitseeris Three „oluliseks konkurentsijõuks“, tegi ta lisaks vigu nii turuosade analüüsis kui ka Three uute klientide osakaalu analüüsis ja Three osatähtsuse kvalitatiivses hinnangus hulgimüügiturul.

428 Mis puudutab täpsemalt viimati nimetatud punkti, siis väidab hageja, et vaidlustatud otsuse joonis nr 125, mis kajastab nelja mobiilsidevõrgu operaatori turuosasid, nagu komisjon neid hindas, näitab selgelt, et Three positsioon on võrreldes tema konkurentidega nõrk. [*konfidentsiaalne*]

429 Samuti kinnitas komisjon vaidlustatud otsuse põhjenduses 1920 vääralt, et Three turuosa ei kajasta tema praegust konkurentsijõudu ega tema osatähtsust tulevases konkurentsiprotsessis, tuginedes tema uute klientide osakaalu prognoosile, mis ületab praegust turgu puudutavaid andmeid.

430 Lõpuks leiab hageja, et asjaolu, et Three ei osalenud [*konfidentsiaalne*] seitsmest suurest avalikust enampakkumisest, mis korraldati eelmise kolme aasta jooksul, nagu ka [*konfidentsiaalne*], läheb vastuollu ideega, et Three võib usaldusväärselt konkureerida ja olla hulgimüügiturul „oluline konkurentsijõud“.

431 Komisjon vaidleb nendele argumentidele vastu.

432 Komisjon väidab eelkõige, et turuosad ja nende kasv on üksnes esimesed viited turujõule (suuniste punkt 27) ja et suunistes on esitatud mitu näidet olukordadest, kus tagasihoidlikud turuosad ei takista koondumisel konkurentsiprobleemide tekkimist, näiteks juhul, kui kõnealusel ettevõtjal on suurem roll,

kui tema turuosa lubaks eeldada (vt suuniste punkt 37). Seega ei saa asjaolu, et Threel on hulgimüügiturul vaid tagasihoidlikud turuosad, viia automaatselt järelduseni, et koondumine ei saa põhjustada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

433 Lisaks leiab komisjon, et turuosad, nende kasv ja kontsentratsioonitaseme tõus, isegi kui need on vaid esimene märk turuvõimu kohta, on olulised tegurid, mida tuleb arvesse võtta oligopoolsetel turgudel, kus asjaolu, et ettevõtja on „oluline konkurentsijõud“, mängib märkimisväärset rolli.

434 Üldkohus nendib, et vähenemine neljalt ettevõtjalt kolmele hulgimüügiturul ei ole käesoleval juhul iseenesest selline, mis tõendaks konkurentsi märkimisväärset takistamist hulgimüügiturul. Nagu nähtub määruse nr 139/2004 põhjendusest 25, valitseb suurel osal oligopoolsetest turgudest konkurentsi tase, mida saab pidada piisavaks.

435 Mis puudutab turuosasid, siis sedastab Üldkohus, et vaidlust ei ole selles, et Three turuosa hulgimüügiturul oli väga väike, st aastatel 2014 ja 2015 [0–5%].

436 Sellega seoses möönis komisjon Üldkohtu menetluses, et turuosad ja nende kasv on suuniste punkti 27 kohaselt üksnes esimesed viited turuvõimule, kuna üldiselt on ka komisjoni otsustuspraktikas tunnistatud, et tagasihoidlikud turuosad on üldjuhul hea märk tugeva turujõu puudumisest.

437 Nimelt, nagu suure turuosa olemasolu on väga tähendusrikas ning koondumise poolte ja nende konkurentide turuosade vaheline suhe on kindel märk turgu valitseva seisundi olemasolust või tõhusa konkurentsi märkimisväärsest takistamisest, kuna see võimaldab hinnata asjaomase ettevõtja konkurentide konkurentsivõimet (23. veebruari 2006. aasta kohtuotsus Cementbouw Handel & Industrie *vs.* komisjon, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 201), siis kui koondumise ühe poole turuosa on eriti väike, viitab see esmapilgul tõhusa konkurentsi märkimisväärse takistamise puudumisele, eriti kui teiste ettevõtjate turuosad on palju suuremad.

438 Kuigi ei saa välistada, et vaatamata koondumise ühe poole suhteliselt väiksele turuosale kahjustab koondumine märkimisväärselt tõhusat konkurentsi, peab komisjon esitama selle kohta veenvaid tõendeid.

439 Esiteks ei näita koondumise poolte ühine turuosa [30–40%] käesolevas asjas turgu valitseva seisundi tekkimist või tugevnemist ega isegi tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist kui sellist.

440 Teiseks tõdeb Üldkohus, et komisjon kinnitab vaidlustatud otsuse põhjenduses 1865, et koondumise tulemusel tekkiv HHI ületab suunistes ette nähtud künnise.

441 Mis puudutab HHI arvutamist, siis näeb suuniste punkt 14 ette, et turuosad või koondumisastmed on sageli esimesed kasulikud näitajad turustruktuuri ja koondumise poolte tähtsuse kohta. Samuti nähtub suuniste punktist 16, et turu üldine koondumisaste võib anda konkurentsitingimuste kohta väärtuslikku teavet.

442 Suuniste punktides 19–21 on määratletud HHI künnised, millest allpool ei tekita koondumine tõenäoliselt konkurentsiprobleeme. Seega leiab komisjon, et tõenäoliselt ei teki horisontaalse konkurentsiga seotud probleeme ühinemise puhul, mille ühinemisjärgne HHI on 1000–2000 ja mille delta on alla 250, või ühinemise puhul, mille ühinemisjärgne HHI on üle 2000 ja delta alla 150, välja arvatud erandjuhtudel.

443 Hageja väitis Üldkohtus, ilma et komisjon oleks seda ümber lükanud, et delta on käesolevas asjas pärast koondumist kõigest [*konfidentsiaalne*]. Üldkohus tõdeb, et see väärtus ületab küll künnise, millest allpool on põhimõtteliselt välistatud, et koondumine tekitab konkurentsiprobleeme. Samas täpsustab suuniste punkti 21 teine lause, et nende künniste ületamise põhjal ei saa eeldada, et konkurentsiprobleemid esinevad.

444 Siiski tuleb asuda seisukohale, et mida rohkem neid künniseid ületatakse, seda rohkem viitavad need väärtused konkurentsiprobleemidele (vt selle kohta 9. juuli 2007. aasta kohtuotsus Sun Chemical Group jt *vs.* komisjon, T-282/06, EU:T:2007:203, punkt 138), ja et delta ületab käesoleval juhul kõigest [*konfidentsiaalne*] horisontaalsete ühinemiste hindamise suunistes ette nähtud künnist.

445 Käesolevas asjas tõdeb Üldkohus, et komisjon ei tuginenud Three ajaloolistele turuosadele ja koondumistasemele, et järeldada, et ta on hulgimüügiturul „oluline konkurentsijõud“, vaid uute klientide osakaalule (vaidlustatud otsuse põhjendus 1857) ja oma kvalitatiivsele analüüsile Three osatähtsuse kohta hulgimüügiturul.

446 Asjaolu, et komisjon selgitas välja, et Threel oli konkurentsis suurem roll, kui lubaks eeldada tema turuosa, ei ole siiski iseenesest piisav tõend, et tuvastada käesolevas asjas tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist.

447 Kuigi ei ole välistatud, et suunistes sätestatud ühe teguri kohaldamine võib teatud juhtudel olla piisav, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist, ei ole komisjon vaidlustatud otsuses usutavalt selgitanud, miks oli uute klientide osakaal käesoleval juhul nii määrava tähtsusega. Kuigi on tõsi, et komisjon ei pea igal üksikjuhul analüüsima kõiki kriteeriume, mille ta ise on oma suunistega kehtestanud, ei ole samas tõendatud, et vaid ühest neist kriteeriumidest piisab, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist, kui asjaolusid ei ole üksikasjalikult uuritud.

448 Kolmandaks, mis puudutab uute klientide osakaalu, siis märgib komisjon, et Three sai ligikaudu [*konfidentsiaalne*] hulgimüügi klientidega seotud lepingute koguväärtusest, mis on vaidlustatud. Komisjon leiab, et isegi kui kõik hageja pakutud parandused oleksid vastuvõetavad, oleks ülejäänud osa hulgimüügi klientide ostude kogusummast palju suurem kui Three ajalooline turuosa (vaidlustatud otsuse põhjendused 1896 ja 1917).

449 Siiski ei ole pelk asjaolu, et Three uute klientide osakaal on suurem kui tema turuosa, käesolevas asjas piisav, et tõendada tõhusa konkurentsi märkimisväärset takistamist olukorras, kus Three turuosa on tegelikult väga tagasihoidlik ja kus isegi tema uute klientide osakaal turul, millel on vaid neli ettevõtjat, on piiratud.

450 Tuleb tõdeda, et kuigi need asjaolud võimaldavad asuda seisukohale, et Threel on võime konkureerida teiste hulgimüügituru osalistega, et ta on usaldusväärne konkurent ja et tal on mõju konkurentsile isegi siis, kui ta pakkumisi ei võida, ja et ta tugevdas oma turupositsiooni, ei ole need mingil juhul piisavad, et kvalifitseerida Three „oluliseks konkurentsijõuks“.

451 Neljandaks, mis puudutab komisjoni kvalitatiivset hinnangut Three osatähtsuse kohta hulgimüügiturul, siis tuvastas komisjon, et Threed peetakse turul tõsiseltvõetavaks ohuks ja ta on osalenud märkimisväärsel hulgal hankemenetlustes (vaidlustatud otsuse põhjendused 1936–1987).

452 Nagu hageja õigesti rõhutab, ei ole komisjon tõendanud, et tema enda poolt suuniste punktides 37 ja 38 kehtestatud kriteeriumid olid Three suhtes kohaldatavad. Nimelt ei tõenda komisjoni järeldused Three tulevase turuosa, usaldusväärsuse, tema pakkumuste konkurentsivõimeliste tingimuste või pakkumismenetlustes osalemise mõju kohta (vaidlustatud otsuse põhjendused 2294 ja 2295), et Three oleks hulgimüügiturul teistest osalejatest erinev, isegi kui need järeldused on põhjendatud.

453 Lisaks, isegi kui komisjoni arvesse võetud asjaolud saavad iseloomustada Threed kui „olulist konkurentsijõudu“, ei võimalda need tõendada, et Three ja O2 avaldasid teineteisele tugevat konkurentsisurvet, mis koondumise tagajärjel kõrvaldatakse.

454 Järelikult tuleb neljanda väite kolme esimese osaga nõustuda, ilma et Üldkohtul oleks vaja analüüsida neljanda väite neljandat, viiendat ja kuuendat osa.

455 Seega tuleb vaidlustatud otsus tühistada, ilma et Üldkohtul oleks vaja teha otsust selle kohta, kas kolm kahjustamisteooriat on sõltumatud või vastastikuses sõltuvuses, või teha otsust hageja ülejäänud argumentide ja väidete kohta.

Kohtukulud

456 Kodukorra artikli 134 lõike 1 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud komisjoni kahjuks, tuleb komisjoni kohtukulud jätta tema enda kanda ja mõista hageja kohtukulud vastavalt hageja nõudele välja komisjonilt. Ühendkuningriik ja EE Ltd kannavad kodukorra artikli 138 alusel ise oma kohtukulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (esimene koda laiendatud koosseisus)

otsustab:

1. **Tühistada komisjoni 11. mai 2016. aasta otsus C(2016) 2796 final, millega koondumine, mis puudutab Telefónica Europe Plc omandamist Hutchison 3G UK Investments Ltd poolt, kuulutatakse kokkusobimatuks siseturuga (juhtum COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK).**

2. **Jätta Euroopa Komisjoni kohtukulud tema enda kanda ja mõista temalt välja CK Telecoms UK Investments Ltd kohtukulud.**

3. **Jätta Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi ning EE Ltd kohtukulud nende endi kanda.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 28. mail 2020 Luxembourgis.

Allkirjad

Sisukord

I. Vaidluse taust 2

II. Vaidlustatud otsus 4

III. Menetlus 4

IV. Poolte nõuded 7

V. Õiguslik käsitlus 8

A. Õiguslik raamistik 8

1. Kohtuliku kontrolli intensiivsus koondumiste valdkonnas 8

2. Määrusega nr 139/2004 tehtud muudatuse ulatus 9

3. Tõendamiskoormis ja tõendamistase koondumiste valdkonnas 12

4. Põhjendamine 14

B. Hagi väidete ja ülesehituse kokkuvõte 14

C. Esimene kahjustamisteooria, mis puudutab kooskõlastamata mõju jaemüügiturul 15

1. Vaidlustatud otsuse kokkuvõte 15

2. Esimese väite ja esimese kahjustamisteooria põhjendamiseks esitatud peamiste tõendite kokkuvõte 16

a) Turuosade analüüs 16

b) Three kvalifitseerimine „oluliseks konkurentsijõuks“ 18

1) Mõiste „oluline konkurentsijõud“ moonutamine 18

2) Three konkurentsisurve aste jaemüügiturul 20

i) Lisandunud abonentide osakaal 21

ii) Three abonentide arvu kasv 22

iii) Three hinnapoliitika 23

iv) Three ajalooline roll turul 24

c) Konkurentsisuhte läheduse hindamine 25

d) Koondumise hindadele avaldatava kvantitatiivse mõju hindamine 28

1) Hinnatõususurve analüüsi kui esimese sõela tõenduslik jõud 28

2) Hinnatõususurve analüüs käesolevas asjas 29

e) Kooskõlastamata mõju üldhinnangu andmine 31

D. Teine kahjustamisteooria, mis puudutab võrgujagamise kokkulepete täieliku muutmisega kaasnevat kooskõlastamata mõju 32

1. Vaidlustatud otsuse kokkuvõte 32

2. Kolmas väide, et on tehtud vigu võrgujagamisest tuleneva horisontaalse kooskõlastamata mõju käsitlemisel 35

a) Võrgujagamise kokkuleppe poolte ühtivad huvid 35

1) Võrgujagamise kokkulepete kahjustamise teooria uudsus 36

2) Ühtivate huvide teooria väidetav paradoksaalsus ja ekslikkus ning võrgujagamise kokkulepete täielik muutmine 36

b) Koondumise mõju konkurentidele 38

i) Mõju BT/EE-le 40

ii) Mõju Vodafone'ile 41

c) Suurema läbipaistvuse mõju võrkudesse tehtavale koguinvesteeringule 43

E. Kolmas kahjustamisteooria, mis käsitleb kooskõlastamata mõju hulgimüügiturul 45

Kohtukulud 49