Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (първи разширен състав)

28 май 2020 година*

„Конкуренция — Концентрации — Далекосъобщителни дейности по безжичен път — Пазар на дребно на мобилните далекосъобщителни услуги — Пазар на едро за достъп и генериране на повиквания в обществени мобилни телефонни мрежи — Придобиване на Telefónica Europe от Hutchison — Решение, с което концентрацията е обявена за несъвместима с вътрешния пазар — Олигополен пазар — Съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция — Некоординирани ефекти — Тежест на доказване — Изискване във връзка с доказването — Пазарни дялове — Последици от концентрацията за цените — Количествен анализ на очаквания натиск за повишаване на цените — Близки конкуренти — Силен конкурентен натиск — Важен конкурентен фактор — Споразумения за съвместно използване на мрежата — Степен на концентрация — Индекс на Херфиндал-Хиршман — Грешка при прилагане на правото — Грешка в преценката“

По дело T-399/16

CK Telecoms UK Investments Ltd, установено в Лондон (Обединеното кралство), за което се явяват T. Wessely, O. Brouwer, адвокати, A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, и B. Kennelly, QC,

жалбоподател,

срещу

Европейска комисия, за която се явяват T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski и C. Urraca Caviedes, в качеството на представители,

ответник,

подпомагана от

Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия, за което се явяват S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short и A. Dadley, представители, подпомагани от R. Williams и J. Morrison, barristers,

и от

EE Ltd, установено в Хатфийлд (Обединеното кралство), за което се явяват A. Lindsay, barrister, C. Chapman и J. Hulsmann, solicitors,

встъпили страни,

* Език на производството: английски.

с предмет искане на основание член 263 ДФЕС за отмяна на Решение C(2016) 2796 окончателен на Комисията от 11 май 2016 година за обявяване на концентрацията във връзка с придобиването на Telefónica Europe plc от Hutchison 3G UK Investments Ltd за несъвместима с вътрешния пазар (дело COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

ОБЩИЯТ СЪД (първи разширен състав),

състоящ се от: M. van der Woude, председател, E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen и U. Öberg (докладчик), съдии,

секретар: S. Bukšek Tomac, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 2 и 3 май 2019 г.,

постанови настоящото

Решение

I. Обстоятелствата по спора

1 На 11 септември 2015 г. Европейската комисия получава уведомление в съответствие с член 4 от Регламент (ЕО) № 139/2004 на Съвета от 20 януари 2004 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 24, 2004 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 201) за планирана концентрация, по която CK Hutchison Holdings Ltd, посредством непрякото си дъщерно дружество Hutchison 3G UK Investments Ltd, понастоящем жалбоподателят — CK Telecoms UK Investments Ltd, трябва да придобие по смисъла на член 3, параграф 1, буква б) от посочения регламент изключителния контрол върху Telefónica Europe plc (наричано по-нататък „O2“).

2 Към момента на настъпване на фактите по настоящия спор на пазара на дребно на мобилни далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство (наричан по-нататък „пазарът на дребно“) осъществяват дейност четирима оператори на мобилни мрежи: EE Ltd, дъщерно дружество на BT Group plc, придобито от последното през 2016 г. (по-нататък наричани заедно „BT/EE“), O2, Vodafone и Hutchison 3G UK Ltd (наричано по-нататък „Three“), непряко дъщерно дружество на CK Hutchison Holdings, като съответните им пазарни дялове от гледна точка на броя абонати са приблизително [между 30 % и 40 %], [между 20 % и 30 %], [между 10 % и 20 %] и [между 10 % и 20 %]. Операцията по концентрация, предмет на настоящия спор (наричана по-нататък „операцията“, „концентрацията“ или „сделката“), е щяла да позволи на образувания вследствие на концентрацията субект, обединяващ Three и O2 (по-нататък наричани заедно „страните по концентрацията“), да притежава приблизително [между 30 % и 40 %] от пазара на дребно и следователно да се превърне в основния участник на този пазар, изпреварвайки предишния традиционен оператор BT/EE и Vodafone.

3 Освен тези оператори на мобилни мрежи на пазара на дребно осъществяват дейност и няколко оператора на виртуални мобилни мрежи, като например Tesco Mobile, Virgin Mobile и TalkTalk, които не притежават мрежите, които използват, за да предоставят мобилни услуги на потребителите в Обединеното кралство, и които поради това са сключили споразумения с един от операторите на мобилни мрежи, за да получат достъп до мрежата му на цени на едро. Tesco Mobile е притежавано от Tesco и O2, като те имат в него равни дялове. На пазара на дребно

упражняват дейност и търговци на дребно, препродаващи под своя марка (по-нататък наричани заедно с операторите на виртуални мобилни мрежи „субектите, различни от ОММ“), и независими търговци на дребно, като например Dixons.

4 Една от характеристиките на този пазар е, че BT/EE и Three, от една страна, и Vodafone и O2, от друга, са обединили мрежите си по силата на споразумения за съвместно използване на мрежата. Това позволява на BT/EE и Three (споразумение MBNL, наричано по-нататък „MBNL“) и Vodafone и O2 (споразумение Beacon, наричано по-нататък „Beacon“) съответно да поделят разходите за разгръщане на мрежите си, като същевременно продължават да се конкурират на равнището на търговията на дребно.

5 На 2 октомври 2015 г. Обединеното кралство посредством Competition and Markets Authority (орган за защита на конкуренцията и пазарите, Обединено кралство) иска преписката по концентрацията да му бъде препратена на основание член 9, параграф 2, буква а) от Регламент № 139/2004. В това искане Обединеното кралство посочва, че според него има опасност концентрацията да възпрепятства съществено конкуренцията на пазара на дребно, както и на пазара на едро за достъп и генериране на повиквания в обществените мобилни телефонни мрежи в Обединеното кралство (наричан по-нататък „пазарът на едро“). Освен това Обединеното кралство поддържа, че е в най-добра позиция, за да разгледа концентрацията.

6 На 4 декември 2015 г. Комисията приема Решение C(2015) 8534 окончателен относно член 9 от Регламент № 139/2004 по дело M.7612 Hutchison 3G UK/ Telefónica UK, с което отхвърля искането за препращане на преписката. В това решение тя изтъква по-специално необходимостта да се осигури съгласуван и последователен подход при преценка на концентрациите в сектора на далекосъобщенията в различните държави членки и значителния опит, който е натрупала при преценка на концентрациите на европейските пазари на мобилни далекосъобщителни услуги.

7 В края на първата фаза от разследването Комисията заключава, че има сериозни съмнения относно съвместимостта на операцията с вътрешния пазар и на 30 октомври 2015 г. решава да образува производството по член 6, параграф 1, буква в) от Регламент № 139/2004.

8 Въз основа на втората фаза от разследването, която допълва констатациите от първата фаза, Комисията изготвя изложение на възраженията на 4 февруари 2016 г. На 26 февруари 2016 г. жалбоподателят представя писмено становище по изложението на възраженията.

9 За да бъдат преодолени посочените в изложението на възраженията опасения във връзка с конкуренцията, на 2 март 2016 г. жалбоподателят представя първи набор от ангажименти.

10 По искане на жалбоподателя на 7 март 2016 г. е проведено устно изслушване.

11 На 15 март 2016 г. жалбоподателят представя преработени ангажименти (наричани по-нататък „вторият набор ангажименти“). На 18 март 2016 г. Комисията започва допитване до участниците на пазара относно втория набор ангажименти. Допитване е направено, първо, с настоящите и потенциалните доставчици на мобилни далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство, доставчиците на инфраструктурни услуги в сектора на мобилните далекосъобщения, както и с асоциациите MVNO Europe и iMVNOx, и второ, с национални регулатори в областта на далекосъобщенията, включително с регулаторния орган в областта на далекосъобщенията в Обединеното кралство (наричан по-нататък „Ofcom“). Освен това националните органи за защита на конкуренцията на Обединеното кралство, Германия и Нидерландия изразяват становище по втория набор ангажименти.

12 На 17 и 23 март 2016 г. Комисията изпраща на жалбоподателя писма, в които посочва допълнителни доказателства, приложени към преписката пред нея и подкрепящи предварителните изводи в изложението на възраженията. Съответно на 29 март и 4 април 2016 г. жалбоподателят представя писмени становища в отговор на изложенията на фактите от 17 и 23 март 2016 г.

13 На 6 април 2016 г., след допитването до участниците на пазара, жалбоподателят представя нов набор преработени ангажименти.

14 Консултативният комитет по концентрациите разглежда проекторешението на Комисията на 27 април 2016 г. и излиза с положително становище.

15 На 11 май 2016 г. Комисията приема Решение C(2016) 2796 окончателен за обявяване на концентрацията за несъвместима с вътрешния пазар (дело COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (наричано по-нататък „обжалваното решение“).

16 Резюме на обжалваното решение е публикувано на 29 септември 2016 г. в *Официален вестник на Европейския съюз* (ОВ C 357, 2016 г., стр. 15).

II. Обжалваното решение

17 В обжалваното решение Комисията определя два съответни пазара — пазарът на дребно и пазарът на едро.

18 Комисията развива три теории за вредите, като всички те се основават на наличието на т.нар. „некоординирани“ ефекти на олигополен пазар.

19 Първите две теории за вредите се отнасят до пазара на дребно, а третата — до пазара на едро.

20 По-конкретно първата теория за вредите се отнася до наличието на некоординирани ефекти на пазара на дребно, свързани с премахването на силен конкурентен натиск. Според Комисията по същество произтичащото от операцията силно отслабване на конкуренцията вероятно ще доведе до увеличение на цените на мобилните телефонни услуги в Обединеното кралство и до ограничаване на избора на потребителите.

21 Съгласно втората теория за вредите, отнасяща се до наличието на некоординирани ефекти на пазара на дребно, свързани със съвместното използване на мрежата, сделката можело също да породи отрицателни последици за качеството на услугите, предлагани на потребителите в Обединеното кралство, като възпрепятства развитието на инфраструктурата на мобилната мрежа в тази държава.

22 Третата теория за вредите се отнася до наличието на некоординирани ефекти, свързани с премахването на силен конкурентен натиск на пазара на едро. На този пазар четиримата оператори на мобилни мрежи предоставят хостинг услуги на субектите, различни от ОММ, които от своя страна предлагат услуги на дребно на абонатите. По-конкретно според Комисията има опасност придобиването да породи съществени некоординирани ефекти за пазара на едро, произтичащи от намаляването на броя на операторите на мобилни мрежи от четирима на трима, от отстраняването на Three като важен конкурентен фактор, от премахването на силния конкурентен натиск, който страните преди това са упражнявали една върху друга, и от намаляването на конкурентния натиск върху останалите участници.

23 Що се отнася до твърденията на жалбоподателя за повишена ефективност, Комисията смята, че това повишение не може да бъде проверено, че то не е свързано конкретно с концентрацията и не може да бъде от полза за потребителите.

24 В последния раздел от обжалваното решение Комисията разглежда корективните мерки, предложени от жалбоподателя под формата на ангажименти. Тя смята, че вторият набор ангажименти няма да отстрани очертаните опасения във връзка с конкуренцията и че третият набор ангажименти, предложен на 6 април 2016 г., няма да отстрани напълно установените опасения във връзка с конкуренцията и не е всеобхватен и ефективен във всички отношения.

25 Вследствие на това Комисията обявява операцията за несъвместима с вътрешния пазар.

III. Производството

26 На 25 юли 2016 г. жалбоподателят подава в секретариата на Общия съд жалбата по настоящото дело.

27 В жалбата жалбоподателят отправя искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства с цел да се разпореди на Комисията да предостави на Общия съд някои сведения от преписката пред нея, които са необходими за разглеждане на жалбата от Общия съд, но са поверителни по отношение на жалбоподателя и до които само адвокатите и външните икономически консултанти на последния са имали достъп в хода на административното производство.

28 С молби, постъпили в секретариата на Общия съд на 1 декември 2016 г., BT/EE и Обединеното кралство искат да встъпят в настоящото дело в подкрепа на исканията на Комисията.

29 С молби, постъпили в секретариата на Общия съд съответно на 21 декември 2016 г. и 5 януари 2017 г., Комисията и жалбоподателят представят становища по молбите за встъпване на BT/EE и Обединеното кралство.

30 На 31 януари 2017 г. Комисията представя писмена защита.

31 В писмената защита Комисията посочва, че не възразява да представи документите, във връзка с които в жалбата е направено искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства, стига да бъдат приложени съответните мерки за опазване на поверителността в съответствие с член 103, параграф 3 от Процедурния правилник на Общия съд.

32 На 31 януари 2017 г. жалбоподателят представя в секретариата на Общия съд искания за поверително третиране и неповерителни варианти на жалбата по отношение на BT/EE, от една страна, и на Обединеното кралство, от друга.

33 С определения от 16 март 2017 г. председателят на първи състав на Общия съд допуска BT/EE и Обединеното кралство да встъпят по делото в подкрепа на исканията на Комисията и да им бъде предоставен неповерителен вариант на всеки процесуален акт, връчен на главните страни, като не се произнася по основателността на исканията за поверително третиране.

34 С определение за извършване на действие по събиране на доказателства от 16 март 2017 г. Общият съд иска от Комисията да представи документите, във връзка с които в жалбата е направено искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства. Комисията представя посочените документи на 3 април 2017 г.

35 На 17 март 2017 г. в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 89 от Процедурния правилник, Общият съд иска от жалбоподателя да представи нов вариант на искането си за поверително третиране по отношение на BT/EE.

36 С писмо от 17 март 2017 г. секретариатът на Общия съд уведомява страните, че последният няма да се произнася по втората размяна на писмени становища.

37 На 31 март 2017 г. жалбоподателят представя в секретариата на Общия съд нов вариант на искането си за поверително третиране по отношение на BT/EE, както и искания за поверително третиране и неповерителни варианти на писмената защита по отношение на BT/EE, от една страна, и на Обединеното кралство, от друга.

38 По предложение на първи състав Общият съд решава съгласно член 28 от Процедурния правилник да преразпредели делото на разширен съдебен състав.

39 С актове, подадени в секретариата на Общия съд на 21 април 2017 г., Обединеното кралство и BT/EE правят възражения срещу подадените от жалбоподателя искания за поверително третиране.

40 На 26 април 2017 г. е проведена среща между страните, техните представители и съдията докладчик, отнасяща се до поверителността и до възможността за съсредоточаване на основанията и доводите на главните страни по делото.

41 На 10 май 2017 г. жалбоподателят представя становище по релевантността на документите, във връзка с които в жалбата е направено искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства. На 31 май 2017 г. Комисията подава в секретариата на Общия съд искане за поверително третиране и неповерителен вариант на посоченото становище по отношение на BT/EE.

42 На 16 май 2017 г. в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 89 от Процедурния правилник, Общият съд приканва страните да представят някои документи и им поставя писмени въпроси, като ги приканва да отговорят писмено на тях.

43 Страните представят становища в отговор на тези искания на 2 и 16 юни 2017 г., както и в приложение към писмената реплика и дуплика съответно на 4 юли и 31 октомври 2017 г. Жалбоподателят представя по-специално преработен вариант на исканията си за поверително третиране по отношение на BT/EE. BT/EE не възразява срещу тези искания в предвидения срок. Освен това жалбоподателят и Обединеното кралство посочват, че са се споразумели жалбоподателят да изпрати поверителните варианти на различните материали от преписката на Обединеното кралство. Главните страни представят и искания за изключване на някои данни от общественодостъпната информация.

44 На 4 юли 2017 г. жалбоподателят подава в секретариата на Общия съд писмена реплика заедно с искане за поверително третиране и неповерителен вариант по отношение на BT/EE, както и с искане за изключване на някои данни от общественодостъпната информация. В приложение към писмената реплика жалбоподателят изпраща, в отговор на едно от процесуално-организационните действия от 16 май 2017 г., окончателно резюме със съществения съдържание на доказателствата, в което се уточнява релевантността на всяко доказателство.

45 На 28 август 2017 г. Комисията подава в секретариата на Общия съд искане за поверително третиране и неповерителен вариант на писмената реплика по отношение на BT/EE.

46 На 31 август 2017 г. Обединеното кралство и BT/EE представят съответните си изявления при встъпване.

47 На 18 септември 2017 г. Комисията подава по отношение на писмената реплика искане за изключване на някои данни от общественодостъпната информация.

48 С определение от 26 септември 2017 г., вследствие на представените от Комисията искания за поверително третиране по отношение на BT/EE, председателят на първи състав на Общия съд допуска на последното да бъде изпратен неповерителен вариант на всеки процесуален документ, връчен на главните страни, като не се произнася по основателността на посочените искания.

49 На 6 октомври 2017 г. главните страни правят искане за изключване на някои данни от общественодостъпната информация, както и искане за поверително третиране по отношение на BT/EE на изявлението при встъпване на Обединеното кралство, като прилагат съответните неповерителни варианти. BT/EE не възразява срещу това искане за поверително третиране в предвидения срок.

50 На 20 октомври 2017 г. BT/EE потвърждава, че не възразява срещу исканията на главните страни за поверително третиране на писмената реплика.

51 На 31 октомври 2017 г. Комисията представя писмена дуплика. В приложение към нея Комисията представя, в отговор на едно от процесуално-организационните действия от 16 май 2017 г., окончателно резюме със съществото съдържание на доказателствата, в което се уточнява релевантността на всяко доказателство.

52 На 28 ноември 2017 г. главните страни представят общо искане за изключване на някои данни от общественодостъпната информация, както и общо искане за поверително третиране по отношение на BT/EE на писмената дуплика, като прилагат съответните неповерителни варианти. BT/EE не възразява срещу това искане за поверително третиране в предвидения срок.

53 На 31 октомври 2017 г. жалбоподателят представя становище по изявленията при встъпване на BT/EE и Обединеното кралство. Комисията посочва, че няма да представи становище по тези изявления. На 14 декември 2017 г. главните страни подават в секретариата на Общия съд общо искане за поверително третиране и общ неповерителен вариант по отношение на BT/EE на становището на жалбоподателя по изявленията при встъпване на BT/EE и Обединеното кралство, както и общо искане за изключване на някои данни от общественодостъпната информация. BT/EE не възразява срещу тези искания в предвидения срок.

54 На 9 февруари 2018 г. жалбоподателят подава в секретариата на Общия съд искане за провеждане на съдебно заседание за изслушване на устните състезания. Комисията не представя в предвидения срок становище по провеждането на съдебно заседание.

55 На 17 април и 25 юли 2018 г., в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 89 от Процедурния правилник, Общият съд поставя писмени въпроси на страните, като ги приканва да отговорят писмено на тях.

56 Страните представят становища в отговор на това искане на 1, 2 и 18 май, 25 юни, 13 юли, 8 и 13 август 2018 г. Жалбоподателят, BT/EE и Обединеното кралство по-специално представят подписани от представителите им изявления за поемане на ангажименти във връзка с поверителността, вследствие на което са им връчени документите, за които в жалбата е направено искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства. Жалбоподателят представя и становище по посочените документи. След това главните страни представят искане за поверително третиране и общи неповерителни

варианти на тези становища по отношение на BT/EE, Обединеното кралство и обществеността. BT/EE и Обединеното кралство не са поискали да представят становище по посочените документи.

57 На 23 ноември 2018 г. Комисията представя становище по становището на жалбоподателя по документите, във връзка с които в жалбата е направено искане за извършване на процесуално-организационно действие или действие по събиране на доказателства. След това главните страни представят искане за поверително третиране и общи неповерителни варианти на това становище по отношение на BT/EE, Обединеното кралство и обществеността.

58 На 14 декември 2018 г. жалбоподателят изпраща до секретариата на Общия съд писмо относно провеждането на съдебното заседание за изслушване на устните състезания. Комисията представя становище по това писмо на 8 февруари 2019 г.

59 С процесуално-организационно действие от 15 февруари 2019 г. Общият съд иска от главните страни да представят общи неповерителни варианти на доклада от съдебното заседание по отношение на BT/EE и обществеността. Главните страни представят тези варианти на 1 март 2019 г.

60 По предложение на съдията докладчик Общият съд (първи разширен състав) решава да започне устната фаза на производството на 1 март 2019 г.

61 С определение за извършване на действие по събиране на доказателства от 19 март 2019 г. Общият съд иска от Комисията да представи някои документи. Комисията представя тези документи на 2 април 2019 г.

62 С процесуално-организационно действие от 19 март 2019 г. Общият съд поставя на страните писмени въпроси, като ги приканва да отговорят писмено на тях. Страните представят становища в отговор на това искане на 10 април 2019 г. Главните страни представят искане за поверително третиране и общи неповерителни варианти на тези становища по отношение на BT/EE и обществеността.

63 На 22 март 2019 г. жалбоподателят изпраща до секретариата на Общия съд писмо, в което иска съдебното заседание за изслушване на устните състезания да бъде проведено частично при закрити врата. Комисията, BT/EE и Обединеното кралство представят становище по това писмо съответно на 2, 3 и 4 април 2019 г.

64 На 15 април 2019 г. Общият съд приема процесуално-организационно действие във връзка със съдебното заседание за изслушване на устните състезания.

65 На 24 април 2019 г. жалбоподателят изпраща до секретариата на Общия съд писмо относно провеждането на съдебното заседание за изслушване на устните състезания. BT/EE представя становище по това писмо на 30 април 2019 г.

66 Вследствие на съдебното заседание, проведено на 2 и 3 май 2019 г., на 10 май 2019 г. жалбоподателят изпраща до секретариата на Общия съд писмо с отговори на въпросите, поставени в хода на съдебното заседание. Главните страни подават искане за поверително третиране и представят в секретариата на Общия съд общи неповерителни варианти на това писмо по отношение на BT/EE и обществеността.

67 Устната фаза на производството е приключена на 27 юни 2019 г.

IV. Искания на страните

68 Жалбоподателят моли Общия съд:

– да отмени обжалваното решение,

– да осъди Комисията да заплати съдебните разноски, включително направените във връзка с встъпванията.

69 Комисията, подпомагана от BT/EE и Обединеното кралство, моли Общия съд:

– да отхвърли жалбата,

– да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

V. От правна страна

A. По правната уредба

70 В рамките на първото твърдение по първото основание жалбоподателят излага доводи относно обхвата на съдебния контрол, упражняван от Общия съд върху концентрациите, относно приложимата правна уредба вследствие на приемането на Регламент № 139/2004 и относно тежестта на доказване и изискванията във връзка с доказването, с които Комисията трябва да се съобрази при доказване на наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в съответствие с член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004.

71 Тъй като тези доводи са релевантни за разглеждане на всички основания и доводи, изложени от страните, първото твърдение по първото основание следва да бъде разгледано, преди да се извърши анализ на останалите основания и доводи на жалбоподателя. Освен това Общият съд смята, че следва да бъдат припомнени и няколко принципа относно задължението за мотивиране.

1. По обхвата на съдебния контрол в областта на концентрациите

72 В самото начало следва да се припомни, че създаването на Общия съд в рамките на Съда и въвеждането на двустепенно съдебно производство, от една страна, имат за цел да подобрят съдебната защита на правните субекти, по-специално във връзка с жалбите, които изискват задълбочена проверка на сложни фактически обстоятелства, и от друга страна, да запазят качеството и ефективността на съдебния контрол в правната система на Европейския съюз, като позволят на Съда да съсредоточи дейността си върху основната си задача, а именно да гарантира спазването на правните норми при тълкуването и прилагането на правото на Съюза (вж. в този смисъл решение от 17 декември 1998 г., Baustahlgewebe/Комисия, C-185/95 P, EU:C:1998:608, т. 41).

73 Предвид структурата на съдебната система на Съюза, в която Общият съд има за задача да установява фактите и да разглежда спора по същество, контролът за законосъобразност, предвиден в член 263 ДФЕС, обхващащ всички елементи от решенията на Комисията, приети на основание Регламент № 139/2004, по отношение на които Общият съд осигурява задълбочен контрол, както от правна, така и от фактическа страна, с оглед на изтъкнатите от жалбоподателите основания и всички изложени от тях обстоятелства.

74 Жалбата за отмяна съставлява особено подходящ процесуален механизъм за внимателно разглеждане, при условията на състезателно производство, както на фактическите, така и на правните въпроси, по-специално в сложни технически области, каквато е тази на правото на конкуренцията, в съответствие със трето съображение от Решение 88/591/ЕОВС, ЕИО, Евратом на Съвета от 24 октомври 1988 година за създаване на Първоинстанционен съд на Европейските общности (ОВ L 319, 1988 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 1, стр. 67) (вж. по аналогия решение от 25 юли 2018 г., Georgsmarienhütte и др., C-135/16, EU:C:2018:582, т. 19).

75 Тъй като обжалваното решение е прието на основание по-специално на член 8 от Регламент № 139/2004 и е акт, с който член 2 от посочения регламент се прилага за дадена концентрация, в рамките на упражнявания от него контрол за законосъобразност на такова решение Общият съд трябва да анализира позицията на Комисията по отношение на операцията, за която е получила уведомление, тоест той трябва да провери с оглед на изложените от жалбоподателя основания и доводи по какъв начин правото е било приложено към фактите и да се произнесе по правилността на изводите на Комисията относно последиците от концентрацията, за която е получено уведомление, върху конкуренцията (вж. в този смисъл решение от 6 юни 2002 г., Airtours/Комисия, T-342/99, EU:T:2002:146, т. 53).

76 Както обаче Съдът неколкократно е постановил, дори когато Комисията е извършила сложни преценки съдът на Съюза трябва не само да провери фактическата достоверност на посочените доказателства, тяхната надеждност и непротиворечивост, но също и дали тези доказателства съдържат всички релевантни данни, които трябва да бъдат взети предвид, за да се прецени дадена сложна ситуация, както и дали могат да подкрепят направените въз основа на тях изводи (решение от 15 февруари 2005 г., Комисия/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, т. 39; вж. също решение от 26 март 2019 г., Комисия/Италия, C-621/16 P, EU:C:2019:251, т. 104 и цитираната съдебна практика).

2. По обхвата на изменението, въведено с Регламент № 139/2004

77 Жалбоподателят поддържа, че Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото, като е установила толкова нисък праг на намеса в обжалваното решение, че изискването за наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция е било изпразнено от всякакво съдържание. Прилагането на правния критерий, възприет от Комисията в конкретния случай и основаващ се на Насоките относно оценката на хоризонталните сливания съгласно Регламента на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ C 31, 2004 г., стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 56, наричани по-нататък „Насоките“), ѝ позволявало да възпрепятства всяка хоризонтална концентрация на олигополен пазар.

78 В жалбата си жалбоподателят приканва Общия съд да поясни приложимите критерии за установяване на наличието на „съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция“, когато няма нито господстващо положение, нито координиране между страните на олигополен пазар.

79 Според жалбоподателя изменението на текста на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, с което се цели да бъдат обхванати хипотезите на некоординирани ефекти на олигополните пазари, не е понижило прага за намеса от страна на Комисията в областта на концентрациите.

80 Комисията твърди, че макар съображение 25 от Регламент № 139/2004 да не позволява да се презумира наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция въз основа на олигополната структура на пазара, в него все пак се посочва, макар в случая да не може да се направи никакъв извод или да не е направен никакъв извод въз основа на такава структура, че на олигополите следва да се обръща особено внимание.

81 Общият съд припомня в това отношение, че Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета от 21 декември 1989 година относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ L 395, 1989 г., стр. 1), понастоящем заменен с Регламент № 139/2004, установява принципа, че концентрациите с общностно измерение, които съществено възпрепятстват ефективната конкуренция на общия пазар или на съществена част от него в резултат от създаването или засилването на господстващо положение, трябва да бъдат обявени за несъвместими с вътрешния пазар, както се потвърждава в съображение 24 от Регламент № 139/2004.

82 В съображение 26 от Регламент № 139/2004 се уточнява, че съществуването възпрепятстване на ефективната конкуренция по принцип произтича от създаването или засилването на господстващо положение и се посочва, че „[с] цел запазване на линията, която бе начертана от постановените в миналото решения на европейските съдилища и на Комисията във връзка с Регламент [...] № 4064/89, като същевременно се поддържа съответствие със стандартите за конкурентното увреждане, които са прилагани от Комисията и от съдилищата на Общността по отношение на съвместимостта на дадена концентрация с общия пазар, [този] регламент съответно установява принципа, че концентрация с общностно измерение, която сериозно би възпрепятствала общия пазар или съществена част от него, по-специално в резултат от създаването или засилването на господстващо положение, следва да бъде обявена за несъвместима с общия пазар“.

83 Освен това член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, с който е заменен член 2, параграф 3 от Регламент № 4064/89, понастоящем предвижда, че концентрация, която би възпрепятствала съществено ефективната конкуренция в рамките на вътрешния пазар или на значителна част от него, в частност в резултат от създаването или засилването на господстващо положение, се обявява за несъвместима с вътрешния пазар.

84 От това следва, че да се докаже създаването или засилването на господстващо положение по смисъла на Регламент № 139/2004 може в определени случаи да съответства на това да се докаже наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция. Този извод обаче съвсем не означава, че вторият критерий съвпада от правна гледна точка с първия, а само че при един и същи фактически анализ на даден пазар може да се установи, че двата критерия са изпълнени (вж. в този смисъл решение от 21 септември 2005 г., EDP/Комисия, T-87/05, EU:T:2005:333, т. 49).

85 Съдът на Съюза до този момент не е тълкувал изрично Регламент № 4064/89 или Регламент № 139/2004 по отношение на съвместимостта с вътрешния пазар на концентрациите, пораждащи некоординирани ефекти на олигополен пазар.

86 От подготвителната дейност по приемането и от текста на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 следва (вж. по-специално употребата на израза „в частност“), че тази разпоредба е приета с оглед на постигането на следните три цели.

87 На първо място, се цели разширяването на материалния обхват на контрола, като се позволи на Комисията в конкретния контекст на олигополните пазари да разглежда концентрации, които възпрепятстват съществено ефективната конкуренция, макар и да не позволяват на съответните предприятия да създават или засилват индивидуално или колективно господстващо положение.

88 На второ място, член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 цели да бъде запазено и дори утвърдено понятието за господстващо положение, като се признае ролята, която то играе в системата, установена в рамките на Съюза от правото на конкуренцията, както е тълкувана от съда на Съюза, а тази роля е да се позволи на органите в контекста на свободата на стопанска инициатива да предприемат действия, когато са изправени пред операции, които, ако бъдат осъществени, биха позволили на един или няколко участници да определят условията на конкуренция и да премахнат напълно или отчасти конкуренцията на съответния пазар, без да се страхуват от реакцията на конкурентите и на потребителите.

89 На трето място, тази разпоредба цели да се засили правната сигурност и да се гарантира по-голямата прозрачност и предвидимост на анализа на концентрациите от страна на Комисията.

90 За да бъдат отчетени тези обстоятелства, член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 следва да се тълкува в смисъл, че тази разпоредба позволява на Комисията при определени обстоятелства да забранява осъществяването на олигополните пазари на концентрации, които, макар и да не водят до създаване или засилване на индивидуално или колективно господстващо положение, могат да засегнат условията на конкуренция на пазара в сходна степен както такива положения, като предоставят на образувания вследствие на концентрацията субект властта сам да определя параметрите на конкуренцията, и по-специално да определя цените, вместо да ги приема.

91 След като обаче условията и пределите на такова разширяване на приложното поле на Регламент № 139/2004 не са били уточнени от законодателя на Съюза, последният регламент следва да се тълкува с оглед на неговите цели.

92 В член 3, параграф 3 ДЕС се уточнява, че Съюзът установява вътрешен пазар, който съгласно Протокол (№ 27) относно вътрешния пазар и конкуренцията, който е приложен към Договора от Лисабон (ОВ C 83, 2010 г., стр. 309) и съгласно член 51 ДЕС има същата стойност като Договорите, включва система, гарантираща, че няма нарушаване на конкуренцията.

93 Следователно Регламент № 139/2004, на същото основание както членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, е сред правилата за конкуренция, които, както тези в член 3, параграф 1, буква б) ДФЕС, са необходими за функционирането на посочения вътрешен пазар. Всъщност тези правила имат именно за цел да се предотврати нарушаването на конкуренцията за сметка на общия интерес, на интересите на отделните предприятия и на потребителите, като по този начин допринасят за благосъстоянието в Съюза (вж. по аналогия решения от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, т. 20—22 и от 12 декември 2018 г., Servier и др./Комисия, T-691/14, понастоящем обжалвано пред Съда, EU:T:2018:922, т. 238).

94 По-конкретно съгласно вече трайно установената съдебна практика Регламент № 139/2004 цели да гарантира, че реорганизацията на предприятията не води до трайни нарушения на конкуренцията. Съгласно съображения 5, 6 и 8 от Регламент № 139/2004 необходимо е правото на Съюза да съдържа разпоредби, регулиращи концентрациите, които може да възпрепятстват съществено ефективната конкуренция на вътрешния пазар или в значителна част от него, и даващи възможност за ефективен контрол върху всички концентрации по отношение на тяхното въздействие върху структурата на конкуренцията в Съюза (решения от 7 септември 2017 г., Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, т. 21 и от 31 май 2018 г., Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, т. 41).

95 По-конкретно следва да се констатира, че в съображение 25 от Регламент № 139/2004 се посочва, че „при определени обстоятелства концентрациите, включващи елиминирането на важни ограничения на конкуренцията, които сливащите се страни си налагат една на друга,

както и намаляването на конкурентния натиск по отношение на останалите конкуренти може, дори при липсата на вероятност от координиране между членовете на олигопола, да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция“.

96 Следователно член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 трябва да се тълкува с оглед на съображение 25, което предвижда две кумулативни условия, при наличието на които е възможно некоординираните ефекти на дадена концентрация при определени обстоятелства да водят до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция: концентрацията трябва да включва, от една страна, „елиминирането на важни ограничения на конкуренцията, които сливащите се страни си налагат една на друга“, и от друга, „намаляването на конкурентния натиск по отношение на останалите конкуренти“.

97 От това следва, че само последицата, изразяваща се в отслабване на конкурентния натиск върху останалите конкуренти, по принцип не е достатъчна, за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в рамките на теория за вредите, основаваща се на некоординирани ефекти.

98 Именно с оглед на тези съображения следва да се уточни, че в обжалваното решение Комисията се е основала на понятията „некоординирани ефекти“, „близки конкурентни отношения“, „намаляване на конкурентния натиск по отношение на останалите конкуренти“ и „важен конкурентен фактор“, използвани не в член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, а само в съображение 25 от него и в Насоките.

99 В това отношение от съдебната практика следва, че Комисията е длъжна да спазва приеманите от нея насоки и известия в областта на контрола върху концентрациите, доколкото те не се отклоняват от разпоредбите на Договора и на Регламент № 139/2004 (вж. решение от 7 юни 2013 г., Spar Österreichische Warenhandels/Комисия, T-405/08, непубликувано, EU:T:2013:306, т. 58 и цитираната съдебна практика).

100 Освен това, макар да е възможно следваната от Комисията в предходните ѝ решения практика и текстът на насоките да бъдат от полза като отправна точка и безспорно да представляват интерес в случая, анализът на Общия съд не може да се ръководи само от тях. Всъщност изготвените от Комисията насоки, както и предходната ѝ практика при всички положения не може да обвързват съда на Съюза, който единствен е компетентен да се произнася по тълкуването на правото на Съюза съгласно член 19 ДЕС, тъй като в посочените насоки в частност само се указва по какъв начин Комисията, в качеството ѝ на административен орган, тълкува релевантното законодателство, и действайки като орган за защита на конкуренцията на Съюза, прилага Регламент № 139/2004, по-специално от икономическа гледна точка (вж. в този смисъл решения от 7 март 2002 г., Италия/Комисия, C-310/99, EU:C:2002:143, т. 52, от 1 октомври 2015 г., Electrabel и Dunamenti Erőmű/Комисия, C-357/14 P, EU:C:2015:642, т. 68 и от 13 декември 2017 г., Crédit mutuel Arkéa/ЕЦБ, T-712/15, EU:T:2017:900, т. 75).

101 Тези съображения обаче не означават, че при изпълнение на задачата си да тълкува правото на Съюза Общият съд не може да възприеме икономическите или правните ориентири и изводи, произтичащи от практиката на Комисията при вземане на решения или от насоките ѝ.

102 Както Комисията подчертава във връзка с некоординираните ефекти в точка 24 от Насоките, дадена концентрация може съществено да възпрепятства ефективната конкуренция на даден пазар посредством премахване на важния конкурентен натиск върху един или повече продавачи, които вследствие на това увеличават пазарната си мощ. Най-непосредствената последица от концентрацията е премахването на конкуренцията между страните по нея. Например, ако преди концентрацията една от страните по нея е увеличила цените си, тя би загубила от някои продажби в полза на другата страна. Концентрацията отстранява този важен натиск.

103 Осъществяващите дейност на същия пазар предприятия, които не са страни по концентрацията, може също да се възползват от отслабването на конкурентния натиск, произтичащо от операцията, тъй като увеличението на цените на страните по концентрацията би могло да пренасочи част от търсенето към конкурентни предприятия, които от своя страна да установят, че е изгодно да увеличат цените си. Отслабването на този конкурентен натиск би могло да доведе до значително увеличение на цените на съответния пазар.

104 Както подчертава Комисията в точка 28 от Насоките, отнасяща се до хипотезата, в която страните по концентрацията са „близки конкуренти“, фактът, че надпреварата между страните по концентрацията е важен източник на конкуренция на пазара, би могъл да бъде централен фактор при анализа.

105 Именно с оглед на това тълкуване на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 следва да се разгледат последователно първото, третото и четвъртото основание на жалбоподателя, отнасящи се до трите теории за вредите, развити от Комисията в обжалваното решение.

3. По тежестта и степента на доказване в областта на концентрациите

106 С оглед на съдебното заседание и в хода на последното страните са приканени да изразят становище по възлагането на тежестта на доказване и по изискванията във връзка с доказването в производството пред Общия съд, що се отнася общо до концентрациите и в настоящия случай.

107 Общият съд припомня, че за да обяви дадена концентрация за несъвместима с вътрешния пазар, Комисията трябва да докаже съгласно член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, че осъществяването на нотифицираната концентрация би възпрепятствало съществено ефективната конкуренция в рамките на общия пазар или на значителна част от него, в частност в резултат на създаването или засилването на господстващо положение (решение от 6 юли 2010 г., Ryanair/Комисия, T-342/07, EU:T:2010:280, т. 26).

108 Във връзка с производствата за контрол върху концентрациите е важно да се припомни, че необходимият в тази област прогнозен анализ се изразява в проверка как подобна концентрация би могла да измени факторите, които определят състоянието и структурата на конкуренцията на засегнатите пазари. Този вид анализ изисква мислено да се построят различни причинно-следствени модели и да се избере най-вероятният от тях (вж. в този смисъл решение от 16 януари 2019 г., Комисия/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, т. 32).

109 Както основателно подчертава жалбоподателят, изискванията във връзка с доказването, приложими за установяване на наличието на некоординирани ефекти на олигополен пазар, не се различават съществено от приложимите за установяване на координирани ефекти. В противен случай имало опасност Комисията да квалифицира фактите така, че да се ползва с най-благоприятния режим във връзка с доказването в производствата пред Общия съд.

110 Следва да се припомни, че сложността, присъща на една или друга теория за вредите, изложена в подкрепа на твърдение за една или няколко съществени пречки пред ефективната конкуренция вследствие на концентрация, представлява фактор, който трябва да се има предвид при преценката на правдоподобността на различните последици от тази концентрация с цел да се разпознае най-вероятната последица, но тази сложност сама по себе си няма отражение върху изискваната степен на доказване (вж. в този смисъл решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 51).

111 При все това колкото по-прогнозен е анализът и колкото по-трудно различими, несигурни и трудни за установяване са причинно-следствени връзки, толкова по-важно е качеството на представените от Комисията доказателства за установяване на необходимостта от решение за обявяване на концентрацията за несъвместима с вътрешния пазар (вж. в този смисъл решение от 15 февруари 2005 г., Комисия/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, т. 44). С други думи, колкото по-сложна или несигурна е дадена теория за вредите, изложена в подкрепа на твърдение за съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция вследствие на концентрация, или колкото по-трудна за установяване е причинно-следствената връзка в тази теория, толкова по-взискателен трябва да бъде съдът на Съюза при конкретната проверка на доказателствата, представени от Комисията в това отношение.

112 От съдебната практика следва също, че необходимият в областта на контрола върху концентрациите прогнозен анализ трябва да се извършва много внимателно, тъй като не се разглеждат събития от миналото, за които обикновено има много данни, позволяващи да се разберат причините за тях, нито пък се разглеждат събития от настоящето, а се предвиждат събитията, които в бъдеще ще настъпят с по-голяма или по-малка вероятност, в случай че не бъде прието решение, с което се забранява концентрацията или се уточняват условията за осъществяването ѝ (вж. в този смисъл решение от 15 февруари 2005 г., Комисия/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, т. 42).

113 Този анализ изисква, на първо място, да се прецени бъдещото поведение, което според Комисията образуваният вследствие на концентрацията субект и останалите оператори ще възприемат вследствие на концентрацията (вж. в този смисъл решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия, T-210/01, EU:T:2005:456, т. 464), посредством преценка на най-вероятното развитие на икономическото положение в резултат от разглежданата концентрация (вж. в този смисъл решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 51).

114 Освен това Общият съд припомня, че съгласно постоянната съдебна практика Комисията може да обяви дадена концентрация за несъвместима с вътрешния пазар само ако съществената възпрепятстване на ефективната конкуренция е пряка и непосредствена последица от концентрацията. Такова възпрепятстване, което би произтекло от бъдещите решения на извършващия концентрацията субект, може да се счита за пряка и непосредствена последица от концентрацията, ако това бъдещо поведение е станало възможно и икономически рационално вследствие на произтичащото от концентрацията изменение в характеристиките и структурата на пазара (вж. решение от 11 декември 2013 г., Cisco Systems и Messagenet/Комисия, T-79/12, EU:T:2013:635, т. 118 и цитираната съдебна практика).

115 На второ място, тази преценка е допълнена с проверка, посредством прогнозен анализ на референтния пазар, дали е вероятно това бъдещо поведение да доведе до положение, в което ефективната конкуренция на съответния пазар е съществено възпрепятствана (вж. в този смисъл решение от 6 юни 2002 г., Airtours/Комисия, T-342/99, EU:T:2002:146, т. 59).

116 Следователно Комисията трябва на следващо място да докаже — именно с оглед на най-вероятното развитие на икономическото положение в резултат от разглежданата концентрация — че концентрацията вероятно ще възпрепятства съществено ефективната конкуренция на съответния пазар (вж. в този смисъл решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия, T-210/01, EU:T:2005:456, т. 364).

117 Тъй като втората фаза от анализа, който трябва да извърши Комисията, е резултат от основана на хипотези преценка, не може да се изисква да бъде доказано, че възприетите в рамките на тази преценка сценарии и теории за вредите неизбежно ще се осъществят. Тези сценарии и теории за

вредите трябва обаче видимо да са достатъчно реалистични и вероятни с оглед на анализ на всички релевантни фактори и следователно да не се предвиждат само от теоретична гледна точка.

118 При анализ на същественото възпрепятстване на ефективната конкуренция, за чието наличие свидетелстват редица преки и косвени доказателства и което се основава на няколко теории за вредите, Комисията е длъжна да представи достатъчно доказателства, удостоверяващи, че е много вероятно да е налице съществено възпрепятстване вследствие на концентрацията. Следователно приложимото в случая изискване във връзка с доказването е по-строго от изискването същественото възпрепятстване да е „по-скоро вероятно отколкото да не е вероятно“ в резултат на „претегляне на вероятностите“, както поддържа Комисията. За сметка на това то не е толкова строго колкото изискването за „липса на основателно съмнение“ (вж. в този смисъл заключения на генералния адвокат Tizzano по дело Комисия/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, т. 72—77, и на генералния адвокат Jääskinen по дело Франция/Комисия, C-559/12 P, EU:C:2013:766, т. 34 и 35; вж. в обратния смисъл заключение на генералния адвокат Kokott по дело Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, т. 209—211).

119 Именно с оглед на тези съображения следва да бъдат разгледани доводите, изложени от жалбоподателя в подкрепа на жалбата, и по-специално трите развити от Комисията теории за вредите.

4. По мотивирането

120 Общият съд отбелязва, че Комисията не е длъжна в мотивите за решенията, приети на основание Регламент № 139/2004, да се произнася по всички изложени пред нея обстоятелства и доводи, включително по тези, които са очевидно второстепенни за нейната преценка, като целта е да се разграничи същественото от второстепенното.

121 За сметка на това тя трябва да изложи ясно и сбито фактите и определящите правни и икономически съображения, както и основанията и доказателствата от съществено значение в структурата на решение в областта на концентрациите. Освен това мотивите трябва да са логични, и по-специално да не съдържат вътрешни противоречия (вж. в този смисъл решение от 10 юли 2008 г., Bertelsmann и Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, т. 169).

122 Освен това от постоянната съдебна практика следва също, че задължението на Общия съд за мотивиране в съответствие с член 36, първо изречение и член 53, първа алинея от Статута на Съда на Европейския съюз не предполага Общият съд в изложението си да следва изчерпателно и едно по едно всички основания и доводи, изтъкнати от страните по спора (вж. решение от 21 юли 2011 г., Evropaïki Dynamiki/ЕАМБ, C-252/10 P, непубликувано, EU:C:2011:512, т. 46 и цитираната съдебна практика).

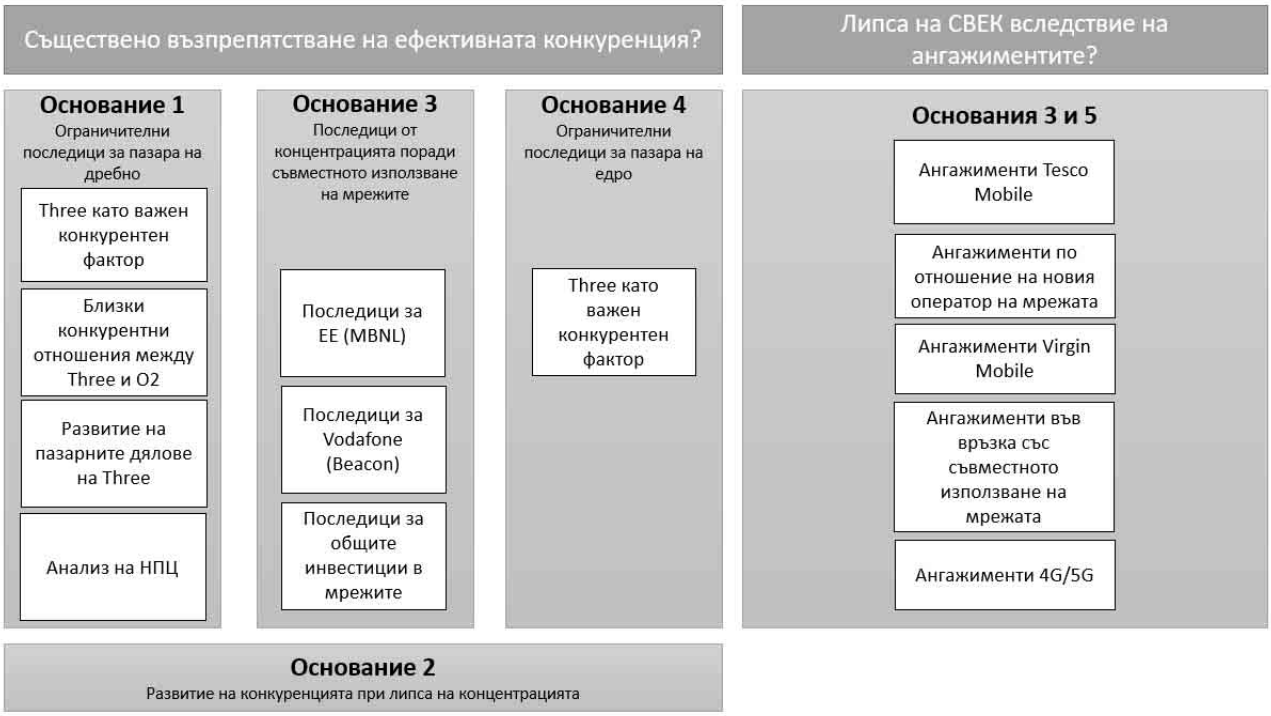
123 Всъщност с оглед на процесуалната икономия и при спазване на принципа на доброто правораздаване съдът на Съюза може да се произнася по жалба, без да е необходимо да се произнася по всички основания и доводи, изложени от страните.

Б. Резюме на основанията и на структурата на жалбата

124 Жалбоподателят излага пет основания в жалбата си. Той оспорва последователно трите теории за вредите, развити в обжалваното решение, както и изводите на Комисията относно поетите от него ангажименти с оглед отстраняване на изразените от тази институция опасения.

125 Първото и четвъртото основание се отнасят съответно до първата и третата теория за вредите, развити от Комисията във връзка с премахването на конкуренцията между Three и O2 на пазара на дребно (първо основание) и на пазара на едро (четвърто основание). Второто основание се отнася до преценката на изготвения от Комисията съпоставителен сценарий, на който се основава преценката на пазарите на дребно и на едро. Третото основание се отнася до втората теория за вредите, свързана с пазара на дребно и със съвместното използване на мрежата, и до ангажиментите относно съвместното използване на мрежата. Петото основание се отнася до останалите ангажименти.

126 Връзката между структурата на обжалваното решение и на жалбата е онагледена в схемата по-долу, представена от жалбоподателя.



127 Ето защо следва, на първо място, да се разгледат последователно първото, третото и четвъртото основание на жалбоподателя, отнасящи се до трите развити от Комисията теории за вредите, и на второ място, да се разгледат второто и петото основание.

B. По първата теория за вредите, отнасяща се до некоординираните ефекти на пазара на дребно

1. Резюме на обжалваното решение

128 В първата теория за вредите Комисията се основава на силния конкурентен натиск, упражняван от Three и O2, близките конкурентни отношения между тях, пазарните им дялове и подтика към образувания вследствие на концентрацията субект да увеличи цените, както и способността на конкурентите му да го конкурират, за да заключи в съображение 1226 от обжалваното решение, че концентрацията „може да породи некоординирани антиконкурентни ефекти на пазара на дребно“.

129 По-конкретно Комисията отбелязва, че Three и O2 са единствените оператори на мобилни мрежи в Обединеното кралство, чиито пазарни дялове нарастват непрекъснато през последните години (съображения 330—406 от обжалваното решение), и че те се конкурират тясно помежду си и с други оператори на мобилни мрежи (съображения 407—463 от обжалваното решение).

130 В съображения 468—681 от обжалваното решение Комисията приема, че преди операцията Three е било „важен конкурентен фактор“ по смисъла на точка 37 от Насоките или при всички положения е упражнявало силен конкурентен натиск. Всъщност то било най-агресивният и иновативен оператор, предлагащ най-конкурентните цени в прекия канал и 4G услуги без допълнително заплащане, което принудило конкурентите му да се откажат от стратегията си за продажба на 4G услуги на по-висока цена.

131 В съображения 682—776 от обжалваното решение Комисията приема, че при липса на сделката Three е щяло вероятно да продължи да упражнява силен конкурентен натиск, тъй като е финансово стабилно и има малка вероятност да изпита ограничения на капацитета, както се пояснява в приложение B към обжалваното решение, което е неразделна част от последното.

132 Също така Комисията смята, че O2 е упражнявало силен конкурентен натиск преди операцията и че вероятно е щяло да продължи да упражнява такъв натиск и при липса на сделката (съображения 778—872 от обжалваното решение).

133 Операцията премахвала конкурентния натиск между Three и O2, от една страна, и между тези двама оператори и останалите оператори на мобилни мрежи, от друга страна, което отслабвало значително конкуренцията на пазара на дребно. По-конкретно изглеждало вероятно образуваният вследствие на концентрацията субект да увеличи цените (съображения 873—906 от обжалваното решение).

134 Комисията прави същия извод от количествения анализ на вероятните последици за цените от премахването на конкуренцията на пазара на дребно (съображения 1191—1225 от обжалваното решение), изложен подробно в приложение A към обжалваното решение, което е неразделна част от последното.

135 Комисията смята, че операцията може да има отрицателно въздействие върху способността на останалите оператори на мобилни мрежи да се конкурират. Всъщност операцията щяла да наруши правилното прилагане на съществуващите споразумения за съвместно използване на мрежата. Комисията счита също така, че предвид историята на EE и Vodafone и настоящата им стратегия и позициониране било много вероятно те да следват увеличението на цените от страна на образувания вследствие на концентрацията субект (съображения 907—960 от обжалваното решение).

136 Колкото до субектите, различни от OMM, способността им да се конкурират и правят иновации била ограничена (съображения 961—1148 от обжалваното решение).

2. Резюме на първото основание и на основните доказателства, представени в подкрепа на първата теория за вредите

137 По първото основание жалбоподателят поддържа, че в обжалваното решение Комисията е допуснала грешки при прилагане на правото и явни грешки в преценката, както и съществени процесуални нарушения, първо, при тълкуването и прилагането спрямо Three на критерия за „важен конкурентен фактор“ (второ твърдение), второ, що се отнася до близките конкурентни отношения (трето твърдение) и, трето, относно проверката на пазарните дялове (четвърто твърдение).

138 Освен това Комисията допуснала грешки при прилагане на правото и явни грешки в преценката и изопачила доказателствата при преценка на количествените последици от концентрацията върху цените (пето твърдение) и на мотивите на новия субект след концентрацията (шесто твърдение). Накрая, Комисията не направила цялостен анализ на тези различни фактори (седмо твърдение).

139 В хода на съдебното заседание за изслушване на устните състезания Комисията уточнява, че първата теория за вредите се основава главно на следните три доказателства: фактът, че Three е важен конкурентен фактор, близките конкурентни отношения между Three и O2 и количественият анализ на последиците от концентрацията за цените.

140 Следователно Общият съд намира за целесъобразно, на първо място, да разгледа най-напред четвъртото твърдение, отнасящо се до анализа на пазарните дялове, и второто твърдение, отнасящо се до квалифицирането на Three като важен конкурентен фактор, които отчасти се припокриват, а след това — третото твърдение, отнасящо се до преценката на близостта на конкурентните отношения, и петото твърдение, отнасящо се до количествените последици от концентрацията върху цените. На второ място, следва евентуално да се разгледат шестото и седмото твърдение по посоченото основание.

а) По анализа на пазарните дялове

141 В рамките на четвъртото твърдение по първото основание жалбоподателят поддържа, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката и грешка при прилагане на правото, като е приела, от една страна, че новият субект ще има вследствие на концентрацията най-голям пазарен дял, и от друга, че това положение трябва да се разглежда като показателно за отслабването на силния конкурентен натиск.

142 Жалбоподателят твърди, първо, че пазарният дял на новия субект е щял да бъде доста под 50 %, второ, че при преценката на пазарните дялове Комисията не е взела предвид други фактори, като например мощта на конкурентите на Three и O2, и трето, че тя не е взела предвид последиците от прехвърлянето на участието на O2 в Tesco Mobile, предложено от жалбоподателя в рамките на представените пред Комисията ангажименти.

143 Комисията оспорва тези доводи.

144 В самото начало следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика правилното определяне на съответния пазар е необходимо и предварително условие за преценката на последиците, които дадена концентрация би оказала върху конкуренцията (решения от 31 март 1998 г., Франция и др./Комисия, C-68/94 и C-30/95, EU:C:1998:148, т. 143, и от 7 юни 2013 г., Spar Österreichische Warenhandels/Комисия, T-405/08, непубликувано, EU:T:2013:306, т. 116).

145 Всъщност определянето на съответните пазари е основен етап от контрола върху концентрациите, тъй като позволява, на първо място, да се определи периметърът, в рамките на който се осъществява конкуренцията между предприятията, и на второ място, да се прецени пазарната им мощ.

146 Пазарът на засегнатите от операцията продукти трябва да се определи, като се вземе предвид целият икономически контекст, така че да се прецени ефективната икономическа мощ на съответното или съответните предприятия, и за тази цел е важно предварително да се определят продуктите, които, без да може да заменят други продукти, са достатъчно взаимнозаменяеми с предлаганите от тези предприятия продукти не само с оглед на

собствените им характеристики, но и на условията на конкуренцията и структурата на търсенето и предлагането на пазара (решение от 6 юни 2002 г., Airtours/Комисия, T-342/99, EU:T:2002:146, т. 20).

147 Всъщност, доколкото съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция по принцип произтича от създаването или засилването на господстващо положение, пазарните дялове може само да служат като показатели за проблеми с конкуренцията, стига пазарът, до който се отнасят тези дялове, да е бил предварително правилно определен. Това важи и за индекса на Херфиндал-Хиршман (използван за определяне на степента на концентрация на даден пазар) (наричан по-нататък „IHH“), на който Комисията се позовава в съображения 398—405 от обжалваното решение.

148 В конкретния случай Общият съд констатира, че жалбоподателят не оспорва, че концентрацията ще доведе до засилване на олигополен пазар на вече силно концентриран пазар. Всъщност става въпрос за пазар, на който четирима участника, или трима в случай на осъществяване на концентрацията, си поделят 90 % от пазара. Операцията би позволила на образувания вследствие на концентрацията субект, обединяващ Three и O2, да притежава [между 30 % и 40 %] от пазара на дребно и следователно да се превърне в основния участник, изпреварващ BT/EE и Vodafone, чиито пазарни дялове са съответно [между 30 % и 40 %] и [между 20 % и 30 %].

149 При все това, макар такъв анализ, основан на пазарни дялове, които са повече или по-малко сходни и водят до симетрия, улесняваща тайното съгласуване, да позволява да се направи извод за засилване на концентрацията на олигополен пазар, той все пак не позволява да се заключи, че такава концентрация би довела до трайни вреди за конкуренцията, които сами по себе си може да представляват съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в рамките на теория за вредите, основаваща се на некоординирани ефекти.

150 Подобна логика на практика би позволила на Комисията да забрани всяка хоризонтална концентрация на олигополен пазар, тъй като по дефиниция са изпълнени критериите, изведени от прилагане на съображение 25 от Регламент № 139/2004, за отстраняване на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват, от една страна, една върху друга, и от друга страна, върху останалите конкуренти.

151 Поради това Комисията правилно отбелязва, че пазарните дялове, анализирани в съображения 330—406 от обжалваното решение, са само „първа индикация“ за значението за конкуренцията на страните по концентрацията (вж. съображения 330 и 406 и бележка под линия № 271 от обжалваното решение). В съображение 406 от обжалваното решение тя посочва, че „размерът и развитието на пазарните дялове на страните на съответния пазар и неговите сегменти са първа индикация за силния конкурентен натиск, упражняван от Three и O2“.

152 Следователно, противно на твърденията на жалбоподателя, Комисията не разглежда факта, че новият субект би имал най-голям пазарен дял, като показател за отслабване на силния конкурентен натиск, а приема, че размерът и развитието на пазарните дялове на Three и O2 е първа индикация за упражнявания от тях силен конкурентен натиск, който би бил премахнат с концентрацията.

153 Освен това анализът на пазарните дялове разкрива само факта, че операцията би концентрирала допълнително ограничен олигопол на мобилните далекосъобщения в Обединеното кралство, без да породи антиконкурентни последици, сравними с тези, които биха могли да произтекат от създаването или засилването на индивидуално или колективно господстващо положение.

154 Поради това не може да бъде прието изложеното в рамките на първото основание четвърто твърдение.

б) По квалифицирането на Three като „важен конкурентен фактор“

155 Съгласно текста на обжалваното решение един от факторите, които Комисията използва, за да заключи, че концентрацията ще породи некоординирани ефекти, е фактът, че „Three е важен конкурентен фактор на пазара на дребно […] по смисъла на точка 37 от Насоките или при всички положения упражнява силен конкурентен натиск на този пазар, като вероятно би продължила да го упражнява, ако не бъде осъществена операцията“ (съображение 777 от обжалваното решение).

156 В рамките на второто твърдение по първото основание, отнасящо се до грешки при квалифицирането на Three като важен конкурентен фактор, жалбоподателят излага три оплаквания, отнасящи се съответно до изопачаване на понятието за важен конкурентен фактор, до степента на конкурентния натиск, упражняван от Three на пазара на дребно, и до изопачаване на понятието за силен конкурентен натиск, като според жалбоподателя всяко едно от тях е достатъчно, за да доведе до отмяна на обжалваното решение.

1) По изопачаването на понятието „важен конкурентен фактор“

157 Според жалбоподателя Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото, като е приела, че за да се заключи, че дадено предприятие е важен конкурентен фактор, е достатъчно то да „допринася непрестанно и трайно за конкурентния процес“, тъй като това тълкуване на понятието „важен конкурентен фактор“ не провежда разграничение между приноса за конкурентния процес на всеки конкурент на олигополния пазар и особената роля на важния конкурентен фактор по смисъла на точки 37 и 38 от Насоките.

158 Твърдението на Комисията в съображение 326 от обжалваното решение и в писмената защита, че не е необходимо „важният конкурентен фактор“ да се разграничава от конкурентите си, що се отнася до въздействието върху конкуренцията, съставлявало грешка при прилагане на правото по-специално защото тази позиция позволявала на Комисията да квалифицира като важен конкурентен фактор всяко предприятие на олигополен пазар, което било равнозначно на практическа забрана на хоризонталните концентрации на олигополните пазари и нарушавало принципа на правната сигурност.

159 Начинът, по който Комисията прилагала понятието „важен конкурентен фактор“, бил несъвместим и с начина, по който то било прилагано от органите за защита на конкуренцията в Обединеното кралство и Съединените щати, както и начина, по който то било развито в подготвителната дейност по Регламент № 139/2004, предходните решения и Насоките.

160 Комисията посочва в отговор, че видно от точка 37 от Насоките, противно на твърденията на жалбоподателя, не е необходимо дадено предприятие да се разграничава от конкурентите си от гледна точка на въздействието му върху конкуренцията, за да бъде важен конкурентен фактор, а е необходимо само да играе по-важна роля в конкурентния процес отколкото може да се очаква с оглед на пазарните му дялове.

161 Твърдението на жалбоподателя, че Комисията не провеждала разграничение между приноса на всеки участник за конкурентния процес на олигополен пазар и особената роля на важния конкурентен фактор, било явно неоснователно, тъй като тя не е квалифицирала O2 като важен конкурентен фактор, както е видно от съображение 872 от обжалваното решение. Освен това участникът в олигопол можело да оказва ограничено въздействие върху конкуренцията поради по-скоро защитен подход.

162 Накрая, твърдението на жалбоподателя, че подходът на Комисията бил по-специално несъвместим с този на органите за защита на конкуренцията в Обединеното кралство и Съединените щати, било ирелевантно и неоснователно. По целите си Насоките се различавали от американския си еквивалент. Освен това органът за защита на конкуренцията и пазарите на Обединеното кралство подкрепил изводите на Комисията относно конкурентния натиск, упражняван от Three, както следвало от съображение 483 от обжалваното решение.

163 Общият съд констатира, както бе припомнено в точки 100 и 101 по-горе, че макар насоките на Комисията, както и предходната ѝ практика при вземане на решения да не може да обвързват съда на Съюза, Общият съд може евентуално да възприеме икономическите или правните ориентири и изводи, направени в практиката на Комисията при вземане на решения или в изготвените от нея насоки.

164 Освен това Общият съд припомня, че в няколко дела (вж. дела COMP/M.6203 — Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011 г.), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012 г.), COMP/M.7018 — Telefónica Deutschland/E-Plus (2014 г.) (наричано по-нататък „германското дело“), COMP/M.6992 — Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014 г.) (наричано по-нататък „ирландското дело“), COMP/M.7421 — Orange/Jazztel (2015 г.), COMP/M.7637 — Liberty Global/BASE Belgium (2016 г.), COMP/M.7758 — Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016 г.) Комисията квалифицира една или две от страните по концентрацията като „важен(важни) конкурентен (конкурентни) фактор(и)“, чието премахване вследствие на концентрацията, заедно с други фактори (пречки за навлизане на пазара, степен на концентрация на пазара, увеличение на цените, близост на конкурентните отношения между страните по концентрацията и т.н.), можело да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, като същевременно при определени условия разрешава концентрацията.

165 Що се отнася до довода на жалбоподателя, че начинът, по който Комисията е приложила понятието „важен конкурентен фактор“, е несъвместим с предходните ѝ решения, следва да се отбележи, че застъпената от Комисията в обжалваното решение теза е последователна спрямо възприетата по германското дело (съображения 120—122; вж. т. 164 по-горе), COMP/M.7421 — Orange/Jazztel (2015 г.) (съображение 245) и дело COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012 г.) (съображения 265 и 283).

166 Освен това по дело COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange (2010 г.) Комисията по-специално разглежда въпроса дали една от двете страни по тази концентрация може да се разглежда като „особено значим конкурент“ на пазара на мобилните далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство, пораждащ „особено голямо ограничение“ за останалите участници на този пазар. В решението по това дело Комисията констатира въз основа на анализ на брутното набиране на абонати, че може да се приеме, че 3UK „нарушава пазара“, тъй като „привлича“ повече клиенти от Orange и T-Mobile спрямо това, което може да се очаква с оглед на пазарния му дял. Освен това Комисията приема в това решение, че 3UK е лидер на пазара с оглед на цените и иновациите във връзка с услугите.

167 В точка 380 от изложението на възраженията Комисията констатира, че за да може дадено предприятие да бъде важен конкурентен фактор, не е необходимо то да е „отцепник“ на пазара. Комисията смята по-специално че такова предприятие трябва да допринася съществено и конкретно за конкурентния процес на пазара въз основа на параметри като цената, качеството, избора и иновацията. Според Комисията концентрация, която включва предприятие, навлязло неотдавна на пазара и за което може да се предположи, че упражнява значителен конкурентен натиск на пазара, е само пример за положение, в което може да възникнат значителни некоординирани антиконкурентни последици.

168 Общият съд припомня, че видно от съображение 318 от обжалваното решение, жалбоподателят вече е изтъкнал в хода на административното производство, че за да може предприятие да се квалифицира като „важен конкурентен фактор“, то трябва да се разграничава от конкурентите си с оглед на въздействието му върху конкуренцията, доколкото играе своеобразна роля на пазара, позволяваща му да упражнява силен и несъразмерен натиск върху останалите участници в сравнение с пазарните му дялове, а това е абсолютно необходимо за запазване на ефективната конкуренция.

169 В съображение 326 от обжалваното решение Комисията отговаря на този довод, като приема, че не е необходимо „важният конкурентен фактор“ да се разграничава от конкурентите си с оглед на въздействието му върху конкуренцията. Според Комисията фактът, че в предходната си практика при вземане на решения е приемала, че някои предприятия са своеобразни поради своята „агресивност“ на пазара и са наложили присъствието си на пазара много по-бързо от който и да било друг конкурент в качеството си на важни конкурентни фактори, не означава, че има само едно определение на понятието „важен конкурентен фактор“.

170 За сметка на това в писмената си защита Комисията признава, че „важният конкурентен фактор“ трябва да има по-важна роля отколкото може да се съди от пазарните му дялове, да води особено агресивна конкурентна политика и да принуждава останалите участници да следват това поведение.

171 Видно от обжалваното решение, що се отнася до премахването на „важен конкурентен фактор“, Комисията смята, че отслабването на конкурентния натиск в резултат по-специално от изчезването на дадено предприятие, чиято роля е по-важна спрямо това, което може да се очаква с оглед на пазарните му дялове, само по себе си е достатъчно, за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

172 Ако обаче това тълкуване на понятието „важен конкурентен фактор“, възприето в обжалваното решение, се приеме за самостоятелен правен критерий, ще се въведе допълнително понятие, алтернативно на понятието „силен конкурентен натиск“, употребено в съображение 25 от Регламент № 139/2004. Това би понижило прага за доказване, необходим за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, в зависимост от това дали Комисията квалифицира предвидимите последици от дадена концентрация като „некоординирани ефекти“ или „координирани ефекти“.

173 Всъщност подходът, следван от Комисията в обжалваното решение, на практика би означавал да се смесят три понятия, а именно понятието „съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция“, което е правният критерий по член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, понятието „премахване на силния конкурентен натиск“, споменато в съображение 25 от същия регламент, както и понятието за премахване на „важен конкурентен фактор“, употребено в обжалваното решение и заимствано от Насоките. Като смесва тези три понятия, Комисията разширява съществено приложното поле на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, доколкото всяко премахване на важен конкурентен фактор би било равнозначно на премахването на силния конкурентен натиск, което от своя страна би обосновало извода за наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

174 От това следва, че в съображение 326 от обжалваното решение Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото и грешка в преценката, като е констатирала, че не е необходимо „важният конкурентен фактор“ да се разграничава от конкурентите си с оглед на въздействието му върху конкуренцията, тъй като тази позиция по-специално би ѝ позволила да квалифицира като „важен конкурентен фактор“ всяко предприятие на олигополен пазар, упражняващо конкурентен натиск.

175 Това би означавало, както правилно подчертава жалбоподателят, че Комисията може само на това основание да забрани хоризонтални концентрации на такива пазари, и би нарушило принципа на правната сигурност, тъй като Комисията би могла да пропусне да анализира евентуалното премахване на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, в полза на теория за вредите, основаваща се само на отслабването на конкурентния натиск върху останалите конкуренти.

176 Следователно оплакването за изопачаване на понятието „важен конкурентен фактор“ е основателно.

2) По степента на конкурентен натиск, упражняван от Three на пазара на дребно

177 В обжалваното решение изводът на Комисията, че Three е „важен конкурентен фактор“ или при всички положения упражнява силен конкурентен натиск на пазара, се основава на следните обстоятелства: първо, брутното набиране на абонати, което е по-голямо от пазарния му дял (съображение 481), второ, развитието на пазарния му дял и на клиентелата му (съображения 475—480), трето, ценовите му политики (съображения 578—633), четвърто, приносът му за иновацията и конкуренцията (съображения 485—577) и пето, качеството на мрежата му, услугите му за клиентелата и спечелването на доверието на клиентите (съображения 653—680).

178 Според жалбоподателя анализът на Комисията на първите четири фактора е опорочен поради явни грешки в преценката.

i) По брутното набиране на абонати

179 За да заключи, че Three е „важен конкурентен фактор“ или при всички положения упражнява силен конкурентен натиск на пазара на дребно, Комисията се основава по-специално на факта, че брутното набиране на абонати от негова страна е по-голямо от пазарния му дял (съображения 481—484 от обжалваното решение).

180 Според жалбоподателя Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като в съображение 397 от обжалваното решение е заключила, че брутното набиране на абонати (тоест делът на набраните нови клиенти) от Three „е първият знак, че Three упражнява на пазара на дребно конкурентен натиск, който е по-силен отколкото може да се съди от пазарния му дял“, при положение че брутният дял на новите абонати на Three, който е [между 10 % и 20 %] (в зависимост от това дали се използват изчисленията на Three или на Комисията), от една страна, е много малък в абсолютна стойност и от друга, е сходен с или даже по-малък от дела му на абонати, който е [между 10 % и 20 %].

181 В случая Комисията посочва в съображение 388 от обжалваното решение, че съгласно изчисленията ѝ брутният дял на новите абонати на Three е по-голям от пазарния му дял.

182 При все това в точки 65 и 74 от писмената защита Комисията признава, че съгласно изводите от направената от нея проверка за установяване на пазарните дялове и на брутните дялове на новите клиенти, брутните дялове на новите клиенти на Three за 2014 г. и за първия семестър на 2015 г. са само леко по-високи от пазарните му дялове през същия период. С други думи, нямало голяма разлика между брутните дялове на новите клиенти на Three и пазарните му дялове.

183 В това отношение следва да се отбележи, че брутните дялове на новите клиенти на Three не указват, че то е имало по-важна роля за конкуренцията отколкото може да се съди от пазарните му дялове. При основаване на най-благоприятната за Комисията теза, съгласно която предприятието е имало траен растеж, характеризиращото дейността му брутно набиране на

абонати би било в размер [между 10 % и 20 %]. При все това, от една страна, този размер е много нисък спрямо пазарните дялове, описани в съображения 335 и 343 от обжалваното решение. От друга страна, трябва да се приеме, че такова набиране е много ограничено при съпоставка с данните относно новите абонати на предприятията, които Комисията е квалифицирала като „важни конкурентни фактори“ в предходната си практика при вземане на решения, а именно по дела M.3916 — T-Mobile Austria/Tele.ring (2006 г.), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012 г.), както и по германското и ирландското дело (вж. т. 164 по-горе).

184 В отговор на въпрос, поставен от Общия съд в хода на съдебното заседание относно значението, което трябва да се придава — в качеството на доказателство за наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция — на брутно набиране на абонати, по-голямо с [между 0 % и 5 %] от пазарните дялове, Комисията единствено изтъква, че това набиране е само един от многото показатели, използвани за целите на цялостната ѝ преценка на редица фактори в подкрепа на изводите ѝ в обжалваното решение.

185 По-конкретно Комисията твърди, че фактът, че оператор като Three има дори и ограничен брутен дял нови клиенти спрямо пазарния му дял, все пак е достатъчен, за да бъде квалифициран той като „важен конкурентен фактор“, когато се отчита обстоятелството, че този оператор непрестанно се е развивал на съответния пазар. Всъщност според Комисията фактът, че през годините, предхождащи приемането на обжалваното решение, се наблюдава разрастване на брутния дял на нови абонати на Three, е достатъчен показател, позволяващ да се установи, че Three е конкурент, упражняващ конкурентен натиск на пазара на дребно.

186 Следва да се отбележи обаче, че в сравнение с пазарните дялове, описани в съображения 335 и 343 от обжалваното решение, брутно набиране на абонати, което в най-благоприятната за тезата на Комисията хипотеза може да се оцени в размер на най-големия възможен растеж, приблизително [между 10 % и 20 %], изглежда несъществено и не е сравнимо с данните относно новите абонати на предприятията, които Комисията е квалифицирала като „важни конкурентни фактори“ в предходната си практика при вземане на решения, а именно по дела M.3916 — T-Mobile Austria/Tele.ring (2006 г.), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012 г.), както и по германското и ирландското дело (вж. т. 164 по-горе).

187 Освен това жалбоподателят поддържа в хода на писмената фаза на производството и на съдебното заседание, без Комисията да е оспорила твърденията му в това отношение, че брутният дял на новите абонати на други предприятия, които Комисията също е квалифицирала като „важни конкурентни фактори“ във връзка с концентрации, вследствие на които броят на конкурентите в сектора на мобилните далекосъобщения е намалял от четирима на трима, е бил между 21 % и 50 %, а това очевидно не е така в случая на Three.

188 От това следва, че при всички положения брутното набиране на абонати от Three не позволява на Комисията да заключи в рамките на теория за вредите, основаваща се на некоординирани ефекти, че този оператор е „важен конкурентен фактор“.

189 Ето защо изводът на Комисията в съображение 397 от обжалваното решение, че брутното набиране на абонати от Three „е първият знак, че Three упражнява на пазара на дребно конкурентен натиск, който е по-силен отколкото може да се съди от пазарния му дял“, е опорочен поради грешка в преценката.

190 Следователно доводите, отнасящи се по същество до грешка в преценката относно брутното набиране на абонати от Three, са основателни.

ii) По нарастването на броя на абонатите на Three

191 Според жалбоподателя Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като в съображение 474 от обжалваното решение е заключила, че увеличението на пазарния дял на Three указва, че то е „важен конкурентен фактор“. Всъщност данните, изложени в съображения 335, 343, 475 и 477 от обжалваното решение, доказвали, че растежът на Three бил изключително бавен.

192 Комисията поддържа, че пазарният дял на Three, що се отнася до броя на абонатите и оборота, непрестанно расте. Растежът на Three от 1 % на година в качеството на доставчик между 2013 г. и 2014 г. трябвало да се постави в контекста на пазар, на който нито един друг участник, с изключение на O2, не бил в състояние да достигне такъв процент на растеж, както било показано в съображения 343 и 346 от обжалваното решение. Освен това, противно на поддържаното от жалбоподателя, клиентелата на Three постоянно била в размер на [*поверително*] [1] на пазара между 2010 г. и 2014 г., като общият брой на абонатите на Three, O2 и Vodafone се увеличил съответно с [*поверително*], а този на BT/EE намалял с около [*поверително*] (съображение 477 от обжалваното решение).

193 Общият съд констатира, че от данните, изложени в съображения 335, 343, 346 и 477 от обжалваното решение, явно е видно, че Three е отбелязало по-голям растеж от конкурентите си. В това отношение Комисията поддържа, че в решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия (T-210/01, EU:T:2005:456), Общият съд приема, че непрестанният растеж на пазарните дялове е убедителен показател за упражнявания от даден оператор конкурентен натиск.

194 Следва да се отбележи, че засилването на пазарните дялове в период от няколко последователни години действително е показател за конкурентна мощ. Настоящото дело обаче следва да се разграничи от изводите на Общия съд в решение от 14 декември 2005 г., General Electric/Комисия (T-210/01, EU:T:2005:456), тъй като в последното дело жалбоподателят категорично е първият доставчик на самолетни мотори, отбелязва най-високия растеж на пазара и поради това е в господстващо положение.

195 Всъщност тези съображения не са приложими в настоящия случай, който не се отнася до предприятие в господстващо положение, засилило мощта си на пазара. Растежът през период от няколко последователни години на брутния дял на новите абонати на най-малкия оператор на мобилна мрежа на олигополен пазар, какъвто оператор е Three, който е бил квалифициран като „отцепник“ от Комисията в миналото (дело COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange) и в изложението на възраженията по настоящото дело, сам по себе си не е достатъчен показател, за да може да се направи извод за мощта на този оператор на пазара или за премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга.

196 Освен това Общият съд констатира, че както твърди жалбоподателят в жалбата и в хода на съдебното заседание за изслушване на устните състезания, от графики № 19 и № 20 от обжалваното решение е видно, че пазарните дялове на Three са останали непроменени или са се стабилизирали между [5 % и 10 %] между 2012 г. и 2014 г., както от гледна точка на абонатите, така и на приходите. Съгласно тези графики Three е отбелязало слаб растеж, що се отнася до абонатите, през последните години.

197 Следователно изводът на Комисията в съображение 474 от обжалваното решение, че увеличението на пазарния дял на Three указва, че то е „важен конкурентен фактор“, също е опорочен поради явна грешка в преценката.

1 Заличени поверителни данни.

198 Ето защо доводите, отнасящи се по същество до грешка в преценката относно нарастването на броя на абонатите на Three, са основателни.

iii) По ценовата политика на Three

199 Жалбоподателят твърди, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като в съображения 578 и 579 от обжалваното решение въз основа на „количествен и качествен анализ на цените“ е заключила, че „с цените си Three винаги е упражнявало силен конкурентен натиск на пазара“.

200 Всъщност анализите на жалбоподателя показвали, че цените на Three били малко по-ниски от тези на други оператори на мобилни мрежи в рамките на канала за преки продажби, но категорично по-високи от тези на останалите оператори на мобилни мрежи в рамките на канала за непреки продажби и на операторите на виртуални мобилни мрежи.

201 Що се отнася до извършения от Комисията качествен анализ на цените, той не отчитал каналите за непряко разпространение и включвал много ограничена преценка на продажбите на операторите на виртуални мобилни мрежи.

202 По отношение на извършения от нея качествен анализ на цените Комисията поддържа, че в съображения 1032—1079 от обжалваното решение изрично е взела предвид тарифната позиция на операторите на виртуални мобилни мрежи и на непреките разпространители, както и ограниченият им капацитет да компенсират вероятните последици от операцията за цените.

203 Освен това количественият анализ на жалбоподателя, представен в съображение 604 от обжалваното решение, потвърждава, че Three е бил най-евтиният оператор на мобилна мрежа в рамките на канала за преки продажби между октомври 2014 г. и февруари 2016 г.

204 Колкото до извършения от Комисията качествен анализ, представен в съображения 580—602 от обжалваното решение, от него било видно, че Three предлагало най-конкурентните цени на пазара за определен брой договори в сравнение с останалите оператори на мобилни мрежи и сред най-конкурентните цени на пазара за други договори.

205 Според жалбоподателя качественият и количественият анализ в отговора му на изложението на възраженията, както и в осъщественото от Hutchison проучване показват, че цените на Three са средни по размер и се ситуират в диапазона между цените на други оператори на мобилни мрежи в рамките на канала за преки продажби и тези на операторите на виртуални мобилни мрежи в рамките на канала за непреки продажби.

206 По-специално количествен анализ на страните, основаващ се на 80 000 цени между 2014 г. и 2016 г., позволявал да се направи изводът, че Three е „среден“ конкурент, тоест конкурент, който е „малко по-евтин“ от други оператори на мобилни мрежи в рамките на канала за преки продажби, но „категорично по-скъп“ от останалите оператори на мобилни мрежи в рамките на канала за непреки продажби и от операторите на виртуални мобилни мрежи. Освен това в обжалваното решение определянето на ниски цени било приравнено на агресивна ценова политика, при положение че то можело само да отразява оферта с по-ниско качество или по-ниска стойност на марката и поради това да не поражда съществени последици за конкуренцията.

207 Според жалбоподателя този изчерпателен анализ на всички цени на пазара към онзи момент показва, че тарифната политика на Three е последователна с оглед на пазарните цени. За сметка на това, в обжалваното решение се говорело за избирателни, дори анекдотични цени, в сравнение с някои пакети тарифи в определени моменти, без да се посочва причината за тази избирателност.

208 В това отношение Комисията твърди, че анализът ѝ се отнася до най-представителните мобилни телефони в Обединеното кралство. Според нея, макар предлаганите от операторите тарифи да са различни (що се отнася до обема на данните, минутите разговор и т.н.) и да не са свързани винаги с едни и същи условия, те все пак са сходни.

209 Общият съд констатира, противно на поддържаното от жалбоподателя, че в съображения 584, 589, 590, 592—595 и 601 от обжалваното решение Комисията е взела предвид тарифите на субектите, различни от ОММ, и на непреките разпространители. Следователно, макар в обжалваното решение Комисията да взема предвид тарифите на операторите на виртуални мобилни мрежи, тя същевременно уточнява, че определени тарифи, и по-специално тези на Tesco Mobile и Virgin Mobile, са били по-ниски от тези на Three.

210 Освен това Общият съд констатира, че по дело COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange Комисията приема, че „на пазара на дребно в Обединеното кралство операторите на „виртуални“ мобилни мрежи играят съществена роля. […] Операторите на „виртуални“ мобилни мрежи не са само в конкуренция с операторите, предоставящи хостинг услуги, що се отнася до цените и услугите за клиентите, те също така стимулират конкуренцията, като въвеждат иновативни бизнес модели“.

211 При все това в съображение 969 и сл. от обжалваното решение Комисията заключава, че до този момент операторите на виртуални мобилни мрежи не са били в състояние действително да въздействат върху конкурентното поведение на операторите на мобилни мрежи на пазара на дребно.

212 От това обаче не следва, че Three упражнява силен конкурентен натиск чрез тарифната си политика.

213 Всъщност, без да е необходимо Общият съд да се произнася по този въпрос, следва да се констатира, че само фактът, че тарифите на Three включват 4G услуги без допълнителни разходи, не е достатъчен, за да се докаже, че Three е провеждало особено агресивна ценова политика.

214 Също така, както основателно подчертава жалбоподателят, само фактът, че офертата на Three е по-изгодна за някои, но не за всички сегменти на пазара, при всички положения не е достатъчен, за да се докаже, че Three е „важен конкурентен фактор“, тъй като би трябвало ценовата му политика да може да промени значително конкурентната динамика.

215 В съображения 588—590 от обжалваното решение обаче само се посочва, че цените на Three са „сред най-ниските [цени] на пазара“ и „сред най-ниските за сегмента на базовите данни“. Това описание на Three далеч не доказва, че ценовата му политика може да измени съществено конкурентната динамика на пазара.

216 Следователно доводите, отнасящи се по същество до грешка в преценката на ценовата политика на Three, са основателни, тъй като в конкретния случай Комисията не е доказала надлежно и с убедителни доказателства, че Three провежда особено агресивна конкурентна политика от гледна точка на цените и че принуждава останалите участници на пазара да се съобразят с цените му или че ценовата му политика може да измени съществено конкурентната динамика на пазара съгласно определението на понятието „важен конкурентен фактор“, припомнено в точка 170 по-горе и изложено обстойно от самата Комисия в писмената ѝ защита.

iv) По традиционната роля на Three на пазара

217 Според жалбоподателя фактите, изложени в съображения 497—575 от обжалваното решение и отнасящи се до традиционната роля на Three на пазара, са анекдотични и не позволяват то да се квалифицира като „важен конкурентен фактор“. Представените от жалбоподателя доказателства удостоверявали ограниченото въздействие върху конкуренцията от изтъкнатите в обжалваното решение инициативи на Three.

218 Комисията посочва в отговор, че традиционната роля на Three на пазара е релевантна, тъй като доказва способността му да се справя с конкурентните предизвикателства и позволява да се предвиди поведението му в бъдеще (съображение 486 от обжалваното решение). Инициативите му допринесли значително за годишния му растеж. Доказателствата в преписката показвали, че Three изиграло основна роля в намалението на цените за 4G.

219 Общият съд припомня, че в обжалваното решение Комисията описва как Three, което е навлязло последно на пазара на дребно, променя навиците в сектора, що се отнася до ограничението на използването на данните и увеличението на цената на данните, като лансира програмата си „One Plan“ (вж. съображения 497—522 от обжалваното решение, и по-специално съображения 515 и 522 от него) и безплатния международен роуминг (съображения 523—538 от обжалваното решение) и предлага 4G услуги без допълнителни разходи, което принуждава конкурентите му да спрат да прилагат стратегиите си за продажба на 4G на по-високи цени (съображения 539—572 от обжалваното решение, и по-специално съображения 565 и 572 от него).

220 При все това, както подчертава жалбоподателят, предприетите от Three търговски инициативи, които Комисията разглежда в съображения 497—575 от обжалваното решение, за да докаже силно конкурентното поведение на това дружество, вече принадлежат към миналото, тъй като са били проведени преди основната промяна в стратегията му, извършена в края на 2013 г., когато Three е преминало от основана на цените конкуренция към основана на марката конкуренция.

221 Изглежда обаче, че на първо време Комисията е потвърдила в изложението на възраженията възприетата от нея в предходен момент квалификация на Three като „отцепник“ на пазара на мобилни далекосъобщения в Обединеното кралство.

222 Всъщност в точки 1258 и 1357 от изложението на възраженията Комисията заключава, че вследствие на сделката Three ще се превърне в лидер на пазара, който ще има малко, и дори няма да има никакви подбуди да нарушава потенциалната координация. Следователно вследствие на сделката на пазара щяло има три предприятия, които не нарушават пазара, което можело да породи координирани ефекти на пазара, при положение че опитите за координация преди това се провалили поради поведението на Three, изразяващо се в нарушение на пазара.

223 Доколкото впоследствие Комисията не възприема в обжалваното решение основаващата се на координираните ефекти теория за вредите, доводите на Комисията относно традиционната роля на Three на пазара имат анекдотична доказателствена стойност в цялостния анализ на съвкупността от доказателства в подкрепа на първата теория за вредите.

224 Дори обаче доводите на Комисията относно традиционната роля на Three сами по себе си да са основателни, като жалбоподателят видимо не оспорва това, Комисията не доказва в обжалваното решение, че традиционната роля на Three е показателна за ценовата му политика към момента на отправяне на уведомлението за концентрацията. Логиката на Комисията в това отношение явно предполага, че предприятие, чиято традиционна роля е да нарушава пазара, неминуемо ще има същата роля в бъдеще и няма да може да промени поведението си на пазара, като възприеме различна ценова политика.

225 Следователно доводите, които по същество се отнасят до грешка в преценката на традиционната роля на Three на пазара, и по-специално на стойността ѝ като доказателство за съществения възпрепятстване на ефективната конкуренция, са основателни.

226 С оглед на всичко изложено по-горе следва да бъде уважено оплакването относно степента на конкурентен натиск, упражняван от Three на пазара на дребно.

в) По преценката на близостта на конкурентните отношения

227 Друг фактор, на който се основава Комисията, за да заключи, че концентрацията ще породи некоординирани ефекти, е фактът, че Three и O2 „са близки конкуренти на целия пазар на дребно“ (съображение 463 от обжалваното решение). Този извод се основава на качествен анализ на коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг, базиран на данните за преносимостта на мобилните номера (наричана по-нататък „ПМН“) и на коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг, базиран на проведено от Комисията проучване.

228 Като трето твърдение в рамките на първото основание жалбоподателят посочва по същество, че Комисията е допуснала грешка, като е констатирала, че четиримата оператори на мобилни мрежи са близки на пазара на дребно (съображения 438 и 439 от обжалваното решение), и че тя не е взела предвид високата степен на заменяемост с офертите на трети лица и неправилно е заключила, че Three и O2 са близки конкуренти, а те не са най-близките конкуренти. Изводът на Комисията относно близостта на конкурентните отношения бил опорочен поради грешка при прилагане на правото и явна грешка в преценката, тъй като тя не извършила преценка на степента на близост между страните.

229 На първо място, Комисията твърди, че е направила преценка на близостта между страните (в съответствие с принципите, припомнени в съображение 323 от обжалваното решение), и е констатирала, че за голям брой участници в проучването на пазара Three и O2 са най-близките конкуренти (съображение 417 от обжалваното решение). Вътрешните за страните документи (съображения 418, 430 и 438 от обжалваното решение), коефициентът на преминаване на клиенти от един оператор към друг (съображения 455 и 460 от обжалваното решение) и поръчаното от Комисията проучване (съображение 461 от обжалваното решение) показвали, че Three и O2 били в близки конкурентни отношения.

230 Освен това Комисията поддържа, че е заключила от приложените към преписката доказателства, че четиримата оператори на мобилни мрежи са в близки конкурентни отношения на пазара на дребно, което обаче не се отнася задължително за всеки пазар, на който има четирима участници, или за всеки олигополен пазар.

231 На второ място, Комисията твърди, че макар степента на заменяемост с трети предприятия да оказва въздействие върху реакцията им на увеличенията на цените, предлагани от образувания вследствие на концентрацията субект, тя не се отразява на премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, като премахването на този натиск е най-пряката последица от концентрацията на олигополен пазар, позволяваща да се прецени мащабът на последната.

232 Освен това, като се има предвид, че не било необходимо страните по концентрацията да бъдат най-близките конкуренти (съображение 324 от обжалваното решение), фактът, че други конкуренти също са близки, дори по-близки от страните по концентрацията, не позволявал да се опровергае наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

Следователно доказателствата относно заменяемостта с продуктите на трети предприятия били от второстепенно значение спрямо тези относно заменяемостта между продуктите на страните по концентрацията.

233 На трето място, Комисията не оспорва, че с оглед на коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг, базиран на данните за ПМН, [*поверително*]. При все това, за да бъде едностранното увеличение на цените от полза за образувания вследствие на концентрацията субект, не било от значение продуктите на страните по концентрацията да са най-близките заместители (съображения 324 и 1193 от обжалваното решение), а страните да са близки конкуренти и надпреварата между тях да е важен източник на конкуренция на пазара (съображение 463 от обжалваното решение).

234 Общият съд констатира, че понятието „близък конкурент“ не е употребено в Регламент № 139/2004, а само в Насоките, в които има раздел, озаглавен „[с]ливащи се предприятия, които са близки конкуренти“.

235 Освен това приложимостта на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 във връзка със съображение 25 от посочения регламент изисква премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, което е най-пряката едностранна последица от концентрацията на олигополен пазар, както Комисията правилно отбелязва пред Общия съд.

236 В това отношение „близостта на конкурентните отношения“ вече е била приета от Общия съд като доказателство от икономическо естество в решения от 9 юли 2007 г., Sun Chemical Group и др./Комисия (T-282/06, EU:T:2007:203), и от 6 юли 2010 г., Ryanair/Комисия (T-342/07, EU:T:2010:280, т. 63 и сл.).

237 Решение от 6 юли 2010 г., Ryanair/Комисия (T-342/07, EU:T:2010:280), се отнася до използването на концепцията за „най-близки конкуренти“ и въпроса дали Комисията може автоматично да изведе от това наличието, а впоследствие и премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга. Обратно, в решение от 9 юли 2007 г., Sun Chemical Group и др./Комисия (T-282/06, EU:T:2007:203), Общият съд заключава, че Комисията не може да бъде упрекната, че в обжалваното решение не е разгледала близките конкурентни отношения между страните по концентрацията.

238 Съгласно точка 28 от Насоките тази близост се преценява с оглед на степента на заменяемост между продуктите на страните. В същата точка се уточнява, че „[п]родуктите могат да бъдат разграничавани в рамките на съответния пазар по това, че някои са по-лесн[о] заменими от други. Колкото по-голяма е степента на заменяемост между продуктите на сливащите се предприятия, толкова е по-вероятно сливащите се предприятия да повишат значително цените. […] Стимулът за сливащите се страни да увеличат цените е по-вероятно да бъде взет предвид, когато конкурентни предприятия произвеждат продукти, по-лесно взаимно заменими с продуктите на сливащите се предприятия, отколкото ако те предлагат по-малко заменими продукти. Поради това, е по-малко вероятно дадено сливане да възпрепятства значително конкуренцията […], когато е налице голяма степен на заменяемост между продуктите на сливащите се предприятия и тези, доставяни от конкурентните производители“.

239 Всъщност в зависимост от обстоятелствата на даден релевантен пазар на продукти може да има по-лесно или по-трудно заменими продукти, така че конкурентните отношения между продуктите на този пазар може да имат различна степен на интензитет, независимо от пазарните дялове. Следователно некоординираните ефекти на дадена концентрация може да зависят повече от близостта между продуктите на страните по концентрацията отколкото от съответните им пазарни дялове.

240 В случая следва, първо, да се констатира, че съгласно точка 1366 от изложението на възраженията референтният пазар по принцип се характеризира със слаба степен на разграничаване на продуктите. На този пазар операторите са се опитали да преодолеят този аспект, като са приложили стратегии за разграничаване, които обаче са имали само слаб успех.

241 Второ, Общият съд констатира, че понятието „близък конкурент“, употребено в Насоките, позволява да се отчете обстоятелството, че надпреварата между страните по концентрацията е важен източник на конкуренция на пазара и следователно може да бъде ключов фактор за анализа, както е видно от точка 28 от Насоките. Освен това следва да се припомни, че за да е приложим член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004 във връзка със съображение 25 от него, се изисква да е премахнат „силният конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга“, което е най-пряката едностранна последица от концентрацията на олигополен пазар, както Комисията правилно отбелязва пред Общия съд.

242 При все това по-голямата част от примерите, посочени в обжалваното решение, не целят да се установи степента на близост между страните или да се докаже, че те упражняват силен конкурентен натиск една върху друга, а са насочени най-вече към това да се докаже, че Three и O2 са „близки конкуренти“, отколкото че са „особено близки конкуренти“. Следователно Комисията явно анализира в по-голяма степен близките конкурентни отношения между Three и O2, от една страна, и другите двама оператори на мобилни мрежи, от друга. Всъщност в съображение 1183 от обжалваното решение тя заключава, че четиримата оператори на мобилни мрежи, а не само Three и O2, са „близки конкуренти“.

243 Трето, данните, които Комисията използва, за да изчисли коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг, и въз основа на които се извършва анализ на степента на близост между различните оператори, са извлечени от сондажно проучване, проведено от Комисията сред сравнително ограничена представителна извадка от стотина потребители. Освен това резултатите от този анализ не съвпадат с тези от количествения анализ, представен в приложение A към обжалваното решение. За сметка на това, изчисленият от жалбоподателя коефициент се базира на данните ПМН и 200 000 наблюдения.

244 Четвърто, съгласно представените от жалбоподателя данни, що се отнася до пренасочването на частни клиенти на O2, [*поверително*] с коефициент на преминаване на клиенти към друг оператор от порядъка на само [*поверително*], докато при BT/EE този коефициент е от порядъка на [*поверително*], а на Vodafone е от порядъка на [*поверително*]. Освен това най-близките конкуренти на O2 [*поверително*] са като цяло [*поверително*], които представляват [*поверително*] от пренасочването на клиенти на O2. Това означава, че [*поверително*].

245 В хода на съдебното заседание жалбоподателят доказва убедително достоверността на тези данни, без Комисията да ги оспорва, което потвърждава факта, че Three не е особено близък конкурент на O2, че [*поверително*] е най-близкият конкурент на Three и че [*поверително*] най-близък конкурент на Three, при това със значителна дистанция.

246 Освен това в хода на съдебното заседание Комисията потвърждава, че Three не осъществява дейност във връзка със сегмента на бизнес клиентите на мобилни далекосъобщителни услуги и че следователно Three и O2 не са конкуренти на този сегмент. Липсата на близки конкурентни отношения на този сегмент на пазара се потвърждава от таблица № 35 от обжалваното решение, и по-специално от бележка под линия № 313 относно степента на концентрация и ІНН, които не са посочени в обжалваното решение, тъй като Комисията не е срещнала структурни проблеми, що се отнася до този сегмент на пазара.

247 От това следва, че на пазара на мобилни далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство Three и O2 не са особено близки оператори на мобилни мрежи, макар на такъв пазар всички оператори по дефиниция да са близки в по-голяма или по-малка степен.

248 Съгласно данните, представени от жалбоподателя в хода на съдебното заседание и които не са били оспорени от Комисията, що се отнася до пренасочването на клиенти на Three, [*поверително*] клиенти, напуснали Three, тоест около [*поверително*] от O2. Общо [*поверително*] от клиентите, напуснали Three, избират оператор, различен от O2.

249 Макар действително да може да се установи, че Three и O2 са сравнително близки конкуренти на част от сегментите на концентриран пазар, в който участват четирима оператори на мобилни мрежи, сам по себе си този факт не е достатъчен, за да се докаже в конкретния случай премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, и съществената възпрепятстване на ефективната конкуренция, освен ако не се забрани по принцип всяка концентрация, водеща до намаляване на броя на операторите от четирима на трима.

250 Ето защо следва да се приеме за основателно третото твърдение по първото основание, отнасящо се до слабата доказателствена сила на анализа на близките конкурентни отношения между Three и O2 в конкретния случай.

г) По преценката на количествените последици от концентрацията за цените

251 Въз основа на извършения от нея количествен анализ на очаквания натиск за повишаване на цените (upward pricing pressure) (наричан по-нататък „анализът на НПЦ“) Комисията заключава в съображение 1225 от обжалваното решение, че „концентрацията може да подтикне образувания вследствие на концентрацията субект да увеличи съществено цените“.

252 В рамките на петото твърдение по първото основание жалбоподателят излага две оплаквания относно анализа на НПЦ. Най-напред той твърди, че този анализ няма доказателствената сила, която му признава Комисията. На следващо място той изтъква, че такъв анализ няма никаква доказателствена сила в настоящия случай.

1) По доказателствената сила на анализа на НПЦ като първо „сито“

253 На първо място, според жалбоподателя Комисията е допуснала явна грешка в преценката на доказателствената сила на анализа на НПЦ, като в съображение 1191 от обжалваното решение го е използвала като непротиворечиво доказателство за наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, при положение че анализът на НПЦ има за цел да послужи като първо „сито“, за да се определи дали си заслужава за дадена концентрация да бъде проведено задълбочено разследване, и освен това е оспорен.

254 Комисията оспорва тези доводи.

255 Общият съд констатира в самото начало, че показателите за натиск за повишаване на цените, основаващи се на коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг и на маржовете на страните по концентрацията, разкриват подтика към последните да увеличат цените след извършване на концентрацията. Те са използвани за преценка на некоординираните ефекти от сливанията, каквито обичайно се констатират в случай на хомогенни продукти.

256 По принцип се приема, че макар да е възможно показателите за натиск за повишаване на цените да се окажат полезни за пресяване, като позволят на органите за защита на конкуренцията да преценят необходимостта от по-задълбочено разследване, те все пак не трябва да се разглеждат като надеждни прогнози за повишенията на цените или като симулации за сливането.

257 Следователно жалбоподателят основателно твърди, че в частност анализът на НПЦ първоначално е въведен като първо „сито“, за да се определи дали си заслужава за дадена концентрация да се проведе задълбочено разследване.

258 Следва да се отбележи обаче, че както подчертава Комисията, извършеният от нея количествен анализ, основан на анализ на GUPPI (gross upward pricing pressure index, брутен индекс на натиска за повишаване на цените или БИНПЦ), е по-задълбочен от простия анализ на НПЦ, тъй като може да отчете вероятната реакция на конкурентите на едностранно увеличение на цените от образувания вследствие на концентрацията субект, както се посочва в съображения 253 и 254 от приложение A към обжалваното решение.

259 Следователно това оплакване не е основателно.

2) По анализа на НПЦ в конкретния случай

260 На второ място, според жалбоподателя Комисията е допуснала и явна грешка в преценката относно изводите от анализа на НПЦ, тъй като последният е предвиждал повишение на цените при всички хоризонтални концентрации и това е можело да доведе до полезни резултати само ако се определи праг, над който предвиденото след операцията увеличение на цените бъде прието за достатъчно съществено. Комисията не взела предвид нито едно от тези обстоятелства в обжалваното решение.

261 Въпреки несъвършенствата на анализа на НПЦ резултатът от него показвал, че концентрацията пораждала малко опасения относно конкуренцията в сравнение по-специално с резултатите по предходни дела.

262 Що се отнася до довода на жалбоподателя, че последиците за цените, предвидени в количествения анализ, не са толкова съществени както по предходни дела, Комисията посочва, че е разгледала този довод в съображения 3056—3058 от обжалваното решение, като е доказала, че последиците за средните цени в този конкретен случай са в диапазона между тези по ирландското и тези по германското дело (вж. т. 164 по-горе).

263 Освен това според Комисията фактът, че при липса на повишение на ефективността или на други компенсиращи качествени фактори количественият анализ винаги прогнозира повишение на цените, понякога дори много слабо повишение, не е пречка то да се използва при цялостна преценка на съвкупността от доказателства за вероятността сделката да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

264 Първо, Общият съд констатира, че Комисията признава, че извършеният от нея количествен анализ се основава на ограничен брой ключови данни, и по-специално на коефициента на преминаване на клиенти от един оператор към друг и на маржовете, но твърди, че става въпрос за основни пазарни показатели, както е пояснено в съображение 1195 от обжалваното решение и в съображение 246 от приложение A към това решение.

265 Поради това самата Комисия видимо в известна степен е предпазлива в обжалваното решение, що се отнася до доказателствената сила на извършения от нея количествен анализ.

266 Всъщност, от една страна, Комисията заключава след качествения анализ, представен в съображения 1175—1190 от обжалваното решение, че концентрацията води до премахване на силния конкурентен натиск на пазара на дребно, което „вероятно“ ще има за последица повишение на цените. Този качествен анализ е допълнен от количествен анализ, обобщен в съображения 1191—1225 от обжалваното решение и представен обстойно в приложение A към него, като от този анализ Комисията прави същия извод.

267 От друга страна, Комисията уточнява по същество в съображение 250 от приложение A към обжалваното решение, че полученият резултат не трябва да се разглежда като точен и конкретен количествен израз на повишението на цените, до което може да доведе операцията, а по-скоро като „показател за вероятността“ за такова повишение.

268 От това следва, че както е видно от самото обжалвано решение, количественият анализ не е приет за решаващо доказателство. Поради това този анализ не е достатъчен, за да се докаже — в съответствие с изискванията във връзка с доказването, припомнени в точка 118 по-горе — че премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, води до съществено повишение на цените, а оттам и до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

269 Второ, жалбоподателят изтъква, че е необходимо да се определи праг, над който предвиденото след операцията увеличение на цените да се разглежда като достатъчно съществено.

270 В това отношение следва да се отбележи, че в съображение 252 от приложение A към обжалваното решение Комисията признава, че при липса на повишение на ефективността анализът на НПЦ винаги ще прогнозира известно повишение на цените вследствие на хоризонтална концентрация, която премахва конкуренцията между страните по концентрацията.

271 Комисията твърди обаче в съображение 252 от приложение A към обжалваното решение, че количественият анализ относно повишенията на цените, както и доказателствената сила, която може да се придаде на такъв анализ, варират в зависимост от случая.

272 Освен това мащабът на повишението на цените е само един от релевантните фактори за цялостната преценка на Комисията, по-специално в случаите, в които, както в настоящия случай, в рамките на отделни теории за вредите са установени значителни вреди, произтичащи от премахването на хоризонталната конкуренция между страните по концентрацията. Комисията пояснява, че по тази причина не е сметнала за необходимо да определи праг, над който увеличението на цените, удостоверено от конкретно доказателство, би било съществено.

273 Общият съд обаче не намира този довод за убедителен, тъй като по настоящото дело предвиденото повишение на цените според жалбоподателя, без Комисията да оспорва тезата му, е от [*поверително*], при положение че предвидено повишение на цените от 6,6 % по ирландското дело и от 9,5 % по германското дело не са попречили на Комисията да разреши тези операции, при условие че са спазени определени условия.

274 Трето, дори да се предположи, че Комисията е доказала надлежно в обжалваното решение, че концентрацията може да подтикне образувания вследствие на концентрацията субект да увеличи цените и е дала количествен израз на посоченото повишение на цените в обжалваното решение, при всички положения тя не е доказала в настоящия случай, че така посоченото повишение на цените е съществено.

275 Всъщност, без да се налага Комисията да бъде задължена да приеме правило „de minimis“ или „защитена зона“ (safe harbour) по отношение на повишението на цените, когато доказва евентуалните антиконкурентни последици от дадена концентрация, тя при всички положения трябва да докаже, че има достатъчно голяма вероятност за такова повишение. Когато Комисията реши за тази цел да използва количествени анализи, като направените в приложение A към обжалваното решение, тя трябва да вземе предвид всички релевантни фактори, които може да окажат въздействие върху равнището на цената.

276 Следва да се констатира, че предвид условията на конкуренция на такъв пазар съществува тенденция концентрациите, извършвани на олигополен пазар, почти автоматично да водят до повишение на цените в краткосрочен план поради изчезването на конкурентното отношение между страните по концентрацията. Само в средносрочен план външната конкуренция — от страна на вече осъществяващи дейност на пазара участници или, в зависимост от сериозността на пречките за навлизане, от страна на нови участници — ще принуди новото образувание да понижи цените.

277 Също така всяка концентрация ще доведе до повишение на ефективността, чийто мащаб зависи също от външния конкурентен натиск. Това повишение произтича по-специално от рационализирането и интегрирането на производствените процеси и процесите по разпространение от страна на образувания вследствие на концентрацията субект. Всъщност той по принцип ще премахне дублиращите се или ненужните структури в производствените и дистрибуторски мрежи, както и ще преразпредели или освободи персонал. В зависимост от обстоятелствата тези усилия по рационализиране могат да принудят образувания вследствие на концентрацията субект да понижи цените си.

278 Налага се изводът обаче, че Комисията не включва това стандартно повишение на ефективността в количествения си анализ, като приема в съображения 1197 и 1223 от обжалваното решение, че изпращащата уведомлението страна следва да докаже наличието на такова повишение, и в това отношение препраща към раздел 8.5 от обжалваното решение, отнасящ се до ефективността.

279 Следователно Комисията смесва два вида ефективност, а именно ефективността по раздел VII от Насоките и тази, характерна за всяка концентрация. Всъщност ефективността по смисъла на Насоките трябва да се вземе предвид при цялостната преценка на концентрацията от гледна точка на конкуренцията, за да се провери дали тя може да неутрализира ограничителните последици на концентрацията. За сметка на това, категорията ефективност, за която става въпрос в настоящия случай, е само съставна част от количествен модел, който цели да се установи дали концентрацията може да породи такива ограничителни последици. Следователно това е въпрос относно доказателствата за наличие на ограничителни последици, който възниква преди цялостната преценка от гледна точка на конкуренцията по смисъла на точка 76 от Насоките.

280 Освен това Общият съд констатира, че видно от представените в хода на административното производство доказателства, макар да може да се установи позитивна връзка между концентрациите, при които броят на операторите в сектора на мобилните далекосъобщителни услуги намалява от четирима на трима, и повишение на цените, може също да се установи връзка между посочените концентрации и увеличение на инвестициите в мрежите от операторите на мобилни мрежи (вж. по-специално изследването на Centre on Regulation in Europe (CERRE) на Genakos C., Valletti T., Verboven F., CERRE, Брюксел, 2015 г., озаглавено „Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications“, споменато по-специално в точки 1, 64—68, 71, 72, 76—80 и 108 от приложение Б към обжалваното решение).

281 Макар увеличението на инвестициите от операторите да не означава непременно по-добро качество на мрежата, както подчертава Комисията в точка 79 от приложение Б към обжалваното решение, наличието на такава взаимовръзка е по-вероятно от обратната хипотеза, в която би било налице влошаване на качеството на мрежата. Комисията, която носи тежестта на доказване, в това отношение не е доказала в обжалваното решение — в съответствие с приложимите изисквания във връзка с доказването — тезата си за влошаване на качеството на мрежата, на която се основава отчасти втората теория за вредите, насочена към това да се докаже съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

282 Ето защо следва да се заключи, че извършеният в настоящия случай количествен анализ няма доказателствена сила, тъй като Комисията не е доказала с достатъчна степен на вероятност, че цените „съществено“ ще се повишат вследствие на премахването на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга.

283 С оглед на изложеното по-горе петото твърдение по първото основание трябва да се приеме за основателно.

д) По цялостната преценка на некоординираните ефекти

284 В рамките на седмото твърдение по първото основание жалбоподателят изтъква, че Комисията не е извършила цялостна преценка за наличието на некоординирани ефекти, което представлява грешка при прилагане на правото и явна грешка в преценката. Също така тя не уточнявала въз основа на какво е заключила в съображения 1226 и 1227 от обжалваното решение, че твърденият натиск, премахнат с концентрацията, бил силен по смисъла на точка 25 от Насоките и че твърдяното възпрепятстване на конкуренцията в резултат от концентрацията било съществено по смисъла на член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004, като смесвала отслабването на конкуренцията между Three и O2 и премахването на силния конкурентен натиск.

285 Комисията посочва в отговор, че е извършила цялостна преценка на вероятните некоординирани ефекти от концентрацията, като е представила, на първо място, качествения си анализ в съображения 1175—1190 от обжалваното решение, на второ място, цялостната преценка на количествения анализ в съображения 1191—1225 от обжалваното решение, и на трето място, общия извод в съображения 1226 и 1227 от обжалваното решение.

286 В това отношение следва да се провери дали Комисията е посочила конкретно или уточнила в обжалваното решение в каква степен некоординираните ефекти са толкова сериозни, че обосновават извода, че концентрацията възпрепятства „съществено“ ефективната конкуренция, както изисква член 2, параграф 3 от Регламент № 139/2004.

287 За да докаже наличието на некоординирани ефекти на пазара на дребно, Комисията е разгледала последователно различни фактори в съображения 330—1174 от обжалваното решение и е обобщила качествения и количествения си анализ в съображения 1175—1225 от посоченото решение. След това тя прави цялостна преценка в съображения 1226 и 1227 от обжалваното решение, за да заключи, че е налице съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция. Следователно в обжалваното решение действително е извършена цялостна преценка на наличието на такива некоординирани ефекти, противно на твърденията на жалбоподателя.

288 Тази цялостна преценка обаче се свежда до кратко споменаване на съвкупността от доказателства и обстоятелства, които се отнасят по-специално до премахването на важен конкурентен фактор вследствие на концентрацията, близостта на конкурентните отношения и високия пазарен дял на новия субект, и следователно са насочени към това да се докаже наличието на некоординирани ефекти.

289 Независимо от доказателствената стойност на тази съвкупност от доказателства и обстоятелства, се налага изводът, че Комисията въобще не е уточнила в обжалваното решение дали установените некоординирани ефекти са „значителни“ или в случая ще доведат до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, както тя твърди в съображение 1227 от обжалваното решение.

290 Ето защо следва да бъде приет доводът на жалбоподателя, че Комисията не е уточнила въз основа на какво е заключила, че твърдяното възпрепятстване на конкуренцията в резултат от концентрацията е съществено.

291 С оглед на всички изложени по-горе съображения следва бъде прието първото основание, без да е необходимо да се разглеждат шестото и седмото твърдение по него.

Г. По втората теория за вредите, отнасяща се до некоординираните ефекти, породени от нарушаването на споразуменията за съвместно използване на мрежата

1. Резюме на обжалваното решение

292 В хода на производството пред Комисията жалбоподателят по-специално представя два плана за консолидиране на мрежите: „план [А]“ и „план [Б]“. Тези планове за консолидиране се основават на наличието на две споразумения за съвместно използване на мрежата, от една страна, между BT/EE и Three, тоест MBNL, и от друга, между Vodafone и O2, тоест Beacon.

293 MBNL включва „пасивно“ съвместно използване, приложимо за мрежа от около [*поверително*] обекта, и активно съвместно използване само на технологията 3G, [*поверително*]. Следователно MBNL е главно споразумение за пасивно съвместно използване. MBNL разрешава едностранното развитие.

294 Колкото до Beacon, то включва съвместно използване в рамките на Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd, предвидено да покрие около [*поверително*], и активно съвместно използване, в рамките на което всяка страна доставя активна мрежа в половината държава (Vodafone в западната част, а O2 — в източната) и ползва мрежата на другата страна в другата половина. Активното съвместно използване се прилага за технологиите 2G, 3G и 4G [*поверително*]. Следователно Beacon е [*поверително*]. Beacon съдържа някои разпоредби относно изключителни права.

295 В съображения 1229—1234 от обжалваното решение Комисията излага двете си подтеории за вредите, отнасящи се до споразуменията за съвместно използване на мрежата.

296 Според Комисията партньорите по всяко едно от двете споразумения за съвместно използване на мрежата понастоящем имат основателна причина да развиват съвместно споделените елементи от мрежите си, за да може съвместно използваната мрежа да бъде по-добра от тази на останалите оператори на мобилни мрежи, и по-специално на операторите на мобилни мрежи, страни по другото споразумение за съвместно използване на мрежата. Вследствие на операцията щяла да изчезне тази конкурентна динамика, тъй като образуваният вследствие на концентрацията субект щял да бъде страна по двете споразумения и Vodafone и BT/EE вече нямало да имат напълно отдаден партньор съответно по Beacon и MBNL.

297 Една от вредите е свързана с отслабването на конкурентната позиция на двамата съответни партньори по споразуменията за съвместно използване на мрежата, обвързващи страните по концентрацията. В съображение 1231 от обжалваното решение Комисията констатира, че мобилните мрежи са инфраструктура от решаващо значение за операторите на мобилни мрежи, за да могат да предлагат мобилни далекосъобщителни услуги на клиентите си.

298 Според Комисията обаче качеството на тези мрежи е решаващ фактор за конкуренцията. Поради това една от подтеориите за вредите, обобщена в съображение 1232 от обжалваното решение, се отнася до отслабване на конкуренцията от страна на единия или другия или от двамата оператори на мобилни мрежи, обвързани със страните по концентрацията със споразумения за

съвместно използване на мрежата, което би могло да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция на олигополен пазар, с ограничен брой участници и сериозни пречки пред навлизането.

299 Според Комисията другата потенциална вреда ще бъде причинена от това, че положението на съвместно използване на мрежата, което ще произтече от сделката, ще доведе до спад на инвестициите в сектора на инфраструктурите на мрежата. Всъщност в съображение 1233 от обжалваното решение Комисията твърди, че сделката може да доведе до спад на взаимодействията, който ще засегне партньорите по споразуменията за съвместно използване на мрежата и ще позволи опортюнистично инвестиционно поведение от страна на образувания вследствие на концентрацията субект, а това ще доведе до спад на инвестициите в сектора и оттам на степента на ефективна конкуренция, която би била налице при липса на сделката. Включително поради тази причина сделката можела да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция на олигополен пазар, с ограничен брой участници и сериозни пречки пред навлизането.

300 Именно с оглед на тези две подтеории за вредите Комисията разглежда в съображения 1244—1784 от обжалваното решение плановете за консолидиране на мрежите на жалбоподателя, след като в съображения 1235—1243 от това решение пояснява обстойно значението на съгласуването на интересите на страните по споразумение за съвместно използване на мрежата.

301 В рамките на план [А] образуваният вследствие на концентрацията субект се съгласява [*поверително*] (съображения 1373—1381 от обжалваното решение).

302 В рамките на план [Б] образуваният вследствие на концентрацията субект [*поверително*] (съображения 1382—1385 от обжалваното решение).

303 Двата плана [*поверително*].

304 В съображение 1246 от обжалваното решение Комисията излага централната теза, въз основа на която извършва преценка на възможните изменения на пазара вследствие на операцията, а именно че трайното нарушаване на правилното прилагане на дадено споразумение за съвместно използване на мрежата може да представлява възпрепятстване на конкуренцията от страна на партньор по такова споразумение.

305 В това отношение Комисията посочва в съображение 1229 от обжалваното решение, че по принцип съвместното използване на мрежата може да има проконкурентни последици, тъй като се постигат взаимодействия във връзка с разходите при развиването и оперирането на мобилни мрежи, които от своя страна може да позволят на операторите на мобилни мрежи да постигнат по-добро покритие и по-добро качество на мрежата, като по този начин насърчават ефективната конкуренция в интерес на гражданите и обществото като цяло.

306 В съображение 1230 от обжалваното решение Комисията посочва, че като се има предвид, че тези цели са постигнати със споразумения за съвместно използване на мрежата, сключени между страните по концентрацията и друг оператор, става въпрос за проверка в каква степен сделката може да се отрази на по-нататъшното преследване на целта за ефективна конкуренция в интерес на потребителите.

307 По отношение на план [А] в съображения 1567 и 1778 от обжалваното решение Комисията заключава, че този план, представен от страните по концентрацията, има тежки отрицателни последици за конкурентното положение на BT/EE, като увеличава разходите му за поддръжка на мрежата MBNL и за подобряването ѝ и като влошава състоянието на мрежата MBNL, по-специално като забавя или възпрепятства инвестициите на BT/EE. Комисията заключава в

съображение 1778 от обжалваното решение, че план [A] може да породи значителни вреди за способността на BT/EE да се конкурира на пазарите на мобилните далекосъобщения в Обединеното кралство.

308 Според Комисията подобен спад на конкурентния натиск вероятно ще доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция на олигополен пазар, с ограничен брой участници и сериозни пречки пред навлизането.

309 Този извод бил потвърден по-специално от съображение 1247 от обжалваното решение, в който се посочва, че увеличението на разходите за поддръжка и разширяване на настоящата мрежа или за изготвянето на стандарт за бъдеща мрежа може да възпрепятства съществено конкурентното положение на Vodafone и BT/EE. Увеличението на допълнителните разходи (incremental costs) можело да доведе до повишение на цените и вреди за потребителите. Според Комисията увеличението на фиксираните разходи вероятно ще доведе до спад на инвестициите, тъй като по-високите фиксирани разходи ще доведат до нерентабилност на инвестициите, които биха били рентабилни при по-ниски фиксирани разходи. Следователно спадът на инвестициите в качеството на мрежата можело да влоши качеството на мрежата в сравнение с положението, което би било налице при липса на сделката.

310 В съображение 1679 от обжалваното решение Комисията признава, че увеличението на разходите за конкурентен оператор не води непременно до възпрепятстване на конкуренцията. Според Комисията, ако увеличението на разходите води до по-малко инвестиции или до влошаване на качеството на предлаганите на пазара услуги, или пък ако тежестта ѝ се пренася върху потребителите посредством увеличение на цените, то отслабва конкурентния натиск, упражняван от такъв оператор на пазара.

311 При все това допълнителните разходи вероятно биха довели до по-високи цени, докато по-високите фиксирани разходи вероятно биха довели до спад на качеството на мрежата. В рамките на олигополни пазари с ограничен брой участници било много вероятно отслабването на конкурентния натиск на даден оператор да доведе до общо отслабване на конкуренцията на този пазар.

312 Колкото до план [Б] Комисията заключава, че има опасност той да нанесе сериозни вреди на способността на Vodafone, и в по-малка степен — на BT/EE, да се конкурира на пазарите на мобилни далекосъобщения в Обединеното кралство (съображения 1568—1749 и 1779 от обжалваното решение).

313 По-конкретно Комисията смята [*поверително*] (съображения 1605—1652 от обжалваното решение). Освен това имало опасност от влошаване на качеството на мрежата на Vodafone вследствие на възможно временно запушване на мрежата [*поверително*] (съображения 1660—1667 от обжалваното решение). Накрая, Комисията разглежда потенциалното увеличение на разходите и отражението им върху [*поверително*] (съображения 1668—1724 от обжалваното решение).

314 Според Комисията план [Б] може също да засили прозрачността във връзка с извършените инвестиции в мрежата, а имало опасност това да намали общия размер на инвестициите в инфраструктурата на мрежата в Обединеното кралство (съображения 1725—1742 от обжалваното решение).

315 Комисията разглежда още други пет сценария за интегриране и заключава, че във всички разгледани случаи операцията ще накърни конкурентната позиция на единия или и на двамата партньори на страните по концентрацията по споразуменията за съвместно използване на мрежата (съображения 1386—1389 и 1750—1776 от обжалваното решение).

316 Ето защо в съображения 1777—1784 от обжалваното решение Комисията заключава, че операцията може да отслаби конкурентния натиск, упражняван от единия или от двамата оператори на мобилни мрежи, партньори на страните по концентрацията по споразуменията за съвместно използване на мрежата.

317 В съображение 1777 от обжалваното решение Комисията заключава, че изпълнението на плановете за консолидиране на мрежите, както са представени пред нея от изпратилите уведомлението страни, след намаляването на броя оператори на мобилни мрежи, ще нанесе значителни вреди на конкурентната позиция на единия или другия или и на двамата партньори по споразуменията за съвместно използване на мрежата, а именно BT/EE или Vodafone.

318 Освен това Комисията отбелязва, че нито един от тези планове за консолидиране не съдържа ангажимент за изпълнение, както е било посочено пред нея. Като взема също предвид другите пет възможни сценария за интегриране, споменати в точка 315 по-горе, Комисията заключава в съображение 1780 от обжалваното решение, че във всички случаи сделката ще нанесе вреди на конкурентната позиция на единия или двамата или и на двамата оператори на мобилни мрежи, партньори на страните по концентрацията по споразуменията за съвместно използване на мрежата.

319 Поради това Комисията приема в съображение 1781 от обжалваното решение, че сделката може да отслаби конкурентния натиск, упражняван или от BT/EE, или от Vodafone, или пък от двамата оператори на мобилни мрежи, партньори на страните по концентрацията по споразуменията за съвместно използване на мрежата.

320 Освен това във връзка с втората подтеория за вредите, изложена в точка 299 по-горе и в съображение 1233 от обжалваното решение Комисията смята, че положението на съвместно използване на мрежата, което ще произтече от сделката в съответствие с план [Б], вероятно ще доведе до спад на инвестициите в сектора на инфраструктурата на мрежите, а това ще отслаби степента на ефективна конкуренция, която би била налице при липса на сделката.

321 Ето защо Комисията заключава в съображение 1783 от обжалваното решение, че поради отслабения конкурентен натиск, упражняван от един или от двамата оператори на мобилни мрежи, и по-ниското равнище на инвестиции в сектора на инфраструктурата на мрежата, до което ще доведат някои разгледани от нея планове за консолидиране на мрежата, операцията може да породи некоординирани антиконкурентни ефекти на пазара на дребно на мобилните далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство.

322 В съображение 1784 от обжалваното решение Комисията заключава по същество, че като се има предвид, че такива ефекти не могат да бъдат компенсирани с покупателната способност, навлизането на пазара или съответната ефективност, сделката ще накърни съществено конкуренцията на олигополен пазар, с ограничен брой конкуренти и сериозни пречки пред навлизането.

2. По третото основание: грешки относно хоризонталните некоординирани ефекти от съвместното използване на мрежата

323 По третото основание жалбоподателят поддържа, че в обжалваното решение Комисията е допуснала фактически грешки и грешки при прилагане на правото, както и явни грешки в преценката и съществени процесуални нарушения, що се отнася до некоординираните ефекти в резултат от съвместното използване на мрежата, по-специално относно необходимостта от и обхвата на сближаването между страните по споразуменията за съвместно използване на мрежата (първо твърдение), развитието на двете съществуващи споразумения за съвместно използване на мрежата в съпоставителния сценарий (второ твърдение), способността на Three

да възпрепятства едностранното разгръщане на BT/EE или да го забави (трето твърдение), евентуалните отрицателни последици от концентрацията за конкурентите, а не за конкуренцията (четвърто твърдение), вредите за конкурентната позиция на BT/EE и Vodafone (пето твърдение), отражението на по-голяма прозрачност върху общите инвестиции в мрежите (шесто твърдение) и преценката на ангажиментите относно съвместното използване на мрежата (седмо твърдение).

324 Комисията, подкрепяна в това отношение от Обединеното кралство и BT/EE, оспорва доводите на жалбоподателя.

а) По сближаването между страните по споразуменията за съвместно използване на мрежата

325 В рамките на първото твърдение по третото основание жалбоподателят изтъква, че теорията за сближаване е едновременно нова, тъй като никога досега не е била изтъквана по предходните концентрации в сектора на далекосъобщенията, и парадоксална, тъй като предполага, че сближаването между страните по споразуменията за съвместно използване на мрежата е за предпочитане пред произтичащата от концентрацията конкуренция, а това е в противоречие с понятието за конкуренция и с констатациите на самата Комисия относно предложените от жалбоподателя корективни мерки.

326 По отношение на твърдението, че теорията за сближаването е нова, Комисията изтъква, че фактът, че по предходни дела не е повдигала сходни опасения, се обяснява с особеностите на споразуменията за съвместно използване на мрежата в настоящия случай. В това отношение BT/EE добавя, че теорията за сближаването вече е спомената по дело COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange, по което Комисията заключила, че след концентрацията T-Mobile можело да се опита да влоши качеството на radio access network (RAN или „мрежа за радиодостъп“) на Three в рамките на MBNL.

327 Що се отнася до твърдението, че теорията за сближаването е парадоксална, Комисията, подкрепяна в това отношение от Обединеното кралство, изтъква, че преценката ѝ на сближаването на интересите ни най-малко не е парадоксална. Макар наличието на споразумения за съвместно използване на мрежата да води до допирни точки между страните по тези споразумения, което може да е благоприятно за конкуренцията, когато споразуменията се изразяват по-специално във взаимодействия относно разходите или подобряване на мрежата, страните по споразуменията по принцип запазват способността си да се конкурират една с друга по значителни параметри, включително цените. В обжалваното решение не се посочвало съгласуване или координиране на поведенията, а съгласуване на интереси по отношение на това да се разполага с мрежа, позволяваща упражняването на ефективна конкуренция.

1) По твърдението, че теорията за вредите, отнасяща се до споразуменията за съвместно използване на мрежата, е нова

328 Що се отнася до оплакването, че теорията за вредите, отнасяща се до споразуменията за съвместно използване на мрежата, е нова, изложено като въведение в рамките на първото твърдение по третото основание, Общият съд констатира, че видно от съображения 1242 и 1243 от обжалваното решение, необходимостта от и значението на съгласуването на интересите между страните по споразумение за съвместно използване на мрежата е изтъкнато от 3UK пред Комисията в становището му по концентрацията, за която е изпратено уведомление по дело M.5650 — T-Mobile/Orange.

329 При все това теорията за вредите, развита от Комисията по дело M.5650 — T-Mobile/Orange, не се основава на съгласуването или разрива на интересите между страните по споразумение за съвместно използване на мрежа, а до необходимостта да се гарантира на определено предприятие достъп до мрежата, която то използва съвместно с друго дружество, при положение че последното е сключило с трето предприятие сделка, която може да застраши достъпа на първото предприятие до посочената мрежа. По тази причина, за да разсеят изразените от Комисията сериозни опасения, на основание член 6, параграф 2 от Регламент № 139/2004 страните по концентрацията поемат ангажименти спрямо 3UK във връзка със срока на действие на споразумението за съвместно използване на мрежата MBNL, който е продължен [*поверително*], и с установяването на механизъм за бързо разрешаване на споровете.

330 От това следва, че развитата от Комисията по настоящото дело теория за вредите, основаваща се на необходимостта да се избегне възпрепятстването на съгласуването на интересите на страните по всяко споразумение за съвместно използване на мрежа и да се запази стабилността на тези споразумения, е нова спрямо предходната практика на Комисията при вземане на решения.

331 При все това фактът, че развита от Комисията в дадено решение теория за вредите е нова, сам по себе си не води до извода, че като такава тя не е вероятна или основателна. Както основателно подчертава BT/EE, Комисията не е длъжна да свежда анализа си до теории за вредите, развити в предходни решения.

332 Освен това, както е видно от точка 111 по-горе, колкото по-прогнозен е анализът и колкото по-трудно различими, несигурни и трудни за установяване са причинно-следствените връзки, толкова по-взискателен трябва да е съдът на Съюза, що се отнася до конкретната проверка на представените от Комисията в това отношение доказателства.

2) По твърдението, че теорията за сближаването на интересите е парадоксална и погрешна, и по нарушаването на споразуменията за съвместно използване на мрежата

333 Жалбоподателят твърди, че изводът на Комисията в съображения 1238 и 1239 от обжалваното решение, че MBNL и Beacon се „основават на известна степен на сближаване на интересите“, което концентрацията може да накърни, е опорочен поради грешки.

334 Жалбоподателят твърди по-специално че придаването на по-голяма гъвкавост на отношенията в рамките на MBNL и Beacon след концентрацията би могло да благоприятства по-голямата конкуренция между страните по тези споразумения и да засили конкуренцията между мрежите.

335 Комисията оспорва тези доводи, като твърди по същество, че споразуменията за съвместно използване на мрежата играят важна роля в сектора на мобилните далекосъобщения, по-специално в Обединеното кралство, където преценката на сближаването на интересите никак не е парадоксална. В обжалваното решение не се посочвало съгласуване или координиране на поведенията, а съгласуване на интереси по отношение на това да се разполага с мрежа, позволяваща упражняването на ефективна конкуренция.

336 В това отношение Общият съд констатира като начало, че може да приеме част от теорията на Комисията за вредите, обобщена в съображение 1232 от обжалваното решение, доколкото отслабването на конкуренцията, упражнявана от оператор на мобилни мрежи, сключил със страните по концентрацията споразумения за съвместно използване на мрежата, в определени случаи може да доведе до съществено възпрепятстване на конкуренцията. Такъв например би бил случаят на нарушаващо пазара предприятие, което зависи от споразумение за съвместно

използване на мрежата, за да може да утвърди навлизането си на пазара с оглед на предлагането на услуги, и което има опасност да бъде изключено от пазара вследствие на концентрацията.

337 Както вече бе припомнено в точка 296 по-горе, според Комисията партньорите по всяко от двете споразумения за съвместно използване на мрежата, съществуващи преди това в Обединеното кралство, а именно BT/EE и Vodafone, понастоящем имат основателна причина да развиват съвместно споделените елементи от мрежите си, за да може съвместно използваната мрежа да бъде по-добра от тази на останалите оператори на мобилни мрежи, и по-специално на операторите на мобилни мрежи, страни по другото споразумение за съвместно използване на мрежата. Според Комисията тази конкурентна динамика ще изчезне вследствие на операцията, тъй като при всички положения образуваният вследствие на концентрацията субект в краткосрочен или средносрочен план ще бъде страна по двете споразумения за съвместно използване на мрежите и Vodafone и BT/EE вече няма да имат напълно отдаден партньор съответно по Beacon и MBNL.

338 В обобщение, първата развита от Комисията подтеория за вредите предполага, както посочва самата Комисия в съображения 1777—1783 от обжалваното решение, че сделката ще накърни конкурентната позиция на единия или другия или и на двамата оператори на мобилни мрежи и следователно може да отслаби конкурентния натиск, упражняван или от BT/EE, или от Vodafone, или от двамата оператори на мобилни мрежи, партньори на страните по концентрацията по споразуменията за съвместно използване на мрежата. Общият съд припомня в това отношение, че конкуренцията, основана на инфраструктурите, може да бъде важен елемент, за да се гарантира качеството на услугите на пазара на мобилните далекосъобщителни услуги.

339 Съгласно практиката на Комисията при вземане на решения относно член 101, параграфи 1 и 3 ДФЕС споразуменията за съвместно използване на мрежата, които включват общо използване на някои инфраструктури, от тази гледна точка са свързани с рискове за конкуренцията, вариращи съобразно контекста и вида активно или пасивно съвместно използване. В зависимост от избрания модел на сътрудничество самостоятелността на операторите и опасността от тайни съглашения са повече или по-малко значителни, а опасността от накърняване на конкуренцията е по-голяма или по-малка. Същевременно споразуменията за съвместно използване на мрежата могат да породят съществени икономически предимства, що се отнася до икономията на разходи, по-доброто покритие и по-бързото разгръщане на мрежата (вж. по-специално решения 2003/570/ЕО на Комисията от 30 април 2003 година относно производство за прилагане на член 81 от Договора за ЕО и член 53 от Споразумението на ЕИП — дело COMP/38.370 — O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement“) (ОВ L 200, 2003 г., стр. 59) и 2004/207/ЕО на Комисията от 16 юли 2003 година относно производство за прилагане на член 81 от Договора за ЕО и член 53 от Споразумението на ЕИП (дело COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland и O2 Germany: рамково споразумение за съвместно използване на мрежата) (ОВ L 75, 2004 г., стр. 32).

340 Общият съд констатира, че фактът, че сключването на споразумение за съвместно използване на мрежата може да доведе до проконкурентни последици, като по този начин се компенсират съдържащите се в него ограничения, не означава непременно, че негово прекратяване, повторно договаряне или всяко последващо изменение в създаденото с него равновесие вследствие на концентрация може задължително да бъде квалифицирано като съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

341 Всъщност подобна преценка на новото конкурентно равновесие на пазара в резултат по-специално от наличието на такива споразумения за съвместно използване на мрежата зависи от възможните проконкурентни или антиконкурентни последици от новото положение, което може да бъде преценено отделно и индивидуално от Комисията или от националните органи за защита на конкуренцията в частност с оглед на преценката на развитието на пазара, както

впрочем Ofcom неколкократно подчертава в хода на административното производство пред Комисията, видно от представените пред Общия съд приложения към изявлението при встъпване на Обединеното кралство.

342 Както обаче подчертава жалбоподателят в отговор на изявлението при встъпване на Обединеното кралство по този пункт, конкурентоспособността на BT/EE и Vodafone и подтикът към тях да инвестират не зависят категорично от решенията на Three относно инвестициите или от увеличение на разходите, а по-специално от равнището на конкуренция, пред което са изправени, финансовите им средства и стратегиите им. Отслабването на подтика към Three да инвестира в едната или в другата мрежа не може да има за единствена, при това значителна последица да отслаби конкурентоспособността на другата страна по споразумението за съвместно използване на мрежата.

343 При все това според Комисията такъв по-специално би бил случаят, когато образуваният вследствие на концентрацията субект реши да се оттегли от едно от двете споразумения за съвместно използване на мрежата, за да се съсредоточи единствено върху другото, както приема Комисията в две допълнителни хипотези на консолидиране на мрежите, първата от които е посочена в съображения 1752—1756 от обжалваното решение и се изразява в това образуваният вследствие на концентрацията субект да зависи единствено от MBNL, а втората — в съображения 1757—1759 от обжалваното решение и се изразява в това образуваният вследствие на концентрацията субект да зависи единствено от Beacon. В тези два случая Комисията заключава в съображения 1755 и 1759 от обжалваното решение, че не е вероятно да има спад на инвестициите на равнището на сектора.

344 Дори и да се допусне обаче, че такива сценарии могат действително да накърнят конкурентната позиция или на BT/EE, или на Vodafone, се налага изводът, че в настоящия случай тези антиконкурентни последици сами по себе си не могат да се квалифицират като съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция на пазара на мобилните далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство.

345 Всъщност обратният извод би позволил на Комисията да забрани по принцип и само на това основание всяка концентрация, която е свързана с намаляването на операторите от четирима на трима, освен тези, които евентуално се извършват между партньорите по споразумения за съвместно използване на мрежата.

346 В това отношение, както основателно подчертава жалбоподателят, придаването на по-голяма гъвкавост на отношенията в рамките на MBNL и Beacon след концентрацията би могло все пак да благоприятства по-голямата конкуренция по отношение на инфраструктурите между страните по тези споразумения и да засили конкуренцията между мрежите.

347 Ето защо следва да се констатира, че в настоящия случай възможният разрив на интересите между партньорите по такова споразумение за съвместно използване на мрежата, нарушаването на съществуващите преди това споразумения за съвместно използване на мрежата, чийто срок е продължен в полза на Three, и дори тяхното прекратяване сами по себе си не са съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в рамките на теория за вредите, основаваща се на некоординирани ефекти.

348 При това положение първото твърдение по третото основание следва да се приеме за основателно, доколкото Комисията неправилно е заключила, че трайното нарушаване на дадено споразумение за съвместно използване на мрежата може да представлява съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция от страна на партньора по такова споразумение.

б) По последиците от концентрацията за конкурентите

349 В рамките на третото твърдение по третото основание жалбоподателят поддържа, че изводът на Комисията в съображение 1522 от обжалваното решение, че образуваният вследствие на концентрацията субект може да навреди съществено на BT/EE, като възпрепятства инвестициите му в мрежите или ги забави, е опорочен поради грешки.

350 Следователно Комисията неправилно отбелязала в съображение 1512 от обжалваното решение, [*поверително*].

351 В рамките на четвъртото твърдение по третото основание жалбоподателят поддържа, че Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото и явна грешка в преценката, като е разгледала последиците от операцията по-скоро за конкурентите, отколкото за конкуренцията (съображение 1231 от обжалваното решение), за да докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

352 В рамките на петото твърдение по третото основание жалбоподателят изтъква, че констатациите на Комисията в подкрепа на извода, че концентрацията ще накърни конкурентната позиция на BT/EE и Vodafone, не се основават на доказателства, а само на предположения. Комисията допуснала грешка при прилагане на правото и явни грешки в преценката поради липсата на доказателства за увреждане на конкурентната позиция на BT/EE и Vodafone.

353 Комисията поддържа, че жалбоподателят е извадил от контекста им някои съображения от обжалваното решение, като например това относно прекъсването на действието на споразумение за съвместно използване на мрежата (съображение 1246 от обжалваното решение). Освен това, макар да е вярно, че Комисията първо е посочила категориите вреди, изтъкнати от BT/EE и Vodafone (съображения 1249—1285 от обжалваното решение), впоследствие тя ги е анализирала, с оглед на становището на жалбоподателя, в рамките на план [А] (съображения 1391—1567 от обжалваното решение) и план [Б] (съображения 1568—1748 от обжалваното решение).

354 В това отношение Обединеното кралство твърди, че изводът на Комисията относно прекъсването на действието на споразумение за съвместно използване на мрежата (съображение 1246 от обжалваното решение) е неразривно свързан с естеството и механизма на действие на споразуменията за съвместно използване на мрежата. То твърди също, че е оправдано, като извършва задълбочена преценка на потенциалното отражение на операцията, Комисията да вземе предвид позицията на Ofcom относно съществуващите споразумения за съвместно използване на мрежата (съображение 1722 от обжалваното решение).

355 Освен това Комисията твърди, че тъй като пазарът на дребно е много концентриран и конкуренцията между Three и O2 трябва да бъде прекратена вследствие на концентрацията, има опасност спадът на равнището на ефективна конкуренция, която може да бъде упражнена от BT/EE или Vodafone, да има отрицателни последици за конкуренцията като цяло, както е констатирано в съображение 1679 от обжалваното решение, по-специално ако вероятните вреди се изразяват в спад на качеството на мрежата им. BT/EE поддържа в това отношение, че видно от съображения 1230 и 1529—1546 от обжалваното решение, Комисията е разтревожена от факта, че Three може да отслаби конкурентната позиция на BT/EE, тъй като BT/EE допринасяло значително за конкуренцията.

356 Общият съд смята, че третото, четвъртото и петото твърдение по третото основание са взаимнозависими и могат надлежно да бъдат разгледани заедно. Общият съд констатира също в самото начало, че жалбоподателят е обединил в петото твърдение няколко оплаквания относно преценката на последиците от операцията за BT/EE и Vodafone, без да прави ясно разграничение между план [А] и план [Б].

357 Поради това Общият съд ще разгледа последователно последиците за BT/EE и Vodafone, като се има предвид, че последиците за BT/EE от план [A], констатирани в точки 362—379 по-горе, настъпват за BT/EE, но в по-малка степен, в рамките на план [Б].

358 В самото начало следва да се констатира, че некоординираните ефекти от концентрацията във връзка с възможното упражняване на пазарната мощ, под формата на влошаване на качеството на предлаганите услуги или на това на мрежата на образувания вследствие на сливането субект, не са били анализирани в обжалваното решение.

359 Съгласно съображение 25 от Регламент № 139/2004 обаче преценката на евентуалното премахване на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга, както и евентуалното отслабване на конкурентния натиск върху другите конкуренти е в центъра на преценката на некоординираните ефекти от концентрацията, както вече бе констатирано в точки 96 и 97 по-горе.

360 Всъщност възпрепятстването на конкуренцията и следователно вредите за потребителите биха произтекли от изчезването на конкурентното отношение, което съществува между страните по концентрацията, и от обстоятелството, че нито един оставащ или потенциално навлизащ конкурент не би бил в състояние да конкурира ефикасно образувания в резултат на концентрацията субект. Освен последиците върху цените концентрацията би имала отражение и върху качеството на предлагането и предоставяния на клиентите избор, тъй като образуваният вследствие на концентрацията субект вече не би бил подложен на натиска, който преди това е съществувал между страните по концентрацията (вж. в този смисъл решение от 6 юли 2010 г., Ryanair/Комисия, T-342/07, EU:T:2010:280, т. 224).

361 Липсата на задълбочена проверка на този проблем е слабост в извършения от Комисията в обжалваното решение анализ, който, за да бъде приет, трябва да съдържа особено солидни и убедителни съображения относно последиците за конкурентите.

1) По последиците за BT/EE

362 Първо, правилата на Съюза в областта на конкуренцията са насочени главно към защита на конкурентния процес като такъв, а не на конкурентите. В това отношение Комисията основателно припомня в Насоките за оценяването на нехоризонтални сливания, извършвано съгласно Регламента на Съвета относно контрола върху концентрациите между предприятия (ОВ C 265, 2008 г., стр. 6), че фактът, че дадена концентрация засяга конкурентите, не е проблем сам по себе си. По-специално фактът, че конкурентите могат да бъдат увредени, поради това че концентрацията води до повишаване на ефективността, не може сам по себе си да породи проблеми за конкуренцията.

363 Тези съображения се прилагат по аналогия за хоризонтална концентрация, и дори при ограничен олигополен пазар, както е в настоящия случай.

364 В случая в съображение 1265 от обжалваното решение Комисията посочва, че един от начините за отслабване на конкурентната позиция на един от партньорите по споразуменията за съвместно използване на мрежата е да се влоши качеството на мрежата по едно от двете такива споразумения. Според Комисията това явно е особено релевантно, що се отнася до партньора по споразумението за съвместно използване на мрежата, което няма да служи като основа за консолидираната мрежа на образувания вследствие на концентрацията субект.

365 Така например, видно от съображения 1430 и 1431 от обжалваното решение, съгласно план [A] образуваният вследствие на концентрацията субект предвижда да не използва [*поверително*] на обектите MBNL. Той обаче ще трябва да продължи да участва в разходите за тези обекти поради

ангажиментите, поети през 2009 г. спрямо Three в рамките на концентрацията T-Mobile/Orange (дело COMP/M.5650), с които се цели да се отстранят опасенията, изразени от Three, [*поверително*].

366 При все това оставянето в сила на задължението за участие в разходите за обектите, ставащи излишни в рамките на настоящата концентрация, е благоприятно за конкурентното положение на BT/EE, макар Комисията основателно да заключава, че това ще подтикне страните по концентрацията да намалят тези разходи. Въпреки това фактът, че страните по концентрацията евентуално ще бъдат по-малко склонни да продължат да инвестират в тези излишни обекти, не може да засегне несъразмерно конкурентната позиция на BT/EE или да представлява съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

367 В това отношение, макар увеличението на разходите за конкурентен оператор да не води неминуемо до възпрепятстване на конкуренцията, както основателно констатира Комисията в съображение 1679 от обжалваното решение, при всички положения Комисията следва да докаже, че теорията ѝ за вредите се основава на причинно-следствена връзка между предполагаемото увеличение на фиксираните разходи и това на допълнителните разходи, което ще доведе до по-малко инвестиции, влошаване на качеството на предлаганите на пазара услуги или, ако бъде прехвърлено на потребителите посредством увеличение на цените, до отслабване на конкурентния натиск на BT/EE и Vodafone на пазара.

368 В настоящия случай се налага изводът, че Комисията не е доказала наличието на такава причинно-следствена връзка в обжалваното решение в съответствие с приложимите в случая изисквания във връзка с доказването, посочени в точка 111 по-горе.

369 В това отношение в обжалваното решение няма данни, че в рамките на олигополен пазар в сектора на далекосъобщенията, на който има ограничен брой участници, загубата на конкурентния натиск на само един от операторите „много вероятно“ ще доведе до цялостна загуба на конкуренцията на този пазар, както твърди Комисията в съображение 1679 от обжалваното решение.

370 Второ, Общият съд констатира, че доколкото в точка 96 по-горе вече бе установено, че в рамките на теорията за вредите, основаваща се на некоординирани ефекти, концентрацията трябва да включва „премахване на силния конкурентен натиск, който страните по концентрацията упражняват една върху друга“, последицата, изразяваща се в спад на конкурентния натиск от страна на останалите конкуренти на пазара, що се отнася до качеството, сама по себе си не е достатъчна, за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

371 Комисията обаче само констатира, че вследствие на ограничаването на поетия от Three ангажимент BT/EE вероятно ще се сблъска с или най-малко може да очаква по-високи разходи за поддръжка на съществуващата мрежа (съображения 1445—1455 от обжалваното решение) и за подобряване на мрежата (съображение 1530 от обжалваното решение).

372 С други думи, Комисията не е доказала надлежно в обжалваното решение, че възможното увеличение на разходите ще намали капацитета на BT/EE да инвестира. Тя също така не е посочила кои видове инвестиции ще бъдат засегнати или може да бъдат поделени и кои не. Всъщност обжалваното решение явно се основава на хипотези, които в по-голяма или в по-малка степен няма вероятност да настъпят, относно липсата на каквато и да било реакция от страна на BT/EE, което просто е щяло да спре да инвестира вследствие на увеличението на разходите му.

373 Освен това, както Общият съд вече е констатирал в точка 280 по-горе, видно от представените в хода на административното производство доказателства, макар да може да се установи позитивна връзка между концентрациите, при които броят на операторите в сектора на мобилните далекосъобщителни услуги намалява от четирима на трима, и повишение на цените, може също да се установи връзка между посочените концентрации и увеличение на инвестициите в мрежите от операторите на мобилни мрежи.

374 Трето, що се отнася до възможността Three да възпрепятства едностранното разгръщане от страна на BT/EE, разгледана в съображения 1473—1522 от обжалваното решение, следва да се констатира, че тези мотиви, основаващи се по-специално на становище на BT/EE и на оспорвано тълкуване на MBNL, сами по себе си не са достатъчни, за да се докаже наличието в случая на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция във връзка с план [A].

375 Всъщност, от една страна, такава евентуална вреда за конкуренцията трябва да произтича не от възможността страните по концентрацията едностранно да решат да понижат качеството на собствената си мрежа, а от възможните последици от операцията за другия партньор по споразумението за съвместно използване на мрежата.

376 От друга страна, причинно-следствената връзка в тази хипотеза е изключително слаба. По-конкретно тезата на Комисията се основава на твърдението, че за да може механизмът за възпрепятстване на инвестициите на BT/EE да се задейства по инициатива на Three,[*поверително*].

377 [*поверително*].

378 Освен това тезата на Комисията предполага, че механизмът, предвиден от страните в рамките на отношения на търговско сътрудничество, може лесно да доведе до злоупотреби, които ще позволят нанасянето на сериозни вреди на единия от двамата партньори. Накрая, тя предполага, че няма никаква възможност за ответна реакция от страна на BT/EE спрямо Three посредством прекратяване или предоговаряне на споразумението MBNL или искане до Комисията за преразглеждане на поетите спрямо Three ангажименти, припомнени в точка 329 по-горе.

379 Фактът, че такова развитие е възможно от теоретична гледна точка, не означава, че осъществяването на такава верига от събития е достатъчно реалистично и вероятно и ще доведе до невъзможност за BT/EE да предлага услуги на такова равнище, че да бъде в състояние да се конкурира ефективно с образувания вследствие на сливането субект.

2) По последиците за Vodafone

380 Общият съд констатира в самото начало, че оплакването относно последиците за Vodafone би било относимо само ако планът за консолидиране на алтернативната мрежа е най-вероятният в случая, а жалбоподателят оспорва това.

381 Първо, Общият съд отбелязва, както вече е констатирал относно BT/EE, че фактът, че Vodafone ще упражнява по-слаб конкурентен натиск вследствие на концентрацията, сам по себе си не е достатъчен, за да се установи наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в настоящия случай.

382 Второ, относно последиците за мрежата на Vodafone Общият съд констатира, че Комисията не е доказала в обжалваното решение, че повишението на разходите ще породи последици за подтика към Vodafone да инвестира в собствената си мрежа.

383 Всъщност, както е констатирано в съображения 1680 и 1681 от обжалваното решение, вярно е, че [*поверително*].

384 Такива последици от концентрацията обаче, които водели до [*поверително*], което на пръв поглед в по-малка степен може да благоприятства тайни съглашения, не предполагали непременно спад на инвестициите от страна на Vodafone. По-конкретно Комисията признава в съображение 1643 от обжалваното решение, че Vodafone има капацитет да се справи с повишението на разходите вследствие на концентрацията.

385 В това отношение, както констатира Комисията в съображение 1683 от обжалваното решение, влошаването на качеството на мрежата не е последица от потенциалната или твърдяната липса на капацитет от страна на Vodafone да направи необходимите инвестиции [*поверително*] по собствена инициатива, а произтича от икономическо решение, което Vodafone ще трябва да вземе [*поверително*], съгласно модел за симулация, представен от Vodafone в хода на административното производство.

386 При все това теорията на Комисията за вредите се основава по-специално на подтика към Vodafone да ограничи инвестициите в собствената си мрежа на базата на модела на Vodafone, което навежда на мисълта, че [*поверително*] е обосновано от икономическа гледна точка (съображение 1643 от обжалваното решение).

387 В случая Комисията твърди по същество в съображение 1645 от обжалваното решение, че „[*поверително*] на покритие на даден пазар, на който всички оператори осигуряват [*поверително*] ще намали съществено конкурентоспособността на предлаганите от Vodafone тарифи“.

388 Макар да може да се изразят съмнения дали такава последица, породена не от бъдещи решения на образувания вследствие на концентрацията субект, а на един от конкурентите му, следва да се разглежда като пряка и непосредствена последица от концентрацията, при всички положения в обжалваното решение Комисията не е доказала надлежно и в съответствие с приложимите изисквания във връзка с доказването, че е достатъчно реалистично и вероятно подобно решение на Vodafone да произтече от концентрацията, че то ще измени факторите, определящи състоянието на конкуренцията на засегнатите пазари, и в случая ще възпрепятства „съществено“ ефективната конкуренция на съответния пазар.

389 В това отношение Комисията не успява да докаже в обжалваното решение на какво основание Vodafone ще избере по своя воля да отслаби качеството на собствената си мрежа или да не инвестира в нея, при положение че капацитетът му да се справи с увеличението на разходите не е оспорен.

390 Дори да се предположи, че събитията ще се развият по този начин, преценката на качеството като един от векторите на конкуренцията, често е сложно и недостатъчно прецизно упражнение, което изисква във всеки отделен случай претегляне на възприятията на различните потребители, при това по-специално в сектора на високите технологии.

391 Следователно, дори да се предположи, че Vodafone реши по своя воля и въз основа на рентабилността на обектите си да намали на [*поверително*] покритието на мрежата си на пазар, на който всички оператори са длъжни да гарантират покритие на мрежата от [*поверително*], в настоящия случай изглежда по-вероятно Vodafone да се оттегли и отслаби качеството на мрежата си единствено в най-малко населените, а оттам и най-нерентабилните райони.

392 Дори да се предположи обаче, че твърдяното от Комисията влошаване на качеството на мрежата трябва да произтече от търговско решение на Vodafone да не инвестира в малко рентабилни обекти [*поверително*], при това по-специално в зони с малка гъстота на населението, регулаторните органи на Обединеното кралство биха могли ефективно да отстранят такава последица от концентрацията.

393 Трето, други фактори позволяват също да се изразят съмнения относно вероятността на направения от Комисията в обжалваното решение анализ. От друга страна, доколкото в съображение 1736 от обжалваното решение Комисията констатира, че образуваният вследствие на концентрацията субект ще инвестира в собствената си инфраструктура [*поверително*], изглежда вероятно сходни инвестиции да бъдат направени [*поверително*] от Vodafone.

394 От друга страна, [*поверително*], страните по това споразумение вече са предвидили възможността поеманите от страните разходи да се увеличат вследствие на [*поверително*].

395 Доколкото такава възможност за развитие на споразумението за съвместно използване на мрежата вече е била предвидена, е трудно да се допусне, че осъществяването на такава уредена в договора опция действително ще породи значителни вреди за Vodafone.

396 Ето защо следва да се заключи, че Комисията не е доказала надлежно в обжалваното решение неспособността на Vodafone да се конкурира ефективно, нито дори че повишението на разходите на Vodafone ще бъде отразено върху потребителите под формата на увеличение на цената.

397 Поради това следва да бъдат приети за основателни третото, четвъртото и петото твърдение по третото основание, разгледани заедно.

в) По отражението на по-голямата прозрачност върху общите инвестиции в мрежите

398 В рамките на шестото твърдение по третото основание жалбоподателят изтъква, че Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото и явни грешки в преценката, като е анализирала последиците от концентрацията за инвестициите в мрежите съответно по план [Б] и план [А].

399 Жалбоподателят поддържа по-специално че механизмът, по който в рамките на план [Б] по-голямата прозрачност относно инвестициите между операторите на мобилни мрежи би могла да отслаби подтика им да инвестират в мрежите (съображения 1732—1742 от обжалваното решение), съгласно точка 22 от Насоките се отнася към координираните, а не към некоординираните ефекти.

400 Според Комисията, подкрепяна в това отношение от Обединеното кралство, тя не твърди, че BT/EE и Vodafone координират действията си, тоест тайно се споразумяват да не инвестират или вземат ответни мерки, ако едно от тях инвестира, а че при липса на инициатива за извършване на инвестиции от страна на образувания вследствие на концентрацията субект нито един от останалите оператори на мобилни мрежи не е едностранно подтикнат да инвестира в нови технологии. Следователно Комисията се основала на отслабване на конкурентния натиск и на едностранните подтици за инвестиране в мрежата, което действително било едностранен, или некоординиран, ефект от концентрацията съгласно точка 24 от Насоките.

401 BT/EE твърди, че Комисията не е извършила анализ на координираните ефекти, а само е признала, че пазарът на дребно е олигополен. На такъв пазар обаче всички доставчици по принцип следели внимателно действията на конкурентите си и реагирали предвидливо.

402 Общият съд констатира в самото начало, че в съображение 1562 от обжалваното решение Комисията заключава, че е малко вероятно по-голямата прозрачност на инвестициите между операторите на мобилни мрежи да има значителни отрицателни последици за инвестициите в рамките на план [А] (съображение 1564 от обжалваното решение).

403 Освен това Комисията заключава в съображение 1735 от обжалваното решение, че има вероятност план [Б] да има значителни отрицателни последици за инвестициите в мрежите на равнището на сектора, доколкото образуваният вследствие на концентрацията субект може да бъде информиран за инвестициите на BT/EE.

404 Освен това и както признава самият жалбоподател в анализа си на сценариите за консолидиране, опцията за [*поверително*], посочена в съображения 1388—1389 от обжалваното решение, не е била възприета с оглед на предвидимите резерви на органите за защита на конкуренцията и малката вероятност такъв сценарий да бъде одобрен.

405 В настоящия случай Комисията констатира в съображение 1389 от обжалваното решение, че в непосредствено бъдеще концентрацията все пак ще породи несигурност, тъй като новият субект няма да може веднага да приложи нито план [Б], нито план [А]. През междинен период и в краткосрочен план [*поверително*].

406 Образуваният вследствие на концентрацията субект евентуално щял да бъде подтикнат да извърши същите инвестиции, както в източната, така и в западната част на страната, което накрая щяло да позволи на BT/EE и Vodafone да се запознаят със съответните си инвестиции (съображения 1735 и 1736 от обжалваното решение). Тази по-голяма прозрачност щяла да породи опасност BT/EE и Vodafone да изчакат образуваният вследствие на концентрацията субект да извърши някакви инвестиции, главно за развитието на нови технологии, преди самите те да инвестират (съображения 1737, 1739 и 1740 от обжалваното решение).

407 С други думи, според Комисията опасенията ѝ в рамките на втората теория за вредите се основават на отслабване на подтика към всеки оператор на мобилна мрежа да инвестира и да подобрява мрежата си проактивно, както и на отслабването на конкурентния натиск, което трябва да произтече от това. Това отслабване се дължало на структурата на пазара, която щяла да бъде налице в рамките на план [Б], [*поверително*], както и на по-голямата прозрачност, произтичаща от тази структура, що се отнася до инвестиционните стратегии на всеки оператор на мобилна мрежа.

408 Общият съд констатира в това отношение, че в настоящия случай съществува особено затруднение, що се отнася до съдебния контрол, който трябва да упражни върху обжалваното решение, а именно Комисията е пропуснала да посочи подходящата времева рамка, във връзка с която възнамерява да докаже наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция. Всъщност в обжалваното решение Комисията е анализирала непосредствените последици от концентрацията както в краткосрочен, така и в средносрочен план, посредством времево припокриване на двете споразумения за съвместно използване на мрежите, както и последиците в средносрочен и дългосрочен план с оглед на плановете за консолидиране на мрежата, без обаче ясно да укаже кой от многобройните изложени сценарии е най-вероятен или с оглед на кой/кои сценарий/сценарии трябва приоритетно да бъдат разгледани последиците от концентрацията за конкуренцията.

409 Поради това Общият съд е поискал от страните с оглед на съдебното заседание да изложат съответните си позиции относно подходящата времева рамка за преценка на последиците от концентрацията за конкуренцията.

410 Общият съд констатира, че по-специално в съображения 1239 и 1244 от обжалваното решение е доказано, че в настоящия случай, независимо от това кой план за консолидиране в края на краищата ще изберат страните по концентрацията, в дългосрочен план те няма да поддържат две отделни мрежи и дългосрочният план явно не е взет предвид като подходяща времева рамка, за да бъдат преценени последиците от концентрацията в обжалваното решение.

411 В това отношение, видно от съображение 1244 от обжалваното решение, съгласно плановете на жалбоподателя образуваният вследствие на концентрацията субект няма да продължи да поддържа две отделни мрежи в дългосрочен план. Образуваният вследствие на концентрацията субект ще трябва в дългосрочен план да се съсредоточи върху едно от двете споразумения за съвместно използване на мрежата.

412 Освен това в съображение 1239 от обжалваното решение Комисията заключава, че вследствие на сделката вероятно ще се сложи край на съгласуването на интересите и взаимозависимостта в рамките на двете споразумения за съвместно използване на мрежата, съществуващи на пазара на мобилните далекосъобщителни услуги в Обединеното кралство. Комисията констатира, че макар образуваният вследствие на концентрацията субект да се основава на двете мрежи, за да продължи да предоставя мобилни далекосъобщителни услуги на клиентите на Three и O2, той няма да е склонен да поддържа две мрежи в дългосрочен план. Според Комисията това неминуемо ще възпрепятства съгласуването на интересите с поне един от двамата партньори по споразуменията за съвместно използване на мрежата.

413 В бележка под линия 1012 от обжалваното решение Комисията посочва, че оперирането на две отделни мрежи с национално покритие изглежда много малко вероятно поради няколко причини. Първо, двата плана за консолидиране на мрежите, представени от жалбоподателя като единствените реалистични сценарии, предвижда създаването на консолидирана мрежа. Второ, изглежда непредпазливо от икономическа гледна точка да се експлоатират две отделни мрежи след сделката по същия начин както на самостоятелна база, по-специално що се отнася до бъдещите инвестиции. Комисията посочва, че при това положение образуваният вследствие на концентрацията субект трябва да удвои инвестициите, за да може от тях да се възползват всичките му клиенти.

414 BT/EE привлича вниманието на Общия съд към факта, че има известен брой дела относно концентрации, по които Комисията се е основала на анализ на последиците в дългосрочен план, и цитира дело COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002 г.), по което Комисията е взела предвид период от над десет години, за да анализира последиците от концентрацията.

415 Общият съд констатира, че анализът на последиците от дадена концентрация на олигополен пазар в сектора на далекосъобщенията, който изисква дългосрочни инвестиции и на който потребителите често са обвързани с договори за няколко години, е динамичен прогнозен анализ, за който е необходимо да се отчетат евентуалните координирани или едностранни ефекти в сравнително дълъг бъдещ период от време.

416 При все това който и план за консолидиране да изберат накрая страните по концентрацията, те няма да поддържат две отделни мрежи в дългосрочен план. Следователно тезата на Комисията относно отражението на по-голямата прозрачност върху общите инвестиции в мрежите трябва да бъде отхвърлена, доколкото се основава на хипотезата за наличие на две отделни мрежи.

417 Ето защо следва да бъде прието за основателно шестото твърдение по третото основание, тъй като Комисията е допуснала грешка при прилагане на правото, като е квалифицирала отражението на по-голямата прозрачност върху общите инвестиции в мрежите като некоординиран ефект.

418 Следователно, що се отнася до втората теория за вредите, трябва да бъде прието третото основание, без да е необходимо да се разглеждат останалите твърдения по него.

Д. По третата теория за вредите, отнасяща се до наличието на некоординирани ефекти на пазара на едро

419 Третата теория за вредите, изложена в съображения 1815—2314 от обжалваното решение, се отнася до наличието на некоординирани ефекти на пазара на едро, свързани с премахването на силния конкурентен натиск. На този пазар четиримата оператори на мобилни мрежи предоставят хостинг услуги на субекти, различни от ОММ, които от своя страна предлагат услуги на дребно на абонатите. Според Комисията концентрацията ще намали броя на операторите на мобилни мрежи, които желаят да предоставят хостинг услуги на субекти, различни от ОММ.

420 По-подробно, Комисията смята, че преди концентрацията Three е „важен конкурентен фактор“ на пазара на едро. В това отношение Комисията констатира по-специално че въпреки скромния си традиционен пазарен дял, който е бил [между 0 % и 5 %] през 2014 г. и 2015 г. (съображения 1856—1867 от обжалваното решение), Three набира повече клиенти отколкото може да се очаква с оглед на пазарния му дял (съображения 1868—1920 от обжалваното решение).

421 За тази цел Комисията изчислява стойността на сключените с клиенти договори между 2012 г. и 2015 г. Според изчислението ѝ полученият от Three дял е между [*поверително*] след претеглянето с оглед на прогнозната стойност на тези клиенти през 2018 г. Комисията констатира също, че Three значително е подобрило позицията си на пазара на едро, участвало е в редица процедури за възлагане на обществени поръчки, по-специално за най-големите субекти, различни от ОММ, и е сключило договори за обществени поръчки със субекти, различни от ОММ, с потенциал за растеж. Тя отбелязва, че присъствието му се отразява на конкуренцията в преговорите на едро дори когато то не печели обществената поръчка, че предлага конкурентни тарифи на едро за новите технологии като 4G и че е смятано за важен конкурент (съображения 1921—2125 от обжалваното решение).

422 Освен това Комисията заключава в съображение 2210 от обжалваното решение, че концентрацията, от една страна, ще отслаби подтика на образувания вследствие на концентрацията субект да поддържа конкуренцията, поради факта че този субект ще разполага с по-широка клиентела на пазара на дребно, което ще увеличи опасността от „канибализация“ (съображение 2209 от обжалваното решение), и от друга страна, ще породи отрицателни последици за способността на и подтика към BT/EE и Vodafone да поддържат конкуренцията (съображение 2291 от обжалваното решение).

423 Комисията заключава в съображение 2313 от обжалваното решение, че има опасност концентрацията да породи значителни некоординирани ефекти на пазара на едро в резултат от намаляването на броя на операторите на мобилни мрежи от четирима на трима, премахването на Three като важен конкурентен фактор, в съответствие с точка 37 от Насоките, премахването на силния конкурентен натиск, който страните преди са упражнявали една върху друга, и отслабването на конкурентния натиск върху останалите участници. Освен това конкуриращите се оператори на мобилни мрежи нямали нито способността, нито необходимия подтик, за да осуетят некоординираните антиконкурентни ефекти от операцията.

424 По четвъртото основание жалбоподателят поддържа, че в обжалваното решение Комисията е допуснала грешки при прилагане на правото, явни грешки в преценката и съществени процесуални нарушения по отношение на некоординираните ефекти на пазара на едро, при това по-конкретно като е заключила, първо, че концентрацията ще възпрепятства съществено ефективната конкуренция на пазара на едро (първо твърдение), второ, че Three е „важен

конкурентен фактор“ на пазара на едро (второ и трето твърдение), трето, че подтикът за образувания вследствие на концентрацията субект да бъде конкурентен ще бъде по-слаб (четвърто твърдение) и четвърто, че конкурентите му няма да имат нито способността, нито необходимия подтик, за да се конкурират с него (пето твърдение), както и като е взела предвид твърденията на трети лица (шесто твърдение). Според жалбоподателя всяка от тези грешки трябва да доведе до отмяна на обжалваното решение.

425 Най-напред следва да се разгледат заедно първите три твърдения по четвъртото основание, свързани с грешки при констатацията, че концентрацията възпрепятства съществено ефективната конкуренция на пазара на едро, и с явна грешка в преценката, що се отнася до констатацията, че Three е „важен конкурентен фактор“.

426 В рамките на първото твърдение по четвъртото основание жалбоподателят поддържа, че тъй като делът на Three на пазара на едро е [между 0 % и 5 %] през 2014 г. и никога не е превишавал този праг, като Комисията не оспорва това (съображение 1856 от обжалваното решение), концентрацията не се отразява чувствително на конкуренцията. В това отношение обжалваното решение се основавало само на констатации относно премахването на Three като „важен конкурентен фактор“.

427 В рамките на второто и третото твърдение по четвъртото основание жалбоподателят поддържа, че Комисията не е обяснила защо осъществяваната от Three на пазара на едро конкуренция е особено ефективна спрямо осъществяваната от останалите оператори, чийто предвидим пазарен дял не е разгледан. Не само всички останали участници на пазара били категорично по-солидни от Three, но и това положение се запазило през времето, а неотдавнашното слабо нарастване на пазарните дялове на Three било маргинално и без отражение за структурата на конкуренцията или пазарната динамика. Освен това, квалифицирайки Three като „важен конкурентен фактор“, Комисията допуснала грешки както в извършения от нея анализ на пазарните дялове, така и в анализа на брутния дял на новите клиенти на Three и в качествения анализ на значимостта на Three на пазара на едро.

428 Що се отнася по-конкретно до последния пункт, жалбоподателят поддържа, че графика № 125 от обжалваното решение, възпроизвеждаща притежаваните от четиримата оператори на мобилни мрежи дялове на пазара на едро, както са оценени от Комисията, показва ясно слабата позиция на Three в сравнение с конкурентите му.[*поверително*]

429 Комисията също така неправилно посочила в съображение 1920 от обжалваното решение, че пазарният дял на Three не отразява настоящата му конкурентна сила, нито значимостта му в бъдещия конкурентен процес въз основа на прогноза за брутния му дял на нови клиенти, който е по-голям от данните за настоящия пазар.

430 На последно място, според жалбоподателя фактът, че Three не е участвало в [*поверително*] във връзка със седемте мащабни процедури за възлагане на обществени поръчки, адресирани до широката общественост и образувани през предходните три години, както и в [*поверително*], е в противоречие с възгледа, че може основателно да се очаква от Three да участва в надпреварата и да бъде „важен конкурентен фактор“ на пазара на едро.

431 Комисията оспорва тези доводи.

432 Комисията твърди по-специално че пазарните дялове и допълнението към тях предоставят само първите индикации за пазарна мощ (т. 27 от Насоките) и че в Насоките са дадени няколко примера за хипотези, в които малките пазарни дялове не са пречка за това концентрацията да породи проблеми за конкуренцията, например когато съответното предприятие има по-важна роля, отколкото може да се очаква с оглед на пазарните му дялове (вж. т. 37 от Насоките).

Поради това фактът, че пазарните дялове на Three на пазара на едро са малки, не позволявал автоматично да се заключи, че концентрацията не може да доведе до съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

433 Освен това според Комисията, макар да предоставят само първите индикации за пазарна мощ, пазарните дялове, допълнението към тях и засилването на степента на концентрация са релевантни данни, които следва да бъдат взети предвид при наличие на олигополни пазари, на които обстоятелството, че дадено предприятие е „важен конкурентен фактор“, е от голямо значение.

434 Общият съд констатира, че намаляването на броя на операторите от четирима на трима само по себе си не може да доведе до съществено възпрепятстване на конкуренцията на пазара на едро в настоящия случай. Всъщност, както е видно от съображение 25 от Регламент № 139/2004, много олигополни пазари демонстрират добро равнище на конкуренция.

435 По отношение на пазарните дялове Общият съд констатира, че не се оспорва фактът, че делът на Three на пазара на едро е много малък, а именно [между 0 % и 5 %] през 2014 г. и 2015 г.

436 Впрочем в това отношение Комисията признава в хода на производството пред Общия съд, че пазарните дялове и допълнението към тях предоставят само първите индикации за пазарна мощ съгласно точка 27 от Насоките, тъй като по принцип се смята, включително в практиката ѝ по приемане на решения, че малките пазарни дялове по правило са добър индикатор за липса на голяма пазарна мощ.

437 Всъщност, както наличието на големи пазарни дялове е много показателно и съотношението между пазарните дялове на страните по концентрацията и на конкурентите им е индикация за наличието на господстващо положение или за съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, доколкото позволява да се оцени конкурентоспособността на конкурентите на съответното предприятие (решение от 23 февруари 2006 г., Cementbouw Handel & Industrie/Комисия, T-282/02, EU:T:2006:64, т. 201), така и фактът, че една от страните по концентрацията има особено малък пазарен дял, на пръв поглед навежда на мисълта, че не е налице съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, особено ако останалите оператори имат много по-големи пазарни дялове.

438 Макар сравнително малкият пазарен дял на една от страните по концентрацията да не изключва възможността концентрацията да засегне съществено ефективната конкуренция, Комисията трябва да представи убедителни доказателства за това.

439 Първо, общият пазарен дял на страните по концентрацията, който е [между 30 % и 40 %], не е показателен за създаването или засилването на господстващо положение в настоящия случай, и дори като такъв не е показателен за наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция.

440 Второ, Общият съд констатира, че Комисията посочва в съображение 1865 от обжалваното решение, че произтичащият от концентрацията ИНН превишава предвидения в Насоките праг.

441 Що се отнася до изчисляването на ИНН, точка 14 от Насоките предвижда, че пазарният дял и степента на концентрация често предоставят полезни първоначални индикации за структурата на пазара и за значимостта на страните по концентрацията. Също така, видно от точка 16 от Насоките, общата степен на концентрация на даден пазар може да предостави полезна информация относно състоянието на конкуренцията.

442 В точки 19—21 от Насоките се определят праговете на ИНН, под които концентрацията най-вероятно не създава проблеми за конкуренцията. Следователно Комисията приема, че освен в извънредни случаи е малко вероятно дадена операция да създаде проблеми по отношение на хоризонталната конкуренция на даден пазар, когато след операцията нивата на ИНН са между 1 000 и 2 000, а делта — под 250, или когато след операцията нивата на ИНН са над 2 000, а делта — под 150.

443 Жалбоподателят поддържа пред Общия съд, без Комисията да го опровергава, че в случая след операцията делта е само [*поверително*]. Общият съд констатира, че тази стойност действително превишава прага, под който по принцип е изключено концентрацията да предизвика проблеми за конкуренцията. В точка 21, второ изречение от Насоките обаче се уточнява, че превишаването на тези прагове не означава по презумпция наличие на проблеми за конкуренцията.

444 Следва да се приеме обаче, че колкото по-рязко е превишаването на тези прагове, толкова по-показателни са стойностите за евентуални проблеми за конкуренцията (вж. в това отношение решение от 9 юли 2007 г., Sun Chemical Group и др./Комисия, T-282/06, EU:T:2007:203, т. 138) и че по настоящото дело делта е само с [*поверително*] над прага, предвиден в Насоките относно хоризонталните сливания.

445 В настоящия случай Общият съд констатира, че Комисията не се е основала на традиционните пазарни дялове на Three и на степента на концентрация, за да заключи, че то е „важен конкурентен фактор“ на пазара на едро, а на брутните дялове на новите клиенти (съображение 1857 от обжалваното решение) и на извършения от нея качествен анализ на значимостта на Three на пазара на едро.

446 При все това фактът, че Комисията е приела, че Three има по-голяма роля за конкуренцията, отколкото може да се очаква с оглед на пазарния му дял, сам по себе си не е достатъчно доказателство за наличие на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в настоящия случай.

447 Всъщност, макар да не е изключена възможността прилагането на само един от посочените в Насоките фактори в определени случаи да е достатъчно, за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция, Комисията не е изложила достатъчно убедителни причини в обжалваното решение по въпроса защо брутните дялове на новите клиенти са до такава степен решаващи в настоящия случай. Макар действително да не е необходимо във всички случаи Комисията да разглежда всички критерии, които тя самата е установила в Насоките, не е доказано все пак, че само един от тези критерии е достатъчен, за да се докаже съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция при липса на обстойна проверка на фактите.

448 Трето, що се отнася до брутните дялове на новите клиенти, Комисията посочва, че брутният дял на Three е приблизително между [*поверително*] от общата стойност на договорите от спорно естество с клиентите на едро. Според Комисията, дори да бъдат приети всички предложени от жалбоподателя корекции, оставащата част от брутния дял на нови клиенти на едро е много по-голяма от традиционния пазарен дял на Three (съображения 1896 и 1917 от обжалваното решение).

449 При все това само фактът, че брутният дял на Three на нови клиенти е по-голям от пазарния му дял, не е достатъчен в случая, за да се докаже наличието на съществено възпрепятстване на ефективната конкуренция в контекст, в който пазарният дял на Three в действителност е много малък и дори брутният му дял на нови клиенти — на пазар, на който участват само четирима оператори — е ограничен.

450 Следва да се констатира, че макар тези обстоятелства да позволяват да се приеме, че Three е способно да се конкурира с останалите участници на пазара на едро, че е реален конкурент и въздейства на конкуренцията, дори когато не печели обществените поръчки, и че е засилило пазарната си позиция, те при всички положения не са достатъчни, за да се квалифицира Three като „важен конкурентен фактор“.

451 Четвърто, що се отнася на последно място до извършения от Комисията качествен анализ на значимостта на Three на пазара на едро, тя констатира, че Three е разглеждано като реална заплаха на пазара и е участвало в значителен брой процедури за възлагане на обществени поръчки (съображения 1936—1987 от обжалваното решение).

452 При все това, както основателно подчертава жалбоподателят, Комисията не е доказала, че критериите, които тя самата е установила в точки 37 и 38 от Насоките, се прилагат за Three. Всъщност констатациите на Комисията относно бъдещия пазарен дял на Three, неговата надеждност, конкурентните условия на офертите му или последиците от участието му в процедурите за възлагане на обществени поръчки (съображения 2294 и 2295 от обжалваното решение), дори и да се приемат за правилни, не доказват, че Three се отличава от останалите участници на пазара на едро.

453 Освен това, дори и да се приеме, че взетите предвид от Комисията обстоятелства характеризират Three като „важен конкурентен фактор“, те не позволяват да се докаже, че Three и O2 упражняват едно върху друго силен конкурентен натиск, който би бил премахнат вследствие на операцията.

454 Ето защо следва да бъдат приети за основателни първите три твърдения по четвъртото основание, без да е необходимо Общият съд да разглежда четвъртото, петото и шестото твърдение по четвъртото основание.

455 Поради това следва да бъде отменено обжалваното решение, без да е необходимо Общият съд да се произнася по въпроса дали трите теории за вредите са взаимно зависими или, обратно, самостоятелни една спрямо друга, или да се произнася по останалите доводи и основания на жалбоподателя.

По съдебните разноски

456 Съгласно член 134, параграф 1 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. След като Комисията е загубила делото, тя следва да бъде осъдена да понесе направените от нея съдебни разноски и тези на жалбоподателя в съответствие с исканията на последния. Обединеното кралство и EE Ltd понасят направените от тях съдебни разноски съгласно разпоредбите на член 138 от Процедурния правилник.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (първи разширен състав)

реши:

1) **Отменя Решение C(2016) 2796 окончателен на Комисията от 11 май 2016 година за обявяване на концентрацията във връзка с придобиването на Telefónica Europe Plc от Hutchison 3G UK Investments Ltd за несъвместима с вътрешния пазар (дело COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK).**

2) **Европейската комисия понася направените от нея съдебни разноски и тези на CK Telecoms UK Investments Ltd.**

3) **Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия и EE Ltd понасят направените от тях съдебни разноски.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 28 май 2020 година.

Подписи

Съдържание

I. Обстоятелствата по спора 2

II. Обжалваното решение 4

III. Производството 5

IV. Искания на страните 9

V. От правна страна 9

А. По правната уредба 9

1. По обхвата на съдебния контрол в областта на концентрациите 9

2. По обхвата на изменението, въведено с Регламент № 139/2004 10

3. По тежестта и степента на доказване в областта на концентрациите 14

4. По мотивирането 16

Б. Резюме на основанията и на структурата на жалбата 16

В. По първата теория за вредите, отнасяща се до некоординираните ефекти на пазара на дребно 17

1. Резюме на обжалваното решение 17

2. Резюме на първото основание и на основните доказателства, представени в подкрепа на първата теория за вредите 18

а) По анализа на пазарните дялове 19

б) По квалифицирането на Three като „важен конкурентен фактор“ 21

1) По изопачаването на понятието „важен конкурентен фактор“ 21

2) По степента на конкурентен натиск, упражняван от Three на пазара на дребно ... 24

i) По брутното набиране на абонати 24

ii) По нарастването на броя на абонатите на Three 26

iii) По ценовата политика на Three 27

iv) По традиционната роля на Three на пазара 29

в) По преценката на близостта на конкурентните отношения 30

г) По преценката на количествените последици от концентрацията за цените 33

1) По доказателствената сила на анализа на НПЦ като първо „сито“ 33

2) По анализа на НПЦ в конкретния случай 34

д) По цялостната преценка на некоординираните ефекти 37

Г. По втората теория за вредите, отнасяща се до некоординираните ефекти, породени от нарушаването на споразуменията за съвместно използване на мрежата 38

1. Резюме на обжалваното решение 38

2. По третото основание: грешки относно хоризонталните некоординирани ефекти от съвместното използване на мрежата 41

а) По сближаването между страните по споразуменията за съвместно използване на мрежата 42

1) По твърдението, че теорията за вредите, отнасяща се до споразуменията за съвместно използване на мрежата, е нова 42

2) По твърдението, че теорията за сближаването на интересите е парадоксална и погрешна, и по нарушаването на споразуменията за съвместно използване на мрежата 43

б) По последиците от концентрацията за конкурентите 46

1) По последиците за BT/EE 47

2) По последиците за Vodafone 49

в) По отражението на по-голямата прозрачност върху общите инвестиции в мрежите .. 51

Д. По третата теория за вредите, отнасяща се до наличието на некоординирани ефекти на пазара на едро 54

По съдебните разноски 58