Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)

28. maj 2020*

»Konkurrence – fusioner – trådløs telekommunikationsvirksomhed – detailmarkedet for mobile telekommunikationstjenester – engrosmarkedet for adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobilnet – Hutchisons overtagelse af Telefónica Europe – afgørelse, der erklærer fusionen uforenelig med det indre marked – oligopolistisk marked – væsentlig hindring for effektiv konkurrence – ikke-koordinerede virkninger – bevisbyrde – beviskrav – markedsandele – fusionens indvirkning på priserne – kvantitativ analyse af det forventede opadgående pres på priserne – nære konkurrenter – betydeligt konkurrencepres – betydelig konkurrencemæssig faktor – netdelingsaftaler – koncentrationsgrad – Herfindahl-Hirschmann-indekset – retlig fejl – urigtigt skøn«

I sag T-399/16,

**CK Telecoms UK Investments Ltd**, London (Det Forenede Kongerige), ved advokaterne T. Wessely og O. Brouwer, solicitors A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson og K. Asakura samt B. Kennelly, QC,

sagsøger,

mod

**Europa-Kommissionen** ved T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski og C. Urraca Caviedes, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

**Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland** ved S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short og A. Dadley, som befuldmægtigede, bistået af barristers R. Williams og J. Morrison,

og af

**EE Ltd**, Hatfield (Det Forenede Kongerige), ved barrister A. Lindsay og solicitors C. Chapman og J. Hulsmann,

intervenienter,

angående et søgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2016) 2796 final af 11. maj 2016, hvorved Hutchison 3G UK Investments Ltd's overtagelse af Telefónica Europe plc blev erklæret uforenelig med det indre marked (sag COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

* Processprog: engelsk.

har

RETTEN (Første Udvidede Afdeling),

sammensat af Rettens præsident, M. van der Woude, og dommerne E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen og U. Öberg (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig S. Bukšek Tomac,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmøderne den 2. og den 3. maj 2019,

afsagt følgende

## Dom

### I. Sagens baggrund

1 Den 11. september 2015 modtog Kommissionen en anmeldelse i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, 2004, s. 1) af en påtænkt fusion, hvorved CK Hutchison Holdings Ltd gennem sit indirekte datterselskab, Hutchison 3G UK Investments Ltd, som er blevet til sagsøgeren, CK Telecoms UK Investments Ltd, i henhold til nævnte forordnings artikel 3, stk. 1, litra b), erhvervede enekontrollen med Telefónica Europe plc (herefter »O2«).

2 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for nærværende tvist, var der fire mobilnetoperatører på detailmarkedet for mobile telekommunikationstjenester i Det Forenede Kongerige (herefter »detailmarkedet«). EE Ltd, der er et datterselskab af BT Group plc, som sidstnævnte havde erhvervet i 2016 (herefter samlet »BT/EE«), O2, Vodafone og Hutchison 3G UK Ltd (herefter »Three«), der var et direkte datterselskab af CK Hutchison Holdings, hvis markedsandele beregnet ud fra abonnenter var henholdsvis [30-40%], [20-30%], [10-20%] og [10-20%]. Den fusion, der er genstand for nærværende tvist (herefter »fusionen« eller »transaktionen«), ville give den fusionerede enhed, som samlede Three og O2 (herefter samlet »fusionsparterne«), mulighed for at repræsentere ca. [30-40%] af detailmarkedet og således blive den største operatør på dette marked foran den tidligere historiske operatør, BT/EE, og Vodafone.

3 Ud over disse operatører bestod detailmarkedet ligeledes af flere virtuelle mobilnetoperatører, som Tesco Mobile, Virgin Mobile og TalkTalk, der ikke ejede de net, som de benyttede til at levere mobiltjenester til forbrugerne i Det Forenede Kongerige, og som derfor havde indgået aftaler med en af mobilnetoperatørerne for at have adgang til dennes net til engrospriser. Tesco Mobile var ejet i lige dele af Tesco og O2. Detailmarkedet bestod ligeledes af forhandlere (herefter, sammen med de virtuelle mobilnetoperatører, »ikke-mobilnetoperatører«) og uafhængige detailhandlere som Dixons.

4 Dette marked var kendetegnet ved, at BT/EE og Three på den ene side og Vodafone og O2 på den anden side havde forenet deres net ved netdelingsaftaler. Dette gjorde det muligt for henholdsvis BT/EE og Three (MBNL-aftalen, herefter »MBNL«) og Vodafone og O2 (Beacon-aftalen, herefter »Beacon«) at dele omkostningerne til udbygning af deres net og fortsat konkurrere på detailhandelsplanet.

5 Den 2. oktober 2015 anmodede Det Forenede Kongerige gennem Competition and Markets Authority (konkurrence- og markedsmyndigheden, Det Forenede Kongerige) om henvisning af fusionen i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 139/2004. I denne anmodning fandt Det Forenede Kongerige, at fusionen truede med at hæmme konkurrencen betydeligt på detailmarkedet samt

engrosmarkedet for adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobilnet i Det Forenede Kongerige (herefter »engrosmarkedet«). Det Forenede Kongerige gjorde endvidere gældende, at det var bedst stillet til at behandle fusionen.

6 Den 4. december 2015 vedtog Kommissionen afgørelse C(2015) 8534 final om artikel 9 i forordning nr. 139/2004 i sag M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, hvorved den gav afslag på denne anmodning om henvisning. I denne afgørelse anførte Kommissionen navnlig behovet for at udvise sammenhæng og ensartethed ved bedømmelsen af fusioner i telekommunikationssektoren i de forskellige medlemsstater og institutionens betydelige erfaring fra bedømmelsen af fusioner på de europæiske markeder for mobil telekommunikation.

7 Efter undersøgelsens første fase konkluderede Kommissionen, at der var alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med det indre marked, og den 30. oktober 2015 besluttede den at indlede proceduren efter artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 139/2004.

8 På grundlag af undersøgelsens anden fase, som supplerede konklusionerne fra den første fase, udsendte Kommissionen den 4. februar 2016 en klagepunktsmeddelelse. Den 26. februar 2016 fremsatte sagsøgeren med sine skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

9 For at løse de konkurrencemæssige problemer, der var beskrevet i klagepunktsmeddelelsen, afgav sagsøgeren det første sæt tilsagn den 2. marts 2016.

10 Efter anmodning fra sagsøgeren blev der afholdt en høring den 7. marts 2016.

11 Den 15. marts 2016 fremlagde sagsøgeren ændrede tilsagn (herefter »det andet sæt tilsagn«). Den 18. marts 2016 hørte Kommissionen markedsoperatørerne om det andet sæt tilsagn. Denne høring var rettet til for det første nuværende og potentielle udbydere af mobile telekommunikationstjenester i Det Forenede Kongerige, udbydere af infrastrukturtjenester i sektoren for mobil telekommunikation samt organisationerne MVNO Europe og iMVNOx og for det andet nationale tilsynsmyndigheder for telekommunikation, herunder Det Forenede Kongeriges kommunikationsreguleringsmyndighed (herefter »Ofcom«). Desuden redegjorde de nationale konkurrencemyndigheder i Det Forenede Kongerige, Tyskland og Nederlandene for deres holdning til det andet sæt tilsagn.

12 Den 17. og 23. marts 2016 fremsendte Kommissionen skrivelser til sagsøgeren, hvori den påpegede nye beviser i Kommissionens sagsakter, som støttede de foreløbige konklusioner i klagepunktsmeddelelsen. Den 29. marts og 4. april 2016 fremsatte sagsøgeren skriftlige bemærkninger til sagsfremstillingerne af henholdsvis 17. og 23. marts 2016.

13 Den 6. april 2016 afgav sagsøgeren et nyt sæt ændrede tilsagn efter høringen af markedsoperatørerne.

14 Det rådgivende udvalg på fusionsområdet undersøgte Kommissionens udkast til afgørelse den 27. april 2016 og afgav en positiv udtalelse.

15 Den 11. maj 2016 vedtog Kommissionen afgørelse C(2016) 2796 final om en fusions uforenelighed med det indre marked (sag M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

16 Et resumé af den anfægtede afgørelse er den 29. september 2016 blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT C 357, 2016, s. 15).

## II. Den anfægtede afgørelse

17 I den anfægtede afgørelse definerede Kommissionen to berørte markeder: detailmarkedet og engrosmarkedet.

18 Den udviklede tre skadeteorier, der alle er støttet på eksistensen af såkaldte »ikke-koordinerede« virkninger på et oligopolistisk marked.

19 De to første skadeteorier vedrører detailmarkedet, mens den tredje teori vedrører engrosmarkedet.

20 Den første skadeteori vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet i forbindelse med elimineringen af et betydeligt konkurrencepres. Efter Kommissionens opfattelse ville den betydelige begrænsning af konkurrencen, som ville følge af fusionen, sandsynligvis medføre en prisstigning på mobiltelefonitjenester i Det Forenede Kongerige og en begrænsning af forbrugernes valg.

21 Ifølge den anden skadeteori om, at der var ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet forbundet med netdelingen, kunne transaktionen ligeledes have haft en negativ virkning på tjenesternes kvalitet for forbrugerne i Det Forenede Kongerige, idet udviklingen af mobilnetinfrastrukturen i Det Forenede Kongerige ville blive hæmmet.

22 Den tredje skadeteori vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger i forbindelse med elimineringen af et betydeligt konkurrencepres på engrosmarkedet. På dette marked leverer de fire mobilnetoperatører værtstjenester til ikke-mobilnetoperatørerne, som for deres vedkommende tilbyder abonnenterne detailtjenester. Overtagelsen risikerer ifølge Kommissionen at skabe betydelige ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet, fordi antallet af mobilnetoperatører begrænses fra fire til tre, Three fjernes som betydelig konkurrencemæssig faktor, det betydelige konkurrencepres, som tidligere bestod mellem parterne, fjernes, og konkurrencepresset på de resterende operatører reduceres.

23 Hvad angår de af sagsøgeren anførte effektivitetsgevinster fandt Kommissionen, at de ikke kunne bevises, ikke var særlige for fusionen og ikke kunne komme forbrugerne til gavn.

24 I den anfægtede afgørelses sidste afsnit undersøgte Kommissionen de korrigerende foranstaltninger, som sagsøgeren havde foreslået som tilsagn. Kommissionen fandt, at det andet sæt tilsagn ikke fjernede de afdækkede konkurrenceproblemer, og at det tredje sæt tilsagn, som blev afgivet den 6. april 2016, ikke helt eliminerede de konstaterede konkurrenceproblemer og ikke var dækkende og effektivt i alle henseender.

25 Følgelig fastslog Kommissionen, at transaktionen var uforenelig med det indre marked.

## III. Retsforhandlinger

26 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 25. juli 2016 har sagsøgeren anlagt nærværende søgsmål.

27 I stævningen har sagsøgeren fremsat en anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, der tilsigter at anmode Kommissionen om at forelægge Retten visse oplysninger fra dens sagsakter, som er nødvendige for Rettens undersøgelse af sagen, men som er fortrolige i forhold til sagsøgeren, og som alene sidstnævntes advokater eller eksterne konsulenter havde haft adgang til under den administrative procedure.

28 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 1. december 2016 har BT/EE og Det Forenede Kongerige fremsat anmodning om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande.

29 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 21. december 2016 og den 5. januar 2017 har Kommissionen og sagsøgeren fremsat deres bemærkninger til BT/EE og Det Forenedes Kongeriges anmodninger om intervention.

30 Den 31. januar 2017 har Kommissionen indleveret svarskrift.

31 I svarskriftet har Kommissionen anført, at den ikke havde indsigelser mod at fremlægge de dokumenter, der var genstand for den anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, som var fremsat i stævningen, hvis der blev truffet passende foranstaltninger hvad angår fortroligheden i overensstemmelse med artikel 103, stk. 3, i Rettens procesreglement.

32 Den 31. januar 2017 har sagsøgeren indleveret anmodninger om fortrolig behandling og ikke-fortrolige versioner af stævningen til Rettens Justitskontor i forhold til BT/EE på den ene side og Det Forenede Kongerige på den anden side.

33 Ved kendelser afsagt den 16. marts 2017 har formanden for Rettens Første Afdeling givet BT/EE og Det Forenede Kongerige tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande og at få tilsendt en ikke-fortrolig version af hvert processkrift, som var forkyndt hovedparterne, idet afgørelsen om, hvorvidt der var grundlag for anmodningerne om fortrolig behandling, blev udsat.

34 Ved kendelse om bevisoptagelse afsagt den 16. marts 2017 har Retten anmodet Kommissionen om at fremlægge de dokumenter, der var genstand for den anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller foranstaltning til bevisoptagelse, som var fremsat i stævningen. Kommissionen har fremlagt disse dokumenter den 3. april 2017.

35 Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89 har Retten den 17. marts 2017 anmodet sagsøgeren om at fremlægge en ny version af sin anmodning om fortrolig behandling i forhold til BT/EE.

36 Ved skrivelse af 17. marts 2017 har Rettens Justitskontor meddelt parterne, at afgørelsen om den anden skriftudveksling blev udsat.

37 Den 31. marts 2017 har sagsøgeren til Rettens Justitskontor indleveret en ny version af sin anmodning om fortrolig behandling i forhold til BT/EE samt anmodninger om fortrolig behandling og ikke-fortrolige versioner af svarskriftet i forhold til BT/EE på den ene side og Det Forenede Kongerige på den anden side.

38 Efter forslag fra Første Afdeling har Retten i henhold til procesreglementets artikel 28 besluttet at henvise sagen til et udvidet dommerkollegium.

39 Ved dokumenter indleveret til Rettens Justitskontor den 21. april 2017 har Det Forenede Kongerige og BT/EE gjort indsigelser mod sagsøgerens anmodninger om fortrolig behandling.

40 Den 26. april 2017 afholdtes et møde mellem parterne, deres repræsentanter og den refererende dommer vedrørende spørgsmålene om fortrolighed og muligheden for at koncentrere sagens hovedparters anbringender og argumenter.

41 Den 10. maj 2017 har sagsøgeren fremsat bemærkninger til relevansen af de dokumenter, der var genstand for den anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller foranstaltning til bevisoptagelse, som var fremsat i stævningen. Den 31. maj 2017 har Kommissionen indleveret en anmodning om fortrolig behandling og en ikke-fortrolig version af disse bemærkninger til Rettens Justitskontor i forhold til BT/EE.

42 Som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89 har Retten den 16. maj 2017 anmodet parterne om at fremlægge visse dokumenter og stillet dem skriftlige spørgsmål og anmodet dem om at svare skriftligt.

43 Parterne har indleveret deres bemærkninger som svar herpå den 2. og den 16. juni 2017 samt som bilag til replikken og duplikken henholdsvis den 4. juli og den 31. oktober 2017. Sagsøgeren har bl.a. indleveret en revideret version af sine anmodninger om fortrolig behandling i forhold til BT/EE. BT/EE har ikke fremsat indsigelser mod disse anmodninger inden for den fastsatte frist. Endvidere har sagsøgeren og Det Forenede Kongerige indgået en aftale, hvorefter sagsøgeren fremsendte fortrolige versioner af de forskellige sagsakter til Det Forenede Kongerige. Hovedparterne har ligeledes indleveret anmodninger om at udelade visse oplysninger i forhold til offentligheden.

44 Den 4. juli 2017 har sagsøgeren indleveret replikken til Rettens Justitskontor vedlagt en anmodning om fortrolig behandling og en ikke-fortrolig version i forhold til BT/EE samt en anmodning om at udelade visse oplysninger i forhold til offentligheden. Som bilag til replikken har sagsøgeren som svar på en af foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse af 16. maj 2017 indleveret et endeligt resumé af beviserne med præcisering af relevansen af hvert bevis.

45 Den 28. august 2017 har Kommissionen indleveret en anmodning om fortrolig behandling og en ikke-fortrolig version af replikken til Rettens Justitskontor i forhold til BT/EE.

46 Den 31. august 2017 har Det Forenede Kongerige og BT/EE indleveret deres respektive interventionsindlæg.

47 Den 18. september 2017 har Kommissionen indleveret en anmodning om at udelade visse oplysninger vedrørende replikken i forhold til offentligheden.

48 Ved kendelse afsagt den 26. september 2017 har formanden for Rettens Første Afdeling efter Kommissionens anmodninger om fortrolig behandling i forhold til BT/EE givet sidstnævnte tilladelse til at få tilsendt en ikke-fortrolig version af hvert processkrift, som var forkyndt hovedparterne, idet afgørelsen om, hvorvidt der var grundlag for disse anmodninger, blev udsat.

49 Den 6. oktober 2017 har hovedparterne fremsat en anmodning om at udelade visse oplysninger i forhold til offentligheden samt en anmodning om fortrolig behandling i forhold til BT/EE vedrørende Det Forenede Kongeriges interventionsindlæg og vedlagt de tilhørende ikke-fortrolige versioner. BT/EE har ikke fremsat indsigelser mod denne anmodning om fortrolig behandling inden for den fastsatte frist.

50 Den 20. oktober 2017 har BT/EE bekræftet, at selskabet ikke havde indsigelser til de anmodninger om fortrolig behandling af replikken, som hovedparterne havde indgivet.

51 Den 31. oktober 2017 har Kommissionen indleveret duplik. Som bilag til duplikken har Kommissionen som svar på en af foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse af 16. maj 2017 indleveret et endeligt resumé af beviserne med præcisering af relevansen af hvert bevis.

52 Den 28. november 2017 har hovedparterne indgivet en fælles anmodning om at udelade visse oplysninger i forhold til offentligheden samt en fælles anmodning om fortrolig behandling i forhold til BT/EE vedrørende duplikken og vedlagt de tilhørende ikke-fortrolige versioner. BT/EE har ikke fremsat indsigelser til denne anmodning om fortrolig behandling inden for den fastsatte frist.

53 Den 31. oktober 2017 har sagsøgeren fremsat bemærkninger til BT/EE og Det Forenede Kongeriges interventionsindlæg. Kommissionen har anført, at den ikke havde bemærkninger til nævnte indlæg. Den 14. december 2017 har hovedparterne til Rettens Justitskontor indleveret en anmodning om fortrolig behandling og en fælles ikke-fortrolig version i forhold til BT/EE, sagsøgerens bemærkninger til BT/EE og Det Forenede Kongeriges interventionsindlæg samt en fælles anmodning om at udelade visse oplysninger i forhold til offentligheden. BT/EE har ikke fremsat indsigelser til disse anmodninger inden for den fastsatte frist.

54 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 9. februar 2018 har sagsøgeren fremsat en anmodning om afholdelse af et retsmøde. Kommissionen har ikke taget stilling til afholdelsen af et retsmøde inden for den fastsatte frist.

55 Den 17. april og 25. juli 2018 har Retten som led i foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, jf. artikel 89 i Rettens procesreglement, stillet skriftlige spørgsmål til parterne og anmodet dem om at besvare disse skriftligt.

56 Parterne har indleveret deres bemærkninger som svar herpå den 1., den 2. og den 18. maj, den 25. juni, den 13. juli, den 8. og den 13. august 2018. Eftersom sagsøgeren, BT/EE og Det Forenede Kongerige bl.a. har afgivet fortrolighedserklæringer underskrevet af deres repræsentanter, er de dokumenter, som var genstand for den anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse, der var fremsat i stævningen, blevet forkyndt for dem. Sagsøgeren har ligeledes afgivet bemærkninger vedrørende nævnte dokumenter. Hovedparterne har herefter indleveret anmodninger om fortrolig behandling og fælles ikke-fortrolige versioner af disse bemærkninger i forhold til BT/EE, Det Forenede Kongerige og offentligheden. BT/EE og Det Forenede Kongerige har ikke ønsket at fremsætte bemærkninger til disse dokumenter.

57 Den 23. november 2018 har Kommissionen indleveret sine bemærkninger til sagsøgerens bemærkninger vedrørende de dokumenter, der var genstand for den anmodning om en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse eller bevisoptagelse, der var fremsat i stævningen. Hovedparterne har herefter indleveret anmodninger om fortrolig behandling og fælles ikke-fortrolige versioner af disse bemærkninger i forhold til BT/EE, Det Forenede Kongerige og offentligheden.

58 Den 14. december 2018 har sagsøgeren indgivet en skrivelse vedrørende afholdelse af et retsmøde til Rettens Justitskontor. Kommissionen har indleveret sine bemærkninger til denne skrivelse den 8. februar 2019.

59 Som led i en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse har Retten den 15. februar 2019 anmodet hovedparterne om at fremlægge fælles ikke-fortrolige versioner af retsmøderapporten i forhold til BT/EE og offentligheden. Hovedparterne har fremlagt disse versioner den 1. marts 2019.

60 Efter forslag fra den refererende dommer har Retten (Første Udvidede Afdeling) den 1. marts 2019 besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

61 Ved kendelse om bevisoptagelse af 19. marts 2019 har Retten anmodet Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter. Kommissionen har fremlagt disse dokumenter den 2. april 2019.

62 Den 19. marts 2019 har Retten som led i en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse stillet skriftlige spørgsmål til parterne og opfordret dem til at besvare disse skriftligt. Parterne har indleveret deres svar den 10. april 2019. Hovedparterne har indleveret en anmodning om fortrolig behandling og fælles ikke-fortrolige versioner af deres bemærkninger i forhold til BT/EE og offentligheden.

63 Den 22. marts 2019 har sagsøgeren indgivet en skrivelse med anmodning om afholdelse af et retsmøde for delvist lukkede døre til Rettens Justitskontor. Kommissionen, BT/EE og Det Forenede Kongerige har indgivet deres bemærkninger til denne skrivelse henholdsvis den 2., den 3. og den 4. april 2019.

64 Den 15. april 2019 har Retten vedtaget en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse vedrørende retsmødet.

65 Den 24. april 2019 har sagsøgeren indgivet en skrivelse vedrørende afholdelse af et retsmøde til Rettens Justitskontor. Den 30. april 2019 har BT/EE har fremsat sine bemærkninger til denne skrivelse.

66 Efter retsmødet den 2. og den 3. maj 2019 har sagsøgeren den 10. maj 2019 indgivet en skrivelse med svar på spørgsmål stillet i retsmødet til Rettens Justitskontor. Hovedparterne har indleveret en anmodning om fortrolig behandling og fælles ikke-fortrolige versioner af denne skrivelse til Rettens Justitskontor i forhold til BT/EE og offentligheden.

67 Den mundtlige forhandling er blevet afsluttet den 27. juni 2019.

## IV. Parternes påstande

68 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– Europa-Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder enhver intervenients sagsomkostninger.

69 Kommissionen har, støttet af BT/EE og Det Forenede Kongerige, nedlagt følgende påstande:

– Frifindelse.

– Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

## V. Retlige bemærkninger

### A. Retsforskrifter

70 Med det første anbringendes første led har sagsøgeren fremført argumenter om intensiteten af Rettens prøvelse på fusionsområdet, om de retsforskrifter, der finder anvendelse efter vedtagelsen af forordning nr. 139/2004, og om den bevisbyrde og de beviskrav, der påhviler Kommissionen, når den skal bevise en betydelig hindring for den effektive konkurrence i overensstemmelse med artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004.

71 Eftersom disse argumenter er relevante for gennemgangen af alle de anbringender og argumenter, som parterne har fremsat, skal dette første anbringendes første led undersøges, inden sagsøgerens øvrige anbringender og argumenter undersøges. Det er i øvrigt Rettens opfattelse, at det desuden er hensigtsmæssigt at anføre nogle principper om begrundelsespligten.

### *1. Intensiteten af domstolsprøvelsen på fusionsområdet*

72 Det skal indledningsvis bemærkes, at oprettelsen af Retten i tilknytning til Domstolen og indførelsen af muligheden for behandling i to instanser havde til formål at sikre en større grad af retsbeskyttelse for borgerne, navnlig i sager, hvori det er nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af komplicerede faktiske omstændigheder, og at opretholde kvaliteten og effektiviteten af retsbeskyttelsen inden for EU-retten ved at skabe grundlag for, at Domstolen kan koncentrere sig om sin hovedopgave, som er at værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af EU-retten (jf. i denne retning dom af 17.12.1998, Baustahlgewebe mod Kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 41).

73 I opbygningen af Unionens domstolsordning, hvor Retten skal fastlægge de faktiske omstændigheder og foretage en materiel undersøgelse af tvisten, omfatter rækkevidden af den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, alle oplysninger i de afgørelser, som Kommissionen træffer i henhold til forordning nr. 139/2004, hvoraf Retten sikrer en indgående undersøgelse af både de faktiske og retlige omstændigheder i lyset af de anbringender, som sagsøgerne har fremsat, og under hensyn til alle de af sidstnævnte fremlagte oplysninger.

74 Annullationssøgsmålet tilbyder en processuel ramme, der er særligt egnet med henblik på en indgående og kontradiktorisk undersøgelse af såvel juridiske spørgsmål som spørgsmål vedrørende de faktiske omstændigheder, navnlig på komplekse områder såsom konkurrenceretten, således som det fremgår af tredje betragtning til Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT 1988, L 319, s. 1) (jf. analogt dom af 25.7.2018, Georgsmarienhütte m.fl., C-135/16, EU:C:2018:582, præmis 19).

75 Da den anfægtede afgørelse er blevet vedtaget i henhold til artikel 8 i forordning nr. 139/2004 og er en retsakt til anvendelse af denne forordnings artikel 2 på en fusion, skal Retten som led i sin efterprøvelse af en sådan afgørelses lovlighed holde sig til at analysere Kommissionens stillingtagen til den anmeldte fusion, dvs. at den, henset til sagsøgerens anbringender og argumenter, skal undersøge den måde, hvorpå retsreglerne er blevet anvendt på de faktiske forhold, og udtale sig om berettigelsen af Kommissionens vurderinger vedrørende den anmeldte fusions virkninger på konkurrencen (jf. i denne retning dom af 6.6.2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 53).

76 Som Domstolen gentagne gange har fastslået, skal Unionens retsinstanser selv i tilfælde, der omhandler Kommissionens komplekse vurderinger, ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 39; jf. ligeledes dom af 26.3.2019, Kommissionen mod Italien, C-621/16 P, EU:C:2019:251, præmis 104 og den deri nævnte retspraksis).

### *2. Rækkevidden af ændringen indført ved forordning nr. 139/2004*

77 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen begik en retlig fejl ved i den anfægtede afgørelse at fastlægge en interventionstærskel, der var så lav, at kravet om en betydelig hindring for den effektive konkurrence blev gjort indholdsløst. Anvendelsen af det retlige kriterium, som Kommissionen fastlagde i denne sag, og som var støttet på dens egne retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT C 31, 2004, s. 5, herefter »retningslinjerne«), gav den mulighed for at hindre enhver horisontal fusion på et oligopolistisk marked.

78 I stævningen har sagsøgeren anmodet Retten om at afklare de kriterier, der gælder for at godtgøre eksistensen af en »betydelig hindring for den effektive konkurrence«, når der hverken foreligger en dominerende stilling eller koordinering mellem parterne på et oligopolistisk marked.

79 Efter sagsøgerens opfattelse har den ændring af ordlyden af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, som skal omfatte tilfælde med ikke-koordinerede virkninger på oligopolistiske markeder, ikke sænket Kommissionens interventionstærskel på fusionsområdet.

80 Kommissionen har gjort gældende, at selv om 25. betragtning til forordning nr. 139/2004 ikke gør det muligt at antage, at der foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence på grundlag af et markeds oligopolistiske opbygning, indebærer dette imidlertid, at selv om der i den foreliggende sag ikke kan drages eller er blevet draget nogen konklusion på grundlag af en sådan opbygning, kræver oligopoler særlig opmærksomhed.

81 Retten har i denne henseende bemærket, at Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1989, L 395, s. 1), som nu er blevet erstattet ved forordning nr. 139/2004, fastslog princippet om, at en fusion med fællesskabsdimension, som skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt i fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, bør erklæres uforenelig med det indre marked, hvilket bekræftes i 24. betragtning til forordning nr. 139/2004.

82 26. betragtning til forordning nr. 139/2004 præciserer, at den effektive konkurrence normalt hæmmes betydeligt som følge af skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, og fastsætter, at »med henblik på at fastholde de retningslinjer, der kan udledes af tidligere domme afsagt af de europæiske retter og Kommissionens afgørelser i henhold til forordning nr. 4064/89, samtidig med at der opretholdes en sammenhæng med de standarder vedrørende skade af konkurrencen, som har været anvendt af Kommissionen og Fællesskabets retter med hensyn til fusioners forenelighed med fællesmarkedet, bør denne forordning følgelig fastslå princippet om, at en fusion med fællesskabsdimension, som hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelig med fællesmarkedet«.

83 Endvidere fastsætter artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, som har erstattet artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, nu, at fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med det indre marked.

84 Påvisningen af, at en dominerende stilling skabes eller styrkes i henhold til forordning nr. 139/2004, kan således i visse tilfælde sidestilles med påvisningen af en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence. Dette betyder imidlertid på ingen måde, at der ikke retligt kan sondres mellem de to kriterier, men alene at det af en og samme analyse af de faktiske omstændigheder på et bestemt marked kan udledes, at begge kriterier er opfyldt (jf. i denne retning dom af 21.9.2005, EDP mod Kommissionen, T-87/05, EU:T:2005:333, præmis 49).

85 Unionens retsinstanser har dog ikke til dato udtrykkeligt fortolket forordning nr. 4064/89 eller forordning nr. 139/2004 hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt fusioner, der giver anledning til ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked, er forenelige med det indre marked.

86 Det fremgår af forarbejderne til og ordlyden af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 (jf. særligt adverbiet »navnlig«), at denne bestemmelse blev vedtaget med henblik på at realisere følgende tre mål.

87 For det første skulle kontrollens anvendelsesområde udvides på det materielle plan ved at give Kommissionen mulighed for i den specifikke kontekst med oligopolistiske markeder at opdage operationer, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, selv om de ikke giver de berørte virksomheder mulighed for at skabe eller styrke en individuel eller kollektiv dominerende stilling.

88 For det andet tilsigtede artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 at opretholde og endda styrke begrebet dominerende stilling ved at anerkende den rolle, som dette begreb spiller i den ordning, der inden for Unionen indtages af konkurrenceretten som fortolket af Unionens retsinstanser, og som er at give myndighederne mulighed for i en sammenhæng, der kendetegnes ved friheden til at drive virksomhed, at gribe ind i forhold til operationer, der, såfremt de gennemføres, vil give en eller flere operatører mulighed for at fastlægge konkurrencevilkårene og at fjerne konkurrencen på hele eller en del af det pågældende marked uden at frygte reaktionen fra konkurrenterne eller forbrugerne.

89 For det tredje tilsigtede denne bestemmelse at øge retssikkerheden og at gøre Kommissionens analyse af fusioner mere gennemsigtig og forudsigelig.

90 For at tage hensyn til disse forhold skal artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 fortolkes således, at denne bestemmelse gør det muligt for Kommissionen i visse tilfælde på oligopolistiske markeder at forbyde fusioner, som, selv om de ikke skaber eller styrker en individuel eller kollektiv dominerende stilling, kan påvirke konkurrencen i et omfang, som kan sammenlignes med det, der følger af sådanne stillinger, idet den fusionerede enhed gives en magt, som giver den mulighed for selv at fastlægge konkurrenceparametrene og navnlig at fastsætte priser i stedet for at acceptere dem.

91 Eftersom EU-lovgiver imidlertid ikke har præciseret betingelserne og grænserne for en sådan udvidelse af anvendelsesområdet for forordning nr. 139/2004, skal forordningen fortolkes i lyset af dens formål.

92 I artikel 3, stk. 3, TEU præciseres det ligeledes, at Unionen opretter et indre marked, der i overensstemmelse med protokol (nr. 27) om det indre marked og konkurrence, som er knyttet som bilag til Lissabontraktaten (EUT C 83, 2010, s. 309), og som i henhold til artikel 51 TEU har samme værdi som traktaterne, omfatter et system, der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides.

93 Forordning nr. 139/2004 er således ligesom artikel 101 TEUF og 102 TEUF blandt de konkurrenceregler, der – som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF – er nødvendige for det indre markeds funktion. Formålet med sådanne regler er således netop at forhindre, at konkurrencen fordrejes til skade for almenheden, de enkelte virksomheder og forbrugerne, og dermed at bidrage til at sikre Unionens økonomiske velfærd (jf. analogt dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 20-22, og af 12.12.2018, Servier m.fl. mod Kommissionen, T-691/14, appelleret, EU:T:2018:922, præmis 238).

94 Det følger af fast retspraksis, at forordning nr. 139/2004 navnlig har til formål at sikre, at reorganiseringer i erhvervslivet ikke på længere sigt skader konkurrencen. Ifølge femte, sjette og ottende betragtning til forordning nr. 139/2004 bør EU-retten indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det indre marked eller en væsentlig del heraf betydeligt, og muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i EU (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 21, og af 31.5.2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 41).

95 Det skal nærmere bestemt fastslås, at det følger af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004, at »[u]nder visse omstændigheder kan fusioner, der indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, også selv om der ikke hersker nogen sandsynlighed for samordning mellem medlemmerne af oligopolet, imidlertid bevirke, at konkurrencen hæmmes betydeligt«.

96 Artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 skal således fortolkes i lyset af 25. betragtning hertil, hvori der fastsættes to kumulative betingelser for, at de ikke-koordinerede virkninger af en fusion i visse tilfælde kan medføre, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt: Fusionen skal for det første indebære »eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne«, og for det andet »en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter«.

97 Det følger heraf, at den blotte svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, principielt ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence inden for rammerne af en skadeteori, der støttes på ikke-koordinerede virkninger.

98 Det er bl.a. henset til disse overvejelser, at det skal præciseres, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse støttede sig på koncepterne »ikke-koordinerede virkninger«, »konkurrencenærhed«, »svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter«, og »betydelig konkurrencemæssig faktor«, som ikke fremgår af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, men alene af 25. betragtning hertil og af retningslinjerne.

99 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af retspraksis, at Kommissionen er bundet af de retningslinjer og meddelelser, den har vedtaget som led i sit tilsyn med fusioner, for så vidt som disse ikke afviger fra traktatens bestemmelser og bestemmelserne i forordning nr. 139/2004 (jf. dom af 7.6.2013, Spar Österreichische Warenhandels mod Kommissionen, T-405/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:306, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

100 Selv om Kommissionens praksis i tidligere afgørelser eller retningslinjernes indhold kan være et nyttigt referencegrundlag og unægtelig kan have interesse i den foreliggende sag, kan de ikke i sig selv være afgørende for Rettens analyse. Kommissionens retningslinjer og dens tidligere praksis kan nemlig under alle omstændigheder ikke være bindende for Unionens retsinstanser, som i henhold til artikel 19 TEU er de eneste, der har kompetence til at fortolke EU-retten, eftersom disse retningslinjer bl.a. blot anfører den måde, hvorpå Kommissionen som administrativ myndighed fortolker relevant lovgivning og som Unionens konkurrencemyndighed, bl.a. ud fra et økonomisk synspunkt, anvender forordning nr. 139/2004 (jf. i denne retning dom af 7.3.2002, Italien mod Kommissionen, C-310/99, EU:C:2002:143, præmis 52, af 1.10.2015, Electrabel og Dunamenti Erőmű mod Kommissionen, C-357/14 P, EU:C:2015:642, præmis 68, og af 13.12.2017, Crédit mutuel Arkéa mod ECB, T-712/15, EU:T:2017:900, præmis 75).

101 Disse betragtninger indebærer imidlertid ikke, at Retten ikke som led i sin opgave med fortolkning af EU-retten kan tiltage sig den vejledning og de økonomiske og juridiske vurderinger, der er indeholdt i Kommissionens afgørelsespraksis eller i dens retningslinjer.

102 Som Kommissionen har fremhævet i retningslinjernes punkt 24 vedrørende de ikke-koordinerede virkninger, kan en fusion hindre den effektive konkurrence på et marked betydeligt ved at fjerne vigtige konkurrencemæssige pres på en eller flere udbydere, som dermed får større markedsmagt. Fusionens mest direkte virkning består i, at konkurrencen mellem fusionsparterne forsvinder. Hvis f.eks. en af fusionsparterne havde forhøjet sine priser inden fusionen, ville den have mistet noget af sin afsætning til den anden virksomhed. Fusionen fjerner dette særlige pres.

103 Virksomheder på det samme marked, som ikke indgår i fusionen, kan også nyde godt af det lettede konkurrencemæssige pres, som fusionen medfører, da fusionsparternes prisforhøjelse kan betyde, at en del af efterspørgslen går over til de konkurrerende virksomheder, som derpå vil kunne foretage en rentabel prisstigning. Lettelsen af disse konkurrencemæssige pres kan medføre betydelige prisstigninger på det relevante marked.

104 Som Kommissionen har fremhævet i retningslinjernes punkt 28 om de tilfælde, hvor fusionsparterne er »nære konkurrenter«, er den omstændighed, at rivaliseringen mellem fusionsparterne har været en vigtig konkurrenceskabende faktor på markedet, et centralt element i analysen.

105 Det er i lyset af denne fortolkning af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, at sagsøgerens første, tredje og fjerde anbringende om de tre skadeteorier, som Kommissionen har udviklet i den anfægtede afgørelse, herefter skal undersøges.

### *3. Bevisbyrde og bevisniveau på fusionsområdet*

106 Med henblik på retsmødet og i dette møde er parterne blevet opfordret til at tage stilling til pålæggelsen af bevisbyrden og til beviskravet for Retten på fusionsområdet og i den foreliggende sag.

107 Retten har bemærket, at for at erklære en fusion uforenelig med det indre marked skal Kommissionen i henhold til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 godtgøre, at gennemførelsen af den anmeldte fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf på afgørende måde, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (dom af 6.7.2010, Ryanair mod Kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 26).

108 I forbindelse med fusionskontrolprocedurer skal det bemærkes, at den nødvendige fremtidsanalyse på området består i at vurdere, på hvilken måde en sådan fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene og -strukturen på de berørte markeder. Denne analysetype forudsætter, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder, med henblik på, at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund (jf. i denne retning dom af 16.1.2019, Kommission mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 32).

109 Som sagsøgeren med føje har fremhævet, er det beviskrav, der finder anvendelse for at godtgøre eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked, ikke væsentligt forskelligt fra det beviskrav, der finder anvendelse for at godtgøre koordinerede virkninger. Såfremt det ikke forholdt sig sådan, ville Kommissionen risikere at kvalificere de faktiske omstændigheder således, at de ville drage fordel af den mest fordelagtige bevisordning for Retten.

110 Det skal bemærkes, at den kompleksitet, som er en iboende del af en eller flere af de skadeteorier, der fremsættes til støtte for en eller flere af de betydelige hindringer for en effektiv konkurrence, som er gjort gældende i forbindelse med en fusion, udgør et element, der skal tages hensyn til ved vurderingen af rimeligheden af fusionens forskellige konsekvenser, med henblik på at identificere, hvilke konsekvenser der er mest sandsynlige, men en sådan kompleksitet har ikke som sådan betydning for det krævede bevisniveau (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 51).

111 Jo mere fremtidsrettet analysen er, jo mere usikkert og vanskeligt det er at definere og fastslå årsags- og virkningskæderne, des større betydning har kvaliteten af Kommissionens beviser for at godtgøre behovet for en afgørelse om, at fusionen er uforenelig med det indre marked (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 44). Med andre ord, jo mere en skadeteori, der er fremsat til støtte for en betydelig hindring for en effektiv konkurrence, som er gjort gældende i forbindelse med en fusion, er kompleks eller usikker eller følger af en årsagssammenhæng, der er vanskelig at fastslå, des større krav skal Unionens retsinstanser stille til den konkrete undersøgelse af de beviser, som Kommissionen har fremlagt i denne henseende.

112 Endelig følger det ligeledes af retspraksis, at en fremtidsanalyse som den, der er nødvendig på området for fusionskontrol, skal udføres med stor omhu, fordi der ikke er tale om en vurdering af begivenheder, der har fundet sted i fortiden, hvorom man ofte har adgang til adskillige oplysninger, der bidrager til forståelsen af årsagerne, og heller ikke en vurdering af nutidige begivenheder, men derimod tale om at

forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden, hvis der ikke vedtages en afgørelse om forbud eller en præcisering af betingelserne for fusionen (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 42).

113 Denne analyse kræver i første omgang en vurdering af den fremtidige adfærd, som en fusioneret enhed og andre operatører efter Kommissionens opfattelse vil udvise efter en fusion (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 464), ved vurderingen af den mest sandsynlige økonomiske udvikling som følge af den pågældende fusion (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 51).

114 Retten har i øvrigt bemærket, at ifølge fast retspraksis kan Kommissionen kun erklære en fusion uforenelig med det indre marked, hvis den betydelige hindring af den effektive konkurrence er en direkte og umiddelbar følge af fusionen. En sådan hindring, der følger af den fusionerede enheds senere beslutninger, kan anses for en direkte og umiddelbar følge af fusionen, hvis denne fremtidige adfærd gøres mulig og økonomisk rationel ved ændringen af markedets kendetegn og struktur forårsaget af fusionen (jf. dom af 11.12.2013, Cisco Systems og Messagenet mod Kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, præmis 118 og den deri nævnte retspraksis).

115 Denne vurdering suppleres i anden omgang af en vurdering ved en fremtidsanalyse af det relevante marked af spørgsmålet om, hvorvidt denne fremtidige adfærd sandsynligvis vil føre til en situation, hvor der vil være en betydelig hindring for den effektive konkurrence på det relevante marked (jf. i denne retning, dom af 6.6.2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 59).

116 Kommissionen skal således, henset til den mest sandsynlige økonomiske udvikling som følge af den pågældende fusion, senere godtgøre, at den nævnte fusion sandsynligvis ville hindre den effektive konkurrence på det relevante marked betydeligt (jf. i denne retning dom af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 364).

117 Eftersom den anden fase af den analyse, som Kommissionen skal foretage, er resultatet af en vurdering, der støttes på teorier, kan det ikke kræves, at der fremlægges beviser for, at de scenarier og de skadeteorier, der er lagt til grund som led i denne vurdering, uundgåeligt vil opstå. Disse scenarier og skadeteorier skal imidlertid være tilstrækkeligt realistiske og sandsynlige og må ikke alene kunne forventes på et teoretisk plan ud fra en analyse af alle de relevante faktorer.

118 I forbindelse med analysen af en betydelig hindring for effektiv konkurrence, hvis eksistens kan udledes af en række beviser og indicier, og som støttes på flere skadeteorier, er Kommissionen forpligtet til at fremlægge tilstrækkelige beviser for at godtgøre, at der med stor sandsynlighed vil foreligge betydelige hindringer efter fusionen. Det beviskrav, der gælder for den foreliggende sag, er følgelig strengere end det beviskrav, hvorefter en betydelig hindring for effektiv konkurrence på grundlag af en »sandsynlighedsafvejning« er »mere sandsynlig end usandsynlig«, som Kommissionen har anført. Det er derimod mindre strengt end det beviskrav, der støttes på, at der »ikke foreligger rimelig tvivl« (jf. i denne retning generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, punkt 72-77, og generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse Frankrig mod Kommissionen, C-559/12 P, EU:C:2013:766, punkt 34 og 35; jf. i modsat retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, præmis 209-211).

119 Det er på denne baggrund, at de argumenter, som sagsøgerne har fremsat til støtte for søgsmålet og bl.a. de tre skadeteorier, som Kommissionen har udviklet, skal undersøges.

### *4. Om begrundelsen*

120 Retten bemærker, at Kommissionen ikke er forpligtet til i begrundelsen for afgørelser, den har vedtaget i henhold til forordning nr. 139/2004, at tage stilling til alle forhold og argumenter, som er fremlagt for den, herunder forhold, som klart er af underordnet betydning for den krævede vurdering, og således skal sondre mellem det væsentlige og underordnede.

121 Den skal derimod klart og kortfattet fremlægge de afgørende faktiske omstændigheder og retlige og økonomiske overvejelser samt de bevismidler og -elementer, der er af væsentlig betydning, i opbygningen af en afgørelse på fusionsområdet. Begrundelsen skal endvidere være logisk og må bl.a. ikke indeholde selvmodsigelser (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 169).

122 Det fremgår endvidere af fast retspraksis, at den begrundelsespligt, der påhviler Retten i medfør af artikel 36, stk. 1, og artikel 53, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, ikke pålægger den at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen (jf. dom af 21.7.2011, Evropaïki Dynamiki mod EMSA, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

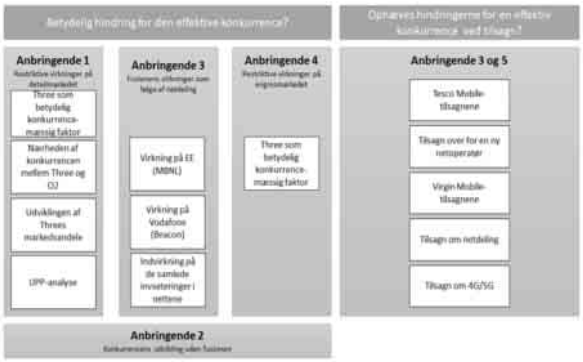
123 Af procesøkonomiske hensyn og under overholdelse af princippet om god retspleje kan Unionens retsinstanser således træffe afgørelse i et søgsmål uden nødvendigvis at skulle tage stilling til alle de af parterne fremførte anbringender og argumenter.

## B. Sammenfatning af søgsmålets anbringender og opbygning

124 Sagsøgeren har fremsat fem anbringender til støtte for søgsmålet. Selskabet har anfægtet de tre skadeteorier, som er udviklet i den anfægtede afgørelse, og herefter Kommissionens konklusioner om de tilsagn, som det havde fremsat for at løse de af denne institution fremførte problemer.

125 Det første og det fjerde anbringende vedrører henholdsvis Kommissionens første og tredje skadeteori om ophævelsen af konkurrencen mellem Three og O2 på detailmarkedet (det første anbringende) og på engrosmarkedet (det fjerde anbringende). Det andet anbringende vedrører Kommissionens vurdering af det kontrafaktiske scenario, som ligger til grund for vurderingen af detail- og engrosmarkedet. Det tredje anbringende vedrører den anden skadeteori om detailmarkedet hvad angår netdeling samt tilsagnene om netdeling. Det femte anbringende vedrører de øvrige tilsagn.

126 Forbindelsen mellem den anfægtede afgørelses opbygning og stævningens opbygning ses af skemaet nedenfor fremlagt af sagsøgeren.




127 Derfor undersøges først sagsøgerens første, tredje og fjerde anbringende om Kommissionens tre skadeteorier, og derefter undersøges det andet og det femte anbringende.

## C. Den første skadeteori om de ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet

### *1. Resumé af den anfægtede afgørelse*

128 Som led i den første skadeteori har Kommissionen støttet sig på det betydelige konkurrencepres, som Three og O2 udøver, deres nære konkurrencemæssige forhold, deres markedsandele og den fusionerede enheds incitament til at hæve priserne samt enhedens konkurrenters konkurrenceevne, hvorefter denne institution i 1226. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at fusionen »kan skabe ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger på detailmarkedet«.

129 Kommissionen anførte navnlig, at Three og O2 var de eneste mobilnetoperatører i Det Forenede Kongerige, hvis markedsandele havde været konstant stigende i de seneste år (330.-406. betragtning til den anfægtede afgørelse), og at de havde et snævert konkurrenceforhold indbyrdes og med de øvrige mobilnetoperatører (407.-463. betragtning til den anfægtede afgørelse).

130 I 468.-681. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at Three inden fusionen var en »betydelig konkurrencemæssig faktor« som omhandlet i retningslinjernes punkt 37 eller under alle omstændigheder udøvede et betydeligt konkurrencepres. Der var nemlig tale om en af de mest aggressive og innovative operatører, som tilbød de mest konkurrencedygtige priser i den direkte kanal, og tilbød 4G uden ekstra beregning, hvilket har tvunget konkurrenterne til at opgive deres strategier om at sælge 4G til en højere pris.

131 I 682.-776. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at Three uden transaktionen fortsat sandsynligvis ville udøve et betydeligt konkurrencepres, eftersom selskabet var finansielt solidt og havde lille sandsynlighed for at opleve kapacitetsbegrænsninger, hvilket forklares i bilag C til den anfægtede afgørelse, som er en integrerende del af denne afgørelse.

132 Kommissionen fandt ligeledes, at O2 udøvede et betydeligt konkurrencepres inden fusionen og sandsynligvis fortsat ville gøre dette uden transaktionen (778.-872. betragtning til den anfægtede afgørelse).

133 Fusionen ville dels fjerne konkurrencepresset mellem Three og O2, dels mellem disse to operatører og de øvrige mobilnetoperatører, hvilket ville svække konkurrencen betydeligt på detailmarkedet. Det forekom navnlig sandsynligt, at den fusionerede enhed ville hæve priserne (873.-906. betragtning til den anfægtede afgørelse).

134 Kommissionen udledte den samme konklusion af den kvantitative vurdering af den sandsynlige indvirkning på priserne som følge af ophævelsen af konkurrencen på detailmarkedet (1191.-1225. betragtning til den anfægtede afgørelse), der er nærmere forklaret i bilag A til den anfægtede afgørelse, som er en integrerende del af nævnte afgørelse.

135 Efter Kommissionens opfattelse kan fusionen have en negativ indvirkning på de øvrige mobilnetoperatørers konkurrenceevne. Fusionen ville nemlig fordreje de eksisterende netdelingsaftalers gode funktion. Kommissionen fandt ligeledes, at der, henset til historien samt til BT/EE og Vodafones aktuelle strategi og stilling, var stor risiko for, at disse selskaber ville følge den fusionerede enheds prisstigninger (907.-960. betragtning til den anfægtede afgørelse).

136 Hvad angår ikke-mobilnetoperatørerne var deres evne til at udøve konkurrence og innovere begrænset (961.-1148. betragtning til den anfægtede afgørelse).

### *2. Resumé af det første anbringende og de væsentligste beviselementer, der er fremført til støtte for den første skadeteori*

137 Med det første anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse begik retlige fejl, anlagde åbenbart urigtige skøn og tilsidesatte væsentlige formforskrifter for det første ved sin fortolkning af kriteriet om en »betydelig konkurrencemæssig faktor« og anvendelsen heraf på Three (det andet led), for det andet hvad angår det nære konkurrenceforhold (det tredje led) og for det tredje vedrørende markedsandelene (det fjerde led).

138 Kommissionen begik ligeledes retlige fejl, anlagde åbenbart urigtige skøn og gengav beviserne urigtigt ved dens vurdering af fusionens kvantitative virkninger for priserne (det femte led) og af den nye enheds motivationer efter fusionen (det sjette led). Endelig foretog Kommissionen ikke en samlet undersøgelse af disse forskellige faktorer (det syvende led).

139 I retsmødet har Kommissionen præciseret, at den første skadeteori i det væsentlige var støttet på følgende tre beviselementer, nemlig den omstændighed, at Three er en betydelig konkurrencemæssig faktor, den nære konkurrence mellem Three og O2 samt den kvantitative analyse af fusionens virkninger på priserne.

140 Retten finder det således hensigtsmæssigt i første omgang indledningsvis at undersøge det fjerde led om analysen af markedsandelene og det andet led om kvalificeringen af Three som en betydelig konkurrencemæssig faktor, som delvis overlapper hinanden, og derefter det tredje led om vurderingen af den nære konkurrence og det femte led om fusionens kvantitative virkninger på priserne. I anden omgang undersøges i givet fald dette anbringendes sjette og syvende led.

#### *a) Analysen af markedsandelene*

141 Med det første anbringendes fjerde led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn og begik en retlig fejl ved dels at finde, at den nye enhed efter fusionen ville have den største markedsandel, og dels at denne situation måtte anses for en indikator for en svækkelse af konkurrencepresset.

142 Sagsøgeren har for det første anført, at den nye enheds markedsandel var klart lavere end 50%, for det andet at Kommissionen i sin vurdering af markedsandelene ikke tog hensyn til andre faktorer, såsom Three og O2's konkurrenters styrke, og for det tredje at denne institution ikke tog hensyn til virkningerne af ophøret af O2's deltagelse i Tesco Mobile, som sagsøgeren havde foreslået som et tilsagn, der var fremlagt for Kommissionen.

143 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

144 Det skal indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at det med henblik på enhver form for vurdering af, hvilken betydning en fusion har for konkurrencen, er nødvendigt, at der forinden foretages en korrekt definition af det relevante marked (dom af 31.3.1998, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, C-68/94 og C-30/95, EU:C:1998:148, præmis 143, og af 7.6.2013, Spar Österreichische Warenhandels mod Kommissionen, T-405/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:306, præmis 116).

145 Definitionen af de relevante markeder er nemlig en væsentlig del af kontrollen med fusioner og virksomhedsovertagelser, idet den først giver mulighed for at identificere det område, inden for hvilket virksomhederne konkurrerer, og derefter for at vurdere deres markedsmagt.

146 Det relevante produktmarked for en transaktion skal defineres under hensyn til de økonomiske forhold under ét, således at den pågældende virksomheds eller de pågældende virksomheders faktiske økonomiske styrke kan vurderes, og det er hertil af betydning først at afgrænse de produkter, der,

uden at kunne erstattes af andre, dog er tilstrækkeligt substituerbare i forhold til de produkter, virksomhederne tilbyder, ikke alene ud fra særlige karakteristika ved de omhandlede produkter, men ligeledes under hensyn til konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet (dom af 6.6.2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 20).

147 Eftersom de betydelige hindringer for den effektive konkurrence nemlig generelt følger af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, kan markedsandelene udelukkende benyttes som indicier for konkurrencemæssige problemer, for så vidt som det marked, som disse dele vedrører, er korrekt defineret på forhånd. Det samme gælder for Herfindahl-Hirschmann-indekset (der anvendes til at måle et markeds koncentrationsgrad) (herefter »HHI«), som Kommissionen har henvist til i 398.-405. betragtning til den anfægtede afgørelse.

148 I det foreliggende tilfælde fastslår Retten, at sagsøgeren ikke har anfægtet, at fusionen ville styrke et oligopolistisk marked på et marked, der allerede var meget koncentreret. Der er nemlig tale om et marked, hvor fire operatører, eller i fremtiden tre operatører, hvis fusionen gennemføres, deler 90% af markedet. Transaktionen ville give den fusionerede enhed, der forenede Three og O2, mulighed for at udgøre [30-40%] af detailmarkedet og således blive den største operatør foran BT/EE og Vodafone, hvis markedsandele udgør henholdsvis [30-40%] og [20-30%].

149 Selv om en sådan analyse, der støttes på mere eller mindre sammenlignelige markedsandele, der skaber symmetrieffekter, som er egnede til at lette en stiltiende hemmelig aftale, gjorde det muligt at konkludere, at der skete en styrkelse af koncentrationen på et oligopolistisk marked, giver den imidlertid ikke mulighed for at konkludere, at en sådan fusion ville medføre en varig skade for konkurrencen, der som sådan ville kunne udgøre en betydelig hindring for den effektive konkurrence inden for rammerne af en skadeteori, der støttes på ikke-koordinerede virkninger.

150 Et sådant ræsonnement ville i praksis tillade Kommissionen at forbyde alle horisontale fusioner på et oligopolistisk marked, eftersom de af anvendelsen af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004 udledte kriterier om eliminering af det betydelige konkurrencepres, som dels bestod mellem fusionsparterne, dels i forhold til de øvrige konkurrenter, pr. definition ville være opfyldt.

151 Derfor har Kommissionen med føje anført, at de markedsandele, der er blevet undersøgt i 330.-406. betragtning til den anfægtede afgørelse, kun gav et »første tegn« på fusionsparternes konkurrencemæssige betydning (jf. 330. og 406. betragtning til og fodnote 271 i den anfægtede afgørelse). I 406. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at »størrelsen og udviklingen i fusionsparternes markedsandele på det relevante marked og de segmenter, det består af, giver et første tegn på det betydelig konkurrencepres, som Three og O2 udøver«.

152 I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, fandt Kommissionen således ikke, at den omstændighed, at den nye enhed ville have den største markedsandel, var en indikator for en svækkelse af det betydelige konkurrencepres, men fandt derimod, at størrelsen og udviklingen af Three og O2's markedsandele var det første tegn på det betydelige konkurrencepres, som disse selskaber udøvede, og som ville blive fjernet ved fusionen.

153 Analysen af markedsandelene viser i øvrigt ikke andet, end at transaktionen ville koncentrere et begrænset oligopol på mobilkommunikation i Det Forenede Kongerige yderligere uden imidlertid at skabe konkurrencebegrænsende virkninger, som kan sammenlignes med dem, der følger af skabelsen eller styrkelsen af en individuel eller kollektiv dominerende stilling.

154 Det første anbringendes fjerde led må følgelig forkastes.

*b) Kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«*

155 Det følger af ordlyden af den anfægtede afgørelse, at en af de faktorer, som Kommissionen anvendte til at konkludere, at fusionen gav anledning til ikke-koordinerede virkninger, er den omstændighed, at »Three er en betydelig konkurrencemæssig faktor på detailmarkedet […] som omhandlet i retningslinjernes punkt 37 eller under alle omstændigheder udøver et betydeligt konkurrencepres på dette marked, som [selskabet] sandsynligvis fortsat vil udøve, hvis transaktionen ikke gennemføres« (777. betragtning til den anfægtede afgørelse).

156 Med det første anbringendes andet led om fejl ved kvalificeringen af Three som en betydelig konkurrencemæssig faktor har sagsøgeren fremsat tre klagepunkter om henholdsvis en urigtig gengivelse af begrebet betydelig konkurrencemæssig faktor, om det konkurrencepres, som Three udøvede på detailmarkedet, og om en urigtig gengivelse af begrebet betydeligt konkurrencepres, som hver især efter sagsøgerens opfattelse er tilstrækkeligt til at medføre en annullation af den anfægtede afgørelse.

*1) Urigtig gengivelse af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«*

157 Efter sagsøgerens opfattelse begik Kommissionen en retlig fejl ved at finde, at det med henblik på at konkludere, at en virksomhed udgør en betydelig konkurrencemæssig faktor, er tilstrækkeligt, at den »konstant og aktivt deltager i konkurrenceprocessen«, eftersom denne fortolkning af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke sondrer mellem bidraget til konkurrenceprocessen fra hver konkurrent på et oligopolistisk marked og den særlige rolle, som en betydelig konkurrencemæssig faktor spiller som omhandlet i retningslinjernes punkt 37 og 38.

158 Kommissionens konstatering i 326. betragtning til den anfægtede afgørelse og i svarskriftet, hvorefter en »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke nødvendigvis skal adskille sig fra sine konkurrenter hvad angår påvirkningen af konkurrencen, udgør en retlig fejl, for så vidt som dette standpunkt bl.a. giver denne institution mulighed for at kvalificere enhver virksomhed på et oligopolistisk marked som en betydelig konkurrencemæssig faktor, hvilket de facto vil bevirke et forbud mod horisontale fusioner på oligopolistiske markeder og være i strid med retssikkerhedsprincippet.

159 Den måde, hvorpå Kommissionen har anvendt begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, er ligeledes uforenelig med den måde, hvorpå det anvendes af konkurrencemyndighederne i Det Forenede Kongerige og De Forenede Stater, samt med den måde, hvorpå begrebet er blevet udviklet i forarbejderne til forordning nr. 139/2004, tidligere afgørelser og retningslinjerne.

160 Kommissionen har hertil anført, at det følger af retningslinjernes punkt 37, at det i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke er nødvendigt, at en virksomhed udmærker sig i forhold til sine konkurrenter hvad angår dens indvirkning på konkurrencen, for at den pågældende kan være en betydelig konkurrencemæssig faktor, men alene at den har større indflydelse på konkurrenceprocessen, end dens markedsandele tyder på.

161 Det er åbenbart, at sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke har sondret mellem hver operatørs bidrag til konkurrenceprocessen på et oligopolistisk marked og den særlige rolle, som en betydelig konkurrencemæssig faktor spiller, er ugrundet, eftersom institutionen ikke har kvalificeret O2 som en betydelig konkurrencemæssig faktor, hvilket fremgår af 872. betragtning til den anfægtede afgørelse. Endvidere kan et medlem af et oligopol som følge af en mere defensiv tilgang have en begrænset indflydelse på konkurrencen.

162 Endelig er sagsøgerens argument om, at Kommissionens tilgang bl.a. er uforenelig med tilgangen hos konkurrencemyndighederne i Det Forenede Kongerige og De Forenede Stater, uden betydning og ugrundet. Retningslinjerne er således udformet anderledes end deres amerikanske pendant. Desuden

har Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndighed støttet Kommissionens konklusioner hvad angår det konkurrencepres, som udøves af Three, hvilket fremgår af 483. betragtning til den anfægtede afgørelse.

163 Retten fastslår, som det er bemærket i præmis 100 og 101 ovenfor, at selv om hverken Kommissionens retningslinjer eller tidligere afgørelsespraksis kan være bindende for Unionens retsinstanser, kan Retten i givet fald tiltage sig den vejledning og de økonomiske og juridiske vurderinger, der er indeholdt i Kommissionens afgørelsespraksis eller i dens retningslinjer.

164 Retten bemærker endvidere, at Kommissionen i et vist antal sager (jf. sag 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) (herefter »den tyske sag«), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (herefter »den irske sag«), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)), har kvalificeret en eller to fusionsparter som »betydelig(e) konkurrencemæssig(e) faktor(er)«, hvis eliminering ved fusionen, sammenholdt med andre faktorer (adgangshindringer, koncentrationsgraden på markedet, prisstigninger, nærheden af konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne osv.), kunne medføre en betydelig hindring for den effektive konkurrence, samtidig med at den på visse betingelser har godkendt fusionen.

165 Hvad angår sagsøgerens argument om den måde, hvorpå Kommissionen anvendte begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, skal det bemærkes, at det standpunkt, som Kommissionen indtog i den anfægtede afgørelse, svarer til dens standpunkt i den tyske sag (120.-122. betragtning, jf. præmis 164 ovenfor), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (245. betragtning) og COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (265. og 283. betragtning).

166 I sag COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010) undersøgte Kommissionen bl.a. spørgsmålet om, hvorvidt en eller flere af de af denne fusion omhandlede parter kunne anses for at være en »særligt betydelig konkurrent« på markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige, som udøvede en »særligt betydelig hindring« for de øvrige deltagere på dette marked. I denne afgørelse konstaterede Kommissionen på grundlag af en analyse af bruttotilføjelsen af abonnenter, at 3UK kunne anses for at have »forstyrrende indvirkning på markedet«, for så vidt som dette selskab »fangede« flere kunder fra Orange og T-Mobile, end dets markedsandel tydede på. I denne afgørelse fastslog Kommissionen endvidere, at 3UK var førende på markedet hvad angår priser og innovation af tjenesterne.

167 I klagepunktsmeddelelsens punkt 380 konstaterede Kommissionen, at for at en virksomhed udgør en betydelig konkurrencemæssig faktor, er det ikke nødvendigt, at den er »prisbryder« på markedet. Kommissionen fandt nærmere bestemt, at en sådan virksomhed væsentligt og vedvarende skulle bidrage til konkurrenceprocessen på markedet ud fra parametre som pris, kvalitet, udvalg og innovation. En fusion, der omfatter en virksomhed, som for nylig er gået ind på markedet, og som kunne antages at ville udøve et betydeligt konkurrencepres på markedet, er efter Kommissionens opfattelse blot et eksempel på en situation, hvor der ville kunne opstå betydelige ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger.

168 Retten bemærker, at sagsøgeren, som det fremgår af 318. betragtning til den anfægtede afgørelse, allerede under den administrative procedure havde anført, at for at en virksomhed kan kvalificeres som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, skulle den adskille sig fra sine konkurrenter hvad angår dens indvirkning på konkurrencen, for så vidt som den spillede en særlig rolle på markedet, der gav den mulighed for at udøve et betydeligt og uforholdsmæssigt konkurrencepres på de andre operatører i forhold til dens markedsandele, hvilket kræves for at bevare en effektiv konkurrence.

169 I 326. betragtning til den anfægtede afgørelse besvarede Kommissionen dette argument ved at anføre, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke nødvendigvis skulle adskille sig fra sine konkurrenter hvad angår indvirkningen på konkurrencen. Ifølge Kommissionen indebærer den omstændighed, at den i sin tidligere afgørelsespraksis har anset visse virksomheder, der havde været særlige i deres »aggressivitet« på markedet og havde øget deres tilstedeværelse på markedet hurtigere end nogen anden konkurrent, for at være betydelige konkurrencemæssige faktorer, ikke, at der kun findes en enkelt definition af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

170 I svarskriftet har Kommissionen derimod anført, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« bør have en mere betydelig rolle, end dens markedsandele tyder på, føre en særligt aggressiv konkurrence og tvinge de andre operatører til at følge denne adfærd.

171 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen hvad angår elimineringen af en »betydelig konkurrencemæssig faktor« er af den opfattelse, at den blotte svækkelse af konkurrencepresset, navnlig som følge af at en virksomhed, der har en mere betydelig rolle, end dens markedsandele tyder på, i sig selv er tilstrækkeligt til at bevise en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.

172 Den fortolkning af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, som er udviklet i den anfægtede afgørelse, ville, såfremt det blev betragtet som et selvstændigt juridisk kriterium, imidlertid medføre et supplerende og alternativt begreb til begrebet »betydeligt konkurrencepres«, som fremgår af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004. Dette ville sænke det bevisniveau, der kræves for at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence, alt efter om Kommissionen kvalificerer de forventede virkninger af en fusion som »ikke-koordinerede virkninger« eller »koordinerede virkninger«.

173 Kommissionens tilgang i den anfægtede afgørelse indebærer således i praksis en sammenblanding af tre begreber, nemlig begrebet »betydelig hindring for effektiv konkurrence«, som er et retligt kriterium, der omhandles i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, begrebet »eliminering af et betydeligt konkurrencepres«, som nævnes i 25. betragtning til samme forordning, samt begrebet eliminering af en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, som anvendes i den anfægtede afgørelse og er udledt af retningslinjerne. Ved sammenblandingen af disse begreber foretog Kommissionen en betydelig udvidelse af anvendelsesområdet for artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, eftersom enhver eliminering af en betydelig konkurrencemæssig faktor ville svare til elimineringen af et betydeligt konkurrencepres, der for sit vedkommende ville begrunde en konklusion om, at der forelå en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.

174 Det følger heraf, at Kommissionen begik en retlig fejl og anlagde et urigtigt skøn ved i 326. betragtning til den anfægtede afgørelse at konstatere, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke nødvendigvis skal adskille sig fra sine konkurrenter hvad angår påvirkningen af konkurrencen, for så vidt som dette standpunkt bl.a. giver denne institution mulighed for at kvalificere enhver virksomhed, der udøver et konkurrencepres på et oligopolistisk marked, som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

175 Som sagsøgeren med føje har anført, ville dette medføre, at Kommissionen fik mulighed for alene af denne grund at forbyde horisontale fusioner på sådanne markeder, og ville være i strid med retssikkerhedsprincippet, eftersom Kommissionen således kunne undlade at analysere den eventuelle eliminering af det betydelige konkurrencepres, som fusionsparterne udøver på hinanden, hvilket vil begunstige en skadeteori, der alene støttes på en svækkelse af konkurrencepresset på de øvrige konkurrenter.

176 Anbringendet om en urigtig gengivelse af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor« skal således tiltrædes.

*2) Omfanget af Threes konkurrencepres på detailmarkedet*

177 I den anfægtede afgørelse støttes Kommissionens konklusion om, at Three er en »betydelig konkurrencemæssig faktor« eller under alle omstændigheder udøver et betydeligt konkurrencepres på dette marked, på følgende elementer: for det første en bruttotilføjelse af abonnenter, der overstiger selskabets markedsandel (481. betragtning), for det andet udviklingen af dets markedsandel og kunder (475.-480. betragtning), for det tredje selskabets prispolitik (578.-633. betragtning), for det fjerde dets bidrag til innovation og konkurrence (485.-577. betragtning) og for det femte kvaliteten af dets net, dets kundeservice og loyalitetsprogram for kunderne (653.-680. betragtning).

178 Ifølge sagsøgeren er Kommissionens vurdering af de første fire faktorer behæftet med åbenbart urigtige skøn.

*i) Bruttotilføjelsen af abonnenter*

179 For at konkludere, at Three er en »betydelig konkurrencemæssig faktor« eller under alle omstændigheder udøver et betydeligt konkurrencepres på detailmarkedet, støttede Kommissionen sig navnlig på den omstændighed, at selskabets bruttotilføjelse af abonnenter var større end dets markedsandel (481.-484. betragtning til den anfægtede afgørelse).

180 Ifølge sagsøgeren anlagde Kommissionen et åbenbart urigtigt skøn, da den i 397. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede, at Threes bruttotilføjelse af abonnenter (dvs. andelen af nyerhvervede kunder) er »det første tegn på, at Three udøver et mere betydeligt konkurrencepres på detailmarkedet, end selskabets markedsandel tyder på«, skønt Threes bruttoandel af nye abonnenter på [10-20%] (alt efter om Threes eller Kommissionens beregninger anvendes) dels har en meget lav absolut værdi, dels svarer til eller er lavere end dets andel af abonnenter på [10-20%].

181 I den foreliggende sag anførte Kommissionen i 388. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Threes bruttoandel af nye abonnenter efter denne institutions beregninger oversteg selskabets markedsandel.

182 Kommissionen har i svarskriftets punkt 65 og 74 imidlertid anerkendt, at efter dens rekonstituering af markedsandelene og bruttoandelene af nye kunder var Threes bruttoandel af nye kunder for 2014 og det første semester af 2015 kun lidt højere end selskabets markedsandele i samme periode. Med andre ord var der ingen større forskel mellem Threes bruttoandele af nye kunder og selskabets markedsandele.

183 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Threes bruttoandele af nye kunder ikke antyder, at selskabet spillede en mere betydelig rolle for konkurrencen, end dets markedsandele tyder på. Ved at støtte sig på den teori, der var mest fordelagtig for Kommissionen, hvorefter virksomheden havde oplevet en fast vækst, udgjorde den bruttotilføjelse af abonnenter, der kendetegnede dets virksomhed, [10-20%]. For det første er en sådan størrelse meget lav i forhold til de markedsandele, der er beskrevet i 335. og 343. betragtning til den anfægtede afgørelse. For det andet skal en sådan bruttotilføjelse anses for at være meget begrænset i sammenligning med tallene for nye abonnenter hos de virksomheder, som Kommissionen i sin tidligere praksis kvalificerede som »betydelige konkurrencemæssige faktorer« i sag M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), den tyske sag og den irske sag (jf. præmis 164 ovenfor).

184 Som svar på Rettens spørgsmål i retsmødet om den betydning, som en bruttotilføjelse af abonnenter, der overstiger markedsandelene med [0-5%], skal tillægges som bevis for, at der foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence, har Kommissionen alene anført, at denne tilføjelse blot var et af flere indicier i dens samlede vurdering af flere faktorer til støtte for dens konklusioner i den anfægtede afgørelse.

185 Kommissionen har navnlig gjort gældende, at den omstændighed, at en operatør som Three har selv en begrænset bruttoandel af nye kunder i forhold til selskabets markedsandel, er tilstrækkeligt til at gøre det til en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, når der tages hensyn til, at denne operatør har udviklet sig kontinuerligt på det relevante marked. Efter Kommissionens opfattelse er den omstændighed, at Three i årene forud for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse havde oplevet stor vækst i sin bruttoandel af nye abonnenter, en tilstrækkelig indikation til at godtgøre, at Three er en konkurrent, der udøver et betydeligt konkurrencepres på detailmarkedet.

186 Det skal imidlertid bemærkes, at en bruttotilføjelse af abonnenter, som i det mest gunstige tilfælde efter Kommissionens opfattelse kan opgøres til den mest støttede vækst, ca. [10-20%], i forhold til de markedsandele, der er beskrevet i 335. og 343. betragtning til den anfægtede afgørelse, synes meget lav og ikke kan sammenlignes med tallene for nye abonnenter hos de virksomheder, som Kommissionen i sin tidligere afgørelsespraksis kvalificerede som »betydelige konkurrencemæssige faktorer« i sag M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), den tyske sag og den irske sag (jf. præmis 164 ovenfor).

187 Sagsøgeren har endvidere under den skriftlige forhandling og i retsmødet, og uden at Kommissionen har bestridt det, gjort gældende, at bruttoandelen af nye abonnenter hvad angår andre virksomheder, som Kommissionen ligeledes havde kvalificeret som »betydelige konkurrencemæssige faktorer« som led i fusioner, der ændrede antallet af konkurrenter fra fire til tre i mobilkommunikationssektoren, var 21-50%, hvilket tydeligvis ikke er tilfældet med Three.

188 Det følger heraf, at Threes bruttotilføjelse af abonnenter under alle omstændigheder ikke gav Kommissionen mulighed for at konkludere, at denne operatør var en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, inden for rammerne af en skadeteori, der støttes på ikke-koordinerede virkninger.

189 På denne baggrund er Kommissionens konklusion i 397. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter Threes bruttotilføjelse af abonnenter »er det første tegn på, at Three udøver et mere betydeligt konkurrencepres på detailmarkedet, end selskabets markedsandel tyder på«, behæftet med et urigtigt skøn.

190 Den argumentation, der i det væsentlige vedrører et urigtigt skøn hvad angår Threes bruttotilføjelse af abonnenter, skal således tiltrædes.

*ii) Væksten af abonnenter hos Three*

191 Ifølge sagsøgeren anlagde Kommissionen et åbenbart urigtigt skøn ved i 474. betragtning til den anfægtede afgørelse at konkludere, at udviklingen i Threes markedsandel antydede, at selskabet var en »betydelig konkurrencemæssig faktor«. De oplysninger, der fremgår af 335., 343., 475. og 477. betragtning til den anfægtede afgørelse, viser nemlig, at Three oplever en meget langsom vækst.

192 Kommissionen har gjort gældende, at Threes markedsandel hvad angår abonnenter og omsætning fortsætter med at stige. Threes årlige vækst på 1% som udbyder fra 2013 til 2014 skal ses en sammenhæng med et marked, hvor ingen anden operatør, med undtagelse af O2, havde kunnet opnå en sådan vækstrate, som det ses af 343. og 346. betragtning til den anfægtede afgørelse. I modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, var Threes kunder fast [*fortroligt*] [1] på markedet i perioden 2010-2014, idet det samlede antal abonnenter hos Three, O2 og Vodafone var steget med henholdsvis [*fortroligt*] og BT/EE's antal abonnenter var faldet med næsten [*fortroligt*] (477. betragtning til den anfægtede afgørelse).

1 – Fortrolige oplysninger udeladt.

193 Retten fastslår, at de oplysninger, der fremgår af 335., 343., 346. og 477. betragtning til den anfægtede afgørelse, synes at godtgøre, at Three havde oplevet en højere vækst end sine konkurrenter. Kommissionen har i denne henseende gjort gældende, at Retten i dom af 14. december 2005, General Electric mod Kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), fastslog, at den konstante vækst i markedsandele er en overbevisende faktor for, at en operatør udøver et konkurrencepres.

194 Det skal bemærkes, at styrkelsen af markedsandele flere år i træk reelt er et tegn på en stærk konkurrenceposition. Der skal imidlertid sondres mellem nærværende sag og konklusionerne i Rettens dom af 14. december 2005, General Electric mod Kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), hvor sagsøgeren klart var den største leverandør af flymotorer, havde den største vækstrate på markedet og således befandt sig i en dominerende stilling.

195 Dette ræsonnement kan nemlig ikke findeanvendelse i den foreliggende sag, som ikke vedrører en virksomhed i en dominerende stilling, der har styrket sin stilling på markedet. Den blotte vækst i bruttoandelen af nye abonnenter flere år i træk for den mindste mobilnetoperatør på et oligopolistisk marked, dvs. Three, som Kommissionen tidligere havde kvalificeret som »prisbryder« (sag COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) og i klagepunktsmeddelelsen i nærværende sag, er ikke i sig selv et tilstrækkeligt indicium for at kunne konkludere, at denne operatør havde magt på markedet, eller at der var elimineret et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne.

196 Retten fastslår endvidere, at det, som sagsøgeren har anført i stævningen og i retsmødet, fremgår af graf nr. 19 og 20 i den anfægtede afgørelse, at Threes markedsandele både hvad angår abonnenter og indtægter var stagneret eller havde stabiliseret sig på [5-10%] i perioden 2012-2014. Ifølge disse grafer havde Three oplevet en lille vækst i abonnenter i de seneste år.

197 Kommissionens konklusion i 474. betragtning til den anfægtede afgørelse om, at udviklingen i Threes markedsandel viste, at selskabet var en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, er således ligeledes behæftet med et urigtigt skøn.

198 Den argumentation, der i det væsentlige vedrører et urigtigt skøn hvad angår Threes vækst i abonnenter, skal således tiltrædes.

*iii) Threes prispolitik*

199 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den i 578. og 579. betragtning til den anfægtede afgørelse på grundlag af en »kvalitativ og kvantitativ analyse af priserne« konkluderede, at »Three altid har udøvet et betydeligt konkurrencepres på markedet med sine priser«.

200 Sagsøgerens analyser viser nemlig, at Threes priser var en anelse lavere end de andre mobilnetoperatørers priser i direkte salgskanaler, men klart højere end de andre mobilnetoperatørers priser i indirekte salgskanaler og end de virtuelle mobilnetoperatørers priser.

201 Hvad angår Kommissionens kvalitative prisanalyse ser den bort fra de indirekte distributionskanaler og indeholder en meget begrænset vurdering af de virtuelle mobilnetoperatørers salg.

202 Kommissionen har hvad angår dens egen kvalitative prisanalyse gjort gældende, at den i 1032.-1079. betragtning til den anfægtede afgørelse udtrykkeligt tog hensyn til de virtuelle mobilnetoperatører og de indirekte forhandleres prissatser samt deres begrænsede evne til at kompensere for transaktionens sandsynlige virkninger på priserne.

203 Endvidere bekræfter sagsøgerens kvantitative analyse, der er fremlagt i 604. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Three var den billigste mobilnetoperatør i de direkte salgskanaler mellem oktober 2014 og februar 2016.

204 Hvad angår Kommissionens kvalitative prisanalyse, der er fremlagt i 580.-602. betragtning til den anfægtede afgørelse, følger heraf, at Three tilbød de mest konkurrencedygtige priser på markedet for en række kontrakter i sammenligning med de andre mobilnetoperatører og var blandt de mest konkurrencedygtige priser på markedet for andre kontrakter.

205 Det er sagsøgerens opfattelse, at de kvalitative og kvantitative analyser, der fremgår af selskabets svar på klagepunktsmeddelelsen samt af en undersøgelse gennemført af Hutchison, begge viser, at Threes priser var gennemsnitlige og svingede mellem de andre mobilnetoperatørers priser i direkte salgskanaler og de virtuelle mobilnetoperatørers priser i indirekte salgskanaler.

206 En kvantitativ analyse af parterne på grundlag af 80 000 priser i perioden 2014-2016 gjorde det nærmere bestemt muligt at konkludere, at Three var en »gennemsnitlig« konkurrent, dvs. en konkurrent, der var »en anelse billigere« end andre mobilnetoperatørers priser i direkte salgskanaler, men »klart dyrere« end mobilnetoperatørers priser i indirekte salgskanaler og end de virtuelle mobilnetoperatører. I den anfægtede afgørelse sidestilles prisfastsættelsen endvidere med en aggressiv prispolitik, selv om denne udelukkende kan afspejle et tilbud af lavere kvalitet eller en lavere mærkeværdi og således ikke kan have betydelig indvirkning på konkurrencen.

207 Efter sagsøgerens opfattelse viser en udtømmende analyse af alle priser på markedet på dette tidspunkt, at Threes satspolitik stemte overens med markedspriserne. Den anfægtede afgørelse henviser derimod til selektive eller endda uinteressante priser, samtidig med at visse beløb mangler, uden at begrundelsen for denne udvælgelse imidlertid forklares.

208 Kommissionen har i denne henseende gjort gældende, at dens analyse vedrørte de mest repræsentative mobiltelefoner i Det Forenede Kongerige. Det er denne institutions opfattelse, at selv om operatørernes priser udviser forskelle (hvad angår datamængde, taletid osv.) og ikke altid tilbyder identiske vilkår, er de ikke mindre sammenlignelige af den grund.

209 Retten fastslår, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, i 584., 589., 590., 592.-595. og 601. betragtning til den anfægtede afgørelse, tog hensyn til ikke-mobilnetoperatørerne og de indirekte forhandleres satser. Selv om Kommissionen i den anfægtede afgørelse tog hensyn til de virtuelle mobilnetoperatørers satser, præciserede den således samtidig, at et vist antal satser, herunder Tesco Mobile og Virgin Mobiles satser, var lavere end Threes satser.

210 Retten fastslår endvidere, at Kommissionen i sag COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange fandt, at »de »virtuelle« mobilnetoperatører spiller en betydelig rolle på detailmarkedet i Det Forenede Kongerige. […] De »virtuelle« mobilnetoperatører konkurrerer ikke alene med deres værtsoperatører på priser og kundeservice, men stimulerer ligeledes konkurrencen ved at indføre innovative forretningsmodeller«.

211 I 969. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at de virtuelle mobilnetoperatører stadig ikke havde evne til hensigtsmæssigt at begrænse mobilnetoperatørernes konkurrencemæssige adfærd på detailmarkedet.

212 Det følger imidlertid ikke heraf, at Three udøvede et betydeligt konkurrencepres med sin prispolitik.

213 Uden at det er fornødent, at Retten tager stilling til dette spørgsmål, skal det nemlig fastslås, at den omstændighed alene, at Threes satser omfatter 4G-tjenester uden meromkostninger, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at Three forfulgte en særligt aggressiv prispolitik.

214 Som sagsøgeren med føje har fremhævet, er den omstændighed, at Threes tilbud var billigere for visse, men ikke alle markedssegmenter, ligeledes i alle tilfælde ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at selskabet er en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, eftersom dets prispolitik skal kunne ændre den konkurrencemæssige dynamik væsentligt.

215 Den anfægtede afgørelse er begrænset til i 588.-590. betragtning at anføre, at Threes priser er »blandt de laveste [priser] på markedet« og »blandt de billigste for segmentet datamængde«. Denne beskrivelse af Three kan slet ikke godtgøre, at selskabets prispolitik kan medføre en væsentlig ændring af den konkurrencemæssige dynamik på markedet.

216 Den argumentation, der i det væsentlige vedrører et urigtigt skøn hvad angår Threes prispolitik, skal således tiltrædes, eftersom Kommissionen i den foreliggende sag ikke i fornødent omfang og ved overbevisende beviser har godtgjort, at selskabet førte en særligt aggressiv konkurrence på priser, og at det tvang de andre operatører på markedet til at følge dets priser, eller at dets prispolitik kunne medføre en væsentlig ændring af den konkurrencemæssige dynamik på markedet i overensstemmelse med den definition af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, som er anført i præmis 170 ovenfor, og som Kommissionen i øvrigt selv har beskrevet detaljeret i svarskriftet.

*iv) Threes historiske rolle på markedet*

217 Ifølge sagsøgeren er de faktiske omstændigheder, som er anført i 497.-575. betragtning til den anfægtede afgørelse om Threes historiske rolle på markedet, uinteressante og gør det ikke muligt at lægge kvalificeringen »betydelig konkurrencemæssig faktor« til grund. De beviser, som sagsøgeren har fremlagt, godtgør, at indvirkningen af Threes initiativer, som var anført i den anfægtede afgørelse, var begrænset.

218 Kommissionen har gjort gældende, at Threes historiske rolle på markedet er relevant, eftersom den viser selskabets evne til at imødegå de konkurrencemæssige udfordringer og gør det muligt at forudse dets fremtidige adfærd (486. betragtning til den anfægtede afgørelse). Disse initiativer bidrog konsekvent til selskabets årlige vækst. Beviserne i sagsakterne godtgør, at Three spillede en væsentlig rolle i prisfaldet på 4G.

219 Retten bemærker, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse har anført den måde, hvorpå Three, som var den senest ankomne på detailmarkedet, havde ændret den sædvanlige adfærd i sektoren hvad angår begrænsning i anvendelse af data og prisstigninger på data, da selskabet iværksatte sin »One Plan« (jf. 497.-522. betragtning og navnlig 515. og 522. betragtning) ved at tilbyde gratis international roaming (523.-538. betragtning) og ved at tilbyde 4G uden yderligere omkostninger, hvilket forpligtede konkurrenterne til at fravige deres egne strategier for salg af 4G til højere priser (539.-572. betragtning og navnlig 565.-572. betragtning).

220 Som sagsøgeren har fremhævet, er de forretningsmæssige initiativer, som Three traf, og som Kommissionen undersøgte i 497.-575. betragtning til den anfægtede afgørelse for at godtgøre dette selskabs meget konkurrencemæssige adfærd, nu imidlertid historisk, idet den hovedsageligt blev ført, inden selskabet i slutningen af 2013 foretog sin væsentligste strategiændring, da det gik fra priskonkurrence til at konkurrere på mærker.

221 Kommissionen synes umiddelbart i klagepunktsmeddelelsen at have bekræftet sin tidligere kvalificering af Three som »prisbryder« på markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige.

222 I klagepunktsmeddelelsens punkt 1258 og 1357 konkluderede Kommissionen nemlig, at Three efter transaktionen ville blive en leder på markedet, som kun ville have lille eller ingen tilskyndelse til at forstyrre enhver potentiel koordinering. Efter transaktionen ville der således være tre ikke-forstyrrende virksomheder på markedet, hvilket ville kunne skabe koordinerede virkninger på dette, hvorimod forsøg på koordinering tidligere var blevet afsluttet på grund af Threes forstyrrende adfærd.

223 Eftersom Kommissionen i den anfægtede afgørelse efterfølgende forlod skadeteorien støttet på koordinerede virkninger, er bevisværdien af Kommissionens argumentation om Threes historiske rolle på markedet uinteressant i den samlede analyse af den række af beviser, der er fremsat til støtte for den første skadeteori.

224 Selv om Kommissionens argumentation om Threes historiske rolle som sådan er korrekt, hvilket sagsøgeren ikke i sig selv synes at anfægte, har Kommissionen således i den anfægtede afgørelse ikke godtgjort, at Threes historiske rolle var repræsentativ for selskabets prispolitik på tidspunktet for anmeldelsen af fusionen. Kommissionens ræsonnement i denne henseende synes at indebære, at en virksomhed, der historisk har spillet en forstyrrende rolle, nødvendigvis har den samme rolle i fremtiden og ikke kan omstille sig på markedet ved at føre en anden prispolitik.

225 Argumentationen om i det væsentlige et urigtigt skøn hvad angår Threes historiske rolle på markedet, og bl.a. rollens værdi som bevis for en betydelig hindring for effektiv konkurrence, er således begrundet.

226 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal klagepunktet om omfanget af Threes konkurrencepres på detailmarkedet tiltrædes.

### *c) Vurderingen af det konkurrencemæssige forholds nærhed*

227 En anden faktor, som Kommissionen anvendte for at konkludere, at fusionen gav anledning til ikke-koordinerede virkninger, er den omstændighed, at Three og O2 »er nære konkurrenter på hele detailmarkedet« (463. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne konklusion støttes på en kvalitativ vurdering af diversionsratioer på grundlag af mobilnummerportabiliteten og diversionsratioer på grundlag af Kommissionens undersøgelse.

228 Med det første anbringendes tredje led har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen begik en fejl ved at konstatere, at de fire mobilnetoperatører alle var tætte på detailmarkedet (438. og 439. betragtning til den anfægtede afgørelse), at institutionen ikke tog hensyn til den høje grad af substituerbarhed med tredjeparters tilbud, og at den med urette konkluderede, at Three og O2 var nære konkurrenter, for så vidt som de ikke var de nærmeste konkurrenter. Kommissionens konklusion om det konkurrencemæssige forholds nærhed er behæftet med en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som denne institution ikke vurderede graden af nærhed mellem parterne.

229 Kommissionen har for det første gjort gældende, at den faktisk foretog en vurdering af nærheden mellem parterne (jf. de principper, der er anført i 323. betragtning til den anfægtede afgørelse) og fastslog, at Three og O2 for et stort antal deltagere i markedsundersøgelsen var hinandens nærmeste konkurrenter (417. betragtning til den anfægtede afgørelse). Parternes interne dokumenter (418., 430. og 438. betragtning til den anfægtede afgørelse), diversionsratioerne (455. og 460. betragtning til den anfægtede afgørelse) og den af Kommissionen bestilte undersøgelse (461. betragtning til den anfægtede afgørelse) viser, at Three og O2 har et nært konkurrencemæssigt forhold.

230 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den af beviserne i sagsakterne udledte, at de fire mobilnetoperatører konkurrerer tæt på detailmarkedet, hvilket imidlertid ikke nødvendigvis gælder for alle markeder, som består af de fire operatører, eller for alle oligopolistiske markeder.

231 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at selv om graden af substituerbarhed med andre virksomheder har betydning for de sidstnævntes reaktion på den fusionerede enheds priser, berører den ikke elimineringen af det betydelige konkurrencepres, som består mellem fusionsparterne, der er den mest direkte virkning af en fusion på et oligopolistisk marked, som kan måles.

232 Eftersom det ikke er et krav, at fusionsparterne er de nærmeste konkurrenter (324. betragtning til den anfægtede afgørelse), kan den omstændighed, at andre konkurrenter ligeledes er tætte eller endda tættere end fusionsparterne, endvidere ikke gøre det muligt at afvise, at der foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Beviserne for substituerbarheden med produkter fra andre virksomheder er således underordnede i forhold til beviserne vedrørende substituerbarheden mellem fusionsparternes produkter.

233 For det tredje har Kommissionen ikke bestridt, at ifølge diversionsratioerne støttet på mobilnummerportabiliteten [*fortroligt*]. For at en ensidig prisforhøjelse er rentabel for den fusionerede enhed, har det imidlertid ikke betydning, at fusionsparternes produkter er de tætteste substitutter (324. og 1193. betragtning til den anfægtede afgørelse), men at disse parter er tætte konkurrenter, og at deres rivalisering er en vigtig konkurrenceskabende faktor på markedet (463. betragtning til den anfægtede afgørelse).

234 Retten fastslår, at begrebet »nær konkurrent« ikke fremgår af forordning nr. 139/2004, men alene af retningslinjerne, som omfatter et afsnit med overskriften »[f]usionsparterne er nære konkurrenter«.

235 Endvidere kræver anvendeligheden af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning til denne forordning, en eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, hvilket er den mest direkte ensidige virkning af en fusion på et oligopolistisk marked, som Kommissionen med føje har fremhævet for Retten.

236 I denne forbindelse har Retten tidligere accepteret »den konkurrencemæssige nærhed« som et økonomisk bevismiddel i sin dom af 9. juli 2007, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen (T-282/06, EU:T:2007:203), og af 6. juli 2010, Ryanair mod Kommissionen (T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 63 ff.).

237 Dommen af 6. juli 2010, Ryanair mod Kommissionen (T-342/07, EU:T:2010:280), vedrørte anvendelsen af begrebet »nærmeste konkurrenter« og spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen heraf automatisk kunne udlede, at der siden elimineringen havde eksisteret et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne. Omvendt konkluderede Retten i dommen af 9. juli 2007, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen (T-282/06, EU:T:2007:203), at Kommissionen ikke kunne foreholdes, at den i den anfægtede afgørelse ikke havde behandlet spørgsmålet om, hvorvidt fusionsparterne var nære.

238 Ifølge retningslinjernes punkt 28 bedømmes denne nærhed på grundlag af substitutionsgraden mellem parternes produkter. I samme punkt præciseres således, at »[i]nden for et relevant marked kan der være tale om produktdifferentiering, således at nogle produkter er indbyrdes mere substituerbare end andre […] Jo større substitutionsgraden er mellem fusionsparternes produkter, desto mere sandsynligt er det, at de fusionerende virksomheder vil forhøje priserne væsentligt. […] Fusionsparternes incitament til at forhøje priserne vil sandsynligvis være mere begrænset, når konkurrenterne fremstiller nære substitutionsprodukter i forhold til fusionsparternes produkter, end når de udbyder mindre nære substitutionsprodukter […] Det er derfor mindre sandsynligt, at en fusion vil hindre den effektive konkurrence betydeligt, […] når der er tale om en høj substitutionsgrad mellem fusionsparternes og konkurrenternes produkter«.

239 Alt efter omstændighederne kan det relevante produktmarked nemlig omfatte mere eller mindre nære substitutter, og således kan intensiteten af konkurrenceforholdet mellem produkter, der tilhører dette marked, variere afhængigt af markedsandelene. En fusions ikke-koordinerede virkninger kan følgelig være mere afhængige af nærheden af fusionsparternes produkter end af deres respektive markedsandele.

240 I den foreliggende sag skal det for det første fastslås, at det fremgår af klagepunktsmeddelelsens punkt 1366, at referencemarkedet generelt er kendetegnet ved en lav grad af produktdifferentiering. På dette marked forsøger operatørerne at overvinde dette aspekt ved at forfølge differentieringsstrategier, som imidlertid kun har begrænset succes.

241 For det andet fastslår Retten, at begrebet »nær konkurrent« i retningslinjerne gør det muligt at tage hensyn til den omstændighed, at rivaliseringen mellem fusionsparterne er en vigtig konkurrenceskabende faktor på markedet og således kan være en nøglefaktor i analysen, som det fremgår af retningslinjernes punkt 28. Det skal endvidere bemærkes, at anvendeligheden af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning til denne forordning, kræver en eliminering af »et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne«, hvilket er den mest direkte ensidige virkning af en fusion på et oligopolistisk marked, som Kommissionen med føje har fremhævet for Retten.

242 Hovedparten af de eksempler, der nævnes i den anfægtede afgørelse, tilsigter imidlertid ikke at identificere graden af nærhed mellem parterne eller at godtgøre, at der bestod et betydeligt konkurrencepres mellem dem, men tilsigter især at godtgøre, at Three og O2 er »nære konkurrenter«, snarere end »særligt nære konkurrenter«. Kommissionen synes snarere at have undersøgt nærheden af konkurrencen mellem Three og O2 på den ene side og de to andre mobilnetoperatører på den anden side. I 1183. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede den nemlig, at de fire mobilnetoperatører, og ikke kun Three og O2, er »nære konkurrenter«.

243 For det tredje følger de oplysninger, som Kommissionen benyttede til beregningen af de diversionsratioer, der anvendes til at analysere graden af forskellige operatørers nærhed, af en undersøgelse, som den havde fået udført med en relativt begrænset stikprøve hos ca. 100 brugere. Resultaterne af denne analyse afviger ikke fra resultaterne af den kvantitative analyse, der er fremlagt i bilag A til den anfægtede afgørelse. De af sagsøgeren beregnede ratioer er derimod støttet på mobilnummerportabiliteten og vedrører 200 000 observationer.

244 For det fjerde viser de tal, som sagsøgeren har fremlagt for så vidt angår skifte hos O2's private kunder, [*fortroligt*] med en diversionsratio på blot [*fortroligt*], mens BT/EE's diversionsratio er [*fortroligt*] og Vodafones er [*fortroligt*]. Endvidere er O2's nærmeste konkurrenter [*fortroligt*] i alt [*fortroligt*], som udgør [*fortroligt*] af O2's skift. Dette betyder, at [*fortroligt*].

245 I retsmødet har sagsøgeren på overbevisende vis underbygget disse tal, uden at Kommissionen har bestridt dette, hvilket bekræfter, at Three ikke var en særligt nær konkurrent til O2, at [*fortroligt*] var end nærmere konkurrent end Three, og at [*fortroligt*] klart var Threes nærmeste konkurrent.

246 I retsmødet har Kommissionen endvidere bekræftet, at Three ikke var aktiv i segmentet for mobiltelefonitjenester til erhvervskunder, og at Three og O2 således ikke konkurrerede på dette segment. Den manglende nærhed i konkurrencen i dette segment understøttes af tabel 35 i den anfægtede afgørelse og bl.a. af fodnote 313 om koncentrationsgraden og HHI, som ikke var blevet fremlagt i den anfægtede afgørelse, eftersom Kommissionen fandt strukturelle problemer vedrørende dette markedssegment.

247 Det følger heraf, at Three og O2 ikke var særligt nære mobilnetoperatører på markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige, selv om alle operatører på et sådant marked pr. definition er mere eller mindre nære.

248 Ifølge de tal, som sagsøgeren har fremlagt i retsmødet, og som Kommissionen ikke har bestridt, vedrørende skift af kunder hos Three, havde [*fortroligt*] af kunderne forladt Three, dvs. næsten [*fortroligt*] end O2. I alt [*fortroligt*] af de kunder, der forlader Three, vælger en anden operatør end O2.

249 Selv om det kan godtgøres, at Three og O2 er relativt nære konkurrenter på en del af segmenterne på et koncentreret marked med fire mobilnetoperatører, er dette forhold alene ikke tilstrækkeligt til i den foreliggende sag at bevise, at elimineringen af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne, er tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence, medmindre enhver fusion, der bevirker en overgang fra fire til tre operatører, principielt forbydes.

250 Det første anbringendes tredje led om den svage bevisværdi ved analysen af nærheden af konkurrenceforholdet mellem Three og O2 i det foreliggende tilfælde skal således tiltrædes.

### *d) Vurderingen af fusionens kvantitative virkninger på priserne*

251 På grundlag af den kvantitative analyse af det forventede opadgående pres på priserne (upward pricing pressure) (herefter »UPP-analysen«) lagde Kommissionen i 1225. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at »fusionen kan tilskynde den fusionerede enhed til at øge priserne væsentligt«.

252 Med det første anbringendes femte led har sagsøgeren fremsat to klagepunkter om UPP-analysen. Selskabet har indledningsvis gjort gældende, at denne analyse ikke har den bevisværdi, som Kommissionen har tillagt den. Det har herefter anført, at en sådan analyse ikke har nogen bevisværdi i den foreliggende sag.

#### *1) UPP-analysens bevisværdi som første »filter«*

253 For det første anlagde Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse et åbenbart urigtigt skøn vedrørende bevisværdien af UPP-analysen, idet den i 1191. betragtning til den anfægtede afgørelse anvendte analysen som samstemmende bevis for en betydelig hindring for effektiv konkurrence, skønt UPP-analysen tilsigter at være et første »filter« for at afgøre, om en fusion skal underkastes en grundig undersøgelse og i øvrigt bestrides.

254 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

255 Retten fastslår indledningsvis, at de indikatorer for et opadgående pres på priserne, som var støttet på fusionsparternes diversionsratioer og marginer, udgør incitamenter for sidstnævnte til at hæve priserne efter fusionen. Indikatorerne benyttes til at vurdere fusioners ikke-koordinerede virkninger, som normalt konstateres i tilfælde af ensartede produkter.

256 Det er generelt anerkendt, at selv om indikatorerne for et opadgående pres på priserne kan være nyttige med henblik på filtrering, idet de gør det muligt for konkurrencemyndighederne at vurdere, om der er behov for at foretage en grundigere undersøgelse, kan de derimod ikke anses for at være troværdige prognoser for prisforhøjelse eller fusionssimulationer.

257 Sagsøgeren har således med føje anført, at UPP-analysen navnlig oprindeligt er blevet udført for at anvende et første »filter« med henblik på at afgøre, om der skal foretages en grundig undersøgelse af en fusion.

258 Det skal imidlertid, som Kommissionen har fremhævet, bemærkes, at denne institutions kvantitative analyse, der er støttet på en GUPPI-analyse (gross upward pricing pressure index, dvs. på dansk indekset for bruttostigningen i pristryk), er mere gennemarbejdet end den blotte UPP-analyse, for så

vidt som den kan tage hensyn til konkurrenternes sandsynlige reaktion på den fusionerede enheds ensidige prisforhøjelse, som det fremgår af 253. og 254. betragtning til bilag A til den anfægtede afgørelse.

259 Dette klagepunkt er således ugrundet.

*2) UPP-analysen i den foreliggende sag*

260 For det andet anlagde Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse ligeledes et åbenbart urigtigt skøn vedrørende de konklusioner, der er udledt af UPP-analysen, for så vidt som denne analyse forudser en prisstigning i alle horisontale fusioner og kun kan føre til hensigtsmæssige resultater, hvis der fastsættes en grænse, over hvilken den prisstigning, der forventes efter transaktionen, vil blive anset for at være tilstrækkeligt betydelig. Kommissionen tog ikke hensyn til nogle af disse forhold i den anfægtede afgørelse.

261 På trods af UPP-analysens ufuldkommenheder viser resultatet heraf, at fusionen kun skabte få konkurrencemæssige betænkeligheder, bl.a. i sammenligning med resultater opnået i tidligere sager.

262 Hvad angår sagsøgerens argument om, at den indvirkning på priserne, som forventes ved den kvantitative analyse, er mindre betydelig end i tidligere sager, har Kommissionen anført, at den besvarede dette i 3056.-3058. betragtning til den anfægtede afgørelse ved at godtgøre, at virkning på gennemsnitspriserne i dette konkrete tilfælde er mellem det, der forventedes i den irske og den tyske sag (jf. præmis 164 ovenfor).

263 Ifølge Kommissionen er den omstændighed, at den kvantitative analyse altid forudser en, nogle gange meget lav, prisstigning, når der ikke foreligger effektivitetsgevinster eller andre kvalitative kompensationsfaktorer, endvidere ikke til hinder for, at den anvendes som led i en samlet vurdering af en række beviser vedrørende sandsynligheden for, at en transaktion medfører en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

264 For det første fastslår Retten, at Kommissionen har medgivet, at dens kvantitative analyse er støttet på et begrænset antal nøgleoplysninger, og bl.a. på diversionsratioer og marginer, men har gjort gældende, at der er tale om væsentlige markedsindikatorer, som det forklares i 1195. betragtning til den anfægtede afgørelse og i 246. betragtning til bilag A til denne afgørelse.

265 Derfor synes Kommissionen selv at have udvist en vis forsigtighed i den anfægtede afgørelse hvad angår bevisværdien af dens kvantitative analyse.

266 Efter den kvalitative vurdering, der fremgår af 1175.-1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, konkluderede Kommissionen nemlig for det første, at fusionen ville medføre en eliminering af et betydeligt konkurrencepres på detailmarkedet, som »sandsynligvis« ville føre til prisstigninger. Denne kvalitative vurdering suppleres af en kvantitativ analyse, som er gengivet i 1191.-1225. betragtning til den anfægtede afgørelse og nærmere præciseret i bilag A til denne afgørelse, hvoraf Kommissionen har udledt samme konklusion.

267 For det andet har Kommissionen i 250. betragtning til bilag A til den anfægtede afgørelse i det væsentlige præciseret, at det opnåede resultat ikke skal ses som en nøjagtig og præcis opgørelse af de prisstigninger, som kan følge af transaktionen, men snarere som en »indikator for sandsynligheden« af, at disse indtræder.

268 Det følger heraf, at den kvantitative analyse, som det fremgår af selve den anfægtede afgørelse, ikke anses for et afgørende bevis. Denne analyse er derfor, i overensstemmelse med de beviskrav, der er anført i præmis 118 ovenfor, ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at elimineringen af det betydelige konkurrencepres, som bestod mellem parterne, ville medføre en væsentlig prisstigning og dermed en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.

269 For det andet har sagsøgeren anført, at der skal fastsættes en grænse, over hvilken den prisstigning, der forventes efter transaktionen, vil blive anset for at være tilstrækkeligt betydelig.

270 Det skal herved bemærkes, at Kommissionen i 252. betragtning til bilag A til den anfægtede afgørelse anerkendte, at UPP-analysen, når der ikke foreligger effektivitetsgevinster, altid forudser en vis prisstigning efter en horisontal fusion, som eliminerer konkurrencen mellem fusionsparterne.

271 Kommissionen har i 252. betragtning til bilag A til den anfægtede afgørelse imidlertid anført, at den kvantitative analyse af prisstigningerne samt den bevisværdi, som denne analyse kan tillægges, er forskellig fra sag til sag.

272 Prisstigningernes omfang er endvidere blot et af de relevante elementer med henblik på Kommissionens samlede vurdering, navnlig i tilfælde som den foreliggende sag, hvor der identificeres en betydelig skade inden for rammerne af forskellige skadeteorier som følge af elimineringen af den horisontale konkurrence mellem fusionsparterne. Kommissionen har forklaret, at den af denne årsag fandt det nødvendigt at fastsætte en grænse, over hvilken en prisstigning som angivet ved et særligt bevis vil være betydelig.

273 Dette argument er imidlertid ikke overbevisende for Retten, eftersom den forventede prisstigning i den foreliggende sag ifølge sagsøgeren ville være [*fortroligt*], hvilket Kommissionen ikke har bestridt, mens en prisstigning på 6,6% i den irske sag og på 9,5% i den tyske sag ikke hindrede Kommissionen i at tillade disse transaktioner, forudsat at visse betingelser blev overholdt.

274 For det tredje har Kommissionen, selv hvis det antages, at den i den anfægtede afgørelse i fornødent omfang godtgjorde, at fusionen kan tilskynde den fusionerede enhed til at hæve priserne, og opgjorde nævnte prisstigning i denne afgørelse, under alle omstændigheder i den foreliggende sag ikke godtgjort, at den opgjorte prisstigning ville være betydelig.

275 Uden at Kommissionen skal pålægges at vedtage en »de minimis«- eller »safe harbour«-bestemmelse på området for prisstigninger, når den godtgør en fusions eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger, påhviler det den nemlig i alle tilfælde at godtgøre denne stigning med en tilstrækkelig høj grad af sandsynlighed. Når Kommissionen med henblik herpå beslutter at anvende kvantitative analyser som de i bilag A til den anfægtede afgørelse udførte, skal den tage hensyn til alle relevante faktorer, som kan påvirke prisniveauet.

276 Det skal fastslås, at fusioner på et oligopolistisk marked som følge af de eksisterende konkurrencevilkår på et sådant marked har tendens til næsten mekanisk at skabe kortsigtede prisstigninger, fordi et konkurrenceforhold, som bestod mellem fusionsparterne, forsvinder. Kun på mellemlang sigt vil den eksterne konkurrence fra operatører, der allerede er til stede på markedet, eller, alt efter adgangshindringernes betydning, fra nye operatører, tvinge den nye enhed til at sænke priserne.

277 Desuden medfører alle fusioner effektivitetsgevinster, hvis omfang ligeledes afhænger af det eksterne konkurrencepres. Disse gevinster følger bl.a. af den fusionerede enheds rationalisering og integration i produktions- og distributionsprocessen. Denne enhed fjerner nemlig generelt dobbelte eller overflødige strukturer i produktions- og distributionskæderne, ligesom den omfordeler eller afskediger ansatte. Alt efter omstændighederne kan denne rationaliseringsindsats føre den fusionerede enhed til at sænke priserne.

278 Det skal dog fastslås, at Kommissionen ikke lod disse almindelige effektivitetsgevinster indgå i sin kvantitative analyse, idet den i 1197. og 1223. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at det tilkom den anmeldende part at godtgøre eksistensen heraf, og idet den herved henviste til afsnit 8.5 i den anfægtede afgørelse om effektiviteten.

279 Kommissionen sammenblandede således to former for effektivitet, nemlig den, der er omhandlet i retningslinjernes afsnit VII, og den, der er særlig for hver fusion. Der skal nemlig tages hensyn til effektiviteten som omhandlet i retningslinjerne ved den samlede konkurrencemæssige vurdering af fusionen for at efterprøve, om den kan opveje fusionens restriktive virkninger. De effektivitetskategorier, som er omhandlet i den foreliggende sag, er derimod kun en del af en kvantitativ model, som tilsigter at fastlægge, om en fusion kan skabe sådanne restriktive virkninger. Der er således tale om et bevisspørgsmål vedrørende eksistensen af restriktive virkninger, som ligger før den samlede konkurrencemæssige vurdering som omhandlet i retningslinjernes punkt 76.

280 Retten fastslår endvidere, at det fremgår af de beviser, der er fremlagt under den administrative procedure, at selv om der kan fastlægges en positiv sammenhæng mellem fusioner, som bevirker en overgang fra fire til tre operatører i sektoren for mobil telekommunikation, og prisstigninger, kan der ligeledes fastlægges en sammenhæng mellem disse fusioner og mobilnetoperatørernes øgede investeringer i netværk (jf. bl.a. undersøgelsen fra Centre on Regulation in Europe (CERRE) af C. Genakos, T. Valletti, F. Verboven, CERRE, Bruxelles, 2015, med titlen »Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications«, som bl.a. nævnes i punkt 1, 64-68, 71, 72, 76-80 og 108 i bilag B til den anfægtede afgørelse).

281 Selv om en operatørs øgede investeringer ikke nødvendigvis indebærer en bedre netværkskvalitet, som Kommissionen har fremhævet i punkt 79 i bilag B til den anfægtede afgørelse, er en sådan sammenhæng mere sandsynlig end det modsatte tilfælde, som består i en forringelse af netværkskvaliteten. Kommissionen, som bærer bevisbyrden, har i denne forbindelse i den anfægtede afgørelse ikke i overensstemmelse med de gældende beviskrav bevist sin teori om forringelse af netværkskvaliteten, som ligger til grund for en del af dens anden skadeteori, der tilsigter at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

282 Det skal følgelig fastslås, at den kvantitative analyse, der er foretaget i den foreliggende sag, savner bevisværdi, eftersom Kommissionen ikke med tilstrækkelig sandsynlighed har godtgjort, at priserne ville stige »væsentligt« efter elimineringen af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem parterne.

283 På baggrund af det ovenstående skal det første anbringendes femte led tiltrædes.

### *e) Den samlede vurdering af de ikke-koordinerede virkninger*

284 Med det første anbringendes syvende led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke foretog en samlet vurdering af eksistensen af ikke-koordinerede virkninger, hvilket udgør en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn. Denne institution præciserede endvidere ikke, på hvilket grundlag den i 1226. og 1227. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at det konkurrencepres, som fusionen fjernede, var betydeligt som omhandlet i retningslinjernes punkt 25, og at de angivelige hindringer for konkurrencen som følge af fusionen ville være betydelige som omhandlet i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, hvorved den sammenblandede svækkelsen af konkurrencen mellem Three og O2 med elimineringen af et betydeligt konkurrencepres.

285 Kommissionen har svaret, at den faktisk foretog en samlet vurdering af fusionens sandsynlige ikke-koordinerede virkninger, idet den for det første fremlagde sin kvantitative vurdering i 1175.-1190. betragtning til den anfægtede afgørelse, for det andet den samlede vurdering af den kvantitative bedømmelse i 1191.-1225. betragtning til den anfægtede afgørelse og for det tredje den generelle konklusion i 1226. og 1227. betragtning til den anfægtede afgørelse.

286 Det skal i denne forbindelse undersøges, om Kommissionen i den anfægtede afgørelse gav nærmere oplysninger eller præciserede, i hvilket omfang de ikke-koordinerede virkninger ville være så betydelige, at de begrundede konklusionen om, at fusionen ville udgøre en »betydelig« hindring for effektiv konkurrence, som det kræves i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004.

287 For at godtgøre, at der forelå ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet, undersøgte Kommissionen forskellige faktorer efter hinanden i 330.-1174. betragtning til den anfægtede afgørelse og sammenfattede sin kvalitative og kvantitative vurdering i 1175.-1225. betragtning til den anfægtede afgørelse. Den foretog derefter en samlet vurdering i 1226. og 1227. betragtning til den anfægtede afgørelse for heri at fastslå, at der forelå en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Den anfægtede afgørelse indeholder således i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende, rent faktisk en samlet vurdering af eksistensen af sådanne ikke-koordinerede virkninger.

288 Denne samlede vurdering er imidlertid begrænset til en kortfattet henvisning til den række af beviser og omstændigheder, som bl.a. vedrører fusionens eliminering af en betydelig konkurrencemæssig faktor, det nære konkurrenceforhold og den nye enheds store markedsandel, og som således tilsigter at godtgøre eksistensen af ikke-koordinerede virkninger.

289 Uanset bevisværdien af denne række af beviser og omstændigheder skal det fastslås, at Kommissionen på intet tidspunkt i den anfægtede afgørelse præciserede, om de identificerede ikke-koordinerede virkninger var »betydelige« eller i den foreliggende sag ville føre til en betydelig hindring for effektiv konkurrence, som den lagde til grund i 1227. betragtning til den anfægtede afgørelse.

290 Følgelig tiltrædes sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke præciserede, på hvilket grundlag den konkluderede, at de angivelige hindringer for konkurrencen som følge af fusionen ville være betydelige.

291 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det første anbringende tiltrædes, uden at det er fornødent at behandle dette anbringendes sjette og syvende led.

## D. Den anden skadeteori om de ikke-koordinerede virkninger som følge af forstyrrelsen af netdelingsaftalerne

### *1. Resumé af den anfægtede afgørelse*

292 Under proceduren for Kommissionen fremlagde sagsøgeren bl.a. to netkonsolideringsplaner, »plan [A]« og »plan [B]«. Disse netkonsolideringsplaner var støttet på eksistensen af to netdelingsaftaler mellem dels BT/EE og Three, dvs. MBNL, dels mellem Vodafone og O2, dvs. Beacon.

293 MBNL omfatter en »passiv« deling, som dækker et net på ca. [*fortroligt*] steder, og en aktiv deling alene for 3G-teknologien, [*fortroligt*]. MBNL er således i det væsentlige en aftale om passiv deling. MBNL tillader ensidige udviklinger.

294 Hvad angår Beacon omfatter det deling inden for Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd, som skal dække ca. [*fortroligt*], og en aktiv deling, hvorved hver part leverer et aktivt net i halvdelen af landet (Vodafone dækker den vestlige del af landet, mens O2 dækker den østlige del), og det er baseret

på den anden parts net i den anden halvdel af landet. Den aktive deling vedrører 2G-, 3G- og 4G-teknologierne [*fortroligt*]. Beacon er således [*fortroligt*]. Beacon indeholder visse eksklusivitetsbestemmelser.

295 I 1229.-1234. betragtning til den anfægtede afgørelse fremsatte Kommissionen to underordnede teorier til skadeteorien om netdelingsaftalerne.

296 ifølge Kommissionen har parterne i hver af netdelingsaftalerne i dag god grund til sammen at udvikle de delte elementer i deres net, for at det delte net kan blive bedre end de andre mobilnetoperatørers net, herunder de mobilnetoperatører, der har indgået den anden netdelingsaftale. Transaktionen vil fjerne den konkurrencemæssige dynamik, for så vidt som den fusionerede enhed vil være part i begge aftaler, og Vodafone og BT/EE ikke længere vil have en partner, der er fuldt ud engageret i henholdsvis Beacon og MBNL.

297 En af skaderne vedrører svækkelsen af konkurrencestillingen for de to respektive parter i de netdelingsaftaler, der binder fusionsparterne. I 1231. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen til grund, at mobilnet er en altafgørende infrastruktur for mobilnetoperatører med henblik på at kunne tilbyde deres kunder mobile telekommunikationstjenester.

298 Ifølge Kommissionen er kvaliteten af disse net en afgørende faktor for konkurrencen. Derfor vedrører en af de under-skadeteorier, der er gengivet i 1232. betragtning til den anfægtede afgørelse, en svækkelse af den konkurrence, der bestod mellem parterne eller de to andre mobilnetoperatører, som er bundet til fusionsparterne gennem netdelingsaftalerne, hvilket kan medføre en betydelig hindring for den effektive konkurrence på et oligopolistisk marked med et begrænset antal operatører og betydelige adgangshindringer.

299 Den anden potentielle skade skyldes ifølge Kommissionen den omstændighed, at den netdelingssituation, der ville følge af transaktionen, ville føre til færre investeringer inden for sektoren for netinfrastruktur. I 1233. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen nemlig, at transaktionen kunne føre til en nedsættelse af synergierne, der ville påvirke parterne i netdelingsaftalerne og give den fusionerede enhed mulighed for en opportunistisk investeringsadfærd, hvilket ville reducere investeringerne i sektoren og dermed den grad af effektiv konkurrence, som ville have været gældende uden transaktionen. Ligeledes af denne grund kunne transaktionen medføre en betydelig hindring for den effektive konkurrence på et oligopolistisk marked med et begrænset antal operatører og betydelige adgangshindringer.

300 Det er i lyset af disse to underordnede teorier, at Kommissionen i 1244.-1784. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte sagsøgerens netkonsolideringsplaner, efter at den i 1235.-1243. betragtning til denne afgørelse detaljeret havde forklaret betydningen af at sidestille interesserne for parterne i en netdelingsaftale.

301 Som led i plan [A] aftalte fusionsparterne [*fortroligt*] (1373.-1381. betragtning til den anfægtede afgørelse).

302 Som led i plan [B] [*fortroligt*] fusionsparterne (1382.-1385. betragtning til den anfægtede afgørelse).

303 Begge planer [*fortroligt*].

304 I 1246. betragtning til den anfægtede afgørelse fremsatte Kommissionen den centrale tese til støtte for vurderingen af markedets mulige udvikling efter transaktionen, nemlig at en vedvarende forstyrrelse af en velfungerende netdelingsaftale kan udgøre en hindring for den konkurrence, som parten i en sådan aftale udøver.

305 I denne forbindelse anførte Kommissionen i 1229. betragtning til den anfægtede afgørelse, at netdeling generelt kan have virkninger, der gavner konkurrencen, idet der opnås synergier hvad angår omkostninger til udvikling og drift af mobilnet, som for deres vedkommende kan give mobilnetoperatørerne mulighed for at få en bedre dækning og en bedre netkvalitet, hvorved en effektiv konkurrence fremmes til fordel for borgerne og samfundet som sådan.

306 I 1230. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at eftersom disse mål var nået med de netdelingsaftaler, som var indgået mellem fusionsparterne og en anden operatør, skulle det undersøges, hvorledes transaktionen kunne påvirke forfølgelsen af formålet om en effektiv konkurrence til fordel for forbrugerne.

307 Hvad angår plan [A] lagde Kommissionen i 1567. og 1778. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at denne plan, som fusionsparterne havde fremlagt, havde en alvorlig negativ indvirkning på BT/EE's konkurrencemæssige stilling, idet den øgede dennes omkostninger til at vedligeholde MBNL-nettet og forbedre det, og idet den forringede kvaliteten af MBNL-nettet, herunder ved at forsinke eller hindre BT/EE's investeringer. Kommissionen har i 1778. betragtning til den anfægtede afgørelse lagt til grund, at plan [A] kunne medføre en betydelig skade for BT/EE's evne til at konkurrere på markederne for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige.

308 En sådan svækkelse af konkurrencepresset ville ifølge Kommissionen sandsynligvis medføre en betydelig hindring for den effektive konkurrence på et oligopolistisk marked med et begrænset antal operatører og betydelige adgangshindringer.

309 Denne konklusion understøttes navnlig af 1247. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori det anføres, at forhøjelsen af omkostningerne til vedligeholdelse og udvidelse af det nuværende net eller til gennemførelsen af en standard på et fremtidigt net kan hindre Vodafone og BT/EE's konkurrencemæssige stilling betydeligt. Forhøjelsen af meromkostningerne (incremental costs) kan medføre en prisstigning til skade for forbrugerne. Forhøjelsen af de faste omkostninger vil ifølge Kommissionen sandsynligvis medføre færre investeringer, eftersom højere faste omkostninger gør investeringer urentable, som ville have været rentable, hvis de faste omkostninger var lavere. Færre investeringer i nettets kvalitet kan således forringe nettets kvalitet i forhold til situationen uden transaktionen.

310 I 1679. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at forhøjelsen af omkostningerne for en konkurrerende operatør ikke nødvendigvis indebærer en hindring for konkurrencen. Selv om en forhøjelse af omkostningerne fører til færre investeringer eller til en forringelse af kvaliteten af de tjenester, som tilbydes på markedet, eller selv om den væltes over på forbrugerne ved prisstigninger, vil den efter Kommissionens opfattelse imidlertid svække konkurrencepresset fra en sådan operatør på markedet.

311 Højere meromkostninger medfører sandsynligvis højere priser, mens højere faste omkostninger sandsynligvis fører til ringere netkvalitet. Inden for rammerne af oligopolistiske markeder med et begrænset antal operatør er det meget sandsynligt, at en svækkelse af konkurrencepresset fra en operatør medfører en samlet svækkelse af konkurrencen på dette marked.

312 Hvad angår plan [B] konkluderede Kommissionen, at der var en alvorlig risiko for, at den ville skade Vodafones og i mindre omfang BT/EE's evne til at konkurrere på markederne for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige (1568.-1749. og 1779. betragtning til den anfægtede afgørelse).

313 Kommissionen fandt navnlig [*fortroligt*] (1605.-1652. betragtning til den anfægtede afgørelse). Den risikerede endvidere at forringe kvaliteten af Vodafones net efter en mulig, midlertidig netoverbelastning [*fortroligt*] (1660.-1667. betragtning til den anfægtede afgørelse). Endelig undersøgte Kommissionen den potentielle forhøjelse af omkostningerne og deres indvirkning på [*fortroligt*] (1668.-1724. betragtning til den anfægtede afgørelse).

314 Efter Kommissionens opfattelse kan plan [B] ligeledes øge gennemsigtigheden vedrørende investeringerne i nettet, hvilket kan reducere den samlede størrelse af investeringerne i netinfrastrukturen i Det Forenede Kongerige (1725.-1742. betragtning til den anfægtede afgørelse).

315 Kommissionen udtænkte ligeledes fem andre integrationsscenarier og konkluderede, at transaktionen i alle de udtænkte tilfælde ville skade den konkurrencemæssige stilling for en eller begge partnerne til fusionsparterne i netdelingsaftalerne (1386.-1389. og 1750.-1776. betragtning til den anfægtede afgørelse).

316 Følgelig konkluderede Kommissionen i 1777.-1784. betragtning til den anfægtede afgørelse, at transaktionen kan svække det konkurrencepres, som udøves af en eller begge de mobilnetoperatører, der er partnere til fusionsparterne i netdelingsaftalerne.

317 I 1777. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at gennemførelsen af netkonsolideringsplanerne, som de anmeldende parter havde fremlagt dem for denne institution, efter reduktionen af mobilnetoperatørerne ville indebære en betydelig skade for den konkurrencemæssige stilling for den ene, den anden eller begge parter i netdelingsaftalerne, nemlig BT/EE eller Vodafone.

318 Kommissionen har endvidere anført, at ingen af disse konsolideringsplaner medfører en gennemførelsesforpligtelse, som den har fået oplyst. Idet den ligeledes tog hensyn til de fem andre mulige integrationsscenarier, der er nævnt i præmis 315 ovenfor, konkluderede Kommissionen i 1780. betragtning til den anfægtede afgørelse, at transaktionen i alle disse tilfælde ville skade den konkurrencemæssige stilling for den ene, den anden eller begge de mobilnetoperatører, der var partnere med fusionsparterne i netdelingsaftalerne.

319 Derfor lagde Kommissionen i 1781. betragtning til den anfægtede afgørelse til grund, at transaktionen kunne svække det konkurrencepres, som udøvedes af enten BT/EE eller Vodafone eller af begge de mobilnetoperatører, som var partnere med fusionsparterne i netdelingsaftalerne.

320 Hvad angår den anden underordnede teori, der er beskrevet i præmis 299 ovenfor og i 1233. betragtning til den anfægtede afgørelse, lagde Kommissionen endvidere til grund, at den netdelingssituation, som fulgte af transaktionen i medfør af plan [B], sandsynligvis ville føre til færre investeringer i sektoren for netinfrastruktur, hvilket ville reducere den grad af effektiv konkurrence, som ville findes uden transaktionen.

321 Kommissionen konkluderede følgelig i 1783. betragtning til den anfægtede afgørelse, at transaktionen som følge af det svækkede konkurrencepres, som en eller begge de andre mobilnetoperatører udøvede, og de færre investeringer inden for erhvervsgrenen i netinfrastruktur, der fulgte af visse netkonsolideringsplaner, som den havde undersøgt, kunne medføre ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger på detailmarkedet for mobile telekommunikationstjenester i Det Forenede Kongerige.

322 I 1784. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen i det væsentlige til grund, at eftersom købekraften, adgangen på markedet eller deraf følgende effektivitet ikke kan kompensere for sådanne virkninger, ville transaktionen skade konkurrencen på et oligopolistisk marked med et begrænset antal konkurrenter og store adgangshindringer betydeligt.

### *2. Det tredje anbringende om fejl hvad angår de ikke-koordinerede horisontale virkninger skabt af netdelingen*

323 Med det tredje anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse begik faktiske og retlige fejl, anlagde åbenbart urigtige skøn og tilsidesatte væsentlige formforskrifter hvad angår de ikke-koordinerede virkninger, som skabtes af netdelingen, navnlig for så vidt angår behovet for og rækkevidden af konvergensen mellem parterne i netdelingsaftalerne (det første led), udviklingen af de to eksisterende netdelingsaftaler i det kontrafaktiske scenario (det andet led), Threes evne til at hindre eller forsinke BT/EE's ensidige anvendelse (det tredje led), fusionens eventuelle negative indvirkning på konkurrenterne og ikke på konkurrencen (det fjerde led), skaden på BT/EE og Vodafones konkurrencemæssige stilling (det femte led), en øget gennemsigtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene (det sjette led) og vurderingen af tilsagnene om netdeling (det syvende led).

324 Kommissionen har, støttet af Det Forenede Kongerige og BT/EE, bestridt sagsøgerens argumenter.

#### *a) Konvergensen mellem parterne i netdelingsaftalerne*

325 Med det tredje anbringendes første led har sagsøgeren gjort gældende, at teorien om konvergens både er ny, idet den aldrig er blevet anvendt ved tidligere fusioner i telekommunikationssektoren, og paradoksal, idet den indebærer, at konvergensen mellem parterne i netdelingsaftalerne vil være positivt indstillet over for den konkurrence, der følger af fusionen, hvilket er i strid med konkurrencebegrebet og modsiger Kommissionens egne konstateringer om de korrigerende foranstaltninger, som sagsøgeren har foreslået.

326 Kommissionen har hvad angår konvergensteoriens angiveligt nye karakter anført, at den omstændighed, at den ikke i tidligere sager har udtrykt lignende betænkeligheder, kan forklares med de omhandlede netdelingsaftalers særlige kendetegn i den foreliggende sag. I denne henseende har BT/EE tilføjet, at konvergensteorien tidligere var blevet identificeret i sag COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, hvori Kommissionen fastslog, at T-Mobile efter fusionen kunne forsøge at forringe kvaliteten på Threes radioadgangsnet (RAN, radio access network) inden for rammerne af MBNL.

327 Hvad angår konvergensteoriens angiveligt paradoksale karakter har Kommissionen, støttet af Det Forenede Kongerige, gjort gældende, at dens vurdering af konvergensen mellem interesserne på ingen måde er paradoksal. Selv om eksistensen af netdelingsaftalerne medfører, at der skabes fælles punkter mellem parterne i disse aftaler, som kan være gunstige for konkurrencen, når aftalerne navnlig viser sig i omkostningssynergier og forbedring af nettet, bevarer parterne i de nævnte aftaler generelt deres evne til at konkurrere indbyrdes på væsentlige parametre, herunder priserne. Den anfægtede afgørelse henviser ikke til en sidestilling eller koordinering af adfærd, men til en sidestilling af interesser hvad angår den omstændighed at råde over et net, der gør det muligt at udøve en effektiv konkurrence.

##### *1) Den nye karakter af skadeteorien om netdelingsaftalerne*

328 Hvad angår skadeteorien om netdelingsaftalernes karakter af fornyelse, der er fremsat som indledning til det tredje anbringendes første led, fastslår Retten, at det fremgår af 1242. og 1243. betragtning til den anfægtede afgørelse, at 3UK havde rejst behovet for og betydningen af en sidestilling af interesserne mellem parterne i netdelingsaftalerne for Kommissionen i sine bemærkninger til den anmeldte fusion i sag M.5650 – T-Mobile/Orange.

329 Kommissionens skadeteori i sag M.5650 – T-Mobile/Orange var imidlertid ikke støttet på en sidestilling eller et brud af interesserne mellem parterne i netdelingsaftalen, men på nødvendigheden af at sikre en bestemt virksomheds adgang til det net, som den delte med et andet selskab, selv om sidstnævnte havde foretaget en transaktion med en tredje virksomhed, der kunne skade førstnævntes

adgang til det nævnte net. For at fjerne den alvorlige tvivl, som Kommissionen havde identificeret, havde fusionsparterne derfor i medfør af artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 139/2004 afgivet tilsagn i forhold til 3UK vedrørende varigheden af aftalen om deling af MBNL-nettet, som var blevet forlænget [*fortroligt*], og om indførelse af en hurtig tvistbilæggelsesmekanisme.

330 Det følger heraf, at Kommissionens skadeteori i den foreliggende sag, der er støttet på behovet for at undgå en fordrejning af sidestillingen af parternes interesser i hver netdelingsaftale og at opretholde stabiliteten af disse aftaler, er ny i forhold til dens tidligere afgørelsespraksis.

331 Den blotte omstændighed, at en skadeteori, som Kommissionen har fremsat som led i en afgørelse, udgør en fornyelse, indebærer imidlertid ikke i sig selv, at det må konkluderes, at den som sådan er usandsynlig eller savner grundlag. Som BT/EE med føje har fremhævet, skal Kommissionen ikke begrænse sin analyse til de skadeteorier, der er udviklet i tidligere afgørelser.

332 Som det fremgår af præmis 111 ovenfor, forholder det sig endvidere således, at jo mere fremtidsrettet analysen er, og jo mere usikkert og vanskeligt det er at definere og fastslå e årsags- og virkningskæderne, des større krav skal Unionens retsinstanser stille til den konkrete undersøgelse af de beviser, som Kommissionen har fremlagt i denne henseende.

*2) Den angiveligt paradoksale og urigtige karakter af teorien om interessernes konvergens og forstyrrelsen af netdelingsaftalerne*

333 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens konklusion i 1238. og 1239. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter MBNL og Beacon »bygger på en vis grad af konvergens mellem interesserne«, som fusionen risikerer at fordreje, er behæftet med fejl.

334 Sagsøgeren har bl.a. anført, at en svækkelse af forbindelserne i MBNL og Beacon efter fusionen kan fremme en større konkurrence mellem parterne i disse aftaler og vil styrke konkurrencen mellem nettene.

335 Kommissionen har bestridt disse argumenter, idet den i det væsentlige har anført, at netdelingsaftalerne spiller en væsentlig rolle i sektoren for mobil telekommunikation, navnlig i Det Forenede Kongerige, hvor en vurdering af konvergensen mellem interesserne på ingen måde er paradoksal. Den anfægtede afgørelse henviser ikke til en sidestilling eller koordinering af adfærd, men til en sidestilling af interesser hvad angår den omstændighed at råde over et net, der gør det muligt at udøve en effektiv konkurrence.

336 I denne henseende fastslår Retten indledningsvis, at den umiddelbart kan tiltræde en del af Kommissionens skadeteori, der er gengivet i 1232. betragtning til den anfægtede afgørelse, for så vidt som svækkelsen af den konkurrence, som udøves af en mobilnetoperatør, der er forbundet med fusionsparterne gennem netdelingsaftaler, i visse tilfælde kan føre til en betydelig hindring for konkurrencen. Dette gælder f.eks. for en forstyrrende virksomhed, som er afhængig af en netdelingsaftale for at kunne få adgang til markedet med henblik på at tilbyde sine tjenester, og som risikerer at blive udelukket fra markedet efter fusionen.

337 Som bemærket i præmis 296 ovenfor er det Kommissionens opfattelse, at parterne i hver af netdelingsaftalerne i Det Forenede Kongerige, dvs. BT/EE og Vodafone, i dag har god grund til sammen at udvikle de delte elementer i deres net, for at det delte net kan blive bedre end de andre mobilnetoperatørers net, herunder de mobilnetoperatører, der har indgået den anden netdelingsaftale. Ifølge Kommissionen vil transaktionen således fjerne den konkurrencemæssige dynamik, for så vidt som den fusionerede enhed under alle omstændigheder på kort eller mellemlang sigt vil være part i begge netdelingsaftaler, og Vodafone og BT/EE ikke længere vil have en partner, der er fuldt ud engageret i henholdsvis Beacon og MBNL.

338 Sammenfattende forudsætter Kommissionens første underordnede skadeteori, som den selv har anført i 1777.-1783. betragtning til den anfægtede afgørelse, at transaktionen skader den konkurrencemæssige stilling for den ene eller begge mobilnetoperatører og således kan svække det konkurrencepres, som udøves af enten BT/EE eller Vodafone eller af begge de mobilnetoperatører, som er partnere med fusionsparterne i netdelingsaftalerne. Retten bemærker i denne henseende, at konkurrence støttet på infrastrukturer kan være et væsentligt element for at sikre kvaliteten af tjenester på markedet for mobil telekommunikation.

339 I henhold til Kommissionens afgørelsespraksis vedrørende artikel 101, stk. 1 og 3, TEUF udgør netdelingsaftaler, som indebærer, at visse infrastrukturer gøres fælles, ud fra dette synspunkt en konkurrencemæssig risiko alt efter sammenhængen, og om der er tale om aktiv eller passiv deling. Alt efter den valgte samarbejdsform er operatørernes selvstændighed og risikoen for hemmelige aftaler mere eller mindre alvorlig og risikoen for at skade konkurrencen mere eller mindre betydelig. Samtidig kan netdelingsaftaler skabe væsentlige økonomiske fordele i form af omkostningsbesparelser, bedre dækning og hurtigere udbygning af nettet (jf. navnlig Kommissionens beslutning 2003/570/EF af 30.4.2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 – sag COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited (»UK Network Sharing Agreement«) (EUT L 200, 2003, s. 59), og Kommissionens beslutning 2004/207/EF af 16.7.2003 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38.369: T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, 2004, s. 32)).

340 Retten fastslår, at den omstændighed, at en netdelingsaftale, når den indgås, kan have konkurrencegunstige virkninger, som således opvejer de restriktioner, som den medfører, ikke nødvendigvis indebærer, at en opsigelse, genforhandling eller alle senere ændringer af dens ligevægt efter en fusion nødvendigvis kan kvalificeres som en betydelig hindring for den effektive konkurrence.

341 En sådan vurdering af den nye konkurrencemæssige ligevægt på markedet afhænger som følge af eksistensen af sådanne netdelingsaftaler nemlig bl.a. af de mulige konkurrencegunstige eller konkurrencebegrænsende virkninger af den nye situation, som Kommissionen eller de nationale konkurrencemyndigheder kan vurdere særskilt og individuelt, bl.a. henset til udviklingen på markedet, hvilket Ofcom i øvrigt har fremhævet flere gange under den administrative procedure for Kommissionen, som det fremgår af bilagene til Det Forenede Kongeriges interventionsindlæg, der er fremlagt for Retten.

342 Som sagsøgeren har fremhævet som svar på Det Forenede Kongeriges interventionsindlæg herom, er BT/EE og Vodafones konkurrencemæssige evne og incitamenter til at investere ikke på afgørende måde afhængig af Threes beslutninger om at investere eller af en forhøjelse af omkostningerne, men bl.a. af det konkurrencemæssige niveau, som de blev stillet over for, deres finansielle ressourcer og deres strategier. En svækkelse af Threes incitamenter til at investere i det ene eller andet net kan ikke alene føre til en væsentlig nedsættelse af konkurrenceevnen for den anden part i netdelingsaftalen.

343 Ifølge Kommissionen ville dette imidlertid bl.a. være tilfældet, hvis den fusionerede enhed besluttede at trække sig fra en af netdelingsaftalerne for udelukkende at koncentrere sig om den anden, hvilket Kommissionen tog i betragtning i to supplerende teser om netkonsolidering, som for den førstes vedkommende er fremlagt i 1752.-1756. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvor det forventes, at den fusionerede enhed alene vil benytte MBNL, og for den anden teses vedkommende i 1757.-1759. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvor det forventes, at den fusionerede enhed alene vil benytte Beacon. I disse to tilfælde konkluderede Kommissionen i 1755. og 1759. betragtning til den anfægtede afgørelse, at det var usandsynligt, at investeringerne inden for sektoren ville blive reduceret.

344 Selv om det anerkendes, at sådanne scenarier rent faktisk kan skade enten BT/EE eller Vodafones konkurrencemæssige stilling, skal det fastslås, at disse konkurrencebegrænsende virkninger i den foreliggende sag ikke som sådan kan kvalificeres som betydelige hindringer for den effektive konkurrence på markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige.

345 Denne konklusion ville nemlig gøre det muligt for Kommissionen principielt og alene på dette grundlag at forbyde enhver fusion, som indebærer en overgang fra fire til tre operatører, og som ikke er fusioner, der i givet fald gennemføres mellem parterne i netdelingsaftaler.

346 I denne forbindelse kan en svækkelse af forbindelserne i MBNL og Beacon efter fusionen, som sagsøgeren med føje har fremhævet, lige så vel fremme en større konkurrence på infrastrukturer mellem parterne i disse aftaler og vil styrke konkurrencen mellem nettene.

347 Det skal følgelig fastslås, at den mulige manglende tilpasning af interesserne for netdelingsaftalens parter, fordrejningen af de allerede eksisterende netdelingsaftaler, hvis varighed blev forlænget til fordel for Three, eller endda opsigelse heraf, ikke i det foreliggende tilfælde eller som sådan udgør en betydelig hindring for effektiv konkurrence som led i en skadeteori, der er støttet på ikke-koordinerede virkninger.

348 På denne baggrund skal det tredje anbringendes første led tiltrædes, for så vidt som Kommissionen urigtigt konkluderede, at en varig fordrejning af en netdelingsaftale kan udgøre en betydelig hindring for den konkurrence, som parten i en sådan aftale udøver.

### *b) Fusionens virkninger på konkurrenterne*

349 Med det tredje anbringendes tredje led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens konklusion i 1522. betragtning til den anfægtede afgørelse, om, at den fusionerede enhed ville kunne skade BT/EE væsentligt ved at hindre eller forsinke selskabets investeringer i net, var behæftet med fejl.

350 I 1512. betragtning til den anfægtede afgørelse erklærede Kommissionen således med urette [*fortroligt*].

351 Med det tredje anbringendes fjerde led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen begik en retlig fejl og anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at undersøge transaktionens indvirkning på konkurrenterne i stedet for på konkurrencen (1231. betragtning til den anfægtede afgørelse) for at godtgøre en betydelig hindring for den effektive konkurrence.

352 Med det tredje anbringendes femte led har sagsøgeren anført, at Kommissionens konstateringer til støtte for konklusionen om, at fusionen ville skade BT/EE og Vodafones konkurrencemæssige stilling, ikke var støttet på beviser, men på blotte antagelser. Kommissionen begik en retlig fejl og anlagde et åbenbart urigtigt skøn som følge af manglende beviser for en skade på BT/EE og Vodafones konkurrencemæssige stilling.

353 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgeren har fjernet visse betragtninger til den anfægtede afgørelse fra deres sammenhæng, såsom betragtningen om afbrydelse af en netdelingsaftale (1246. betragtning til den anfægtede afgørelse). Selv om det er korrekt, at Kommissionen først redegjorde for de skadekategorier, som BT/EE og Vodafone havde anført (1249.-1285. betragtning til den anfægtede afgørelse), analyserede den dem herefter under hensyn til sagsøgerens bemærkninger som led i plan [A] (1391.-1567. betragtning til den anfægtede afgørelse) og plan [B] (1568.-1748. betragtning til den anfægtede afgørelse).

354 Det Forenede Kongerige har i denne henseende anført, at Kommissionens konklusion om afbrydelsen af netdelingsaftalen (1246. betragtning til den anfægtede afgørelse) er en iboende del af netdelingsaftalernes karakter og funktionsmåde. Denne stat har ligeledes gjort gældende, at det var berettiget, at Kommissionen, idet den foretog en grundig vurdering af transaktionens potentielle indvirkning, tog hensyn til Ofcoms syn på de eksisterende netdelingsaftaler (1722. betragtning til den anfægtede afgørelse).

355 Kommissionen har endvidere anført, at eftersom detailmarkedet var meget koncentreret, og konkurrencen mellem Three og O2 ville ophøre efter fusionen, risikerede enhver svækkelse af omfanget af den effektive konkurrence, som kunne udøves af BT/EE eller Vodafone, at have en negativ indvirkning på konkurrencen generelt, som det er lagt til grund i 1679. betragtning til den anfægtede afgørelse, navnlig hvis den sandsynlige skade viste sig ved en forringelse af kvaliteten af deres net. BT/EE har i denne forbindelse gjort gældende, at det fremgår af 1230. og 1529.-1546. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen nærede betænkeligheder om, hvorvidt Three kunne svække BT/EE's konkurrencemæssige stilling, idet BT/EE bidrog betydeligt til konkurrencen.

356 Retten finder, at det tredje anbringendes tredje, fjerde og femte led er indbyrdes afhængige og hensigtsmæssigt kan undersøges samlet. Retten fastslår ligeledes indledningsvis, at sagsøgeren under det femte led har samlet flere klagepunkter vedrørende vurderingen af fusionens indvirkning på BT/EE og Vodafone uden at sondre mellem plan [A] og plan [B].

357 Derfor undersøger Retten virkningerne på BT/EE og Vodafone efter hinanden, idet den er bekendt med, at de virkninger på BT/EE, som følger af plan [A], der fastslås i præmis 362-379 nedenfor, ligeledes ses i mindre grad for BT/EE som led i plan [B].

358 Det skal indledningsvis fastslås, at fusionens ikke-koordinerede virkninger vedrørende en mulig udøvelse af markedsmagt i form af en forringelse af de tilbudte tjenester eller af kvaliteten af den fusionerede enheds eget net ikke er blevet undersøgt i den anfægtede afgørelse.

359 Ifølge 25. betragtning til forordning nr. 139/2004 er vurderingen af den mulige eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, central for vurderingen af fusionens ikke-koordinerede virkninger, som det allerede er fastslået i præmis 96 og 97 ovenfor.

360 Ophævelsen af det eksisterende konkurrenceforhold mellem fusionsparterne og den omstændighed, at ingen potentiel resterende eller ny konkurrent kunne konkurrere effektivt med den fusionerede enhed, ville nemlig skabe konkurrencehindringer og hermed skade forbrugerne. Eftersom den fusionerede enhed ikke længere ville blive udsat for det pres, som tidligere fandtes mellem fusionsparterne, ville fusionen ud over påvirkningen af priserne ligeledes påvirke kvaliteten af tilbuddet og de valg, kunderne får (jf. i denne retning dom af 6.7.2010, Ryanair mod Kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 224).

361 Den manglende grundige undersøgelse af denne problemstilling udgør en svaghed ved Kommissionens analyse i den anfægtede afgørelse, som, for at kunne tiltrædes, kræver et særlig solidt og overbevisende ræsonnement, henset til virkningerne på konkurrenterne.

*1) Virkningerne på BT/EE*

362 For det første tilsigter EU's konkurrenceregler hovedsageligt at beskytte den konkurrencemæssige proces som sådan og ikke konkurrenterne. Kommissionen har i denne henseende i retningslinjerne for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT C 265, 2008, s. 6) med føje anført, at det ikke i sig selv er et problem, at en fusion påvirker konkurrenterne. Navnlig kan den omstændighed, at konkurrenterne kan påføres skade, fordi en fusion skaber effektivitetsgevinster, ikke i sig selv give anledning til konkurrencemæssige problemer.

363 Dette ræsonnement finder analog anvendelse som led i en horisontal fusion og også som led i et begrænset oligopol, som det er tilfældet i den foreliggende sag.

364 I 1265. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen derimod, at en af metoderne til at svække den konkurrencemæssige stilling for partnerne i netdelingsaftalerne var at forringe netkvaliteten i den ene eller den anden af disse to aftaler. Efter Kommissionens opfattelse er dette særligt relevant for partneren i den netdelingsaftale, som ikke er grundlaget for den fusionerede enheds konsoliderede net.

365 F.eks. fremgår det af 1430. og 1431. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den fusionerede enhed under plan [A] forventede ikke at anvende [*fortroligt*] på MBNL-stederne. Denne enhed var ikke desto mindre forpligtet til at dele omkostningerne for disse steder som følge af de tilsagn, som blev afgivet over for Three i 2009 som led i fusionen T-Mobile/Orange (sag COMP/M.5650), og som skulle afhjælpe de betænkeligheder, som Three havde givet udtryk for, [*fortroligt*].

366 Opretholdelsen af forpligtelsen til at dele omkostningerne til de steder, der blev overflødige som led i den foreliggende fusion, begunstigede BT/EE's konkurrencemæssige stilling, selv om Kommissionen med føje konkluderede, at det øgede fusionsparternes incitamenter til at reducere sådanne omkostninger. Den eventuelle svækkelse af fusionsparternes incitament til fortsat at investere i disse overflødige steder kan imidlertid ikke påvirke BT/EE's konkurrencemæssige stilling uforholdsmæssigt eller udgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

367 Selv om forhøjelsen af omkostningerne for en konkurrerende operatør ikke nødvendigvis indebærer en konkurrencehindring, som Kommissionen med føje lagde til grund i 1679. betragtning til den anfægtede afgørelse, påhviler det i denne henseende under alle omstændigheder Kommissionen at føre bevis for, at skadeteorien var støttet på en årsagsforbindelse mellem den formodede forhøjelse af de faste omkostninger og af meromkostningerne, som ville føre til færre investeringer, til en forringelse af kvaliteten af de tjenester, der udbydes på markedet, eller – såfremt de via en prisstigning væltes over på forbrugerne – til en reduktion af det konkurrencepres, som BT/EE og Vodafone udøver på markedet.

368 Det skal i det foreliggende tilfælde fastslås, at Kommissionen ikke fremlagde et sådant bevis for årsagssammenhængen i den anfægtede afgørelse i overensstemmelse med de beviskrav, som finder anvendelse i den foreliggende sag, og som er anført i præmis 111 ovenfor.

369 Der er i denne forbindelse intet i den anfægtede afgørelse, som giver det indtryk, at tabet af konkurrencepres fra en enkelt operatør inden for rammerne af et oligopolistisk marked i telekommunikationssektoren, som har et begrænset antal operatører, »højst sandsynligt« vil betyde en samlet skade for konkurrencen på dette marked, som Kommissionen anførte i 1679. betragtning til den anfægtede afgørelse.

370 For det andet fastslår Retten, at for så vidt som det allerede i præmis 96 ovenfor er fastslået, at fusionen som led i den anden skadeteori, der er støttet på de ikke-koordinerede virkninger, måtte indebære en »eliminering af det betydelige konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne«, er den blotte svækkelse af det konkurrencepres, som de andre konkurrenter på markedet udøvede hvad angår kvaliteten, ikke i sig selv tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for den effektive konkurrence.

371 Kommissionens konklusioner er begrænset til en konstatering af, at BT/EE som følge af Threes reducerede engagement sandsynligvis ville ifalde, eller i hvert fald forventede at ifalde, større omkostninger til vedligeholdelsen af de eksisterende net (1445.-1455. betragtning til den anfægtede afgørelse) og forbedring af nettet (1530. betragtning til den anfægtede afgørelse).

372 Med andre ord har Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke i fornødent omfang ført bevis for, at en mulig forøgelse af omkostningerne ville reducere BT/EE's evne til at investere. Den har heller ikke anført, hvilke typer investeringer der ville blive berørt eller kunne deles, i forhold til de investeringer,

hvor dette ikke var tilfældet. Den anfægtede afgørelse synes nemlig at være støttet på mere eller mindre usandsynlige teorier om BT/EE's manglende reaktion, som blot ville ophøre med at investere efter forøgelsen af omkostningerne.

373 Som Retten allerede har fastslået i præmis 280 ovenfor, fremgår det af de beviser, der er fremlagt under den administrative procedure, at selv om der kan fastlægges en positiv sammenhæng mellem fusioner, som bevirker en overgang fra fire til tre operatører i sektoren for mobil telekommunikation, og prisstigninger, kan der ligeledes fastlægges en sammenhæng mellem disse fusioner og mobilnetoperatørernes øgede investeringer i netværk.

374 For det tredje skal det hvad angår muligheden for, at Threes kan hindre BT/EE's ensidige udbygning, som er anført i 1473,-1522. betragtning til den anfægtede afgørelse, fastslås, at dette ræsonnement, som bl.a. er udledt af BT/EE's bemærkninger og af en anfægtet fortolkning af MBNL, ikke som sådan er tilstrækkeligt til at godtgøre, at der foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence i den foreliggende sag hvad angår plan [A].

375 For det første skal en sådan eventuel skade på konkurrencen nemlig ikke støttes på muligheden for, at fusionsparterne ensidigt beslutter at forringe kvaliteten på deres eget net, men derimod på transaktionens mulige virkninger på den anden part i netdelingsaftalen.

376 For det andet er årsagssammenhængen i denne teori særligt usikker. Kommissionens teori er navnlig støttet på en konstatering om, at for at mekanismen med hindringer for BT/EE's investeringer kan ske på Threes initiativ, [*fortroligt*].

377 [*fortroligt*].

378 Kommissionens teori forudsætter endvidere, at den af parterne påtænkte mekanisme inden for rammerne af et forretningsmæssigt samarbejdsforhold let kan forstås som misbrug, der kan skade en af de to parter alvorligt. Endelig forudsætter den, at BT/EE ikke har mulighed for effektiv gengældelse i forhold til Three ved at opsige eller genforhandle MBNL-aftalen eller ved at anmode Kommissionen om en fornyet gennemgang af de tilsagn, som er afgivet over for Three, og som er anført i præmis 329 ovenfor.

379 Den omstændighed, at en sådan udvikling teoretisk set kan tænkes, indebærer ikke, at det er tilstrækkelig realistisk og sandsynligt, at en sådan kæde af begivenheder vil indtræde og vil medføre, at BT/EE ikke har mulighed for at tilbyde et tjenesteniveau, som giver dette selskab mulighed for at konkurrere hensigtsmæssigt med den fusionerede enhed.

*2) Virkningerne på Vodafone*

380 Retten fastslår indledningsvis, at klagepunktet om virkningerne på Vodafone kun er virksomt, hvis den alternative netkonsolideringsplan var den mest sandsynlige i den foreliggende sag, hvilket sagsøgeren har anfægtet.

381 For det første bemærker Retten, som det allerede er fastslået hvad angår BT/EE, at den omstændighed alene, at Vodafone udøvede et mindre konkurrencepres efter fusionen, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence i den foreliggende sag.

382 For det andet fastslår Retten hvad angår virkningerne på Vodafones net, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke har godtgjort, at en stigning i omkostningerne ville påvirke Vodafones incitamenter til at investere i sit net.

383 Som fastslået i 1680. og 1681. betragtning til den anfægtede afgørelse er det nemlig korrekt, at [*fortroligt*].

384 Sådanne virkninger af fusionen, som ville bevirke en [*fortroligt*], hvilket a priori kan fremme hemmelige aftaler mindre, indebærer imidlertid ikke nødvendigvis færre investeringer foretaget af Vodafone. Kommissionen har navnlig i 1643. betragtning til den anfægtede afgørelse anført, at Vodafone har evnen til at absorbere en stigning i omkostningerne som følge af fusionen.

385 Som Kommissionen lagde til grund i 1683. betragtning til den anfægtede afgørelse, er forringelsen af netkvaliteten i denne forbindelse ikke en følge af Vodafones potentielle eller angivelige manglende evne til selv at foretage de nødvendige investeringer [*fortroligt*], men følger af en økonomisk beslutning, som Vodafone skulle træffe [*fortroligt*], ifølge en simulationsmodel, som Vodafone har fremlagt under den administrative procedure.

386 Kommissionens skadeteori er bl.a. støttet på Vodafones incitamenter til at begrænse investeringerne i sit eget net på grundlag af dette selskabs model, hvilket giver indtryk af, at [*fortroligt*] vil være berettiget på det økonomiske plan (1643. betragtning til den anfægtede afgørelse).

387 I den foreliggende sag anførte Kommissionen i 1645. betragtning til den anfægtede afgørelse i det væsentlige, at »[*fortroligt*] af dækning på et marked, hvor alle operatørerne sikrer [*fortroligt*], vil nedsætte konkurrenceevnen for Vodafones priser betragteligt«.

388 Selv om det kan betvivles, at en sådan virkning, som ikke ville følge af den fusionerede enheds fremtidige beslutninger, men af en af dens konkurrenters beslutninger, kan anses for at være en direkte og umiddelbar følge af fusionen, har Kommissionen under alle omstændigheder i den anfægtede afgørelse ikke i fornødent omfang og i overensstemmelse med gældende beviskrav godtgjort, at en sådan beslutning fra Vodafones side i tilstrækkelig realistisk og sandsynlig grad ville følge af fusionen, ville ændre de afgørende faktorer for konkurrencetilstanden på de berørte markeder og i den foreliggende sag ville hindre den effektive konkurrence på det pågældende marked »betydeligt«.

389 I denne henseende har Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke godtgjort, på hvilket grundlag Vodafone, selv om dette selskabs evne til at dække stigningen i omkostningerne er ubestridt, ville vælge frivilligt at forringe kvaliteten på sit net eller ikke at investere heri.

390 Selv hvis det antages, at det ville forholde sig således, er vurderingen af kvaliteten som en af vektorerne for konkurrencen ofte en kompleks og unøjagtig øvelse, som i hvert enkelt tilfælde kræver en afvejning af de forskellige forbrugeres opfattelse, navnlig inden for det højteknologiske område.

391 Hvis det antages, at Vodafone således frivilligt og på grundlag af stedernes rentabilitet beslutter at reducere sin dækningsgrad på nettet med [*fortroligt*] på et marked, hvor alle andre operatører har pligt til at sikre en dækningsgrad på nettet på [*fortroligt*], synes det i den foreliggende sag mere sandsynligt, at Vodafone ville trække sig og alene forringe sit net i de mindre befolkede, og således mindre rentable, regioner.

392 Selv hvis det findes, at den forringelse af netkvaliteten, som Kommissionen har antaget, vil ske efter Vodafones forretningsmæssige beslutning om ikke at investere i steder med lav rentabilitet [*fortroligt*], og bl.a. i områder med lav befolkningstæthed, kan Det Forenede Kongeriges tilsynsmyndigheder hensigtsmæssigt afhjælpe en sådan virkning ved fusionen.

393 For det tredje gør andre faktorer det ligeledes muligt at tvivle på sandsynligheden for Kommissionens analyse i den anfægtede afgørelse. For så vidt som Kommissionen i 1736. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at den fusionerede enhed ville investere [*fortroligt*] i sin egen infrastruktur, synes det sandsynligt, at lignende investeringer kunne foretages [*fortroligt*] af Vodafone.

394 Desuden [*fortroligt*] har disse parter allerede forudset muligheden for, at de omkostninger, som parterne påtager sig, ville stige efter [*fortroligt*].

395 For så vidt som en sådan mulighed for at udvikle netdelingsaftalen allerede var foreskrevet, er det vanskeligt at forestille sig, at gennemførelsen af en sådan kontraktmæssig mulighed rent faktisk ville skade Vodafone betydeligt.

396 Det skal følgelig fastslås, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke i fornødent omfang godtgjorde, at Vodafone savnede evne til at udøve en effektiv konkurrence, eller at enhver stigning i Vodafones omkostninger ville blive væltet over på forbrugerne i form af prisstigninger.

397 Det følger heraf, at det tredje anbringendes tredje, fjerde og femte led samlet set skal tiltrædes.

### *c) Den øgede gennemsigtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene*

398 Med det tredje anbringendes sjette led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen begik en retlig fejl og anlagde åbenbart urigtige skøn ved analysen af fusionens virkninger på investeringer i nettene som led i henholdsvis plan [B] og plan [A].

399 Sagsøgeren har bl.a. gjort gældende, at den mekanisme, hvorved den øgede gennemsigtighed mellem mobilnetoperatørerne inden for rammerne af plan [B] kunne reducere deres incitament til at investere i nettene (1732.-1742. betragtning til den anfægtede afgørelse), i medfør af retningslinjernes punkt 22 henhører under koordinerede virkninger og ikke ikke-koordinerede virkninger.

400 Det er Kommissionens opfattelse, støttet af Det Forenede Kongerige, at den ikke har gjort gældende, at BT/EE og Vodafone koordinerede deres handlinger, dvs. stiltiende aftalte ikke at investere eller ville træffe gengældende foranstaltninger, hvis den ene af dem investerede, men at ingen af de andre mobilnetoperatører, såfremt den fusionerede enhed ikke tog initiativ til investeringer, ensidigt ville have incitament til at investere i ny teknologi. Kommissionen støttede sig således på en svækkelse af konkurrencepresset og de ensidige incitamenter til at investere i net, som reelt var en ensidig eller ikke-koordineret virkning af fusionen i medfør af retningslinjernes punkt 24.

401 BT/EE har gjort gældende, at Kommissionen ikke analyserede de koordinerede virkninger, men blot medgav, at detailmarkedet er et oligopolistisk marked. På et sådant marked er alle udbydere generelt opmærksomme på deres konkurrenters handlinger og reagerer fornuftigt.

402 Retten fastslår indledningsvis, at Kommissionen i 1562. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at den øgede gennemsigtighed af investeringerne mellem mobilnetoperatørerne ville have lille sandsynlighed for at have en betydelig negativ indvirkning på investeringerne inden for rammerne af plan [A] (1564. betragtning til den anfægtede afgørelse).

403 Kommissionen konkluderede i øvrigt i 1735. betragtning til den anfægtede afgørelse, at plan [B] kunne have en betydelig negativ indvirkning på investeringerne i net inden for sektoren, for så vidt som den fusionerede enhed kunne få oplysninger om BT/EE's investeringer.

404 Som sagsøgeren har anerkendt i sin analyse af konsolideringsscenarierne, blev den mulighed for [*fortroligt*], der er fremlagt i 1388. og 1389. betragtning til den anfægtede afgørelse, endvidere opgivet under hensyn til konkurrencemyndighedernes forudsigelige forbehold og den lave sandsynlighed for, at et sådant scenario ville blive godkendt.

405 I den foreliggende sag konstaterede Kommissionen i 1389. betragtning til den anfægtede afgørelse, at fusionen dog umiddelbart ville skabe en usikker situation, eftersom den nye enhed ikke straks ville kunne gennemføre hverken plan [B] eller plan [A]. I en mellemliggende periode og på kort sigt [*fortroligt*].

406 Den fusionerede enhed ville i givet fald have incitament til at foretage de samme investeringer i både den østlige og den vestlige del af landet, hvilket endelig ville give BT/EE og Vodafone mulighed for at få kendskab til deres respektive investeringer (1735. og 1736. betragtning til den anfægtede afgørelse). Denne øgede gennemsigtighed medfører således en risiko for, at BT/EE og Vodafone vil afvente, at den fusionerede enhed foretager bestemte investeringer, hovedsageligt vedrørende udviklingen af ny teknologi, inden de selv investerer (1737., 1739. og 1740. betragtning til den anfægtede afgørelse).

407 Med andre ord var Kommissionens betænkeligheder som led i den anden skadeteori ifølge denne institution støttet på en reduktion af incitamenterne for hver mobilnetoperatør til at investere i og forbedre sit net på en proaktiv måde samt på den svækkelse af konkurrencepresset, som måtte følge heraf. Denne svækkelse ville skyldes den markedsstruktur, som ville gælde inden for rammerne af plan [B], [*fortroligt*], samt den øgede gennemsigtighed, som denne struktur ville skabe for hver mobilnetoperatørs investeringsstrategier.

408 Retten fastslår i denne henseende, at der i den foreliggende sag foreligger en særlig vanskelighed hvad angår den retslige prøvelse, som den skal foretage af den anfægtede afgørelse, nemlig at Kommissionen undlod at fastsætte en passende tidsmæssig ramme, inden for hvilken den ville fastlægge en betydelig hindring for effektiv konkurrence. I den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen nemlig fusionens umiddelbare virkninger på kort og mellemlang sigt, henset til den midlertidige overlapning af de to netdelingsaftaler, samt virkningerne på mellemlang og lang sigt, henset til netkonsolideringsplanerne, uden at den imidlertid godtgjorde, hvilket af de mange tilstedeværende scenarier var det mest sandsynlige, eller i lyset af hvilket scenario eller hvilke scenarier fusionens virkninger på konkurrencen hovedsageligt skulle undersøges.

409 Derfor har Retten med henblik på retsmødet anmodet parterne om at fremlægge deres standpunkter hvad angår den passende tidsmæssige ramme for vurderingen af fusionens virkninger på konkurrencen.

410 Retten fastslår, at det navnlig i 1239. og 1244. betragtning til den anfægtede afgørelse er lagt til grund, at uanset hvilken netkonsolideringsplan fusionsparterne endelig valgte i den foreliggende sag, ville de ikke på lang sigt bevare to separate net, og det ses ikke, at det langsigtede i den anfægtede afgørelse er blevet anset for at være den passende tidsmæssige ramme for vurderingen af fusionens virkninger.

411 I denne henseende fremgår det af 1244. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den fusionerede enhed ifølge sagsøgerens planer ikke ville bevare to separate net på lang sigt. Den fusionerede enhed ville på lang sigt koncentrere sig om den ene af de to netdelingsaftaler.

412 I 1239. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde Kommissionen endvidere til grund, at sidestillingen af interesserne og den gensidige afhængighed efter transaktionen sandsynligvis ville blive brudt i de to netdelingsaftaler, der fandtes på markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige. Kommissionen konstaterede, at selv om den fusionerede enhed var baseret på begge net for fortsat at kunne levere mobile telekommunikationstjenester til Three og O2's kunder, ville denne enhed have incitament til ikke at bevare to net på lang sigt. Ifølge Kommissionen ville dette uundgåeligt berøre sidestillingen af interesserne med mindst en af de to partnere i netdelingsaftalerne.

413 I fodnote 1012 i den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen, at driften af to nationalt dækkende, separate net af flere grunde forekommer højst usandsynlig. For det første foreskriver de to netkonsolideringsplaner, som sagsøgeren har fremlagt, som de eneste realistiske scenarier skabelsen af et konsolideret netværk. For det andet er det, navnlig hvad angår fremtidige investeringer, økonomisk

ufornuftigt at drive to forskellige net efter transaktionen på samme måde som på selvstændigt grundlag. Kommissionen har anført, at den fusionerede enhed således skulle foretage investeringerne to gange for at tilbyde dem til alle sine kunder.

414 BT/EE har henledt Rettens opmærksomhed på den omstændighed, at Kommissionen i et vist antal fusionssager har støttet sig på en analyse af de langsigtede virkninger, idet selskabet har nævnt sag COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), hvori Kommissionen tog hensyn til en periode på mere end ti år med henblik på at analysere fusionens virkninger.

415 Retten fastslår, at analysen af virkningerne af en fusion på et oligopolistisk marked i telekommunikationssektoren, som nødvendiggør langsigtede investeringer, og hvor forbrugerne ofte er bundet af flerårige kontrakter, er en fremadrettet, dynamisk analyse, som nødvendiggør en hensyntagen til de eventuelle koordinerede eller ensidige virkninger over et relativt langt tidsrum i fremtiden.

416 Uanset hvilken netkonsolideringsplan fusionsparterne endelig vælger, vil de således ikke bevare to separate net på lang sigt. Følgelig skal Kommissionens teori om den øgede gennemsigtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene forkastes, for så vidt som den er støttet på en tese om, at der findes to separate net.

417 Det tredje anbringendes sjette led skal dermed tiltrædes, for så vidt som Kommissionen begik en retlig fejl ved at kvalificere den øgede gennemsigtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene som ikke-koordinerede virkninger.

418 Hvad angår den anden skadeteori skal det tredje anbringende dermed tiltrædes, uden at det er fornødent at behandle dette anbringendes øvrige led.

### E. Den tredje skadeteori om eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet

419 Den tredje skadeteori, der er fremsat i 1815.-2314. betragtning til den anfægtede afgørelse, vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet i forbindelse med fjernelsen af et betydeligt konkurrencepres. På dette marked leverer de fire mobilnetoperatører værtstjenester til ikke-mobilnetoperatørerne, som for deres vedkommende tilbyder abonnenterne detailtjenester. Fusionen ville ifølge Kommissionen have reduceret antallet af mobilnetoperatører, der ønskede at være værter for ikke-mobilnetoperatører.

420 Nærmere bestemt udgør Three inden transaktionen efter Kommissionens opfattelse en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på engrosmarkedet. I denne forbindelse konstaterede Kommissionen bl.a., at Three på trods af en historisk beskeden markedsandel, der udgjorde [0-5%] i 2014 og 2015 (1856.-1867. betragtning til den anfægtede afgørelse), har en bruttotilføjelse af kunder, der overstiger selskabets markedsandel (1868.-1920. betragtning til den anfægtede afgørelse).

421 For at nå til denne konklusion beregnede Kommissionen værdien af de kontrakter, der var indgået med kunder i perioden 2012-2015. Ifølge Kommissionens beregning var den andel, som Three havde opnået, mellem [*fortroligt*] efter en vægtning på grundlag af den forventede værdi af selskabets kunder i 2018. Kommissionen konstaterede ligeledes, at Three har forbedret sin stilling på engrosmarkedet væsentligt, har deltaget i flere udbudsprocedurer, herunder for de største ikke-mobilnetoperatører, og har indgået kontrakter med ikke-mobilnetoperatører, som har vækstpotentiale. Denne institution har anført, at selskabets tilstedeværelse spiller en rolle for konkurrencen i engrosforhandlingerne, selv når det ikke opnår kontrakten, at det tilbyder konkurrencedygtige engrospriser for ny teknologi såsom 4G, og at det anses for at være en stærk konkurrent (1921.-2125. betragtning til den anfægtede afgørelse).

422 I 2210. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at fusionen dels ville reducere den fusionerede enheds tilskyndelse til at konkurrere, fordi denne enhed ville have en større kundekreds på detailmarkedet, hvilket øgede risikoen for »kannibalisering« (2209. betragtning til den anfægtede afgørelse), dels ville have negative virkninger på BT/EE og Vodafones evne og incitament til at konkurrere (2291. betragtning til den anfægtede afgørelse).

423 I 2313. betragtning til den anfægtede afgørelse konkluderede Kommissionen, at fusionen risikerede at skabe betydelige ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet, fordi antallet af mobilnetoperatører reduceres fra fire til tre, Three fjernes som betydelig konkurrencemæssig faktor, jf. retningslinjernes punkt 37, det betydelige konkurrencepres, som tidligere bestod mellem parterne, fjernes, og konkurrencepresset på de resterende operatører reduceres. De konkurrerende mobilnetoperatører ville endvidere hverken have evnen eller de nødvendige incitamenter til at modvirke transaktionens ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger.

424 Med det fjerde anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse begik retlige fejl, anlagde åbenbart urigtige skøn og tilsidesatte væsentlige formforskrifter hvad angår de ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet, hvilket navnlig skyldes dens konklusioner om, for det første, at fusionen udgjorde en betydelig hindring for den effektive konkurrence på engrosmarkedet (det første led), for det andet, at Three var en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på engrosmarkedet (det andet og det tredje led), for det tredje, at den fusionerede enhed havde mindre incitament til at konkurrere (det fjerde led), og for det fjerde, at denne enheds konkurrenter hverken havde evnen eller de nødvendige incitamenter til at konkurrere med denne (det femte led), samt Kommissionens hensyntagen til tredjeparters argumenter (det sjette led). Ifølge sagsøgeren bør hver af disse fejl føre til, at den anfægtede afgørelse annulleres.

425 Der er grundlag for først og samlet at undersøge det fjerde anbringendes første tre led vedrørende fejl hvad angår konstateringen om, at fusionen ville hindre den effektive konkurrence på engrosmarkedet betydeligt, og vedrørende et åbenbart urigtigt skøn hvad angår konstateringen om, at Three er en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

426 Med det fjerde anbringendes første led har sagsøgeren gjort gældende, at eftersom Threes markedsandel på engrosmarkedet var [0-5%] i 2014 og aldrig havde overskredet denne grænse, hvilket Kommissionen ikke har bestridt (1856. betragtning til den anfægtede afgørelse), havde fusionen ingen mærkbar indvirkning på konkurrencen. I denne henseende er den anfægtede afgørelse udelukkende støttet på konstateringer vedrørende Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

427 Med det fjerde anbringendes andet og tredje led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke forklarede, hvorledes den konkurrence, som Three udøvede på engrosmarkedet, var særlig stærk i forhold til den konkurrence, som de øvrige operatører udøvede, hvis forudsigelige markedsandel ikke blev undersøgt. Ikke blot var alle de andre operatører på markedet klart mere solide end Three, men denne situation havde altid bestået, og Threes nyligt registrerede, lille opnåelse af markedsandele forblev marginal og uden betydning for markedets konkurrencemæssige struktur og dynamik. Ved at kvalificere Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« begik Kommissionen endvidere fejl i såvel sin analyse af markedsandelene som i sin analyse af Threes bruttoandel af nye kunder og i sin kvalitative vurdering af Threes betydning på engrosmarkedet.

428 Hvad angår sidstnævnte punkt har sagsøgeren anført, at grafik nr. 125 i den anfægtede afgørelse, som illustrerer de fire mobilnetoperatørers andele på engrosmarkedet som skønnet af Kommissionen, klart viser Threes svage stilling i forhold til sine konkurrenter. [*fortroligt*]

429 Kommissionen anførte ligeledes med urette i 1920. betragtning til den anfægtede afgørelse på grundlag af en fremskrivning af Threes bruttoandel af nye kunder, som oversteg oplysningerne fra det aktuelle marked, at selskabets markedsandel hverken afspejlede dets aktuelle konkurrencemæssige styrke eller dets betydning i den fremtidige konkurrenceproces.

430 Endelig er det sagsøgerens opfattelse, at den omstændighed, at Three ikke deltog i [*fortroligt*] af de syv store udbud henvendt til offentligheden, som var blevet iværksat i de seneste tre år, ligesom [*fortroligt*], stred mod tanken om, at Three kan konkurrere på troværdig vis og være en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på engrosmarkedet.

431 Kommissionen har bestridt denne argumentation.

432 Kommissionen har bl.a. gjort gældende, at markedsandelene og forøgelsen af markedsandelene kun giver et indledende fingerpeg om markedsmagten (retningslinjernes punkt 27), og at retningslinjerne giver flere eksempler på situationer, hvor beskedne markedsandele ikke er til hinder for, at en fusion skaber konkurrencemæssige problemer, f.eks. når den pågældende virksomhed har større indflydelse, end dens markedsandele tyder på (jf. retningslinjernes punkt 37). Følgelig kan den omstændighed, at Three kun har beskedne markedsandele på engrosmarkedet, ikke automatisk føre til en konklusion om, at fusionen ikke kan give anledning til en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

433 Endvidere er det Kommissionens opfattelse, at markedsandelene, forøgelsen heraf og væksten i koncentrationsgraden, selv om de alene er et fingerpeg om markedsmagten, er relevante elementer, der skal tages hensyn til på oligopolistiske markeder, hvor den omstændighed, at en virksomhed er en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, spiller en væsentlig rolle.

434 Retten fastslår, at reduktionen fra fire til tre på engrosmarkedet ikke i sig selv kan godtgøre en betydelig hindring for konkurrencen på engrosmarkedet i den foreliggende sag. Som det fremgår af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004, udviser mange oligopolistiske markeder nemlig en sund grad af konkurrence.

435 Hvad angår markedsandelene fastslår Retten, at det er ubestridt, at Threes markedsandel på engrosmarkedet var beskeden, nemlig [0-5%] i 2014 og 2015.

436 I denne henseende har Kommissionen under behandlingen af sagen for Retten anført, at markedsandelene og forøgelsen heraf ifølge retningslinjernes punkt 27 kun var et indledende fingerpeg om markedsmagten, eftersom det generelt, herunder i Kommissionens afgørelsespraksis, anerkendes, at beskedne markedsandele generelt er en god indikator for, at der ikke foreligger en stærk markedsmagt.

437 Ligesom tilstedeværelsen af omfattende markedsandele har meget stor betydning, og forholdet mellem markedsandele for fusionsparterne og konkurrenternes markedsandele er brugbare indicier for, at der foreligger en dominerende stilling eller en betydelig hindring for den effektive konkurrence, for så vidt som det giver mulighed for at vurdere den pågældende virksomheds konkurrenters konkurrenceevne (dom af 23.2.2006, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, præmis 201), antyder en fusionsparts særligt lave markedsandel således umiddelbart, at der ikke foreligger en betydelig hindring for den effektive konkurrence, navnlig når de andre operatører har meget større markedsandele.

438 Såfremt det ikke kan udelukkes, at fusionen på trods af en fusionsparts relativt lille markedsandel har betydelig indvirkning på den effektive konkurrence, tilkommer det Kommissionen at fremlægge overbevisende beviser herfor.

439 For det første er fusionsparternes kumulerede markedsandel på [30-40%] ikke et tegn på skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling i den foreliggende sag, eller som sådan et tegn på en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

440 For det andet fastslår Retten, at Kommissionen i 1865. betragtning til den anfægtede afgørelse lagde til grund, at det ved fusionen skabte HHI overskrider den grænse, der er fastsat i retningslinjerne.

441 Hvad angår beregningen af HHI fremgår det af retningslinjernes punkt 14, at markedsandelene eller koncentrationsgraden ofte giver nyttige første indikationer om såvel markedsstrukturen som fusionsparternes konkurrencemæssige betydning. Det fremgår ligeledes af retningslinjernes punkt 16, at den samlede koncentrationsgrad på et marked også kan give nyttige oplysninger om konkurrencesituationen.

442 Retningslinjernes punkt 19-21 fastlægger de grænser for HHI, hvorunder en fusion efter al sandsynlighed ikke medfører nogen konkurrencemæssige problemer. Kommissionens har således anført, at det er usandsynligt, at en transaktion vil medføre horisontale konkurrencemæssige problemer på et marked med et HHI efter fusionen på mellem 1 000 og 2 000 og et delta under 250, eller et HHI efter fusionen på over 2 000 og et delta under 150, medmindre der foreligger særlige omstændigheder.

443 Sagsøgeren har, uden at Kommissionen har bestridt dette, for Retten gjort gældende, at deltaet efter transaktionen i den foreliggende sag kun ville være [*fortroligt*]. Retten fastslår, at denne værdi ganske vist overstiger den grænse, hvorunder det principielt er udelukket, at fusionen giver anledning til konkurrencemæssige problemer. I retningslinjernes punkt 21, andet punktum, præciseres det imidlertid, at en overskridelse af disse grænseværdier ikke giver anledning til en formodning for, at der foreligger konkurrencemæssige problemer.

444 Det skal imidlertid fastslås, at jo mere overskridelsen af disse grænser er udtalt, desto mere afslører værdierne konkurrencemæssige problemer (jf. i denne henseende dom af 9.7.2007, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, T-282/06, EU:T:2007:203, præmis 138), og at deltaet i den foreliggende sag kun er [*fortroligt*] over den grænse, der er fastsat i retningslinjerne for horisontale fusioner.

445 I den foreliggende sag fastslår Retten, at Kommissionen ikke støttede sig på Threes historiske markedsandele og koncentrationsgraden for at konkludere, at selskabet var en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på engrosmarkedet, men støttede sig på bruttoandelene af nye kunder (1857. betragtning til den anfægtede afgørelse) og sin kvalitative analyse af Threes betragtning på engrosmarkedet.

446 Den omstændighed, at Kommissionen konstaterede, at Three havde større indflydelse på konkurrenceprocessen, end selskabets markedsandele tyder på, er imidlertid ikke i sig selv et tilstrækkeligt bevis til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence i den foreliggende sag.

447 Selv om det ikke er udelukket, at anvendelsen af blot én af de faktorer, der er fastlagt i retningslinjerne, i visse tilfælde kan være tilstrækkeligt til at godtgøre, at der foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence, har Kommissionen nemlig ikke i den anfægtede afgørelse givet en troværdig forklaring på, hvorfor bruttoandelene af nye kunder på dette punkt var afgørende i den foreliggende sag. Selv om det er korrekt, at Kommissionen ikke i alle tilfælde skal undersøge alle de kriterier, som den selv har fastsat i retningslinjerne, er det heller ikke fastslået, at et enkelt af disse kriterier kan være tilstrækkeligt til at bevise en betydelig hindring for effektiv konkurrence uden en nærmere undersøgelse af de faktiske omstændigheder.

448 For det tredje har Kommissionen hvad angår bruttoandelene af nye kunder anført, at Three havde opnået ca. mellem [*fortroligt*] af den samlede værdi af de omtvistelige kontrakter vedrørende engroskunder. Efter Kommissionens opfattelse var den tilbageværende del af bruttoerhvervelsen af engroskunder, selv hvis alle de tilpasninger, som sagsøgeren har foreslået, accepteres, meget højere end Threes historiske markedsandel (1896. og 1917. betragtning til den anfægtede afgørelse).

449 Den omstændighed alene, at Threes bruttoandel af nye kunder er højere end selskabets markedsandel, er ikke i den foreliggende sag tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence i en kontekst, hvor selskabets markedsandel reelt er meget beskeden, og hvor selv dets bruttoandel af nye kunder på et marked med fire operatører er begrænset.

450 Det skal fastslås, at selv om disse forhold gør det muligt at finde, at Three har evne til at konkurrere med de øvrige operatører på engrosmarkedet, at selskabet er en troværdig konkurrent og påvirker konkurrencen, selv om det ikke får tildelt kontrakterne i udbuddene, og at det har styrket sin stilling på markedet, er de under alle omstændigheder ikke tilstrækkelige til at kvalificere Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

451 For det fjerde har Kommissionen hvad endelig angår dens kvalitative vurdering af Threes betydning på engrosmarkedet konstateret, at selskabet betragtes som en troværdig trussel på markedet og har deltaget i et betydeligt antal udbudsprocedurer (1936.-1987. betragtning til den anfægtede afgørelse).

452 Som sagsøgeren med føje har fremhævet, har Kommissionen ikke godtgjort, at de kriterier, som den selv har fastsat i retningslinjernes punkt 37 og 38, fandt anvendelse på Three. Kommissionens konstateringer hvad angår Threes fremtidige markedsandel, selskabets troværdighed, konkurrencevilkårene for dets bud eller virkningerne af dets deltagelse i udbudsprocedurerne (2294. og 2295. betragtning til den anfægtede afgørelse) godtgør nemlig ikke, selv om de måtte være begrundede, at Three adskilte sig fra de andre operatører på engrosmarkedet.

453 Selv om de forhold, som Kommissionen tog hensyn til, kunne karakterisere Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, gør de det i øvrigt ikke muligt at godtgøre, at der bestod et betydeligt konkurrencepres mellem Three og O2, som ville blive fjernet efter transaktionen.

454 Det fjerde anbringendes tre første led skal dermed tiltrædes, uden at det er fornødent for Retten at behandle det fjerde anbringendes fjerde, femte og sjette led.

455 Følgelig skal den anfægtede afgørelse annulleres, uden at Retten skal tage stilling til, om de tre skadeteorier er uafhængige eller indbyrdes afhængige, eller til sagsøgerens øvrige argumenter og anbringender.

**Sagsomkostninger**

456 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør den pålægges at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med sidstnævntes påstand herom. Det Forenede Kongerige og EE Ltd bærer hver deres egne omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 138.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Udvidede Afdeling):

1) **Kommissionens afgørelse C(2016) 2796 final af 11. maj 2016, hvorved Hutchison 3G UK Investments Ltd's overtagelse af Telefónica Europe plc blev erklæret uforenelig med det indre marked (sag COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK), annulleres.**

2) **Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler de af CK Telecoms UK Investments Ltd afholdte omkostninger.**

3) **Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland og EE Ltd bærer hver deres egne omkostninger.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. maj 2020.

Underskrifter

# Indhold

I. Sagens baggrund ..... 2

II. Den anfægtede afgørelse ..... 4

III. Retsforhandlinger ..... 4

IV. Parternes påstande ..... 8

V. Retlige bemærkninger ..... 8

A. Retsforskrifter ..... 8

1. Intensiteten af domstolsprøvelsen på fusionsområdet ..... 9

2. Rækkevidden af ændringen indført ved forordning nr. 139/2004 ..... 9

3. Bevisbyrde og bevisniveau på fusionsområdet ..... 13

4. Om begrundelsen ..... 15

B. Sammenfatning af søgsmålets anbringender og opbygning ..... 15

C. Den første skadeteori om de ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet ..... 16

1. Resumé af den anfægtede afgørelse ..... 16

2. Resumé af det første anbringende og de væsentligste beviselementer, der er fremført til støtte for den første skadeteori ..... 17

a) Analysen af markedsandelene ..... 17

b) Kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« ..... 19

1) Urigtig gengivelse af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor« ..... 19

2) Omfanget af Threes konkurrencepres på detailmarkedet ..... 22

i) Bruttotilføjelsen af abonnenter ..... 22

ii) Væksten af abonnenter hos Three ..... 23

iii) Threes prispolitik ..... 24

iv) Threes historiske rolle på markedet ..... 26

c) Vurderingen af det konkurrencemæssige forholds nærhed ..... 27

d) Vurderingen af fusionens kvantitative virkninger på priserne ..... 30

1) UPP-analysens bevisværdi som første »filter« ..... 30

2) UPP-analysen i den foreliggende sag ..... 31

e) Den samlede vurdering af de ikke-koordinerede virkninger ..... 33

D. Den anden skadeteori om de ikke-koordinerede virkninger som følge af forstyrrelsen af netdelingsaftalerne ..... 34

1. Resumé af den anfægtede afgørelse ..... 34

2. Det tredje anbringende om fejl hvad angår de ikke-koordinerede horisontale virkninger skabt af netdelingen ..... 38

a) Konvergensen mellem parterne i netdelingsaftalerne ..... 38

1) Den nye karakter af skadeteorien om netdelingsaftalerne ..... 38

2) Den angiveligt paradoksale og urigtige karakter af teorien om interessernes konvergens og forstyrrelsen af netdelingsaftalerne ..... 39

b) Fusionens virkninger på konkurrenterne ..... 41

1) Virkningerne på BT/EE ..... 42

2) Virkningerne på Vodafone ..... 44

c) Den øgede gennemsigtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene ..... 46

E. Den tredje skadeteori om eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet ..... 48

Sagsomkostninger ..... 52