Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (pierwsza izba w składzie powiększonym)

z dnia 28 maja 2020 r.*

Konkurencja – Koncentracje – Działalność w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej – Detaliczny rynek usług telekomunikacji ruchomej – Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach ruchomych – Nabycie Telefóniki Europe przez Hutchison – Decyzja uznająca koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym – Rynek oligopolistyczny – Znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji – Nieskoordynowane skutki – Ciężar dowodu – Wymogi dowodowe – Udziały w rynku – Wpływ koncentracji na ceny – Analiza ilościowa dotycząca presji na wzrost cen – Bliscy konkurenci – Znaczna presja konkurencyjna – Ważna siła konkurencyjna – Umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci – Stopień koncentracji – Wskaźnik Herfindahla-Hirschmanna – Naruszenie prawa – Błąd w ocenie

W sprawie T-399/16

CK Telecoms UK Investments Ltd, z siedzibą w Londynie (Zjednoczone Królestwo), którą reprezentowali adwokaci T. Wessely i O. Brouwer, jak również A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, oraz B. Kennelly, QC,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski i C. Urraca Caviedes, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, które reprezentowali S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short i A. Dadley, w charakterze pełnomocników, wspierani przez M. Williamsa i J. Morrison, barristers,

oraz przez

EE Ltd, z siedzibą w Hatfield (Zjednoczone Królestwo), którą reprezentowali A. Lindsay, barrister, oraz C. Chapman i J. Hulsmann, solicitors,

interwenienci,

* Język postępowania: angielski.

mającej za przedmiot oparte na art. 263 TFUE żądanie stwierdzenia nieważności decyzji Komisji C(2016) 2796 final z dnia 11 maja 2016 r. uznającej za niezgodną z rynkiem wewnętrznym koncentrację dotyczącą nabycia Telefóniki Europe plc przez Hutchison 3G UK Investments Ltd (sprawa COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

SĄD (pierwsza izba w składzie powiększonym),

w składzie: M. van der Woude, prezes, E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen i U. Öberg (sprawozdawca), sędziowie,

sekretarz: S. Bukšek Tomac, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniach 2 i 3 maja 2019 r.,

wydaje następujący

Wyrok

I. Okoliczności powstania sporu

1 W dniu 11 września 2015 r. Komisja Europejska otrzymała, zgodnie z art. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 24, s. 1), zgłoszenie zamiaru koncentracji, w której wyniku CK Hutchison Holdings Ltd, za pośrednictwem swojej pośredniej spółki zależnej Hutchison 3G UK Investments Ltd, obecnie skarżącej, CK Telecoms UK Investments Ltd, nabywa, w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) tego rozporządzenia, wyłączną kontrolę nad Telefónicą Europe plc (zwaną dalej „O2").

2 W okresie zaistnienia okoliczności faktycznych leżących u podstaw rozpatrywanego sporu, na detalicznym rynku usług telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie (zwanym dalej „rynkiem detalicznym") obecnych było czterech operatorów sieci ruchomej: EE Ltd, będąca spółką zależną BT Group plc, nabytą przez tę ostatnią w 2016 r. (zwane dalej łącznie „BT/EE"), O2, Vodafone i Hutchison 3G UK Ltd (zwana dalej „Three"), pośrednia spółka zależna spółki CK Hutchison Holdings, których udziały w rynku za względu na liczbę abonentów wynosiły odpowiednio około [między 30% a 40%], [między 20% a 30%] oraz [między 10% a 20%]. Koncentracja będąca przedmiotem rozpatrywanego sporu (zwana dalej „koncentracją" lub „transakcją") umożliwiłaby powstałemu w jej wyniku podmiotowi, obejmującemu Three i O2 (zwane dalej łącznie „łączącymi się przedsiębiorstwami"), posiadanie około [między 30% a 40%] rynku detalicznego i w ten sposób zostanie głównym uczestnikiem tego rynku, wyprzedzającym operatora zasiedziałego BT/EE i Vodafone.

3 Oprócz tych operatorów sieci ruchomej rynek detaliczny obejmował również wielu operatorów wirtualnych sieci ruchomych, takich jak Tesco Mobile, Virgin Mobile i TalkTalk, którzy nie byli właścicielami sieci wykorzystywanych przez siebie w celu świadczenia usług telekomunikacji ruchomej na rzecz konsumentów w Zjednoczonym Królestwie i którzy wobec tego zawarli umowy z jednym z operatorów sieci ruchomej w celu uzyskania dostępu do jego sieci po cenach hurtowych. Tesco Mobile jest w równych częściach własnością Tesco i O2. Na rynku detalicznym działali również odsprzedawcy (zwani dalej łącznie z wirtualnymi operatorami sieci ruchomych „podmiotami niebędącymi operatorami sieci ruchomej") i niezależni sprzedawcy detaliczni, tacy jak Dixons.

4 Cechą charakterystyczną tego rynku było to, że BT/EE i Three z jednej strony oraz Vodafone i O2 z drugiej strony połączyły swoje sieci poprzez umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci. Umożliwiało to, odpowiednio, BT/EE i Three (umowa MBNL, zwana dalej „MBNL") oraz Vodafone i O2 (umowa Beacon, zwana dalej „Beacon") podział kosztów budowy ich sieci przy jednoczesnym konkurowaniu ze sobą na poziomie handlu detalicznego.

5 W dniu 2 października 2015 r. Zjednoczone Królestwo wystąpiło za pośrednictwem Competition and Markets Authority (organu ds. konkurencji i rynków, Zjednoczone Królestwo) o odesłanie koncentracji do niego na podstawie art. 9 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004. We wniosku tym Zjednoczone Królestwo twierdzi, że koncentracja grozi tym, że przeszkadzałaby znacząco w konkurencji na rynku detalicznym oraz na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach ruchomych w Zjednoczonym Królestwie (zwanym dalej „rynkiem hurtowym"). Ponadto Zjednoczone Królestwo podnosi, że ma największe kompetencje, aby zająć się koncentracją.

6 W dniu 4 grudnia 2015 r. Komisja wydała decyzję C(2015) 8534 final dotyczącą art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, w której oddaliła ów wniosek o odesłanie. W decyzji tej Komisja powołuje się w szczególności na konieczność zachowania spójności i jednolitości przy ocenie koncentracji w sektorze telekomunikacji w różnych państwach członkowskich oraz na znaczne doświadczenie, jakie zdobyła przy ocenie koncentracji na europejskich rynkach telekomunikacji ruchomej.

7 Po pierwszym etapie postępowania wyjaśniającego Komisja uznała, że koncentracja budzi poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem, i w dniu 30 października 2015 r. postanowiła wszcząć postępowanie przewidziane w art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004.

8 Na podstawie ustaleń drugiego etapu postępowania wyjaśniającego uzupełniających ustalenia poczynione podczas pierwszego etapu postępowania wyjaśniającego Komisja w dniu 4 lutego 2016 r. wydała pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. W dniu 26 lutego 2016 r. skarżąca przedłożyła pisemne uwagi do pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

9 W celu rozwiązania problemów w zakresie konkurencji przedstawionych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów skarżąca w dniu 2 marca 2016 r. zaproponowała pierwszy zestaw zobowiązań.

10 Na wniosek skarżącej w dniu 7 marca 2016 r. przeprowadzono spotkanie wyjaśniające.

11 W dniu 15 marca 2016 r. skarżąca zaproponowała zmienione zobowiązania (zwane dalej „drugim zestawem zobowiązań"). W dniu 18 marca 2016 r. Komisja skonsultowała się z uczestnikami rynku w przedmiocie tego drugiego zestawu zobowiązań. Konsultacje te zostały prowadzone, po pierwsze, z aktualnymi i potencjalnymi podmiotami świadczącymi usługi telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie, z podmiotami świadczącymi usługi infrastrukturalne w sektorze telekomunikacji ruchomej, a także ze stowarzyszeniami MVNO Europe i iMVNOx, a po drugie, z krajowymi organami regulacji telekomunikacji, między innymi z krajowym organem regulacji telekomunikacji Zjednoczonego Królestwa (zwanym dalej „Ofcom"). Ponadto krajowe organy ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa, Niemiec i Niderlandów przedstawiły swoje stanowisko w przedmiocie drugiego zestawu zobowiązań.

12 W dniach 17 i 23 marca 2016 r. Komisja skierowała do skarżącej pisma, w których ujawniła nowe dowody zawarte w jej aktach i zgodne za wstępnymi wnioskami z pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Odpowiednio w dniach 29 marca i 4 kwietnia 2016 r. skarżąca przedstawiła uwagi na piśmie w odpowiedzi na oświadczenia o stanie faktycznym z dni 17 i 23 marca 2016 r.

13 W dniu 6 kwietnia 2016 r. w następstwie konsultacji z uczestnikami rynku skarżąca przedstawiła nowy, zmieniony zestaw zobowiązań.

14 Komitet doradczy ds. koncentracji zbadał projekt decyzji Komisji w dniu 27 kwietnia 2016 r. i wydał pozytywną opinię.

15 W dniu 11 maja 2016 r. Komisja wydała decyzję C(2016) 2796 final, uznającą koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym (sprawa COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją").

16 Streszczenie zaskarżonej decyzji zostało opublikowane w dniu 29 września 2016 r. w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* (Dz.U. 2016, C 357, s. 15).

II. Zaskarżona decyzja

17 W zaskarżonej decyzji Komisja określa dwa rynki właściwe: rynek detaliczny i rynek hurtowy.

18 Komisja rozwinęła trzy teorie szkody, wszystkie oparte na istnieniu tak zwanych nieskoordynowanych skutków na rynku oligopolistycznym.

19 Dwie pierwsze teorie szkody odnoszą się do rynku detalicznego, natomiast trzecia dotyczy rynku hurtowego.

20 Ujmując to bardziej konkretnie, pierwsza teoria szkody dotyczy istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej. W istocie zdaniem Komisji znaczny spadek konkurencji, który wyniknąłby z transakcji, spowodowałby prawdopodobnie wzrost cen usług telefonii ruchomej w Zjednoczonym Królestwie i ograniczenie wyboru dla konsumentów.

21 Zgodnie z drugą teorią szkody, dotyczącą istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym związanych ze wspólnym korzystaniem z sieci, transakcja mogłaby również negatywnie wpłynąć na jakość usług dla konsumentów w Zjednoczonym Królestwie, przeszkadzając w rozwoju infrastruktury sieci ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

22 Trzecia teoria szkody dotyczy istnienia nieskoordynowanych skutków związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej na rynku hurtowym. Na tym rynku czterej operatorzy sieci ruchomej świadczą usługi hostingowe na rzecz podmiotów niebędących operatorami sieci ruchomej, które z kolei oferują usługi detaliczne abonentom. W szczególności nabycie może zdaniem Komisji mieć znaczące nieskoordynowane skutki na rynku hurtowym wynikające ze zmniejszenia liczby operatorów sieci ruchomej z czterech do trzech, wyeliminowania Three jako ważnej siły konkurencyjnej, zlikwidowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, oraz z redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych uczestników rynku.

23 W odniesieniu do deklarowanego przez skarżącą korzyści związanych z efektywnością Komisja uważa, że nie spełniają kryteriów związanych z możliwością weryfikacji ani specyfiką połączenia przedsiębiorstw i że nie mogą przynieść korzyści konsumentom.

24 W ostatniej sekcji zaskarżonej decyzji Komisja bada środki zaradcze zaproponowane przez skarżącą w formie zobowiązań. Komisja uznała, że drugi zestaw zobowiązań nie rozwiązuje zidentyfikowanych problemów w zakresie konkurencji i że trzeci zestaw zobowiązań, zaproponowany w dniu 6 kwietnia 2016 r., nie rozwiązuje całkowicie problemów stwierdzonych w zakresie konkurencji i nie jest wyczerpujący i skuteczny pod każdym względem.

25 W konsekwencji Komisja uznała transakcję za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.

III. Przebieg postępowania

26 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 lipca 2016 r. skarżąca wniosła rozpatrywaną skargę.

27 W skardze skarżąca złożyła wniosek o zastosowanie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych mający na celu zwrócenie się do Komisji o przedstawienie Sądowi pewnych informacji zawartych w jej aktach, niezbędnych do rozpatrzenia skargi przez Sąd, lecz poufnych wobec skarżącej, do których w toku postępowania administracyjnego mieli dostęp jedynie adwokaci lub zewnętrzni konsultanci ekonomiczni skarżącej.

28 Pismami złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 1 grudnia 2016 r. BT/EE i Zjednoczone Królestwo złożyły wniosek o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji.

29 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu odpowiednio w dniach 21 grudnia 2016 r. i 5 stycznia 2017 r. Komisja i skarżąca przedstawiły swoje uwagi w przedmiocie wniosków BT/EE i Zjednoczonego Królestwa o dopuszczenie do sprawy w charakterze interwenientów.

30 W dniu 31 stycznia 2017 r. Komisja złożyła odpowiedź na skargę.

31 W odpowiedzi na skargę Komisja wskazała, że nie ma zastrzeżeń wobec przekazania dokumentów będących przedmiotem zawartego w skardze wniosku o zastosowanie środka organizacji postępowania lub środków dowodowych, jeśli zastosowane zostaną odpowiednie środki w zakresie poufności zgodnie z art. 103 ust. 3 regulaminu postępowania przed Sądem.

32 W dniu 31 stycznia 2017 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu wnioski o zachowanie poufności i wersje skargi jawne, odpowiednio, wobec BT/EE i Zjednoczonego Królestwa.

33 Postanowieniami z dnia 16 marca 2017 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił BT/EE i Zjednoczone Królestwo do udziału w sprawie w charakterze interwenientów popierających żądania Komisji i do otrzymania jawnej wersji każdego pisma procesowego doręczonego stronom głównym, z zastrzeżeniem, że rozstrzygnięcie w przedmiocie zasadności wniosków o zachowanie poufności nastąpi w terminie późniejszym.

34 Postanowieniem z dnia 16 marca 2017 r. Sąd wezwał Komisję do przedstawienia dokumentów będących przedmiotem zawartego w skardze wniosku o zastosowanie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych. Komisja przedstawiła rzeczone dokumenty w dniu 3 kwietnia 2017 r.

35 W dniu 17 marca 2017 r., w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 89 regulaminu postępowania, Sąd wezwał skarżącą do przedstawienia nowej wersji wniosku o zachowanie poufności wobec BT/EE.

36 Pismem z dnia 17 marca 2017 r. sekretariat Sądu poinformował strony, że rozstrzygnięcie w przedmiocie drugiej tury pism procesowych nastąpi w terminie późniejszym.

37 W dniu 31 marca 2017 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu nową wersję wniosku o zachowanie poufności wobec BT/EE, a także wnioski o zachowanie poufności i wersje odpowiedzi na skargę jawne, odpowiednio, wobec BT/EE i Zjednoczonego Królestwa.

38 Na wniosek pierwszej izby Sąd – na podstawie art. 28 regulaminu postępowania – postanowił przekazać sprawę składowi powiększonemu.

39 Pismami złożonymi w sekretariacie Sądu w dniu 21 kwietnia 2017 r. Zjednoczone Królestwo i BT/EE zgłosiły zastrzeżenia wobec wniosków o zachowanie poufności złożonych przez skarżącą.

40 W dniu 26 kwietnia 2017 r. odbyło się spotkanie stron, ich przedstawicieli i sędziego sprawozdawcy dotyczące kwestii poufności i możliwości skoncentrowania argumentów stron głównych w postępowaniu.

41 W dniu 10 maja 2017 r. skarżąca przedstawiła uwagi w przedmiocie znaczenia dokumentów będących przedmiotem zawartego w skardze wniosku o zastosowanie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych. W dniu 31 maja 2017 r. Komisja złożyła w sekretariacie Sądu wniosek o zachowanie poufności i wersję rzeczonych uwag jawną wobec BT/EE.

42 W dniu 16 maja 2017 r., w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 89 regulaminu postępowania, Sąd wezwał strony do przedstawienia pewnych dokumentów oraz zadał im pytania na piśmie, wzywając je do udzielenia na nie odpowiedzi na piśmie.

43 Strony przedstawiły swoje uwagi w odpowiedzi na pytania Sądu, odpowiednio, w dniach 2 i 16 czerwca 2017 r., a także w załączniku do repliki i dupliki, odpowiednio, w dniach 4 lipca 2017 r. i 31 października 2017 r. Skarżąca złożyła w szczególności zmienioną wersję swoich wniosków o zachowanie poufności wobec BT/EE. W wyznaczonym terminie BT/EE nie wniosło zastrzeżeń w odniesieniu do tych wniosków. Ponadto skarżąca i Zjednoczone Królestwo wskazały, że zawarły porozumienie, na mocy którego skarżąca przekaże Zjednoczonemu Królestwu poufne wersje różnych dokumentów zawartych w aktach sprawy. Strony główne złożyły również wnioski o pominięcie pewnych danych wobec opinii publicznej.

44 W dniu 4 lipca 2017 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu replikę wraz z wnioskiem o zachowanie poufności i wersją jawną wobec BT/EE, a także wniosek o pominięcie pewnych danych wobec opinii publicznej. W załączniku do repliki skarżąca przedstawiła, w odpowiedzi na jeden ze środków organizacji postępowania z dnia 16 maja 2017 r., końcowe streszczenie dowodów, precyzując znaczenie każdego dowodu.

45 W dniu 28 sierpnia 2017 r. Komisja złożyła w sekretariacie Sądu wniosek o zachowanie poufności i wersję repliki jawną wobec BT/EE.

46 W dniu 31 sierpnia 2017 r. Zjednoczone Królestwo i BT/EE przedstawiły, odpowiednio, uwagi interwenienta.

47 W dniu 18 września 2017 r. Komisja złożyła wniosek o pominięcie wobec opinii publicznej pewnych danych w odniesieniu do repliki.

48 Postanowieniem z dnia 26 września 2017 r. prezes pierwszej izby Sądu dopuścił BT/EE, po złożeniu przez Komisję wniosków o zachowanie poufności wobec niego, do otrzymania jawnej wersji każdego pisma procesowego doręczonego stronom głównym, z zastrzeżeniem, że decyzja w przedmiocie zasadności tych żądań została pozostawiona do rozstrzygnięcia w terminie późniejszym.

49 W dniu 6 października 2017 r. strony główne złożyły wniosek o pominięcie pewnych danych wobec opinii publicznej oraz wniosek o zachowanie poufności wobec BT/EE w odniesieniu do uwag interwenienta przedstawionych przez Zjednoczone Królestwo wraz z odpowiednimi wersjami jawnymi. W wyznaczonym terminie BT/EE nie wniosła zastrzeżeń w odniesieniu do tego wniosku o zachowanie poufności.

50 W dniu 20 października 2017 r. BT/EE potwierdziło, że nie sprzeciwia się wnioskom o zachowanie poufności repliki złożonym przez strony główne.

51 W dniu 31 października 2017 r. Komisja przedstawiła odpowiedź na skargę. W załączniku do dupliki Komisja, w odpowiedzi na jeden ze środków organizacji postępowania z dnia 16 maja 2017 r., przedstawiła końcowe streszczenie dowodów, precyzując znaczenie każdego dowodu.

52 W dniu 28 listopada 2017 r. strony główne złożyły wspólny wniosek o pominięcie pewnych danych wobec opinii publicznej oraz wspólny wniosek o zachowanie poufności wobec BT/EE w odniesieniu do dupliki wraz z odpowiednimi wersjami jawnymi. W wyznaczonym terminie BT/EE nie wniosło zastrzeżeń w odniesieniu do tego wniosku o zachowanie poufności.

53 W dniu 31 października 2017 r. skarżąca przedłożyła uwagi w przedmiocie uwag interwenienta przedstawionych przez BT/EE i Zjednoczone Królestwo. Komisja poinformowała, że nie ma uwag w odniesieniu do rzeczonych uwag interwenienta. W dniu 14 grudnia 2017 r. strony główne złożyły w sekretariacie Sądu wniosek o zachowanie poufności i wspólną jawną wobec BT/EE wersję uwag skarżącej w przedmiocie uwag interwenienta przedstawionych przez BT/EE i Zjednoczone Królestwo, a także wspólny wniosek o pominięcie pewnych danych wobec opinii publicznej. W wyznaczonym terminie BT/EE nie wniosła zastrzeżeń w odniesieniu do tych wniosków.

54 Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 9 lutego 2018 r. skarżąca złożyła wniosek o wyznaczenie rozprawy. W wyznaczonym terminie Komisja nie zajęła stanowiska w przedmiocie przeprowadzenia rozprawy.

55 W dniach 17 kwietnia i 25 lipca 2018 r. w ramach środków organizacji postępowania przewidzianych w art. 89 regulaminu postępowania Sąd zadał stronom pytania na piśmie, wzywając je do udzielenia na nie odpowiedzi na piśmie.

56 W odpowiedzi strony złożyły uwagi w dniach 1, 2 i 18 maja, 25 czerwca, 13 lipca oraz 8 i 13 sierpnia 2018 r. Jako że skarżąca, BT/EE i Zjednoczone Królestwo przedstawiły w szczególności zobowiązania do zachowana poufności podpisane przez swoich przedstawicieli, zostały im doręczone dokumenty będące przedmiotem zawartego w skardze wniosku o zastosowanie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych. Skarżąca przedstawiła również uwagi dotyczące rzeczonych dokumentów. Strony główne złożyły następnie wniosek o zachowanie poufności i wspólne wersje tych uwag jawne wobec BT/EE, Zjednoczonego Królestwa i opinii publicznej. BT/EE i Zjednoczone Królestwo nie chciały przedstawić uwag w przedmiocie rzeczonych dokumentów.

57 Komisja złożyła uwagi co do uwag skarżącej dotyczących dokumentów będących przedmiotem wniosku o zastosowanie środków organizacji postępowania lub środków dowodowych zawartych w skardze w dniu 23 listopada 2018 r. Strony główne złożyły następnie wniosek o zachowanie poufności i wspólne wersje tych uwag jawne wobec BT/EE, Zjednoczonego Królestwa i opinii publicznej.

58 W dniu 14 grudnia 2018 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu pismo dotyczące organizacji rozprawy. Komisja złożyła swoje uwagi do rzeczonego pisma w dniu 8 lutego 2019 r.

59 W drodze środka organizacji postępowania z dnia 15 lutego 2019 r. Sąd wezwał strony główne do przedstawienia wspólnych wersji sprawozdania na rozprawę jawnych wobec BT/EE i opinii publicznej. Strony główne przedłożyły rzeczone wersje w dniu 1 marca 2019 r.

60 Na wniosek sędziego sprawozdawcy Sąd (pierwsza izba w składzie powiększonym) postanowił o otwarciu ustnego etapu postępowania w dniu 1 marca 2019 r.

61 Postanowieniem z dnia 19 marca 2019 r. Sąd wezwał Komisję do przedstawienia pewnych dokumentów. Komisja przedstawiła rzeczone dokumenty w dniu 2 kwietnia 2019 r.

62 W dniu 19 marca 2019 r. w ramach środka organizacji postępowania Sąd zadał stronom pytania na piśmie, wzywając je do udzielenia na nie odpowiedzi na piśmie. Strony przedstawiły uwagi w odpowiedzi na pytania Sądu w dniu 10 kwietnia 2019 r. Strony główne złożyły wniosek o zachowanie poufności oraz wspólne wersje swoich uwag jawne wobec BT/EE i opinii publicznej.

63 W dniu 22 marca 2019 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu pismo, wnosząc o przeprowadzenie rozprawy częściowo przy drzwiach zamkniętych. Komisja, BT/EE i Zjednoczone Królestwo przedłożyły swoje uwagi w przedmiocie tego pisma odpowiednio w dniach 2, 3 i 4 kwietnia 2019 r.

64 W dniu 15 kwietnia 2019 r. Sąd podjął środek organizacji postępowania dotyczący rozprawy.

65 W dniu 24 kwietnia 2019 r. skarżąca złożyła w sekretariacie Sądu pismo dotyczące organizacji rozprawy. BT/EE złożyła swoje uwagi do rzeczonego pisma w dniu 30 kwietnia 2019 r.

66 Po rozprawie przeprowadzonej w dniach 2 i 3 maja 2019 r. skarżąca w dniu 10 maja 2019 r. złożyła w sekretariacie Sądu pismo zawierające odpowiedzi na pytania zadane podczas rozprawy. Strony główne złożyły wniosek o zachowanie poufności i złożyły w sekretariacie Sądu wspólne wersje tego pisma jawne wobec BT/EE i opinii publicznej.

67 Ustny etap postępowania został zamknięty w dniu 27 czerwca 2019 r.

IV. Żądania stron

68 Strona skarżąca wnosi do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania, w tym kosztami interwencji.

69 Komisja popierana przez BT/EE i przez Zjednoczone Królestwo wnosi do Sądu o:

– oddalenie skargi;

– obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

V. Co do prawa

A. Ramy prawne

70 W części pierwszej zarzutu pierwszego skarżąca podnosi argumenty odnoszące się do intensywności kontroli sądowej sprawowanej przez Sąd w dziedzinie koncentracji, do ram prawnych mających zastosowanie w następstwie wydania rozporządzenia nr 139/2004 oraz do ciężaru dowodu i wymogów dowodowych spoczywających na Komisji w sytuacji, gdy musi ona udowodnić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

71 Ponieważ argumenty te są istotne dla analizy wszystkich zarzutów i argumentów przedstawionych przez strony, część pierwszą zarzutu pierwszego należy zbadać przed przystąpieniem do analizy pozostałych zarzutów i argumentów skarżącej. Ponadto Sąd uważa, że należy również przypomnieć kilka zasad dotyczących obowiązku uzasadnienia.

1. W przedmiocie intensywności kontroli sądowej w dziedzinie koncentracji

72 Na wstępie należy przypomnieć, że dołączenie Sądu do Trybunału i wprowadzenie dwóch instancji miało na celu, po pierwsze, poprawić ochronę sądową podmiotów, w szczególności w przypadku skarg wymagających pogłębionej analizy złożonych faktów, oraz, po drugie, utrzymać jakość i skuteczność kontroli sądowej w porządku prawnym Unii Europejskiej, poprzez umożliwienie Trybunałowi skoncentrowania się na jego głównym zadaniu, mianowicie na zapewnieniu przestrzegania prawa przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r., Baustahlgewebe/Komisja, C-185/95 P, EU:C:1998:608, pkt 41).

73 W ramach struktury systemu sądowego Unii, w którym Sąd jest zobowiązany do ustalenia okoliczności faktycznych i przeprowadzenia merytorycznego badania sporu, zakres kontroli zgodności z prawem przewidzianej w art. 263 TFUE obejmuje wszystkie elementy decyzji Komisji wydanych na podstawie rozporządzenia nr 139/2004, których pogłębioną pod względem prawnym i faktycznym kontrolę zapewnia Sąd w świetle zarzutów podniesionych przez stronę skarżącą i przy uwzględnieniu wszystkich przedstawionych przez nią elementów.

74 Skarga o stwierdzenie nieważności stwarza ramy proceduralne szczególnie przydatne do dokładnego i kontradyktoryjnego zbadania zarówno kwestii faktycznych, jak i prawnych, w szczególności w dziedzinach złożonych, takich jak dziedzina konkurencji, jak wynika z motywu trzeciego decyzji Rady 88/591/EWWiS, EWG, Euratom z dnia 24 października 1988 r. ustanawiającej Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich (Dz.U. 1988, L 319, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 1, t. 1, s. 181) (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., Georgsmarienhütte i in., C-135/16, EU:C:2018:582, pkt 19).

75 Jako że zaskarżona decyzja została wydana w szczególności na podstawie art. 8 rozporządzenia nr 139/2004 i stanowi akt wykonujący art. 2 owego rozporządzenia w stosunku do określonej koncentracji, Sąd, w ramach kontroli zgodności z prawem takiej decyzji, powinien ograniczyć się do dokonania analizy stanowiska Komisji wobec zgłoszonej koncentracji, to znaczy powinien zbadać, w świetle zarzutów i argumentów podniesionych przez skarżącą, sposób, w jaki została dokonana subsumpcja stanu faktycznego do normy prawnej, oraz orzec w przedmiocie zasadności oceny Komisji dotyczącej skutków zgłoszonej koncentracji dla konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 6 czerwca 2002 r., Airtours/Komisja, T-342/99, EU:T:2002:146, pkt 53).

76 W istocie, jak wielokrotnie stwierdzał Trybunał, nawet w przypadkach, w których Komisja przeprowadziła złożone oceny, sąd Unii powinien dokonać nie tylko weryfikacji materialnej prawdziwości przytoczonego materiału dowodowego, jego wiarygodności i spójności, ale także kontroli tego, czy ten materiał stanowi zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie (wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39; zob. też wyrok z dnia 26 marca 2019 r., Komisja/Włochy, C-621/16 P, EU:C:2019:251, pkt 104 i przytoczone tam orzecznictwo).

2. W przedmiocie zakresu zmiany wprowadzonej rozporządzeniem nr 139/2004

77 Skarżąca podnosi, że Komisja naruszyła prawo, ustalając w zaskarżonej decyzji tak niski próg interwencji, że wymóg dotyczący znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji został pozbawiony wszelkiego znaczenia. Jej zdaniem zastosowanie kryterium prawnego przyjętego przez Komisję w niniejszym przypadku, opartego na jej własnych wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, C 31, s. 5 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 8, t. 3 s. 10, zwanych dalej „wytycznymi”), pozwoliłoby jej na uniemożliwienie wszelkich horyzontalnych koncentracji na rynku oligopolistycznym.

78 W swojej skardze skarżąca zwróciła się do Sądu o wyjaśnienie kryteriów mających zastosowanie w celu ustalenia istnienia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji" w sytuacji, gdy nie występuje ani pozycja dominująca, ani koordynacja pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami na rynku oligopolistycznym.

79 Zdaniem skarżącej zmiana brzmienia art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, która miała obejmować przypadki nieskoordynowanych skutków na rynkach oligopolistycznych, nie zmniejszyła progu interwencji Komisji w dziedzinie koncentracji.

80 Komisja podnosi, że o ile motyw 25 rozporządzenia nr 139/2004 nie pozwala domniemywać istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji na podstawie oligopolistycznej struktury rynku, o tyle wskazuje on, że chociaż w niniejszym przypadku żaden wniosek nie może zostać ani nie został wyciągnięty na podstawie takiej struktury, to jednak oligopole zasługują na szczególną uwagę.

81 Sąd przypomina w tym względzie, że rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 1989, L 395, s. 1), obecnie zastąpione rozporządzeniem nr 139/2004, ustanowiło zasadę, zgodnie z którą koncentracje o wymiarze wspólnotowym stwarzające lub umacniające pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, należy uznać za niezgodne z rynkiem wewnętrznym, co potwierdza motyw 24 rozporządzenia nr 139/2004.

82 Motyw 26 rozporządzenia 139/2004 wyjaśnia, że znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji z zasady wynika z tworzenia lub umacniania pozycji dominującej, i wskazuje, że „[m]ając na względzie zachowanie wytycznych wynikających z wcześniejszych orzeczeń sądów europejskich i decyzji Komisji [przyjętych] zgodnie z rozporządzeniem […] nr 4064/89, przy jednoczesnym utrzymaniu zgodności z kryteriami szkody konkurencyjnej, które były stosowane przez Komisję i sądy Wspólnoty przy ocenie zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, niniejsze rozporządzenie powinno odpowiednio ustanowić zasadę, zgodnie z którą koncentracja o wymiarze wspólnotowym, która mogłaby w znaczący sposób przeszkadzać w skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, w szczególności jako wynik tworzenia lub umacniania pozycji dominującej, ma zostać uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem".

83 Co więcej, art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, który zastąpił art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89, stanowi obecnie, że koncentrację, która znacząco przeszkadzałaby skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.

84 Jak z tego wynika, dowód stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004 może w niektórych przypadkach stanowić dowód znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Stwierdzenie to nie oznacza jednak wcale, że drugie kryterium jest z prawnego punktu widzenia zbieżne z kryterium pierwszym, lecz jedynie, że na podstawie jednej i tej samej analizy stanu faktycznego danego rynku można wyciągnąć wniosek, iż obydwa kryteria zostały spełnione (zob. podobnie wyrok z dnia 21 września 2005 r., EDP/Komisja, T-87/05, EU:T:2005:333, pkt 49).

85 Sądy Unii nie dokonały dotychczas wykładni rozporządzenia nr 4064/89 ani rozporządzenia nr 139/2004 w zakresie zgodności z rynkiem wewnętrznym koncentracji wywołujących nieskoordynowane skutki na rynku oligopolistycznym.

86 Z prac przygotowawczych i z brzmienia art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 (zob. zwłaszcza wyrażenie przyimkowe „w szczególności") wynika, że przepis ten został przyjęty dla realizacji trzech wymienionych niżej celów.

87 W pierwszej kolejności chodziło o rozszerzenie przedmiotowego zakresu kontroli poprzez umożliwienie Komisji powstrzymania, w specyficznym kontekście rynków oligopolistycznych, transakcji znacząco przeszkadzających skutecznej konkurencji, nawet jeśli nie pozwalają one zainteresowanym przedsiębiorstwom na stworzenie lub umocnienie indywidualnej lub zbiorowej pozycji dominującej.

88 W drugiej kolejności art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 miał na celu zachowanie, a nawet wzmocnienie pojęcia pozycji dominującej poprzez uznanie roli, jaką pojęcie to odgrywa w systemie stworzonym w ramach Unii przez prawo konkurencji, zgodnie z jego wykładnią dokonaną przez sądy Unii, pozwalającą organom interweniować – w kontekście charakteryzującym się swobodą prowadzenia działalności gospodarczej – w sytuacji, gdy mają do czynienia z transakcjami, które, gdyby zostały przeprowadzone, umożliwiłyby jednemu lub kilku uczestnikom rynku określenie warunków konkurencji i wyeliminowanie konkurencji w całości lub w części na danym rynku bez obaw przed reakcją konkurentów lub konsumentów.

89 Po trzecie, przepis ten miał na celu zwiększenie pewności prawa i uczynienie bardziej przejrzystą i możliwą do przewidzenia analizy koncentracji przeprowadzanej przez Komisję.

90 W celu uwzględnienia tych elementów art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten pozwala Komisji na zakazanie, w pewnych okolicznościach, na rynkach oligopolistycznych, koncentracji, które choć nie prowadzą do stworzenia lub umocnienia indywidualnej lub zbiorowej pozycji dominującej, mogą wpływać na warunki konkurencji na rynku w stopniu porównywalnym do tego, który można przypisać takim pozycjom, poprzez danie podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji siły pozwalającej mu określać, w sposób samodzielny, parametry konkurencji na rynku, a w szczególności ustalać ceny, zamiast je akceptować.

91 Ponieważ jednak prawodawca Unii nie określił warunków i granic takiego rozszerzenia zakresu stosowania rozporządzenia nr 139/2004, należy interpretować je w świetle jego celów.

92 Artykuł 3 ust. 3 TUE stanowi, że Unia ustanawia rynek wewnętrzny, który zgodnie z dołączonym do traktatu z Lizbony protokołem (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji (Dz.U. 2010, C 83, s. 309), który na mocy art. 51 TUE posiada taką samą rangę co traktaty, obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję.

93 Zatem rozporządzenie nr 139/2004 należy, tak samo jak art. 101 i 102 TFUE, do reguł konkurencji, które – tak jak reguły, o których mowa w art. 3 ust. 1 lit. b) TFUE – są niezbędne do funkcjonowania wspomnianego rynku wewnętrznego. Celem tych reguł jest bowiem właśnie zapobieżenie zakłóceniu konkurencji ze szkodą dla interesu ogólnego, przedsiębiorstw indywidualnych i konsumentów, przez co przyczyniają się one do dobrobytu w Unii (zob. analogicznie wyroki: z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, pkt 20–22; z dnia 12 grudnia 2018 r., Servier i in./Komisja, T-691/14, odwołanie w toku, EU:T:2018:922, pkt 238).

94 W szczególności zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem rozporządzenie nr 139/2004 ma na celu zapewnienie, by restrukturyzacja przedsiębiorstw nie powodowała trwałej szkody dla konkurencji. Zgodnie z motywami 5, 6 i 8 rozporządzenia nr 139/2004 prawo Unii musi zawierać przepisy regulujące te koncentracje, które mogą znacząco przeszkadzać w skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na jego znacznej części czy też umożliwiają sprawowanie skutecznej kontroli nad wszystkimi koncentracjami z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji w Unii (wyroki: z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 21; z dnia 31 maja 2018 r., Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, pkt 41).

95 W szczególności należy stwierdzić, że motyw 25 rozporządzenia nr 139/2004 wskazuje, iż „w niektórych sytuacjach koncentracje prowadzące do eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony [przedsiębiorstwa], jak również redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów, nawet gdy nie zachodzi prawdopodobieństwo współpracy pomiędzy członkami oligopolu, mogą doprowadzić do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji".

96 Tak więc wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 należy dokonywać w świetle jego motywu 25, który przewiduje dwie przesłanki kumulatywne, aby nieskoordynowane skutki wynikające z koncentracji mogły w pewnych okolicznościach powodować przeszkodę w skutecznej konkurencji: koncentracja musi prowadzić, po pierwsze, „do eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony [przedsiębiorstwa]", a po drugie, do „redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów".

97 Wynika z tego, że skutek w postaci redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów nie wystarcza sam w sobie do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach.

98 Właśnie w szczególności w świetle tych rozważań należy wyjaśnić, że Komisja w zaskarżonej decyzji oparła się na pojęciach „nieskoordynowanych skutków", „bliskości konkurencji", „redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów" i „ważnej siły konkurencyjnej", które nie figurują w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, lecz jedynie w motywie 25 i w wytycznych.

99 W tym względzie z orzecznictwa wynika, że Komisja jest związana wytycznymi i komunikatami, które wydaje w dziedzinie kontroli koncentracji, w zakresie, w jakim nie odbiegają one od norm traktatu i rozporządzenia nr 139/2004 (zob. wyrok z dnia 7 czerwca 2013 r., Spar Österreichische Warenhandels/Komisja, T-405/08, niepublikowany, EU:T:2013:306, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo).

100 Ponadto, chociaż praktyka stosowana przez Komisję we wcześniejszych decyzjach lub treść wytycznych mogą stanowić użyteczny punkt odniesienia i niezaprzeczalnie mieć znaczenie w niniejszej sprawie, to Sąd nie może kierować się nimi, samymi w sobie, w swojej analizie. Wytyczne Komisji, podobnie jak jej wcześniejsza praktyka, nie mogą bowiem w żadnym razie wiązać sądów Unii, które na podstawie art. 19 TUE jako jedyne są właściwe do dokonywania wykładni prawa Unii, ponieważ w szczególności wytyczne te wskazują po prostu na sposób, w jaki Komisja, jako organ administracyjny, interpretuje właściwe przepisy, a działając jako organ ochrony konkurencji Unii, stosuje, w szczególności z gospodarczego punktu widzenia, rozporządzenie nr 139/2004 (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 marca 2002 r., Włochy/Komisja, C-310/99, EU:C:2002:143, pkt 52; z dnia 1 października 2015 r., Electrabel i Dunamenti Erőmű/Komisja, C-357/14 P, EU:C:2015:642, pkt 68; z dnia 13 grudnia 2017 r., Crédit mutuel Arkéa/EBC, T-712/15, EU:T:2017:900, pkt 75).

101 Z rozważań tych nie wynika jednak, że Sąd nie może, w ramach swoich zadań w zakresie wykładni prawa Unii, zgodzić się ze wskazówkami i ocenami ekonomicznymi lub prawnymi zawartymi w praktyce decyzyjnej Komisji lub w jej wytycznych.

102 Jak podkreśla Komisja w pkt 24 wytycznych dotyczącym nieskoordynowanych skutków, koncentracja może znacząco przeszkadzać w skutecznej konkurencji na rynku poprzez usunięcie istotnych ograniczeń wynikających z konkurencji dla jednego lub większej ilości sprzedawców, którzy wskutek tego zwiększą swoją siłę rynkową. Najbardziej bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie eliminacja konkurencji pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami. Na przykład jeżeli przed połączeniem jedno z łączących się przedsiębiorstw podniosłoby swoje ceny, straciłoby część sprzedaży na rzecz drugiego łączącego się przedsiębiorstwa. Koncentracja usuwa to ograniczenie.

103 Niełączące się przedsiębiorstwa na tym samym rynku mogą również skorzystać dzięki zmniejszeniu presji konkurencyjnej wynikającemu z połączenia, ponieważ wzrost cen łączących się przedsiębiorstw może spowodować skierowanie pewnej części popytu do przedsiębiorstw konkurencyjnych, które z kolei mogą uznać za korzystne podniesienie swoich cen. Zmniejszenie presji konkurencyjnej może prowadzić do znacznego wzrostu cen na rynku właściwym.

104 Jak podkreśla Komisja w pkt 28 wytycznych dotyczącym przypadku, w którym łączące się przedsiębiorstwa są „bliskimi konkurentami", fakt, że rywalizacja pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami była ważnym źródłem konkurencji na rynku, jest głównym czynnikiem w tej analizie.

105 To właśnie w świetle tej interpretacji art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 należy zbadać kolejno zarzuty pierwszy, trzeci i czwarty podniesione przez skarżącą, dotyczące trzech teorii szkody przedstawionych przez Komisję w zaskarżonej decyzji.

3. W przedmiocie ciężaru dowodu i standardu dowodu w dziedzinie koncentracji

106 Na potrzeby rozprawy i na rozprawie strony zostały wezwane do wypowiedzenia się w przedmiocie rozkładu ciężaru dowodu i w przedmiocie wymogów dowodowych przed Sądem w dziedzinie koncentracji oraz w niniejszym przypadku.

107 Sąd przypomina, że aby uznać koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym, Komisja musi udowodnić, zgodnie z art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, że dokonanie zgłoszonej koncentracji znacząco przeszkadzałoby skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w szczególności w wyniku powstania lub umocnienia pozycji dominującej (wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 26).

108 W ramach postępowań w sprawie kontroli koncentracji należy przypomnieć, że niezbędna w tej dziedzinie prospektywna analiza polega na zbadaniu, w jaki sposób dana koncentracja mogłaby zmienić czynniki wpływające na stan i strukturę konkurencji na rynkach oddziaływania koncentracji. Tego rodzaju analiza wymaga wyobrażenia sobie szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo zaistnienia jest największe (zob. podobnie wyrok z dnia 16 stycznia 2019 r., Komisja/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, pkt 32).

109 Jak słusznie podkreśliła skarżąca, wymogi dowodowe dotyczące wykazania istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku oligopolistycznym nie różnią się zasadniczo od wymogów dowodowych dotyczących wykazania skutków skoordynowanych. Gdyby tak nie było, istniałoby ryzyko, że Komisja dokona kwalifikacji okoliczności faktycznych w taki sposób, aby mogła skorzystać przed Sądem z najbardziej korzystnego reżimu w zakresie dowodów.

110 Należy przypomnieć, że wewnętrzna złożoność jednej lub szeregu teorii szkody przedstawionych na potwierdzenie jednej lub szeregu znaczących przeszkód w skutecznej konkurencji zakładanej w odniesieniu do koncentracji stanowi element, który należy uwzględnić przy ocenie prawdopodobieństwa wystąpienia różnego rodzaju konsekwencji koncentracji w celu zidentyfikowania tych, których prawdopodobieństwo jest największe, jednak złożoność ta nie ma, jako taka, wpływu na wymagany standard dowodu (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 51).

111 Jednakże im bardziej analiza jest prospektywna, a łańcuch przyczynowo-skutkowy jest słabo postrzegalny, niepewny i trudny do wykazania, tym ważniejsza jest jakość dowodów przedstawionych przez Komisję w celu wykazania konieczności wydania decyzji uznającej koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 44). Innymi słowy, im bardziej teoria szkody podnoszona na poparcie

znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji zakładanej w odniesieniu do koncentracji jest złożona lub niepewna lub wynika z trudnego do stwierdzenia związku przyczynowo-skutkowego, tym bardziej sądy Unii powinny być wymagające w odniesieniu do solidnego badania dowodów przedstawionych w tym względzie przez Komisję.

112 Z orzecznictwa wynika również, że prospektywną analizę niezbędną w dziedzinie kontroli koncentracji należy przeprowadzać z dużą ostrożnością, gdyż nie chodzi o zbadanie wydarzeń, które zaszły w przeszłości i co do których dysponujemy zwykle licznymi materiałami pozwalającymi na zrozumienie ich przyczyn, ani nawet aktualnych wydarzeń, ale o dokonanie prognozy wydarzeń, które dopiero nastąpią w przyszłości, zgodnie z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, w przypadku gdy nie zostanie wydana żadna decyzja zakazująca lub określająca warunki takiej planowanej koncentracji (zob. podobnie wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 42).

113 Analiza ta wymaga w pierwszej kolejności oceny przyszłego zachowania, które zdaniem Komisji zostanie przyjęte przez jednostkę powstałą w wyniku połączenia i inne podmioty gospodarcze w następstwie koncentracji (zob. podobnie wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 464), na podstawie oceny zmian gospodarczych związanych z daną transakcją, których prawdopodobieństwo jest największe (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 51).

114 Ponadto Sąd przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Komisja może uznać koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym wyłącznie w przypadku, kiedy znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest bezpośrednim i natychmiastowym skutkiem koncentracji. Taką przeszkodę, będąca wynikiem przyszłych decyzji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, można uznać za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji, jeżeli zmiany właściwości i struktury rynku spowodowane przez tę koncentrację sprawiają, że owo przyszłe zachowanie staje się możliwe i rozsądne z ekonomicznego punktu widzenia (zob. wyrok z dnia 11 grudnia 2013 r., Cisco Systems i Messagenet/Komisja, T-79/12, EU:T:2013:635, pkt 118 i przytoczone tam orzecznictwo).

115 Ocenę tę uzupełnia, w drugiej kolejności, ocena – na podstawie prospektywnej analizy rynku odniesienia – dotyczącą tego, czy to przyszłe zachowanie doprowadzi prawdopodobnie do sytuacji, w której skuteczna konkurencja na rynku właściwym zostanie znacząco utrudniona (zob. podobnie wyrok z dnia 6 czerwca 2002 r., Airtours/Komisja, T-342/99, EU:T:2002:146, pkt 59).

116 Zatem to właśnie w świetle związanej z daną koncentracją zmian gospodarczych, których prawdopodobieństwo jest największe, Komisja powinna na kolejnym etapie wykazać, że rzeczona koncentracja prawdopodobnie i znacząco przeszkadzałaby w skutecznej konkurencji na danym rynku (zob. podobnie wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 364).

117 Ponieważ drugi etap analizy, którą powinna przeprowadzić Komisja, jest wynikiem oceny opartej na hipotezach, nie można wymagać, aby przedstawiono dowód, że scenariusze i teorie szkody uwzględnione w ramach tej oceny nieuchronnie będą miały miejsce. Te scenariusze i teorie szkody muszą jednak być wystarczająco realistyczne i wiarygodne, a zatem nie mogą być możliwe wyłącznie z teoretycznego punktu widzenia, w świetle analizy wszystkich istotnych czynników.

118 W ramach analizy znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, której istnienie wynika ze zbioru dowodów i wskaźników, opartej na szeregu teorii szkody, Komisja jest zobowiązana przedstawić dowody wystarczające, aby wykazać z dużym prawdopodobieństwem wystąpienie znaczących przeszkód w następstwie koncentracji. Wymogi dowodowe mające zastosowanie w niniejszej sprawie są zatem bardziej rygorystyczne niż wymóg, zgodnie z którym znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest „bardziej prawdopodobna niż nieprawdopodobna” na podstawie „wyważenia prawdopodobieństwa”, jak utrzymuje Komisja. Są one natomiast mniej rygorystyczne niż wymóg

oparty na „braku racjonalnych wątpliwości” (zob. podobnie opinie: rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, pkt 72–77; rzecznika generalnego N. Jääskinena w sprawie Francja/Komisja, C-559/12 P, EU:C:2013:766, pkt 34, 35; zob. a contrario opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 209–211).

119 To właśnie w świetle powyższych uwag należy zbadać argumenty podniesione przez skarżącą na poparcie skargi, a w szczególności trzy teorie szkody przedstawione przez Komisję.

4. W przedmiocie uzasadnienia

120 Sąd wskazuje, że w uzasadnieniu decyzji wydawanych na podstawie rozporządzenia nr 139/2004 Komisja nie ma obowiązku zajęcia stanowiska w kwestii wszystkich informacji i argumentów podniesionych w postępowaniu, włącznie z takimi, które mają znaczenie ewidentnie drugorzędne dla oceny koncentracji, a to w celu rozróżnienia elementów istotnych i pomocniczych.

121 Musi ona natomiast przedstawić w jasny i zwięzły sposób okoliczności faktyczne i istotne rozważania prawne i ekonomiczne, a także środki i materiał dowodowy mające kluczowe znaczenie dla decyzji w dziedzinie koncentracji przedsiębiorstw. Ponadto uzasadnienie musi być logiczne, w szczególności nie może wykazywać wewnętrznych sprzeczności (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 169).

122 Ponadto z utrwalonego orzecznictwa wynika również, że spoczywający na Sądzie na mocy art. 36 zdanie pierwsze i art. 53 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej obowiązek uzasadnienia nie nakazuje Sądowi przedstawienia wywodów, które w wyczerpujący sposób podejmowałyby punkt po punkcie zarzuty i argumenty sformułowane przez strony sporu (zob. wyrok z dnia 21 lipca 2011 r., Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niepublikowany, EU:C:2011:512, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

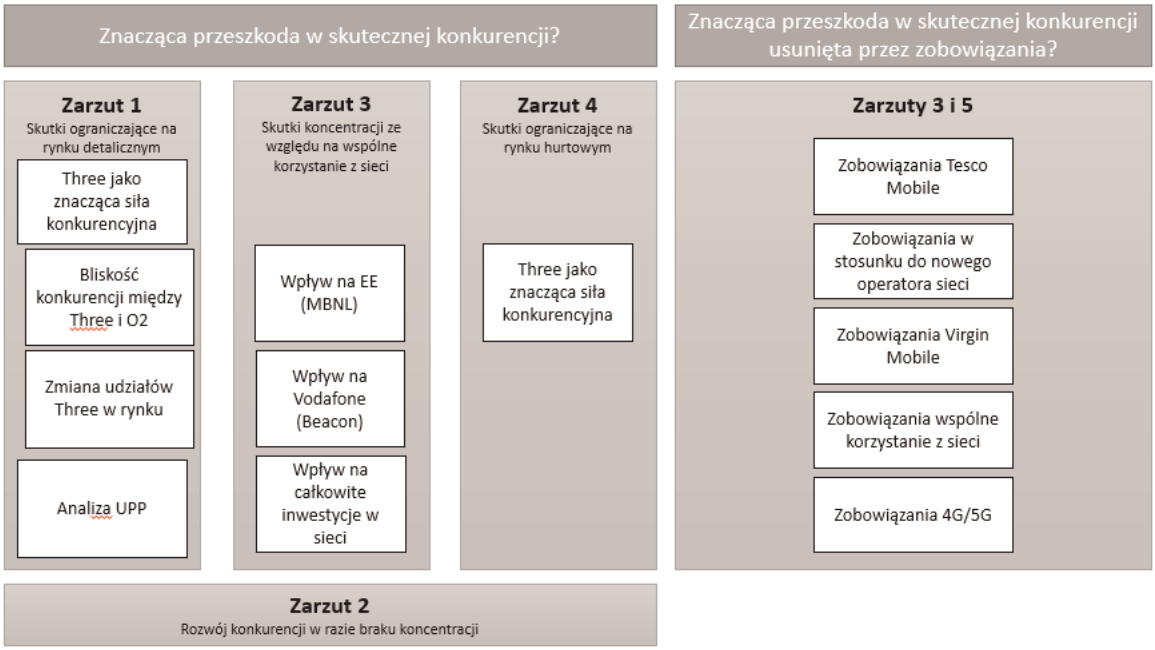
123 Ze względu na ekonomię procesową i w poszanowaniu zasady prawidłowego zarządzania wymiarem sprawiedliwości sądy Unii mogą bowiem orzec w przedmiocie skargi bez konieczności wypowiadania się odnośnie do wszystkich zarzutów i argumentów podnoszonych przez strony.

B. Streszczenie zarzutów i struktury skargi

124 Skarżąca podnosi w skardze pięć zarzutów. Podważa ona kolejno trzy teorie szkody przedstawione w zaskarżonej decyzji, a także wnioski Komisji dotyczące zobowiązań przyjętych przez nią w celu rozwiązania problemów podniesionych przez tę instytucję.

125 Przedmiotem zarzutów pierwszego i czwartego są, odpowiednio, pierwsza i trzecia teoria szkody, które to teorie dotyczą zniesienia konkurencji między Three a O2 na rynku detalicznym (zarzut pierwszy) i na rynku hurtowym (zarzut czwarty). Zarzut drugi dotyczy dokonanej przez Komisję oceny alternatywnego scenariusza, na którym opiera się ocena rynków detalicznego i hurtowego. Przedmiotem zarzutu trzeciego jest druga teoria szkody, dotycząca rynku detalicznego, odnosząca się do podziału sieci, oraz zobowiązania dotyczące podziału sieci. Zarzut piąty dotyczy pozostałych zobowiązań.

126 Związek między strukturą zaskarżonej decyzji a strukturą skargi został zilustrowany w poniższym schemacie przedstawionym przez skarżącą.



127 Najpierw należy zatem kolejno zbadać podniesione przez skarżącą zarzuty pierwszy, trzeci i czwarty, dotyczące trzech teorii szkody przedstawionych przez Komisję, a następnie zbadać zarzuty drugi i piąty.

C. W przedmiocie pierwszej teorii szkody, dotyczącej nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym

1. Streszczenie zaskarżonej decyzji

128 W ramach pierwszej teorii szkody Komisja opiera się na znacznej presji konkurencyjnej wywieranej przez Three i O2, ścisłej konkurencji między nimi, ich udziałach w rynku i zachętach dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do podwyższenia cen, a także zdolności konkurowania jej konkurentów, aby stwierdzić w motywie 1226 zaskarżonej decyzji, że koncentracja „może wywołać nieskoordynowane skutki antykonkurencyjne na rynku detalicznym” [tłumaczenie nieoficjalne, podobnie jak pozostałe cytaty z zaskarżonej decyzji poniżej].

129 W szczególności Komisja podnosi, że Three i O2 są jedynymi operatorami sieci ruchomej w Zjednoczonym Królestwie, których udziały w rynku w ostatnich latach stale rosły (motywy 330–406 zaskarżonej decyzji), i że pozostają w ścisłej konkurencji w stosunku do siebie nawzajem i do innych operatorów sieci ruchomej (motywy 407–463 zaskarżonej decyzji).

130 W motywach 468–681 zaskarżonej decyzji Komisja uważa, że Three przed koncentracją stanowiła „znaczącą siłę konkurencyjną” w rozumieniu pkt 37 wytycznych lub w każdym razie wywierała znaczną presję konkurencyjną. Zdaniem Komisji chodzi bowiem o najbardziej agresywnego i najbardziej innowacyjnego operatora, stosującego najbardziej konkurencyjne ceny w kanale bezpośrednim, który zaproponował 4G bez dodatkowych kosztów, co zmusiło konkurentów do rezygnacji z ich strategii sprzedaży 4G po wyższej cenie.

131 W motywach 682–776 zaskarżonej decyzji Komisja uważa, że gdyby nie doszło do transakcji, Three prawdopodobnie wywierałoby znaczną presję konkurencyjną, mając stabilność finansową i niewielkie prawdopodobieństwo osiągnięcia granic zdolności produkcyjnych, jak zostało to wyjaśnione w załączniku C do zaskarżonej decyzji, stanowiącym integralną część owej decyzji.

132 Komisja uważa również, że przed koncentracją O2 wywierało znaczną presję konkurencyjną, co prawdopodobnie czyniłoby nadal, gdyby nie doszło do transakcji (motywy 778–872 zaskarżonej decyzji).

133 Koncentracja wyeliminowałaby presję konkurencyjną między Three i O2 z jednej strony oraz między tymi dwoma operatorami a innymi operatorami sieci ruchomej z drugiej strony, co znacznie osłabiłoby konkurencję na rynku detalicznym. W szczególności Komisja uważa za prawdopodobne zwiększenie cen przez podmiot powstały w wyniku koncentracji (motywy 873–906 zaskarżonej decyzji).

134 Komisja wyciąga taki sam wniosek z przedstawionej w załączniku A do zaskarżonej decyzji, stanowiącym integralną część tej decyzji, oceny ilościowej prawdopodobnych skutków, jakie miałoby dla cen zniesienie konkurencji na rynku detalicznym (motywy 1191–1225 zaskarżonej decyzji).

135 Komisja uważa, że koncentracja może mieć negatywny wpływ na zdolność konkurowania innych operatorów sieci ruchomej. Według Komisji koncentracja zakłóca bowiem prawidłowe funkcjonowanie istniejących umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci. Komisja uważa również, że w świetle historii oraz aktualnej strategii i pozycji BT/EE i Vodafone istnieje duże prawdopodobieństwo, że dopasują się one w kwestii podwyżek cen do podmiotu powstałego w wyniku koncentracji (motywy 907–960 zaskarżonej decyzji).

136 Jeśli chodzi o podmioty niebędące operatorami sieci ruchomej, to ich zdolność do konkurowania i wprowadzania innowacji jest ograniczona (motywy 961–1148 zaskarżonej decyzji).

2. Streszczenie zarzutu pierwszego i głównych dowodów przedstawionych na poparcie pierwszej teorii szkody

137 W ramach zarzutu pierwszego skarżąca podnosi, że Komisja w zaskarżonej decyzji dopuściła się naruszeń prawa i oczywistych błędów w ocenie oraz naruszyła istotne wymogi proceduralne, po pierwsze, w zakresie interpretacji i zastosowania do Three kryterium „znaczącej siły konkurencynej” (część druga), po drugie, jeśli chodzi o ścisłe konkurowanie (część trzecia), i po trzecie, w odniesieniu do badania udziałów w rynku (część czwarta).

138 Ponadto zdaniem skarżącej Komisja naruszyła prawo i popełniła oczywiste błędy w ocenie oraz przeinaczyła dowody przy ocenie ilościowych skutków koncentracji w odniesieniu do cen (część piąta) i motywów kierujących nowym podmiotem po koncentracji (część szósta). Wreszcie Komisja nie zbadała w sposób całościowy tych różnych czynników (część siódma).

139 Na rozprawie Komisja wyjaśniła, że pierwsza teoria szkody opiera się zasadniczo na trzech następujących dowodach: okoliczności, że Three stanowi znaczącą siłę konkurencyjną, bliskości konkurencji między Three i O2 oraz analizie ilościowej skutków wywoływanych przez koncentrację w odniesieniu do cen.

140 Sąd uważa zatem za właściwe zbadanie w pierwszej kolejności najpierw części czwartej zarzutu, dotyczącej analizy udziałów w rynku, oraz części drugiej, dotyczącej uznania Three za znaczącą siłę konkurencyjną, które częściowo się pokrywają, a następnie części trzeciej, dotyczącej oceny bliskości konkurencji, i części piątej, dotyczącej ilościowych skutków koncentracji w odniesieniu do cen. W drugiej kolejności, w razie potrzeby, należy zbadać części szóstą i siódmą tego zarzutu.

a) W przedmiocie analizy udziałów w rynku

141 W ramach części czwartej zarzutu pierwszego skarżąca podnosi, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie i naruszyła prawo poprzez uznanie z jednej strony, że w następstwie koncentracji nowy podmiot będzie miał największy udział w rynku, a z drugiej strony, że sytuację tę należy uznać za wskaźnik zmniejszenia znacznej presji konkurencyjnej.

142 Skarżąca podnosi, po pierwsze, że udział w rynku nowego podmiotu był znacznie mniejszy niż 50%, po drugie, że przy ocenie udziałów w rynku Komisja nie uwzględniła innych czynników, takich jak siła konkurentów Three i O2, a po trzecie, że nie uwzględniła ona skutków zbycia udziału O2 w Tesco Mobile, zaproponowanego przez skarżącą w ramach zobowiązań przedstawionych Komisji.

143 Komisja podważa tę argumentację.

144 Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odpowiednie zdefiniowanie rynku właściwego stanowi konieczny i wstępny warunek dla wszelkiej oceny dotyczącej wpływu koncentracji na konkurencję (wyroki: z dnia 31 marca 1998 r., Francja i in./Komisja, C-68/94 i C-30/95, EU:C:1998:148, pkt 143; z dnia 7 czerwca 2013 r., Spar Österreichische Warenhandels/Komisja, T-405/08, niepublikowany, EU:T:2013:306, pkt 116).

145 Definicja rynków właściwych stanowi bowiem istotny etap kontroli koncentracji, ponieważ pozwala najpierw określić obszar, w obrębie którego występuje konkurencja między przedsiębiorstwami, a następnie ocenić ich siłę rynkową.

146 Rynek produktów, którego dotyczy planowana koncentracja, musi zostać zdefiniowany przy uwzględnieniu całego kontekstu ekonomicznego w taki sposób, żeby można było ocenić rzeczywistą siłę ekonomiczną danego przedsiębiorstwa lub danych przedsiębiorstw. W tym celu należy najpierw określić produkty, które, nie będąc substytucyjnymi, są w wystarczającym stopniu wymienne w stosunku do innych proponowanych przez nie produktów, nie tylko z racji ich obiektywnych cech, lecz również z racji warunków konkurencji oraz struktury podaży i popytu na rynku (wyrok z dnia 6 czerwca 2002 r., Airtours/Komisja, T-342/99, EU:T:2002:146, pkt 20).

147 W istocie, jako że znaczące przeszkody w skutecznej konkurencji z zasady wynikają z tworzenia lub umacniania pozycji dominującej, udziały w rynku można wykorzystywać jako wskaźniki znaczącego zakłócenia konkurencji, wyłącznie jeżeli rynek, do którego się odnoszą, został uprzednio prawidłowo określony. To samo dotyczy wskaźnika Herfindahla-Hirschmanna (wykorzystywanego do pomiaru stopnia koncentracji rynku) (zwanego dalej „HHI"), do którego Komisja odwołuje się w motywach 398–405 zaskarżonej decyzji.

148 W niniejszym przypadku Sąd stwierdza, że skarżąca nie podważa faktu, iż koncentracja doprowadziłaby do umocnienia rynku oligopolistycznego na rynku, który jest już silnie skoncentrowany. Chodzi tu bowiem o rynek, na którym czterej uczestnicy – lub trzej w przypadku dokonania koncentracji – dzielą między sobą 90% rynku. Koncentracja umożliwiłaby podmiotowi powstałemu w jej wyniku, łączącemu Three i O2, posiadanie [między 30% a 40%] rynku detalicznego i w ten sposób zostanie głównym uczestnikiem rynku, przed BT/EE i Vodafone, których udziały w rynku wynoszą odpowiednio [między 30% a 40%] i [między 20% a 30%].

149 Tymczasem, choć taka analiza, oparta na mniej lub bardziej porównywalnych udziałach w rynku, które powodują symetrię sprzyjającą milczącej zmowie, pozwalałaby na stwierdzenie umocnienia koncentracji na rynku oligopolistycznym, nie może jednak pozwalać na wyciągnięcie wniosku, że taka koncentracja spowodowałaby trwałą szkodę dla konkurencji, która jako taka mogłaby stanowić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach.

150 Takie rozumowanie sprowadzałoby się w praktyce do umożliwienia Komisji zakazania wszelkich koncentracji horyzontalnych na rynku oligopolistycznym, ponieważ wynikające z zastosowania motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004 kryteria dotyczące eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką łączące się przedsiębiorstwa wywierały z jednej strony na siebie nawzajem, a z drugiej strony na pozostałych konkurentów, byłyby z definicji spełnione.

151 Dlatego też Komisja słusznie wskazuje, że udziały w rynku zbadane w motywach 330–406 zaskarżonej decyzji stanowią jedynie „wstępną wskazówkę" znaczenia konkurencyjnego łączących się przedsiębiorstw (zob. motywy 330, 406 i przypis 271 zaskarżonej decyzji). W motywie 406 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że „wielkość i zmiana udziałów łączących się przedsiębiorstw w rynku właściwym oraz tworzące ten rynek segmenty dają wstępną wskazówkę znacznej presji konkurencyjnej wywieranej przez Three i O2".

152 Wbrew temu, co twierdzi skarżąca, Komisja nie uznała zatem okoliczności, że nowy podmiot będzie miał największy udział w rynku, za wskaźnik spadku silnej presji konkurencyjnej, lecz stwierdziła, że wielkość i zmiany udziałów w rynku Three i O2 stanowią wstępną wskazówkę wywieranej przez nie znacznej presji konkurencyjnej, która zostałaby wyeliminowana przez koncentrację.

153 Ponadto analiza udziałów w rynku nie świadczy o niczym innym niż okoliczność, że koncentracja bardziej skupiłaby ograniczony oligopol w komunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie, nie wywołując jednak skutków antykonkurencyjnych porównywalnych z tymi, które mogłyby wyniknąć ze stworzenia lub umocnienia indywidualnej lub zbiorowej pozycji dominującej.

154 Należy zatem oddalić część czwartą zarzutu pierwszego.

b) W przedmiocie uznania Three za „ważną siłę konkurencyjną"

155 Zgodnie z zaskarżoną decyzją jednym z czynników użytych przez Komisję w celu stwierdzenia, że koncentracja wywołałaby nieskoordynowane skutki, jest fakt, że „Three stanowi ważną siłę konkurencyjną na rynku detalicznym […] w rozumieniu pkt 37 wytycznych lub w każdym razie wywiera znaczną presję konkurencyjną na tym rynku, którą prawdopodobnie nadal wywierałoby, gdyby koncentracja nie została dokonana" (motyw 777 zaskarżonej decyzji).

156 W części drugiej zarzutu pierwszego, opartej na błędach w odniesieniu do uznania Three za ważną siłę konkurencyjną, skarżąca podnosi trzy zastrzeżenia dotyczące odpowiednio wypaczenia pojęcia ważnej siły konkurencyjnej, stopnia nasilenia presji konkurencyjnej wywieranej przez Three na rynku detalicznym oraz wypaczenia pojęcia silnej presji konkurencyjnej, z których każde wystarczyłoby jej zdaniem do stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.

1) W przedmiocie wypaczenia pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej"

157 Zdaniem skarżącej Komisja naruszyła prawo, uznając, że do stwierdzenia, iż dane przedsiębiorstwo stanowi ważną siłą konkurencyjną, wystarczy, że „przyczynia się ono stale i w sposób ciągły do działania mechanizmu konkurencji", ponieważ taka wykładnia pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej" nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy przyczynieniem się każdego konkurenta do działania mechanizmu konkurencji" na rynku oligopolistycznym a szczególną rolą odgrywaną przez „ważną siłę konkurencyjną" w rozumieniu pkt 37 i 38 wytycznych.

158 Zawarte w motywie 326 zaskarżonej decyzji oraz w odpowiedzi na skargę twierdzenie Komisji, zgodnie z którym „ważna siła konkurencyjna" nie musi różnić się od konkurentów pod względem wpływu na konkurencję, stanowi naruszenie prawa, w szczególności ze względu na to, że stanowisko to umożliwia

jej uznanie za ważną siłę konkurencyjną każdego przedsiębiorstwa na rynku oligopolistycznym, co jest równoznaczne z faktycznym zakazem koncentracji horyzontalnych na rynkach oligopolistycznych i narusza zasadę pewności prawa.

159 Sposób, w jaki Komisja stosuje pojęcie „ważnej siły konkurencyjnej", jest również niezgodny ze sposobem, w jaki jest ono stosowane przez organy ochrony konkurencji w Zjednoczonym Królestwie i w Stanach Zjednoczonych, a także ze sposobem, w jaki pojęcie to zostało rozwinięte w pracach przygotowawczych nad rozporządzeniem nr 139/2004, we wcześniejszych decyzjach i w wytycznych.

160 Komisja odpowiada, że z pkt 37 wytycznych wynika, iż wbrew temu, co twierdzi skarżąca, nie jest konieczne, aby przedsiębiorstwo różniło się od swoich konkurentów z punktu widzenia jego wpływu na konkurencję, by mogło stanowić ważną siłę konkurencyjną, lecz jedynie, aby odgrywało ono większą rolę w konkurencji, niż pozwalałyby to zakładać jego udziały w rynku.

161 Twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym Komisja nie wprowadza rozróżnienia pomiędzy wkładem każdego uczestnika mechanizmu konkurencji na rynku oligopolistycznym a szczególną rolą odgrywaną przez ważną siłę konkurencyjną, jest zdaniem Komisji oczywiście bezzasadne, ponieważ nie uznała ona O2 za ważną siłę konkurencyjną, jak wynika z motywu 872 zaskarżonej decyzji. Ponadto członek oligopolu może, z powodu raczej defensywnego podejścia, mieć ograniczony wpływ na konkurencję.

162 Wreszcie twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym podejście Komisji jest w szczególności niezgodne z podejściem organów ochrony konkurencji w Zjednoczonym Królestwie i w Stanach Zjednoczonych, jest pozbawione znaczenia i bezzasadne. I tak, wytyczne są całkowicie różne od ich amerykańskiego odpowiednika. Ponadto według Komisji urząd ochrony konkurencji i rynków Zjednoczonego Królestwa poparł wnioski Komisji dotyczące presji konkurencyjnej wywieranej przez Three, jak wynika z motywu 483 zaskarżonej decyzji.

163 Sąd stwierdza, jak przypomniano w pkt 100 i 101 powyżej, że choć wytyczne Komisji, podobnie jak jej wcześniejsza praktyka decyzyjna, nie są wiążące dla sądów Unii, to Sąd może w razie potrzeby zgodzić się ze wskazówkami i ocenami ekonomicznymi lub prawnymi zawartymi w praktyce decyzyjnej Komisji lub w jej wytycznych.

164 Ponadto Sąd przypomina, że w niektórych sprawach [zob. sprawy: COMP/M.6203 – Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (zwana dalej „sprawą niemiecką"), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland (2014) (zwana dalej „sprawą irlandzką"), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)] Komisja uznała jedno lub dwa łączące się przedsiębiorstwa za „ważną siłę konkurencyjną" lub „ważne siły konkurencyjne", której lub których wyeliminowanie z powodu koncentracji, w połączeniu z innymi czynnikami (bariery wejścia na rynek, stopień koncentracji rynku, wzrost cen, bliskość konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami itd.), mogłoby doprowadzić do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, a jednak zezwoliła, warunkowo, na koncentrację.

165 Jeśli chodzi o argument skarżącej, zgodnie z którym sposób, w jaki Komisja zastosowała pojęcie „ważnej siły konkurencyjnej", jest niezgodny z jej wcześniejszymi decyzjami, należy zauważyć, że stanowisko, którego broni Komisja w zaskarżonej decyzji, jest spójne ze stanowiskiem przedstawionym w sprawie niemieckiej (motywy 120–122; zob. pkt 164 powyżej), sprawie COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (motyw 245) i sprawie COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (motywy 265, 283).

166 Ponadto Komisja w szczególności zbadała, w sprawie COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010), kwestię, czy jedno lub drugie z łączących się przedsiębiorstw można uznać za „szczególnie ważnego konkurenta" na rynku telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie, wywołującego

„szczególnie istotne ograniczenie" w stosunku do pozostałych uczestników tego rynku. W decyzji tej Komisja stwierdziła na podstawie analizy wzrostu brutto liczby abonentów, że 3UK można uznać za „podmiot zakłócający konkurencję na rynku", ponieważ „przejmowało" więcej klientów Orange i T-Mobile, niż sugerowałby to jego udział w rynku. Ponadto Komisja uznała w owej decyzji, że 3UK było liderem na rynku pod względem cen i innowacji w zakresie usług.

167 W pkt 380 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja stwierdziła, że aby przedsiębiorstwo mogło stanowić ważną siłę konkurencyjną, nie jest konieczne, by było ono „wolnym strzelcem" na rynku. Ściślej rzecz ujmując, Komisja uznała, że takie przedsiębiorstwo powinno w sposób istotny i niezmienny przyczyniać się do działania mechanizmu konkurencji na rynku, w oparciu o parametry takie jak cena, jakość, wybór i innowacyjność. Koncentracja obejmująca przedsiębiorstwo od niedawna obecne na rynku, w odniesieniu do którego można domniemywać, że wywiera znaczącą presję konkurencyjną na rynku, byłaby zdaniem Komisji jedynie przykładem sytuacji, w której mogłyby wystąpić nieskoordynowane skutki antykonkurencyjne.

168 Sąd przypomina, że jak wynika z motywu 318 zaskarżonej decyzji, skarżąca już w toku postępowania administracyjnego podniosła, że aby dane przedsiębiorstwo można było uznać za „ważną siłę konkurencyjną", musiało ono odróżniać się od swoich konkurentów, jeśli chodzi o jego wpływ na konkurencję, ze względu na to, że odgrywało wyjątkową rolę na rynku, pozwalającą mu na wywieranie na innych uczestników rynku silnej i nieproporcjonalnej presji w stosunku do jego udziałów w rynku, co jest niezbędne do zachowania skutecznej konkurencji.

169 W motywie 326 zaskarżonej decyzji Komisja odpowiedziała na ten argument, stwierdzając, że „ważna siła konkurencyjna" nie musi odróżniać się od konkurentów pod względem wpływu na konkurencję. Zdaniem Komisji okoliczność, że we wcześniejszej praktyce decyzyjnej uznała ona, iż niektóre przedsiębiorstwa były wyjątkowe w swojej „agresywności" na rynku i – jako ważna siła konkurencyjna – zwiększyły swoją obecność na tym rynku szybciej niż każdy inny konkurent, nie oznacza, że istnieje tylko jedna definicja pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej".

170 Natomiast w odpowiedzi na skargę Komisja przyznała, że „ważna siła konkurencyjna" powinna odgrywać rolę większą, niż pozwalałyby to zakładać jej udziały w rynku, konkurować szczególnie agresywnie i zmuszać innych uczestników rynku do podobnego zachowania.

171 Z zaskarżonej decyzji wynika, że jeśli chodzi o eliminację „ważnej siły konkurencyjnej", Komisja jest zdania, iż zwykły spadek presji konkurencyjnej spowodowany w szczególności zniknięciem przedsiębiorstwa odgrywającego rolę większą, niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku, wystarczyłby sam w sobie do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

172 Jednakże taka wykładnia pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej", rozwinięta w zaskarżonej decyzji, wprowadziłaby – gdyby należało ją interpretować jako autonomiczne kryterium prawne – pojęcie dodatkowe i alternatywne w stosunku do pojęcia „znacznej presji konkurencyjnej" występującego w motywie 25 rozporządzenia nr 139/2004. Obniżałoby to próg dowodu wymagany do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, w zależności od tego, czy Komisja uznała przewidywalne skutki koncentracji za „nieskoordynowane skutki", czy za „skoordynowane skutki".

173 W istocie podejście przyjęte przez Komisję w zaskarżonej decyzji oznaczałoby w praktyce pomylenie trzech pojęć, a mianowicie pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji", będącego kryterium prawnym, o którym mowa w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, pojęcia „eliminacji znacznej presji konkurencyjnej", o którym mowa w motywie 25 tego rozporządzenia, a także pojęcia wyeliminowania „ważnej siły konkurencyjnej", użytego w zaskarżonej decyzji i pochodzącego z wytycznych. Poprzez połączenie tych pojęć Komisja dokonuje znacznego rozszerzenia zakresu stosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, ponieważ każde wyeliminowanie ważnej siły konkurencyjnej byłoby równoznaczne z wyeliminowaniem znacznej presji konkurencyjnej, które z kolei uzasadniałaby stwierdzenie istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

174 Jak z tego wynika, Komisja naruszyła prawo i popełniła błąd w ocenie, stwierdzając w motywie 326 zaskarżonej decyzji, że „ważna siła konkurencyjna" nie musiała odróżniać się od konkurentów pod względem wpływu na konkurencję, w szczególności dlatego, że stanowisko to umożliwiłoby jej uznanie za „ważną siłę konkurencyjną" każdego przedsiębiorstwa na rynku oligopolistycznym wywierającego presję konkurencyjną.

175 Oznaczałoby to, jak słusznie podkreśla skarżąca, umożliwienie Komisji zakazania z tego tylko powodu połączeń horyzontalnych na takich rynkach i naruszałoby zasadę pewności prawa, ponieważ Komisja mogłaby w ten sposób pominąć analizę ewentualnego wyeliminowania znacznej presji konkurencyjnej wywieranej na siebie przez łączące się przedsiębiorstwa, na rzecz teorii szkody opartej wyłącznie na redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów.

176 Zarzut dotyczący wypaczenia pojęcia „ważnej siły konkurencyjne" jest zatem zasadny.

2) W przedmiocie stopnia nasilenia presji konkurencyjnej wywieranej przez Three na rynku detalicznym

177 W zaskarżonej decyzji podstawę stwierdzenia przez Komisję, że Three stanowi „ważną siłę konkurencyjną" lub w każdym razie wywiera znaczą presję konkurencyjną na tym rynku, stanowią następujące elementy: po pierwsze, wzrost brutto liczby abonentów wyższy niż jego udział w rynku (motyw 481), po drugie, zwiększenie jego udziału w rynku i liczby abonentów (motywy 475–480), po trzecie, jego polityka cenowa (motywy 578–633), po czwarte, jego wkład w innowacje i konkurencję (motywy 485–577) oraz, po piąte, jakość jego sieci, obsługi klienta i programów lojalnościowych dla klientów (motywy 653–680).

178 Zdaniem skarżącej dokonana przez Komisję ocena czterech pierwszych czynników jest obarczona oczywistymi błędami w ocenie.

i) W przedmiocie wzrostu brutto liczby abonentów

179 Aby dojść do wniosku, że Three stanowi „ważną siłę konkurencyjną" lub w każdym razie wywiera znaczną presję konkurencyjną na rynek detaliczny, Komisja oparła się w szczególności na okoliczności, że wzrost brutto liczby jego abonentów był wyższy od jego udziału w rynku (motywy 481–484 zaskarżonej decyzji).

180 Zdaniem skarżącej Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, stwierdzając w motywie 397 zaskarżonej decyzji, że przyrost brutto abonentów (to znaczy udział w liczbie pozyskanych nowych klientów) Three „stanowi pierwszy znak, że Three wywiera na rynku detalicznym silniejszą presję konkurencyjną niż pozwala to przypuszczać jego udział w rynku", podczas gdy udział brutto Three w liczbie nowych abonentów, wynoszący [między 10% a 20%] (w zależności od tego, czy użyte zostaną obliczenia Three, czy też Komisji), jest z jednej strony bardzo niski w wartościach bezwzględnych, a z drugiej strony jest porównywalny do udziału Three w liczbie abonentów [między 10% a 20%] lub nawet jest od niego niższy.

181 W niniejszym przypadku Komisja wskazuje w motywie 388 zaskarżonej decyzji, że zgodnie z jej obliczeniami udział brutto Three w liczbie nowych abonentów był wyższy od jego udziału w rynku.

182 Jednakże Komisja przyznaje w pkt 65 i 74 odpowiedzi na skargę, że według odtworzonego przez nią obrazu udziałów w rynku i udziału brutto w liczbie nowych klientów, udział brutto Three w liczbie nowych klientów w 2014 r. i w pierwszym półroczu 2015 r. był zaledwie nieznacznie wyższy od jego udziałów w rynku w tym samym okresie. Innymi słowy, nie ma istotnej różnicy między udziałem brutto Three w liczbie nowych klientów i jego udziałami w rynku.

183 W tym względzie należy zaznaczyć, że udział brutto Three w liczbie nowych klientów nie wskazuje, że Three odgrywało w konkurencji rolę większą, niż pozwalałyby to zakładać jego udziały w rynku. Na podstawie najbardziej korzystnej dla Komisji tezy, zgodnie z którą przedsiębiorstwo odnotowywało trwały wzrost, wzrost brutto liczby abonentów charakteryzujący jego działalność wynosiłby [między 10% a 20%]. Tymczasem z jednej strony taka wartość jest bardzo niska w porównaniu z udziałami w rynku opisanymi w motywach 335 i 343 zaskarżonej decyzji. Z drugiej strony taki wzrost należy uznać za bardzo ograniczony, jeśli porównuje się go z danymi dotyczącymi nowych abonentów przedsiębiorstw, które Komisja uznała za „ważną siłę konkurencyjną" w swojej wcześniejszej praktyce decyzyjnej w sprawach M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), niemieckiej i irlandzkiej (zob. pkt 164 powyżej).

184 W odpowiedzi na zadane przez Sąd na rozprawie pytanie dotyczące znaczenia, jakie należy przypisać – jako środkowi dowodowemu świadczącemu o istnieniu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji – wzrostowi brutto liczby abonentów, który przewyższa o [między 0% a 5%] udziały w rynku, Komisja ograniczyła się do stwierdzenia, że wzrost ten był tylko jedną z wielu wskazówek w całościowej ocenie szeregu czynników dokonanej przez nią na poparcie wniosków zawartych w zaskarżonej decyzji.

185 W szczególności Komisja podniosła, że okoliczność, iż operator taki jak Three posiada udział brutto w liczbie nowych klientów, choćby ograniczony w stosunku do jego udziału w rynku, jest wystarczająca, aby uczynić z niego „ważną siłę konkurencyjną", jeżeli uwzględni się fakt, iż ten sam podmiot rozwijał się stale na rynku właściwym. W istocie zdaniem Komisji okoliczność, że w latach poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji Three obserwowało stały wzrost swojego udziału brutto w liczbie nowych abonentów, jest bowiem wystarczającą wskazówką pozwalającą stwierdzić, że Three jest konkurentem wywierającym presję konkurencyjną na rynku detalicznym.

186 Należy jednak zaznaczyć, że w porównaniu z udziałami w rynku przedstawionymi w motywach 335 i 343 zaskarżonej decyzji wzrost brutto liczby abonentów, który mógłby zostać oszacowany – w przypadku hipotezy najbardziej korzystnej dla tezy Komisji, przy najwyższym wzroście – na około [między 10% a 20%], wydaje się bardzo niski i nie jest porównywalny z danymi dotyczącymi nowych abonentów przedsiębiorstw, które Komisja uznała za „ważne siły konkurencyjne" w swojej wcześniejszej praktyce decyzyjnej w sprawach M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), niemieckiej i irlandzkiej (zob. pkt 164 powyżej).

187 Ponadto podczas pisemnego etapu postępowania i na rozprawie skarżąca podniosła, czemu Komisja nie zaprzeczyła, że udział brutto w liczbie nowych abonentów w przypadku innych przedsiębiorstw również uznanych przez Komisję za „ważne siły konkurencyjne" w ramach koncentracji powodujących zmianę liczby konkurentów z czterech na trzech w sektorze łączności ruchomej wynosił od 21% do 50%, co oczywiście nie ma miejsca w przypadku Three.

188 Jak z tego wynika, w każdym razie wzrost brutto liczby abonentów Three nie pozwalał Komisji na stwierdzenie, że operator ten stanowił „ważną siłę konkurencyjną" w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach.

189 Jak z tego wynika, zawarty w motywie 397 zaskarżonej decyzji wniosek Komisji, zgodnie z którym dodatek wzrost brutto liczby abonentów Three „jest pierwszym znakiem, że Three wywiera na rynek detaliczny, silniejszą presją konkurencyjną niż pozwala to zakładać jego udział w rynku", jest obarczony błędem w ocenie.

190 Argumentacja dotycząca w istocie błędu w ocenie dotyczącego wzrostu brutto liczby abonentów Three jest zatem zasadna.

ii) W przedmiocie wzrostu liczby abonentów Three

191 Zdaniem skarżącej Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając w motywie 474 zaskarżonej decyzji, że zmiana udziału Three w rynku wskazywała, iż było ono „ważną siłą konkurencyjną". Dane przedstawione w motywach 335, 343, 475 i 477 zaskarżonej decyzji dowodzą bowiem zdaniem skarżącej, że Three odnotowuje wyjątkowo powolny wzrost.

192 Komisja utrzymuje, że udział Three w rynku w zakresie abonentów i obrotu nie przestaje rosnąć. 1% wzrostu rocznie Three jako dostawcy w latach 2013–2014 należy postrzegać w kontekście rynku, na którym żaden inny uczestnik, z wyjątkiem O2, nie był w stanie osiągnąć takiej stopy wzrostu, jak zostało to przedstawione w motywach 343 i 346 zaskarżonej decyzji. Co więcej, wbrew temu, co twierdzi skarżąca, klienci Three stale stanowili [poufne][1] na rynku w latach 2010–2014, ponieważ łączna liczba abonentów Three, O2 i Vodafone wzrosła odpowiednio o [poufne], zaś liczba abonentów BT/EE zmniejszyła się o prawie [poufne] (motyw 477 zaskarżonej decyzji).

193 Sąd stwierdza, że dane przedstawione w motywach 335, 343, 346 i 477 zaskarżonej decyzji wydają się wskazywać na to, że Three odnotowała wyższy wzrost niż jej konkurenci. W tym względzie Komisja podniosła, że Sąd orzekł w wyroku z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja (T-210/01, EU:T:2005:456), iż stały wzrost udziałów w rynku jest przekonującym czynnikiem świadczącym o presji konkurencyjnej wywieranej przez danego operatora.

194 Należy wskazać, że zwiększenie udziałów w rynku w ciągu kilku kolejnych lat stanowi rzeczywiście wskazówkę świadczącą o sile konkurencyjnej. Należy jednak odróżnić niniejszą sprawę od wniosków wyciągniętych przez Sąd w wyroku z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja (T-210/01, EU:T:2005:456), w którym skarżąca była zdecydowanie pierwszym dostawcą silników lotniczych, wykazywała najwyższy poziom wzrostu na rynku i tym samym znajdowała się w sytuacji pozycji dominującej.

195 Rozumowanie to nie ma bowiem zastosowania w niniejszym przypadku, niedotyczącym przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które wzmocniło swoją siłę rynkową. Zwykły wzrost udziału brutto w liczbie nowych abonentów przez kilka kolejnych lat w przypadku najmniejszego operatora sieci ruchomej na rynku oligopolistycznym, mianowicie Three, które w przeszłości zostało uznane za „wolnego strzelca" przez Komisję (sprawa COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) i w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów w niniejszej sprawie, nie stanowi sam w sobie wystarczającej wskazówki, aby móc stwierdzić siłę tego operatora na rynku lub eliminację znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierają na siebie łączące się przedsiębiorstwa.

196 Ponadto Sąd stwierdza, że – jak podniosła skarżąca w skardze i na rozprawie – z wykresów nr 19 i nr 20 w zaskarżonej decyzji wynika, iż udziały Three w rynku zatrzymały się lub ustabilizowały się na poziomie [między 5% a 10%] w latach 2012–2014, zarówno pod względem abonentów, jak i przychodów. Zgodnie z tymi wykresami Three odnotowało niewielki wzrost w zakresie abonentów w ciągu ostatnich lat.

197 W związku z tym zawarty w motywie 474 zaskarżonej decyzji wniosek Komisji, zgodnie z którym zmiana udziału Three w rynku wskazywała na to, że było ono „ważną siłą konkurencyjną", jest również obarczony błędem w ocenie.

198 Argumentacja dotycząca w istocie błędu w ocenie dotyczącego wzrostu liczby abonentów Three jest zatem zasadna.

1 Nieujawnione dane poufne.

iii) W przedmiocie polityki cenowej Three

199 Skarżąca podnosi, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, stwierdzając w motywach 578 i 579 zaskarżonej decyzji, na podstawie „analizy jakościowej i ilościowej cen", iż „Three nadal wywiera znaczną presję konkurencyjną na rynek poprzez swoje cenniki".

200 Analizy skarżącej pokazują bowiem jej zdaniem, że Three w praktyce stosowało ceny nieznacznie niższe od cen stosowanych przez innych operatorów sieci ruchomej w systemie sprzedaży bezpośredniej, ale znacznie wyższe od cen stosowanych przez pozostałych operatorów sieci ruchomej w systemie sprzedaży pośredniej i przez operatorów wirtualnych sieci ruchomych.

201 Jeśli chodzi o analizę jakościową cen przeprowadzoną przez Komisję, zdaniem skarżącej pomija ona kanały dystrybucji pośredniej i zawiera bardzo ograniczoną ocenę sprzedaży operatorów wirtualnych sieci ruchomych.

202 Komisja podnosi, w odniesieniu do własnej analizy jakościowej cen, że w motywach 1032–1079 zaskarżonej decyzji wyraźnie uwzględniła sytuację cennikową operatorów wirtualnych sieci ruchomych i dystrybutorów pośrednich, a także ich ograniczoną zdolność do skompensowania prawdopodobnych skutków, jakie koncentracja miałaby dla cen.

203 Ponadto analiza ilościowa skarżącej przedstawiona w motywie 604 zaskarżonej decyzji potwierdza, że Three było najtańszym operatorem sieci ruchomej w systemie sprzedaży bezpośredniej w okresie od października 2014 r. do lutego 2016 r.

204 Jeśli chodzi o analizę jakościową cen przeprowadzoną przez Komisję, przedstawioną w motywach 580–602 zaskarżonej decyzji, to wynika z niej, że Three oferowało najbardziej konkurencyjne ceny na rynku w przypadku pewnej liczby umów w porównaniu z innymi operatorami sieci ruchomej, a w przypadku innych należące do najbardziej konkurencyjnych na rynku.

205 Zdaniem skarżącej wszystkie analizy jakościowe i ilościowe zawarte w jej odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, jak również w analizie przeprowadzonej przez Hutchinson, pokazują, że ceny Three były średnie i oscylowały między cenami stosowanymi przez innych operatorów sieci ruchomych w sprzedaży bezpośredniej a cenami stosowanymi przez operatorów wirtualnych sieci ruchomych w systemie sprzedaży pośredniej.

206 W szczególności analiza ilościowa stron oparta na 80 000 cen w latach 2014–2016 pozwala zdaniem skarżącej dojść do wniosku, że Three jest „przeciętnym" konkurentem, czyli konkurentem „nieznacznie tańszym" niż inni operatorzy sieci ruchomej w systemie sprzedaży bezpośredniej, lecz „znacznie droższym" niż pozostali operatorzy sieci ruchomej w systemie sprzedaży pośredniej oraz niż operatorzy wirtualnych sieci ruchomych. Ponadto zaskarżona decyzja zrównuje ustalanie niskich cen z agresywną polityką cenową, podczas gdy może ono odzwierciedlać jedynie ofertę niższej jakości lub niższą wartość marki, a zatem nie mieć znaczących skutków dla konkurencji.

207 Zdaniem skarżącej ta wyczerpująca analiza wszystkich cen na rynku w tamtym czasie świadczy o tym, że polityka cenowa Three miała charakter spójny z punktu widzenia cen rynkowych. Natomiast w zaskarżonej decyzji powołano się na ceny wybiórcze, a nawet niepotwierdzone, porównywane z niektórymi pakietami w pewnych momentach, nie wyjaśniając jednak powodu dokonania tego wyboru.

208 W tym względzie Komisja podnosi, że jej analiza dotyczyła najbardziej reprezentatywnych telefonów komórkowych w Zjednoczonym Królestwie. Jej zdaniem nawet jeśli cenniki oferowane przez operatorów wykazują różnice (w zakresie ilości danych, minut połączeń itp.) i nie zawsze oferują identyczne warunki, to jednak są one porównywalne.

209 Sąd stwierdza, że wbrew twierdzeniom skarżącej Komisja uwzględniła w motywach 584, 589, 590, 592–595 i 601 zaskarżonej decyzji cenniki podmiotów niebędących operatorami sieci ruchomej i dystrybutorów pośrednich. Tak więc chociaż w zaskarżonej decyzji Komisja uwzględniła cenniki operatorów wirtualnych sieci ruchomych, to jednocześnie wyjaśniła, że pewna liczba cenników, w szczególności cenników Tesco Mobile i Virgin Mobile, była tańsza od cenników Three.

210 Ponadto Sąd stwierdza, że w sprawie COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange Komisja uznała, że „na rynku detalicznym Zjednoczonego Królestwa operatorzy »wirtualnych« sieci ruchomych odgrywają znaczącą rolę. […] Operatorzy »wirtualnych« sieci ruchomych nie tylko konkurują ze świadczącymi na ich rzecz usługi hostingowe operatorami infrastrukturalnymi w zakresie cen i usług dla klientów, ale także stymulują konkurencję, wprowadzając innowacyjne modele biznesowe” [tłumaczenie nieoficjalne].

211 Tymczasem w motywach 969 i nast. zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że operatorzy wirtualnych sieci ruchomych nie byli w tamtym czasie w stanie skutecznie ograniczyć konkurencyjnego zachowania operatorów sieci ruchomej na rynku detalicznym.

212 Nie wynika z tego jednak, że Three wywierało poprzez swoją politykę cenową silną presję konkurencyjną.

213 Bez konieczności zajmowania przez Sąd stanowiska w tej kwestii należy bowiem stwierdzić, że sam fakt, iż cenniki Three obejmują usługi 4G bez dodatkowych kosztów, nie wystarczy, aby wykazać, że Three stosowało szczególnie agresywną politykę cenową.

214 Podobnie, jak słusznie podkreśla skarżąca, sam fakt, że oferta Three jest tańsza w przypadku niektórych, a nie w przypadku wszystkich segmentów rynku, nie wystarcza w każdym razie, aby wykazać, że stanowi ono „ważną siłę konkurencyjną”, ponieważ jego polityka cenowa musi być zdolna w znaczący sposób zmienić dynamikę konkurencji.

215 Tymczasem zaskarżona decyzja ogranicza się w motywach 588–590 do opisania cen Three jako „należących do najniższych [cen] na rynku” i „należących do najtańszych w segmencie danych niższej klasy”. Ten opis Three nie dowodzi bynajmniej, że polityka cenowa Three może zmienić w znaczący sposób dynamikę konkurencji na rynku.

216 Argumentacja dotycząca w istocie błędu w ocenie polityki cenowej Three jest zatem zasadna, ponieważ Komisja nie wykazała w niniejszym przypadku w sposób wystarczający pod względem prawnym i za pomocą przekonujących dowodów, że Three prowadziło szczególnie agresywną konkurencję w zakresie cen i że zmuszało pozostałych uczestników rynku do dostosowania się do niej lub że polityka cenowa Three była w stanie zmienić w znaczący sposób dynamikę konkurencji na rynku, zgodnie z definicją pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” przypomnianą w pkt 170 powyżej, którą zresztą sama Komisja szczegółowo przedstawiła w odpowiedzi na skargę.

iv) W przedmiocie wcześniejszej roli odegranej przez Three na rynku

217 Zdaniem skarżącej okoliczności faktyczne przedstawione w motywach 497–575 zaskarżonej decyzji, dotyczące wcześniejszej roli odegranej przez Three na rynku, są niepotwierdzone i nie pozwalają na uznanie go za „ważną siłę konkurencyjną”. Dowody przedstawione przez skarżącą wykazują według niej ograniczony wpływ na konkurencję inicjatyw Three, o których mowa w zaskarżonej decyzji.

218 Komisja odpowiada, że wcześniejsza rola odegrana przez Three na rynku jest istotna, ponieważ dowodzi jego zdolności do stawienia czoła wyzwaniom konkurencji i pozwala przewidzieć jego zachowanie w przyszłości (motyw 486 zaskarżonej decyzji). Jego inicjatywy przyczyniały się w sposób konsekwentny do jego rocznego wzrostu. Dowody zawarte w aktach sprawy wskazują zdaniem Komisji, że Three odegrało istotną rolę w obniżce cen 4G.

219 Sąd przypomina, że w zaskarżonej decyzji Komisja przedstawiła sposób, w jaki Three, które jako ostatnie weszło na rynek detaliczny, zmieniło zwyczaje branżowe w zakresie ograniczania wykorzystywania danych i podwyżek cen danych, wprowadzając swój „One Plan” (zob. motywy 497–522, w szczególności motywy 515 i 522), wprowadzając bezpłatny roaming międzynarodowy (motywy 523–538) i oferując 4G bez dodatkowych opłat, co zmusiło jej konkurentów do rezygnacji z ich strategii sprzedaży 4G po wyższej cenie (motywy 539–572, w szczególności motywy 565 i 572).

220 Jednakże, jak podkreśla skarżąca, inicjatywy handlowe podjęte przez Three, zbadane przez Komisję w motywach 497–575 zaskarżonej decyzji w celu wykazania bardzo konkurencyjnego zachowania tej spółki, mają obecnie charakter historyczny, ponieważ były one podejmowane głównie przed zasadniczą zmianą jej strategii pod koniec 2013 r., kiedy Three przeszło od konkurencji cenowej do konkurencji marki.

221 Wydaje się jednak, że Komisja początkowo potwierdziła w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów wcześniejsze uznanie Three za „wolnego strzelca” na rynku telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

222 W pkt 1258 i 1357 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów Komisja stwierdziła bowiem, że w następstwie transakcji Three stałoby się liderem na rynku, mającym niewielką motywację, a nawet niemającym żadnej motywacji do zakłócania wszelkiej ewentualnej koordynacji. W następstwie transakcji na rynku znajdowałyby się trzy niepowodujące zakłóceń przedsiębiorstwa, co mogłoby wywołać na rynku skoordynowane skutki, podczas gdy wcześniejsze próby koordynacji zakończyły się niepowodzeniem z powodu zakłócającego zachowania Three.

223 Ponieważ teoria szkody oparta na skoordynowanych skutkach została następnie porzucona przez Komisję w zaskarżonej decyzji, argumentacja Komisji dotycząca wcześniejszej roli Three na rynku nie ma potwierdzonej mocy dowodowej w całościowej analizie zbioru dowodów na poparcie pierwszej teorii szkody.

224 Jednak nawet jeśli sama w sobie argumentacja Komisji dotycząca wcześniejszej roli Three jest prawidłowa, czego skarżąca wydaje się nie podważać, Komisja nie wykazała w zaskarżonej decyzji, że ta historyczna rola Three jest reprezentatywna dla jego polityki cenowej w momencie zgłoszenia koncentracji. Rozumowanie Komisji w tym względzie wydaje się wskazywać na to, że przedsiębiorstwo, które wcześniej odgrywało rolę podmiotu powodującego zakłócenia, siłą rzeczy będzie odgrywać tę samą rolę w przyszłości i nie będzie mogło zmienić swojej sytuacji na rynku poprzez przyjęcie odmiennej polityki cenowej.

225 Argumentacja dotycząca w istocie błędu w ocenie wcześniejszej roli odegranej przez Three na rynku, a w szczególności jej wartości jako dowodu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, jest zatem zasadna.

226 W świetle całości powyższych rozważań należy uwzględnić zarzut dotyczący stopnia nasilenia presji konkurencyjnej Three na rynku detalicznym.

c) W przedmiocie oceny bliskiego stosunku konkurencji

227 Innym czynnikiem, którym posłużyła się Komisja w celu stwierdzenia, że koncentracja wywołałaby nieskoordynowane skutki, jest fakt, że Three i O2 „są bliskimi konkurentami na całym rynku detalicznym” (motyw 463 zaskarżonej decyzji). Wniosek ten opiera się na jakościowej ocenie współczynników przeliczeniowych opartych na danych dotyczących przenoszenia numerów w sieciach ruchomych (zwanych dalej „danymi dotyczącymi MNP”, z ang. „mobile numbers portability”) i współczynników przeliczeniowych opartych na badaniu przeprowadzonym przez Komisję.

228 W części trzeciej zarzutu pierwszego skarżąca podnosi w istocie, że Komisja popełniła błąd, stwierdzając, iż czterej operatorzy sieci ruchomej znajdują się w bezpośredniej bliskości na rynku detalicznym (motywy 438 i 439 zaskarżonej decyzji), że nie uwzględniła ona wysokiego stopnia zamienności ofert podmiotów trzecich oraz że niesłusznie uznała, iż Three i O2 są bliskimi konkurentami, ponieważ nie są oni najbliższymi konkurentami. Wniosek Komisji co do ścisłości stosunku konkurencji jest obarczony naruszeniem prawa i oczywistym błędem w ocenie, ponieważ nie dokonała ona oceny stopnia bliskości między łączącymi się przedsiębiorstwami.

229 W pierwszej kolejności Komisja podnosi, że dokonała względnej oceny bliskości łączących się przedsiębiorstw (zgodnie z zasadami przypomnianymi w motywie 323 zaskarżonej decyzji) i stwierdziła, że przy dużej liczbie uczestników badania rynku Three i O2 są najbliższymi sobie konkurentami (motyw 417 zaskarżonej decyzji). Dokumenty wewnętrzne łączących się przedsiębiorstw (motywy 418, 430 i 438 zaskarżonej decyzji), współczynniki przeliczeniowe (motywy 455 i 460 zaskarżonej decyzji) i badanie zlecone przez Komisję (motyw 461 zaskarżonej decyzji) wskazują według Komisji, że Three i O2 pozostają w ścisłym stosunku konkurencji.

230 Komisja utrzymuje ponadto, że z dowodów zawartych w aktach sprawy wywnioskowała, iż czterej operatorzy sieci ruchomej ściśle konkurują na rynku detalicznym, co jednak nie musi dotyczyć każdego rynku złożonego z czterech uczestników ani każdego rynku oligopolistycznego.

231 W drugiej kolejności Komisja podnosi, że choć stopień substytucyjności względem przedsiębiorstw trzecich ma wpływ na reakcję tych ostatnich na podwyżki cen stosowane przez podmiot powstały w wyniku koncentracji, to jednak nie wpływa on na eliminację znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierają na siebie łączące się przedsiębiorstwa, co jest najbardziej bezpośrednim skutkiem koncentracji na rynku oligopolistycznym, który pozwala on zmierzyć.

232 Ponadto, biorąc pod uwagę, że nie jest konieczne, by łączące się przedsiębiorstwa były najbliższymi konkurentami (motyw 324 zaskarżonej decyzji), okoliczność, że inni konkurenci są równie bliscy, a nawet od nich bliżsi, nie pozwala na wykluczenie istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Dowody dotyczące substytucyjności z produktami przedsiębiorstw trzecich są zatem drugorzędne w stosunku do dowodów dotyczących substytucyjności produktów łączących się przedsiębiorstw.

233 W trzeciej kolejności Komisja nie kwestionuje, że według współczynników przeliczeniowych opartych na danych dotyczących MNP [poufne]. Jednakże, zdaniem Komisji, aby jednostronna podwyżka cen była korzystna dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, istotne jest nie to, aby produkty łączących się przedsiębiorstw były najbliższymi substytutami (motywy 324 i 1193 zaskarżonej decyzji), lecz aby przedsiębiorstwa te były bliskimi konkurentami, a ich rywalizacja była istotnym źródłem konkurencji na rynku (motyw 463 zaskarżonej decyzji).

234 Sąd stwierdza, że pojęcie „bliskiego konkurenta” nie figuruje w rozporządzeniu nr 139/2004, lecz jedynie w wytycznych, które zawierają rubrykę zatytułowaną „[ł]ączące się przedsiębiorstwa są bliskimi konkurentami”.

235 Ponadto stosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z motywem 25 tego rozporządzenia wymaga eliminacji silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, co stanowi jednostronny najbardziej bezpośredni skutek koncentracji na rynku oligopolistycznym, jak słusznie podkreśliła przed Sądem Komisja.

236 W tym względzie „bliskość konkurencji” została już zaakceptowana przez Sąd jako dowód ekonomiczny w wyrokach z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja (T-282/06, EU:T:2007:203), i z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja (T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 63 i nast.).

237 Wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja (T-342/07, EU:T:2010:280), dotyczył użycia pojęcia „najbliższych konkurentów" i kwestii, czy Komisja mogła automatycznie wywnioskować z niego istnienie, a następnie eliminację silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa. Natomiast w wyroku z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja (T-282/06, EU:T:2007:203), Sąd – przeciwnie – stwierdził, że nie można zarzucić Komisji, iż nie rozpatrzyła w zaskarżonej decyzji kwestii bliskości stosunków konkurencyjnych pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami.

238 Zgodnie z pkt 28 wytycznych bliskość tę ocenia się na podstawie stopnia substytucyjności pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorstw. W tym samym punkcie uściślono zatem, że „[p]rodukty mogą być różnicowane w zakresie rynku właściwego w taki sposób, że niektóre z nich są bliższymi substytutami niż inne. Im wyższy stopień substytucyjności pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorstw, tym bardziej prawdopodobne, iż przedsiębiorstwa te znacznie podniosą ceny. […] Bardziej prawdopodobne jest, że łączące się przedsiębiorstwa stłumią swą chęć podnoszenia cen, kiedy przedsiębiorstwa konkurencyjne produkują bliskie substytuty produktów łączących się przedsiębiorstw, niż w przypadku gdy oferują one dalsze substytuty. Dlatego też istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, iż połączenie znacząco przeszkodzi w skutecznej konkurencji, […] kiedy istnieje wysoki stopień substytucyjności pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorstw oraz produktami dostarczanymi przez przedsiębiorstwa konkurencyjne".

239 W zależności od okoliczności właściwy rynek produktowy może bowiem obejmować mniej lub bardziej zbliżone substytuty, wobec czego stosunki konkurencji między produktami należącymi do tego rynku mogą mieć różną intensywność, niezależnie od udziałów w rynku. W konsekwencji nieskoordynowane skutki koncentracji mogą w większym stopniu zależeć od bliskości produktów łączących się przedsiębiorstw niż od ich udziałów w rynku.

240 W niniejszym przypadku, po pierwsze, należy stwierdzić, że zgodnie z pkt 1366 pisma w sprawie przedstawienia zarzutów rynek referencyjny charakteryzuje się, co do zasady, niewielkim stopniem zróżnicowania produktów. Na tym rynku zdaniem Komisji operatorzy starają się zmierzyć się z tym zjawiskiem, stosując strategie różnicujące, które jednak osiągnęły ograniczony sukces.

241 Po drugie, Sąd stwierdza, że pojęcie „bliskiego konkurenta" zawarte w wytycznych pozwala na uwzględnienie okoliczności, iż rywalizacja pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami stanowi istotne źródło konkurencji na rynku, a zatem może być głównym czynnikiem w analizie, jak wynika z pkt 28 wytycznych. Ponadto należy przypomnieć, że stosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z motywem 25 tego rozporządzenia wymaga eliminacji „znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony [przedsiębiorstwa]", co stanowi jednostronny i najbardziej bezpośredni skutek koncentracji na rynku oligopolistycznym, jak słusznie podkreśliła Komisja przed Sądem.

242 Jednakże większość przykładów wymienionych w zaskarżonej decyzji nie ma na celu określenia stopnia bliskości między łączącymi się przedsiębiorstwami lub wykazania, że wywierały one na siebie znaczną presję konkurencyjną, lecz zmierza przede wszystkim do wykazania, że Three i O2 są raczej „bliskimi konkurentami" niż „szczególnie bliskimi konkurentami". Komisja wydaje się zatem raczej analizować bliskość konkurencji między Three i O2 z jednej strony a dwoma innymi operatorami sieci ruchomej z drugiej strony. W motywie 1183 zaskarżonej decyzji doszła ona bowiem do wniosku, że czterej operatorzy sieci ruchomej, nie zaś tylko Three i O2, są „bliskimi konkurentami".

243 Po trzecie, dane wykorzystane przez Komisję do obliczenia współczynników przeliczeniowych, które zostały wykorzystane do analizy poziomu bliskości poszczególnych operatorów, wynikają z sondażu przeprowadzonego przez nią na stosunkowo ograniczonej próbce obejmującej około stu użytkowników. Ponadto wyniki tej analizy nie pokrywają się z wynikami analizy ilościowej przedstawionej w załączniku A do zaskarżonej decyzji. Natomiast współczynniki obliczone przez skarżącą opierają się na danych MNP i dotyczą 200 000 pozycji.

244 Po czwarte, zgodnie z danymi liczbowymi przedstawionymi przez skarżącą, jeśli chodzi o przeniesienie klientów prywatnych O2, [poufne] ze wskaźnikiem przeliczeniowym wynoszącym jedynie [poufne], podczas gdy wskaźnik BT/EE wynosi [poufne], a wskaźnik Vodafone [poufne]. Ponadto najbliższymi konkurentami O2 [poufne] są ogólnie [poufne], stanowiący [poufne] przeniesień O2. Oznacza to, że [poufne].

245 Na rozprawie skarżąca poparła te dane w przekonujący sposób, czemu Komisja nie zaprzeczyła, co potwierdza fakt, że Three nie było szczególnie bliskim konkurentem O2, że [poufne] jest najbliższym konkurentem Three i [poufne] konkurenta najbliższego Three, i [poufne] w najbliższej odległości od Three.

246 Ponadto Komisja potwierdziła na rozprawie, że Three nie prowadziło działalności w segmencie profesjonalnych konsumentów telefonii ruchomej oraz że Three i O2 nie są wobec tego konkurentami w tym segmencie. Brak bliskości konkurencji w tym segmencie rynku potwierdza tabela nr 35 w zaskarżonej decyzji, a w szczególności przypis 313 dotyczący stopnia koncentracji i wskaźnika HHI, które nie zostały przedstawione w zaskarżonej decyzji, ponieważ Komisja nie stwierdziła problemów strukturalnych dotyczących tego segmentu rynku.

247 Wynika z tego, że na rynku telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie Three i O2 nie były szczególnie bliskimi operatorami sieci ruchomej, nawet jeśli na takim rynku wszyscy operatorzy są z definicji mniej lub bardziej bliscy.

248 Również zgodnie z danymi liczbowymi przedstawionymi przez skarżącą na rozprawie, które nie zostały podważone przez Komisję, jeśli chodzi o przeniesienie klientów Three, [poufne] klientów, którzy opuścili Three, czyli blisko [poufne] niż O2. W sumie [poufne] klientów opuszczających Three wybiera operatora innego niż O2.

249 Chociaż można wprawdzie wykazać, że Three i O2 są stosunkowo bliskimi konkurentami na części segmentów skoncentrowanego rynku obejmującego czterech operatorów sieci ruchomej, to jednak sama ta okoliczność nie może wystarczyć do wykazania w niniejszym przypadku eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, i nie wystarcza do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, chyba że co do zasady zakaże się wszelkiej koncentracji powodującej przejście z czterech operatorów do trzech.

250 Należy zatem uwzględnić część trzecią zarzutu pierwszego, dotyczącą niewielkiej mocy dowodowej analizy bliskości konkurencji między Three i O2 w niniejszym przypadku.

d) W przedmiocie oceny ilościowych skutków koncentracji w odniesieniu do cen

251 Na podstawie analizy ilościowej dotyczącej presji na wzrost cen (upward pricing pressure) (zwanej dalej „analizą UPP”) Komisja stwierdziła w motywie 1225 zaskarżonej decyzji, że „koncentracja może zachęcić podmiot powstały w wyniku koncentracji do znacznego podwyższenia cen”.

252 W części piątej zarzutu pierwszego skarżąca podnosi dwa zastrzeżenia dotyczące analizy UPP. Przede wszystkim podnosi ona, że owa analiza nie ma mocy dowodowej, którą przyznaje jej Komisja. Następnie podnosi ona, że taka analiza nie ma żadnej mocy dowodowej w niniejszym przypadku.

1) W przedmiocie mocy dowodowej analizy UPP jako pierwszego „sita”

253 W pierwszej kolejności, zdaniem skarżącej, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie mocy dowodowej analizy UPP, wykorzystując ją w motywie 1191 zaskarżonej decyzji jako spójny dowód znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, podczas gdy analiza UPP ma stanowić pierwsze „sito” służące ustaleniu, czy koncentracja zasługuje na szczegółowe badanie, a ponadto jest ona kwestionowana.

254 Komisja podważa tę argumentację.

255 Sąd stwierdza na wstępie, że wskaźniki presji na wzrost cen, oparte na współczynnikach przeliczeniowych i na marży łączących się przedsiębiorstw, odzwierciedlają ich motywację do podwyższenia cen w wyniku koncentracji. Są one wykorzystywane do oceny nieskoordynowanych skutków połączeń, które stwierdza się zwykle w przypadku produktów jednorodnych.

256 Ogólnie przyjmuje się, że chociaż wskaźniki presji na wzrost cen mogą okazać się użyteczne do celów filtrowania, umożliwiając organom ochrony konkurencji ocenę, czy konieczne jest przeprowadzenie bardziej szczegółowego postępowania wyjaśniającego, to jednak nie można ich uznać za wiarygodne prognozy dotyczące wzrostu cen lub za symulację połączenia.

257 Skarżąca słusznie zatem twierdzi, że analiza UPP, w szczególności, została początkowo przeprowadzona jako pierwsze „sito” służące ustaleniu, czy koncentracja zasługuje na szczegółowe badanie.

258 Należy jednak wskazać, że – jak podkreśla Komisja – przeprowadzona przez nią analiza ilościowa, oparta na analizie GUPPI (gross upward pricing pressure index, wskaźnik brutto presji na wzrost cen), jest bardziej szczegółowa niż prosta analiza UPP, ponieważ może ona uwzględniać prawdopodobną reakcję konkurentów na jednostronną podwyżkę cen przez podmiot powstały w wyniku połączenia, jak wskazano w motywach 253 i 254 załącznika A do zaskarżonej decyzji.

259 W związku z tym powyższe zastrzeżenie jest nieuzasadnione.

2) W przedmiocie analizy UPP w niniejszym przypadku

260 W drugiej kolejności zdaniem skarżącej Komisja popełniła również oczywisty błąd w ocenie w odniesieniu do wniosków wyciągniętych z analizy UPP, ponieważ analiza ta przewiduje wzrost cen w przypadku wszystkich koncentracji horyzontalnych i mogłaby prowadzić do użytecznych rezultatów tylko w przypadku, gdyby został określony próg, powyżej którego wzrost cen przewidywany po koncentracji uznano by za wystarczająco znaczący. Komisja nie uwzględniła tych okoliczności w zaskarżonej decyzji.

261 Pomimo niedoskonałości analizy UPP jej wynik wskazuje zdaniem skarżącej, że koncentracja wzbudza jedynie niewielkie obawy w odniesieniu do konkurencji, w szczególności w porównaniu z wynikami uzyskanymi w sprawach wcześniejszych.

262 W odniesieniu do argumentu skarżącej, zgodnie z którym wpływ na ceny przewidziany w analizie ilościowej był mniejszy niż w sprawach wcześniejszych, Komisja wskazuje, że odpowiedziała na ten argument w motywach 3056–3058 zaskarżonej decyzji, wykazując, iż skutki dla średnich cen w tym konkretnym przypadku mieściły się w przedziale między skutkami przewidywanymi w sprawach irlandzkiej i niemieckiej (zob. pkt 164 powyżej).

263 Ponadto zdaniem Komisji okoliczność, że w przypadku braku wzrostu efektywności lub innych kompensujących czynników jakościowych analiza ilościowa zawsze zapowiada wzrost cen, niekiedy nawet bardzo niewielki, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu jej w ramach całościowej oceny zbioru dowodów dotyczących prawdopodobieństwa, że transakcja spowoduje znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

264 Po pierwsze, Sąd stwierdza, że Komisja przyznaje, iż jej analiza ilościowa opiera się na ograniczonej liczbie kluczowych danych, w szczególności współczynników przeliczeniowych i marży, ale podnosi, że chodzi o istotne wskaźniki rynkowe, jak wyjaśniono w motywie 1195 zaskarżonej decyzji i w motywie 246 załącznika A do tej decyzji.

265 Dlatego też wydaje się, że sama Komisja wykazała się pewną ostrożnością w zaskarżonej decyzji w odniesieniu do mocy dowodowej swojej analizy ilościowej.

266 Z jednej strony Komisja doszła bowiem do wniosku, po przeprowadzeniu oceny jakościowej przedstawionej w motywach 1175–1190 zaskarżonej decyzji, że koncentracja spowodowałaby eliminację silnej presji konkurencyjnej na rynku detalicznym, której wynikiem byłby „prawdopodobnie" wzrost cen. Tę ocenę jakościową uzupełnia analiza ilościowa, streszczona w motywach 1191–1225 i przedstawiona szczegółowo w załączniku A do zaskarżonej decyzji, na podstawie której Komisja wyciąga ten sam wniosek.

267 Z drugiej strony Komisja wyjaśnia w istocie w motywie 250 załącznika A do zaskarżonej decyzji, że uzyskanego wyniku nie należy postrzegać jako dokładnego i precyzyjnego wyliczenia wzrostu cen mogącego wyniknąć z koncentracji, lecz raczej jako „wskaźnik prawdopodobieństwa", że taki wzrost nastąpi.

268 Oznacza to, że jak wynika z samej zaskarżonej decyzji, analizy ilościowej nie uznaje się za decydujący dowód. Z tego względu analiza ta nie wystarcza do wykazania, zgodnie z wymogami dowodowymi przypomnianymi w pkt 118 powyżej, że eliminacja silnej presji konkurencyjnej, którą łączące się przedsiębiorstwa na siebie wywierały, spowoduje znaczący wzrost cen, a tym samym znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

269 Po drugie, skarżąca podnosi, że konieczne jest określenie progu, powyżej którego wzrost cen przewidywany po koncentracji byłby uznawany za wystarczająco znaczący.

270 W tym względzie należy wskazać, że w motywie 252 załącznika A do zaskarżonej decyzji Komisja przyznaje, iż analiza UPP zawsze będzie zapowiadać, w braku wzrostu efektywności, pewien wzrost cen w następstwie koncentracji horyzontalnej eliminującej konkurencję między uczestnikami koncentracji.

271 Komisja podnosi jednak w motywie 252 załącznika A do zaskarżonej decyzji, że analiza ilościowa dotycząca wzrostu cen oraz moc dowodowa, jaką można przypisać takiej analizie, różnią się w poszczególnych przypadkach.

272 Ponadto zakres wzrostu cen jest tylko jednym z czynników istotnych dla całościowej oceny dokonywanej przez Komisję, w szczególności w przypadkach takich jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, w których znacząca szkoda została zidentyfikowana w ramach odrębnych teorii szkody będącej wynikiem eliminacji konkurencji horyzontalnej między łączącymi się przedsiębiorstwami. Komisja wyjaśnia, że z tego powodu nie uznała za konieczne określenia progu, powyżej którego wzrost cen, wynikający z danego środka dowodowego, byłby istotny.

273 Argument ten nie przekonuje jednak Sądu, ponieważ w niniejszej sprawie przewidywany wzrost cen wynosi zdaniem skarżącej, czego Komisja nie podważa, [poufne], podczas gdy przewidywany wzrost cen o 6,6% w sprawie irlandzkiej i o 9,5% w sprawie niemieckiej nie uniemożliwił Komisji udzielenia zezwolenia na te koncentracje z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków.

274 Po trzecie, nawet przy założeniu, że Komisja w sposób wystarczający pod względem prawnym udowodniła w zaskarżonej decyzji, że koncentracja może zachęcić podmiot powstały w wyniku koncentracji do podwyższenia cen i że obliczyła ów wzrost cen w zaskarżonej decyzji, niemniej jednak nie wykazała ona w niniejszym przypadku, że wzrost cen byłby znaczący.

275 W istocie, bez konieczności zobowiązywania Komisji do przyjęcia reguły „de minimis" lub „strefy bezpieczeństwa" („safe harbour") w dziedzinie wzrostu cen w ramach wykazania ewentualnych antykonkurencyjnych skutków koncentracji, do Komisji należy jednak wykazanie tego wzrostu z wystarczająco wysokim stopniem prawdopodobieństwa. Przy podejmowaniu decyzji o zastosowaniu w tym celu analiz ilościowych, takich jak te, które zostały przeprowadzone w załączniku A do zaskarżonej decyzji, musi ona uwzględnić wszystkie istotne czynniki mogące mieć wpływ na poziom cen.

276 Należy stwierdzić, że ze względu na warunki konkurencji panujące na takim rynku koncentracje dokonywane na rynku oligopolistycznym mają tendencję do powodowania w sposób prawie mechaniczny krótkoterminowego wzrostu cen z powodu zniknięcia konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami. Dopiero w średnim okresie konkurencja zewnętrzna, wywierana przez uczestników już obecnych na rynku lub – zależnie od znaczenia barier wejścia na rynek – przez nowych uczestników rynku, zmusiłaby nowy podmiot do obniżenia cen.

277 Podobnie każda koncentracja spowoduje wzrost efektywności, którego zasięg zależy również od zewnętrznej presji konkurencyjnej. Wzrost ów wynika w szczególności z racjonalizacji i integracji procesów produkcji i dystrybucji przez podmiot powstały w wyniku koncentracji. Podmiot ów na ogół będzie bowiem dokonywać eliminacji podwójnych lub zbędnych struktur w sieciach produkcji i dystrybucji, jak również przesunięć lub zwolnień pracowników. Zależnie od okoliczności owe wysiłki racjonalizatorskie mogą skłonić podmiot powstały w wyniku koncentracji do obniżenia cen.

278 Tymczasem należy stwierdzić, że Komisja nie uwzględniła tego typowego zwiększenia efektywności w swojej analizie ilościowej, uznając w motywach 1197 i 1223 zaskarżonej decyzji, że to do strony zgłaszającej należy wykazanie jego istnienia, i odwołując się w tym celu do sekcji 8.5 zaskarżonej decyzji, dotyczącej efektywności.

279 Komisja myli w ten sposób dwa rodzaje efektywności, a mianowicie efektywność, o której mowa w sekcji VII wytycznych, i efektywność właściwą dla każdej koncentracji. W istocie efektywność w rozumieniu wytycznych należy uwzględnić przy dokonywaniu całościowej oceny koncentracji pod względem konkurencyjności w celu zbadania, czy może ona zrównoważyć ograniczające skutki koncentracji. Natomiast kategoria efektywności, o której mowa w niniejszym przypadku, stanowi jedynie część składową modelu ilościowego, który ma na celu ustalenie, czy koncentracja może wywołać takie ograniczające skutki. Chodzi zatem o kwestię dowodu dotyczącego istnienia skutków ograniczających, która pojawia się przed dokonaniem całościowej oceny koncentracji pod względem konkurencyjności w rozumieniu pkt 76 wytycznych.

280 Ponadto Sąd stwierdza, że z dowodów przedstawionych w toku postępowania administracyjnego wynika, iż chociaż można stwierdzić pozytywną korelację pomiędzy koncentracjami powodującymi przejście z czterech operatorów do trzech w sektorze telekomunikacji ruchomej i wzrostem cen, to jednak można również stwierdzić korelację pomiędzy tymi koncentracjami a zwiększeniem inwestycji w sieci dokonywanych przez operatorów sieci ruchomej [zob. w szczególności badanie Centre on Regulation in Europe (CERRE), C. Genakos, T. Valletti, F. Verboven, CERRE, Bruksela, 2015, zatytułowane „Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications", o którym wspomniano w szczególności w pkt 1, 64–68, 71, 72, 76–80 i 108 załącznika B do zaskarżonej decyzji].

281 Chociaż zwiększenie inwestycji przez operatora nie musi oznaczać lepszej jakości sieci, jak podkreśla Komisja w pkt 79 załącznika B do zaskarżonej decyzji, to jednak taka korelacja jest bardziej prawdopodobna niż hipoteza przeciwna, zakładająca pogorszenie jakości sieci. Komisja, na której

spoczywa ciężar dowodu, nie udowodniła w tym względzie w zaskarżonej decyzji, zgodnie z obowiązującymi wymogami dowodowymi, swojej tezy o pogorszeniu jakości sieci, na której częściowo opiera się jej druga teoria szkody, zmierzająca do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

282 W konsekwencji należy stwierdzić, że analiza ilościowa przeprowadzona w niniejszym przypadku jest pozbawiona mocy dowodowej, ponieważ Komisja nie wykazała z wystarczającym prawdopodobieństwem, że nastąpiłby „znaczący" wzrost cen w następstwie wyeliminowania silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa.

283 Biorąc pod uwagę powyższe, część piątą zarzutu pierwszego należy uwzględnić.

e) W przedmiocie całościowej oceny nieskoordynowanych skutków

284 W części siódmej zarzutu pierwszego skarżąca podnosi, że Komisja nie dokonała całościowej oceny istnienia nieskoordynowanych skutków, co stanowi naruszenie prawa i oczywisty błąd w ocenie. Zdaniem skarżącej Komisja nie wyjaśnia również, na jakiej podstawie stwierdziła w motywach 1226 i 1227 zaskarżonej decyzji, że rzekome ograniczenia znoszone przez koncentrację są istotne w rozumieniu pkt 25 wytycznych i że rzekome przeszkody w konkurencji wynikające z koncentracji są znaczące w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, myląc obniżenie konkurencji między Three i O2 z eliminacją silnej presji konkurencyjnej.

285 Komisja odpowiada, że dokonała całościowej oceny prawdopodobnych nieskoordynowanych skutków koncentracji, przedstawiając, po pierwsze, ocenę jakościową w motywach 1175–1190 zaskarżonej decyzji, po drugie, całościową ocenę ilościową w motywach 1191–1225 zaskarżonej decyzji, a po trzecie, wniosek ogólny, w motywach 1226 i 1227 zaskarżonej decyzji.

286 W tym względzie należy zbadać, czy Komisja uściśliła lub wyjaśniła w zaskarżonej decyzji, w jakim zakresie nieskoordynowane skutki byłyby na tyle istotne, że uzasadniałyby wniosek, iż koncentracja przeszkadzałaby „znacząco" skutecznej konkurencji, jak tego wymaga art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

287 W celu wykazania istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym Komisja zbadała kolejno różne czynniki w motywach 330–1174 zaskarżonej decyzji i streściła dokonaną przez siebie ocenę jakościową i ilościową w motywach 1175–1225 tej decyzji. Następnie w motywach 1226 i 1227 zaskarżonej decyzji dokonała całościowej oceny, aby stwierdzić istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Tak więc zaskarżona decyzja rzeczywiście zawiera całościową ocenę istnienia takich nieskoordynowanych skutków, wbrew temu, co twierdzi skarżąca.

288 Jednakże ta całościowa ocena ogranicza się do zwięzłego odniesienia do zbioru dowodów i okoliczności, które dotyczą w szczególności wyeliminowania przez koncentrację ważnej siły konkurencyjnej, ścisłości stosunku konkurencji oraz wysokiego udziału w rynku nowego podmiotu, i mają na celu wykazanie istnienia nieskoordynowanych skutków.

289 Niezależnie od wartości dowodowej tego zbioru dowodów i okoliczności należy stwierdzić, że Komisja w żadnym momencie nie wyjaśniła w zaskarżonej decyzji, czy wskazane nieskoordynowane skutki są „znaczące" lub powodowałyby w niniejszym przypadku znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, jak twierdzi w motywie 1227 zaskarżonej decyzji.

290 Należy zatem uwzględnić argument skarżącej, zgodnie z którym Komisja nie wyjaśniła, na jakiej podstawie doszła do wniosku, że rzekome przeszkody w konkurencji wynikające z koncentracji byłyby znaczące.

291 W świetle całości powyższych rozważań należy uwzględnić zarzut pierwszy bez konieczności badania części szóstej i siódmej tego zarzutu.

D. W przedmiocie drugiej teorii szkody, dotyczącej nieskoordynowanych skutków wywołanych przez zakłócenie umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci

1. Streszczenie zaskarżonej decyzji

292 W toku postępowania przed Komisją skarżąca przedstawiła między innymi dwa plany konsolidacji sieci: „plan [A]" i „plan [B]". Owe plany konsolidacji opierały się na dwóch umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci, po pierwsze, między BT/EE i Three, czyli MBNL, a po drugie, między Vodafone i O2, czyli Beacon.

293 MBNL obejmuje wspólne korzystanie „bierne", dotyczące sieci liczącej około [poufne] placówek i aktywne wspólne korzystanie wyłącznie z technologii 3G, [poufne]. MBNL jest zatem umową dotyczącą głównie biernego wspólnego korzystania. MBNL zezwala na rozwój jednostronny.

294 Co się tyczy umowy Beacon, obejmuje ona wspólne korzystanie w ramach Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd, przewidzianego na pokrycie około [poufne], oraz aktywne wspólne korzystanie, w ramach którego każda ze stron umowy udostępnia aktywną sieć w połowie kraju (Vodafone na zachodzie kraju, a O2 na wschodzie kraju) i korzysta z sieci drugiej strony umowy w drugiej połowie kraju. Aktywne wspólne korzystanie dotyczy technologii 2G, 3G i 4G [poufne]. Beacon jest zatem [poufne]. Beacon zawiera pewne przepisy dotyczące wyłączności.

295 W motywach 1229–1234 zaskarżonej decyzji Komisja wymienia dwie podteorie szkody odnoszące się do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

296 Zdaniem Komisji partnerzy będący stronami każdej z tych dwóch umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci mają obecnie motywację, aby razem rozwijać wspólne elementy swoich sieci w celu stworzenia lepszej sieci niż sieci pozostałych operatorów sieci ruchomej, a w szczególności operatorów sieci ruchomej, którzy zawarli inną umowę dotyczącą wspólnego korzystania z sieci. Koncentracja spowodowałaby zniknięcie tej dynamiki konkurencyjnej, ponieważ podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby stroną obu umów, a Vodafone i BT/EE nie miałyby już partnera w pełni zaangażowanego w umowę, odpowiednio, Beacon i MBNL.

297 Jedna ze szkód dotyczy osłabienia pozycji konkurencyjnej obydwu partnerów będących stronami, odpowiednio, wiążących łączące się przedsiębiorstwa umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci. W motywie 1231 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że sieci ruchome są dla operatorów sieci ruchomych infrastrukturą kluczową, aby oferować ich klientom usługi telekomunikacji ruchomej.

298 Zdaniem Komisji jakość tych sieci jest czynnikiem decydującym dla konkurencji. Dlatego też jedna z podteorii szkody, streszczona w motywie 1232 zaskarżonej decyzji, dotyczy ograniczenia konkurencji ze strony jednego lub drugiego, lub obu innych operatorów sieci ruchomych związanych z łączącymi się przedsiębiorstwami umowami dotyczącymi wspólnego korzystania z sieci, co mogłoby powodować znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji na rynku oligopolistycznym, z ograniczoną liczbą uczestników i znacznymi barierami wejścia na rynek.

299 Inna potencjalna szkoda byłaby zdaniem Komisji spowodowana tym, że wspólne korzystanie z sieci wynikające z transakcji prowadziłoby do spadku inwestycji w całym sektorze infrastruktury sieci. W motywie 1233 zaskarżonej decyzji Komisja podnosi bowiem, że transakcja mogłaby doprowadzić do zmniejszenia synergii, które miałoby wpływ na partnerów będących stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci i umożliwiałoby oportunistyczne zachowanie inwestycyjne podmiotu

powstałego w wyniku koncentracji, co ograniczyłoby inwestycje w całym sektorze, a w konsekwencji poziom skutecznej konkurencji, jaka istniałaby, gdyby nie doszło do transakcji. Również z tego powodu transakcja mogłaby powodować znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji na rynku oligopolistycznym, z ograniczoną liczbą uczestników i znacznymi barierami wejścia na rynek.

300 Właśnie w świetle tych dwóch podteorii szkody Komisja zbadała w motywach 1244–1784 zaskarżonej decyzji plany skarżącej dotyczące konsolidacji sieci, wyjaśniwszy szczegółowo w motywach 1235–1243 tej decyzji znaczenie zbieżności interesów między stronami umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci.

301 W ramach planu [A] podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby [poufne] (motywy 1373–1381 zaskarżonej decyzji).

302 W ramach planu [B] podmiot powstały w wyniku koncentracji [poufne] (motywy 1382–1385 zaskarżonej decyzji).

303 Oba plany [poufne].

304 W motywie 1246 zaskarżonej decyzji Komisja przedstawiła główną tezę, na której opiera się jej ocena możliwego rozwoju sytuacji na rynku w następstwie koncentracji, zgodnie z którą to tezą trwałe zakłócenie prawidłowego funkcjonowania umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci może stanowić przeszkodę w konkurencji ze strony partnera będącego stroną takiej umowy.

305 W tym względzie Komisja wskazała w motywie 1229 zaskarżonej decyzji, że zazwyczaj wspólne korzystanie z sieci może mieć prokonkurencyjne skutki poprzez umożliwienie synergii kosztowej w zakresie rozwoju i eksploatacji sieci ruchomych, która z kolei może pozwolić operatorom sieci ruchomej zapewnić lepszy zasięg i lepszą jakość sieci, wspierając w ten sposób skuteczną konkurencję na korzyść obywateli i społeczeństwa w ogólności.

306 W motywie 1230 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że ponieważ cele te zostały osiągnięte w drodze umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci zawartych między łączącymi się przedsiębiorstwami z innym operatorem, należy zbadać, w jakim zakresie transakcja może mieć wpływ na dalsze realizowanie celu, jakim jest skuteczna konkurencja z korzyścią dla konsumentów.

307 Jeśli chodzi o plan [A], w motywach 1567 i 1778 zaskarżonej decyzji Komisja doszła do wniosku, że ów plan przedstawiony przez łączące się przedsiębiorstwa miałby poważny negatywny wpływ na pozycję konkurencyjną BT/EE, zwiększając koszty BT/EE związane z utrzymaniem i ulepszaniem sieci MBNL oraz pogarszając jakość sieci MBNL, w szczególności poprzez opóźnienie lub utrudnienie inwestycji BT/EE. W motywie 1778 zaskarżonej decyzji Komisja doszła do wniosku, że plan [A] mógłby doprowadzić do istotnej szkody w zakresie zdolności BT/EE do konkurowania na rynkach telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

308 Taki spadek presji konkurencyjnej prawdopodobnie powodowałoby zdaniem Komisji znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji na rynku oligopolistycznym, z ograniczoną liczbą uczestników i znacznymi barierami wejścia na rynek.

309 Wniosek ten znajduje potwierdzenie w szczególności w motywie 1247 zaskarżonej decyzji, w którym wskazano, że zwiększenie kosztów utrzymania i rozwoju istniejącej sieci lub stworzenia standardu przyszłej sieci mogłoby znacząco ingerować w pozycję konkurencyjną Vodafone i BT/EE. Wzrost kosztów przyrostowych („incremental costs”) może zdaniem Komisji spowodować wzrost cen i powstanie szkody po stronie konsumentów. Wzrost kosztów stałych spowodowałby prawdopodobnie, zdaniem Komisji, spadek inwestycji, ponieważ wyższe koszty stałe spowodowałyby nierentowność

inwestycji, które byłyby rentowne, gdyby koszty stałe były niższe. Zmniejszenie inwestycji w jakość sieci mogłoby zatem obniżyć jakość sieci w porównaniu z sytuacją, jaka miałaby miejsce w przypadku braku transakcji.

310 W motywie 1679 zaskarżonej decyzji Komisja przyznaje, że wzrost kosztów dla konkurencyjnego operatora nie musi prowadzić do przeszkody w konkurencji. Jednakże jeżeli wzrost kosztów prowadzi do mniejszych inwestycji lub do pogorszenia jakości usług oferowanych na rynku lub jeśli przerzuca się go na konsumentów poprzez wzrost cen, zmniejsza on, zdaniem Komisji, presję konkurencyjną takiego podmiotu na rynku.

311 Tymczasem wyższe koszty przyrostowe („incremental costs") spowodowałyby prawdopodobnie wyższe ceny, natomiast wyższe koszty stałe spowodowałyby prawdopodobnie spadek jakości sieci. Na rynkach oligopolistycznych z ograniczoną liczbą uczestników zdaniem Komisji bardzo prawdopodobne jest, że zniknięcie presji konkurencyjnej ze strony jednego operatora prowadzi do całkowitego zniknięcia konkurencji na tym rynku.

312 Jeśli chodzi o plan [B], Komisja uznała, że może on poważnie zaszkodzić zdolności Vodafone i, w mniejszym stopniu, BT/EE do konkurowania na rynkach telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie (motywy 1568–1749 i 1779 zaskarżonej decyzji).

313 W szczególności Komisja uważa [poufne] (motywy 1605–1652 zaskarżonej decyzji). Ponadto według Komisji istnieje ryzyko pogorszenia jakości sieci Vodafone w następstwie możliwego tymczasowego przeciążenia sieci [poufne] (motywy 1660–1667 zaskarżonej decyzji). Wreszcie Komisja bada potencjalny wzrost kosztów i ich wpływ na [poufne] (motywy 1668–1724 zaskarżonej decyzji).

314 Zdaniem Komisji plan [B] może również zwiększyć przejrzystość dotyczącą inwestycji realizowanych w ramach sieci, co groziłoby zmniejszeniem całkowitego poziomu inwestycji w infrastrukturę sieci w Zjednoczonym Królestwie (motywy 1725–1742 zaskarżonej decyzji).

315 Komisja rozważyła również pięć innych scenariuszy integracji i stwierdza, że we wszystkich rozważanych przypadkach koncentracja wpłynęłaby negatywnie na pozycję konkurencyjną jednego lub obu podmiotów będących partnerami łączących się przedsiębiorstw w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci (motywy 1386–1389 i 1750–1776 zaskarżonej decyzji).

316 W konsekwencji w motywach 1777–1784 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że koncentracja może zmniejszyć presję konkurencyjną wywieraną przez jednego z operatorów sieci ruchomej lub przez obu operatorów, którzy w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci są partnerami łączących się przedsiębiorstw.

317 W motywie 1777 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że wdrożenie takich planów konsolidacji sieci, jakie zostały jej przedstawione przez strony zgłaszające, w następstwie zmniejszenia liczby operatorów sieci ruchomej w znaczący sposób zaszkodziłoby pozycji konkurencyjnej jednego lub drugiego partnera, lub obu partnerów w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci, tj. BT/EE lub Vodafone.

318 Ponadto Komisja zauważa, że żaden z tych planów konsolidacji nie zawiera zobowiązania do wprowadzenia w życie, jak zostało jej to przedstawione. Biorąc również pod uwagę pięć innych możliwych scenariuszy integracji, o których mowa w pkt 315 powyżej, Komisja stwierdza w motywie 1780 zaskarżonej decyzji, że we wszystkich scenariuszach transakcja zaszkodziłaby pozycji konkurencyjnej jednego lub drugiego, lub obu operatorów sieci ruchomej będących partnerami łączących się przedsiębiorstw w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

319 Dlatego też Komisja stwierdza w motywie 1781 zaskarżonej decyzji, że transakcja mogłaby zmniejszyć presję konkurencyjną wywieraną bądź przez BT/EE, bądź przez Vodafone, bądź przez obu operatorów sieci ruchomej będących partnerami łączących się przedsiębiorstw w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

320 Ponadto Komisja uważa, w odniesieniu do drugiej podteorii szkody przedstawionej w pkt 299 powyżej i w motywie 1233 zaskarżonej decyzji, że sytuacja wspólnego korzystania z sieci, która byłaby wynikiem transakcji zgodnie z planem [B], prowadziłaby prawdopodobnie do spadku inwestycji w sektorze infrastruktury sieci, co ograniczyłoby poziom skutecznej konkurencji, jaka istniałaby, gdyby nie doszło do transakcji.

321 W konsekwencji Komisja stwierdza w motywie 1783 zaskarżonej decyzji, że ze względu na ograniczoną presję konkurencyjną wywieraną przez jednego lub obu pozostałych operatorów sieci ruchomej oraz przez niższy w całym sektorze poziom inwestycji w infrastrukturę sieciową, która byłaby wynikiem niektórych zbadanych przez Komisję planów konsolidacji sieci, koncentracja może spowodować nieskoordynowane skutki antykonkurencyjne na detalicznym rynku usług telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

322 W motywie 1784 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza w istocie, że ze względu na to, iż tego rodzaju skutkó nie może zrekompensować siła nabywcza, wejście na rynek lub wynikająca z tego efektywność, transakcja znacząco zakłóciłaby konkurencję na rynku oligopolistycznym z ograniczoną liczbą konkurentów i wysokimi barierami wejścia na rynek.

2. W przedmiocie zarzutu trzeciego, opartego na błędach w odniesieniu do nieskoordynowanych skutków horyzontalnych wywołanych przez wspólne korzystanie z sieci

323 W ramach zarzutu drugiego skarżąca podnosi, że Komisja popełniła w zaskarżonej decyzji błędy w ustaleniach faktycznych, a także oczywiste błędy w ocenie oraz naruszyła istotne wymogi proceduralne w odniesieniu do nieskoordynowanych skutków wspólnego korzystania z sieci, w szczególności jeśli chodzi o konieczność i zakres konwergencji między stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci (część pierwsza), zmiany obu istniejących umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci w scenariuszu alternatywnym (część druga), zdolność Three do utrudniania jednostronnych rozwiązań BT/EE lub do ich opóźniania (część trzecia), ewentualny negatywny wpływ koncentracji na konkurentów, a nie na konkurencję (część czwarta), szkodę dla pozycji konkurencyjnej BT/EE i Vodafone (część piąta), wpływ zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe (część szósta) i ocenę zobowiązań dotyczących wspólnego korzystania z sieci).

324 Komisja, wspierana przez Zjednoczone Królestwo i BT/EE, kwestionuje argumentację skarżącej.

a) W przedmiocie konwergencji między stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci

325 W części pierwszej zarzutu trzeciego skarżąca podnosi, że teoria konwergencji jest jednocześnie nowa, ponieważ nie została nigdy przywołana we wcześniejszych koncentracjach w sektorze telekomunikacji, i paradoksalna, ponieważ wynika z niej, że konwergencja między stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci jest lepsza niż konkurencja wynikająca z koncentracji, co jest sprzeczne z pojęciem konkurencji, czemu przeczą własne twierdzenia Komisji dotyczące środków zaradczych zaproponowanych przez skarżącą.

326 W odniesieniu do rzekomo bezprecedensowego charakteru teorii konwergencji Komisja podnosi, że okoliczność, iż nie podniosła ona podobnych obaw we wcześniejszych sprawach, można wyjaśnić specyfiką umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, o które chodzi niniejszym przypadku. W tym względzie BT/EE dodaje, że teoria konwergencji została już wskazana w sprawie

COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, w której Komisja stwierdziła, że po przeprowadzeniu koncentracji T-Mobile mogłoby próbować pogorszyć jakość radiowej sieci dostępowej (RAN, z ang. „radio access network") Three w ramach MBNL.

327 Co się tyczy podnoszonego paradoksalnego charakteru teorii konwergencji, Komisja, popierana w tej kwestii przez Zjednoczone Królestwo, podnosi, że jej ocena konwergencji interesów nie jest w żadnym wypadku paradoksalna. Chociaż istnienie umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci skutkuje stworzeniem punktów wspólnych między stronami tych umów, które mogą być korzystne dla konkurencji, gdy porozumienia przekładają się w szczególności na synergię kosztów lub ulepszanie sieci, to jednak strony tych umów zachowują zazwyczaj zdolność konkurowania ze sobą w odniesieniu do istotnych parametrów, w tym cen. Zdaniem Komisji zaskarżona decyzja nie odnosi się do zbieżności lub koordynacji zachowań, lecz do zbieżności interesów w odniesieniu do posiadania sieci umożliwiającej prowadzenie skutecznej konkurencji.

1) W przedmiocie nowatorskiego charakteru teorii szkody w odniesieniu do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci

328 W przedmiocie nowatorskiego charakteru teorii szkody w odniesieniu do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, rozwiniętego tytułem wstępu w ramach części pierwszej zarzutu trzeciego, Sąd stwierdza, że z motywów 1242 i 1243 zaskarżonej decyzji wynika, iż konieczność i znaczenie zbieżności interesów między stronami umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci zostały podniesione przez 3UK przed Komisją w uwagach dotyczących koncentracji zgłoszonej w sprawie M.5650 – T-Mobile/Orange.

329 Jednakże teoria szkody przedstawiona przez Komisję w sprawie M.5650 – T-Mobile/Orange opierała się nie na dopasowaniu lub zerwaniu interesów między stronami umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci, lecz na konieczności zapewnienia określonemu przedsiębiorstwu dostępu do sieci, z której korzystało wspólnie z innym podmiotem, podczas gdy podmiot ten zawarł z przedsiębiorstwem trzecim transakcję mogącą zagrozić dostępowi pierwszego przedsiębiorstwa do tej sieci. Z tego względu, aby rozwiać poważne wątpliwości wskazane przez Komisję, łączące się przedsiębiorstwa podjęły na podstawie art. 6 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 zobowiązania wobec 3UK odnoszące się do czasu trwania umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci MBNL, które zostało przedłużone [poufne], oraz do wprowadzenia mechanizmu szybkiego rozstrzygania sporów.

330 Wynika z tego, że teoria szkody przedstawiona przez Komisję w niniejszej sprawie, oparta na konieczności uniknięcia naruszenia zbieżności interesów stron każdej umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci i utrzymania stabilności rzeczonych umów, jest nowa w stosunku do jej wcześniejszej praktyki decyzyjnej.

331 Jednakże okoliczność, że teoria szkody sformułowana przez Komisję w decyzji jest nowatorska, sama w sobie nie prowadzi do wniosku, że teoria ta jest jako taka mało prawdopodobna lub pozbawiona podstaw. Jak słusznie podkreśla BT/EE, Komisja nie musi ograniczać swojej analizy do teorii szkody rozwiniętych we wcześniejszych decyzjach.

332 Ponadto, jak wynika z pkt 111 powyżej, im bardziej analiza jest prospektywna, a łańcuch przyczynowo-skutkowy jest słabo postrzegalny, niepewny i trudny do wykazania, tym bardziej sąd Unii powinien być wymagający w odniesieniu do dowodów przedstawionych w tym względzie przez Komisję.

2) W przedmiocie podnoszonego paradoksalnego i błędnego charakteru teorii konwergencji interesów i w przedmiocie zakłócenia umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci

333 Skarżąca podnosi, że zawarty w motywach 1238 i 1239 zaskarżonej decyzji wyciągnięty przez Komisję wniosek, zgodnie z którym MBNL i Beacon są „oparte na pewnym stopniu konwergencji interesów", który koncentracja mogłaby zakłócić, jest błędny.

334 Skarżąca twierdzi w szczególności, że rozluźnienie powiązań w ramach MBNL i Beacon po koncentracji mogłoby sprzyjać większej konkurencji między stronami tych umów i wzmocniłoby konkurencję między sieciami.

335 Komisja podważa te argumenty, twierdząc w istocie, że umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci odgrywają ważną rolę w sektorze telekomunikacji ruchomej, w szczególności w Zjednoczonym Królestwie, w którym ocena konwergencji interesów nie jest w żadnym wypadku paradoksalna. Zaskarżona decyzja nie odnosi się do dostosowania lub koordynacji zachowania, lecz do dostosowania interesów w odniesieniu do posiadania sieci umożliwiającej prowadzenie skutecznej konkurencji.

336 W tym względzie Sąd stwierdza na wstępie, że może od razu zgodzić się z częścią przedstawionej przez Komisję teorii szkody, streszczonej w motywie 1232 zaskarżonej decyzji, ponieważ ograniczenie konkurencji ze strony operatora sieci ruchomej, który jest związany z łączącymi się przedsiębiorstwami umowami dotyczącymi wspólnego korzystania z sieci, mogłoby w niektórych przypadkach powodować znaczącą przeszkodę w konkurencji. Byłoby tak na przykład w przypadku przedsiębiorstwa powodującego zakłócenia, które byłoby uzależnione od umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci, aby móc dokonać wejścia na rynek w celu oferowania swoich usług, i które mogłoby zostać niewpuszczone na rynek w następstwie koncentracji.

337 Jak zostało już przypomniane w pkt 296 powyżej, zdaniem Komisji partnerzy w obu wcześniej istniejących umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci w Zjednoczonym Królestwie, to znaczy BT/EE i Vodafone, mają obecnie motywacje, aby razem rozwijać wspólne elementy swoich sieci w celu stworzenia lepszej sieci niż sieci pozostałych operatorów sieci ruchomej, a w szczególności operatorów sieci ruchomej, którzy zawarli inną umowę dotyczącą wspólnego korzystania z sieci. Zdaniem Komisji koncentracja spowodowałaby zatem zniknięcie tej dynamiki konkurencyjnej, ponieważ podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby w każdym wypadku krótko- lub średnioterminowo stroną obu umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, zaś Vodafone i BT/EE nie miałyby już partnera w pełni zaangażowanego w umowę, odpowiednio, Beacon i MBNL.

338 Reasumując, pierwsza podteoria szkody przedstawiona przez Komisję zakłada, jak sama Komisja przyznaje w motywach 1777–1783 zaskarżonej decyzji, że transakcja zaszkodziłaby pozycji konkurencyjnej jednego lub drugiego z dwóch operatorów sieci ruchomej i mogłaby w ten sposób zmniejszyć presję konkurencyjną wywieraną bądź przez BT/EE, bądź przez Vodafone, bądź przez obu operatorów sieci ruchomych, którzy są partnerami łączących się przedsiębiorstw w ramach umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci. Sąd przypomina w tym względzie, że konkurencja oparta na infrastrukturze może być istotnym elementem dla zapewnienia jakości usług na rynku telekomunikacji ruchomej.

339 Zgodnie z praktyką decyzyjną Komisji dotyczącą art. 101 ust. 1 i 3 TFUE umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci, które obejmują wspólne korzystanie z pewnych rodzajów infrastruktury, stwarzają z tego punktu widzenia ryzyko konkurencyjne zróżnicowane w zależności od kontekstu i rodzaju wspólnego korzystania – aktywnego lub biernego. W zależności od wybranego sposobu współpracy autonomia operatorów i ryzyko zmowy są mniej lub bardziej poważne, zaś ryzyko naruszenia konkurencji jest większe lub mniejsze. Jednocześnie umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci mogą przynieść istotne korzyści gospodarcze w zakresie oszczędności kosztów, lepszego zasięgu i szybszego rozwoju sieci [zob. w szczególności decyzja Komisji 2003/570/WE z dnia 30 kwietnia 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG –

sprawa COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement") (Dz.U. 2003, L 200, s. 59) oraz decyzja Komisji 2004/207/WE z dnia 16 lipca 2003 r. dotycząca postępowania na podstawie art. 81 traktatu WE oraz art. 53 porozumienia EOG (sprawa COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland i O2 Germany: umowa ramowa dotycząca wspólnego korzystania z sieci) (Dz.U. 2004, L 75, s. 32).

340 Sąd stwierdza, że okoliczność, iż umowa dotycząca wspólnego korzystania z sieci może, w razie jej zawarcia, wywołać skutki prokonkurencyjne, równoważąc w ten sposób ograniczenia, które powoduje, nie musi oznaczać, iż rozwiązanie, renegocjowanie lub każda późniejsza zmiana w jej równowadze, po dokonaniu koncentracji, musi zostać uznana za znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

341 W istocie taka ocena nowej równowagi konkurencyjnej na rynku, w szczególności ze względu na istnienie takich umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, zależy od możliwych prokonkurencyjnych lub antykonkurencyjnych skutków nowej sytuacji, która może zostać oceniona odrębnie i indywidualnie przez Komisję lub przez krajowe organy ochrony konkurencji, w szczególności w świetle rozwoju rynku, jak zresztą wielokrotnie podkreślał Ofcom w toku postępowania administracyjnego przed Komisją, co wynika z załączników do uwag interwenienta przedstawionych Sądowi przez Zjednoczone Królestwo.

342 Tymczasem, jak podkreśla skarżąca w odpowiedzi na uwagi interwenienta przedstawione w tym względzie przez Zjednoczone Królestwo, zdolność konkurencyjna i motywacja do inwestowania BT/EE i Vodafone nie zależą w decydujący sposób od decyzji inwestycyjnych Three lub od wzrostu kosztów, ale w szczególności od poziomu konkurencji, z jakim będą się mierzyć, od ich zasobów finansowych i od ich strategii. Ograniczenie motywacji Three do inwestowania w jedną lub drugą sieć nie może wynikać wyłącznie i w sposób znaczący z osłabienia zdolności konkurencyjnej drugiej strony umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci.

343 Zdaniem Komisji miałoby to jednak miejsce w szczególności w wypadku, gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji postanowił wycofać się z jednej z dwóch umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, aby skoncentrować się wyłącznie na drugiej, jak uznała Komisja w odniesieniu do dwóch dodatkowych hipotez dotyczących konsolidacji sieci przedstawionych – jeżeli chodzi o hipotezę pierwszą – w motywach 1752–1756 zaskarżonej decyzji, w których założono, że podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby zależny wyłącznie od MBNL, i – jeżeli chodzi o hipotezę drugą – w motywach 1757–1759 zaskarżonej decyzji, w których założono, że podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby zależny wyłącznie od Beacon. W tych dwóch przypadkach Komisja stwierdziła w motywach 1755 i 1759 zaskarżonej decyzji, że zmniejszenie inwestycji w całym sektorze jest mało prawdopodobne.

344 Jednak nawet gdyby przyjąć, że takie scenariusze mogłyby rzeczywiście zaszkodzić pozycji konkurencyjnej bądź BT/EE, bądź Vodafone, należy stwierdzić, że tych antykonkurencyjnych skutków nie można jako takich uznać w niniejszym przypadku za znaczące przeszkody w skutecznej konkurencji na rynku telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

345 Przeciwny wniosek prowadziłby bowiem do umożliwienia Komisji zakazania, co do zasady i na samej tej podstawie, wszelkich koncentracji, które wiązałyby się z przejściem od czterech operatorów do trzech, innych niż te, które w danym przypadku zostałyby dokonane między partnerami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

346 W tym względzie, jak słusznie podkreśla skarżąca, rozluźnienie powiązań w ramach MBNL i Beacon po koncentracji mogłoby równie dobrze sprzyjać większej konkurencji w zakresie infrastruktury między stronami tych umów i wzmocnić konkurencję między sieciami.

347 Należy zatem stwierdzić, że ewentualna rozbieżność interesów między partnerami związanymi umową dotyczącą wspólnego korzystania z sieci, zakłócenie istniejących wcześniej umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, których czas obowiązywania został przedłużony na rzecz Three, a nawet ich rozwiązanie, w niniejszym przypadku nie stanowią jako takie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach.

348 W tych okolicznościach należy uwzględnić część pierwszą zarzutu trzeciego, ponieważ Komisja błędnie stwierdziła, że trwałe zakłócenie umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci może stanowić znaczącą przeszkodę w konkurencji ze strony partnera będącego stroną takiej umowy.

b) W przedmiocie skutków koncentracji dla konkurentów

349 W ramach części trzeciej zarzutu trzeciego skarżąca utrzymuje, że wyciągnięty przez Komisję wniosek sformułowany w motywie 1522 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym podmiot powstały w wyniku koncentracji mógłby w istotny sposób osłabić BT/EE, utrudniając jego inwestycje w sieci lub opóźniając je, jest obarczony błędami.

350 Komisja błędnie oświadczyła w motywie 1512 zaskarżonej decyzji, [poufne].

351 W ramach części czwartej zarzutu trzeciego skarżąca podnosi, że Komisja naruszyła prawo i popełniła oczywisty błąd w ocenie, badając wpływ koncentracji na konkurentów, a nie na konkurencję (motyw 1231 zaskarżonej decyzji), aby stwierdzić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

352 W ramach części piątej zarzutu trzeciego skarżąca podnosi, że twierdzenia Komisji potwierdzające wniosek, iż koncentracja osłabia pozycję konkurencyjną BT/EE i Vodafone, nie opierają się na dowodach, lecz na zwykłych przypuszczeniach. Według skarżącej Komisja naruszyła prawo i popełniła oczywiste błędy w ocenie wynikające z braku dowodu naruszenia pozycji konkurencyjnej BT/EE i Vodafone.

353 Komisja podnosi, że skarżąca wyodrębniła z kontekstu pewne motywy zaskarżonej decyzji, takie jak motyw odnoszący się do przerwania umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci (motyw 1246 zaskarżonej decyzji). Co więcej, choć prawdą jest, że rozpoczęła ona od przedstawienia kategorii szkody wskazanych przez BT/EE i Vodafone (motywy 1249–1285 zaskarżonej decyzji), przeanalizowała je następnie w świetle uwag skarżącej w ramach planu [A] (motywy 1391–1567 zaskarżonej decyzji) i planu [B] (motywy 1568–1748 zaskarżonej decyzji).

354 W tym względzie Zjednoczone Królestwo twierdzi, że wyciągnięty przez Komisję wniosek dotyczący przerwania umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci (motyw 1246 zaskarżonej decyzji) jest nierozerwalnie związany z charakterem i funkcjonowaniem umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci. Zjednoczone Królestwo podnosi również, że było uzasadnione, by Komisja, przeprowadzając pogłębioną ocenę potencjalnego wpływu koncentracji, uwzględniła z punktu widzenia Ofcom istniejące porozumienia w sprawie podziału sieci (motyw 1722 zaskarżonej decyzji).

355 Ponadto Komisja twierdzi, że ze względu na to, iż rynek detaliczny jest bardzo skoncentrowany, a konkurencja między Three i O2 powinna ustać w wyniku koncentracji, wszelkie obniżenie poziomu skutecznej konkurencji, jaka może być wywierana przez BT/EE lub Vodafone, mogłoby mieć negatywny skutek dla konkurencji w ogólności, jak stwierdzono w motywie 1679 zaskarżonej decyzji, w szczególności gdyby prawdopodobna szkoda przejawiła się poprzez obniżenie jakości ich sieci. BT/EE podnosi w tym względzie, że z motywów 1230 i 1529–1546 zaskarżonej decyzji wynika, iż Komisja była zaniepokojona okolicznością, że Three może osłabić pozycję konkurencyjną BT/EE ze względu na to, iż BT/EE wnosi znaczący wkład w konkurencję.

356 Sąd uważa, że części trzecia, czwarta i piąta zarzutu trzeciego są wzajemnie od siebie zależne i tylko łącznie mogą zostać skutecznie zbadane. Na wstępie Sąd stwierdza również, że w ramach tej samej części piątej zarzutu skarżąca zgrupowała szereg zastrzeżeń dotyczących oceny skutków koncentracji dla BT/EE i Vodafone, nie dokonując wyraźnego rozróżnienia między planem [A] a planem [B].

357 Dlatego też Sąd zbada kolejno skutki dla BT/EE i dla Vodafone, zważywszy, że skutki dla BT/EE wynikające z planu [A], stwierdzone w pkt 362–379 poniżej, pojawiają się również, aczkolwiek w mniejszym stopniu, dla BT/EE w ramach planu [B].

358 Na wstępie należy stwierdzić, że nieskoordynowane skutki koncentracji dotyczące możliwego wykorzystania siły rynkowej, w postaci pogorszenia oferowanych usług lub jakości swojej własnej sieci przez jednostkę powstałą w wyniku połączenia, nie zostały przeanalizowane w zaskarżonej decyzji.

359 Tymczasem zgodnie z motywem 25 rozporządzenia nr 139/2004 ocena możliwego wyeliminowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, a także ewentualna redukcja presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów, stanowi sedno oceny nieskoordynowanych skutków wynikających z koncentracji, jak zostało to już stwierdzone w pkt 96 i 97 powyżej.

360 Przeszkody w konkurencji, a więc szkody dla konsumentów, wynikałyby bowiem ze zniknięcia stosunku konkurencji istniejącego między łączącymi się przedsiębiorstwami oraz z okoliczności, że żaden konkurent pozostający na rynku lub potencjalnie wchodzący na rynek nie byłby w stanie skutecznie konkurować z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji. Poza wpływem na ceny koncentracja miałaby również niekorzystne następstwa dla jakości oferty oraz wyboru oferowanego klientom, ponieważ podmiot powstały w wyniku koncentracji nie podlegałby już presji istniejącej wcześniej pomiędzy łączącymi się przedsiębiorstwami (zob. podobnie wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 224).

361 Brak dogłębnego zbadania tej problematyki stanowi słabość analizy przeprowadzonej przez Komisję w zaskarżonej decyzji, która to analiza wymagałaby, aby być użyteczną, szczególnie solidnego i przekonującego rozumowania w odniesieniu do wpływu na konkurentów.

1) W przedmiocie skutków dla BT/EE

362 Po pierwsze, reguły konkurencji Unii mają głównie na celu ochronę mechanizmu konkurencji jako takiego, a nie konkurentów. W tym względzie Komisja słusznie przypomniała w wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2008, C 265, s. 6), że fakt, iż koncentracja wpływa na konkurentów, sam w sobie nie jest problemem. W szczególności fakt, że konkurenci mogą ponieść szkody, ponieważ koncentracja prowadzi do zwiększenia wydajności, sam w sobie nie może stanowić zagrożenia dla konkurencji.

363 Rozumowanie to ma zastosowanie przez analogię w ramach koncentracji horyzontalnej lub w ramach ograniczonego oligopolu, jak ma to miejsce w niniejszym przypadku.

364 W tym przypadku w motywie 1265 zaskarżonej decyzji Komisja wskazuje, że jednym ze sposobów osłabienia pozycji konkurencyjnej jednego z partnerów będących stroną umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci byłoby pogorszenie jakości sieci, której dotyczy któraś z tych dwóch umów. Wydaje się to zdaniem Komisji szczególnie istotne dla partnera będącego stroną umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci, która nie będzie stanowić podstawy skonsolidowanej sieci podmiotu powstałego w wyniku koncentracji.

365 Tytułem przykładu, z motywów 1430 i 1431 zaskarżonej decyzji wynika, że zgodnie z planem [A] podmiot powstały w wyniku koncentracji przewidywał, iż nie będzie korzystać [poufne] z placówek MBNL. Niemniej jednak nadal byłby zobowiązany do udziału w kosztach tych placówek z powodu zobowiązań podjętych wobec Three w 2009 r. w ramach koncentracji T-Mobile/Orange (sprawa COMP/M.5650), które miały rozwiać obawy wyrażone przez Three, [poufne].

366 Jednak utrzymanie obowiązku udziału w kosztach odnoszących się do placówek, które stają się zbędne w ramach obecnej koncentracji, uprzywilejowywałoby pozycję konkurencyjną BT/EE, nawet jeśli Komisja słusznie doszła do wniosku, że zwiększyłoby to motywację łączących się przedsiębiorstw do obniżenia takich kosztów. Jednakże ewentualny spadek motywacji łączących się przedsiębiorstw do dalszego inwestowania w te zbyteczne placówki nie może w sposób nieproporcjonalny wpłynąć na pozycję konkurencyjną BT/EE ani stanowić znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

367 W tym względzie, chociaż wzrost kosztów dla konkurencyjnego operatora nie musi powodować przeszkody w konkurencji, jak słusznie stwierdziła Komisja w motywie 1679 zaskarżonej decyzji, to jednak do Komisji należy w każdym razie wykazanie, że jej teoria szkody opiera się na związku przyczynowym między zakładanym wzrostem kosztów stałych a wzrostem kosztów przyrostowych, który prowadziłby do mniejszej liczby inwestycji, do pogorszenia jakości oferowanych na rynku usług lub, jeśli zostałyby przerzucone na konsumentów poprzez wzrost cen, do zmniejszenia presji konkurencyjnej BT/EE i Vodafone na rynku.

368 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że Komisja nie przedstawiła w zaskarżonej decyzji dowodu na istnienie takiego związku przyczynowego zgodnie z wymogami dowodowymi mającymi zastosowanie w tym przypadku, o których mowa w pkt 111 powyżej.

369 W tym względzie nic w zaskarżonej decyzji nie pozwala przypuszczać, że w ramach oligopolistycznego rynku w sektorze telekomunikacji, obejmującego ograniczoną liczbę uczestników, zniknięcie presji konkurencyjnej jednego operatora doprowadziłaby w sposób „wysoce prawdopodobny" do całkowitego zniknięcia konkurencji na tym rynku, jak podnosi Komisja w motywie 1679 zaskarżonej decyzji.

370 Po drugie, Sąd stwierdza, że ponieważ zostało już wykazane w pkt 96 powyżej, iż w ramach teorii szkody opartej na nieskoordynowanych skutkach koncentracja musi oznaczać „eliminację silnej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa", skutek w postaci zmniejszenia presji konkurencyjnej, jaką pozostali konkurenci wywieraliby na rynku w zakresie jakości, nie jest sam w sobie wystarczający, aby wykazać znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

371 Tymczasem wnioski Komisji ograniczają się do stwierdzenia, że w wyniku ograniczenia zobowiązań Three BT/EE ponosiłoby prawdopodobnie – a przynajmniej spodziewałoby się, że będzie ponosić – wyższe koszty utrzymania istniejącej sieci (motywy 1445–1455 zaskarżonej decyzji) i ulepszania sieci (motyw 1530 zaskarżonej decyzji).

372 Innymi słowy, Komisja nie udowodniła w zaskarżonej decyzji w sposób wystarczający pod względem prawem, że możliwy wzrost kosztów ograniczyłby zdolność BT/EE do inwestowania. Nie wskazała ona również, jakiego rodzaju inwestycje zostałyby dotknięte lub mogłyby być podzielone w odróżnieniu od tych, których by to nie dotyczyło. W istocie zaskarżona decyzja wydaje się opierać na mniej lub bardziej nieprawdopodobnych hipotezach dotyczących braku jakiejkolwiek reakcji BT/EE, które zaprzestałoby po prostu inwestowania w wyniku wzrostu kosztów.

373 Ponadto, jak Sąd stwierdził już w pkt 280 powyżej, z dowodów przedstawionych w toku postępowania administracyjnego wynika, że choć można stwierdzić pozytywną korelację pomiędzy koncentracjami powodującymi przejście z czterech operatorów do trzech w sektorze telekomunikacji ruchomej i wzrostem cen, to jednak można również stwierdzić korelację pomiędzy rzeczonymi koncentracjami a zwiększeniem inwestycji w sieci dokonywanych przez operatorów sieci ruchomej.

374 Po trzecie, jeśli chodzi o możliwość utrudniania przez Three jednostronnych rozwiązań BT/EE, która została przedstawiona w motywach 1473–1522 zaskarżonej decyzji, to należy stwierdzić, że rozumowanie to, oparte w szczególności na uwagach BT/EE oraz na zakwestionowanej interpretacji MBNL, nie wystarcza jako takie, aby wykazać istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w niniejszym przypadku w odniesieniu do planu [A].

375 Z jednej strony bowiem taka ewentualna szkoda dla konkurencji powinna opierać się nie na możliwości, że łączące się przedsiębiorstwa jednostronnie postanowią obniżyć jakość własnej sieci, lecz na możliwych skutkach koncentracji dla drugiego partnera będącego stroną umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci.

376 Z drugiej strony łańcuch przyczynowo-skutkowy jest w przypadku tej hipotezy wyjątkowo słaby. W szczególności teza Komisji opiera się na twierdzeniu, że aby mechanizm przeszkód w inwestycjach BT/EE mógł wystąpić z inicjatywy Three, [poufne].

377 [poufne].

378 Ponadto teza Komisji zakłada, że mechanizm przewidziany przez strony w ramach stosunku współpracy handlowej może z łatwością podlegać nadużyciom, które mogłyby poważnie zaszkodzić jednemu z dwóch partnerów. Wreszcie zakłada ona, że nie ma żadnej możliwości skutecznego odwetu ze strony BT/EE wobec Three poprzez rozwiązanie lub renegocjowanie umowy MBNL, lub wniesienie do Komisji o zmianę zobowiązań podjętych wobec Three, przypomnianych w pkt 329 powyżej.

379 Okoliczność, że taka zmiana jest możliwa z teoretycznego punktu widzenia, nie oznacza, że taki łańcuch zdarzeń nastąpiłby w sposób wystarczająco realistyczny i wiarygodny i spowodowałby dla BT/EE niemożność zaoferowania poziomu usług pozwalającego mu skutecznie konkurować z jednostką powstałą w wyniku połączenia.

2) W przedmiocie skutków dla Vodafone

380 Na wstępie Sąd stwierdza, że zastrzeżenie dotyczące skutków dla Vodafone byłoby skuteczne tylko wtedy, gdyby plan konsolidacji sieci alternatywnej był w niniejszym przypadku najbardziej prawdopodobny, co skarżąca podważa.

381 Po pierwsze, Sąd wskazuje, jak już zostało stwierdzone w odniesieniu do BT/EE, że okoliczność, iż Vodafone wywierałoby mniejszą presję konkurencyjną w następstwie koncentracji, nie jest sama w sobie wystarczająca, aby stwierdzić w niniejszym przypadku znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

382 Po drugie, co się tyczy skutków dla sieci Vodafone, Sąd stwierdza, że Komisja nie wykazała w zaskarżonej decyzji, iż wzrost kosztów miałby wpływ na motywację Vodafone do inwestowania w swoją sieć.

383 Jak bowiem zostało stwierdzone w motywach 1680 i 1681 zaskarżonej decyzji, prawdą jest, że [poufne].

384 Jednakże takie skutki koncentracji, które spowodowałyby [poufne], co może a priori mniej sprzyjać zmowie, nie muszą pociągać za sobą zmniejszenia inwestycji ze strony Vodafone. W szczególności Komisja przyznaje w motywie 1643 zaskarżonej decyzji, że Vodafone byłoby zdolne do absorbcji wzrostu kosztów wynikającego z koncentracji.

385 W tym względzie, jak stwierdza Komisja w motywie 1683 zaskarżonej decyzji, pogorszenie jakości sieci nie jest konsekwencją potencjalnej lub rzekomej niezdolności Vodafone do dokonania niezbędnych inwestycji [poufne] z własnej inicjatywy, lecz wynika z decyzji gospodarczej, którą Vodafone miałoby podjąć [poufne], zgodnie z modelem symulacji przedstawionym przez Vodafone w toku postępowania administracyjnego.

386 Tymczasem teoria szkody Komisji opiera się w szczególności na motywacji Vodafone do ograniczenia inwestycji we własną sieć na podstawie modelowania Vodafone, co pozwala sądzić, że [poufne] jest uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia (motyw 1643 zaskarżonej decyzji).

387 W niniejszym przypadku Komisja podnosi w istocie w motywie 1645 zaskarżonej decyzji, że „[poufne] zasięgu na rynku, na którym wszyscy operatorzy zapewniają [poufne] zasięgu, znacznie zmniejszy konkurencyjność cenników oferowanych przez Vodafone".

388 Chociaż można wątpić, czy taki efekt, wynikający nie z przyszłych decyzji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, lecz z decyzji jednego z jego konkurentów, może zostać uznany za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji, to jednak w zaskarżonej decyzji Komisja nie wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym i zgodnie z obowiązującym wymogiem dowodowym, że taka decyzja ze strony Vodafone wynikałaby w sposób wystarczająco realistyczny i prawdopodobny z koncentracji, zmieniłaby czynniki decydujące o stanie konkurencji na danym rynku i przeszkadzałaby, w niniejszym przypadku, w sposób „znaczący" w skutecznej konkurencji na danym rynku.

389 W tym względzie Komisja nie zdołała udowodnić w zaskarżonej decyzji, na jakiej podstawie – mimo że zdolność Vodafone do pokrycia wzrostu kosztów nie została zakwestionowana – spółka ta miałaby dobrowolnie zdecydować się na obniżenie jakości swojej własnej sieci lub na nieinwestowanie w nią.

390 Tymczasem nawet przy założeniu, że tak by się stało, ocena jakości jako jednego z narzędzi konkurencji jest często zadaniem złożonym i nieprecyzyjnym, które wymaga w każdym przypadku wyważenia środków postrzegania różnych konsumentów, w szczególności w sektorach związanych z zaawansowaną technologią.

391 Zakładając nawet, że Vodafone zdecyduje się dobrowolnie, w oparciu o rentowność swoich placówek, na zmniejszenie zasięgu sieci do poziomu [poufne] na rynku, na którym wszyscy inni operatorzy byliby zobowiązani zapewnić zasięg sieci na poziomie [poufne], to w niniejszym przypadku wydaje się bardziej prawdopodobne, że Vodafone wycofałoby się i pogorszyłoby jakość swojej sieci jedynie w regionach najmniej zaludnionych, a zatem najmniej rentownych.

392 Tymczasem nawet przy założeniu, że musiałoby nastąpić podnoszone przez Komisję pogorszenie jakości sieci w następstwie decyzji handlowej Vodafone o nieinwestowaniu w placówki o niskiej rentowności [poufne], w szczególności na obszarach o niskiej gęstości zaludnienia, organy regulacyjne Zjednoczonego Królestwa mogłyby skutecznie zaradzić takiemu skutkowi koncentracji.

393 Po trzecie, inne czynniki również pozwalają wątpić w prawdopodobieństwo analizy przeprowadzonej przez Komisję w zaskarżonej decyzji. Z jednej strony, ponieważ Komisja stwierdziła w motywie 1736 zaskarżonej decyzji, że podmiot powstały w wyniku koncentracji inwestowałby we własną infrastrukturę [poufne], wydaje się prawdopodobne, że podobne inwestycje mogłyby zostać podjęte [poufne] przez Vodafone.

394 Z drugiej strony, [poufne], strony tej umowy przewidziały już możliwość, że koszty poniesione przez strony mogą wzrosnąć w następstwie [poufne].

395 Ponieważ taka możliwość zmiany umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci została już przewidziana, trudno wyobrazić sobie, że wprowadzenie w życie takiej opcji umownej rzeczywiście w znaczący sposób wyrządziłoby Vodafone szkodę.

396 Należy zatem stwierdzić, iż w zaskarżonej decyzji Komisja nie wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym niezdolności Vodafone do skutecznego konkurowania ani też tego, że wszelki wzrost kosztów Vodafone zostałby przerzucony na konsumentów poprzez podniesienie ceny.

397 Z powyższego wynika, że należy uwzględnić części trzecią, czwartą i piątą zarzutu trzeciego, rozpatrywane łącznie.

c) W przedmiocie wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe

398 W ramach części szóstej zarzutu trzeciego skarżąca podnosi, że Komisja naruszyła prawo i popełniła oczywiste błędy w ocenie, analizując wpływ koncentracji na inwestycje w sieci odpowiednio w ramach planu [B] i planu [A].

399 Skarżąca podnosi w szczególności, że mechanizm, za pomocą którego w ramach planu [B] zwiększona przejrzystość inwestycji pomiędzy operatorami sieci ruchomej mogłaby zmniejszyć ich motywację do inwestowania w sieci (motywy 1732–1742 zaskarżonej decyzji), dotyczy, na podstawie pkt 22 wytycznych, skoordynowanych skutków, a nie skutków nieskoordynowanych.

400 Zdaniem Komisji, popieranej przez Zjednoczone Królestwo, nie twierdziła ona, że BT/EE i Vodafone koordynowałyby swoje działania, to znaczy uzgodniłyby w sposób dorozumiany, że nie inwestują, lub zastosowałyby środki odwetowe w przypadku, gdyby jedno z nich inwestowało, lecz że w braku inicjatywy inwestycyjnej ze strony podmiotu powstałego w wyniku koncentracji żaden z pozostałych operatorów sieci ruchomej nie miałby jednostronnej motywacji do inwestowania w nowe technologie. Komisja oparła się zatem na obniżeniu presji konkurencyjnej i jednostronnej motywacji do inwestowania w sieć, które to obniżenie stanowi jednostronny lub nieskoordynowany skutek koncentracji zgodnie z pkt 24 wytycznych.

401 BT/EE podnosi, że Komisja nie przeprowadziła analizy skoordynowanych skutków, lecz jedynie przyznała, że rynek detaliczny jest rynkiem oligopolistycznym. Na takim zaś rynku wszyscy dostawcy są co do zasady wyczuleni na działania swoich konkurentów i reagują na nie z dużym rozeznaniem.

402 Sąd stwierdza na wstępie, że w motywie 1562 zaskarżonej decyzji Komisja doszła do wniosku, iż jest mało prawdopodobne, by zwiększona przejrzystość inwestycji pomiędzy operatorami sieci ruchomych mogła mieć znaczący negatywny wpływ na inwestycje w ramach planu [A] (motyw 1564 zaskarżonej decyzji).

403 Ponadto Komisja stwierdziła w motywie 1735 zaskarżonej decyzji, że plan [B] mógłby mieć znaczący negatywny wpływ na inwestycje w sieci w całym sektorze, ponieważ podmiot powstały w wyniku koncentracji mógłby być poinformowany o inwestycjach BT/EE.

404 Ponadto, jak przyznała sama skarżąca w we własnej analizie scenariuszy konsolidacji, zrezygnowano z opcji [poufne] przedstawionej w motywach 1388 i 1389 zaskarżonej decyzji ze względu na przewidywane zastrzeżenia organów ochrony konkurencji i niewielkie prawdopodobieństwo, że taki scenariusz zostanie przyjęty.

405 W niniejszym przypadku Komisja stwierdziła w motywie 1389 zaskarżonej decyzji, że w najbliższej przyszłości koncentracja stworzyłaby jednak sytuację niepewności, ponieważ nowy podmiot nie mógłby niezwłocznie wdrożyć ani planu [B], ani planu [A]. W okresie przejściowym i krótkoterminowo [poufne].

406 Zdaniem Komisji podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby w stosownym przypadku motywację do dokonania tych samych inwestycji, zarówno na wschodzie, jak i na zachodzie kraju, co ostatecznie umożliwiłoby BT/EE i Vodafone wzajemne poznanie swoich inwestycji (motywy 1735 i 1736 zaskarżonej decyzji). Ta zwiększona przejrzystość powodowałaby zatem ryzyko, że BT/EE i Vodafone czekałyby, aż podmiot powstały w wyniku koncentracji dokona pewnych inwestycji, głównie związanych z rozwojem nowych technologii, zanim same zainwestują (motywy 1737, 1739, 1740 zaskarżonej decyzji).

407 Innymi słowy, zdaniem Komisji jej obawy w ramach drugiej teorii szkody opierają się na zmniejszeniu motywacji wszystkich operatorów sieci ruchomej do inwestowania i proaktywnego ulepszania ich sieci, a także na ograniczeniu presji konkurencyjnej, która powinna z tego wynikać. Obniżenie to zdaniem Komisji wynika ze struktury rynku, która przeważa w ramach planu [B], [poufne], a także ze zwiększonej przejrzystości, jaką ta struktura wniosłaby do strategii inwestycyjnych wszystkich operatów sieci ruchomych.

408 Sąd stwierdza w tym względzie, że w niniejszym przypadku szczególna trudność związana z kontrolą sądową, której powinien poddać zaskarżoną decyzję, polega na tym, że Komisja nie wskazała właściwych ram czasowych, w odniesieniu do których zamierza wykazać znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. W zaskarżonej decyzji Komisja przeanalizowała bowiem bezpośrednie skutki koncentracji, zarówno krótko-, jak i średnioterminowe, poprzez skutek czasowego pokrywania się dwóch umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, jak również skutki średnio- i długoterminowe w świetle planów konsolidacji sieci, nie ustalając jednak jasno, który z wielu istniejących scenariuszy jest najbardziej prawdopodobny lub w świetle którego scenariusza, lub w świetle których scenariuszy należy przede wszystkim badać skutki koncentracji dla konkurencji.

409 Dlatego też Sąd wezwał strony, na potrzeby rozprawy, do przedstawienia ich stanowisk co do ram czasowych właściwych dla oceny skutków koncentracji dla konkurencji.

410 Sąd stwierdza, iż zostało ustalone, w szczególności w motywach 1239 i 1244 zaskarżonej decyzji, że w niniejszym przypadku, bez względu na to, który plan konsolidacji sieci zostanie ostatecznie przyjęty przez strony koncentracji, nie utrzymają one w perspektywie długoterminowej dwóch odrębnych sieci i że nie wydaje się, aby w zaskarżonej decyzji perspektywa długoterminowa była brana pod uwagę jako ramy czasowe właściwe do oceny skutków koncentracji.

411 W tym względzie z motywu 1244 zaskarżonej decyzji wynika, że zgodnie z planami skarżącej podmiot powstały w wyniku koncentracji nie będzie nadal utrzymywać dwóch odrębnych sieci w perspektywie długoterminowej. Podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie musiał w perspektywie długoterminowej skupić się na jednej z dwóch umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

412 Ponadto w motywie 1239 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że w następstwie transakcji dostosowanie interesów i wzajemna zależność zostaną prawdopodobnie zerwane w dwóch umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci istniejących na rynku telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie. Komisja stwierdziła, że chociaż podmiot powstały w wyniku koncentracji opierałby się na obu sieciach w celu dalszego świadczenia usług telekomunikacji ruchomej na rzecz klientów Three i O2, miałby on motywację, aby zaprzestać utrzymywania dwóch sieci w perspektywie długoterminowej. Zdaniem Komisji zakłóci to w sposób nieunikniony dostosowanie interesów z co najmniej jednym z dwóch partnerów w umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci.

413 W przypisie 1012 zaskarżonej decyzji Komisja zauważa, że koncentracja dwóch odrębnych sieci o zasięgu krajowym wydaje się z kilku powodów wysoce nieprawdopodobna. Po pierwsze, oba plany konsolidacji sieci przedstawione przez skarżącą jako dwa realistyczne scenariusze przewidują utworzenie sieci skonsolidowanej. Po drugie, z ekonomicznego punktu widzenia nieroztropne wydaje się eksploatowanie dwóch odrębnych sieci po transakcji w taki sam sposób, jak na zasadzie

autonomicznej, w szczególności jeśli chodzi o przyszłe inwestycje. Komisja wskazuje, że podmiot powstały w wyniku koncentracji musiałby wówczas powielać inwestycje, aby zaoferować je wszystkim swoim klientom.

414 BT/EE zwróciło uwagę Sądu na okoliczność, że istnieje pewna liczba spraw z zakresu koncentracji, w których Komisja przyjęła za podstawę analizę skutków długoterminowych, i przytoczyło sprawę COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), w której Komisja uwzględniła okres ponad dziesięciu lat dla celów analizy skutków koncentracji.

415 Sąd stwierdza, że analiza skutków koncentracji na rynku oligopolistycznym w sektorze telekomunikacji, który wymaga długoterminowych inwestycji i na którym konsumenci często są związani umowami na kilka lat, jest dynamiczną analizą prospektywną, wymagającą uwzględnienia ewentualnych skutków skoordynowanych lub jednostronnych w stosunkowo długim czasie w przyszłości.

416 Tymczasem bez względu na plan konsolidacji sieci ostatecznie przyjęty przez łączące się przedsiębiorstwa nie utrzymałyby one dwóch odrębnych sieci w perspektywie długoterminowej. W konsekwencji należy odrzucić tezę Komisji dotyczącą wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe, ponieważ opiera się ona na założeniu istnienia dwóch odrębnych sieci.

417 Należy zatem uwzględnić część szóstą zarzutu trzeciego, ponieważ Komisja naruszyła prawo, uznając wpływ zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe za nieskoordynowane skutki.

418 W konsekwencji, jeśli chodzi o drugą teorię szkody, należy uwzględnić zarzut trzeci, bez konieczności badania pozostałych części tego zarzutu.

E. W przedmiocie trzeciej teorii szkody dotyczącej istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym

419 Trzecia teoria szkody przedstawiona w motywach 1815–2314 zaskarżonej decyzji dotyczy istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej. Na tym rynku czterej operatorzy sieci ruchomej świadczą usługi hostingowe na rzecz podmiotów niebędących operatorami sieci ruchomej, które z kolei oferują abonentom usługi detaliczne. Zdaniem Komisji koncentracja zmniejszyłaby liczbę operatorów sieci ruchomej pragnących świadczyć usługi hostingowe na rzecz podmiotów niebędących operatorami sieci ruchomej.

420 Bardziej szczegółowo rzecz ujmując, Komisja uważa, że Three stanowi, przed koncentracją, „ważną siłę konkurencyjną” na rynku hurtowym. W tym względzie Komisja stwierdziła w szczególności, że Three, mimo wcześniejszego niewielkiego udziału w rynku wynoszącego [między 0% a 5%] w 2014 r. i w 2015 r. (motywy 1856–1867 zaskarżonej decyzji), odnotowało wzrost brutto liczby klientów przekraczający jego udział w rynku (motywy 1868–1920 zaskarżonej decyzji).

421 W tym celu Komisja obliczyła wartość umów z klientami zawartych w latach 2012–2015. Zgodnie z jej obliczeniami część uzyskana przez Three wynosiła między [poufne] po uwzględnieniu prognozowanej wartości tych klientów w 2018 r. Komisja stwierdza również, że Three znacznie poprawiło swoją pozycję na rynku hurtowym, uczestniczyło w licznych postępowaniach przetargowych, w szczególności dla największych podmiotów niebędących operatorami sieci ruchomej, i zawarło umowy z podmiotami niebędącymi operatorami sieci ruchomej posiadającymi potencjał wzrostu. Podnosi ona, że jego udział w negocjacjach dotyczących usług hurtowych ma wpływ na konkurencję nawet w sytuacjach, w których nie odnosi ono sukcesu, że wprowadza ono konkurencyjne stawki hurtowe w zakresie nowych technologii, takich jak 4G, i że jest uważane za istotnego konkurenta (motywy 1921–2125 zaskarżonej decyzji).

422 Ponadto w motywie 2210 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że koncentracja z jednej strony ograniczyłaby motywację podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do wspierania konkurencji ze względu na fakt, że podmiot ten dysponowałby większą liczbą klientów na rynku detalicznym, co zwiększyłoby ryzyko „kanibalizacji" (motyw 2209 zaskarżonej decyzji), a z drugiej strony miałaby negatywny wpływ na zdolność i motywację BT/EE i Vodafone do wspierania konkurencji (motyw 2291 zaskarżonej decyzji).

423 W motywie 2313 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdza, że koncentracja może pociągnąć za sobą znaczące nieskoordynowane skutki na rynku hurtowym wynikające ze zmniejszenia liczby operatorów sieci ruchomej z czterech do trzech, wyeliminowania Three jako ważnej siły konkurencyjnej, zgodnie z pkt 37 wytycznych, zlikwidowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały wcześniej na siebie łączące się przedsiębiorstwa, oraz z redukcji presji konkurencyjnej na pozostałych uczestników rynku. Co więcej, zdaniem Komisji konkurujący ze sobą operatorzy sieci ruchomej nie mają ani zdolności, ani motywacji koniecznych do przeciwdziałania antykonkurencyjnym nieskoordynowanym skutkom koncentracji.

424 W ramach zarzutu czwartego skarżąca podnosi, że w zaskarżonej decyzji Komisja naruszyła prawo, a także popełniła oczywiste błędy w ocenie i naruszyła istotne wymogi proceduralne w odniesieniu do nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym, w szczególności ze względu na wyciągnięte przez nią wnioski, zgodnie z którymi, po pierwsze, koncentracja znacząco przeszkadzałaby w skutecznej konkurencji na rynku hurtowym (część pierwsza), po drugie, Three było „ważną siłą konkurencyjną" na rynku hurtowym (część druga i trzecia), po trzecie, podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby mniejszą motywację do zmierzenia się z konkurencją (część czwarta) i, po czwarte, jego konkurenci nie mieliby ani zdolności, ani motywacji do konkurowania z nim (część piąta), a także ze względu na uwzględnienie przez Komisję twierdzeń osób postronnych (część szósta). Zdaniem skarżącej każdy z tych błędów powinien skutkować stwierdzeniem nieważności zaskarżonej decyzji.

425 W pierwszej kolejności należy zbadać łącznie trzy pierwsze części zarzutu czwartego oparte na błędach dotyczących stwierdzenia, że koncentracja znacząco przeszkadzałaby w skutecznej konkurencji na rynku hurtowym, i na oczywistym błędzie w ocenie dotyczącym stwierdzenia, że Three jest „ważną siłą konkurencyjną".

426 W części pierwszej zarzutu czwartego skarżąca podnosi, że ponieważ udział w rynku hurtowym Three wynosił [między 0% a 5%] w 2014 r. i nigdy nie przekroczył tego progu, czego Komisja nie kwestionuje (motyw 1856 zaskarżonej decyzji), koncentracja nie miałaby odczuwalnego wpływu na konkurencję. W tym względzie zaskarżona decyzja zdaniem skarżącej opiera się wyłącznie na twierdzeniach dotyczących wyeliminowania Three jako „ważnej siły konkurencyjnej".

427 W drugiej i trzeciej części zarzutu czwartego skarżąca podnosi, że Komisja nie wyjaśniła, dlaczego konkurencja wywierana przez Three na rynku hurtowym jest szczególnie efektywna w porównaniu z konkurencją ze strony innych operatorów, których przewidywalny udział w rynku nie został zbadany. Zdaniem skarżącej nie tylko wszyscy inni uczestnicy rynku byli zdecydowanie bardziej stabilni niż Three, ale sytuacja ta utrzymywała się z biegiem czasu, a niewielki wzrost udziałów w rynku odnotowany ostatnio przez Three był marginalny i nie miał wpływu na strukturę konkurencyjną lub dynamikę rynku. Ponadto Komisja, uznając Three za „ważną siłę konkurencyjną", popełniła błędy zarówno w analizie udziałów w rynku, jak i w analizie udziału brutto Three w liczbie nowych klientów oraz w ocenie jakościowej znaczenia Three na rynku hurtowym.

428 W szczególności w odniesieniu do tej ostatniej kwestii skarżąca podnosi, że wykres nr 125 w zaskarżonej decyzji przedstawiający posiadane przez czterech operatorów sieci ruchomej udziały w rynku hurtowym, oszacowane przez Komisję, wyraźnie wskazuje na słabą pozycję Three w stosunku do jego konkurentów. [poufne]

429 Według skarżącej Komisja również niesłusznie stwierdziła w motywie 1920 zaskarżonej decyzji, że udział Three w rynku nie odzwierciedla jego aktualnej siły konkurencyjnej ani jego znaczenia w mechanizmie konkurencyjnym w przyszłości, na podstawie prognozy jego udziału brutto w liczbie nowych klientów przewyższającego dane dotyczące aktualnego rynku.

430 Wreszcie zdaniem skarżącej okoliczność, że Three nie uczestniczyło w [poufne] z siedmiu dużych przetargów skierowanych do szerokiego kręgu odbiorców w ciągu trzech poprzednich lat, jak również [poufne], przeczy koncepcji, że Three może wiarygodnie konkurować i być „ważną siłą konkurencyjną" na rynku hurtowym.

431 Komisja podważa tę argumentację.

432 Komisja podnosi w szczególności, że udziały w rynku i ich wzrost stanowią jedynie wstępne wskazówki siły rynkowej (pkt 27 wytycznych) oraz że wytyczne zawierają liczne przykłady sytuacji, w których niewielkie udziały w rynku nie uniemożliwiają powstania w wyniku koncentracji problemów w zakresie konkurencji, na przykład gdy dane przedsiębiorstwo odgrywa większą rolę, niż pozwalają to przypuszczać jego udziały w rynku (zob. pkt 37 wytycznych). Zatem fakt, że Three posiada jedynie niewielkie udziały w rynku hurtowym, nie może automatycznie prowadzić do wniosku, że koncentracja nie może powodować znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

433 Ponadto zdaniem Komisji udziały w rynku, ich wzrost i rosnący stopień koncentracji, nawet jeśli stanowią jedynie wstępną wskazówkę siły rynkowej, stanowią istotne do uwzględnienia czynniki na rynkach oligopolistycznych, na których duże znaczenie ma okoliczność, że przedsiębiorstwo jest „ważną siłą konkurencyjną".

434 Sąd stwierdza, że zmniejszenie liczby operatorów z czterech do trzech na rynku hurtowym nie pozwala samo w sobie na stwierdzenie znaczącej przeszkody w konkurencji na rynku hurtowym w niniejszym przypadku. W istocie, jak wynika z motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004, duża liczba rynków oligopolistycznych prezentuje poziom konkurencji, który można uznać za zdrowy.

435 W odniesieniu do udziałów w rynku Sąd stwierdza, że nie zostało zakwestionowane, iż udział w rynku hurtowym Three był bardzo niewielki, to znaczy wynosił [między 0% a 5%] w 2014 r. i w 2015 r.

436 W tym względzie Komisja przyznała zresztą w toku postępowania przed Sądem, że udziały w rynku i ich wzrost stanowią jedynie wstępne wskazówki siły rynkowej, zgodnie z pkt 27 wytycznych, ponieważ jest powszechnie przyjęte, również w jej praktyce decyzyjnej, że niewielkie udziały w rynku są zazwyczaj dobrym wskaźnikiem braku dużej siły rynkowej.

437 W istocie, tak samo jak istnienie dużych udziałów w rynku ma duże znaczenie, a stosunek między udziałami w rynku posiadanymi przez łączące się przedsiębiorstwa a udziałami ich konkurentów stanowi ważną wskazówkę istnienia pozycji dominującej lub znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, ponieważ pozwala na ocenę zdolności konkurencyjnej konkurentów danego przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 201), szczególnie niewielki udział w rynku posiadany przez jedno z łączących się przedsiębiorstw wydaje się sugerować, na pierwszy rzut oka, brak znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, szczególnie jeżeli pozostali operatorzy mają dużo większe udziały w rynku.

438 Chociaż nie można wykluczyć, że pomimo stosunkowo niewielkiego udziału w rynku jednego z łączących się przedsiębiorstw koncentracja znacząco wpłynie na skuteczną konkurencję, jednak do Komisji należy przedstawienie na to przekonujących dowodów.

439 Po pierwsze, łączny udział w rynku łączących się przedsiębiorstw wynoszący [między 30% a 40%] nie wskazuje w niniejszym przypadku na stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, a nawet – sam w sobie – znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

440 Po drugie, Sąd stwierdza, że Komisja twierdzi w motywie 1865 zaskarżonej decyzji, iż wskaźnik HHI będący wynikiem koncentracji przekroczyłby próg przewidziany w wytycznych.

441 Jeśli chodzi o obliczenia wskaźnika HHI, pkt 14 wytycznych przewiduje, że udziały w rynku lub stopień koncentracji dostarczają często pierwszych przydatnych wskazówek dotyczących struktury rynku oraz znaczenia łączących się przedsiębiorstw. Z pkt 16 wytycznych wynika też, że ogólny poziom koncentracji na rynku może również dostarczyć przydatnych informacji o sytuacji dotyczącej konkurencji.

442 Punkty 19–21 wytycznych definiują progi wskaźnika HHI, poniżej których według wszelkiego prawdopodobieństwa koncentracja nie rodzi problemów związanych z konkurencją. A zatem Komisja uważa, że jest mało prawdopodobne, aby koncentracja rodziła problemy horyzontalne związane z konkurencją na rynku, jeżeli wskaźnik HHI po dokonaniu koncentracji zawiera się w przedziale pomiędzy 1000 a 2000, a delta jest niższa od 250, lub jeżeli HHI po dokonaniu koncentracji jest wyższy od 2000, a delta jest niższa od 150, z wyjątkiem szczególnych okoliczności.

443 Skarżąca podniosła zaś przed Sądem, co nie zostało zanegowane przez Komisję, że w niniejszym przypadku delta po koncentracji wyniesie zaledwie [poufne]. Sąd stwierdza, że wartość ta przekracza z pewnością próg, poniżej którego co do zasady wyklucza się, aby koncentracja rodziła problemy związane z konkurencją. Jednak pkt 21 zdanie drugie wytycznych wyjaśnia, że przekroczenie tych progów nie prowadzi do domniemania istnienia problemów związanych z konkurencją.

444 Należy jednak stwierdzić, że im większe jest przekroczenie tych progów, tym bardziej wartości świadczą o problemach związanych z konkurencją (zob. w tym względzie wyrok z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja, T-282/06, EU:T:2007:203, pkt 138), i że w niniejszej sprawie delta jest zaledwie [poufne] powyżej progu przewidzianego w wytycznych w sprawie koncentracji horyzontalnych.

445 W niniejszym przypadku Sąd stwierdza, że Komisja nie oparła się na wcześniejszych udziałach Three w rynku i na poziomie koncentracji, aby dojść do wniosku, że jest ono „ważną siłą konkurencyjną" na rynku hurtowym, lecz na udziale brutto w liczbie nowych klientów (motyw 1857 zaskarżonej decyzji) i swojej analizie jakościowej znaczenia Three na rynku hurtowym.

446 Jednakże okoliczność, że Komisja ustaliła, iż Three odgrywało ważniejszą rolę w konkurencji, niż pozwalałby to przypuszczać jego udział w rynku, nie jest sama w sobie dowodem wystarczającym do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w niniejszym przypadku.

447 W istocie, chociaż nie jest wykluczone, że zastosowanie tylko jednego z czynników wymienionych w wytycznych może w niektórych przypadkach wystarczyć do wykazania istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, to jednak Komisja nie wyjaśniła w wiarygodny sposób w zaskarżonej decyzji, dlaczego udział brutto w liczbie nowych klientów był do tego stopnia decydujący w niniejszym przypadku. Choć prawdą jest, że nie jest konieczne, aby Komisja w każdym przypadku badała wszystkie kryteria, które sama ustaliła w wytycznych, to jednak nie zostało również stwierdzone, że pojedyncze kryterium wystarcza do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w braku szczegółowego zbadania okoliczności faktycznych.

448 Po trzecie, jeśli chodzi o udział brutto w liczbie nowych klientów, Komisja wskazuje, że Three osiągnęło w przybliżeniu między [poufne] całkowitej wartości kwestionowanych umów dotyczących klientów hurtowych. Zdaniem Komisji, nawet gdyby wszystkie korekty sugerowane przez skarżącą zostały zaakceptowane, pozostały udział w pozyskaniu brutto klientów hurtowych byłby znacznie wyższy niż wcześniejszy udział Three w rynku (motywy 1896 i 1917 zaskarżonej decyzji).

449 Jednakże sam fakt, że udział brutto Three w liczbie nowych klientów jest wyższy niż jego udział w rynku, nie może wystarczyć w niniejszym przypadku do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w sytuacji, gdy udział Three w rynku jest w rzeczywistości bardzo niewielki i gdy nawet jego udział brutto w liczbie nowych klientów na rynku obejmującym tylko czterech operatorów jest ograniczony.

450 Należy stwierdzić, iż choć elementy te pozwalają uznać, że Three jest zdolne rywalizować z innymi uczestnikami rynku hurtowego, że jest wiarygodnym konkurentem i ma wpływ na konkurencję, nawet jeśli nie wygrywa przetargów, i że wzmocniło swoją pozycję na rynku, to w każdym razie nie wystarczą one do uznania Three za „ważną siłę konkurencyjną".

451 Po czwarte, co się wreszcie tyczy oceny jakościowej znaczenia Three na rynku hurtowym, Komisja stwierdziła, że Three jest uważane za wiarygodne zagrożenie na rynku i uczestniczyło w znacznej liczbie przetargów (motywy 1936–1987 zaskarżonej decyzji).

452 Tymczasem, jak słusznie podkreśla skarżąca, Komisja nie wykazała, że kryteria, które sama ustaliła w pkt 37 i 38 wytycznych, miały zastosowanie do Three. W istocie twierdzenia Komisji dotyczące przyszłego udziału Three w rynku, jego wiarygodności, konkurencyjnych warunków jego ofert lub skutków jego udziału w przetargach (motywy 2294 i 2295 zaskarżonej decyzji) nie wykazują, nawet gdyby były zasadne, że Three różni się od innych uczestników rynku hurtowego.

453 Ponadto, nawet jeśli uwzględnione przez Komisję okoliczności mogły świadczyć o tym, że Three jest „ważną siłą konkurencyjną", nie pozwalały one wykazać, że Three i O2 wywierały na siebie silną presję konkurencyjną, która zostałaby wyeliminowana w następstwie koncentracji.

454 W konsekwencji należy uwzględnić trzy pierwsze części zarzutu czwartego, bez konieczności badania przez Sąd części czwartej, piątej i szóstej zarzutu czwartego.

455 Należy zatem stwierdzić nieważność zaskarżonej decyzji, bez konieczności orzekania przez Sąd w przedmiocie niezależnego lub współzależnego charakteru trzech teorii szkody lub orzekania w przedmiocie pozostałych argumentów i zarzutów skarżącej.

W przedmiocie kosztów

456 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ Komisja przegrała sprawę, należy – zgodnie z żądaniem skarżącej – obciążyć ją własnymi kosztami oraz kosztami poniesionymi przez skarżącą. Zjednoczone Królestwo i EE Ltd pokrywają własne koszty zgodnie z art. 138 regulaminu postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (pierwsza izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) **Stwierdza się nieważność decyzji Komisji C(2016) 2796 final z dnia 11 maja 2016 r. uznającej za niezgodną z rynkiem wewnętrznym koncentrację dotyczącą nabycia Telefóniki Europe plc przez Hutchison 3G UK Investments Ltd (sprawa COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK).**

2) **Komisja Europejska pokrywa swoje własne koszty oraz koszty poniesione przez CK Telecoms UK Investments Ltd.**

3) **Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej oraz EE Ltd pokrywają własne koszty.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 28 maja 2020 r.

Podpisy

Spis treści

I. Okoliczności powstania sporu 2

II. Zaskarżona decyzja 4

III. Przebieg postępowania 5

IV. Żądania stron 8

V. Co do prawa 8

A. Ramy prawne 8

1. W przedmiocie intensywności kontroli sądowej w dziedzinie koncentracji 9

2. W przedmiocie zakresu zmiany wprowadzonej rozporządzeniem nr 139/2004 9

3. W przedmiocie ciężaru dowodu i standardu dowodu w dziedzinie koncentracji 13

4. W przedmiocie uzasadnienia 15

B. Streszczenie zarzutów i struktury skargi 15

C. W przedmiocie pierwszej teorii szkody, dotyczącej nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym 16

1. Streszczenie zaskarżonej decyzji 16

2. Streszczenie zarzutu pierwszego i głównych dowodów przedstawionych na poparcie pierwszej teorii szkody 17

a) W przedmiocie analizy udziałów w rynku 18

b) W przedmiocie uznania Three za „ważną siłę konkurencyjną” 19

1) W przedmiocie wypaczenia pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” 19

2) W przedmiocie stopnia nasilenia presji konkurencyjnej wywieranej przez Three na rynku detalicznym 22

i) W przedmiocie wzrostu brutto liczby abonentów 22

ii) W przedmiocie wzrostu liczby abonentów Three 24

iii) W przedmiocie polityki cenowej Three 25

iv) W przedmiocie wcześniejszej roli odegranej przez Three na rynku 26

c) W przedmiocie oceny bliskiego stosunku konkurencji 27

d) W przedmiocie oceny ilościowych skutków koncentracji w odniesieniu do cen 30

1) W przedmiocie mocy dowodowej analizy UPP jako pierwszego „sita” 31

2) W przedmiocie analizy UPP w niniejszym przypadku 31

e) W przedmiocie całościowej oceny nieskoordynowanych skutków 34

D. W przedmiocie drugiej teorii szkody, dotyczącej nieskoordynowanych skutków wywołanych przez zakłócenie umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci 35

1. Streszczenie zaskarżonej decyzji 35

2. W przedmiocie zarzutu trzeciego, opartego na błędach w odniesieniu do nieskoordynowanych skutków horyzontalnych wywołanych przez wspólne korzystanie z sieci 38

a) W przedmiocie konwergencji między stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci 38

1) W przedmiocie nowatorskiego charakteru teorii szkody w odniesieniu do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci 39

2) W przedmiocie podnoszonego paradoksalnego i błędnego charakteru teorii konwergencji interesów i w przedmiocie zakłócenia umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci 40

b) W przedmiocie skutków koncentracji dla konkurentów 42

1) W przedmiocie skutków dla BT/EE 43

2) W przedmiocie skutków dla Vodafone 45

c) W przedmiocie wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe 47

E. W przedmiocie trzeciej teorii szkody dotyczącej istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym 49

W przedmiocie kosztów 53