Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer – uitgebreid)

28 mei 2020*

„Mededinging – Concentraties – Mobieletelecommunicatieactiviteiten – Retailmarkt voor mobieletelecommunicatiediensten – Wholesalemarkt voor toegang en gespreksopbouw op openbare mobiele netwerken – Overname van Telefónica Europe door Hutchison – Besluit waarbij de concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt – Oligopolistische markt – Significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging – Niet-gecoördineerde effecten – Bewijslast – Bewijsvereiste – Marktaandeel – Gevolgen van de concentratie voor de prijzen – Kwantitatieve analyse van de verwachte opwaartse prijsdruk – Naaste concurrenten – Aanzienlijke concurrentiedruk – Belangrijke concurrentiefactor – Overeenkomsten voor het delen van netwerken – Mate van concentratie – Herfindahl-Hirschmann-index – Onjuiste toepassing van het recht – Beoordelingsfout”

In zaak T-399/16,

CK Telecoms UK Investments Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door T. Wessely, O. Brouwer, advocaten, A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, en B. Kennelly, QC,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski en C. Urraca Caviedes als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short en A. Dadley, gemachtigden, bijgestaan door R. Williams en J. Morrison, barristers,

en door

EE Ltd, gevestigd te Hatfield (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door A. Lindsay, barrister, C. Chapman en J. Hulsmann, solicitors,

interveniënten,

* Procestaal: Engels.

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot nietigverklaring van besluit C(2016) 2796 final van de Commissie van 11 mei 2016 waarbij de concentratie die zou resulteren uit de overname van Telefónica Europe plc door Hutchison 3G UK Investments Ltd onverenigbaar is verklaard met de interne markt (zaak COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

wijst

HET GERECHT (Eerste kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. van der Woude, president, E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen en U. Öberg (rapporteur), rechters,

griffier: S. Bukšek Tomac, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting van 2 en 3 mei 2019,

het navolgende

Arrest

I. Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 11 september 2015 is bij de Europese Commissie overeenkomstig artikel 4 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1) een voorgenomen concentratie aangemeld, waarbij CK Hutchison Holdings Ltd via haar indirecte dochter Hutchison 3G UK Investments Ltd – thans CK Telecoms UK Investments Ltd, verzoekster – de exclusieve zeggenschap over Telefónica Europe plc (hierna: „O2") zou verwerven in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van die verordening.

2 Ten tijde van de feiten van het onderhavige geding waren er op de retailmarkt voor mobieletelecommunicatiediensten in het Verenigd Koninkrijk (hierna: „retailmarkt") vier mobielenetwerkexploitanten actief: EE Ltd – een dochteronderneming van BT Group plc die in 2016 door laatstgenoemde is overgenomen (hierna gezamenlijk: „BT/EE") –, O2, Vodafone en Hutchison 3G UK Ltd (hierna: „Three"), een indirecte dochter van CK Hutchison Holdings. Die mobielenetwerkexploitanten hadden een marktaandeel op basis van het aantal abonnees van respectievelijk [tussen de 30 en 40 %], [tussen de 20 en 30 %], [tussen de 10 en 20 %] en [tussen de 10 en 20 %]. De in het onderhavige geding aan de orde zijnde concentratie (hierna: „fusie", „concentratie" of „transactie"), waarbij Three en O2 (hierna gezamenlijk: „fuserende partijen") zouden fuseren, zou tot gevolg hebben gehad dat de fusieonderneming [30 à 40 %] van de retailmarkt in handen zou hebben gekregen en zodoende de belangrijkste speler op die markt zou zijn worden, vóór BT/EE – exploitant van het eerste uur – en vóór Vodafone.

3 De retailmarkt telde behalve die mobielenetwerkexploitanten meerdere virtuele mobielenetwerkexploitanten, waaronder Tesco Mobile, Virgin Mobile en TalkTalk, die geen eigenaar waren van de netwerken waarop zij mobiele diensten aanboden aan consumenten in het Verenigd Koninkrijk en daarom overeenkomsten hadden gesloten met een van de mobielenetwerkexploitanten om tegen wholesaleprijzen toegang tot diens netwerk te krijgen. Tesco Mobile is voor gelijke delen in handen van Tesco en O2. Op de retailmarkt waren ook wederverkopers (hierna samen met de virtuele mobielenetwerkexploitanten: „niet-MNO's") en onafhankelijke retailers, zoals Dixons, actief.

4 Een kenmerk van die markt was dat BT/EE en Three enerzijds en Vodafone en O2 anderzijds hun netwerken hadden samengevoegd via overeenkomsten voor het delen van netwerken. Zo konden BT/EE en Three (MBNL-overeenkomst; hierna: „MBNL"), respectievelijk Vodafone en O2 (Beacon-overeenkomst; hierna: „Beacon") de kosten delen voor het uitrollen van hun netwerken en tegelijkertijd op retailniveau met elkaar blijven concurreren.

5 Op 2 oktober 2015 heeft het Verenigd Koninkrijk, via de Competition and Markets Authority (mededingingsautoriteit, Verenigd Koninkrijk), op grond van artikel 9, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 verzocht om de concentratie naar deze autoriteit door te verwijzen. In dat verzoek voert het Verenigd Koninkrijk aan dat de concentratie in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor zowel de mededinging op de retailmarkt als de mededinging op de wholesalemarkt voor toegang en gespreksopbouw op de openbare mobiele netwerken in het Verenigd Koninkrijk (hierna: „wholesalemarkt"). Het Verenigd Koninkrijk stelt voorts dat die autoriteit in de beste positie verkeert om die concentratie te behandelen.

6 Op 4 december 2015 heeft de Commissie dat verwijzingsverzoek afgewezen bij besluit C(2015) 8534 final betreffende artikel 9 van verordening nr. 139/2004 in zaak M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK. In dat besluit wijst zij onder meer op de noodzaak van een coherente en consistente aanpak bij de beoordeling van fusies in de telecommunicatiesector in verschillende lidstaten, en op de aanzienlijke ervaring die zij bij het beoordelen van concentraties op de Europese markten voor mobiele telecommunicatie heeft opgebouwd.

7 Na de eerste onderzoeksfase is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de transactie ernstige twijfel deed rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, en heeft zij op 30 oktober 2015 besloten om de procedure van artikel 6, lid 1, onder c), van verordening nr. 139/2004 in te leiden.

8 Naar aanleiding van de tweede onderzoeksfase, die in aanvulling op de uitkomst van de eerste onderzoeksfase in gang was gezet, heeft de Commissie op 4 februari 2016 een mededeling van punten van bezwaar vastgesteld. Op 26 februari 2016 heeft verzoekster schriftelijke opmerkingen ingediend over de mededeling van punten van bezwaar.

9 Om tegemoet te komen aan de in die mededeling uiteengezette mededingingsbezwaren heeft verzoekster op 2 maart 2016 een eerste reeks toezeggingen ingediend.

10 Op 7 maart 2016 is op verzoek van verzoekster een hoorzitting gehouden.

11 Op 15 maart 2016 heeft verzoekster gewijzigde toezeggingen ingediend (hierna: „tweede reeks toezeggingen"). Op 18 maart 2016 heeft de Commissie een marktonderzoek van die tweede reeks toezeggingen in gang gezet. Daarbij raadpleegde zij, ten eerste, bestaande en potentiële aanbieders van mobieletelecommunicatiediensten in het Verenigd Koninkrijk, aanbieders van infrastructuurdiensten in de mobieletelecommunicatiesector en de verenigingen MVNO Europe en iMVNOx en, ten tweede, de nationale telecomtoezichthouders, waaronder de telecomautoriteit van het Verenigd Koninkrijk (hierna: „Ofcom"). Daarnaast hebben de nationale mededingingsautoriteiten van het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland hun standpunt over de tweede reeks toezeggingen kenbaar gemaakt.

12 Op 17 en 23 maart 2016 heeft de Commissie verzoekster letters of facts toegestuurd, waarin zij de aandacht vestigde op nieuw bewijs in haar dossier ter ondersteuning van de voorlopige conclusies in de mededeling van punten van bezwaar. Op respectievelijk 29 maart en 4 april 2016 heeft verzoekster schriftelijke opmerkingen ingediend in antwoord op die letters of facts.

13 Op 6 april 2016 heeft verzoekster naar aanleiding van het marktonderzoek een nieuwe reeks gewijzigde toezeggingen ingediend.

14 Op 27 april 2016 heeft het Adviescomité voor concentraties het ontwerpbesluit van de Commissie onderzocht en een positief advies uitgebracht.

15 Op 11 mei 2016 heeft de Commissie besluit C(2016) 2796 final vastgesteld, waarbij de concentratie onverenigbaar is verklaard met de interne markt (zaak COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (hierna: „bestreden besluit").

16 Op 29 september 2016 is een samenvatting van het bestreden besluit bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2016, C 357, blz. 15).

II. Bestreden besluit

17 In het bestreden besluit heeft de Commissie twee relevante markten afgebakend: de retailmarkt en de wholesalemarkt.

18 De Commissie heeft drie schadetheorieën uiteengezet, die alle drie gebaseerd zijn op het bestaan van zogenoemde „niet-gecoördineerde" effecten op een oligopolistische markt.

19 De eerste twee schadetheorieën hebben betrekking op de retailmarkt en de derde theorie op de wholesalemarkt.

20 De eerste schadetheorie heeft meer in het bijzonder betrekking op het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op de retailmarkt die verband houden met de uitschakeling van aanzienlijke concurrentiedruk. De Commissie stelt in wezen dat de aanzienlijke verzwakking van de concurrentie die het gevolg van de fusie zou zijn geweest, waarschijnlijk zou hebben geleid tot een verhoging van de prijzen voor mobieletelefoniediensten in het Verenigd Koninkrijk en een beperktere keuze voor consumenten.

21 Volgens de tweede schadetheorie, die betrekking heeft op het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op de retailmarkt die verband houden met het delen van netwerken, zou de transactie waarschijnlijk ook nadelig zijn geweest voor de kwaliteit van het dienstenaanbod voor consumenten in het Verenigd Koninkrijk, omdat zij de ontwikkeling van de mobielenetwerkinfrastructuur in dat land zou hebben belemmerd.

22 De derde schadetheorie heeft betrekking op het bestaan van niet-gecoördineerde effecten die verband houden met de uitschakeling van aanzienlijke concurrentiedruk op de wholesalemarkt. Op die markt verlenen de vier mobielenetwerkexploitanten hostingdiensten aan niet-MNO's, die op hun beurt retaildiensten aanbieden aan abonnees. Meer bepaald zal de overname volgens de Commissie waarschijnlijk tot significante niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt leiden vanwege een vermindering van het aantal mobielenetwerkexploitanten van vier naar drie, de uitschakeling van Three als belangrijke concurrentiefactor, het wegvallen van de aanzienlijke concurrentiedruk die de partijen tevoren op elkaar uitoefenden en een vermindering van de concurrentiedruk op de overige spelers.

23 Wat betreft de door verzoekster aangevoerde efficiëntieverbeteringen, stelt de Commissie vast dat die niet verifieerbaar zijn, niet specifiek zijn voor de concentratie en de consumenten niet ten goede zullen komen.

24 In de laatste afdeling van het bestreden besluit onderzoekt de Commissie de corrigerende maatregelen die verzoekster in de vorm van toezeggingen heeft voorgesteld. De Commissie concludeert dat de tweede reeks toezeggingen de vastgestelde mededingingsbezwaren niet zou wegnemen en dat de derde reeks toezeggingen, die op 6 april 2016 is voorgesteld, de vastgestelde mededingingsbezwaren niet volledig zou wegnemen en niet in alle opzichten volledig en doeltreffend zou zijn.

25 Bijgevolg heeft de Commissie de fusie onverenigbaar verklaard met de interne markt.

III. Procedure

26 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 juli 2016, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

27 Verzoekster heeft daarbij verzocht om vaststelling van een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie teneinde de Commissie te gelasten om het Gerecht bepaalde gegevens uit haar dossier over te leggen die het nodig heeft om het beroep te onderzoeken, maar die vertrouwelijk zijn ten opzichte van verzoekster en waarvan enkel de advocaten of de externe economische adviseurs van verzoekster inzage hebben gehad tijdens de administratieve procedure.

28 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 december 2016, hebben BT/EE en het Verenigd Koninkrijk verzocht om in de onderhavige procedure te worden toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

29 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 december 2016 en 5 januari 2017, hebben respectievelijk de Commissie en verzoekster opmerkingen ingediend over de interventieverzoeken van BT/EE en het Verenigd Koninkrijk.

30 Op 31 januari 2017 heeft de Commissie haar verweerschrift ingediend.

31 De Commissie heeft daarin aangegeven dat zij geen bezwaar had tegen de overlegging van de documenten waarop het in het verzoekschrift geformuleerde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie betrekking had, indien passende maatregelen ter bescherming van de vertrouwelijkheid werden genomen overeenkomstig artikel 103, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

32 Op 31 januari 2017 heeft verzoekster ter griffie van het Gerecht verzoeken ingediend om het verzoekschrift vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van respectievelijk BT/EE en het Verenigd Koninkrijk, waarbij zij voor hen tevens niet-vertrouwelijke versies van het verzoekschrift verstrekte.

33 Bij beschikkingen van 16 maart 2017 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht BT/EE en het Verenigd Koninkrijk toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie en ermee ingestemd dat hun een niet-vertrouwelijke versie werd verstrekt van alle aan de hoofdpartijen betekende processtukken; de beslissing over de gegrondheid van de verzoeken om vertrouwelijke behandeling is aangehouden.

34 Bij instructiebeschikking van 16 maart 2017 heeft het Gerecht de Commissie verzocht om de documenten over te leggen waarop het in het verzoekschrift geformuleerde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie betrekking had. De Commissie heeft die documenten op 3 april 2017 overgelegd.

35 Op 17 maart 2017 heeft het Gerecht verzoekster bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering verzocht om een nieuwe versie over te leggen van haar verzoek tot vertrouwelijke behandeling ten opzichte van BT/EE.

36 Bij brief van 17 maart 2017 heeft de griffie van het Gerecht partijen ervan in kennis gesteld dat de beslissing over de tweede memoriewisseling was aangehouden.

37 Op 31 maart 2017 heeft verzoekster ter griffie van het Gerecht een nieuwe versie van haar verzoek tot vertrouwelijke behandeling ten opzichte van BT/EE ingediend, en heeft zij tevens verzoeken ingediend om het verweerschrift vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van respectievelijk BT/EE en het Verenigd Koninkrijk, waarbij zij voor hen ook niet-vertrouwelijke versies van het verweerschrift verstrekte.

38 Op voorstel van de Eerste kamer heeft het Gerecht overeenkomstig artikel 28 van het Reglement voor de procesvoering besloten om de zaak naar een uitgebreide kamer te verwijzen.

39 Bij akten, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 april 2017, hebben het Verenigd Koninkrijk en BT/EE bezwaren geuit tegen de door verzoekster ingediende verzoeken tot vertrouwelijke behandeling.

40 Op 26 april 2017 hebben partijen, hun vertegenwoordigers en de rechter-rapporteur overleg gepleegd over de vertrouwelijkheidskwesties en over de mogelijkheid om de middelen en argumenten van de hoofdpartijen in het geding in te korten.

41 Op 10 mei 2017 heeft verzoekster opmerkingen ingediend over de relevantie van de documenten waarop het in het verzoekschrift geformuleerde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie betrekking had. Op 31 mei 2017 heeft de Commissie ter griffie van het Gerecht een verzoek ingediend om die opmerkingen vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, waarbij zij voor deze laatste tevens een niet-vertrouwelijke versie van die opmerkingen verstrekte.

42 Op 16 mei 2017 heeft het Gerecht partijen bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering verzocht om bepaalde documenten over te leggen, en hun schriftelijke vragen gesteld met het verzoek om daar schriftelijk op te antwoorden.

43 Partijen hebben op 2 en 16 juni 2017 hun opmerkingen in antwoord op die vragen ingediend en hebben die opmerkingen op respectievelijk 4 juli 2017 en 31 oktober 2017 tevens als bijlagen bij de memorie van repliek en de memorie van dupliek gevoegd. Verzoekster heeft onder meer een gewijzigde versie van haar verzoeken tot vertrouwelijke behandeling ten opzichte van BT/EE ingediend. BT/EE heeft niet binnen de gestelde termijn bezwaren tegen die verzoeken ingediend. Daarnaast hebben verzoekster en het Verenigd Koninkrijk aangegeven dat zij een overeenkomst hadden gesloten op grond waarvan verzoekster de vertrouwelijke versies van de verschillende stukken in het dossier aan het Verenigd Koninkrijk zou verstrekken. Voorts hebben de hoofdpartijen verzoeken ingediend om bepaalde gegevens weg te laten ten opzichte van het publiek.

44 Op 4 juli 2017 heeft verzoekster ter griffie van het Gerecht haar memorie van repliek ingediend, samen met een verzoek tot vertrouwelijke behandeling van die memorie ten opzichte van BT/EE en een niet-vertrouwelijke versie van die memorie voor deze laatste, alsook een verzoek tot weglating van bepaalde gegevens ten opzichte van het publiek. Als bijlage bij de memorie van repliek heeft verzoekster in antwoord op een van de maatregelen tot organisatie van de procesgang van 16 mei 2017 een definitief bewijsoverzicht ingediend, waarin van ieder bewijsstuk de relevantie was aangegeven.

45 Op 28 augustus 2017 heeft de Commissie ter griffie van het Gerecht een verzoek tot vertrouwelijke behandeling van de memorie van repliek ten opzichte van BT/EE ingediend, waarbij zij voor deze laatste ook een niet-vertrouwelijke versie van die memorie verstrekte.

46 Op 31 augustus 2017 hebben het Verenigd Koninkrijk en BT/EE hun respectieve memories in interventie ingediend.

47 Op 18 september 2017 heeft de Commissie een verzoek ingediend om bepaalde gegevens in de memorie van repliek weg te laten ten opzichte van het publiek.

48 Bij beschikking van 26 september 2017 heeft de president van de Eerste kamer van het Gerecht naar aanleiding van de door de Commissie ingediende verzoeken tot vertrouwelijke behandeling ten opzichte van BT/EE ermee ingestemd dat aan BT/EE een niet-vertrouwelijke versie werd verstrekt van alle aan de hoofdpartijen betekende processtukken. De beslissing over de gegrondheid van die verzoeken is aangehouden.

49 Op 6 oktober 2017 hebben de hoofdpartijen een verzoek ingediend om bepaalde gegevens in de memorie in interventie van het Verenigd Koninkrijk weg te laten ten opzichte van het publiek, alsook een verzoek om die memorie vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, welke verzoeken vergezeld gingen van de bijbehorende niet-vertrouwelijke versies. BT/EE heeft niet binnen de gestelde termijn bezwaren ingediend tegen dat verzoek tot vertrouwelijke behandeling.

50 Op 20 oktober 2017 heeft BT/EE bevestigd dat zij geen bezwaar had tegen de vertrouwelijke behandeling van de memorie van repliek waar door de hoofdpartijen om was verzocht.

51 Op 31 oktober 2017 heeft de Commissie haar memorie van dupliek ingediend. Als bijlage daarbij heeft zij in antwoord op een van de maatregelen tot organisatie van de procesgang van 16 mei 2017 een definitief bewijsoverzicht ingediend, waarin van ieder bewijsstuk de relevantie was aangegeven.

52 Op 28 november 2017 hebben de hoofdpartijen een gemeenschappelijk verzoek ingediend om bepaalde gegevens in de memorie van dupliek weg te laten ten opzichte van het publiek, alsook een gemeenschappelijk verzoek om die memorie vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, welke verzoeken vergezeld gingen van de bijbehorende niet-vertrouwelijke versies. BT/EE heeft niet binnen de gestelde termijn bezwaren ingediend tegen dat verzoek tot vertrouwelijke behandeling.

53 Op 31 oktober 2017 heeft verzoekster haar opmerkingen ingediend over de memories in interventie van BT/EE en het Verenigd Koninkrijk. De Commissie heeft aangegeven dat zij geen opmerkingen over die memories had. Op 14 december 2017 hebben de hoofdpartijen ter griffie van het Gerecht een gemeenschappelijk verzoek ingediend om de opmerkingen van verzoekster over de memories in interventie van BT/EE en het Verenigd Koninkrijk vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, welk verzoek vergezeld ging van een gemeenschappelijke niet-vertrouwelijke versie van die opmerkingen, en hebben zij tevens een gemeenschappelijk verzoek ingediend om bepaalde gegevens in die opmerkingen weg te laten ten opzichte van het publiek. BT/EE heeft niet binnen de gestelde termijn bezwaren tegen die verzoeken ingediend.

54 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 februari 2018, heeft verzoekster om een pleitzitting verzocht. De Commissie heeft niet binnen de gestelde termijn een standpunt ingenomen over het houden van een dergelijke zitting.

55 Op 17 april en 25 juli 2018 heeft het Gerecht bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering schriftelijke vragen aan partijen gesteld met het verzoek daarop schriftelijk te antwoorden.

56 Op 1, 2 en 18 mei, op 25 juni, op 13 juli en op 8 en 13 augustus 2018 hebben partijen hun opmerkingen in antwoord op die vragen ingediend. Daar verzoekster, BT/EE en het Verenigd Koninkrijk onder meer vertrouwelijkheidstoezeggingen hadden verstrekt, die door hun vertegenwoordigers waren ondertekend, zijn hun de documenten betekend waarop het in het verzoekschrift geformuleerde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang of een maatregel van instructie betrekking had. Verzoekster heeft ook over die documenten opmerkingen ingediend. Vervolgens hebben de hoofdpartijen een gemeenschappelijk verzoek ingediend om die opmerkingen vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, het Verenigd Koninkrijk en het

publiek, waarbij zij ook gemeenschappelijke niet-vertrouwelijke versies van die opmerkingen verstrekten. BT/EE en het Verenigd Koninkrijk hebben aangegeven geen opmerkingen over die documenten te willen indienen.

57 Op 23 november 2018 heeft de Commissie opmerkingen ingediend over de opmerkingen die verzoekster had gemaakt over de documenten waarop het in het verzoekschrift geformuleerde verzoek om een maatregel tot organisatie van de procesgang of maatregel van instructie betrekking had. Vervolgens hebben de hoofdpartijen een gemeenschappelijk verzoek ingediend om die opmerkingen vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE, het Verenigd Koninkrijk en het publiek, en daarbij gemeenschappelijke niet-vertrouwelijke versies van die opmerkingen gevoegd.

58 Op 14 december 2018 heeft verzoekster een brief over de organisatie van de pleitzitting aan de griffie van het Gerecht gezonden. Op 8 februari 2019 heeft de Commissie opmerkingen over die brief ingediend.

59 Op 15 februari 2019 heeft het Gerecht de hoofdpartijen bij wege van een maatregel tot organisatie van de procesgang verzocht om gemeenschappelijke, ten opzichte van BT/EE en het publiek niet-vertrouwelijke versies van het rapport ter terechtzitting over te leggen. De hoofdpartijen hebben die versies op 1 maart 2019 overgelegd.

60 Op 1 maart 2019 heeft het Gerecht (Eerste kamer – uitgebreid) op voorstel van de rechter-rapporteur besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

61 Bij instructiebeschikking van 19 maart 2019 heeft het Gerecht de Commissie verzocht om bepaalde documenten over te leggen. De Commissie heeft die documenten op 2 april 2019 overgelegd.

62 Op 19 maart 2019 heeft het Gerecht partijen bij wege van een maatregel tot organisatie van de procesgang schriftelijke vragen gesteld met het verzoek daarop schriftelijk te antwoorden. Op 10 april 2019 hebben partijen hun opmerkingen in antwoord op die vragen ingediend. De hoofdpartijen hebben een gemeenschappelijk verzoek ingediend om hun opmerkingen vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE en het publiek, en hebben daarbij gemeenschappelijke niet-vertrouwelijke versies van die opmerkingen verstrekt.

63 Op 22 maart 2019 heeft verzoekster de griffie van het Gerecht in een brief gevraagd om de pleitzitting gedeeltelijk achter gesloten deuren te houden. Op 2, 3 en 4 april 2019 hebben respectievelijk de Commissie, BT/EE en het Verenigd Koninkrijk opmerkingen over die brief ingediend.

64 Op 15 april 2019 heeft het Gerecht een maatregel tot organisatie van de procesgang betreffende de pleitzitting vastgesteld.

65 Op 24 april 2019 heeft verzoekster een brief over de organisatie van de pleitzitting aan de griffie van het Gerecht gezonden. Op 30 april 2019 heeft BT/EE opmerkingen over die brief ingediend.

66 Na de terechtzitting van 2 en 3 mei 2019 heeft verzoekster de griffie van het Gerecht op 10 mei 2019 een brief toegezonden met de antwoorden op de ter terechtzitting gestelde vragen. De hoofdpartijen hebben ter griffie van het Gerecht een gemeenschappelijk verzoek ingediend om die brief vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van BT/EE en het publiek, en hebben daarbij gemeenschappelijke niet-vertrouwelijke versies van die brief verstrekt.

67 Op 27 juni 2019 is de mondelinge behandeling gesloten.

IV. Conclusies van partijen

68 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– het bestreden besluit nietig te verklaren;

– de Commissie te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten van eventuele interventies.

69 De Commissie, ondersteund door BT/EE en het Verenigd Koninkrijk, verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

V. In rechte

A. Rechtskader

70 In het eerste onderdeel van het eerste middel voert verzoekster argumenten aan die betrekking hebben op de intensiteit van de toetsing die het Gerecht op het gebied van concentraties verricht, het rechtskader dat sinds de vaststelling van verordening nr. 139/2004 geldt en de bewijslast en de bewijsvereisten die op de Commissie rusten wanneer zij moet aantonen dat de daadwerkelijke mededinging significant wordt belemmerd in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004.

71 Aangezien die argumenten relevant zijn voor het onderzoek van alle door partijen aangevoerde middelen en argumenten, moet dat eerste onderdeel van het eerste middel vóór de andere middelen en argumenten van verzoekster worden onderzocht. Bovendien acht het Gerecht het zinvol om enkele beginselen betreffende de motiveringsplicht in herinnering te brengen.

1. Intensiteit van de rechterlijke toetsing op het gebied van concentraties

72 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de toevoeging van het Gerecht aan het Hof en de invoering van rechtspraak in twee instanties beoogden de rechterlijke bescherming van de justitiabelen te verbeteren, met name in beroepen die een grondig onderzoek van complexe feiten vergen, en daarnaast strekten tot het behoud van een deugdelijk en doeltreffend rechterlijk toezicht in de rechtsorde van de Europese Unie, door het Hof in staat te stellen om zich te concentreren op zijn wezenlijke taak, namelijk het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Unierecht (zie in die zin arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 41).

73 In de structuur van het rechterlijke systeem van de Unie, waarbinnen het Gerecht belast is met de vaststelling van de feiten en het onderzoek ten gronde van het geding, heeft de wettigheidstoetsing van artikel 263 VWEU betrekking op alle aspecten van de op grond van verordening nr. 139/2004 door de Commissie vastgestelde besluiten, welke door het Gerecht grondig, zowel juridisch als feitelijk, worden getoetst op basis van de door verzoekende partijen aangevoerde middelen en rekening houdend met alle door die partijen verstrekte informatie.

74 Het beroep tot nietigverklaring biedt een procedureel kader dat uitermate geschikt is voor een grondig, contradictoir onderzoek van zowel feitelijke als juridische kwesties, met name op complexe gebieden zoals dat van het mededingingsrecht, zoals blijkt uit de derde overweging van besluit 88/591/EGKS,

EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB 1988, L 319, blz. 1) (zie naar analogie arrest van 25 juli 2018, Georgsmarienhütte e.a., C-135/16, EU:C:2018:582, punt 19).

75 Aangezien het bestreden besluit met name op grond van artikel 8 van verordening nr. 139/2004 is vastgesteld en een handeling is waarbij artikel 2 van die verordening is toegepast op een concentratie, moet het Gerecht zich bij de toetsing van de wettigheid van een dergelijk besluit beperken tot een analyse van het standpunt van de Commissie over de aangemelde concentratie, dat wil zeggen dat het in het licht van de door verzoekster aangevoerde middelen en argumenten moet onderzoeken op welke manier het recht op de feiten is toegepast, en zich moet uitspreken over de gegrondheid van de bevindingen van de Commissie over de gevolgen van de aangemelde concentratie voor de mededinging (zie in die zin arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, EU:T:2002:146, punt 53).

76 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, dient de Unierechter, zelfs in gevallen waarin de Commissie complexe beoordelingen heeft verricht, niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan te controleren, maar ook of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39; zie ook arrest van 26 maart 2019, Commissie/Italië, C-621/16 P, EU:C:2019:251, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

2. Draagwijdte van de bij verordening nr. 139/2004 doorgevoerde wijziging

77 Verzoekster stelt dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast door in het bestreden besluit een dusdanig lage interventiedrempel vast te stellen dat het vereiste van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging geheel inhoudsloos is geworden. De toepassing van het juridische criterium dat de Commissie in casu heeft gekozen – en dat is gebaseerd op haar eigen richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5; hierna: „richtsnoeren") – leidt ertoe dat de Commissie iedere horizontale fusie op een oligopolistische markt kan verbieden.

78 In haar verzoekschrift heeft verzoekster het Gerecht verzocht om duidelijkheid te verschaffen over de criteria die gelden voor de vaststelling van een „significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging" wanneer noch sprake is van een machtspositie, noch van coördinatie tussen de partijen op een oligopolistische markt.

79 Volgens verzoekster was de wijziging van de bewoordingen van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 bedoeld om ook gevallen van niet-gecoördineerde effecten op oligopolistische markten te regelen, maar heeft die wijziging niet de interventiedrempel voor de Commissie op het gebied van concentraties verlaagd.

80 De Commissie stelt dat uit overweging 25 van verordening nr. 139/2004 weliswaar blijkt dat op basis van de oligopolistische marktstructuur niet kan worden vermoed dat er sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, maar dat die overweging, hoewel in casu enkel op basis van die structuur geen conclusie kan worden getrokken of is getrokken, niettemin preciseert dat oligopolies bijzondere aandacht verdienen.

81 In dat verband herinnert het Gerecht eraan dat in verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1989, L 395, blz. 1), die inmiddels is vervangen door verordening nr. 139/2004, het beginsel is vastgelegd dat concentraties met een communautaire dimensie die een machtspositie op de markt in het leven roepen of versterken welke tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de interne markt

of op een wezenlijk gedeelte van die markt op significante wijze wordt belemmerd, onverenigbaar met de interne markt moeten worden verklaard, hetgeen wordt bevestigd door overweging 24 van verordening nr. 139/2004.

82 Overweging 26 van verordening nr. 139/2004 preciseert dat een significante belemmering van daadwerkelijke mededinging pleegt voort te vloeien uit het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, en vermeldt dat „teneinde de richtsnoeren die kunnen worden ontleend aan de vaste jurisprudentie van de Europese rechtscolleges en de besluiten van de Commissie uit hoofde van [verordening nr. 4064/89] te vrijwaren en tegelijkertijd consistentie te betrachten met de standaarden van schade voor de mededinging die door de Commissie en de communautaire rechtscolleges zijn gehanteerd om te bepalen of een concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, [...] in deze verordening het beginsel [moet] worden vastgelegd dat concentraties met een communautaire dimensie die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken, onverenigbaar met de interne markt moeten worden verklaard".

83 Voorts bepaalt het huidige artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 – dat in de plaats is gekomen van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 – dat concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, onverenigbaar moeten worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

84 Het bewijs van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie in de zin van verordening nr. 139/2004 kan in bepaalde gevallen dus samenvallen met het bewijs van een significante belemmering van een daadwerkelijke mededinging. Dat betekent evenwel niet dat het tweede criterium juridisch opgaat in het eerste, maar enkel dat uit een en dezelfde feitelijke analyse van een bepaalde markt volgt dat aan beide criteria is voldaan (zie in die zin arrest van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, EU:T:2005:333, punt 49).

85 De Unierechter heeft tot op heden nog geen uitdrukkelijke uitlegging gegeven van verordening nr. 4064/89 of verordening nr. 139/2004 uit het oogpunt van de verenigbaarheid met de interne markt van concentraties die niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt teweegbrengen.

86 Uit de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 139/2004 en uit de bewoordingen van artikel 2, lid 3, ervan (zie in het bijzonder de bijwoordelijke bepaling „met name") blijkt dat die bepaling is vastgesteld om de volgende drie doelstellingen te verwezenlijken.

87 In de eerste plaats moest de materiële werkingssfeer van de controle worden uitgebreid zodat de Commissie, in de specifieke context van oligopolistische markten, transacties kon beoordelen die de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren hoewel zij geen individuele of collectieve machtspositie van de betrokken ondernemingen in het leven roepen of versterken.

88 In de tweede plaats beoogde artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 het begrip machtspositie te handhaven en zelfs te versterken door te erkennen dat de rol die dat begrip speelt in de binnen de Unie ontstane systematiek van het mededingingsrecht, zoals uitgelegd door de Unierechter, erin is gelegen dat het de autoriteiten in staat stelt om op te treden in een door de vrijheid van ondernemen gekenmerkte context wanneer zij te maken krijgen met transacties die, indien zij zouden worden uitgevoerd, tot gevolg zouden hebben dat een of meerdere spelers de mededingingsvoorwaarden kunnen bepalen en de concurrentie op de betrokken markt geheel of gedeeltelijk kunnen uitschakelen, zonder te hoeven vrezen voor de reactie van concurrenten en consumenten.

89 In de derde plaats moest die bepaling de rechtszekerheid vergroten en de analyse die de Commissie van concentraties verricht transparanter en voorspelbaarder maken.

90 Gelet op die elementen moet artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 aldus worden uitgelegd dat het de Commissie in staat stelt om onder bepaalde omstandigheden op oligopolistische markten concentraties te verbieden die weliswaar geen individuele of collectieve machtspositie in het leven roepen of versterken, maar de mededingingsvoorwaarden op de markt in dezelfde mate kunnen beïnvloeden als machtsposities, doordat zij de fusieonderneming een zodanige macht verlenen dat deze zelf de mededingingsparameters kan bepalen en met name de prijzen kan vaststellen in plaats van ze te moeten aanvaarden.

91 Aangezien de Uniewetgever de voorwaarden en beperkingen van een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer van verordening nr. 139/2004 niet heeft verduidelijkt, moet die verordening evenwel in het licht van haar doelstellingen worden uitgelegd.

92 Artikel 3, lid 3, VEU preciseert dat de Unie een interne markt tot stand brengt, die volgens het als bijlage aan het Verdrag van Lissabon gehechte Protocol (nr. 27) betreffende de interne markt en de mededinging (PB 2010, C 83, blz. 309), dat op grond van artikel 51 VEU dezelfde waarde als de Verdragen heeft, een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt vervalst.

93 Derhalve behoort verordening nr. 139/2004, net als de artikelen 101 en 102 VWEU, tot de mededingingsregels die, zoals die welke zijn bedoeld in artikel 3, lid 1, onder b), VWEU, nodig zijn voor de werking van de interne markt. Dergelijke voorschriften beogen immers juist te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en dragen aldus bij tot het welzijn in de Unie (zie naar analogie arresten van 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punten 20-22, en 12 december 2018, Servier e.a./Commissie, T-691/14, waartegen hogere voorziening is ingesteld, EU:T:2018:922, punt 238).

94 Meer bepaald beoogt verordening nr. 139/2004 volgens inmiddels vaste rechtspraak te waarborgen dat herstructureringen van ondernemingen de mededinging niet blijvend schaden. Volgens de overwegingen 5, 6 en 8 van verordening nr. 139/2004 moet het Unierecht bepalingen bevatten welke gelden voor concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze kunnen belemmeren en waarmee al die concentraties daadwerkelijk kunnen worden getoetst op hun effect op de mededingingsstructuur in de Unie (arresten van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punt 21, en 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 41).

95 Meer in het bijzonder zij erop gewezen dat overweging 25 van verordening nr. 139/2004 preciseert dat „[...] concentraties die gepaard gaan met het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen van tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden, en met een verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten, [onder bepaalde omstandigheden] tot gevolg [kunnen] hebben dat daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd, zelfs wanneer coördinatie tussen leden van [het] oligopolie onwaarschijnlijk is".

96 Derhalve moet artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 worden uitgelegd in het licht van overweging 25 ervan, waaruit blijkt dat de niet-gecoördineerde effecten van een concentratie aan twee cumulatieve voorwaarden moeten voldoen om onder bepaalde omstandigheden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te kunnen leiden: de concentratie moet leiden tot, ten eerste, „het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen van tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden" en, ten tweede, „een verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten".

97 Hieruit volgt dat het enkele effect waarbij de concurrentiedruk voor de overige concurrenten wordt verlaagd op zichzelf in beginsel niet volstaat om in het kader van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie te bewijzen dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd.

98 Met name gelet op die overwegingen moet worden benadrukt dat de Commissie zich in het bestreden besluit heeft gebaseerd op de begrippen „niet-gecoördineerde effecten", „naaste concurrenten", „verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten" en „belangrijke concurrentiefactor", die niet voorkomen in artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004, maar enkel in overweging 25 ervan en in de richtsnoeren.

99 Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak dat de Commissie gebonden is door de richtsnoeren en de mededelingen die zij op het gebied van de controle op concentraties vaststelt, voor zover die niet afwijken van de regels van het Verdrag en van verordening nr. 139/2004 (zie arrest van 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Commissie, T-405/08, niet gepubliceerd, EU:T:2013:306, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

100 Overigens kunnen de praktijk die de Commissie in haar eerdere besluiten heeft gevolgd en de inhoud van de richtsnoeren in casu weliswaar als nuttige referentiebasis dienen en onmiskenbaar van belang zijn, maar kunnen zij op zichzelf geen leidraad zijn bij de analyse van het Gerecht. De richtsnoeren en de eerdere praktijk van de Commissie zijn immers hoe dan ook niet bindend voor de Unierechter – die ingevolge artikel 19 VEU bij uitsluiting bevoegd blijft om het Unierecht uit te leggen – met name omdat die richtsnoeren enkel beschrijven hoe de Commissie, als administratieve instantie, de relevante regelgeving uitlegt en, in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit van de Unie, met name vanuit een economische invalshoek verordening nr. 139/2004 toepast (zie in die zin arresten van 7 maart 2002, Italië/Commissie, C-310/99, EU:C:2002:143, punt 52; 1 oktober 2015, Electrabel en Dunamenti Erőmű/Commissie, C-357/14 P, EU:C:2015:642, punt 68, en 13 december 2017, Crédit mutuel Arkéa/ECB, T-712/15, EU:T:2017:900, punt 75).

101 Die overwegingen impliceren evenwel niet dat het Gerecht in het kader van zijn missie om het Unierecht uit te leggen, de richtlijnen en economische of juridische beoordelingen die zijn vervat in eerdere besluiten van de Commissie of in haar richtsnoeren, niet kan overnemen.

102 Zoals de Commissie in punt 24 van de richtsnoeren met betrekking tot niet-gecoördineerde effecten benadrukt, kan een fusie de daadwerkelijke mededinging op een markt op significante wijze belemmeren doordat belangrijke concurrentiedruk op een of meer aanbieders wegvalt, die daardoor een grotere marktmacht verwerven. Het meest directe effect van de fusie is het wegvallen van concurrentie tussen de fuserende ondernemingen. Indien een van de fuserende ondernemingen bijvoorbeeld vóór de fusie haar prijzen had verhoogd, zou zij in zekere mate omzet hebben verloren aan de andere fuserende onderneming. Door de fusie wordt deze specifieke vorm van druk uitgeschakeld.

103 Ook ondernemingen op dezelfde markt die niet bij de fusie betrokken zijn, zouden kunnen profiteren van de verminderde concurrentiedruk die door de fusie ontstaat, omdat de prijsverhoging door de fuserende ondernemingen zou kunnen zorgen voor een verschuiving van een deel van de vraag naar de concurrerende ondernemingen, die het op hun beurt voordelig zouden kunnen vinden om hun prijzen te verhogen. Een dergelijke vermindering van de concurrentiedruk zou kunnen leiden tot aanzienlijke prijsverhogingen op de relevante markt.

104 Zoals de Commissie in punt 28 van de richtsnoeren benadrukt met betrekking tot het geval waarin de fuserende partijen „naaste concurrenten" zijn, is het feit dat de rivaliteit tussen de fuserende partijen een belangrijke bron van concurrentie op de markt was een cruciale factor in de analyse.

105 In het licht van die uitlegging van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 moeten achtereenvolgens het eerste, het derde en het vierde middel van verzoekster worden onderzocht, die betrekking hebben op de drie schadetheorieën die de Commissie in het bestreden besluit heeft uiteengezet.

3. Bewijslast en bewijsomvang op het gebied van concentraties

106 Met het oog op de terechtzitting en ter terechtzitting zelf is aan partijen gevraagd om een standpunt in te nemen over de toewijzing van de bewijslast en over de bewijsvereisten die in concentratiezaken en in het onderhavige geval bij het Gerecht gelden.

107 Het Gerecht herinnert eraan dat de Commissie, om een concentratie onverenigbaar met de interne markt te verklaren, overeenkomstig artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 moet bewijzen dat de totstandbrenging van de aangemelde concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name als het resultaat van het in het leven roepen of versterken van een machtspositie (arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie, T-342/07, EU:T:2010:280, punt 26).

108 In het kader van de procedures van controle op concentraties zij eraan herinnerd dat de noodzakelijke prospectieve analyse ter zake bestaat in een onderzoek van de veranderingen die een concentratie kan teweegbrengen in de factoren die de toestand en de structuur van de mededinging op de betrokken markten bepalen. Bij een dergelijke analyse moet worden onderzocht welke oorzaken welke gevolgen kunnen hebben, om uit te maken welke de meest waarschijnlijke scenario's zijn (zie in die zin arrest van 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punt 32).

109 Zoals verzoekster terecht heeft benadrukt, is er geen substantieel verschil tussen de bewijsvereisten die gelden wanneer het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt moet worden bewezen en de vereisten die van toepassing zijn op het bewijs voor gecoördineerde effecten. Indien dit wel het geval zou zijn, zou de Commissie de feiten zodanig kunnen kwalificeren dat zij voor het Gerecht gebruik zou kunnen maken van de meest gunstige bewijsregeling.

110 Er zij aan herinnerd dat de intrinsieke complexiteit van een of meerdere schadetheorieën die zijn aangevoerd ter staving van het feit dat een concentratie de daadwerkelijke mededinging in een of meer opzichten significant belemmert, een element is waarmee rekening moet worden gehouden wanneer de waarschijnlijkheid van de verschillende gevolgen van die concentratie wordt beoordeeld met als doel vast te stellen welk van die gevolgen het meest waarschijnlijke is, maar als zodanig geen invloed op het vereiste bewijsniveau heeft (zie in die zin arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 51).

111 Des te prospectiever de analyse is en des te moeilijker waarneembaar, onzekerder en moeilijker aantoonbaar het is welke oorzaken welke gevolgen teweeg zullen brengen, des te belangrijker is evenwel de kwaliteit van de door de Commissie overgelegde elementen ten bewijze van de noodzaak van een besluit dat de concentratie onverenigbaar verklaart met de interne markt (zie in die zin arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 44). Met andere woorden, des te complexer of onzekerder een schadetheorie is die wordt aangevoerd ter staving van het feit dat een concentratie de daadwerkelijke mededinging significant belemmert, of des te moeilijker het oorzakelijke verband ervan is vast te stellen, des te veeleisender moet de Unierechter zijn bij het concrete onderzoek van het dienaangaande door de Commissie overgelegde bewijs.

112 Uit de rechtspraak blijkt tevens dat een op het gebied van de controle van concentraties vereiste prospectieve analyse zeer zorgvuldig moet worden uitgevoerd, aangezien het er niet om gaat gebeurtenissen uit het verleden te onderzoeken, waarvoor meestal talrijke gegevens voorhanden zijn die toelaten de oorzaken ervan te begrijpen, en evenmin om actuele gebeurtenissen te onderzoeken, maar wel om in te schatten hoe waarschijnlijk toekomstige gebeurtenissen zijn indien een besluit achterwege zou blijven waarbij de geplande concentratie wordt verboden of daaraan voorwaarden worden verbonden (zie in die zin arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 42).

113 In de eerste plaats moet de Commissie in het kader van die analyse de toekomstige gedraging beoordelen waartoe de fusieonderneming en de andere marktdeelnemers naar haar verwachting na de concentratie zullen overgaan (zie in die zin arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 464), waarbij zij nagaat wat de meest waarschijnlijke economische gevolgen van de betrokken concentratie zullen zijn (zie in die zin arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 52).

114 Het Gerecht brengt daarenboven in herinnering dat de Commissie volgens vaste rechtspraak een concentratie slechts onverenigbaar met de interne markt kan verklaren indien de significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de concentratie. Een dergelijke belemmering die zou voortvloeien uit de toekomstige beslissingen van de fusieonderneming kan als een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie worden beschouwd indien dit toekomstige gedrag mogelijk wordt gemaakt en economisch gezien rationeel is door de wijziging van de kenmerken en de structuur van de markt ten gevolge van de concentratie (zie arrest van 11 december 2013, Cisco Systems en Messagenet/Commissie, T-79/12, EU:T:2013:635, punt 118 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

115 In de tweede plaats wordt in aanvulling op die analyse via een prospectief onderzoek van de referentiemarkt beoordeeld of die toekomstige gedraging waarschijnlijk tot een situatie zal leiden waarin de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd (zie in die zin arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, EU:T:2002:146, punt 59).

116 De Commissie moet dus in een volgende stap op basis van de economische gevolgen van de betrokken concentratie die zij het meest waarschijnlijk acht, bewijzen dat die concentratie de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt waarschijnlijk op significante wijze zal belemmeren (zie in die zin arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 364).

117 Aangezien de tweede fase van het door de Commissie te verrichten onderzoek voortvloeit uit een beoordeling die is gebaseerd op hypothesen, kan niet van haar worden verlangd dat zij bewijst dat de bij die beoordeling gekozen scenario's en schadetheorieën zich onvermijdelijk zullen voordoen. Die scenario's en schadetheorieën moeten evenwel voldoende realistisch en waarschijnlijk zijn en kunnen dus niet enkel theoretisch denkbaar zijn in het licht van een analyse van alle relevante factoren.

118 Indien een analyse van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging – waarvan het bestaan wordt afgeleid uit een reeks bewijzen en aanwijzingen – gebaseerd is op meerdere schadetheorieën, dient de Commissie voldoende bewijs over te leggen teneinde met een ernstige waarschijnlijkheid aan te tonen dat de concentratie significante belemmeringen tot gevolg zal hebben. In casu gelden dus striktere bewijsvereisten dan wanneer op basis van een „waarschijnlijkheidsafweging" moet worden bewezen dat een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, zoals de Commissie stelt, „waarschijnlijker dan onwaarschijnlijk" is. Daarentegen zijn zij minder strikt dan het criterium van de „afwezigheid van redelijke twijfel" (zie in die zin de conclusies van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, punten 72-77, en advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Frankrijk/Commissie C-559/12 P, EU:C:2013:766, punten 34-35; zie a contrario de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punten 209-211).

119 Het is in het licht van die overwegingen dat de door verzoekster ter ondersteuning van haar beroep aangevoerde argumenten, en met name de drie schadetheorieën die de Commissie heeft uiteengezet, moeten worden onderzocht.

4. Motivering

120 Het Gerecht merkt op dat de Commissie niet verplicht is om bij de motivering van de besluiten die zij krachtens verordening nr. 139/2004 vaststelt een standpunt in te nemen over alle voor haar aangevoerde elementen en argumenten, met inbegrip van die welke duidelijk bijkomstig zijn voor de te verrichten beoordeling. Dat maakt het haar mogelijk om hoofd- en bijzaken van elkaar te onderscheiden.

121 Dit neemt niet weg dat zij een duidelijke en beknopte uiteenzetting moet geven van de doorslaggevende feiten en juridische en economische overwegingen, alsook van de middelen en bewijzen die in het bestek van een besluit inzake concentraties van wezenlijk belang zijn. Bovendien moet de motivering logisch zijn en mag zij met name geen tegenstrijdigheden bevatten (zie in die zin arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 169).

122 Daarnaast blijkt tevens uit vaste rechtspraak dat de motiveringsplicht die krachtens artikel 36, eerste zin, en artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het Gerecht rust, niet inhoudt dat het Gerecht een uiteenzetting moet geven die volledig en één voor één alle middelen en argumenten van de bij het geding betrokken partijen volgt (zie arrest van 21 juli 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, niet gepubliceerd, EU:C:2011:512, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

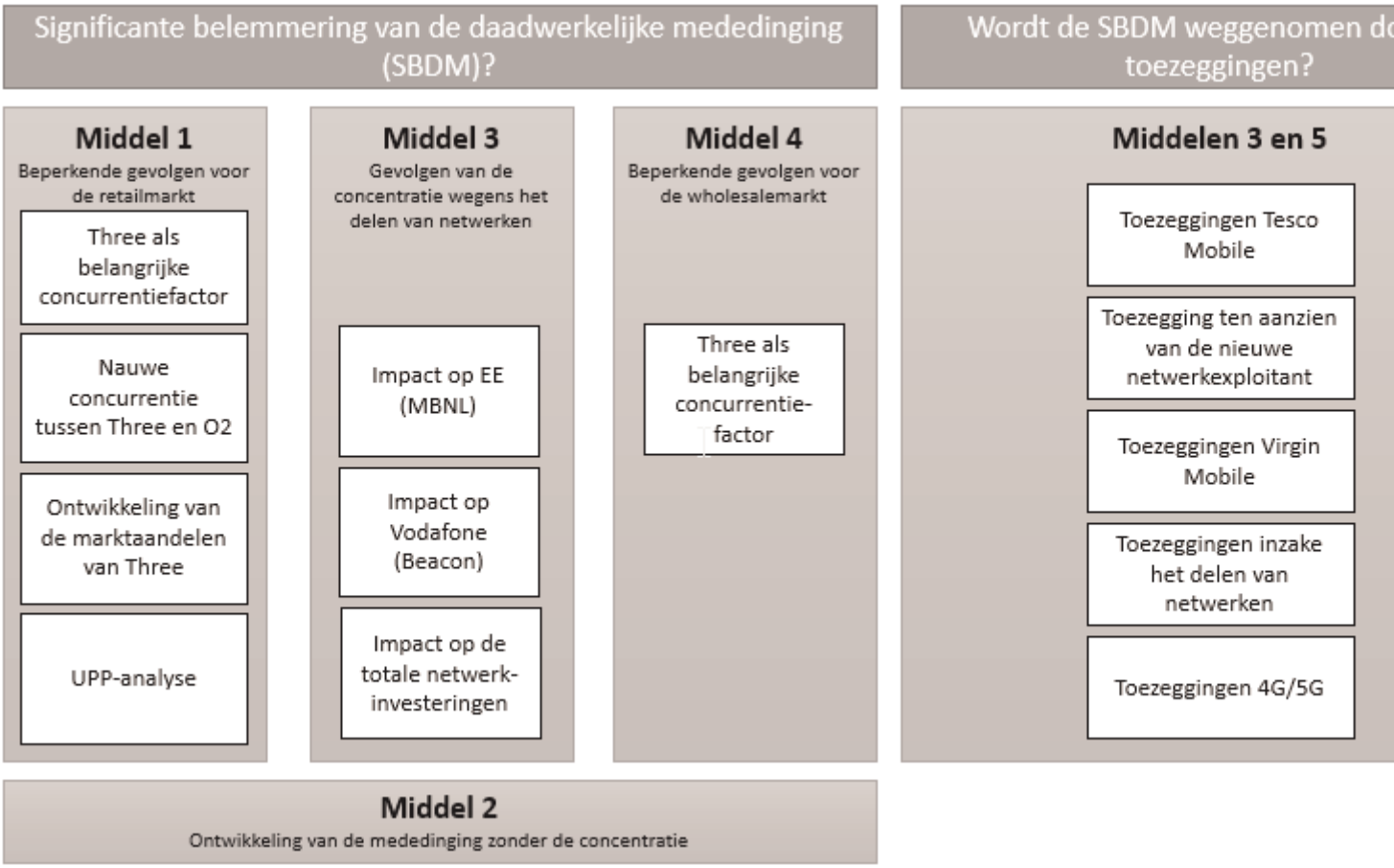
123 Met het oog op de proceseconomie en met inachtneming van het beginsel van een goede rechtsbedeling kan de Unierechter immers uitspraak doen op een beroep zonder dat hij zich noodzakelijkerwijs hoeft uit te spreken over alle door de partijen aangevoerde middelen en argumenten.

B. Overzicht van de middelen en opbouw van het beroep

124 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar beroep vijf middelen aan. Zij betwist achtereenvolgens de drie schadetheorieën die in het bestreden besluit zijn uiteengezet en de conclusies van de Commissie betreffende de toezeggingen die zij heeft gedaan om tegemoet te komen aan de door die instelling opgeworpen bezwaren.

125 Het eerste en het vierde middel hebben betrekking op respectievelijk de eerste en de derde schadetheorie van de Commissie, die verband houden met de uitschakeling van de concurrentie tussen Three en O2 op de retailmarkt (eerste middel) en op de wholesalemarkt (vierde middel). Het tweede middel betreft de door de Commissie verrichte beoordeling van het contrafeitelijke scenario waarop de analyse van de retailmarkt en de wholesalemarkt zou berusten. Het derde middel heeft betrekking op de tweede schadetheorie betreffende de retailmarkt en het delen van netwerken en op de toezeggingen met betrekking tot het delen van netwerken. Het vijfde middel heeft betrekking op de overige toezeggingen.

126 Onderstaand schema, dat door verzoekster is overgelegd, geeft een overzicht van het verband tussen de opbouw van het bestreden besluit en die van het verzoekschrift.



127 In de eerste plaats moeten dus achtereenvolgens het eerste, het derde en het vierde middel van verzoekster worden onderzocht, die betrekking hebben op de drie schadetheorieën van de Commissie en, in de tweede plaats, het tweede en het vijfde middel.

C. Eerste schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten op de retailmarkt

1. Samenvatting van het bestreden besluit

128 In het kader van de eerste schadetheorie komt de Commissie op basis van de aanzienlijke concurrentiedruk die Three en O2 uitoefenen, hun nauwe concurrentieverhouding, hun marktaandeel, de prikkels voor de fusieonderneming om de prijzen te verhogen en het concurrentievermogen van haar concurrenten, in overweging 1226 van het bestreden besluit tot de slotsom dat de concentratie „waarschijnlijk niet-gecoördineerde verstorende effecten voor de mededinging op de retailmarkt zal hebben”.

129 De Commissie merkt in het bijzonder op dat Three en O2 de enige mobielenetwerkexploitanten in het Verenigd Koninkrijk zijn waarvan het marktaandeel de afgelopen jaren voortdurend is gegroeid (overwegingen 330-406 van het bestreden besluit) en dat zij zowel onderling als met de andere mobielenetwerkexploitanten een nauwe concurrentieverhouding hebben (overwegingen 407-463 van het bestreden besluit).

130 In de overwegingen 468 tot en met 681 van het bestreden besluit stelt de Commissie dat Three vóór de transactie een „belangrijke concurrentiefactor” was in de zin van punt 37 van de richtsnoeren of in ieder geval aanzienlijke concurrentiedruk uitoefende. Three is namelijk de meest agressieve en meest

innoverende exploitant, die de meest concurrerende prijzen biedt in het rechtstreekse kanaal en die 4G zonder extra kosten heeft aangeboden, waardoor haar concurrenten genoopt waren om af te zien van strategieën om 4G tegen een meerprijs te verkopen.

131 In de overwegingen 682 tot en met 776 van het bestreden besluit overweegt de Commissie dat Three zonder de fusie waarschijnlijk aanzienlijke concurrentiedruk zal blijven uitoefenen, aangezien zij financieel gezond is en capaciteitsbeperkingen onwaarschijnlijk zijn, zoals wordt uitgelegd in bijlage C bij het bestreden besluit, die daar een onlosmakelijk onderdeel van vormt.

132 De Commissie stelt dat ook O2 vóór de transactie aanzienlijke concurrentiedruk uitoefende, en dit zonder die transactie waarschijnlijk zal blijven doen (overwegingen 778-872 van het bestreden besluit).

133 De transactie zal ertoe leiden dat de concurrentiedruk die Three en O2 op elkaar en op de andere mobielenetwerkexploitanten uitoefenen, wegvalt, wat zal resulteren in een aanzienlijke verzwakking van de mededinging op de retailmarkt. In het bijzonder lijkt het waarschijnlijk dat de fusieonderneming de prijzen zal verhogen (overwegingen 873-906 van het bestreden besluit).

134 De Commissie trekt dezelfde conclusie uit de kwantitatieve beoordeling van de gevolgen die het wegvallen van de concurrentie op de retailmarkt waarschijnlijk zal hebben voor de prijzen (overwegingen 1191-1225 van het bestreden besluit), welke beoordeling is uiteengezet in bijlage A bij het bestreden besluit, die daar een onlosmakelijk onderdeel van vormt.

135 Volgens de Commissie zal de transactie waarschijnlijk een negatief effect hebben op het concurrentievermogen van de overige mobielenetwerkexploitanten. De transactie zal namelijk tot de ontwrichting van de bestaande, goed functionerende overeenkomsten voor het delen van netwerken leiden. De Commissie acht het tevens zeer waarschijnlijk dat BT/EE en Vodafone, gezien hun voorgeschiedenis en hun huidige strategie en positionering, de door de fusieonderneming ingevoerde prijsverhogingen zullen volgen (overwegingen 907-960 van het bestreden besluit).

136 Daarnaast zullen niet-MNO's worden beperkt in hun vermogen om te concurreren en te innoveren (overwegingen 961-1148 van het bestreden besluit).

2. Samenvatting van het eerste middel en van de belangrijkste bewijzen die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de eerste schadetheorie

137 Met haar eerste middel stelt verzoekster dat de Commissie in het bestreden besluit het recht onjuist heeft toegepast, kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt en de wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden wat betreft, ten eerste, haar uitlegging en toepassing op Three van het criterium „belangrijke concurrentiefactor" (tweede onderdeel), ten tweede, de nauwe concurrentieverhouding (derde onderdeel) en, ten derde, het onderzoek van de marktaandelen (vierde onderdeel).

138 Daarnaast heeft de Commissie het recht onjuist toegepast, kennelijke beoordelingsfouten gemaakt en de bewijzen verkeerd opgevat bij haar beoordeling van de kwantitatieve gevolgen van de concentratie voor de prijzen (vijfde onderdeel) en van de prikkels voor de fusieonderneming na de fusie (zesde onderdeel). Tot slot heeft de Commissie geen algeheel onderzoek van die verschillende factoren verricht (zevende onderdeel).

139 De Commissie heeft ter terechtzitting gepreciseerd dat de eerste schadetheorie hoofdzakelijk was gebaseerd op drie bewijzen, te weten het feit dat Three een belangrijke concurrentiefactor vormt, de nauwe concurrentieverhouding tussen Three en O2 en de kwantitatieve analyse van de gevolgen van de concentratie voor de prijzen.

140 Het Gerecht acht het daarom zinvol om in de eerste plaats in te gaan op, ten eerste, het vierde en het tweede onderdeel, die betrekking hebben op respectievelijk de analyse van de marktaandelen en de kwalificatie van Three als belangrijke concurrentiefactor – welke onderdelen elkaar deels overlappen – en, ten tweede, het derde en het vijfde onderdeel, die betrekking hebben op respectievelijk de beoordeling van de nauwe concurrentieverhouding en de kwantitatieve gevolgen van de concentratie voor de prijzen. In de tweede plaats moeten in voorkomend geval het zesde en het zevende onderdeel van dat middel worden onderzocht.

a) Analyse van de marktaandelen

141 Verzoekster voert in het kader van het vierde onderdeel van het eerste middel aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en het recht onjuist heeft toegepast door te overwegen dat de fusieonderneming na de fusie het grootse marktaandeel zal hebben en die situatie als een aanwijzing moet worden beschouwd voor de vermindering van aanzienlijke concurrentiedruk.

142 Verzoekster stelt ten eerste dat het marktaandeel van de fusieonderneming veel kleiner zou zijn geweest dan 50 %, ten tweede dat de Commissie bij haar beoordeling van de marktaandelen geen rekening heeft gehouden met andere factoren, zoals de macht van de concurrenten van Three en O2, en ten derde dat zij geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de afstoting van het belang van O2 in Tesco Mobile, die verzoekster had voorgesteld in het kader van haar bij de Commissie ingediende toezeggingen.

143 De Commissie betwist dat betoog.

144 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat een passende omschrijving van de relevante markt volgens vaste rechtspraak een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde is voor elke beoordeling van de gevolgen die een concentratie voor de mededinging heeft (arresten van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, EU:C:1998:148, punt 143, en 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Commissie, T-405/08, niet gepubliceerd, EU:T:2013:306, punt 116).

145 De afbakening van de relevante markten is immers een wezenlijk onderdeel van de controle op concentraties, aangezien hiermee ten eerste het kader kan worden bepaald waarbinnen ondernemingen met elkaar concurreren en ten tweede hun marktmacht kan worden beoordeeld.

146 De productmarkt waarop de transactie betrekking heeft, moet worden omschreven met inachtneming van de gehele economische context, zodat de werkelijke economische macht van de betrokken onderneming of ondernemingen kan worden beoordeeld, en daartoe is het van belang om vooraf niet alleen aan de hand van de specifieke kenmerken van die producten, maar eveneens aan de hand van de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt, te bepalen welke producten zonder door andere producten te kunnen worden vervangen, voldoende uitwisselbaar zijn met de door die ondernemingen aangeboden producten (arrest van 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, EU:T:2002:146, punt 20).

147 Aangezien significante belemmeringen van de daadwerkelijke mededinging over het algemeen voortvloeien uit het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, kunnen marktaandelen immers enkel als aanwijzingen voor mededingingsproblemen dienen voor zover de markt waarop die marktaandelen betrekking hebben vooraf correct is afgebakend. Dat geldt ook voor de Herfindahl-Hirschmann-index (die wordt gebruikt om de mate van concentratie op een markt te meten; hierna: „HHI”), waarnaar de Commissie in de overwegingen 398 tot en met 405 van het bestreden besluit verwijst.

148 In casu stelt het Gerecht vast dat verzoekster niet betwist dat de fusie zou leiden tot de versterking van een oligopolistische markt op een markt die al sterk geconcentreerd is. Het betreft immers een markt waarop vier spelers – of drie indien de fusie zou worden uitgevoerd – samen 90 % van de markt in handen hebben. Als gevolg van de transactie, waarbij Three en O2 zouden fuseren, zou de fusieonderneming [tussen de 30 en 40 %] van de retailmarkt in handen hebben gekregen en zodoende de belangrijkste speler zijn geworden, vóór BT/EE en Vodafone, die een marktaandeel hebben van respectievelijk [tussen de 30 en 40 %] en [tussen de 20 en 30 %].

149 Hoewel uit een dergelijke analyse op basis van min of meer vergelijkbare marktaandelen – die leiden tot symmetrie-effecten en zodoende stilzwijgende coördinatie in de hand kunnen werken – de conclusie zou kunnen worden getrokken dat de concentratie op een oligopolistische markt wordt versterkt, kan hieruit evenwel niet worden opgemaakt dat een dergelijke concentratie zou leiden tot een duurzame aantasting van de mededinging die als zodanig een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou kunnen vormen in het kader van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie.

150 Een dergelijke redenering zou er in de praktijk op neerkomen dat de Commissie iedere horizontale fusie op een oligopolistische markt kan verbieden, aangezien per definitie zou zijn voldaan aan de – aan de toepassing van overweging 25 van verordening nr. 139/2004 ontleende – criteria van het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen enerzijds op elkaar en anderzijds op de andere concurrenten uitoefenen.

151 De Commissie merkt dan ook terecht op dat de in de overwegingen 330 tot en met 406 van het bestreden besluit geanalyseerde marktaandelen slechts een „eerste aanwijzing" leverden voor het belang van de fuserende partijen voor de mededinging (zie de overwegingen 330 en 406 en voetnoot 271 van het bestreden besluit). In overweging 406 van het bestreden besluit geeft zij aan dat „de omvang en de ontwikkeling van de marktaandelen van de partijen op de relevante markt, alsook de segmenten waaruit die markt bestaat, een eerste aanwijzing vormen dat Three en O2 aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenen".

152 Anders dan verzoekster stelt, heeft de Commissie het feit dat de fusieonderneming het grootste marktaandeel zou hebben dus niet beschouwd als een aanwijzing voor de vermindering van aanzienlijke concurrentiedruk, maar was zij van mening dat de omvang en de ontwikkeling van de marktaandelen van Three en O2 een eerste aanwijzing waren dat zij aanzienlijke concurrentiedruk uitoefenden, die door de fusie zou wegvallen.

153 Bovendien toont de analyse van de marktaandelen enkel aan dat de fusie zou resulteren in een nog sterkere concentratie van een beperkt mobielecommunicatie-oligopolie in het Verenigd Koninkrijk, en niet dat zij tot mededingingsverstorende gevolgen zou leiden die vergelijkbaar zijn met de gevolgen die zouden kunnen voortvloeien uit het in het leven roepen of versterken van een individuele of een collectieve machtspositie.

154 Bijgevolg moet het vierde onderdeel van het eerste middel worden afgewezen.

b) Kwalificatie van Three als „belangrijke concurrentiefactor"

155 Uit de bewoordingen van het bestreden besluit blijkt dat een van de elementen op basis waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat de concentratie tot niet-gecoördineerde effecten zou leiden, is dat „Three een belangrijke concurrentiefactor op de retailmarkt is [...] in de zin van punt 37 van de richtsnoeren of in elk geval aanzienlijke concurrentiedruk op die markt uitoefent en waarschijnlijk zal blijven uitoefenen indien de fusie niet wordt uitgevoerd" (overweging 777 van het bestreden besluit).

156 In het tweede onderdeel van het eerste middel uit verzoekster kritiek op de onjuiste kwalificatie van Three als belangrijke concurrentiefactor en voert zij drie grieven aan, die betrekking hebben op respectievelijk een onjuiste opvatting van het begrip belangrijke concurrentiefactor, de mate van concurrentiedruk die Three op de retailmarkt uitoefent en een onjuiste opvatting van het begrip aanzienlijke concurrentiedruk. Volgens verzoekster volstaat elk van die grieven afzonderlijk om het bestreden besluit nietig te verklaren.

1) Onjuiste opvatting van het begrip „belangrijke concurrentiefactor"

157 Volgens verzoekster heeft de Commissie, door te overwegen dat het voor de kwalificatie van een onderneming als belangrijke concurrentiefactor volstaat dat zij „voortdurend en aanhoudend bijdraagt tot het mededingingsproces", het recht verkeerd toegepast, voor zover die uitlegging van het begrip „belangrijke concurrentiefactor" geen onderscheid maakt tussen de bijdrage die iedere concurrent op een oligopolistische markt aan het mededingingsproces levert en de bijzondere invloed van een belangrijke concurrentiefactor in de zin van de punten 37 en 38 van de richtsnoeren.

158 Met haar bewering in overweging 326 van het bestreden besluit en in het verweerschrift dat een „belangrijke concurrentiefactor" zich niet van zijn concurrenten hoeft te onderscheiden wat betreft invloed op de mededinging, heeft de Commissie het recht onjuist toegepast, met name voor zover dat standpunt haar in staat stelt om iedere onderneming op een oligopolistische markt als belangrijke concurrentiefactor te kwalificeren, wat erop neerkomt dat horizontale fusies op oligopolistische markten in feite verboden zijn, en waardoor het rechtszekerheidsbeginsel wordt geschonden.

159 Bovendien is de manier waarop de Commissie het begrip „belangrijke concurrentiefactor" toepast onverenigbaar met de wijze waarop de mededingingsautoriteiten in het Verenigd Koninkrijk en in de Verenigde Staten dat begrip toepassen, alsook met de wijze waarop dat begrip is ontwikkeld in de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 139/2004 en in eerdere besluiten en in de richtsnoeren van de Commissie.

160 De Commissie brengt hiertegen in dat, anders dan verzoekster stelt, een onderneming zich wat betreft haar invloed op de mededinging blijkens punt 37 van de richtsnoeren niet van haar concurrenten hoeft te onderscheiden om een belangrijke concurrentiefactor te zijn, maar enkel een grotere invloed op het mededingingsproces hoeft te hebben dan haar marktaandeel doet vermoeden.

161 De stelling van verzoekster dat de Commissie geen onderscheid maakt tussen de bijdrage die elke speler aan het mededingingsproces op een oligopolistische markt levert en de bijzondere invloed van een belangrijke concurrentiefactor is kennelijk ongegrond, aangezien zij O2, zoals blijkt uit overweging 872 van het bestreden besluit, niet als belangrijke concurrentiefactor heeft gekwalificeerd. Bovendien kan een lid van een oligopolie met een defensievere strategie een beperkte invloed op de mededinging hebben.

162 Tot slot is de stelling van verzoekster dat de benadering van de Commissie onder meer onverenigbaar is met die van de mededingingsautoriteiten in het Verenigd Koninkrijk en in de Verenigde Staten niet relevant en ongegrond. Zo zijn er in de richtsnoeren bewust verschillen ingevoerd ten opzichte van hun Amerikaanse evenknie. Bovendien heeft de mededingingsautoriteit van het Verenigd Koninkrijk zich, zoals blijkt uit overweging 483 van het bestreden besluit, achter de conclusies van de Commissie geschaard die betrekking hebben op de door Three uitgeoefende concurrentiedruk.

163 Het Gerecht overweegt dat de richtsnoeren van de Commissie en haar eerdere besluitvormingspraktijk de Unierechter weliswaar niet kunnen binden, zoals in de punten 100 en 101 hierboven in herinnering is gebracht, maar dat het Gerecht niettemin in voorkomend geval de in de eerdere besluiten of in de richtsnoeren van de Commissie geformuleerde richtlijnen en economische of juridische beoordelingen kan overnemen.

164 Voorts herinnert het Gerecht eraan dat de Commissie in een aantal zaken [zie de zaken COMP/M.6203 – Western Digital Ireland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (hierna: „Duitse zaak"), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (hierna: „Ierse zaak"), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchison 3G Italy/Wind/JV (2016)] één of twee van de fuserende partijen heeft aangemerkt als „belangrijke concurrentiefactor(en)" waarvan de uitschakeling die uit de fusie zou voortvloeien – in combinatie met andere factoren (toetredingsdrempels, mate van concentratie op de markt, verhoging van de prijzen, nauwe concurrentieverhouding tussen de fuserende partijen, enz.) – waarschijnlijk tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou leiden, maar de fusie niettemin voorwaardelijk heeft toegestaan.

165 Wat betreft het argument van verzoekster dat de manier waarop de Commissie het begrip „belangrijke concurrentiefactor" heeft toegepast onverenigbaar is met haar eerdere besluiten, moet worden opgemerkt dat het standpunt dat de Commissie in het bestreden besluit verdedigt, overeenkomt met het standpunt dat zij heeft uiteengezet in de Duitse zaak (overwegingen 120-122; zie punt 164 hierboven), in zaak COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (overweging 245) en in zaak COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (overwegingen 265 en 283).

166 Bovendien heeft de Commissie onder meer in zaak COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010) onderzocht of een van de betrokken fuserende partijen kon worden aangemerkt als een „bijzonder belangrijke concurrent" op de mobieletelecommunicatiemarkt in het Verenigd Koninkrijk, die een „bijzonder belangrijke beperking" uitoefende op de andere spelers op die markt. In dat besluit heeft de Commissie op basis van een analyse van de brutotoename van het aantal abonnees vastgesteld dat 3UK kon worden aangemerkt als een „marktverstoorder", voor zover zij meer klanten dan Orange en T-Mobile „binnenhaalde" dan haar marktaandeel deed vermoeden. Bovendien heeft de Commissie in dat besluit overwogen dat 3UK marktleider was in termen van prijzen en innovatieve diensten.

167 In punt 380 van de mededeling van punten van bezwaar heeft de Commissie vastgesteld dat een onderneming geen „einzelgänger" op de markt hoefde te zijn om een belangrijke concurrentiefactor te vormen. Meer bepaald heeft de Commissie overwogen dat die onderneming consequent en in substantiële mate tot het mededingingsproces op de markt moest bijdragen op basis van parameters zoals prijs, kwaliteit, keuze en innovatie. Een fusie waarbij een onderneming betrokken is die recentelijk tot de markt is toegetreden en waarvan kan worden vermoed dat zij aanzienlijke concurrentiedruk op de markt uitoefent, is volgens de Commissie slechts een voorbeeld van een geval waarin significante niet-gecoördineerde mededingingsverstorende effecten kunnen optreden.

168 Het Gerecht brengt in herinnering dat verzoekster, zoals blijkt uit overweging 318 van het bestreden besluit, reeds tijdens de administratieve procedure had aangevoerd dat een onderneming, om te kunnen worden aangemerkt als „belangrijke concurrentiefactor", zich moet onderscheiden van haar concurrenten wat betreft haar invloed op de mededinging, in de zin dat zij een unieke rol op de markt speelt die haar in staat stelt om, vergeleken met haar marktaandeel, een sterke en onevenredige druk op de andere spelers uit te oefenen, wat onmisbaar is om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

169 In overweging 326 van het bestreden besluit heeft de Commissie in antwoord op dat argument aangevoerd dat een „belangrijke concurrentiefactor" zich niet van zijn concurrenten hoeft te onderscheiden in termen van invloed op de mededinging. Het feit dat de Commissie in haar eerdere besluiten heeft overwogen dat bepaalde ondernemingen uniek waren geweest in hun „agressiviteit" op de markt en als belangrijke concurrentiefactoren hun aanwezigheid op die markt sneller hadden vergroot dan enige andere concurrent, betekent volgens haar niet dat er slechts één definitie bestaat van het begrip „belangrijke concurrentiefactor".

170 Daarentegen heeft de Commissie in haar verweerschrift toegegeven dat een „belangrijke concurrentiefactor" een grotere invloed moet hebben dan zijn marktaandeel doet vermoeden, op een bijzonder agressieve manier moet concurreren en de andere spelers moet dwingen om zich op dezelfde wijze te gedragen.

171 Uit het bestreden besluit blijkt dat de Commissie wat betreft de uitschakeling van een „belangrijke concurrentiefactor" van mening is dat de enkele vermindering van de concurrentiedruk die met name zou voortvloeien uit het wegvallen van een onderneming die een grotere invloed heeft dan haar marktaandeel doet vermoeden, als zodanig volstaat om te bewijzen dat de daadwerkelijke mededinging significant wordt belemmerd.

172 Die in het bestreden besluit gegeven uitlegging van het begrip „belangrijke concurrentiefactor" zou evenwel, indien zij als een autonoom juridisch criterium zou moeten worden beschouwd, een extra begrip in het leven roepen naast het begrip „belangrijke concurrentiefactor" van overweging 25 van verordening nr. 139/2004. Hierdoor zou het bewijsniveau dat vereist is om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te bewijzen, worden verlaagd al naargelang de Commissie de voorzienbare gevolgen van een concentratie als „niet-gecoördineerde effecten" dan wel als „gecoördineerde effecten" kwalificeert.

173 De benadering die de Commissie in het bestreden besluit heeft gevolgd, zou er in de praktijk namelijk op neerkomen dat drie begrippen door elkaar worden gebruikt, te weten het begrip „significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging" – het juridische criterium als bedoeld in artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 –, het begrip „wegvallen van aanzienlijke remmingen", dat wordt genoemd in overweging 25 van diezelfde verordening, en het begrip uitschakeling van een „belangrijke concurrentiefactor", dat in het bestreden besluit wordt gebruikt en afkomstig is uit de richtsnoeren. Door die begrippen door elkaar te gebruiken, breidt de Commissie de werkingssfeer van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 aanzienlijk uit, aangezien iedere uitschakeling van een belangrijke concurrentiefactor gelijk zou staan aan het wegvallen van aanzienlijke remmingen, wat op zijn beurt zou rechtvaardigen dat een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging wordt vastgesteld.

174 Hieruit volgt dat de Commissie met haar vaststelling in overweging 326 van het bestreden besluit dat een „belangrijke concurrentiefactor" zich niet van zijn concurrenten hoeft te onderscheiden in termen van invloed op de mededinging, het recht onjuist heeft toegepast en een beoordelingsfout heeft gemaakt, met name voor zover dat standpunt haar in staat zou stellen om iedere onderneming die concurrentiedruk uitoefent op een oligopolistische markt als een „belangrijke concurrentiefactor" te kwalificeren.

175 Zoals verzoekster terecht heeft benadrukt, zou dat erop neerkomen dat de Commissie op grond van dat enkele feit horizontale fusies op dergelijke markten zou kunnen verbieden, en dat het rechtszekerheidsbeginsel zou worden geschonden, aangezien de Commissie aldus niet zou hoeven te onderzoeken of de aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenen, mogelijk wegvalt en in plaats daarvan een schadetheorie zou kunnen kiezen die enkel gebaseerd is op de verlaging van de concurrentiedruk op de overige concurrenten.

176 Derhalve is de grief betreffende de onjuiste opvatting van het begrip „belangrijke concurrentiefactor" gegrond.

2) Mate van concurrentiedruk van Three op de retailmarkt

177 De door de Commissie in het bestreden besluit uiteengezette conclusie dat Three een „belangrijke concurrentiefactor" op de retailmarkt is of in elk geval aanzienlijke concurrentiedruk uitoefent op die markt, is gebaseerd op de volgende elementen: ten eerste een brutotoename van het aantal abonnees

die groter is dan haar marktaandeel (overweging 481), ten tweede de groei van haar marktaandeel en haar clientèle (overwegingen 475-480), ten derde haar prijsbeleid (overwegingen 578-633), ten vierde haar bijdragen aan innovatie en aan de mededinging (overwegingen 485-577) en ten vijfde de kwaliteit van haar netwerk, haar dienstverlening aan haar klanten en de loyaliteit van haar klanten (overwegingen 653-680).

178 Volgens verzoekster heeft de Commissie bij de beoordeling van de eerste vier factoren kennelijke beoordelingsfouten gemaakt.

i) Brutotoename van het aantal abonnees

179 Voor de vaststelling dat Three een „belangrijke concurrentiefactor" is of in ieder geval aanzienlijke concurrentiedruk op de retailmarkt uitoefent, heeft de Commissie zich met name gebaseerd op het feit dat de brutotoename van het aantal abonnees van Three groter is dan haar marktaandeel (overwegingen 481-484 van het bestreden besluit).

180 Volgens verzoekster heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door in overweging 397 van het bestreden besluit de conclusie te trekken dat de brutotoename van het aantal abonnees van Three (dat wil zeggen het aandeel geworven nieuwe klanten) „het eerste teken is dat Three op de retailmarkt een concurrentiedruk uitoefent die groter is dan haar marktaandeel doet vermoeden", terwijl het brutoaandeel nieuwe abonnees van Three – dat afhankelijk van het gebruik van de berekeningen van Three of van de Commissie [tussen de 10 en 20 %] bedraagt – ten eerste, absoluut gezien zeer klein is en, ten tweede, vergelijkbaar is met of zelfs kleiner is dan haar aandeel abonnees, dat [tussen de 10 en de 20 %] ligt.

181 In casu zet de Commissie in overweging 388 van het bestreden besluit uiteen dat uit haar berekeningen blijkt dat het brutoaandeel nieuwe abonnees van Three groter is dan haar marktaandeel.

182 In de punten 65 en 74 van haar verweerschrift erkent de Commissie evenwel dat uit de door haar gemaakte reconstructie van de marktaandelen en de brutoaandelen nieuwe klanten blijkt dat het brutoaandeel nieuwe klanten van Three voor 2014 en voor het eerste semester van 2015 slechts iets hoger was dan haar marktaandeel voor diezelfde periode. Anders gezegd is er geen groot verschil tussen het brutoaandeel nieuwe klanten van Three en haar marktaandeel.

183 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het brutoaandeel nieuwe klanten van Three er niet op wijst dat zij een grotere invloed op de mededinging heeft dan haar marktaandeel doet vermoeden. Volgens de voor de Commissie meest gunstige stelling dat de onderneming gestaag is gegroeid, bedraagt de brutotoename van het aantal abonnees die de activiteiten van Three kenmerkt [tussen de 10 en 20 %]. Ten eerste is een dergelijk percentage zeer laag vergeleken met het marktaandeel dat in de overwegingen 335 en 343 van het bestreden besluit is beschreven. Ten tweede moet een dergelijke toename als zeer beperkt worden beschouwd vergeleken met de cijfers betreffende de nieuwe abonnees van ondernemingen die de Commissie als „belangrijke concurrentiefactor" heeft aangemerkt in haar eerdere besluiten in de zaken M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006) en COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), in de Duitse zaak en in de Ierse zaak (zie punt 164 hierboven).

184 In antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting over het belang dat moest worden toegekend aan een brutotoename van het aantal abonnees die [tussen de 0 en 5 %] hoger is dan het marktaandeel, als bewijs voor een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, heeft de Commissie gewoon verklaard dat die toename slechts één van de aanwijzingen was voor de algehele beoordeling van meerdere factoren die zij ter ondersteuning van haar conclusies in het bestreden besluit heeft gemaakt.

185 De Commissie heeft in het bijzonder aangevoerd dat het feit dat een exploitant als Three slechts een beperkt brutoaandeel nieuwe klanten ten opzichte van zijn marktaandeel heeft, in elk geval volstaat om hem als een „belangrijke concurrentiefactor" aan te merken wanneer rekening wordt gehouden met het feit dat diezelfde exploitant voortdurend is gegroeid op de relevante markt. Volgens de Commissie is het feit dat het brutoaandeel nieuwe abonnees van Three in de jaren voorafgaand aan de vaststelling van het bestreden besluit sterk is gegroeid namelijk een toereikende aanwijzing op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat Three een concurrent is die concurrentiedruk uitoefent op de retailmarkt.

186 Er zij echter op gewezen dat een brutotoename van het aantal abonnees die – in het voor de stelling van de Commissie gunstigste geval van meest gestage groei – zou kunnen worden berekend op circa [10 tot 20 %], zeer klein lijkt ten opzichte van het in de overwegingen 335 en 343 van het bestreden besluit beschreven marktaandeel en niet te vergelijken is met de cijfers met betrekking tot de nieuwe abonnees van ondernemingen die de Commissie als „belangrijke concurrentiefactoren" heeft gekwalificeerd in haar eerdere besluiten in de zaken M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006) en COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), in de Duitse zaak en in de Ierse zaak (zie punt 164 hierboven).

187 Bovendien heeft verzoekster tijdens de schriftelijke fase van de procedure en ter terechtzitting, zonder op dit punt door de Commissie te zijn weersproken, aangevoerd dat wat de andere ondernemingen betrof die de Commissie eveneens als „belangrijke concurrentiefactoren" had aangemerkt in het kader van concentraties waarbij het aantal concurrenten in de mobielecommunicatiesector zou worden teruggebracht van vier naar drie, het brutoaandeel nieuwe abonnees tussen de 21 en de 50 % lag, wat duidelijk niet het geval is voor Three.

188 Hieruit volgt dat de Commissie in het kader van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie hoe dan ook niet op basis van de brutotoename van het aantal abonnees van Three kon vaststellen dat die exploitant een „belangrijke concurrentiefactor" was.

189 Bijgevolg heeft de Commissie een beoordelingsfout gemaakt door in overweging 397 van het bestreden besluit te concluderen dat de brutotoename van het aantal abonnees van Three „het eerste teken is dat Three op de retailmarkt een concurrentiedruk uitoefent die groter is dan haar marktaandeel doet vermoeden".

190 Derhalve is het betoog dat in wezen betrekking heeft op een onjuiste beoordeling van de brutotoename van het aantal abonnees van Three gegrond.

ii) Groei van het aantal abonnees van Three

191 Volgens verzoekster heeft de Commissie een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door in overweging 474 van het bestreden besluit te concluderen dat uit de groei van het marktaandeel van Three bleek dat zij een „belangrijke concurrentiefactor" was. Uit de gegevens die in de overwegingen 335, 343, 475 en 477 van het bestreden besluit zijn uiteengezet, blijkt immers dat Three zeer traag groeit.

192 De Commissie stelt dat het marktaandeel van Three naar aantal abonnees en naar omzet blijft groeien. De groei van 1 % per jaar die Three tussen 2013 en 2014 als leverancier heeft gerealiseerd, moet in de context worden geplaatst van een markt waarop geen enkele andere speler, met uitzondering van O2, in staat is geweest om een dergelijke groei te realiseren, zoals beschreven in de overwegingen 343 en 346 van het bestreden besluit. Bovendien is het aantal klanten van Three op de markt, anders dan

verzoekster stelt, tussen 2010 en 2014 voortdurend [*vertrouwelijk*] [1] geweest, terwijl het totale aantal abonnees van Three, O2 en Vodafone is gegroeid met respectievelijk [*vertrouwelijk*] en dat van BT/EE is gedaald met bijna [*vertrouwelijk*] (overweging 477 van het bestreden besluit).

193 Het Gerecht stelt vast dat de gegevens die in de overwegingen 335, 343, 346 en 477 van het bestreden besluit zijn uiteengezet, erop lijken te wijzen dat Three een grotere groei heeft doorgemaakt dan haar concurrenten. Dienaangaande heeft de Commissie aangevoerd dat het Gerecht in het arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie (T-210/01, EU:T:2005:456), voor recht heeft verklaard dat de constante groei van het marktaandeel een overtuigende factor is voor de concurrentiedruk die een marktdeelnemer uitoefent.

194 Opgemerkt moet worden dat de groei van het marktaandeel gedurende meerdere achtereenvolgende jaren inderdaad een aanwijzing vormt voor concurrentiedruk. Niettemin moet een onderscheid worden gemaakt tussen de onderhavige zaak en de vaststellingen die het Gerecht heeft gedaan in het arrest van 14 december 2005, General Electric/Commissie (T-210/01, EU:T:2005:456), waarin de verzoekster met afstand de grootste leverancier van vliegtuigmotoren was, het hoogste groeipercentage van de markt had en zich aldus in een machtspositie bevond.

195 Aangezien het in casu niet gaat om een onderneming in een machtspositie die haar marktmacht heeft vergroot, kan die redenering niet op het onderhavige geval worden toegepast. Het enkele feit dat de kleinste mobielenetwerkexploitant op een oligopolistische markt – namelijk Three, die door de Commissie zowel in het verleden (zaak COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) als in de mededeling van punten van bezwaar in de onderhavige zaak als een einzelgänger is aangemerkt – gedurende meerdere achtereenvolgende jaren een groei van het brutoaandeel nieuwe abonnees heeft gekend, vormt op zichzelf geen toereikende aanwijzing op basis waarvan kan worden vastgesteld dat die exploitant marktmacht heeft of dat er sprake is van het wegvallen van aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenen.

196 Het Gerecht stelt daarenboven vast dat, zoals verzoekster in haar verzoekschrift en ter terechtzitting heeft aangevoerd, uit de grafieken nr. 19 en nr. 20 van het bestreden besluit blijkt dat het marktaandeel van Three, zowel naar aantal abonnees als naar inkomsten, tussen 2012 en 2014 is gestagneerd of zich heeft gestabiliseerd [tussen de 5 en 10 %]. Volgens die grafieken heeft Three de afgelopen jaren een geringe groei naar aantal abonnees doorgemaakt.

197 Bijgevolg heeft de Commissie tevens een beoordelingsfout gemaakt door in overweging 474 van het bestreden besluit te concluderen dat de groei van het marktaandeel van Three erop wijst dat zij een „belangrijke concurrentiefactor" is.

198 Derhalve is het betoog dat in wezen betrekking heeft op een onjuiste beoordeling van de groei van het aantal abonnees van Three gegrond.

iii) Prijsbeleid van Three

199 Verzoekster stelt dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in de overwegingen 578 en 579 van het bestreden besluit op basis van een „kwalitatieve en kwantitatieve analyse van de prijzen" te concluderen dat „Three met haar tarieven altijd aanzienlijke concurrentiedruk op de markt heeft uitgeoefend".

1 Weggelaten vertrouwelijke gegevens.

200 Uit de analyses van verzoekster blijkt namelijk dat Three prijzen hanteert die iets minder hoog zijn dan de prijzen van de andere mobielenetwerkexploitanten in het rechtstreekseverkoopkanaal, maar veel hoger dan de prijzen die worden gehanteerd door de andere mobielenetwerkexploitanten in het indirecteverkoopkanaal en door de virtuele mobielenetwerkexploitanten.

201 De Commissie heeft in de door haar verrichte kwalitatieve analyse van de prijzen niet de indirectedistributiekanalen meegenomen en een zeer beperkte beoordeling verricht van de omzet van de virtuele mobielenetwerkexploitanten.

202 De Commissie stelt dat zij bij haar eigen kwalitatieve analyse van de prijzen in de overwegingen 1032 tot en met 1079 van het bestreden besluit uitdrukkelijk rekening heeft gehouden met de prijspositie van de virtuele mobielenetwerkexploitanten en de indirecte wederverkopers, alsook met hun beperkte vermogen om de waarschijnlijke gevolgen van de fusie voor de prijzen te compenseren.

203 Bovendien bevestigt de in overweging 604 van het bestreden besluit uiteengezette kwantitatieve analyse van verzoekster dat Three tussen oktober 2014 en februari 2016 de goedkoopste mobielenetwerkexploitant in het rechtstreekseverkoopkanaal was.

204 Uit de door de Commissie verrichte kwalitatieve analyse van de prijzen, die is uiteengezet in de overwegingen 580 tot en met 602 van het bestreden besluit, blijkt dat Three, vergeleken met de andere mobielenetwerkexploitanten, voor sommige abonnementen de meest concurrerende prijzen op de markt aanbood en voor andere abonnementen prijzen aanbood die tot de meest concurrerende prijzen op de markt behoorden.

205 Volgens verzoekster blijkt uit zowel de kwalitatieve als de kwantitatieve analyse in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en in het door Hutchison uitgevoerde onderzoek dat Three middelmatige prijzen hanteerde, die tussen die van de andere mobielenetwerkexploitanten in het rechtstreekseverkoopkanaal en die van de virtuele mobielenetwerkexploitanten in het indirecteverkoopkanaal in lagen.

206 Meer bepaald was uit een kwantitatieve analyse van de partijen op basis van 80 000 prijzen tussen 2014 en 2016 gebleken dat Three een „gemiddelde" concurrent was, dat wil zeggen een concurrent die „iets goedkoper" was dan de andere mobielenetwerkexploitanten in het rechtstreekseverkoopkanaal, maar „veel duurder" dan de andere mobielenetwerkexploitanten in het indirecteverkoopkanaal en dan de virtuele mobielenetwerkexploitanten. Bovendien stelt het bestreden besluit de lage prijsstelling gelijk aan een agressief prijsbeleid, terwijl zij mogelijk enkel een aanbod van lagere kwaliteit of een lagere merkwaarde weerspiegelt en dus mogelijkerwijs geen significante gevolgen voor de mededinging heeft.

207 Volgens verzoekster blijkt uit die uitputtende analyse van alle prijzen die toentertijd op de markt werden gehanteerd dat het prijsbeleid van Three in overeenstemming was met de marktprijzen. Het bestreden besluit verwijst daarentegen naar prijzen die, vergeleken met sommige vaste prijzen die op bepaalde momenten werden gehanteerd, selectief en zelfs anekdotisch zijn, zonder dat wordt toegelicht wat de reden voor die selectie is.

208 De Commissie stelt dienaangaande dat haar analyse betrekking had op de meest representatieve mobiele telefoons in het Verenigd Koninkrijk. Volgens haar bieden de exploitanten, ondanks het feit dat hun tarieven (qua hoeveelheid data, belminuten, enz.) verschillen vertonen en niet altijd onder dezelfde voorwaarden worden aangeboden, vergelijkbare tarieven aan.

209 Het Gerecht stelt vast dat de Commissie, anders dan verzoekster aanvoert, in de overwegingen 584, 589 en 590, 592 tot en met 595 en 601 van het bestreden besluit de tarieven van niet-MNO's en indirecte wederverkopers in aanmerking heeft genomen. Zo heeft de Commissie in het bestreden

besluit rekening gehouden met de tarieven van de virtuele mobielenetwerkexploitanten, maar heeft zij tegelijkertijd gepreciseerd dat sommige tarieven, en met name die van Tesco Mobile en Virgin Mobile, lager waren dan die van Three.

210 Het Gerecht stelt bovendien vast dat de Commissie in zaak COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange het standpunt heeft ingenomen dat „‚virtuele' mobielenetwerkexploitanten een significante rol spelen op de retailmarkt in het Verenigd Koninkrijk. [...] Buiten het feit dat ‚virtuele' exploitanten met hun hostexploitanten concurreren op het gebied van de prijzen en het dienstenaanbod voor klanten, bevorderen zij tevens de mededinging door innoverende bedrijfsmodellen te introduceren".

211 In de overwegingen 969 en volgende van het bestreden besluit heeft de Commissie echter vastgesteld dat virtuele mobielenetwerkexploitanten op dat ogenblik niet in staat waren om het concurrentiegedrag van mobielenetwerkexploitanten op de retailmarkt effectief af te remmen.

212 Dat wil echter nog niet zeggen dat Three met haar prijsbeleid aanzienlijke concurrentiedruk uitoefende.

213 Zonder dat het Gerecht een standpunt over dat vraagstuk hoeft in te nemen, moet immers worden vastgesteld dat het enkele feit dat in de prijzen van Three 4G-diensten zonder extra kosten zijn inbegrepen, niet volstaat om te bewijzen dat Three een bijzonder agressief prijsbeleid voerde.

214 Zoals verzoekster terecht benadrukt, kan bovendien hoe dan ook op basis van het enkele feit dat het aanbod van Three goedkoper is voor sommige, maar niet voor alle marktsegmenten niet worden bewezen dat zij een „belangrijke concurrentiefactor" is, aangezien haar prijsbeleid moet kunnen leiden tot een significante wijziging van de mededingingsdynamiek.

215 De prijzen van Three worden in de overwegingen 588 tot en met 590 van het bestreden besluit evenwel gewoon beschreven als „behorende tot de laagste [prijzen] op de markt" en „behorende tot de laagste voor het lage datasegment". Op basis van die beschrijving van Three kan geenszins worden bewezen dat haar prijsbeleid waarschijnlijk tot een significante wijziging van de mededingingsdynamiek op de markt zal leiden.

216 Derhalve is het betoog dat in wezen betrekking heeft op een onjuiste beoordeling van het prijsbeleid van Three gegrond, aangezien de Commissie in casu niet rechtens genoegzaam en afdoend heeft bewezen dat Three bijzonder agressief concurreerde op het gebied van de prijzen en de andere spelers op de markt ertoe dwong om haar prijzen te volgen, dan wel dat haar prijsbeleid waarschijnlijk zou leiden tot een significante wijziging van de mededingingsdynamiek op de markt overeenkomstig de definitie van het begrip „belangrijke concurrentiefactor", dat in punt 170 hierboven in herinnering is gebracht en bovendien door de Commissie zelf in haar verweerschrift is uitgewerkt.

iv) Rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld

217 Verzoekster stelt dat de feiten die in de overwegingen 497 tot en met 575 van het bestreden besluit zijn uiteengezet en die betrekking hebben op de rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld, anekdotisch zijn en niet kunnen rechtvaardigen dat zij als een „belangrijke concurrentiefactor" wordt aangemerkt. Uit het bewijs dat verzoekster heeft overgelegd, blijkt dat de in het bestreden besluit genoemde initiatieven van Three beperkte gevolgen voor de mededinging hebben.

218 De Commissie brengt hiertegen in dat de rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld, relevant is, omdat hieruit blijkt dat zij in staat is om de uitdagingen van de mededinging het hoofd te bieden en omdat op basis van die rol haar toekomstige gedrag kan worden voorspeld (overweging 486

van het bestreden besluit). Haar initiatieven hebben consequent bijgedragen tot haar jaarlijkse groei. Uit het in het dossier opgenomen bewijs blijkt dat Three een cruciale rol heeft gespeeld bij de daling van de 4G-prijzen.

219 Het Gerecht brengt in herinnering dat de Commissie in het bestreden besluit heeft uiteengezet hoe Three, die als laatste tot de retailmarkt is toegetreden, de gewoonten in de sector op het gebied van datalimieten en hogere dataprijzen heeft veranderd met de lancering van haar „One Plan" (zie de overwegingen 497-522 en in het bijzonder de overwegingen 515 en 522), de invoering van gratis internationale roaming (overwegingen 523-538) en het aanbieden van 4G zonder extra kosten, waardoor haar concurrenten genoopt waren om af te zien van hun strategieën om 4G tegen een meerprijs te verkopen (overwegingen 539-572 en in het bijzonder overwegingen 565 en 572).

220 Niettemin zijn de commerciële initiatieven van Three die de Commissie in de overwegingen 497 tot en met 575 van het bestreden besluit heeft onderzocht om te bewijzen dat die vennootschap zich uiterst competitief gedroeg, thans verleden tijd, zoals verzoekster benadrukt, aangezien zij voornamelijk zijn genomen voordat Three eind 2013 haar belangrijkste strategiewijziging heeft doorgevoerd en de overstap heeft gemaakt van prijsconcurrentie naar merkconcurrentie.

221 In haar mededeling van punten van bezwaar lijkt de Commissie evenwel in eerste instantie haar eerdere kwalificatie van Three als einzelgänger op de mobieletelecommunicatiemarkt in het Verenigd Koninkrijk te hebben bevestigd.

222 De Commissie heeft in de punten 1258 en 1357 van de mededeling van punten van bezwaar namelijk geconcludeerd dat Three na de fusie een marktleider zou worden voor wie er nauwelijks of zelfs helemaal geen prikkels zouden bestaan om eventuele coördinaties te verstoren. Aldus zou de markt na de fusie drie niet-verstorende ondernemingen tellen, wat tot gecoördineerde effecten op de markt zou kunnen leiden, terwijl coördinatiepogingen voordien op niets waren uitgelopen vanwege het verstorende gedrag van Three.

223 Aangezien de Commissie in het bestreden besluit de op gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie vervolgens terzijde heeft geschoven, is haar betoog betreffende de rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld, gebaseerd op bewijs waarvan de waarde anekdotisch is in de algehele analyse van de reeks bewijzen ter ondersteuning van de eerste schadetheorie.

224 Maar zelfs al zou het betoog van de Commissie betreffende de rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld op zich juist zijn, wat als zodanig niet door verzoekster lijkt te worden betwist, dan nog bewijst de Commissie in het bestreden besluit niet dat die historische rol van Three representatief was voor haar prijsbeleid ten tijde van de aanmelding van de concentratie. De redenering van de Commissie dienaangaande lijkt te suggereren dat een onderneming die in het verleden een verstorende rol heeft gespeeld, diezelfde rol noodzakelijkerwijs opnieuw zal spelen in de toekomst en zich niet zal kunnen herpositioneren op de markt door een ander prijsbeleid te voeren.

225 Derhalve is het betoog dat in wezen betrekking heeft op een onjuiste beoordeling van de rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld en met name van de bewijswaarde van die rol voor de vaststelling van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, gegrond.

226 In het licht van al het voorgaande moet de grief betreffende de mate van concurrentiedruk die Three op de retailmarkt uitoefent, worden toegewezen.

c) Beoordeling van de nauwe concurrentieverhouding

227 Een andere factor op basis waarvan de Commissie tot de slotsom is gekomen dat de fusie tot niet-gecoördineerde effecten zal leiden, is het feit dat Three en O2 „naaste concurrenten zijn op de hele retailmarkt" (overweging 463 van het bestreden besluit). Die conclusie vloeit voort uit een kwalitatieve beoordeling van zowel de verschuivingsratio's die gebaseerd zijn op nummerbehoudgegevens (mobile number portability; hierna: „MNP") als de verschuivingsratio's die gebaseerd zijn op een door de Commissie verricht onderzoek.

228 Met het derde onderdeel van het eerste middel stelt verzoekster in wezen dat de Commissie een fout heeft gemaakt door vast te stellen dat alle vier de mobielenetwerkexploitanten naaste concurrenten zijn op de retailmarkt (overwegingen 438 en 439 van het bestreden besluit), dat zij geen rekening heeft gehouden met de hoge mate van substitueerbaarheid met het aanbod van derden en dat zij ten onrechte heeft geconcludeerd dat Three en O2 weliswaar geen bijzonder nauwe concurrenten, maar toch naaste concurrenten zijn. De conclusie van de Commissie betreffende de nauwe concurrentieverhouding is gebaseerd op een onjuiste toepassing van het recht en een kennelijke beoordelingsfout, voor zover zij niet heeft beoordeeld hoe nauw de concurrentieverhouding tussen de partijen is.

229 De Commissie stelt in de eerste plaats dat zij wel degelijk (overeenkomstig de in overweging 323 van het bestreden besluit in herinnering gebrachte beginselen) heeft onderzocht hoe nauw de concurrentieverhouding tussen de partijen was, en heeft vastgesteld dat Three en O2 volgens een groot aantal deelnemers aan het marktonderzoek elkaars meest nauwe concurrent waren (overweging 417 van het bestreden besluit). Uit de interne documenten van de partijen (overwegingen 418, 430 en 438 van het bestreden besluit), de verschuivingsratio's (overwegingen 455 en 460 van het bestreden besluit) en het in opdracht van de Commissie uitgevoerde onderzoek (overweging 461 van het bestreden besluit) blijkt dat Three en O2 een nauwe concurrentieverhouding onderhouden.

230 De Commissie stelt voorts dat zij uit het in het dossier opgenomen bewijs heeft opgemaakt dat de vier mobielenetwerkexploitanten nauw met elkaar concurreren op de retailmarkt, wat evenwel niet noodzakelijkerwijs geldt voor alle markten met vier spelers of voor iedere oligopolistische markt.

231 In de tweede plaats voert de Commissie aan dat de mate van substitueerbaarheid met derde ondernemingen weliswaar van invloed is op de reactie van die ondernemingen op de prijsverhogingen van de fusieonderneming, maar er niets aan verandert dat de aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenen, zal wegvallen, wat het meest directe gevolg is van een concentratie op een oligopolistische markt en op basis waarvan die concentratie kan worden beoordeeld.

232 Aangezien fuserende partijen bovendien niet elkaars meest nauwe concurrent hoeven te zijn (overweging 324 van het bestreden besluit), kan niet op basis van het feit dat andere ondernemingen even nauwe of zelfs nauwere concurrenten dan die fuserende partijen zijn, worden weerlegd dat de daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd. De bewijzen betreffende de inwisselbaarheid met de producten van derde ondernemingen zijn dus secundair ten opzichte van het bewijs betreffende de onderlinge inwisselbaarheid van de producten van de fuserende partijen.

233 In de derde plaats betwist de Commissie niet dat uit de verschuivingsratio's op basis van MNP-gegevens blijkt dat [*vertrouwelijk*]. Voor een eenzijdige prijsverhoging die de fusieonderneming tot voordeel strekt, is het evenwel niet van belang dat de producten van de fuserende partijen elkaars meest nauwe substituten zijn (overwegingen 324 en 1193 van het bestreden besluit), maar dat die partijen naaste concurrenten zijn en dat hun rivaliteit een bron van belangrijke mededinging op de markt is geweest (overweging 463 van het bestreden besluit).

234 Het Gerecht stelt vast dat het begrip „naaste concurrent” niet voorkomt in verordening nr. 139/2004, maar enkel in de richtsnoeren, die een hoofdstuk bevatten met het opschrift „De fuserende ondernemingen zijn naaste concurrenten”.

235 Daarenboven vereist de toepasselijkheid van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004, gelezen in het licht van overweging 25 ervan, het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden, wat het meest directe unilaterale effect is van een concentratie op een oligopolistische markt, zoals de Commissie terecht voor het Gerecht heeft benadrukt.

236 Dienaangaande is de omstandigheid dat de fuserende partijen „naaste concurrenten” zijn reeds als economisch bewijs door het Gerecht aanvaard in de arresten van 9 juli 2007, Sun Chemical Group e.a./Commissie (T-282/06, EU:T:2007:203), en 6 juli 2010, Ryanair/Commissie (T-342/07, EU:T:2010:280, punten 63 e.v.).

237 Het arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie (T-342/07, EU:T:2010:280), had betrekking op het gebruik van het begrip „naaste concurrenten” en op de vraag of de Commissie hieruit automatisch kon afleiden dat er sprake was van het bestaan – en vervolgens van het wegvallen – van aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenden. Daarentegen heeft het Gerecht in het arrest van 9 juli 2007, Sun Chemical Group e.a./Commissie (T-282/06, EU:T:2007:203), vastgesteld dat de Commissie niet kon worden verweten dat zij in het bestreden besluit niet had onderzocht in welke mate de fuserende partijen concurrenten waren.

238 Volgens punt 28 van de richtsnoeren moet die mate van concurrentie worden beoordeeld op basis van de mate waarin de producten van de partijen onderling inwisselbaar zijn. Zo is in datzelfde punt gepreciseerd dat „[b]innen een relevante markt [...] de producten gedifferentieerd [kunnen zijn], in die zin dat sommige producten onderling sterker inwisselbaar zijn dan andere. Hoe groter de onderlinge substitueerbaarheid tussen de producten van de fuserende ondernemingen, hoe groter de kans dat de fuserende ondernemingen hun prijzen significant zullen verhogen. [...] De prikkel voor fuserende ondernemingen om hun prijzen te verhogen wordt beperkter gehouden wanneer concurrerende ondernemingen sterk inwisselbare producten vervaardigen dan wanneer hun producten minder inwisselbaar zijn. Het is dan ook minder waarschijnlijk dat een fusie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zal belemmeren [...] wanneer er een hoge mate van inwisselbaarheid bestaat tussen de producten van de fuserende ondernemingen en die van rivaliserende producenten”.

239 De mate van inwisselbaarheid tussen de producten op een relevante productmarkt kan immers naargelang van de omstandigheden verschillen, zodat de concurrentieverhoudingen tussen de producten op die markt, ongeacht de marktaandelen, in intensiteit kunnen variëren. Derhalve kunnen de niet-gecoördineerde effecten van een fusie in sterkere mate worden bepaald door de nauwe concurrentieverhouding tussen de producten van de fuserende partijen dan door hun respectieve marktaandeel.

240 In casu moet ten eerste worden vastgesteld dat de referentiemarkt volgens punt 1366 van de mededeling van punten van bezwaar over het algemeen wordt gekenmerkt door een geringe mate van productdifferentiatie. De exploitanten op die markt proberen dat aspect te compenseren door middel van differentiatiestrategieën, die niettemin slechts een beperkt succes zouden hebben gehad.

241 Ten tweede stelt het Gerecht vast dat dankzij het in de richtsnoeren gebruikte begrip „naaste concurrenten” rekening kan worden gehouden met het feit dat de rivaliteit tussen de fuserende partijen een belangrijke bron van concurrentie op de markt is en bijgevolg een cruciale factor kan zijn in de analyse, zoals blijkt uit punt 28 van de richtsnoeren. Bovendien zij eraan herinnerd dat de toepasselijkheid van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004, gelezen in het licht van overweging 25 ervan, vereist dat „aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen van tevoren door de

mededinging op elkaar uitoefenden" wegvallen, wat het meest directe unilaterale effect is van een concentratie op een oligopolistische markt, zoals de Commissie terecht voor het Gerecht heeft benadrukt.

242 Desalniettemin worden de meeste voorbeelden in het bestreden besluit niet aangehaald om vast te stellen in welke mate de partijen naaste concurrenten zijn of om aan te tonen dat zij aanzienlijke concurrentiedruk op elkaar uitoefenden, maar vooral om te bewijzen dat Three en O2 veeleer „naaste concurrenten" en geen „bijzonder nauwe concurrenten" zijn. Aldus lijkt de Commissie veeleer de nauwe concurrentieverhouding tussen Three en O2 enerzijds en de andere twee mobielenetwerkexploitanten anderzijds te analyseren. In overweging 1183 van het bestreden besluit komt zij immers tot de slotsom dat alle vier de mobielenetwerkexploitanten, en niet alleen Three en O2, „naaste concurrenten" zijn.

243 Ten derde zijn de gegevens die de Commissie heeft gebruikt voor de berekening van de verschuivingsratio's – op basis waarvan de mate van concurrentie tussen de verschillende exploitanten is onderzocht – afkomstig uit een klantenonderzoek dat zij heeft laten uitvoeren op een betrekkelijk beperkte steekproef van een honderdtal gebruikers. Bovendien komen de resultaten van die analyse niet overeen met de resultaten van de kwantitatieve analyse die is opgenomen in bijlage A bij het bestreden besluit. Daarentegen zijn de ratio's die verzoekster heeft berekend, gebaseerd op MNP-gegevens en op 200 000 observaties.

244 Ten vierde blijkt uit de door verzoekster overgelegde cijfers die betrekking hebben op de verschuiving van particuliere klanten van O2 dat [*vertrouwelijk*] met een verschuivingsratio van slechts [*vertrouwelijk*], terwijl die van BT/EE [*vertrouwelijk*] is en die van Vodafone [*vertrouwelijk*]. Bovendien zijn de meest nauwe concurrenten van O2 [*vertrouwelijk*] over het geheel genomen [*vertrouwelijk*], die [*vertrouwelijk*] van de verschuivingen van O2 vertegenwoordigen. Dat betekent dat [*vertrouwelijk*].

245 Ter terechtzitting heeft verzoekster die cijfers op overtuigende wijze onderbouwd, zonder dat zij op dat punt door de Commissie is weersproken, wat bevestigt dat Three geen bijzonder nauwe concurrent van O2 was, dat [*vertrouwelijk*] de meest nauwe concurrent van Three is en [*vertrouwelijk*] meest nauwe concurrent van Three is, op aanzienlijke afstand.

246 Bovendien heeft de Commissie ter terechtzitting bevestigd dat Three niet actief was in het segment van zakelijke mobieletelefoongebruikers, en dat Three en O2 in dat segment dus geen concurrenten waren. Het ontbreken van een nauwe concurrentieverhouding in dat segment wordt kracht bijgezet door tabel nr. 35 van het bestreden besluit en met name door voetnoot 313 betreffende de mate van concentratie en de HHI, die niet in het bestreden besluit zijn opgenomen omdat de Commissie voor dat marktsegment geen structurele problemen is tegengekomen.

247 Hieruit volgt dat Three en O2 op de mobieletelecommunicatiemarkt in het Verenigd Koninkrijk geen mobielenetwerkexploitanten met een bijzonder nauwe concurrentieverhouding waren, ook al hebben alle exploitanten op een dergelijke markt per definitie een min of meer nauwe concurrentieverhouding.

248 Bovendien blijkt ook uit de cijfers die verzoekster ter terechtzitting heeft overgelegd, en die niet door de Commissie zijn betwist, dat wat betreft de verschuiving van klanten van Three, [*vertrouwelijk*] van de klanten die bij Three zijn weggegaan, wat bijna [*vertrouwelijk*] dan O2. In totaal kiezen [*vertrouwelijk*] van de klanten die weggaan bij Three een andere exploitant dan O2.

249 Hoewel kan worden vastgesteld dat Three en O2 betrekkelijk nauwe concurrenten zijn in een deel van de segmenten van een geconcentreerde markt waarop vier mobielenetwerkexploitanten actief zijn, kan niet op basis van dat enkele element worden bewezen dat in casu de aanzienlijke concurrentiedruk zou

wegvallen die de fuserende partijen op elkaar uitoefenden en dat er sprake zou zijn van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, anders zou in beginsel iedere concentratie worden verboden waarbij het aantal marktdeelnemers wordt teruggebracht van vier naar drie.

250 Derhalve moet het derde onderdeel van het eerste middel betreffende de geringe bewijskracht van de in casu verrichte analyse van de nauwe concurrentieverhouding tussen Three en O2 worden toegewezen.

d) Beoordeling van de kwantitatieve gevolgen van de concentratie voor de prijzen

251 De Commissie concludeert in overweging 1225 van het bestreden besluit op basis van haar kwantitatieve analyse van de verwachte opwaartse prijsdruk (upward pricing pressure; hierna: „UPP") dat „de fusie waarschijnlijk een prikkel zal zijn voor de fusieonderneming om de prijzen aanzienlijk te verhogen".

252 Met het vijfde onderdeel van het eerste middel voert verzoekster twee grieven aan die betrekking hebben op de UPP-analyse. Allereerst stelt zij dat die analyse niet de bewijskracht heeft die de Commissie eraan toekent. Vervolgens voert zij aan dat een dergelijke analyse in het onderhavige geval geen enkele bewijskracht heeft.

1) Bewijskracht van de UPP-analyse als een eerste „filter"

253 In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie een kennelijk onjuiste beoordeling heeft verricht van de bewijskracht van de UPP-analyse door die analyse in overweging 1191 van het bestreden besluit als bevestigend bewijs te gebruiken voor een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, terwijl de UPP-analyse bedoeld is als een eerste „filter" om vast te stellen of een concentratie een grondig onderzoek vereist, en die analyse bovendien omstreden is.

254 De Commissie betwist dat betoog.

255 Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat de indicatoren voor een opwaartse prijsdruk die zijn gebaseerd op de verschuivingsratio's en de marges van fuserende partijen, een beeld geven van de prikkels voor die partijen om na de fusie de prijzen te verhogen. Zij worden gebruikt voor de beoordeling van de niet-gecoördineerde effecten van fusies die gewoonlijk worden vastgesteld in het geval van homogene producten.

256 Het wordt algemeen aanvaard dat de indicatoren voor een opwaartse prijsdruk weliswaar nuttig kunnen zijn voor filterdoeleinden – omdat de mededingingsautoriteiten op basis hiervan kunnen beoordelen of een grondig onderzoek noodzakelijk is – maar niet mogen worden beschouwd als geloofwaardige voorspellingen van prijsverhogingen of als simulaties van fusies.

257 Verzoekster stelt dus terecht dat de UPP-analyse oorspronkelijk met name is ontwikkeld om als een eerste „filter" te dienen voor de vaststelling of een concentratie een grondig onderzoek vereist.

258 Zoals de Commissie benadrukt, moet evenwel worden opgemerkt dat haar kwantitatieve analyse, die is gebaseerd op een GUPPI-analyse (Gross Upward Pricing Pressure Index; index voor de bruto opwaartse druk op de prijzen), grondiger is dan een eenvoudige UPP-analyse, voor zover in haar analyse rekening kan worden gehouden met de waarschijnlijke reactie van concurrenten op een eenzijdige prijsverhoging door de fusieonderneming, zoals is aangegeven in de overwegingen 253 en 254 van bijlage A bij het bestreden besluit.

259 Deze grief is derhalve ongegrond.

2) UPP-analyse in het onderhavige geval

260 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de Commissie tevens de uit de UPP-analyse getrokken conclusies kennelijk onjuist heeft beoordeeld, voor zover die analyse voor alle horizontale fusies een prijsverhoging voorspelt en enkel tot bruikbare resultaten kan leiden indien een drempel wordt vastgesteld waarboven de prijsverhoging die na de fusie zou plaatsvinden als voldoende significant wordt beschouwd. De Commissie heeft met geen van die elementen rekening gehouden in het bestreden besluit.

261 Ondanks de tekortkomingen van de UPP-analyse blijkt uit de uitkomst ervan dat de fusie, met name vergeleken met de resultaten die in eerdere zaken zijn verkregen, slechts tot geringe mededingingsproblemen zal leiden.

262 De Commissie geeft aan dat zij in de overwegingen 3056 tot en met 3058 van het bestreden besluit in antwoord op het argument van verzoekster dat de door de kwantitatieve analyse voorspelde gevolgen voor de prijzen minder groot zijn dan in eerdere zaken, heeft aangetoond dat de gevolgen voor de gemiddelde prijzen in dit specifieke geval tussen de in de Ierse en de in de Duitse zaak voorspelde gevolgen in liggen (zie punt 164 hierboven).

263 De Commissie stelt bovendien dat het feit dat de kwantitatieve analyse altijd een – zij het soms zeer geringe – prijsverhoging voorspelt wanneer efficiëntieverbeteringen of andere kwalitatieve compenserende factoren ontbreken, niet betekent dat die analyse niet kan worden gebruikt in het kader van een algehele beoordeling van de reeks bewijzen die moeten aantonen dat de fusie waarschijnlijk tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zal leiden.

264 In de eerste plaats stelt het Gerecht vast dat de Commissie erkent dat haar kwantitatieve analyse op een beperkte hoeveelheid cruciale gegevens, en met name op verschuivingsratio's en marges, berust, maar aanvoert dat het om essentiële marktindicatoren gaat, zoals uiteengezet in overweging 1195 van het bestreden besluit en in overweging 246 van bijlage A bij dat besluit.

265 Dat is waarom de Commissie zelf in het bestreden besluit een zekere voorzichtigheid lijkt te hebben betracht wat betreft de bewijskracht van haar kwantitatieve analyse.

266 Ten eerste sluit de Commissie de in de overwegingen 1175 tot en met 1190 van het bestreden besluit uiteengezette kwalitatieve beoordeling immers af met de conclusie dat de concentratie zal leiden tot het wegvallen van aanzienlijke concurrentiedruk op de retailmarkt en daardoor „waarschijnlijk" een verhoging van de prijzen tot gevolg zal hebben. De Commissie trekt dezelfde conclusie uit een in aanvulling op die kwalitatieve beoordeling verrichte kwantitatieve analyse, die is samengevat in de overwegingen 1191 tot en met 1225 van het bestreden besluit en die in detail is uiteengezet in bijlage A bij dat besluit.

267 Ten tweede preciseert de Commissie in overweging 250 van bijlage A bij het bestreden besluit in wezen dat het verkregen resultaat niet mag worden beschouwd als een exacte berekening van de prijsverhoging die mogelijk uit de fusie zal voortvloeien, maar veeleer als een „indicator voor de waarschijnlijkheid" dat die verhoging zich zal voordoen.

268 Zoals blijkt uit het bestreden besluit zelf, wordt de kwantitatieve analyse dus niet als een doorslaggevend bewijselement beschouwd. Die analyse kan dan ook niet volstaan om overeenkomstig de in punt 118 hierboven in herinnering gebrachte bewijsvereisten aan te tonen dat het wegvallen van de aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenden, zal leiden tot een aanzienlijke prijsverhoging en bijgevolg tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

269 In de tweede plaats stelt verzoekster dat een drempel moet worden vastgesteld waarboven de prijsverhoging die zich na de fusie zou voordoen als voldoende aanzienlijk wordt beschouwd.

270 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 252 van bijlage A bij het bestreden besluit erkent dat een UPP-analyse, wanneer efficiëntieverbeteringen ontbreken, altijd zal voorspellen dat een horizontale fusie die de concurrentie tussen de fuserende partijen uitschakelt tot een zekere prijsverhoging zal leiden.

271 De Commissie stelt in overweging 252 van bijlage A bij het bestreden besluit niettemin dat de kwantitatieve analyse van prijsverhogingen, evenals de bewijskracht die aan een dergelijke analyse kan worden toegekend, van geval tot geval zal verschillen.

272 Bovendien is de omvang van de prijsverhoging slechts één van de elementen die relevant zijn voor de algehele beoordeling die de Commissie verricht, met name in gevallen zoals het onderhavige, waarin in het kader van verschillende schadetheorieën is vastgesteld dat de uitschakeling van de horizontale concurrentie tussen de fuserende partijen tot aanzienlijke schade zal leiden. De Commissie licht toe dat zij het om die reden niet noodzakelijk heeft geacht om een drempel vast te stellen waarboven een prijsverhoging, die door middel van specifiek bewijs is aangetoond, aanzienlijk zou zijn.

273 Dat argument overtuigt het Gerecht evenwel niet, aangezien volgens verzoekster, die op dat punt niet door de Commissie is weersproken, in de onderhavige zaak een prijsverhoging is voorspeld van [*vertrouwelijk*], terwijl een voorspelde prijsverhoging van 6,6 % in de Ierse zaak en van 9,5 % in de Duitse zaak de Commissie er niet van heeft weerhouden om die fusies – onder voorbehoud van de naleving van bepaalde voorwaarden – toe te staan.

274 In de derde plaats heeft de Commissie, zelfs al zou worden aangenomen dat zij in het bestreden besluit rechtens genoegzaam heeft bewezen dat de fusie waarschijnlijk een prikkel voor de fusieonderneming zal zijn om de prijzen te verhogen, en die prijsverhoging in het bestreden besluit heeft berekend, in casu hoe dan ook niet bewezen dat de berekende prijsverhoging aanzienlijk is.

275 Hoewel het niet nodig is om de Commissie – wanneer zij de mogelijke mededingingsbelemmerende gevolgen van een fusie moet bewijzen – te verplichten om voor een prijsverhoging een de-minimisregel of „zekerheidszone" („safe harbour") vast te stellen, moet zij immers hoe dan ook aantonen dat die verhoging zich met een voldoende hoge mate van waarschijnlijkheid zal voordoen. Wanneer zij besluit om zich te dien einde te baseren op kwantitatieve analyses zoals die welke in bijlage A bij het bestreden besluit zijn verricht, moet zij rekening houden met alle relevante factoren die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de prijzen.

276 Vastgesteld moet worden dat fusies die op een oligopolistische markt tot stand worden gebracht, vanwege de mededingingsomstandigheden op een dergelijke markt vaak op korte termijn vrijwel automatisch tot een prijsverhoging leiden, omdat de concurrentieverhouding tussen de fuserende partijen wegvalt. De fusieonderneming zal pas op middellange termijn door concurrentie van buitenaf – die afkomstig is van reeds op de markt aanwezige spelers of, afhankelijk van de hoogte van de toetredingsdrempels, van nieuwe spelers – worden gedwongen om de prijzen te verlagen.

277 Evenzo zal iedere fusie leiden tot efficiëntieverbeteringen, waarvan de omvang ook afhankelijk is van de concurrentiedruk van buitenaf. Die verbeteringen vloeien met name voort uit de rationalisering en de integratie van het productie- en het distributieproces door de fusieonderneming. Die onderneming zal immers in de meeste gevallen overgaan tot het verwijderen van dubbele of overbodige structuren in de productie- en distributieketens en tot het herplaatsen of ontslaan van personeel. Al naargelang van de omstandigheden kunnen die rationaliseringsinspanningen de fusieonderneming doen besluiten om haar prijzen te verlagen.

278 Er moet echter worden vastgesteld dat de Commissie die standaard efficiëntieverbeteringen niet heeft meegenomen in haar kwantitatieve analyse, aangezien zij in de overwegingen 1197 tot en met 1223 van het bestreden besluit heeft overwogen dat het aan de aanmeldende partij stond om het bestaan van die verbeteringen te bewijzen, en zij in dat verband heeft verwezen naar afdeling 8.5 van het bestreden besluit betreffende efficiëntieverbeteringen.

279 De Commissie haalt aldus twee soorten efficiëntieverbeteringen door elkaar, te weten de in afdeling VII van de richtsnoeren bedoelde efficiëntieverbeteringen en de verbeteringen die inherent zijn aan iedere fusie. De efficiëntieverbeteringen in de zin van de richtsnoeren moeten immers in beschouwing worden genomen in de algehele doorlichting van de fusie uit mededingingsoogpunt teneinde na te gaan of zij een tegenwicht kunnen bieden tegen de beperkende gevolgen van de fusie. De categorie efficiëntieverbeteringen waarvan in casu sprake is, is daarentegen slechts een onderdeel van een kwantitatief model waarmee moet worden vastgesteld of een fusie dergelijke beperkende gevolgen teweeg kan brengen. Het gaat dus om een bewijsvraag met betrekking tot het bestaan van belemmerende gevolgen die aan de orde is vóór de algehele doorlichting uit mededingingsoogpunt in de zin van punt 76 van de richtsnoeren.

280 Daarenboven stelt het Gerecht vast dat uit de tijdens de administratieve procedure verstrekte bewijzen blijkt dat weliswaar een positieve correlatie kan worden vastgesteld tussen enerzijds fusies die het aantal spelers in de mobieletelecommunicatiesector terugbrengen van vier naar drie en anderzijds een prijsverhoging, maar tevens een correlatie kan worden gezien tussen die fusies en een verhoging van de netwerkinvesteringen per mobielenetwerkexploitant [zie met name het onderzoek van het Centre on Regulation in Europe (CERRE), „Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications", door Genakos C., Valletti T., Verboven F., CERRE, Brussel, 2015, waarnaar wordt verwezen in onder meer de punten 1, 64-68, 71,72, 76-80 en 108 van bijlage B bij het bestreden besluit].

281 Hoewel een verhoging van de investeringen per exploitant niet noodzakelijkerwijs betekent dat de netwerkkwaliteit wordt verbeterd, zoals de Commissie in punt 79 van bijlage B bij het bestreden besluit benadrukt, is een dergelijke correlatie waarschijnlijker dan de tegenovergestelde hypothese dat de netwerkkwaliteit verslechtert. De Commissie, op wie de bewijslast rust, heeft in dat verband in het bestreden besluit niet overeenkomstig de toepasselijke bewijsvereisten haar stelling bewezen dat de netwerkkwaliteit zal verslechteren, op welke stelling een gedeelte van haar tweede schadetheorie berust waarmee zij beoogt te bewijzen dat de daadwerkelijke mededinging significant zal worden belemmerd.

282 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de in casu verrichte kwantitatieve analyse geen bewijskracht heeft, aangezien de Commissie niet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid heeft bewezen dat de prijzen „aanzienlijk" zouden worden verhoogd na het wegvallen van de aanzienlijke concurrentiedruk die de fuserende partijen op elkaar uitoefenden.

283 Gelet op het voorgaande moet het vijfde onderdeel van het eerste middel worden toegewezen.

e) Algehele beoordeling van de niet-gecoördineerde effecten

284 Met het zevende onderdeel van het eerste middel stelt verzoekster dat de Commissie geen algehele beoordeling heeft verricht van het bestaan van niet-gecoördineerde effecten, waardoor zij het recht onjuist heeft toegepast en een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Evenmin verduidelijkt de Commissie op welke grond zij in de overwegingen 1226 en 1227 van het bestreden besluit tot de slotsom is gekomen dat de concurrentiedruk die door de concentratie zou worden uitgeschakeld belangrijk is in de zin van punt 25 van de richtsnoeren, en dat de vermeende mededingingsbelemmerende gevolgen van die concentratie significant zijn in de zin van artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004. Aldus verwart zij de vermindering van de concurrentie tussen Three en O2 met de uitschakeling van belangrijke concurrentiedruk.

285 De Commissie antwoordt dat zij wel degelijk een algehele beoordeling van de waarschijnlijke niet-gecoördineerde effecten van de concentratie heeft verricht door, ten eerste, in de overwegingen 1175 tot en met 1190 van het bestreden besluit haar kwalitatieve analyse te presenteren, ten tweede, in de overwegingen 1191 tot en met 1225 van het bestreden besluit de algehele beoordeling van de kwantitatieve analyse uiteen te zetten en, ten derde, in de overwegingen 1226 en 1227 van het bestreden besluit de algemene conclusie te presenteren.

286 Dienaangaande moet worden nagegaan of de Commissie in het bestreden besluit concreet heeft gemaakt dan wel heeft verduidelijkt in hoeverre de niet-gecoördineerde effecten dermate belangrijk zijn dat zij de conclusie rechtvaardigen dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op „significante" wijze zal belemmeren, zoals artikel 2, lid 3, van verordening nr. 139/2004 vereist.

287 Om het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op de retailmarkt te bewijzen, heeft de Commissie in de overwegingen 330 tot en met 1174 van het bestreden besluit achtereenvolgens verschillende factoren onderzocht en in de overwegingen 1175 tot en met 1225 van dat besluit een samenvatting gegeven van haar kwalitatieve en haar kwantitatieve beoordeling. Vervolgens heeft zij in de overwegingen 1226 en 1227 van het bestreden besluit een algehele beoordeling verricht en is zij tot de slotsom gekomen dat er sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. Anders dan verzoekster stelt, is in het bestreden besluit dus wel degelijk een algehele beoordeling verricht van het bestaan van dergelijke niet-gecoördineerde effecten.

288 Die algehele beoordeling beperkt zich evenwel tot een beknopte verwijzing naar de reeks bewijzen en omstandigheden die met name betrekking hebben op de uitschakeling van een belangrijke concurrentiefactor door de fusie, de nauwe concurrentieverhouding en het grote marktaandeel van de fusieonderneming, en die er dus toe strekken om het bestaan van niet-gecoördineerde effecten te bewijzen.

289 Los van de bewijskracht van die reeks bewijzen en omstandigheden moet worden vastgesteld dat de Commissie nergens in het bestreden besluit heeft verduidelijkt of de vastgestelde niet-gecoördineerde effecten „significant" zouden zijn of in casu tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zouden leiden, zoals zij in overweging 1227 van het bestreden besluit stelt.

290 Het argument van verzoekster dat de Commissie niet heeft verduidelijkt op welke grond zij tot de slotsom is gekomen dat de beweerde mededingingsbelemmerende gevolgen van de concentratie significant zijn, moet dan ook worden aanvaard.

291 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet het eerste middel worden toegewezen, zonder dat het zesde en het zevende onderdeel ervan hoeven te worden onderzocht.

D. Tweede schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten als gevolg van de ontwrichting van de overeenkomsten voor het delen van netwerken

1. Samenvatting van het bestreden besluit

292 Verzoekster heeft tijdens de procedure voor de Commissie onder meer twee plannen voor netwerkconsolidatie ingediend: „plan [A]" en „plan [B]". Die consolidatieplannen waren gebaseerd op het bestaan van twee overeenkomsten voor het delen van netwerken die waren gesloten tussen respectievelijk BT/EE en Three, te weten MBNL, en tussen Vodafone en O2, te weten Beacon.

293 MBNL voorziet in „passieve" sharing van een netwerk met circa [*vertrouwelijk*] locaties en in actieve sharing van enkel de 3G-technologie [*vertrouwelijk*]. MBNL is dus hoofdzakelijk een overeenkomst voor passieve sharing. MBNL staat eenzijdige uitrol toe.

294 Beacon voorziet op haar beurt in sharing binnen Cornerstone Telecommunications Infrastructure Ltd teneinde circa [*vertrouwelijk*] te dekken, alsook in actieve sharing waarbij iedere partij in één helft van het land een actief netwerk levert (Vodafone in het westen en O2 in het oosten van het land) en in de andere helft van het land op het netwerk van de andere partij steunt. De actieve sharing betreft de 2G-, 3G- en 4G-technologieën [*vertrouwelijk*]. Beacon is dus [*vertrouwelijk*]. Beacon bevat een aantal exclusiviteitsbepalingen.

295 In de overwegingen 1229 tot en met 1234 van het bestreden besluit presenteert de Commissie haar twee sub-schadetheorieën die betrekking hebben op de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

296 Volgens de Commissie worden de partners bij elk van de twee overeenkomsten voor het delen van netwerken momenteel gestimuleerd om de gemeenschappelijke elementen van hun netwerken gezamenlijk te ontwikkelen om een beter netwerk tot stand te brengen dan de andere mobielenetwerkexploitanten – met name de mobielenetwerkexploitanten die de andere overeenkomst voor het delen van een netwerk hebben gesloten. Door de fusie zou die concurrentiedynamiek verloren gaan, aangezien de fusieonderneming bij beide overeenkomsten partij zou zijn en Vodafone en BT/EE in respectievelijk Beacon en MBNL niet langer een volledig toegewijde partner zouden hebben.

297 Een van de vormen van schade heeft betrekking op de verzwakking van de concurrentiepositie van de twee respectieve partners waarmee de fuserende partijen de overeenkomsten voor het delen van netwerken hebben gesloten. In overweging 1231 van het bestreden besluit stelt de Commissie vast dat mobiele netwerken voor mobielenetwerkexploitanten een cruciale infrastructuur zijn om hun klanten mobieletelecommunicatiediensten aan te bieden.

298 Volgens de Commissie is de kwaliteit van die netwerken een bepalende factor voor de mededinging. Daarom heeft een van de sub-schadetheorieën, die is samengevat in overweging 1232 van het bestreden besluit, betrekking op het feit dat de concurrentie wordt verminderd die wordt uitgeoefend door beide of door een van de andere mobiele-netwerkexploitanten die partij zijn bij de met de fuserende partijen gesloten overeenkomsten voor het delen van netwerken, wat zou kunnen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op een oligopolistische markt met een beperkt aantal spelers en hoge toetredingsdrempels.

299 Verdere schade ontstaat volgens de Commissie mogelijkerwijs doordat de omstandigheden waarin het netwerk na de fusie zou worden gedeeld tot minder sectorbrede investeringen in de netwerkinfrastructuur zouden leiden. In overweging 1233 van het bestreden besluit stelt de Commissie namelijk dat de fusie zou kunnen resulteren in een vermindering van de synergievoordelen, wat nadelig zou zijn voor de partners bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken en een opportunistische investeringshouding van de fusieonderneming in de hand zou kunnen werken, waardoor de sectorbrede investeringen zouden afnemen en daardoor ook de mate van daadwerkelijke mededinging die zou hebben bestaan indien de ondernemingen niet zouden zijn gefuseerd. Ook om die reden zou de fusie kunnen leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op een oligopolistische markt met een beperkt aantal spelers en hoge toetredingsdrempels.

300 In het licht van die twee sub-schadetheorieën heeft de Commissie in de overwegingen 1244 tot en met 1784 van het bestreden besluit de plannen voor netwerkconsolidatie van verzoekster onderzocht, nadat zij in de overwegingen 1235 tot en met 1243 van dat besluit een gedetailleerde uiteenzetting had gegeven van het belang van een belangenovereenstemming tussen de partijen bij een overeenkomst voor het delen van een netwerk.

301 In het kader van plan [A] zou de fusieonderneming overeenkomen [*vertrouwelijk*] (overwegingen 1373-1381 van het bestreden besluit).

302 In het kader van plan [B] zou de fusieonderneming [*vertrouwelijk*] (overwegingen 1382-1385 van het bestreden besluit).

303 Beide plannen [*vertrouwelijk*].

304 In overweging 1246 van het bestreden besluit heeft de Commissie als belangrijkste stelling ter ondersteuning van haar beoordeling van de mogelijke marktontwikkelingen na de fusie aangevoerd dat een duurzame ontwrichting van een goed functionerende overeenkomst voor het delen van een netwerk een belemmering kan vormen voor de concurrentie die de partner bij een dergelijke overeenkomst uitoefent.

305 Dienaangaande heeft de Commissie in overweging 1229 van het bestreden besluit aangegeven dat het delen van netwerken over het algemeen mededingingsbevorderende effecten kan hebben, omdat het leidt tot synergievoordelen op het gebied van de ontwikkelings- en exploitatiekosten van mobiele netwerken, waardoor mobielenetwerkexploitanten vervolgens de dekking en de kwaliteit van het netwerk kunnen verbeteren, en aldus de daadwerkelijke mededinging wordt bevorderd in het voordeel van burgers en de maatschappij in het algemeen.

306 In overweging 1230 van het bestreden besluit merkt de Commissie op dat, aangezien die doelstellingen zijn verwezenlijkt door middel van overeenkomsten voor het delen van netwerken die de fuserende partijen met een andere exploitant hebben gesloten, moet worden nagegaan in hoeverre de fusie van invloed kan zijn op de verwezenlijking van de doelstelling van een daadwerkelijke mededinging in het voordeel van consumenten.

307 Wat betreft plan [A] is de Commissie in de overwegingen 1567 en 1778 van het bestreden besluit tot de slotsom gekomen dat het plan dat de fuserende partijen hebben ingediend, ernstige negatieve gevolgen zal hebben voor de concurrentiepositie van BT/EE, omdat het zal leiden tot hogere kosten voor BT/EE om het MBNL-netwerk te onderhouden en te verbeteren, en het de kwaliteit van het MBNL-netwerk zal verminderen, aangezien het met name tot gevolg zal hebben dat BT/EE investeringen zal uitstellen of achterwege zal laten. De Commissie heeft in overweging 1778 van het bestreden besluit geconcludeerd dat plan [A] waarschijnlijk zal resulteren in een significante belemmering van het concurrentievermogen van BT/EE op de mobieletelecommunicatiemarkten in het Verenigd Koninkrijk.

308 Volgens de Commissie zal een dergelijke vermindering van de concurrentiedruk waarschijnlijk tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leiden op een oligopolistische markt met een beperkt aantal spelers en hoge toetredingsdrempels.

309 Die conclusie vindt met name steun in de in overweging 1247 van het bestreden besluit genoemde omstandigheid dat een verhoging van de kosten voor onderhoud en uitbreiding van het huidige netwerk of van de kosten voor de ontwikkeling van een toekomstige netwerkstandaard de concurrentiepositie van Vodafone en van BT/EE waarschijnlijk op significante wijze zal belemmeren. De verhoging van de incrementele kosten zal waarschijnlijk tot hogere prijzen leiden en nadelig zijn voor de consumenten. De verhoging van de vaste kosten zal volgens de Commissie waarschijnlijk tot een afname van de investeringen leiden, omdat hogere vaste kosten tot gevolg hebben dat investeringen die bij lagere vaste kosten rendabel zijn, niet langer rendabel zijn. Een afname van de investeringen in de netwerkkwaliteit zal er dus waarschijnlijk toe leiden dat de netwerkkwaliteit verslechtert ten opzichte van de situatie waarin de fusie niet tot stand wordt gebracht.

310 In overweging 1679 van het bestreden besluit geeft de Commissie toe dat de verhoging van de kosten van een concurrerende exploitant niet noodzakelijkerwijs tot een belemmering van de mededinging leidt. Indien een kostenverhoging echter tot minder investeringen of tot een achteruitgang van de

kwaliteit van het dienstenaanbod op de markt leidt of indien zij via een prijsverhoging wordt afgewenteld op de consumenten, vermindert zij volgens de Commissie de concurrentiedruk van een dergelijke exploitant op de markt.

311 Hogere incrementele kosten zullen waarschijnlijk tot hogere prijzen leiden, terwijl hogere vaste kosten waarschijnlijk tot een lagere netwerkkwaliteit zullen leiden. Op oligopolistische markten met een beperkt aantal spelers is het zeer waarschijnlijk dat een vermindering van de concurrentiedruk van één marktdeelnemer zich vertaalt in een algehele vermindering van de mededinging op die markt.

312 Wat plan [B] betreft, heeft de Commissie geconcludeerd dat het waarschijnlijk ernstige nadelige gevolgen zal hebben voor het vermogen van Vodafone en, in mindere mate, voor dat van BT/EE om te concurreren op de mobieletelecommunicatiemarkten in het Verenigd Koninkrijk (overwegingen 1568-1749 en 1779 van het bestreden besluit).

313 Meer bepaald overweegt de Commissie [*vertrouwelijk*] (overwegingen 1605-1652 van het bestreden besluit). Bovendien bestaat het risico dat de kwaliteit van het netwerk van Vodafone achteruitgaat als gevolg van een mogelijke tijdelijke congestie van het netwerk [*vertrouwelijk*] (overwegingen 1660-1667 van het bestreden besluit). Tot slot onderzoekt de Commissie de mogelijke kostenverhoging en de gevolgen ervan voor [*vertrouwelijk*] (overwegingen 1668-1724 van het bestreden besluit).

314 Volgens de Commissie zou plan [B] bovendien kunnen leiden tot meer transparantie met betrekking tot de netwerkinvesteringen, waardoor de totale investeringen in de netwerkinfrastructuur in het Verenigd Koninkrijk zouden kunnen afnemen (overwegingen 1725-1742 van het bestreden besluit).

315 De Commissie heeft nog vijf andere integratiescenario's in aanmerking genomen en concludeert dat de fusie in alle onderzochte gevallen nadelige gevolgen zal hebben voor de concurrentiepositie van beide of van een van de partners van de fuserende partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken (overwegingen 1386-1389 en 1750-1776 van het bestreden besluit).

316 Bijgevolg concludeert de Commissie in de overwegingen 1777 tot en met 1784 van het bestreden besluit dat de fusie waarschijnlijk de concurrentiedruk zal verminderen van beide of van een van de mobielenetwerkexploitanten die partner zijn van de fuserende partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

317 In overweging 1777 van het bestreden besluit komt de Commissie tot de slotsom dat de uitvoering van de plannen voor netwerkconsolidatie die de aanmeldende partijen bij haar hebben ingediend, na de vermindering van het aantal mobielenetwerkexploitanten aanzienlijke nadelige gevolgen zal hebben voor de concurrentiepositie van één of van beide partners bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken, te weten BT/EE en/of Vodafone.

318 Daarnaast merkt de Commissie op dat geen van die bij haar ingediende consolidatieplannen een implementatietoezegging bevat. Mede gelet op de vijf andere mogelijke integratiescenario's die in punt 315 hierboven zijn genoemd, concludeert de Commissie in overweging 1780 van het bestreden besluit dat de fusie in alle scenario's nadelige gevolgen zal hebben voor de concurrentiepositie van beide of van een van de mobielenetwerkexploitanten die partner zijn van de fuserende partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

319 De Commissie overweegt derhalve in overweging 1781 van het bestreden besluit dat de fusie waarschijnlijk de concurrentiedruk zal verminderen die wordt uitgeoefend hetzij door BT/EE, hetzij door Vodafone, hetzij door de beide mobielenetwerkexploitanten die partner zijn van de fuserende partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

320 Daarnaast overweegt de Commissie met betrekking tot haar tweede sub-schadetheorie, die in punt 299 hierboven en in overweging 1233 van het bestreden besluit is uiteengezet, dat de omstandigheden waarin het netwerk overeenkomstig plan [B] na de fusie zal worden gedeeld, waarschijnlijk zal resulteren in minder sectorbrede investeringen in de netwerkinfrastructuur, wat de mate van daadwerkelijke mededinging zal verminderen ten opzichte van de situatie waarin de fusie niet tot stand wordt gebracht.

321 Bijgevolg concludeert de Commissie in overweging 1783 van het bestreden besluit dat de fusie vanwege de vermindering van de concurrentiedruk die wordt uitgeoefend door beide of door een van de mobielenetwerkexploitanten en vanwege de lagere sectorbrede investeringen in de netwerkinfrastructuur die zullen voortvloeien uit sommige van de door haar onderzochte netwerkconsolidatieplannen, waarschijnlijk zal leiden tot niet-gecoördineerde mededingingsbelemmerende effecten op de retailmarkt voor mobieletelecommunicatiediensten in het Verenigd Koninkrijk.

322 De Commissie komt in overweging 1784 van het bestreden besluit in wezen tot de slotsom dat de fusie zal leiden tot een significante belemmering van de mededinging op een oligopolistische markt met een beperkt aantal concurrenten en hoge toetredingsdrempels aangezien dergelijke effecten niet kunnen worden gecompenseerd door kopersmacht, markttoetreding of hieruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen.

2. Derde middel: fouten met betrekking tot de horizontale niet-gecoördineerde effecten van het delen van netwerken

323 Met haar derde middel stelt verzoekster dat de Commissie in het bestreden besluit wat betreft de niet-gecoördineerde effecten die het gevolg zouden zijn van het delen van netwerken, de feiten verkeerd heeft opgevat, het recht onjuist heeft toegepast, kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt en de wezenlijke vormvereisten heeft geschonden, met name met betrekking tot de noodzaak en de mate van belangenovereenstemming tussen de partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken (eerste onderdeel), de ontwikkeling van de twee bestaande overeenkomsten voor het delen van netwerken in het contrafeitelijke scenario (tweede onderdeel), het vermogen van Three om de eenzijdige uitrol van BT/EE te verhinderen of te vertragen (derde onderdeel), de mogelijke negatieve gevolgen van de concentratie voor de concurrenten en niet voor de mededinging (vierde onderdeel), de aantasting van de concurrentiepositie van BT/EE en van Vodafone (vijfde onderdeel), de gevolgen van een grotere transparantie voor de totale netwerkinvesteringen (zesde onderdeel) en de beoordeling van de toezeggingen die verband houden met het delen van netwerken (zevende onderdeel).

324 De Commissie, ondersteund door het Verenigd Koninkrijk en BT/EE, betwist de argumenten van verzoekster.

a) Belangenovereenstemming tussen de partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken

325 In het kader van het eerste onderdeel van het derde middel stelt verzoekster dat de theorie betreffende de belangenovereenstemming nieuw is, aangezien zij nooit eerder is aangevoerd in het kader van fusies in de telecommunicatiesector, en tevens paradoxaal is, voor zover zij impliceert dat belangenovereenstemming tussen de partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken belangrijker is dan de mededinging die uit de fusie voortvloeit, wat in strijd is met het mededingingsbegrip en in tegenspraak met hetgeen de Commissie zelf heeft vastgesteld met betrekking tot de door verzoekster voorgestelde correctieve maatregelen.

326 De Commissie stelt wat betreft het beweerdelijk nieuwe karakter van de belangenovereenstemmingstheorie dat het feit dat die theorie in eerdere zaken niet tot dezelfde punten van zorg heeft geleid, wordt verklaard door het specifieke karakter van de in casu aan de orde zijnde overeenkomsten voor het delen van netwerken. BT/EE voegt hieraan toe dat de belangenovereenstemmingstheorie reeds is aangevoerd in zaak COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, waarin de Commissie had geconcludeerd dat T-Mobile na de fusie mogelijk zou proberen om de kwaliteit van het RAN-netwerk (radio access network) van Three te verminderen in het kader van MBNL.

327 Wat betreft het beweerdelijk paradoxale karakter van de belangenovereenstemmingstheorie stelt de Commissie, die op dit punt wordt ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, dat haar beoordeling van de belangenovereenstemming geenszins paradoxaal is. Hoewel overeenkomsten voor het delen van netwerken gemeenschappelijke punten tussen de partijen bij die overeenkomsten in het leven roepen, die met name bevorderlijk kunnen zijn voor de mededinging wanneer de overeenkomsten tot kostensynergievoordelen of tot de verbetering van het netwerk leiden, behouden de partijen bij die overeenkomsten over het algemeen het vermogen om op significante parameters zoals de prijzen met elkaar te concurreren. Het bestreden besluit verwijst niet naar een overeenstemming of onderlinge afstemming van gedragingen, maar naar een overeenstemming van belangen die verband houdt met het gebruik van een netwerk dat de uitoefening van daadwerkelijke mededinging mogelijk maakt.

1) De schadetheorie betreffende de overeenkomsten voor het delen van netwerken is nieuw

328 Aangaande het feit dat de schadetheorie betreffende de overeenkomsten voor het delen van netwerken nieuw is, zoals in de inleiding van het eerste onderdeel van het derde middel is uiteengezet, stelt het Gerecht vast dat uit de overwegingen 1242 en 1243 van het bestreden besluit blijkt dat de noodzaak en het belang van belangenovereenstemming tussen de partijen bij een overeenkomst voor het delen van een netwerk reeds aan de orde zijn geweest in zaak M.5650 – T-Mobile/Orange, waarin 3UK dat belang en die noodzaak ten overstaan van de Commissie had aangevoerd in haar opmerkingen over de aangemelde concentratie.

329 De schadetheorie van de Commissie in zaak M.5650 – T-Mobile/Orange was evenwel niet gebaseerd op een overeenstemming of botsing tussen de belangen van de partijen bij de overeenkomst voor het delen van een netwerk, maar op de noodzaak om de toegang van een bepaalde onderneming tot het netwerk dat zij met een andere onderneming deelde, te waarborgen, terwijl laatstgenoemde met een derde onderneming een fusie was overeengekomen die de toegang van eerstgenoemde onderneming tot dat netwerk in gevaar kon brengen. Om die reden hadden de fuserende partijen, teneinde de door de Commissie vastgestelde ernstige twijfel weg te nemen, krachtens artikel 6, lid 2, van verordening nr. 139/2004 toezeggingen gedaan aan 3UK die betrekking hadden op de duur van de overeenkomst voor het delen van het MBNL-netwerk, die [*vertrouwelijk*] is verlengd, en op de invoering van een mechanisme voor versnelde geschillenbeslechting.

330 Hieruit volgt dat de schadetheorie van de Commissie in de onderhavige zaak, die is gebaseerd op de noodzaak om te voorkomen dat de belangenovereenstemming tussen de partijen bij elk van de overeenkomsten voor het delen van netwerken wordt ontwricht, en op het bewaren van de stabiliteit van die overeenkomsten, nieuw is in vergelijking met haar praktijk in eerdere besluiten.

331 Niettemin kan op basis van het enkele feit dat een door de Commissie in een besluit geformuleerde schadetheorie nieuw is, niet zonder meer worden geconcludeerd dat die theorie als zodanig onwaarschijnlijk of ongegrond is. Zoals BT/EE terecht benadrukt, hoeft de Commissie haar analyse niet te beperken tot schadetheorieën die zij in eerdere besluiten heeft uiteengezet.

332 Bovendien blijkt uit punt 111 hierboven dat hoe prospectiever de analyse is en hoe moeilijker waarneembaar, onzekerder en moeilijker aantoonbaar het is welke oorzaken welke gevolgen teweeg zullen brengen, des te veeleisender de Unierechter moet zijn ten aanzien van het concrete onderzoek van het bewijs dat de Commissie dienaangaande heeft overgelegd.

2) De belangenovereenstemmingstheorie zou paradoxaal en onjuist zijn en de overeenkomsten voor het delen van netwerken worden ontwricht

333 Verzoekster stelt dat de conclusie van de Commissie in de overwegingen 1238 en 1239 van het bestreden besluit dat MBNL en Beacon „gebaseerd [zijn] op een zekere mate van belangenovereenstemming", die door de fusie dreigt te worden ontwricht, onjuist is.

334 Verzoekster voert met name aan dat een uit de fusie voortvloeiende versoepeling van de banden in MBNL en Beacon de mededinging tussen de partijen bij die overeenkomsten kan bevorderen en de concurrentie tussen de netwerken zal vergroten.

335 De Commissie betwist die argumenten en stelt in wezen dat overeenkomsten voor het delen van netwerken een belangrijke rol spelen in de mobieletelecommunicatiesector, en met name in het Verenigd Koninkrijk, waar een beoordeling van de belangenovereenstemming geenszins paradoxaal is. Het bestreden besluit verwijst niet naar een overeenstemming of onderlinge afstemming van gedragingen, maar naar een overeenstemming van belangen die verband houdt met het gebruik van een netwerk dat de uitoefening van daadwerkelijke mededinging mogelijk maakt.

336 Dienaangaande stelt het Gerecht allereerst vast dat het in beginsel deels kan meegaan in de schadetheorie van de Commissie die is samengevat in overweging 1232 van het bestreden besluit, voor zover de vermindering van de concurrentie die wordt uitgeoefend door een mobielenetwerkexploitant die met de fuserende partijen een overeenkomst voor het delen van een netwerk heeft gesloten, in sommige gevallen tot een significante belemmering van de mededinging zou kunnen leiden. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn voor een verstorende onderneming die van een overeenkomst voor het delen van een netwerk afhankelijk is om tot de markt toe te treden en haar diensten aan te bieden, en die als gevolg van de fusie van de markt dreigt te worden uitgesloten.

337 Zoals reeds in punt 296 hierboven in herinnering is gebracht, worden de partners bij elk van de twee reeds bestaande overeenkomsten voor het delen van netwerken in het Verenigd Koninkrijk, te weten BT/EE en Vodafone, volgens de Commissie momenteel gestimuleerd om de gemeenschappelijke elementen van hun netwerken gezamenlijk te ontwikkelen om een beter netwerk tot stand te brengen dan de andere mobielenetwerkexploitanten en met name dan de mobielenetwerkexploitanten die de andere overeenkomst voor het delen van een netwerk hebben gesloten. Volgens de Commissie zou die concurrentiedynamiek dus als gevolg van de fusie verloren gaan, aangezien de fusieonderneming hoe dan ook op korte of op middellange termijn bij beide overeenkomsten voor het delen van netwerken partij zou zijn en Vodafone en BT/EE in respectievelijk Beacon en MBNL niet langer een volledig toegewijde partner zouden hebben.

338 Samengevat veronderstelt de eerste sub-schadetheorie van de Commissie, zoals zij zelf beweert in de overwegingen 1777 tot en met 1783 van het bestreden besluit, dat de fusie nadelige gevolgen zal hebben voor de concurrentiepositie van beide of van een van de mobielenetwerkexploitanten en aldus waarschijnlijk de concurrentiedruk zal verminderen die wordt uitgeoefend hetzij door BT/EE, hetzij door Vodafone, hetzij door de beide mobielenetwerkexploitanten die partner zijn van de fuserende partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken. Dienaangaande herinnert het Gerecht eraan dat de mededinging op basis van infrastructuur een belangrijke rol kan spelen bij het waarborgen van de kwaliteit van de diensten op de mobieletelecommunicatiemarkt.

339 Volgens de besluitvormingspraktijk van de Commissie met betrekking tot artikel 101, leden 1 en 3, VWEU brengen overeenkomsten voor het delen van netwerken die voorzien in de bundeling van bepaalde infrastructuurvoorzieningen in dat opzicht risico's voor de mededinging mee, die variëren naargelang van de context en van het type actieve of passieve sharing. Afhankelijk van de gekozen wijze van samenwerking zijn de marktdeelnemers meer of minder autonoom, is het risico van kartelvorming meer of minder ernstig en zijn de risico's dat de mededinging significant wordt belemmerd meer of minder groot. Tegelijkertijd kunnen overeenkomsten voor het delen van netwerken aanzienlijke economische voordelen in termen van kostenbesparingen meebrengen en tot een betere dekking en een snellere uitrol van het netwerk leiden [zie met name besluiten 2003/570/EG van de Commissie van 30 april 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst – Zaak COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement") (PB 2003, L 200, blz. 59), en 2004/207/EG van de Commissie van 16 juli 2003 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (PB 2004, L 75, blz. 32)].

340 Het Gerecht stelt vast dat het feit dat een overeenkomst voor het delen van een netwerk bij de sluiting ervan mededingingsbevorderende gevolgen kan hebben, die aldus opwegen tegen de daarin vervatte beperkingen, niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de beëindiging van die overeenkomst, nieuwe onderhandelingen erover of iedere wijziging in het evenwicht ervan na de fusie, automatisch als een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging kunnen worden aangemerkt.

341 Een dergelijke beoordeling van het nieuwe mededingingsevenwicht op de markt, dat met name is voortgekomen uit het bestaan van dergelijke overeenkomsten voor het delen van netwerken, is immers afhankelijk van de mogelijke mededingingsbevorderende of mededingingsbelemmerende gevolgen van de nieuwe situatie, die afzonderlijk en individueel en met name in het licht van de marktontwikkeling door de Commissie of door de nationale mededingingsautoriteiten kan worden onderzocht, hetgeen de Ofcom overigens herhaaldelijk heeft benadrukt tijdens de administratieve procedure voor de Commissie, zoals blijkt uit de bijlagen bij de memorie in interventie van het Verenigd Koninkrijk die aan het Gerecht zijn overgelegd.

342 Zoals verzoekster dienaangaande in antwoord op de memorie in interventie van het Verenigd Koninkrijk benadrukt, zouden het concurrentievermogen van BT/EE en van Vodafone en de prikkels voor die ondernemingen om te investeren niet op beslissende wijze worden bepaald door de investeringsbesluiten van Three of door een kostenverhoging, maar met name door de mate van concurrentie waarmee zij zouden worden geconfronteerd, door hun financiële middelen en door hun strategieën. De vermindering van de prikkels voor Three om in een van de netwerken te investeren, kan op zichzelf niet tot een – significante – vermindering leiden van het concurrentievermogen van de andere partij bij de overeenkomst voor het delen van een netwerk.

343 Volgens de Commissie zou dat echter wél het geval zijn indien de fusieonderneming zou besluiten om zich uit een van de twee overeenkomsten voor het delen van netwerken terug te trekken, teneinde zich uitsluitend op de andere overeenkomst te concentreren, zoals de Commissie heeft overwogen in twee aanvullende netwerkconsolidatiescenario's, waarvan het eerste scenario – waarin de fusieonderneming uitsluitend afhankelijk zou zijn van MBNL – is uiteengezet in de overwegingen 1752 tot en met 1756 van het bestreden besluit, en het tweede scenario – waarin de fusieonderneming uitsluitend afhankelijk zou zijn van Beacon – is uiteengezet in de overwegingen 1757 tot en met 1759 daarvan. De Commissie concludeert in de overwegingen 1755 en 1759 van het bestreden besluit dat de vermindering van sectorbrede investeringen in die twee scenario's onwaarschijnlijk zou zijn.

344 Er moet echter worden vastgesteld dat, zelfs indien wordt aangenomen dat dergelijke scenario's nadelig zouden kunnen zijn voor de concurrentiepositie van BT/EE of van Vodafone, die mededingingsverstorende gevolgen in casu als zodanig niet kunnen worden aangemerkt als significante belemmeringen van de daadwerkelijke mededinging op de mobieletelecommunicatiemarkt in het Verenigd Koninkrijk.

345 De tegengestelde conclusie zou er immers op neerkomen dat de Commissie in beginsel op die enkele grond iedere fusie zou kunnen verbieden waarbij het aantal marktdeelnemers wordt teruggebracht van vier naar drie, met uitzondering van fusies die in voorkomend geval zouden plaatsvinden tussen de partners bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

346 Dienaangaande zou, zoals verzoekster terecht benadrukt, een uit de fusie voortvloeiende versoepeling van de banden in MBNL en Beacon net zo goed de mededinging op de infrastructuur tussen de partijen bij die overeenkomsten kunnen bevorderen en de concurrentie tussen de netwerken kunnen vergroten.

347 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat noch een eventuele botsing tussen de belangen van de partners bij een overeenkomst voor het delen van een netwerk, noch een ontwrichting van de reeds bestaande overeenkomsten voor het delen van netwerken – waarvan de duur in het voordeel van Three is verlengd – of zelfs de ontbinding ervan, in casu als zodanig als een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging kan worden aangemerkt in het kader van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie.

348 In die omstandigheden moet het eerste onderdeel van het derde middel worden aanvaard, voor zover de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat een duurzame ontwrichting van een overeenkomst voor het delen van een netwerk een significante belemmering kan vormen van de mededinging die wordt uitgeoefend door de partner bij een dergelijke overeenkomst.

b) Gevolgen van de concentratie voor de concurrenten

349 In het kader van het derde onderdeel van het derde middel stelt verzoekster dat de Commissie fouten heeft gemaakt door in overweging 1522 van het bestreden besluit te concluderen dat de fusieonderneming waarschijnlijk significante nadelige gevolgen voor BT/EE zou hebben, omdat zij ertoe zou leiden dat deze laatste haar netwerkinvesteringen achterwege zou laten of zou uitstellen.

350 Zo heeft de Commissie in punt 1512 van het bestreden besluit ten onrechte verklaard [*vertrouwelijk*].

351 In het kader van het vierde onderdeel van het derde middel stelt verzoekster dat de Commissie het recht onjuist heeft toegepast en een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door met het oog op de vaststelling van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging niet de gevolgen van de fusie voor de mededinging te onderzoeken, maar de gevolgen van de fusie voor de concurrenten (overweging 1231 van het bestreden besluit).

352 In het vijfde onderdeel van het derde middel voert verzoekster aan dat de vaststellingen van de Commissie ter ondersteuning van de conclusie dat de fusie de concurrentiepositie van BT/EE en van Vodafone zou aantasten, niet op bewijs berusten, maar enkel op aannamen. De Commissie heeft het recht onjuist toegepast en kennelijke beoordelingsfouten gemaakt, omdat zij niet heeft bewezen dat de concurrentiepositie van BT/EE en van Vodafone zouden worden aangetast.

353 De Commissie stelt dat verzoekster bepaalde overwegingen van het bestreden besluit, zoals die welke betrekking heeft op de ontwrichting van een overeenkomst voor het delen van een netwerk (overweging 1246 van het bestreden besluit), uit hun verband heeft getrokken. Bovendien heeft de Commissie weliswaar allereerst de door BT/EE en Vodafone vastgestelde schadecategorieën uiteengezet

(overwegingen 1249-1285 van het bestreden besluit), maar heeft zij die categorieën vervolgens onderzocht in het licht van de opmerkingen van verzoekster in het kader van plan [A] (overwegingen 1391-1567 van het bestreden besluit) en van plan [B] (overwegingen 1568-1748 van het bestreden besluit).

354 In dat verband stelt het Verenigd Koninkrijk dat de conclusie van de Commissie met betrekking tot de ontwrichting van een overeenkomst voor het delen van een netwerk (overweging 1246 van het bestreden besluit) inherent is aan de aard en de werking van overeenkomsten voor het delen van netwerken. Het Verenigd Koninkrijk voert tevens aan dat de Commissie, hoewel zij zelf een grondige beoordeling van de mogelijke impact van de fusie had verricht, terecht ook rekening had gehouden met het standpunt van de Ofcom over de bestaande overeenkomsten voor het delen van netwerken (overweging 1722 van het bestreden besluit).

355 De Commissie stelt voorts dat, aangezien de retailmarkt zeer geconcentreerd is en de concurrentie tussen Three en O2 na de fusie waarschijnlijk zal wegvallen, iedere vermindering van de mate van daadwerkelijke mededinging die door BT/EE of Vodafone kan worden uitgeoefend negatieve gevolgen kan hebben voor de mededinging in het algemeen, zoals vastgesteld in overweging 1679 van het bestreden besluit, in het bijzonder indien de verwachte schade zich voordoet in de vorm van een kwaliteitsvermindering van hun netwerk. BT/EE stelt dienaangaande dat uit overweging 1230 en de overwegingen 1529 tot en met 1546 van het bestreden besluit blijkt dat het feit dat Three de concurrentiepositie van BT/EE zou kunnen verzwakken de Commissie zorgen baarde omdat BT/EE in aanzienlijke mate tot de mededinging bijdraagt.

356 Het Gerecht overweegt dat het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het derde middel met elkaar samenhangen en op zinvolle wijze gezamenlijk kunnen worden onderzocht. Het Gerecht stelt vooraf tevens vast dat verzoekster in het vijfde onderdeel meerdere grieven aanvoert die betrekking hebben op de beoordeling van de gevolgen van de fusie voor BT/EE en voor Vodafone, zonder dat zij een duidelijk onderscheid maakt tussen plan [A] en plan [B].

357 Het Gerecht zal daarom achtereenvolgens de gevolgen voor BT/EE en voor Vodafone onderzoeken, met dien verstande dat de gevolgen voor BT/EE die voortvloeien uit plan [A] – en die worden uiteengezet in de punten 362 tot en met 379 hierna – tevens, maar in mindere mate, gevolgen voor BT/EE zijn in het kader van plan [B].

358 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat in het bestreden besluit geen onderzoek is gedaan naar de niet-gecoördineerde effecten van de fusie die verband houden met een mogelijke uitoefening van marktmacht in de vorm van een verslechtering van het dienstenaanbod van de fusieonderneming of van de kwaliteit van haar eigen netwerk.

359 Volgens overweging 25 van verordening nr. 139/2004 vormt de beoordeling van het mogelijk wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden en van een mogelijke verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten evenwel de spil van de beoordeling van de niet-gecoördineerde effecten van de fusie, zoals reeds is vastgesteld in de punten 96 en 97 hierboven.

360 De belemmeringen van de mededinging en dus de schade voor de consumenten zijn immers een gevolg van het feit dat de concurrentieverhouding tussen de fuserende partijen wegvalt, en geen overblijvende concurrent of potentiële nieuwkomer in staat is om daadwerkelijk met de uit de concentratie voortgekomen entiteit te concurreren. Los van de gevolgen voor de prijzen, heeft de concentratie ook invloed op de kwaliteit van het aanbod en de aan de klanten geboden keuze, aangezien de uit de concentratie voortgekomen entiteit niet langer de druk ondervindt die voordien tussen de fuserende partijen heerste (zie in die zin arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie, T-342/07, EU:T:2010:280, punt 224).

361 Het feit dat die problematiek niet grondig is onderzocht, is een minpunt van de door de Commissie in het bestreden besluit verrichte analyse, die, om te kunnen slagen, een bijzonder solide en overtuigende onderbouwing wat betreft de gevolgen voor de concurrenten zou moeten bevatten.

1) Gevolgen voor BT/EE

362 In de eerste plaats zijn de mededingingsregels van de Unie hoofdzakelijk bedoeld om het mededingingsproces als zodanig te beschermen en niet om de concurrenten te beschermen. Dienaangaande heeft de Commissie in haar richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2008, C 265, blz. 6) terecht in herinnering gebracht dat het feit dat een fusie gevolgen heeft voor de concurrenten als zodanig niet problematisch is. In het bijzonder kan het feit dat concurrenten schade kunnen ondervinden van de uit een fusie voortvloeiende efficiëntieverbeteringen op zich niet tot mededingingsproblemen leiden.

363 Die redenering kan naar analogie worden toegepast in het kader van een horizontale fusie en zelfs in het kader van een beperkt oligopolie, zoals in casu het geval is.

364 In casu betoogt de Commissie in overweging 1265 van het bestreden besluit dat een van de manieren om de concurrentiepositie van een van de partners bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken te verzwakken, erin bestaat om de kwaliteit van het netwerk van een van die twee overeenkomsten te verminderen. In de ogen van de Commissie lijkt dat met name relevant voor de partner bij de overeenkomst voor het delen van een netwerk die niet als basis zal dienen voor het geconsolideerde netwerk van de fusieonderneming.

365 Zo blijkt bijvoorbeeld uit de overwegingen 1430 en 1431 van het bestreden besluit dat de fusieonderneming in het kader van plan [A] voornemens was om [*vertrouwelijk*] van de MBNL-locaties niet te gebruiken. Zij zou evenwel verplicht blijven om de kosten van die locaties te delen op grond van toezeggingen die zij in 2009 jegens Three had gedaan in het kader van de fusie T-Mobile/Orange (zaak COMP/M.5650) om tegemoet te komen aan de bezwaren die Three had geuit [*vertrouwelijk*].

366 De instandhouding van de verplichting om de kosten te delen die verband houden met de locaties die in het kader van de onderhavige fusie overbodig zouden worden, zou gunstig zijn voor de concurrentiepositie van BT/EE, ook al heeft de Commissie terecht vastgesteld dat dit tot meer prikkels voor de fuserende partijen zou leiden om die kosten te verlagen. De mogelijke vermindering van de prikkels voor de fuserende partijen om in die overbodige locaties te blijven investeren kan evenwel niet de concurrentiepositie van BT/EE op onevenredige wijze aantasten of als een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging worden aangemerkt.

367 Hoewel de verhoging van de kosten van een concurrerende marktdeelnemer niet noodzakelijkerwijs tot een belemmering van de mededinging leidt, zoals de Commissie in overweging 1679 van het bestreden besluit terecht heeft vastgesteld, staat het dienaangaande hoe dan ook aan deze instelling om te bewijzen dat haar schadetheorie berust op een oorzakelijk verband tussen de veronderstelde verhoging van de vaste kosten en die van de incrementele kosten, dat zou leiden tot minder investeringen, tot een lagere kwaliteit van het dienstenaanbod op de markt of, indien die kosten via hogere prijzen zouden worden afgewenteld op de consumenten, tot de vermindering van de concurrentiedruk van BT/EE en van Vodafone op de markt.

368 In casu moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit niet overeenkomstig de bewijsvereisten die in casu van toepassing zijn en die in punt 111 hierboven zijn genoemd, het bewijs voor een dergelijk oorzakelijk verband heeft geleverd.

369 Dienaangaande blijkt nergens uit het bestreden besluit dat een vermindering van de concurrentiedruk van één marktdeelnemer op een oligopolistische markt in de telecommunicatiesector met een beperkt aantal spelers „hoogstwaarschijnlijk" zou leiden tot een algehele vermindering van de mededinging op die markt, zoals de Commissie in overweging 1679 van het bestreden besluit stelt.

370 In de tweede plaats overweegt het Gerecht dat, voor zover reeds in punt 96 hierboven is vastgesteld dat de fusie op basis van een op niet-gecoördineerde effecten gebaseerde schadetheorie moet leiden tot „het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen van tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden", enkel het effect dat bestaat in een verlaging van de concurrentiedruk die de overige concurrenten op de markt in termen van kwaliteit uitoefenden, als zodanig niet volstaat om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te bewijzen.

371 De conclusies van de Commissie beperken zich evenwel tot de vaststelling dat BT/EE, vanwege het feit dat Three minder toegewijd zal zijn, waarschijnlijk te maken zal krijgen, of in ieder geval rekening zal houden, met hogere kosten om het bestaande netwerk te onderhouden (overwegingen 1445-1455 van het bestreden besluit) en het netwerk te verbeteren (overweging 1530 van het bestreden besluit).

372 Anders gezegd heeft de Commissie in het bestreden besluit niet rechtens genoegzaam bewezen dat een mogelijke kostenverhoging ertoe zal leiden dat de investeringscapaciteit van BT/EE afneemt. Evenmin heeft zij aangegeven welke typen investeringen zullen worden getroffen, of welke typen investeringen waarschijnlijk zullen worden gedeeld en welke andere niet. Het bestreden besluit lijkt namelijk op de nogal onwaarschijnlijke hypothese te berusten dat elke reactie van BT/EE zal uitblijven en dat zij na een verhoging van haar kosten eenvoudigweg niet meer zal investeren.

373 Zoals het Gerecht reeds in punt 280 hierboven heeft vastgesteld, blijkt bovendien uit het tijdens de administratieve procedure overgelegde bewijs dat weliswaar een positieve correlatie kan worden vastgesteld tussen enerzijds fusies die het aantal marktdeelnemers in de mobieletelecommunicatiesector terugbrengen van vier naar drie en anderzijds een verhoging van de prijzen, maar tevens een correlatie kan worden opgemerkt tussen die fusies en een verhoging van de netwerkinvesteringen per mobielenetwerkexploitant.

374 In de derde plaats moet aangaande de mogelijkheid dat Three de eenzijdige uitrol van BT/EE zou verhinderen, zoals uiteengezet in de overwegingen 1473 tot en met 1522 van het bestreden besluit, worden vastgesteld dat die redenering, die met name berust op de opmerkingen van BT/EE en op een betwiste uitlegging van de MBNL-overeenkomst, als zodanig niet volstaat om te bewijzen dat er in casu, wat plan [A] betreft, sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

375 Ten eerste zou een dergelijke mogelijke belemmering van de mededinging immers niet mogen berusten op een mogelijke eenzijdige beslissing van de fuserende partijen om de kwaliteit van hun eigen netwerk te verminderen, maar gebaseerd moeten zijn op de mogelijke gevolgen van de fusie voor de andere partner bij de overeenkomst voor het delen van een netwerk.

376 Ten tweede is het oorzakelijke verband van die hypothese bijzonder zwak. Meer bepaald berust de stelling van de Commissie op de bewering dat Three het mechanisme waarbij de investeringen van BT/EE worden belemmerd, enkel in gang kan zetten [*vertrouwelijk*].

377 [*vertrouwelijk*].

378 De stelling van de Commissie veronderstelt bovendien dat het mechanisme dat de partijen voor ogen hebben in het kader van een commercieel samenwerkingsverband gevoelig is voor misbruik, wat ernstige nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor een van beide partners. Tot slot gaat die stelling ervan uit dat BT/EE geen enkele mogelijkheid heeft om een effectieve tegenmaatregel jegens Three te

nemen via de beëindiging van of nieuwe onderhandelingen over de MBNL-overeenkomst of middels een verzoek aan de Commissie om herziening van de jegens Three gedane toezeggingen die in punt 329 hierboven in herinnering zijn gebracht.

379 Het feit dat een dergelijke ontwikkeling theoretisch gezien mogelijk is, betekent niet dat het voldoende realistisch en aannemelijk is dat een dergelijke aaneenschakeling van gebeurtenissen zich zal voordoen en ertoe zal leiden dat BT/EE niet langer diensten van een dusdanig niveau kan aanbieden dat zij in staat is om daadwerkelijk met de fusieonderneming te concurreren.

2) Gevolgen voor Vodafone

380 Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat de grief betreffende de gevolgen voor Vodafone enkel relevant is indien het alternatieve netwerkconsolidatieplan in casu het meest waarschijnlijke scenario zou zijn, hetgeen door verzoekster wordt betwist.

381 In de eerste plaats merkt het Gerecht op dat, zoals reeds is vastgesteld ten aanzien van BT/EE, het enkele feit dat Vodafone na de fusie minder concurrentiedruk zou uitoefenen als zodanig niet volstaat om in casu een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vast te stellen.

382 In de tweede plaats overweegt het Gerecht in verband met de gevolgen voor het netwerk van Vodafone dat de Commissie in het bestreden besluit niet bewijst dat een kostenverhoging gevolgen zou hebben voor de prikkels voor Vodafone om in haar netwerk te investeren.

383 Zoals is vastgesteld in de overwegingen 1680 en 1681 van het bestreden besluit klopt het immers dat [*vertrouwelijk*].

384 Dergelijke gevolgen van de fusie, die zouden leiden tot een [*vertrouwelijk*], wat a priori minder snel kartelvorming in de hand werkt, impliceren evenwel niet noodzakelijkerwijs dat Vodafone minder zou investeren. Meer bepaald erkent de Commissie in overweging 1643 van het bestreden besluit dat Vodafone in staat zou zijn om een uit de fusie voortvloeiende kostenverhoging op te vangen.

385 Dienaangaande is de vermindering van de netwerkkwaliteit, zoals de Commissie in overweging 1683 van het bestreden besluit vaststelt, geen gevolg van het potentiële of vermeende onvermogen van Vodafone om zelf de noodzakelijke investeringen [*vertrouwelijk*] te doen, maar van een economische beslissing die Vodafone zou moeten nemen [*vertrouwelijk*] volgens een simulatiemodel dat Vodafone tijdens de administratieve procedure heeft ingediend.

386 De schadetheorie van de Commissie is onder meer gebaseerd op de prikkels voor Vodafone om de investeringen in haar eigen netwerk te beperken op basis van het rekenmodel van Vodafone, wat suggereert dat [*vertrouwelijk*] in economisch opzicht gerechtvaardigd zou zijn (overweging 1643 van het bestreden besluit).

387 In casu stelt de Commissie in overweging 1645 van het bestreden besluit in wezen dat „[*vertrouwelijk*] dekking op een markt waarop alle exploitanten [*vertrouwelijk*] waarborgen, op significante wijze het concurrerend vermogen zal verminderen van de door Vodafone aangeboden tarieven”.

388 Hoewel te betwijfelen valt dat een dergelijk gevolg, dat niet zou worden teweeggebracht door toekomstige besluiten van de fusieonderneming maar door een van haar concurrenten, als een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de fusie kan worden aangemerkt, heeft de Commissie in het bestreden besluit hoe dan ook niet rechtens genoegzaam en overeenkomstig de toepasselijke bewijsvereisten bewezen dat het voldoende realistisch en aannemelijk is dat een dergelijk door

Vodafone genomen besluit het gevolg zou zijn van de fusie, dat het een wijziging zou teweegbrengen van de factoren die de mededinging op de betrokken markten bepalen en dat het in casu de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt op „significante” wijze zou belemmeren.

389 In dat verband slaagt de Commissie er in het bestreden besluit niet in om te bewijzen waarom Vodafone er vrijwillig voor zou kiezen om de kwaliteit van haar eigen netwerk te verminderen of om niet in haar netwerk te investeren, terwijl vaststaat dat zij in staat is om de kostenverhoging op te vangen.

390 En zelfs al zou dat het geval zijn, dan nog is de beoordeling van de kwaliteit als een van de vectoren van de mededinging vaak een complexe en onduidelijke aangelegenheid die, met name in hightechsectoren, vereist dat per geval een afweging wordt gemaakt tussen de manieren van perceptie van de verschillende consumenten.

391 Gesteld al dat Vodafone dus vrijwillig en op basis van de winstgevendheid van haar locaties zou besluiten om haar dekkingspercentage van het netwerk te verlagen tot [*vertrouwelijk*] op een markt waarop alle andere exploitanten een netwerkdekkingspercentage van [*vertrouwelijk*] moeten waarborgen, dan lijkt het in casu waarschijnlijker dat Vodafone zich enkel uit de dunst bevolkte en dus minst winstgevende gebieden zou terugtrekken en enkel daar de kwaliteit van haar netwerk zou verminderen.

392 Maar ook indien wordt aangenomen dat de netwerkkwaliteit, zoals de Commissie beweert, zou verminderen als gevolg van een commercieel besluit van Vodafone om met name in dunbevolkte gebieden niet te investeren in locaties met een geringe winstgevendheid [*vertrouwelijk*], dan zou een dergelijk gevolg van de fusie op doeltreffende wijze kunnen worden verholpen door de regulerende instanties van het Verenigd Koninkrijk.

393 In de derde plaats kan tevens op basis van andere factoren worden getwijfeld aan de waarschijnlijkheid van de analyse die de Commissie in het bestreden besluit heeft verricht. Voor zover de Commissie in overweging 1736 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat de fusieonderneming in haar eigen infrastructuur zou investeren [*vertrouwelijk*], lijkt het waarschijnlijk dat soortgelijke investeringen [*vertrouwelijk*] door Vodafone zouden kunnen worden gedaan.

394 Bovendien [*vertrouwelijk*] hebben de partijen bij die overeenkomst reeds rekening gehouden met het feit dat de door de partijen gemaakte kosten mogelijkerwijs zullen stijgen na [*vertrouwelijk*].

395 Voor zover die mogelijke ontwikkeling van de overeenkomst voor het delen van een netwerk reeds was voorzien, is het moeilijk voorstelbaar dat de uitvoering van een dergelijke contractuele optie daadwerkelijk tot significante schade voor Vodafone zou leiden.

396 Derhalve moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit niet rechtens genoegzaam heeft bewezen dat Vodafone niet in staat zou zijn om daadwerkelijk te concurreren, en evenmin dat een eventuele verhoging van de kosten van Vodafone zou worden afgewenteld op de consumenten in de vorm van hogere prijzen.

397 Bijgevolg moeten het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het derde middel, in hun geheel beschouwd, worden aanvaard.

c) Gevolgen van een grotere transparantie voor de totale netwerkinvesteringen

398 Met het zesde onderdeel van het derde middel stelt verzoekster dat de Commissie bij haar in het kader van respectievelijk plan [B] en plan [A] verrichte analyse van de gevolgen van de fusie voor de netwerkinvesteringen het recht onjuist heeft toegepast en kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt.

399 Verzoekster voert met name aan dat het mechanisme waardoor de mobielenetwerkexploitanten in het kader van plan [B] vanwege de grotere transparantie van hun investeringen mogelijkerwijs minder prikkels zouden hebben om in de netwerken te investeren (overwegingen 1732-1742 van het bestreden besluit), overeenkomstig punt 22 van de richtsnoeren onder gecoördineerde effecten valt en niet onder niet-gecoördineerde effecten.

400 Volgens de Commissie, die wordt ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, heeft zij niet beweerd dat BT/EE en Vodafone hun handelingen onderling zouden afstemmen – dat wil zeggen dat zij stilzwijgend zouden overeenkomen om niet te investeren of dat zij tegenmaatregelen zouden nemen indien een van hen zou investeren – maar dat bij het uitblijven van een investeringsinitiatief van de fusieonderneming geen van de andere mobielenetwerkexploitanten eenzijdig zou worden aangespoord om in nieuwe technologieën te investeren. De Commissie heeft zich dus gebaseerd op een vermindering van de concurrentiedruk en van de eenzijdige prikkels om in het netwerk te investeren, hetgeen wel degelijk een eenzijdig of niet-gecoördineerd effect van de fusie is overeenkomstig punt 24 van de richtsnoeren.

401 BT/EE stelt dat de Commissie geen analyse van de gecoördineerde effecten heeft verricht, maar enkel heeft erkend dat de retailmarkt een oligopolistische markt is. Op een dergelijke markt zijn alle leveranciers doorgaans alert op de handelingen van hun concurrenten en reageren zij oordeelkundig.

402 Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat de Commissie in overweging 1562 van het bestreden besluit tot de slotsom is gekomen dat de grotere transparantie die er tussen de mobielenetwerkexploitanten zal bestaan met betrekking tot de investeringen zeer waarschijnlijk geen significante nadelige gevolgen zal hebben voor de investeringen in het kader van plan [A] (overweging 1564 van het bestreden besluit).

403 Bovendien heeft de Commissie in overweging 1735 van het bestreden besluit vastgesteld dat plan [B] waarschijnlijk significante nadelige gevolgen voor de sectorbrede netwerkinvesteringen zal hebben, voor zover de fusieonderneming waarschijnlijk op de hoogte zal raken van de investeringen van BT/EE.

404 Daarnaast is de in de overwegingen 1388 en 1389 van het bestreden besluit uiteengezette optie van [*vertrouwelijk*], zoals verzoekster zelf in haar eigen analyse van de consolidatiescenario's heeft erkend, terzijde geschoven vanwege de verwachte bezwaren van de mededingingsautoriteiten en de geringe kans dat een dergelijk scenario zou worden goedgekeurd.

405 In casu heeft de Commissie in overweging 1389 van het bestreden besluit vastgesteld dat de fusie evenwel in eerste instantie tot een onzekere situatie zal leiden, aangezien de fusieonderneming noch plan [B], noch plan [A] onmiddellijk zal kunnen uitvoeren. Gedurende een overgangsperiode en op de korte termijn [*vertrouwelijk*].

406 De fusieonderneming zal in voorkomend geval worden aangespoord om zowel in het oosten als in het westen van het land evenveel te investeren waardoor BT/EE en Vodafone waarschijnlijk uiteindelijk van elkaars respectieve investeringen op de hoogte zullen raken (overwegingen 1735 en 1736 van het bestreden besluit). Die grotere transparantie zal vervolgens het risico meebrengen dat BT/EE en

Vodafone zullen wachten met investeren totdat de fusieonderneming bepaalde investeringen zal hebben gedaan, met name in de ontwikkeling van nieuwe technologieën (overwegingen 1737, 1739 en 1740 van het bestreden besluit).

407 Anders gezegd stelt de Commissie dat haar punten van zorg in het kader van de tweede schadetheorie gebaseerd zijn op een vermindering van de prikkels voor de afzonderlijke mobielenetwerkexploitanten om proactief in hun netwerk te investeren en hun netwerk te verbeteren, alsook op de vermindering van de concurrentiedruk die daarvan waarschijnlijk het gevolg zal zijn. Die vermindering zal worden veroorzaakt door de marktstructuur die in het kader van plan [B] zal bestaan, [*vertrouwelijk*], alsook door de grotere transparantie die die structuur zal meebrengen voor de investeringsstrategieën van de afzonderlijke mobielenetwerkexploitanten.

408 Het Gerecht constateert in dat verband dat de rechterlijke toetsing die het van het bestreden besluit moet verrichten, in casu in het bijzonder wordt bemoeilijkt door het feit dat de Commissie geen passend tijdsbestek heeft bepaald waarbinnen zij een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging wil vaststellen. De Commissie heeft in het bestreden besluit namelijk op basis van een temporele overlap van beide overeenkomsten voor het delen van netwerken de onmiddellijke gevolgen van de fusie op korte én op middellange termijn geanalyseerd, en heeft in het licht van de netwerkconsolidatieplannen tevens de gevolgen op middellange en op lange termijn geanalyseerd, zonder dat zij evenwel duidelijk heeft vastgesteld welke van de vele scenario's die voorlagen het meest waarschijnlijke was of welk scenario of welke scenario's voorrang zouden moeten krijgen bij het onderzoek van de gevolgen van de fusie voor de mededinging.

409 Derhalve heeft het Gerecht partijen met het oog op de terechtzitting verzocht om uiteen te zetten wat volgens hen de juiste temporele invalshoek is voor een beoordeling van de gevolgen van een fusie voor de mededinging.

410 Het Gerecht overweegt dat met name in de overwegingen 1239 en 1244 van het bestreden besluit is vastgesteld dat de fuserende partijen, ongeacht het netwerkconsolidatieplan dat zij uiteindelijk zullen kiezen, in casu op de lange termijn geen twee afzonderlijke netwerken zullen aanhouden, en dat de lange termijn niet lijkt te zijn beschouwd als het passende tijdsbestek voor een beoordeling van de gevolgen van de fusie in het bestreden besluit.

411 Dienaangaande blijkt uit overweging 1244 van het bestreden besluit dat de fusieonderneming volgens de plannen van verzoekster op de lange termijn geen twee afzonderlijke netwerken zal aanhouden. De fusieonderneming zal zich op de lange termijn op een van de twee overeenkomsten voor het delen van netwerken moeten concentreren.

412 Bovendien heeft de Commissie in overweging 1239 van het bestreden besluit geconcludeerd dat na de fusie waarschijnlijk een einde zal komen aan de belangenovereenstemming en de wederzijdse afhankelijkheid in beide bestaande overeenkomsten voor het delen van netwerken op de mobieletelecommunicatiemarkt in het Verenigd Koninkrijk. De Commissie heeft vastgesteld dat de fusieonderneming weliswaar op beide netwerken zal blijven steunen om mobieletelecommunicatiediensten aan te bieden aan de klanten van Three en O2, maar zal worden aangespoord om op de lange termijn geen twee netwerken aan te houden. Volgens de Commissie zal dat onvermijdelijk leiden tot een verstoring van de belangenovereenstemming met ten minste een van de twee partners bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken.

413 In voetnoot 1012 van het bestreden besluit merkt de Commissie op dat de exploitatie van twee afzonderlijke netwerken met een landelijke dekking om meerdere redenen zeer onwaarschijnlijk is. In de eerste plaats voorzien de twee netwerkconsolidatieplannen die verzoekster als enige realistische scenario's heeft ingediend in de totstandbrenging van een geconsolideerd netwerk. In de tweede plaats lijkt het, in het bijzonder wat betreft toekomstige investeringen, economisch gezien onverstandig om

na de fusie twee afzonderlijke netwerken te exploiteren op dezelfde wijze als op stand-alone-basis. De Commissie geeft aan dat de fusieonderneming de investeringen dan zou moeten verdubbelen om de netwerken aan al haar klanten aan te bieden.

414 BT/EE heeft de aandacht van het Gerecht gevestigd op het feit dat er een aantal concentratiezaken zijn waarin de Commissie zich heeft gebaseerd op een analyse van de langetermijngevolgen, en heeft verwezen naar zaak COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), waarin de Commissie een periode van meer dan tien jaar in aanmerking had genomen voor de analyse van de gevolgen van de fusie.

415 Het Gerecht stelt vast dat de analyse van de gevolgen van een fusie op een oligopolistische markt in de telecommunicatiesector, waar langetermijninvesteringen noodzakelijk zijn en consumenten vaak meerjarige contracten hebben gesloten, een dynamische prospectieve analyse is waarbij rekening moet worden gehouden met eventuele gecoördineerde of unilaterale effecten op een betrekkelijk lange termijn in de toekomst.

416 Ongeacht het netwerkconsolidatieplan dat de fuserende partijen uiteindelijk zullen kiezen, zullen zij op de lange termijn geen twee afzonderlijke netwerken aanhouden. Bijgevolg moet de stelling van de Commissie met betrekking tot de gevolgen van een grotere transparantie voor de totale netwerkinvesteringen worden verworpen, voor zover zij is gebaseerd op de hypothese van de exploitatie van twee afzonderlijke netwerken.

417 Derhalve moet het zesde onderdeel van het derde middel worden aanvaard, voor zover de Commissie het recht onjuist heeft toegepast door de gevolgen van een grotere transparantie voor de totale netwerkinvesteringen aan te merken als niet-gecoördineerde effecten.

418 Bijgevolg moet, wat betreft de tweede schadetheorie, het derde middel worden aanvaard, zonder dat de andere onderdelen van dat middel hoeven te worden onderzocht.

E. Derde schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt

419 De derde schadetheorie, die is uiteengezet in de overwegingen 1815 tot en met 2314 van het bestreden besluit, heeft betrekking op het bestaan van niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt die verband houden met het wegvallen van aanzienlijke concurrentiedruk. Op die markt verlenen de vier mobielenetwerkexploitanten hostingdiensten aan niet-MNO's, die op hun beurt retaildiensten aanbieden aan abonnees. Volgens de Commissie zou de fusie het aantal mobielenetwerkexploitanten hebben verminderd dat hostingdiensten wil aanbieden aan niet-MNO's.

420 Meer bepaald stelt de Commissie dat Three vóór de fusie een „belangrijke concurrentiefactor" is op de wholesalemarkt. In dat verband heeft de Commissie met name vastgesteld dat Three in het verleden weliswaar een bescheiden marktaandeel had – dat in 2014 en in 2015 [tussen de 0 en 5 %] lag (overwegingen 1856-1867 van het bestreden besluit) – maar desondanks een brutotoename van klanten heeft dat groter is dan haar marktaandeel (overwegingen 1868-1920 van het bestreden besluit).

421 Hiertoe heeft de Commissie de waarde berekend van de contracten die tussen 2012 en 2015 met klanten zijn gesloten. Volgens haar berekening is het door Three verkregen aandeel – na weging op basis van de geraamde waarde van haar klanten in 2018 – tussen [*vertrouwelijk*]. De Commissie stelt tevens vast dat Three haar positie op de wholesalemarkt aanmerkelijk heeft verbeterd, heeft deelgenomen aan meerdere aanbestedingsprocedures – waaronder die voor de grootste niet-MNO's – en overeenkomsten heeft gesloten met niet-MNO's met een groeipotentieel. Zij wijst erop dat de aanwezigheid van Three van invloed is op de mededinging bij wholesale-onderhandelingen, ook al

wint zij de opdracht niet, dat zij concurrerende wholesaletarieven aanbiedt voor nieuwe technologieën als 4G en dat zij als een belangrijke concurrent wordt beschouwd (overwegingen 1921-2125 van het bestreden besluit).

422 Daarnaast concludeert de Commissie in overweging 2210 van het bestreden besluit dat de fusie, ten eerste, tot minder prikkels voor de fusieonderneming zal leiden om te blijven concurreren – aangezien de fusieonderneming een grotere clientèle op de retailmarkt zal hebben, wat de risico's op „kannibalisme" zal vergroten (overweging 2209 van het bestreden besluit) – en, ten tweede, negatieve gevolgen zal hebben voor het vermogen van en de prikkels voor BT/EE en Vodafone om te blijven concurreren (overweging 2291 van het bestreden besluit).

423 De Commissie komt in overweging 2313 van het bestreden besluit tot de slotsom dat de fusie waarschijnlijk tot significante niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt zal leiden vanwege een vermindering van het aantal mobielenetwerkexploitanten van vier naar drie, de uitschakeling van Three als belangrijke concurrentiefactor overeenkomstig punt 37 van de richtsnoeren, het wegvallen van de aanzienlijke concurrentiedruk die de partijen tevoren op elkaar uitoefenden en een verlaging van de concurrentiedruk op de overige spelers. Bovendien zullen de concurrerende mobielenetwerkexploitanten noch het vermogen, noch de noodzakelijke prikkels hebben om tegenwicht te bieden aan de niet-gecoördineerde mededingingsverstorende gevolgen van de fusie.

424 Met haar vierde middel stelt verzoekster dat de Commissie in het bestreden besluit met betrekking tot de niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt het recht onjuist heeft toegepast, kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt en de wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden, met name vanwege haar conclusies dat, ten eerste, de fusie de daadwerkelijke mededinging op de wholesalemarkt significant zal belemmeren (eerste onderdeel), ten tweede, Three een „belangrijke concurrentiefactor" op de wholesalemarkt was (tweede en derde onderdeel), ten derde, de fusieonderneming minder zal worden aangespoord om de concurrentie aan te gaan (vierde onderdeel) en, ten vierde, haar concurrenten noch het vermogen, noch de noodzakelijke prikkels zullen hebben om met haar te concurreren (vijfde onderdeel), alsook vanwege het feit dat de Commissie de verklaringen van derden in aanmerking heeft genomen (zesde onderdeel). Volgens verzoekster zou elk van die fouten tot de nietigverklaring van het bestreden besluit moeten leiden.

425 Allereerst moet een gezamenlijk onderzoek worden verricht van de eerste drie onderdelen van het vierde middel, die betrekking hebben op de fouten die zijn gemaakt bij de vaststelling dat de fusie de daadwerkelijke mededinging op de wholesalemarkt significant zal belemmeren en op een kennelijke onjuiste beoordeling bij de vaststelling dat Three een „belangrijke concurrentiefactor" is.

426 Met het eerste onderdeel van het vierde middel stelt verzoekster dat de fusie geen aanmerkelijke gevolgen voor de mededinging zal hebben, aangezien het marktaandeel van Three op de wholesalemarkt in 2014 [tussen de 0 en 5 %] was en nooit groter is geweest dan die drempelwaarde, wat niet door de Commissie wordt betwist (overweging 1856 van het bestreden besluit). Dienaangaande is het bestreden besluit uitsluitend gebaseerd op vaststellingen die betrekking hebben op de uitschakeling van Three als „belangrijke concurrentiefactor".

427 Met het tweede en het derde onderdeel van het vierde middel stelt verzoekster dat de Commissie niet heeft uitgelegd waarom de concurrentie die Three op de wholesalemarkt uitoefent bijzonder sterk zou zijn ten opzichte van de concurrentie die wordt uitgeoefend door de andere exploitanten, van wie het verwachte marktaandeel niet is onderzocht. Niet alleen zijn alle andere marktdeelnemers veel sterker dan Three, bovendien zijn zij dat altijd al geweest en is de geringe groei die het marktaandeel van Three recentelijk heeft doorgemaakt, marginaal gebleven en zonder gevolgen voor de mededingingsstructuur of de marktdynamiek. Daarnaast heeft de Commissie bij haar kwalificatie van Three als „belangrijke concurrentiefactor" zowel fouten gemaakt in haar analyses van de marktaandelen en van het brutoaandeel nieuwe klanten van Three als in haar kwalitatieve beoordeling van het belang van Three op de wholesalemarkt.

428 Aangaande dat laatste punt stelt verzoekster in het bijzonder dat grafiek nr. 125 van het bestreden besluit – die de door de Commissie berekende marktaandelen van de vier mobielenetwerkexploitanten op de wholesalemarkt weergeeft – duidelijk laat zien dat Three een zwakke positie inneemt ten opzichte van haar concurrenten. [*vertrouwelijk*]

429 In overweging 1920 van het bestreden besluit heeft de Commissie bovendien ten onrechte beweerd dat het marktaandeel van Three niet representatief is voor haar huidige concurrentievermogen en voor haar belang voor het toekomstige mededingingsproces. Die bewering is gebaseerd op een geraamd brutoaandeel nieuwe klanten van Three dat groter is dan de gegevens van de huidige markt.

430 Tot slot stelt verzoekster dat het feit dat Three niet heeft deelgenomen aan [*vertrouwelijk*] van de zeven grote openbare aanbestedingen die de afgelopen drie jaar zijn uitgeschreven, evenals [*vertrouwelijk*], onverenigbaar is met het idee dat Three op geloofwaardige wijze kan concurreren en een „belangrijke concurrentiefactor" op de wholesalemarkt kan zijn.

431 De Commissie betwist dat betoog.

432 De Commissie stelt met name dat het marktaandeel en de samengevoegde marktaandelen slechts een eerste aanwijzing geven over de marktmacht (punt 27 van de richtsnoeren) en dat de richtsnoeren meerdere voorbeelden geven van situaties waarin een fusie ondanks een bescheiden marktaandeel tot mededingingsproblemen leidt, bijvoorbeeld wanneer de onderneming in kwestie een grotere invloed heeft dan haar marktaandeel doet vermoeden (zie punt 37 van de richtsnoeren). Derhalve kan aan het feit dat Three op de wholesalemarkt slechts een bescheiden marktaandeel heeft, niet automatisch de conclusie worden verbonden dat de fusie waarschijnlijk niet tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leidt.

433 Daarnaast zijn marktaandelen, samengevoegde marktaandelen en de toename van de mate van concentratie volgens de Commissie weliswaar slechts een eerste aanwijzing van marktmacht, maar zijn zij niettemin relevante elementen die in aanmerking moeten worden genomen op oligopolistische markten, waar het feit dat een onderneming een „belangrijke concurrentiefactor" is een cruciale rol speelt.

434 Het Gerecht stelt vast dat de vermindering van het aantal marktdeelnemers op de wholesalemarkt van vier naar drie op zich niet volstaat om te kunnen vaststellen dat in casu de mededinging op de wholesalemarkt op significante wijze zal worden belemmerd. Zoals uit overweging 25 van verordening nr. 139/2004 blijkt, bestaat op vele oligopolistische markten immers een mate van mededinging die als gezond kan worden beschouwd.

435 Wat betreft de marktaandelen stelt het Gerecht vast dat niet wordt betwist dat het marktaandeel van Three op de wholesalemarkt zeer bescheiden was, namelijk [tussen de 0 en 5 %] in 2014 en 2015.

436 Dienaangaande heeft de Commissie overigens tijdens de procedure voor het Gerecht toegegeven dat het marktaandeel en de samengevoegde marktaandelen volgens punt 27 van de richtsnoeren slechts een eerste aanwijzing geven over de marktmacht, aangezien ook in haar besluitvormingspraktijk algemeen wordt aanvaard dat een bescheiden marktaandeel doorgaans een goede aanwijzing is voor het ontbreken van sterke marktmacht.

437 Net zoals het bestaan van aanzienlijke marktaandelen een zeer significante factor is en de verhouding tussen de marktaandelen van de fuserende partijen en die van hun concurrenten een bruikbare indicatie is van een machtspositie of van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, voor zover aan de hand van die factor de concurrentiepositie van de concurrenten van de betrokken onderneming kan worden bepaald (arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 201), is het feit dat een van de fuserende partijen

een bijzonder klein marktaandeel heeft vaak een eerste aanwijzing voor het ontbreken van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, vooral wanneer de andere marktdeelnemers een veel groter marktaandeel hebben.

438 Hoewel niet kan worden uitgesloten dat de fusie ondanks het relatief kleine marktaandeel van een van de fuserende partijen de daadwerkelijke mededinging significant zal belemmeren, staat het aan de Commissie om hiervan overtuigend bewijs te leveren.

439 In de eerste plaats is een gezamenlijk marktaandeel van de fuserende partijen van [tussen de 30 en 40 %] in casu geen aanwijzing voor het feit dat een machtspositie in het leven wordt geroepen of wordt versterkt, laat staan, als zodanig, voor een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging.

440 In de tweede plaats constateert het Gerecht dat de Commissie in overweging 1865 van het bestreden besluit beweert dat de HHI die uit de fusie voortvloeit, hoger is dan de in de richtsnoeren neergelegde drempelwaarde.

441 Wat betreft de berekening van de HHI vermeldt punt 14 van de richtsnoeren dat de marktaandelen of de graad van marktconcentratie bruikbare, eerste aanwijzingen bieden voor de marktstructuur en voor het belang van de fuserende partijen. Uit punt 16 van de richtsnoeren blijkt tevens dat uit de graad van concentratie op een markt nuttige informatie kan worden afgeleid over de concurrentiesituatie op de markt.

442 In de punten 19 tot en met 21 van de richtsnoeren zijn de HHI-drempelwaarden gedefinieerd waaronder een concentratie naar alle waarschijnlijkheid niet tot mededingingsproblemen zal leiden. Zo acht de Commissie het – behoudens bijzondere omstandigheden – onwaarschijnlijk dat een fusie tot horizontale mededingingsbezwaren zal leiden op een markt waar de HHI na de fusie tussen 1 000 en 2 000 bedraagt met een delta van minder dan 250, of wanneer de HHI na de fusie meer dan 2 000 bedraagt met een delta van minder dan 150.

443 Verzoekster heeft evenwel, zonder door de Commissie te zijn weersproken, voor het Gerecht aangevoerd dat in casu de delta na de fusie slechts [*vertrouwelijk*] zal zijn. Het Gerecht stelt vast dat die waarde hoger is dan de drempelwaarde waaronder in beginsel is uitgesloten dat de concentratie tot mededingingsproblemen leidt. De tweede zin van punt 21 van de richtsnoeren preciseert evenwel dat uit de overschrijding van die drempels niet het vermoeden kan worden afgeleid dat er mededingingsproblemen bestaan.

444 Niettemin moet worden vastgesteld dat hoe meer deze drempels worden overschreden, hoe meer de waarden op mededingingsproblemen wijzen (zie in dat verband arrest van 9 juli 2007, Sun Chemical Group e.a./Commissie, T-282/06, EU:T:2007:203, punt 138), en dat de delta in de onderhavige zaak slechts [*vertrouwelijk*] hoger is dan de drempel die is opgenomen in de richtsnoeren voor horizontale fusies.

445 In casu stelt het Gerecht vast dat de Commissie zich voor haar vaststelling dat Three een „belangrijke concurrentiefactor" op de wholesalemarkt is, niet heeft gebaseerd op het marktaandeel van Three in het verleden en op de mate van concentratie, maar op het brutoaandeel nieuwe klanten (overweging 1857 van het bestreden besluit) en op haar kwalitatieve analyse van het belang van Three op de wholesalemarkt.

446 De vaststelling van de Commissie dat Three een grotere invloed op het mededingingsproces had dan haar marktaandeel deed vermoeden, is evenwel als zodanig geen toereikend bewijs voor de vaststelling dat in casu de daadwerkelijke mededinging significant zal worden belemmerd.

447 Hoewel het niet is uitgesloten dat in sommige gevallen de toepassing van slechts één van de in de richtsnoeren genoemde factoren volstaat om het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vast te stellen, heeft de Commissie in het bestreden besluit immers niet op geloofwaardige wijze onderbouwd waarom in casu het brutoaandeel nieuwe klanten zo doorslaggevend was. Hoewel het klopt dat de Commissie niet in alle gevallen alle criteria hoeft te onderzoeken die zij zelf in de richtsnoeren heeft vastgesteld, staat evenmin vast dat bij gebreke van een grondig onderzoek van de feiten slechts één van die criteria volstaat om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te bewijzen.

448 In de derde plaats merkt de Commissie wat betreft het brutoaandeel nieuwe klanten op dat Three ongeveer tussen [*vertrouwelijk*] van de totale waarde van de te bemachtigen wholesaleklanten heeft binnengehaald. Volgens de Commissie is het resterende brutoaandeel nieuwe wholesaleklanten, ook indien alle door verzoekster voorgestelde aanpassingen zouden worden aanvaard, veel hoger dan het marktaandeel van Three in het verleden (overwegingen 1896 en 1917 van het bestreden besluit).

449 Niettemin kan het enkele feit dat het brutoaandeel nieuwe klanten van Three hoger is dan haar marktaandeel in casu niet volstaan om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging vast te stellen in een context waarin het marktaandeel van Three in feite zeer bescheiden is en waarin ook haar brutoaandeel nieuwe klanten, op een markt met slechts vier exploitanten, beperkt is.

450 Vastgesteld moet worden dat uit die elementen weliswaar kan worden afgeleid dat Three in staat is om met de andere spelers op de wholesalemarkt te concurreren, dat zij, ook al wint zij de aanbestedingen niet, een geloofwaardige concurrent is en invloed op de mededinging heeft en dat zij haar marktpositie heeft versterkt, maar dat die elementen hoe dan ook niet volstaan om Three als een „belangrijke concurrentiefactor” aan te merken.

451 In de vierde plaats heeft de Commissie, wat tot slot haar kwalitatieve beoordeling van het belang van Three op de wholesalemarkt betreft, vastgesteld dat Three als een geloofwaardige bedreiging op de markt wordt beschouwd en heeft meegedaan aan een aanzienlijk aantal aanbestedingen (overwegingen 1936-1987 van het bestreden besluit).

452 Zoals verzoekster terecht benadrukt, heeft de Commissie evenwel niet bewezen dat de criteria die zij zelf in de punten 37 en 38 van de richtsnoeren heeft vastgesteld, van toepassing waren op Three. Ook al zouden de vaststellingen van de Commissie betreffende het toekomstige marktaandeel van Three, haar geloofwaardigheid, de concurrerende voorwaarden van haar aanbod of de gevolgen van haar deelname aan aanbestedingen (overwegingen 2294 en 2295 van het bestreden besluit) gegrond zijn, zij bewijzen immers niet dat Three zich van de andere deelnemers op de wholesalemarkt onderscheidt.

453 En ook al zou Three op basis van de door de Commissie in aanmerking genomen elementen als een „belangrijke concurrentiefactor” kunnen worden gekenmerkt, dan nog kan op basis van die elementen niet worden bewezen dat Three en O2 een aanzienlijke concurrentiedruk op elkaar uitoefenden, die na de fusie zou wegvallen.

454 Derhalve moeten de eerste drie onderdelen van het vierde middel worden aanvaard, zonder dat het Gerecht het vierde, het vijfde en het zesde onderdeel van het vierde middel hoeft te onderzoeken.

455 Bijgevolg moet het bestreden besluit nietig worden verklaard, zonder dat het Gerecht zich hoeft uit te spreken over de vraag of de drie schadetheorieën al dan niet onderling samenhangen, of over de andere argumenten en middelen van verzoekster.

Kosten

456 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten en in de kosten van verzoekster. Ingevolge artikel 138 van het Reglement voor de procesvoering dragen het Verenigd Koninkrijk en EE Ltd hun eigen kosten.

HET GERECHT (Eerste kamer – uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) **Besluit C(2016) 2796 final van de Commissie van 11 mei 2016 waarbij de concentratie die zou resulteren uit de overname van Telefónica Europe plc door Hutchison 3G UK Investments Ltd onverenigbaar is verklaard met de interne markt (zaak COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK) wordt nietig verklaard.**

2) **De Europese Commissie draagt haar eigen kosten alsook die van CK Telecoms UK Investments Ltd.**

3) **Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en EE Ltd dragen hun eigen kosten.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 mei 2020.

ondertekeningen

Inhoud

I. Voorgeschiedenis van het geding 2

II. Bestreden besluit 4

III. Procedure 5

IV. Conclusies van partijen 9

V. In rechte 9

A. Rechtskader 9

1. Intensiteit van de rechterlijke toetsing op het gebied van concentraties 9

2. Draagwijdte van de bij verordening nr. 139/2004 doorgevoerde wijziging 10

3. Bewijslast en bewijsomvang op het gebied van concentraties 14

4. Motivering 16

B. Overzicht van de middelen en opbouw van het beroep 16

C. Eerste schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten op de retailmarkt 17

1. Samenvatting van het bestreden besluit 17

2. Samenvatting van het eerste middel en van de belangrijkste bewijzen die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de eerste schadetheorie 18

a) Analyse van de marktaandelen 19

b) Kwalificatie van Three als „belangrijke concurrentiefactor” 20

1) Onjuiste opvatting van het begrip „belangrijke concurrentiefactor” 21

2) Mate van concurrentiedruk van Three op de retailmarkt 23

i) Brutotoename van het aantal abonnees 24

ii) Groei van het aantal abonnees van Three 25

iii) Prijsbeleid van Three 26

iv) Rol die Three in het verleden op de markt heeft gespeeld 28

c) Beoordeling van de nauwe concurrentieverhouding 30

d) Beoordeling van de kwantitatieve gevolgen van de concentratie voor de prijzen 33

1) Bewijskracht van de UPP-analyse als een eerste „filter” 33

2) UPP-analyse in het onderhavige geval 34

e) Algehele beoordeling van de niet-gecoördineerde effecten 36

D. Tweede schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten als gevolg van de ontwrichting van de overeenkomsten voor het delen van netwerken 37

1. Samenvatting van het bestreden besluit 37

2. Derde middel: fouten met betrekking tot de horizontale niet-gecoördineerde effecten van het delen van netwerken 41

a) Belangenovereenstemming tussen de partijen bij de overeenkomsten voor het delen van netwerken 41

1) De schadetheorie betreffende de overeenkomsten voor het delen van netwerken is nieuw 42

2) De belangenovereenstemmingstheorie zou paradoxaal en onjuist zijn en de overeenkomsten voor het delen van netwerken worden ontwricht 43

b) Gevolgen van de concentratie voor de concurrenten 45

1) Gevolgen voor BT/EE 47

2) Gevolgen voor Vodafone 49

c) Gevolgen van een grotere transparantie voor de totale netwerkinvesteringen 51

E. Derde schadetheorie: niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt 53

Kosten 58