Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (första avdelningen i utökad sammansättning)

den 28 maj 2020 *

”Konkurrens – Koncentrationer – Verksamhet avseende trådlös telekommunikation – Detaljhandelsmarknaden för mobila telekommunikationstjänster – Grossistmarknaden för tillträde till och samtalsoriginering i allmänna mobilnät – Hutchinsons förvärv av Telefónica Europe – Beslut varigenom koncentrationen förklarats oförenlig med den inre marknaden – Oligopolistisk marknad – Påtagligt hinder för en effektiv konkurrens – Icke-samordnade effekter – Bevisbörda – Beviskrav – Marknadsandelar – Koncentrationens priseffekter – Kvantitativ analys av förväntade prishöjningar – Nära konkurrenter – Betydande konkurrenstryck – Viktig konkurrensfaktor – Nätdelningsavtal – Koncentrationsgrad – Herfindahl-Hirschmanns index – Felaktig rättstillämpning – Oriktig bedömning”

I mål T-399/16,

**CK Telecoms UK Investments Ltd**, London (Förenade kungariket), företrätt av T. Wessely, O. Brouwer, advokater, A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, och B. Kennelly, QC,

sökande,

mot

**Europeiska kommissionen**, företrädd av T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski och C. Urraca Caviedes, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

**Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland**, företrätt av S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short och A. Dadley, ombud, biträdda av R. Williams och J. Morrison, barristers,

och av

**EE Ltd** (Hatfield (Förenade kungariket), företrätt av A. Lindsay, barrister, C. Chapman och J. Hulsmann, solicitors,

intervenienter,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan enligt artikel 263 FEUF om ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2016) 2796 final av den 11 maj 2016 om att företagskoncentrationen avseende Hutchison 3G UK Investments Ltd:s förvärv av Telefónica Europe plc förklaras oförenlig med den inre marknaden (ärende COMP/M.7612 – Hutchinson 3G UK/Telefónica UK),

meddelar

TRIBUNALEN (första avdelningen i utökad sammansättning),

sammansatt av ordföranden M. van der Woude samt domarna E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen och U. Öberg (referent),

justitiesekreterare: handläggaren S. Bukšek Tomac,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 och 3 maj 2019,

följande

## Dom

### I. Bakgrund till tvisten

1 Den 11 september 2015 mottog Europeiska kommissionen, i enlighet med artikel 4 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1), en anmälan om en planerad koncentration varigenom CK Hutchison Holdings Ltd, genom sitt indirekta dotterbolag Hutchison 3G UK Investments Ltd, sedermera sökanden, CK Telecoms UK Investments Ltd, avsåg förvärva ensam kontroll över Telefónica Europe plc (nedan kallat O2), i den mening som avses i artikel 3.1 b i den förordningen.

2 Vid tidpunkten för omständigheterna i förevarande mål fanns det fyra mobilnätsoperatörer på detaljhandelsmarknaden för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket (nedan kallad detaljandelsmarknaden): EE Ltd, som efter ett förvärv 2016 är ett dotterbolag till BT Group plc (nedan gemensamt kallade BT/EE), O2, Vodafone och Hutchison 3G UK Ltd (nedan kallat Three), som är ett indirekt dotterbolag till CK Hutchison Holdings, vars marknadsandelar i fråga om abonnenter uppgick till ungefär [30–40 procent], [20–30 procent], [10–20 procent], respektive [10–20 procent]. Den företagskoncentration som utgör föremålet för förevarande tvist (nedan kallad sammanslagningen, koncentrationen eller transaktionen) skulle innebära att den sammanslagna enheten, bestående av Three och O2 (nedan gemensamt kallade koncentrationsparterna), skulle inneha ungefär [30–40 procent] av detaljhandelsmarknaden och därmed bli den största aktören på denna marknad, framför den tidigare statliga monopoloperatören BT/EE och Vodafone.

3 Förutom dessa mobilnätsoperatörer omfattade detaljhandelsmarknaden även flera virtuella mobilnätsoperatörer, däribland Tesco Mobile, Virgin Mobile och TalkTalk, som inte ägde de nät som de använde för att tillhandahålla mobila telekommunikationstjänster till konsumenter i Förenade kungariket, och som således hade ingått avtal med någon av mobilnätsoperatörerna för att få tillgång till dess nät till grossistpriser. Tesco Mobile ägs till lika delar av Tesco och O2. Detaljhandelsmarknaden omfattade även återförsäljare (nedan, gemensamt med de virtuella mobilnätsoperatörerna, kallade icke-mobilnätsoperatörer) och oberoende detaljhandlare, däribland Dixons.

4 Marknaden utmärktes bland annat av att BT/EE och Three å ena sidan, och Vodafone och O2 å den andra, hade sammankopplat sina nät genom nätdelningsavtal. Detta gjorde det möjligt för BT/EE och Three (MBNL-avtalet, nedan kallat MBNL), respektive Vodafone och O2 (Beacon-avtalet, nedan kallat Beacon), att dela kostnaderna för utbyggnaden av sina nät, samtidigt som de fortsatte att konkurrera på detaljhandelsnivå.

5 Den 2 oktober 2015 begärde Förenade kungariket, genom Competition and Markets Authority (konkurrens- och marknadsmyndigheten, Förenade kungariket), att koncentrationen skulle hänskjutas till denna medlemsstat i enlighet med artikel 9.2 a i förordning nr 139/2004. I denna begäran uppgav Förenade kungariket att koncentrationen hotade att påtagligt hämma konkurrensen på såväl detalj- som grossistmarknaden för tillträde till och samtalsoriginering i de allmänna mobilnäten i Förenade kungariket (nedan kallad grossistmarknaden). Förenade kungariket uppgav även att det ansågs sig bäst lämpat att hantera koncentrationen.

6 Den 4 december 2015 antog kommissionen beslut C(2015) 8534 final, angående artikel 9 i förordning nr 139/2004 i ärende M.7612 Hutchinson 3G UK/Telefónica UK och avslog denna begäran om hänskjutande. I beslutet hänvisade kommissionen bland annat till vikten av att koncentrationer på medlemsstaternas telekommunikationsmarknader prövas på ett konsekvent och enhetligt sätt, samt till kommissionens betydande erfarenhet av att bedöma koncentrationer på de europeiska marknaderna för mobil telekommunikation.

7 Efter fas I-undersökningen konstaterade kommissionen att transaktionen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den inre marknaden, och antog den 30 oktober 2015 ett beslut om att inleda ett förfarande i enlighet med artikel 6.1 c i förordning 139/2004.

8 Baserat på den fas II-undersökning som kompletterade resultaten från fas I-undersökningen, utfärdade kommissionen ett meddelande om invändningar den 4 februari 2016. Den 26 februari 2016 inkom sökanden med skriftliga synpunkter på meddelandet om invändningar.

9 För att åtgärda de konkurrensproblem som påtalats i meddelandet om invändningar, ingav sökanden, den 2 mars 2016, en första uppsättning åtaganden.

10 Sökandens hördes på egen begäran den 7 mars 2016.

11 Den 15 mars 2016 ingav sökanden reviderade åtaganden (nedan kallade den andra uppsättningen åtaganden). Den 18 mars 2016 genomförde kommissionen en marknadsundersökning angående den andra uppsättningen åtaganden. Vid denna undersökning hördes befintliga och potentiella leverantörer av mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket, leverantörer av infrastrukturtjänster inom sektorn för mobil telekommunikation, samt organisationerna MNVO Europe och iMNVOx, liksom nationella tillsynsmyndigheter för telekommunikation, däribland Förenade kungarikets tillsynsmyndighet för telekommunikation (nedan kallad Ofcom). Dessutom uttalade sig Förenade kungarikets, Tysklands och Nederländernas nationella konkurrensmyndigheter om den andra uppsättningen åtaganden.

12 Den 17 och 23 mars 2016 sände kommissionen skrivelser till sökanden, vari kommissionen påtalade ytterligare omständigheter som styrkte de preliminära slutsatserna i meddelandet om invändningar. Den 29 mars respektive 4 april 2016 inkom sökanden med skriftliga synpunkter på de båda faktaskrivelserna av den 17 respektive den 23 mars 2016.

13 Efter att ha samrått med aktörerna på marknaden ingav sökanden, den 6 april 2016, ännu ett antal reviderade åtgärder.

14 Den 27 april 2016 granskade rådgivande kommittén för koncentrationer kommissionens förslag till beslut och avgav ett positivt yttrande.

15 Den 11 maj 2016 antog kommissionen beslut C (2016) 2796 final, om att koncentrationen förklarades vara oförenlig med den inre marknaden (ärende COMP/M.7612 - Hutchinson 3G UK/Telefónica UK) (nedan kallat det angripna beslutet).

16 En sammanfattning av det angripna beslutet offentliggjordes den 29 september 2016 i *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT C 357, 2016, s. 15).

## II. Det angripna beslutet

17 I det angripna beslutet definierade kommissionen två relevanta marknader: detaljhandelsmarknaden och grossistmarknaden.

18 Kommissionen utvecklade tre skadeteorier, som samtliga grundade sig på förekomsten av så kallade icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad.

19 De två första skadeteorierna avsåg detaljhandelsmarknaden, medan den tredje avsåg grossistmarknaden.

20 Den första skadeteorin avsåg närmare bestämt förekomsten av icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden till följd av att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle upphöra. Kommissionen ansåg i huvudsak att den kraftigt minskade konkurrens som koncentrationen skulle ge upphov till sannolikt skulle medföra en höjning av priserna på mobiltelefonitjänster i Förenade kungariket och en begränsning av konsumenternas valmöjligheter.

21 Enligt den andra skadeteorin, avseende förekomsten av icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden beträffande nätdelningen, skulle transaktionen även kunna inverka negativt på kvaliteten på tjänsterna till konsumenterna i Förenade kungariket, genom att hindra utvecklingen av mobilnätsinfrastrukturen i Förenade kungariket.

22 Den tredje skadeteorin avsåg förekomsten av icke-samordnade effekter till följd av att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle upphöra på grossistmarknaden. På denna marknad tillhandahåller de fyra mobilnätsoperatörerna värdtjänster till icke-mobilnätsoperatörer, vilka i sin tur erbjuder detaljhandelstjänster till abonnenterna. Enligt kommissionen riskerade sammanslagningen i synnerhet att ge upphov till betydande icke-samordnade effekter på grossistmarknaden på grund av att antalet mobilnätsoperatörer skulle minska från fyra till tre, Three skulle undanröjas som viktig konkurrensfaktor, det betydande konkurrenstryck som parterna tidigare utövat på varandra skulle upphöra och konkurrenstrycket på de återstående aktörerna skulle minska.

23 Angående de effektivitetsvinster som sökanden hänvisat till ansåg kommissionen att de varken var kontrollerbara, koncentrationsspecifika eller skulle gynna konsumenterna.

24 I den sista delen av det angripna beslutet undersökte kommissionen de korrigerande åtgärder som sökanden föreslagit i form av åtaganden. Kommissionen ansåg att den andra uppsättningen åtaganden inte kunde undanröja de konstaterade konkurrensproblemen och att den tredje uppsättningen åtaganden som lagts fram den 6 april 2016 inte till fullo kunde undanröja de konstaterade konkurrensproblemen och inte heller va heltäckande och effektiva i samtliga avseenden.

25 Kommissionen förklarade följaktligen koncentrationen oförenlig med den inre marknaden.

## III. Förfarandet

26 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 25 juli 2016 väckte sökanden förevarande talan.

27 I sin ansökan framställde sökanden en begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning för att kommissionen skulle anmodas att lämna vissa uppgifter som framgick av dess ärendehandlingar till tribunalen, vilka var nödvändiga för att tribunalen skulle kunna utföra sin prövning i förevarande mål men var konfidentiella för sökanden, eftersom endast sökandens advokater eller externa ekonomiska rådgivare haft tillgång till dessa uppgifter under det administrativa förfarandet.

28 Genom handlingar som inkom till tribunalens kansli den 1 december 2016 ansökte BT/EE och Förenade kungariket om att få intervenera i målet till stöd för kommissionens yrkanden.

29 Genom handlingar som inkom till tribunalens kansli den 21 december 2016, respektive den 5 januari 2017 yttrade sig kommissionen och sökanden över BT/EE:s och Förenade kungarikets interventionsansökningar.

30 Den 31 januari 2017 inkom kommissionen med sitt svaromål.

31 I sitt svaromål uppgav kommissionen att den inte hade några invändningar mot att lämna ut de handlingar som avsågs i den begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning som framställts i ansökan, förutsatt att lämpliga åtgärder om konfidentiell behandling vidtogs i enlighet med artikel 103.3 i tribunalens rättegångsregler.

32 Den 31 januari 2017 inkom sökanden till tribunalens kansli med en begäran om konfidentiell behandling och ingav icke-konfidentiella versioner av ansökan i förhållande till BT/EE å ena sidan och Förenade kungariket å den andra.

33 Genom beslut av den 16 mars 2017 tillät ordföranden på tribunalens första avdelning BT/EE och Förenade kungariket att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden och förordnade om att de skulle få ta del av en icke-konfidentiell version av varje inlaga som delgavs parterna i målet, samt beslutade att frågan huruvida begäran om konfidentiell behandling var välgrundad skulle anstå.

34 Genom beslut om bevisupptagning av den 16 mars 2017 begärde tribunalen att kommissionen skulle förete de handlingar som avsågs i den begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning som framställts i ansökan. Kommissionen ingav dessa handlingar den 3 april 2017.

35 Den 17 mars 2017 anmodade tribunalen sökanden, som en åtgärd för processledning enligt artikel 89 i rättegångsreglerna, att inkomma med en ny version av sin begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE.

36 Genom skrivelse av den 17 mars 2017 informerade tribunalens kansli parterna om att beslutet avseende en andra skriftväxling skulle anstå.

37 Den 31 mars 2017 inkom sökanden till tribunalens kansli med en ny version av sin begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE, samt ingav en begäran om konfidentiell behandling och icke-konfidentiella versioner av svaromålet i förhållande till BT/EE å ena sidan och Förenade kungariket å den andra.

38 På förslag av första avdelningen beslutade tribunalen, med tillämpning av artikel 28 i rättegångsreglerna, att hänskjuta målet till en avdelning i utökad sammansättning.

39 Genom handlingar som inkom till tribunalens kansli den 21 april 2017 framställde Förenade kungariket och BT/EE invändningar mot sökandens begäran om konfidentiell behandling.

40 Den 26 april 2017 hölls ett möte mellan parterna, deras ombud och referenten angående frågan om konfidentiell behandling och möjligheten att koncentrera parternas grunder och argument.

41 Den 10 maj 2017 inkom sökanden med ett yttrande över relevansen av de handlingar som var föremål för den begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning som framställts i ansökan. Den 31 maj inkom kommissionen till tribunalens kansli med en begäran om konfidentiell behandling och ingav en icke-konfidentiell version av nyssnämnda yttrande i förhållande till BT/EE.

42 I enlighet med de bestämmelser om åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 89 i tribunalens rättegångsregler uppmanade tribunalen parterna, den 16 maj 2017, att inge vissa handlingar och ställde skriftliga frågor, samt uppmanade parterna att besvara dessa skriftligen.

43 Parterna inkom med sina yttranden den 2 och den 16 juni 2017 samt – som bilagor till repliken och dupliken – den 4 juli, respektive den 31 oktober 2017. Sökanden inkom bland annat med en reviderad version av sin begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE. BT/EE framställde inte några invändningar mot denna begäran inom den föreskrivna fristen. Sökanden och Förenade kungariket uppgav dessutom att de ingått ett avtal om att sökanden skulle översända de konfidentiella versionerna av de olika handlingarna i ärendeakten till Förenade kungariket. Parterna begärde även att vissa uppgifter inte skulle lämnas ut till allmänheten.

44 Den 4 juli 2017 inkom sökanden till tribunalens kansli med sin replik, åtföljd av en begäran om konfidentiell behandling och en icke-konfidentiell version i förhållande till BT/EE, samt en begäran om att vissa uppgifter inte skulle lämnas ut till allmänheten. Som bilaga till repliken ingav sökanden, som svar på en av åtgärderna för processledning av den 16 maj 2017, en slutlig bevisuppgift, i vilken relevansen av varje åberopat bevis preciserades.

45 Den 28 augusti 2017 inkom kommissionen till tribunalens kansli med en begäran om konfidentiell behandling och en icke-konfidentiell version av repliken i förhållande till BT/EE.

46 Den 31 augusti 2017 inkom Förenade kungariket och BT/EE med sina respektive interventionsinlagor.

47 Den 18 september 2017 ingav kommissionen en begäran om att vissa uppgifter i repliken inte skulle lämnas ut till allmänheten.

48 I enlighet med kommissionens begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE tillät ordföranden på tribunalens första avdelning, genom beslut av den 26 september 2017, BT/EE att få ta del av en icke-konfidentiell version av varje inlaga som delgavs parterna, varvid frågan om huruvida begäran var välgrundad skulle anstå.

49 Den 6 oktober 2017 framställde parterna, med avseende på Förenade kungarikets interventionsinlaga, en begäran om att vissa uppgifter inte skulle lämnas ut till allmänheten och en begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE, vilka åtföljdes av motsvarande icke-konfidentiella versioner. BT/EE framställde inte några invändningar mot denna begäran om konfidentiell behandling inom den föreskrivna fristen.

50 Den 20 oktober 2017 bekräftade BT/EE att det inte hade några invändningar mot parternas begäran om konfidentiell behandling av repliken.

51 Den 31 oktober 2017 inkom kommissionen med sin duplik. Som bilaga till dupliken ingav kommissionen, som svar på en av åtgärderna för processledning av den 16 maj 2017, en slutlig bevisuppgift, i vilken relevansen av varje åberopat bevis preciserades.

52 Den 28 november 2017 ingav parterna en gemensam begäran om att vissa uppgifter inte skulle lämnas ut till allmänheten och, med avseende på dupliken, en gemensam begäran om konfidentiell behandling i förhållande till BT/EE, vilka åtföljdes av motsvarande icke-konfidentiella versioner. BT/EE framställde inte några invändningar mot denna begäran om konfidentiell behandling inom den föreskrivna fristen.

53 Den 31 oktober 2017 inkom sökanden med sina synpunkter på BT/EE:s och Förenade kungarikets interventionsinlagor. Kommissionen uppgav att den inte hade några synpunkter på dessa inlagor. Den 14 december 2017 inkom parterna till tribunalens kansli med en gemensam begäran om konfidentiell behandling och en gemensam icke konfidentiell version, i förhållande till BT/EE, av sökandens yttrande över BT/EE:s och Förenade kungarikets interventionsinlagor, samt en gemensam begäran om att vissa uppgifter inte skulle lämnas ut till allmänheten. BT/EE framställde inte några invändningar mot dessa begäranden inom den föreskrivna fristen.

54 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 9 februari 2018 framställde sökanden en begäran om muntlig förhandling. Kommissionen uttalade sig inte inom den föreskrivna fristen om huruvida en förhandling skulle hållas.

55 Den 17 april och den 25 juli 2018 ställde tribunalen, som en åtgärd för processledning enligt artikel 89 i rättegångsreglerna, skriftliga frågor till parterna, vilka de uppmanades att besvara skriftligen.

56 Parterna inkom med sina svar den 1, 2 och 18 maj, 25 juni, 13 juli, samt 8 och 13 augusti 2018. Eftersom sökanden, BT/EE och Förenade kungariket hade ingett åtaganden om konfidentiell behandling undertecknade av sina ombud, delgavs dessa rättegångsdeltagare de handlingar som var föremål för den begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning som framställts i ansökan. Sökanden yttrade sig även över dessa handlingar. Parterna ingav därefter en begäran om konfidentiell behandling och gemensamma icke-konfidentiella versioner av dessa yttranden i förhållande till BT/EE, Förenade kungariket och allmänheten. BT/EE och Förenade kungariket önskade inte yttra sig över dessa handlingar.

57 Kommissionen yttrade sig över sökandens yttrande över de handlingar som var föremål för den begäran om åtgärder för processledning eller bevisupptagning som framställts i ansökan av den 23 november 2018. Parterna ingav därefter en begäran om konfidentiell behandling och gemensamma icke-konfidentiella versioner av dessa yttranden i förhållande till BT/EE, Förenade kungariket och allmänheten.

58 Den 14 december 2018 inkom sökanden till tribunalens kansli med en skrivelse angående anordnandet av den muntliga förhandlingen. Kommissionen yttrade sig över nämnda skrivelse den 8 februari 2019.

59 Genom en åtgärd för processledning av den 15 februari 2019 anmodade tribunalen parterna att inkomma med gemensamma icke konfidentiella versioner, i förhållande till BT/EE och allmänheten, av förhandlingsrapporten. Parterna ingav dessa versioner den 1 mars 2019.

60 På förslag av referenten beslutade tribunalen (första avdelningen i utökad sammansättning) att inleda den muntliga delen av förfarandet den 1 mars 2019.

61 Genom beslut om bevisupptagning av den 19 mars 2019 anmodade tribunalen kommissionen att förete vissa handlingar. Kommissionen ingav dessa handlingar den 2 april 2019.

62 Som en åtgärd för processledning av den 19 mars 2019 ställde tribunalen skriftliga frågor till parterna och anmodade dem att besvara dessa frågor skriftligen. Parterna inkom med sina svar den 10 april 2019. Parterna ingav en begäran om konfidentiell behandling och gemensamma icke-konfidentiella versioner av dessa yttranden i förhållande till BT/EE och allmänheten.

63 Den 22 mars 2019 ingav sökanden en skrivelse till tribunalens kansli, varigenom sökanden begärde att den muntliga förhandlingen delvis skulle hållas inom stängda dörrar. Kommissionen, BT/EE och Förenade kungariket yttrade sig över denna skrivelse den 2, 3, respektive 4 april 2019.

64 Den 15 april 2019 vidtog tribunalen en åtgärd för processledning avseende förhandlingen.

65 Den 24 april 2019 ingav sökanden en skrivelse till tribunalens kansli angående anordnandet av den muntliga förhandlingen. BT/EE yttrade sig över denna skrivelse den 30 april 2019.

66 Efter förhandlingen den 2 och 3 maj 2019 ingav sökanden, den 10 maj 2019, en skrivelse till tribunalens kansli med svar på de frågor som ställts vid förhandlingen. Parterna ingav till tribunalens kansli en begäran om konfidentiell behandling och gemensamma icke-konfidentiella versioner av denna skrivelse i förhållande till BT/EE och allmänheten.

67 Den muntliga delen av förfarandet avslutades den 27 juni 2019.

## IV. Parternas yrkanden

68 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet,

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive kostnaderna avseende varje intervention.

69 Kommissionen har, med stöd av BT/EE och Förenade kungariket, yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan,

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

## V. Rättslig bedömning

### A. Tillämpliga bestämmelser

70 Inom ramen för den första grundens första del har sökanden anfört argument avseende omfattningen av tribunalens prövning av koncentrationer, det regelverk som är tillämpligt sedan förordning nr 139/2004 antogs, samt den bevisbörda och de beviskrav som åligger kommissionen när den ska visa att fråga är om en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen i enlighet med artikel 2.3 i förordning nr 139/2004.

71 Eftersom dessa argument är relevanta för prövningen av samtliga grunder och argument som parterna har anfört, ska denna första del av den första grunden analyseras innan sökandens övriga grunder och argument prövas. Tribunalen anser för övrigt att det även är lämpligt att erinra om några principer avseende motiveringsskyldigheten.

#### *1. Domstolsprövningens omfattning i fråga om koncentrationer*

72 Tribunalen erinrar inledningsvis om att dess inrättande i anslutning till domstolen och införandet av en domstol i två instanser dels syftade till att förbättra enskildas rättsskydd, i synnerhet beträffande en sådan talan som förutsätter en ingående undersökning av komplicerade faktiska omständigheter, dels hade som målsättning att bibehålla domstolsprövningens kvalitet och effektivitet inom Europeiska unionens rättsordning, genom att möjliggöra för domstolen att inrikta sin verksamhet på sin huvudsakliga uppgift – som är att säkerställa att rättsregler följs vid tolkningen och tillämpningen av unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 1998, Baustahlgewebe/kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punkt 41).

73 Inom ramen för unionens domstolssystem, där tribunalen ska fastställa de faktiska omständigheterna och göra en materiell prövning av tvisten, omfattar den lagenlighetsprövning som föreskrivs i artikel 263 FEUF samtliga omständigheter som framgår av de beslut som kommissionen antagit med stöd av förordning nr 139/2004, varvid tribunalen ska säkerställa en fördjupad prövning såväl vad gäller de rättsliga som de faktiska omständigheterna, mot bakgrund av de grunder som sökanden har åberopat.

74 Talan om ogiltigförklaring utgör en särskilt lämplig processuell ram för en fördjupad prövning av såväl de faktiska som de rättsliga omständigheterna under iakttagande av ett kontradiktoriskt förfarande, i synnerhet inom komplicerade områden såsom konkurrens, vilket framgår av tredje skälet i rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (EGT L 319, 1988, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 2 s. 89) (se, analogt, dom av den 25 juli 2018, Georgsmarienhütte m.fl., C-135/16, EU:C:2018:582, punkt 19).

75 Eftersom det angripna beslutet har antagits på grundval av bland annat artikel 8 i förordning nr 139/2004 och utgör en rättsakt för tillämpning av artikel 2 i den förordningen på en företagskoncentration, ska tribunalen, inom ramen för sin kontroll av huruvida ett sådant beslut är lagenligt, nöja sig med att undersöka kommissionens ställningstagande i avseende den anmälda koncentrationen. Det vill säga att tribunalen, mot bakgrund av de grunder och argument som sökanden har åberopat, ska pröva hur rätten har tillämpats på omständigheterna i sak och uttala sig om huruvida kommissionens bedömningar av koncentrationen är välgrundade (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juni 2002, Airtours/kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 53).

76 Såsom domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast ska unionsdomstolen, även för det fall att kommissionen har gjort komplicerade bedömningar, inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 39, se även dom av den 26 mars 2019, kommissionen/Italien, C-621/16 P, EU:C:2019:251, punkt 104 och där angiven rättspraxis).

### *2. Innebörden av den ändring som infördes genom förordning nr 139/2004*

77 Sökanden har hävdat att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i det angripna beslutet fastställde en så låg gräns för att ingripa, att kravet på att fråga ska vara om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens förlorade sitt innehåll. I förevarande fall tillämpade kommissionen detta rättsliga kriterium, som grundar sig på kommissionens egna riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 31, 2004, s. 5) (nedan kallade riktlinjerna), på ett sätt som skulle göra det möjligt för kommissionen att hindra varje horisontell koncentration på en oligopolistisk marknad.

78 I sin ansökan har sökanden begärt att tribunalen ska klargöra vilka kriterier som ska tillämpas för att fastställa huruvida ett ”påtagligt hinder för en effektiv konkurrens” är för handen när parterna på en oligopolistisk marknad varken har en dominerande ställning eller det förekommer samordning mellan dem.

79 Sökanden är av uppfattningen att den ändrade lydelsen av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, som är avsedd att omfatta fall av icke-samordnade effekter på oligopolistiska marknader, inte har medfört att gränsen har sänkts för när kommissionen kan ingripa i fråga om koncentrationer.

80 Kommissionen har gjort gällande att även om skäl 25 i förordning nr 139/2004 inte gör det möjligt att presumera att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens på grund av en marknads oligopolistiska struktur, anges emellertid däri att oligopol förtjänar särskild uppmärksamhet, även om det i förevarande fall inte går att dra några slutsatser och inte heller har dragits någon slutsats i sak på grundval av en sådan struktur.

81 Tribunalen erinrar i detta avseende om att genom rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1), sedermera ersatt av förordning nr 139/2004, fastställdes principen om att en koncentration med en gemenskapsdimension som skapar eller förstärker en dominerande ställning, som i sin tur innebär att en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, bör förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden, vilket även bekräftas i skäl 24 i förordning nr 139/2004.

82 I skäl 26 i förordning nr 139/2004 preciseras att den omständigheten att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas i allmänhet beror på att en dominerande ställning skapas eller förstärks. I nämnda skäl anges således att ”[f]ör att bevara den vägledning som kan erhållas från europeiska domstolars tidigare domar och kommissionsbeslut enligt förordning … nr 4064/89, samtidigt som överensstämmelsen vidmakthålls med de normer för konkurrensskada som har tillämpats av kommissionen och gemenskapsdomstolarna när det gäller huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden, bör därför i denna förordning principen fastställas att en koncentration med en gemenskapsdimension vilken påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens, särskilt om detta skulle vara följden av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, måste förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden”.

83 Dessutom föreskrivs numera i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, som har ersatt artikel 2.3 i förordning nr 4064/89, att en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, ska förklaras oförenlig med den inre marknaden.

84 Härav följer att den omständigheten att det visas att en dominerande ställning skapas eller förstärks, i den mening som avses i förordning nr 139/2004, i vissa fall kan vara detsamma som att det visas att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas. Emellertid betyder detta konstaterande på intet sätt att det andra kriteriet i rättsligt hänseende sammanfaller med det första, utan endast att det kan framgå av samma bedömning av de faktiska omständigheterna på en given marknad att båda kriterierna är uppfyllda (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 2005, EDP/kommissionen, T-87/05, EU:T:2005:333, punkt 49).

85 Till dags dato har unionsdomstolen inte uttryckligen tolkat vare sig förordning nr 4064/89 eller förordning nr 139/2004 vad gäller frågan huruvida koncentrationer som ger upphov till icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad är förenliga med den inre marknaden.

86 Det framgår av förarbetena till och lydelsen av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 (se särskilt adverbet i synnerhet) att denna bestämmelse antogs för att uppnå följande tre mål.

87 För det första gällde det att, på det materiella planet, utvidga tillämpningsområdet för kontrollen genom att göra det möjligt för kommissionen att, i det specifika sammanhanget avseende oligopolistiska marknader, granska transaktioner som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen även om de inte skulle resultera i att de berörda företagen skapade eller förstärkte en individuell eller gemensam dominerande ställning.

88 För det andra syftar artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 till att bevara och till och med stärka innebörden av begreppet dominerande ställning, genom att erkänna den betydelse som detta begrepp har haft i det system som konkurrensrätten har skapat inom unionen, såsom det har tolkats av

unionsdomstolen. Innebörden av detta begrepp är nämligen att myndigheterna ska kunna ingripa – i ett sammanhang som präglas av näringsfriheten – när de ställs inför transaktioner som, om de genomfördes, skulle göra det möjligt för en eller flera aktörer att stipulera konkurrensvillkoren och helt eller delvis undanröja konkurrensen på marknaden, utan att riskera någon reaktion från konkurrenterna eller konsumenterna.

89 För det tredje syftade denna bestämmelse till att öka rättssäkerheten och göra kommissionens bedömningar av koncentrationer mer öppna och förutsebara.

90 För att beakta dessa omständigheter ska artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 tolkas så, att kommissionen med stöd av denna bestämmelse, under vissa omständigheter, får förbjuda de koncentrationer på oligopolistiska marknader som – trots att de inte ger upphov till eller förstärker en individuell eller gemensam dominerande ställning – kan påverka konkurrensvillkoren på marknaden i en utsträckning som är jämförbar med vad som följer av en sådan ställning, genom att den sammanslagna enheten ensam kan bestämma konkurrensfaktorerna och i synnerhet – i stället för att vara tvungen att acceptera priser – själv kan sätta dessa.

91 Unionslagstiftaren har emellertid inte preciserat villkoren och gränserna för en sådan utvidgning av tillämpningsområdet för förordning nr 139/2004, så förordningen ska följaktligen tolkas mot bakgrund av dess syften.

92 I artikel 3.3 FEU anges att unionen ska upprätta en inre marknad som, i enlighet med protokoll (nr 27) om den inre marknaden och konkurrensen som fogats till Lissabonfördraget (EUT C 83, 2010, s. 309), vilket enligt artikel 51 FEU har samma värde som fördragen, omfattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids.

93 I likhet med artiklarna 101 och 102 FEUF ingår således förordning nr 139/2004 bland de konkurrensregler som, liksom de som avses i artikel 3.1 b FEUF, är nödvändiga för den inre marknadens funktion. Syftet med dessa regler är nämligen att hindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna, och de bidrar därmed till att trygga välståndet i gemenskapen (se, analogt, dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, punkterna 20–22, och dom av den 12 december 2018, Servier m.fl./kommissionen, T-691/14, under överklagande, EU:T:2018:922, punkt 238).

94 Det följer av numera fast rättspraxis att förordning nr 139/2004 särskilt till syftar till att säkerställa att omstruktureringar av företag inte på lång sikt skadar konkurrensen. Enligt skälen 5, 6 och 8 i förordning nr 139/2004 bör unionsrätten innehålla bestämmelser som är tillämpliga på sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den, och som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom unionen (dom av den 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punkt 21, och dom av den 31 maj 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punkt 41).

95 Närmare bestämt kan det konstateras att det i skäl 25 i förordning nr 139/2004 anges att ”[u]nder vissa omständigheter kan … koncentrationer som innebär att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar, leda till att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas, även när det inte är sannolikt att det förekommer samordning mellan medlemmarna i oligopolet”.

96 Artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 ska således tolkas mot bakgrund av skäl 25 i den förordningen, som uppställer två kumulativa villkor för att icke-samordnade effekter av en koncentration under vissa omständigheter kan leda till att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas, nämligen att ”det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör” å ena sidan, och att ”konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar” å den andra.

97 Härav följer att enbart den effekten att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar, i princip, inte i sig är tillräcklig för att visa att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, inom ramen för en skadeteori som grundar sig på icke-samordnade effekter.

98 Det var i synnerhet mot bakgrund av dessa överväganden som kommissionen i det angripna beslutet hänvisade till begreppen ”icke-samordnade effekter”, ”konkurrensen närhet”, ”minskning av konkurrenstrycket på de återstående konkurrenterna” och ”en viktig konkurrensfaktor”, vilka inte förekommer i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, utan endast i skäl 25 i den förordningen och i riktlinjerna.

99 I detta avseende framgår det av rättspraxis att kommissionen är bunden av de riktlinjer och tillkännagivanden som den antar beträffande kontroll av företagskoncentrationer, i den mån de inte avviker från reglerna i fördraget och i förordning nr 139/2004 (se, dom av den 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/kommissionen, T-405/08, ej publicerad, EU:T:2013:306, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

100 Även om kommissionens tidigare beslutspraxis eller innehållet i riktlinjerna kan utgöra en användbar referenspunkt och onekligen vara av intresse i förevarande fall, kan de inte i sig vara vägledande för tribunalens bedömning. Kommissionens riktlinjer, liksom dess tidigare beslutspraxis, kan nämligen i vilket fall som helst inte vara bindande för unionsdomstolen, som i enlighet med artikel 19 FEU är ensamt behörig att tolka unionsrätten, eftersom dessa riktlinjer endast hänvisar till hur kommissionen, i egenskap av administrativ myndighet, tolkar relevant lagstiftning och – i egenskap av unionens konkurrensmyndighet – tillämpar förordning nr 139/2004, bland annat utifrån ett ekonomiskt perspektiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 mars 2002, Italien/kommissionen, C-310/99, EU:C:2002:143, punkt 52, dom av den 1 oktober 2015, Electrabel och Dunamenti Erőmű/kommissionen, C-357/14 P, EU:C:2015:642, punkt 68, och dom av den 13 december 2017, Crédit mutuel Arkéa/BCE, T-712/15, EU:T:2017:900, punkt 75).

101 Dessa överväganden innebär emellertid inte att tribunalen, inom ramen för sitt uppdrag att tolka unionsrätten, inte kan ansluta sig till de ekonomiska eller rättsliga synpunkter och bedömningar som framgår av kommissionens beslutspraxis eller dess riktlinjer.

102 Såsom kommissionen har påpekat i punkt 24 i riktlinjerna, angående icke-samordnade effekter, kan en koncentration påtagligt hämma den effektiva konkurrensen på en marknad genom att eliminera ett betydande konkurrenstryck som en eller flera säljare varit utsatta för, varvid dessa följaktligen får ett ökad marknadsinflytande. Den mest direkta effekten av en koncentration är att konkurrensen mellan de samgående företagen försvinner. Om det ena av de samgående företagen exempelvis hade höjt sitt pris före genomförandet av koncentrationen, skulle det ha förlorat en viss försäljning till det andra samgående företaget. Genom koncentrationen försvinner detta specifika konkurrenstryck.

103 Företag på samma marknad som inte går samman kan också dra nytta av det minskade konkurrenstryck som följer av koncentrationen, eftersom de samgående företagens prishöjning kan styra en del av efterfrågan till de konkurrerande företagen, som i sin tur kan finna det lönsamt att höja sina priser. Minskningen av detta konkurrenstryck skulle kunna leda till betydande prishöjningar på den relevanta marknaden.

104 Såsom kommissionen har understrukit i punkt 28 i riktlinjerna, angående de fall där koncentrationsparterna är ”nära konkurrenter”, kan det faktum att konkurrensen mellan parterna har varit en viktig källa till konkurrens på marknaden således vara en central faktor i analysen.

105 Mot bakgrund av denna tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 kommer tribunalen i tur och ordning att pröva sökandens första, tredje och fjärde grund avseende de tre skadeteorier som kommissionen utvecklade i det angripna beslutet.

### *3. Bevisbörda och beviskrav i fråga om koncentrationer*

106 Inför och under förhandlingen anmodades parterna att yttra sig över tillämpliga beviskrav och fördelningen av bevisbördan vid tribunalen, både i fråga om koncentrationer i allmänhet och i förevarande fall.

107 Härvidlag erinrar tribunalen om att för att förklara en koncentration oförenlig med den inre marknaden måste kommissionen, enligt artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, visa att ett genomförande av den anmälda koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks (dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 26).

108 Inom ramen för förfaranden för kontroll av företagskoncentrationer består den nödvändiga analysen av den kommande utvecklingen i att pröva hur en företagskoncentration kan ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen och dess struktur på de berörda marknaderna. En sådan analys innebär att det är nödvändigt att föreställa sig olika logiska händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast (dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 32).

109 Såsom sökanden med rätta har påpekat skiljer sig kravet på bevis för att det föreligger icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad inte väsentligt från det krav som ska tillämpas för att fastställa att det föreligger samordnade effekter. I annat fall skulle det finnas en risk för att kommissionen kvalificerade de faktiska omständigheterna på ett sådant sätt att de omfattades av de mest förmånliga bevisreglerna vid tribunalen.

110 I detta avseende erinrar tribunalen om att den inneboende komplexiteten i en eller flera skadeteorier som framförts till stöd för att en företagskoncentration kan medföra ett eller flera hinder för en effektiv konkurrens visserligen utgör en faktor som måste beaktas vid bedömningen av koncentrationens konsekvenser, för att identifiera de konsekvenser som är troligast, men denna komplexitet påverkar inte i sig de krav som ställs på bevisningen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).

111 Ju mer framåtblickande analysen är och ju mer händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan är osäkra, samt svåra att urskilja och fastställa, desto viktigare är kvalitén på de bevis som kommissionen framställer för att visa att det krävs ett beslut om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 44). Ju mer en skadeteori som framförts till stöd för att en företagskoncentration kommer att medföra påtagliga hinder för den effektiva konkurrensen är komplex eller osäker, eller grundas på ett orsakssamband som är svårt att fastställa, desto större krav måste unionsdomstolen ställa på den konkreta prövningen av den bevisning som kommissionen förebringat i detta avseende.

112 Av rättspraxis framgår även att en sådan framåtblickande analys som krävs vid kontroll av koncentrationer ska upprättas med stor försiktighet, eftersom det inte är fråga om att undersöka tidigare händelser, avseende vilka det ofta förekommer ett stort antal uppgifter som gör det möjligt att förstå orsakerna, eller ens rådande omständigheter, utan om att förutse framtida händelser, vilka kan inträffa, med större eller mindre sannolikhet, såvida det inte antas ett beslut som förbjuder den planerade koncentrationen eller fastställer villkor för dess genomförande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 42).

113 För en sådan analys krävs först en bedömning av ett framtida beteende som den sammanslagna enheten och andra aktörer enligt kommissionen kommer att uppvisa efter koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 464), baserat på den ekonomiska utveckling som kommissionen bedömer vara den troligaste följden av koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).

114 Tribunalen erinrar även om att det följer av fast rättspraxis att kommissionen endast kan förklara en koncentration oförenlig med den inre marknaden om den skulle utgöra ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen och detta hinder är en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen. Ett sådant hinder, som följer av den sammanslagna enhetens framtida beslut, kan anses utgöra en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen om det framtida beteendet görs möjligt och blir ekonomiskt rationellt genom att koncentrationen medför en förändring av den relevanta marknadens struktur (se dom av den 11 december 2013, Cisco Systems och Messagenet/kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, punkt 118 och dr angiven rättspraxis).

115 Denna bedömning ska därefter kompletteras av en analys av referensmarknadens kommande utveckling, för att avgöra huruvida detta framtida beteende sannolikt kommer att ge upphov till en situation där den effektiva konkurrensen på den relevanta marknaden påtagligt hämmas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juni 2002, Airtours/kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 59).

116 Det är således med hänsyn till den troligaste ekonomiska utveckling som den aktuella koncentrationen kommer medföra som kommissionen i ett senare skede ska visa att koncentrationen sannolikt och på ett påtagligt sätt skulle hämma den effektiva konkurrensen på den berörda marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 364).

117 Eftersom den andra fasen av den analys som kommissionen ska göra är resultatet av en bedömning grundad på antaganden, kan det inte krävas att det ska förebringas bevis för att de scenarier och skadeteorier som legat till grund för denna bedömning med säkerhet kommer att uppstå. Dessa scenarier och skadeteorier ska emellertid, mot bakgrund av en analys av samtliga relevanta omständigheter, framstå som tillräckligt realistiska och troliga och kan således inte vara endast teoretiskt sett tänkbara.

118 Vid bedömningen av huruvida en rad sammantagna bevis och indicier ger vid handen att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, och denna bedömning grundar sig på flera skadeteorier, är kommissionen skyldig att lägga fram tillräcklig bevisning för att koncentrationen med stor sannolikhet kommer ge upphov till ett sådant påtagligt hinder. Det beviskrav som är tillämpligt i förevarande fall är således strängare än det som innebär att det, på grundval av en ”sannolikhetsavvägning”, ska visas att det är ”mer sannolikt än osannolikt” att en effektiv konkurrens påtagligt skulle hämmas, såsom kommissionen har hävdat. Detta beviskrav är däremot mindre strikt än det som innebär att det ”inte får förekomma rimligt tvivel” (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, punkterna 72–77, och generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande i målet Frankrike/kommissionen, C-559/12 P, EU:C:2013:766, punkterna 34 och 35, se, *e contrario*, generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, punkterna 209–211).

119 Mot bakgrund av dessa överväganden ska tribunalen pröva de argument som sökanden har anfört till stöd för sin talan, och i synnerhet de tre skadeteorier som kommissionen har framfört.

### *4. Motiveringen*

120 Tribunalen noterar att kommissionen inte är skyldig att, i motiveringen av ett beslut som den antar i enlighet med förordning nr 139/2004, ta ställning till samtliga uppgifter och argument som åberopats, inbegripet sådana som helt klart är av underordnad betydelse för den bedömning som ska avges. På så sätt kan tribunalen skilja ut vad som är väsentligt från det som är accessoriskt.

121 Kommissionen måste däremot på ett klart och kortfattat sätt redogöra för avgörande de faktiska omständigheter, rättsliga och ekonomiska överväganden, samt grunder och bevis som är av väsentlig betydelse för systematiken i ett beslut om företagskoncentrationer. Motiveringen ska dessutom vara logisk och inte innehålla motsägelser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 169).

122 Av fast rättspraxis framgår även att tribunalens skyldighet att motivera sina domar enligt artiklarna 36 första stycket och 53 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol inte innebär att tribunalen är skyldig att utforma domskälen så, att samtliga argument som parterna i målet anfört bemöts vart och ett för sig och på ett uttömmande sätt (se, dom av den 21 juli 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, ej publicerad, EU:C:2011:512, punkt 46 och där angiven rättspraxis).

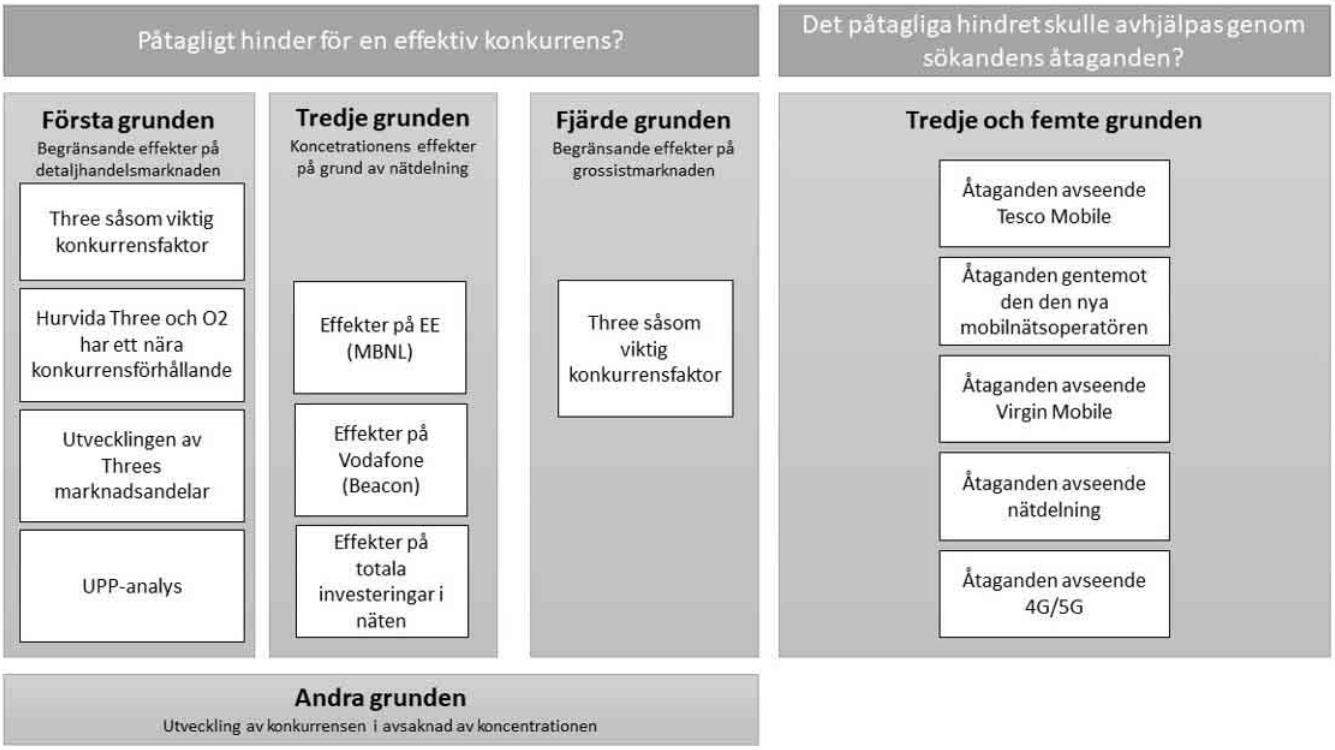
123 Av processekonomiska skäl och för att iaktta principen om god rättsskipning, kan unionsdomstolen avgöra en talan utan att nödvändigtvis behöva uttala sig om parternas samtliga grunder och argument.

## B. Sammanfattning av grunderna och talans struktur

124 Till stöd för sin talan har sökanden åberopat fem grunder. Sökanden har i tur och ordning bestridit de tre skadeteorier som framförts i det angripna beslutet, samt kommissionens slutsatser avseende sökandens åtaganden för att åtgärda de problem som denna institution påtalat.

125 Den första och den fjärde grunden avser kommissionens första, respektive tredje skadeteori, avseende att konkurrensen mellan Three och O2 skulle upphöra på detaljhandelsmarknaden (första grunden), och grossistmarkanden (fjärde grunden). Den andra grunden avser kommissionens bedömning av det kontrafaktiska scenario som låg till grund för analysen av detaljhandels- och grossistmarknaderna. Den tredje grunden avser den andra skadeteorin för detaljhandelsmarknaden, angående nätdelning och åtaganden för nätdelning. Den femte grunden avser övriga åtaganden.

126 Förhållandet mellan strukturen i det angripna beslutet och strukturen i ansökan illustreras genom följande tabell, som sökanden har upprättat.




127 Tribunalen ska således först pröva sökandens första, tredje och fjärde grund avseende de tre skadeteorier som kommissionen framfört, och kommer därefter att pröva den andra och den femte grunden.

## C. Den första skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden

### *1. Sammanfattning av det angripna beslutet*

128 Inom ramen för den första skadeteorin grundade sig kommissionen på det betydande konkurrenstryck som Three och O2 utövade på varandra, deras nära konkurrensförhållande och deras marknadsandelar, incitamenten för den sammanslagna enheten att höja priserna, samt konkurrenternas konkurrensförmåga, för att i skäl 1226 i det angripna beslutet komma till slutsatsen att koncentrationen ”kunde ge upphov till icke-samordnade konkurrenshämmande effekter på detaljhandelsmarknaden”.

129 Kommissionen påpekade särskilt att Three och O2 var de enda nätoperatörer i Förenade kungariket vars marknadsandelar kontinuerligt hade vuxit under de senaste åren (skäl 330–406 i det angripna beslutet) och att de konkurrerade starkt med varandra och med de övriga mobilnätsoperatörerna (skäl 407–463 i det angripna beslutet).

130 I skälen 468–681 i det angripna beslutet fann kommissionen att Three, före sammanslagningen, utgjorde en ”viktig konkurrensfaktor” i den mening som avses i punkt 37 i riktlinjerna eller i vilket fall utövade ett betydande konkurrenstryck. Det rörde sig nämligen om den mest företagsamma och innovativa aktören, eftersom Three erbjöd de mest konkurrenskraftiga priserna i direktkanalen samt 4G utan extrakostnad, vilket tvingade branschen att överge strategin att sälja 4G till ett högre pris.

131 I skälen 682–776 i det angripna beslutet fann kommissionen att för det fall att transaktionen uteblev, skulle Three – som hade sunda finanser och inte sannolikt skulle uppleva kapacitetsproblem – troligtvis fortsätta att utöva ett betydande konkurrenstryck, såsom förklarades närmare i bilaga C till det angripna beslutet, vilken utgör en integrerad del av beslutet.

132 Kommissionen ansåg även att O2 utövade ett betydande konkurrenstryck före transaktionen, och sannolikt skulle fortsätta göra det om transaktionen inte genomfördes (skälen 778–872 i det angripna beslutet).

133 Transaktionen skulle undanröja det konkurrenstryck som Three och O2 utövade på varandra å ena sidan, och det konkurrenstryck som dessa två operatörer utövade på de övriga mobilnätsoperatörerna å den andra, vilket skulle försvaga konkurrensen avsevärt på detaljhandelsmarknaden. Det föreföll i synnerhet sannolikt att den sammanslagna enheten skulle höja priserna (skälen 873–906 i det angripna beslutet).

134 Kommissionen drog samma slutsats inom ramen för sin kvantitativa analys av de priseffekter som sannolikt skulle uppstå till följd av att konkurrensen på detaljhandelsmarknaden skulle upphöra (skälen 1191–1225 i det angripna beslutet), vilka beskrivs närmare i bilaga A till det angripna beslutet, vilken utgör en integrerad del av beslutet.

135 Kommissionen ansåg att koncentrationen sannolikt skulle ha en negativ inverkan på de övriga mobilnätsoperatörernas möjligheter att konkurrera. Transaktionen skulle nämligen skapa störningar i de befintliga välfungerande arrangemangen för nätdelning. Kommissionen ansåg det sannolikt att BT/EE och Vodafone, mot bakgrund av deras historik och nuvarande strategi och positionering, skulle följa efter den sammanslagna enheten och höja priserna (skälen 907–960 i det angripna beslutet).

136 Beträffande icke-mobilnätsoperatörerna fann kommissionen att deras konkurrensmöjligheter och innovationsförmåga skulle begränsas (skälen 961–1148 i det angripna beslutet).

### *2. Sammanfattning av den första grunden och den huvudsakliga bevisning som förebringats till stöd för den första skadeteorin*

137 Genom den första grunden har sökanden gjort gällande att kommissionen, i det angripna beslutet, gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar, samt åsidosatte väsentliga formföreskrifter, dels genom sin tolkning och tillämpning av kriteriet ”viktig konkurrensfaktor” på Three (andra delgrunden), dels med avseende på konkurrensförhållandets närhet (tredje delgrunden), och slutligen vid bedömningen av marknadsandelarna (fjärde delgrunden).

138 Kommissionen gjorde sig dessutom skyldig till felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar samt missuppfattade bevisningen i sin bedömning av koncentrationens kvantitativa priseffekter (femte delgrunden) och den sammanslagna enhetens incitament efter transaktionen (sjätte delgrunden). Slutligen underlät kommissionen att göra en helhetsbedömning av dessa faktorer (sjunde delgrunden).

139 Under den muntliga förhandlingen framhöll kommissionen att den första skadeteorin i huvudsak grundades på följande tre omständigheter: det förhållandet att Three utgjorde en viktig konkurrensfaktor, det nära konkurrensförhållandet mellan Three och O2, samt den kvantitativa analysen av koncentrationens priseffekter.

140 Tribunalen anser det därför lämpligt att inledningsvis pröva den fjärde delgrunden, avseende analysen av marknadsandelarna, och den andra delgrunden, avseende kvalificeringen av Three som en viktig konkurrensfaktor, vilka delvis överlappar varandra, och därefter pröva den tredje delgrunden, avseende

bedömningen av det nära konkurrensförhållandet, och den femte delgrunden, avseende koncentrationens kvantitativa priseffekter. Därefter kommer, i förekommande fall, den sjätte och den sjunde delgrunden prövas.

### *a) Analysen av marknadsandelarna*

141 Inom ramen för den första grundens fjärde del har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning då den fann dels att den sammanslagna enheten, efter transaktionen, skulle inneha den största marknadsandelen, dels att detta förhållande skulle anses utgöra en indikation på att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle minska.

142 Sökanden har för det första hävdat att den sammanslagna enhetens marknadsandel skulle vara betydligt mindre än 50 procent, för det andra att kommissionen vid sin bedömning av marknadsandelarna inte beaktade andra faktorer, såsom styrkan hos Threes och O2:s konkurrenter, och för det tredje att kommissionen inte beaktade effekterna av den överlåtelse av O2:s aktieinnehav i Tesco Mobile som sökanden föreslagit enligt de åtaganden som lagts fram för kommissionen.

143 Kommissionen har bestridit dessa argument.

144 Tribunalen erinrar inledningsvis om att enligt fast rättspraxis är en riktig definition av den relevanta marknaden en nödvändig förutsättning för varje bedömning av en företagskoncentrations effekter på konkurrensen (dom av den 31 mars 1998, Frankrike m.fl./kommissionen, C-68/94 och C-30/95, EU:C:1998:148, punkt 143, och dom av den 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/kommissionen, T-405/08, ej publicerad, EU:T:2013:306, punkt 116).

145 Definitionen av de relevanta marknaderna utgör nämligen ett väsentligt steg i kontrollen av koncentrationer, eftersom den gör det möjligt att först fastställa ramarna för den konkurrens som företagen utövar på varandra, och därefter bedöma deras marknadsinflytande.

146 Den produktmarknad som berörs av koncentrationen ska definieras med beaktande av hela det ekonomiska sammanhanget, så att det eller de berörda företagens faktiska ekonomiska styrka kan bedömas. I detta avseende är det viktigt att först definiera de produkter som, utan att vara utbytbara med andra produkter, är tillräckligt utbytbara i förhållande till de produkter som företagen erbjuder, inte bara utifrån produkternas egna egenskaper utan även utifrån konkurrensvillkoren och utbuds- och efterfrågestrukturen på marknaden (dom av den 6 juni 2002, Airtours/kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, punkt 20).

147 Eftersom påtagliga hinder för en effektiv konkurrens i allmänhet följer av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, kan marknadsandelar enbart användas som indikationer på konkurrensproblem i den mån den marknad till vilken dessa marknadsandelar hänför sig på förhand har definierats korrekt. Detsamma gäller Herfindahl-Hirschmanns index (som används för att mäta graden av koncentration på en marknad) (nedan kallat HHI), vilket kommissionen har hänvisat till i skälen 398–405 i det angripna beslutet.

148 I förevarande fall konstaterar tribunalen att sökanden inte har bestridit att koncentrationen skulle resultera i att den oligopolistiska karaktären av en redan starkt koncentrerad marknad skulle förstärkas ytterligare. Det rör sig nämligen om en marknad där fyra – eller tre om sammanslagningen genomförs – aktörer delar på 90 procent av marknaden. Koncentrationen skulle göra det möjligt för den nya sammanslagna enheten, bestående av Three och O2, att representera [30–40 procent] av detaljhandelsmarknaden och därmed bli den största aktören framför BT/EE och Vodafone, vars marknadsandelar motsvarar [30–40 procent], respektive [20–30 procent].

149 Även om en sådan analys, grundad på mer eller mindre jämförbara marknadsandelar, ger upphov till symmetriska effekter som kan underlätta ett tyst samförstånd, och gör det möjligt att dra slutsatsen att koncentrationen på en oligopolistisk marknad förstärks, kan den emellertid inte leda till slutsatsen att denna koncentration skulle medföra en sådan varaktig skada på konkurrensen som i sig kan utgöra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens inom ramen för en skadeteori som grundar sig på icke-samordnade effekter.

150 Ett sådant resonemang skulle i praktiken göra det möjligt för kommissionen att förbjuda alla horisontella koncentrationer på en oligopolistisk marknad, eftersom det skulle innebära att skäl 25 i förordning nr 139/2004 tillämpades så att kriterierna avseende en eliminering av det betydande konkurrenstryck som koncentrationsparterna utövar dels på varandra, dels på återstående konkurrenter, per definition vore uppfyllda.

151 Följaktligen har kommissionen med rätta påpekat att marknadsandelarna, som undersöktes i skälen 330–406 i det angripna beslutet, endast gav en ”första indikation” på koncentrationsparternas betydelse för konkurrensen (se skälen 330 och 406, samt fotnot nr 271 i det angripna beslutet). I skäl 406 i det angripna beslutet angav kommissionen att ”storleken och utvecklingen av parternas marknadsandelar på den relevanta marknaden och de segment som den består av ger en första indikation på att Three och O2 utövar ett betydande konkurrenstryck på varandra”.

152 I motsats till vad sökanden har gjort gällande ansåg kommissionen således inte att den omständigheten att den sammanslagna enheten skulle ha den största marknadsandelen utgjorde en indikation på att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle minska, utan ansåg att storleken på och utvecklingen av Threes och O2:s marknadsandelar var en första indikation på att dessa företag utövade ett betydande konkurrenstryck, vilket skulle upphöra genom koncentrationen.

153 Analysen av marknadsandelarna visar inte heller något annat än att koncentrationen ytterligare skulle koncentrera ett oligopol med ett mycket litet antal aktörer på marknaden för mobil telekommunikation i Förenade kungariket, utan att för den skull ge upphov till konkurrensbegränsande effekter som kan jämföras med de som skulle kunna uppstå om en individuell eller gemensam dominerande ställning skapades eller förstärktes.

154 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grundens fjärde del.

### *b) Huruvida Three ska anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”*

155 Det framgår av det angripna beslutet att en av de omständigheter som kommissionen lade till grund för sin slutsats att koncentrationen skulle ge upphov till icke-samordnade effekter var att ”Three utgör en viktig konkurrensfaktor på detaljhandelsmarknaden …, i den mening som avses i punkt 37 i riktlinjerna, eller i vilket fall utövar ett betydande konkurrenstryck på denna marknad, vilket Three sannolikt skulle fortsätta att göra för det fall att sammanslagningen uteblir” (skäl 777 i det angripna beslutet).

156 Genom den första grundens andra del, avseende att bedömningen att Three utgjorde en viktig konkurrensfaktor var felaktig, har sökanden framställt tre invändningar. Dessa avser en missuppfattning av begreppet viktig konkurrensfaktor, den nivå av konkurrenstryck som Three utövade på detaljhandelsmarkanden, respektive en missuppfattning av begreppet betydande konkurrenstryck, varvid sökanden är av uppfattningen att var och en av dessa invändningar är tillräcklig för att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras.

*1) Huruvida begreppet ”viktig konkurrensfaktor” har missuppfattats*

157 Enligt sökanden gjorde kommissionen sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det är tillräckligt att ett företag ”varaktigt och intensivt bidrar till konkurrensprocessen” för att företaget ska anses utgöra en viktig konkurrensfaktor, eftersom en dylik tolkning av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” skulle innebära att det inte görs någon åtskillnad mellan varje konkurrents bidrag till konkurrensprocessen på en oligopolistisk marknad och den särställning som en viktig konkurrensfaktor har i den mening som avses i punkterna 37 och 38 i riktlinjerna.

158 Kommissionens påstående, i skäl 326 i det angripna beslutet och i svaromålet, att det inte är nödvändigt att en ”viktig konkurrensfaktor” utmärker sig i förhållande till sina konkurrenter i fråga om deras inverkan på konkurrensen, utgör en felaktig rättstillämpning, i synnerhet eftersom detta synsätt innebär att kommissionen kan kvalificera varje företag på en oligopolistisk marknad som en viktig konkurrensfaktor, vilket skulle motsvara ett faktiskt förbud mot horisontella koncentrationer på oligopolistiska marknader och strida mot rättssäkerhetsprincipen.

159 Kommissionens tillämpning av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” är även oförenlig med den tillämpning av begreppet som Förenade kungarikets och Förenade staternas konkurrensmyndigheter har förordat, och även med den utveckling som begreppet har genomgått i förarbetena till förordning nr 139/2004, samt kommissionens riktlinjer och tidigare beslut.

160 Kommissionen har genmält att det, i motsats till vad sökanden har hävdat, framgår av punkt 37 i riktlinjerna att det inte är nödvändigt att ett företag utmärker sig i förhållande till sina konkurrenter i fråga om påverkan på konkurrensen för att företaget ska anses utgöra en viktig konkurrensfaktor, utan det är tillräckligt att företaget har en större roll i konkurrensprocessen än vad företagets marknadsandelar ger anledning att tro.

161 Sökandens påstående att kommissionen inte gjorde någon åtskillnad mellan varje aktörs bidrag till konkurrensprocessen på en oligopolistisk marknad å ena sidan, och den särställning som en viktig konkurrensfaktor innehar å den andra, är uppenbart ogrundat, eftersom kommissionen inte ansåg att O2 utgjorde en viktig konkurrensfaktor, såsom framgår av skäl 872 i det angripna beslutet. Dessutom kan ett företag som ingår i ett oligopol kan, med ett tämligen defensivt synsätt, ha en begränsad inverkan på konkurrensen.

162 Sökandens påstående att kommissionens synsätt bland annat är oförenligt med det som förordas av konkurrensmyndigheterna i Förenade kungariket och Förenta staterna saknar slutligen relevans och grund. Riktlinjerna skiljer sig således avsiktligen från sin amerikanska motsvarighet. Såsom framgår av skäl 483 i det angripna beslutet instämmer för övrigt Förenade kungarikets konkurrens- och marknadsmyndighet i kommissionens slutsatser om det konkurrenstryck som Three utövade.

163 Såsom det har erinrats om i punkterna 100 och 101 ovan, konstaterar tribunalen att även om kommissionens riktlinjer och dess tidigare beslutspraxis inte är bindande för unionsdomstolen, kan tribunalen, i förekommande fall, ansluta sig till de ekonomiska eller rättsliga synpunkter och bedömningar som framgår av kommissionens beslutspraxis eller riktlinjer.

164 Tribunalen erinrar även om att i ett visst antal ärenden (se ärendena COMP/M.6203 – Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (nedan kallat det tyska ärendet), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (nedan kallat det irländska ärendet), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)), har kommissionen ansett att en eller två parter i koncentrationen utgjorde ”viktiga konkurrensfaktorer”, och att det förhållandet att dessa faktorer skulle undanröjas till följd av koncentrationen, jämte andra omständigheter (hinder för

inträde, koncentrationsnivån på marknaden, prishöjningar, koncentrationsparternas nära konkurrensförhållande etc.), kunde medföra ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen, men likväl – på vissa villkor – godkänt den aktuella koncentrationen.

165 Vad gäller sökandens argument att kommissionens tillämpning av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” är oförenlig med dess tidigare beslutspraxis, ska det påpekas att det synsätt som kommissionen har intagit i det angripna beslutet överensstämmer dess synsätt i det tyska ärendet (skälen 120–122, se punkt 164 ovan), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (skäl 245) och COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (skälen 265 och 283).

166 I ärendet COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010), prövade kommissionen dessutom frågan huruvida någon av parterna i den koncentrationen kunde anses vara en ”särskilt viktig konkurrent” på marknaden för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket, och därmed hade en ”särskilt begränsande inverkan” på de övriga aktörerna på denna marknad. I det beslutet konstaterade kommissionen, på grundval av en analys av bruttoökningen av abonnenter, att 3UK kunde betraktas som ett ”störningsmoment på marknaden”, eftersom det ”övertog” fler kunder från Orange och T-Mobile än vad som framgick av dess marknadsandelar. I det beslutet ansåg kommissionen dessutom att 3UK var marknadsledande i fråga om priser och innovation av tjänster.

167 I punkt 380 i meddelandet om anmärkningar konstaterade kommissionen att det inte är nödvändigt att ett företag har en ”oberoende roll” på marknaden för att företaget ska anses vara en viktig konkurrensfaktor. Kommissionen ansåg närmare bestämt att ett sådant företag, på ett väsentligt och varaktigt sätt, ska bidra till konkurrensprocessen på marknaden på grundval av parametrar såsom pris, kvalitet, urval och innovation. En koncentration som omfattar ett företag som nyligen har inträtt på marknaden, och som kan antas utöva ett betydande konkurrenstryck på denna marknad, är enligt kommissionen endast ett exempel på en situation där betydande icke-samordnade konkurrensbegränsande effekter skulle kunna uppstå.

168 Såsom framgår av skäl 318 i det angripna beslutet, erinrar tribunalen om att sökanden redan under det administrativa förfarandet framhöll att för att ett företag ska kunna anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”, måste företaget utmärka sig i förhållande till sina konkurrenter vad gäller dess inverkan på konkurrensen, genom att ha en särställning på marknaden som gör det möjligt för företaget att – i förhållande till sina marknadsandelar – utöva starka och oproportionerliga påtryckningar på andra marknadsaktörer, såsom är nödvändigt för att bevara en effektiv konkurrens.

169 I skäl 326 i det angripna beslutet bemötte kommissionen detta argument och påpekade att en ”viktig konkurrensfaktor” inte behövde skilja sig från sina konkurrenter i fråga om inverkan på konkurrensen. Kommissionen är av uppfattningen att den omständigheten att den i sin tidigare beslutspraxis har ansett att vissa företag, i egenskap av viktiga konkurrensfaktorer, har varit unika genom sin ”aggressivitet” på marknaden och ökat sin närvaro på denna marknad snabbare än någon annan konkurrent, inte innebär att det finns endast en definition av begreppet ”viktig konkurrensfaktor”.

170 I sitt svaromål medgav kommissionen däremot att en ”viktig konkurrensfaktor” måste spela en större roll på marknaden än vad dess marknadsandelar ger anledning att tro, ägna sig åt särskilt aggressiv konkurrens och tvinga de andra aktörerna att följa detta beteende.

171 Angående undanröjandet av en ”viktig konkurrensfaktor”, framgår det av det angripna beslutet att kommissionen är av uppfattningen att blott den omständigheten att ett företag som spelar än större roll än vad dess marknadsandelar ger anledning att tro upphör att existera, och att konkurrenstrycket till följd därav skulle minska, i sig är tillräcklig för att styrka att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

172 En sådan tolkning av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” som har förordats i det angripna beslutet skulle emellertid, om det skulle anses utgöra ett självständigt rättsligt kriterium, införa ett kompletterande och alternativt begrepp i förhållande till begreppet ”viktigt konkurrenstryck” i skäl 25 i förordning nr 139/2004. Detta skulle sänka beviskravet för att visa att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens beroende på om kommissionen kvalificerar en koncentrations förutsebara effekter som ”icke-samordnade effekter” eller ”samordnade effekter”.

173 Kommissionens synsätt i det angripna beslutet resulterar i praktiken i en sammanblandning av tre begrepp, nämligen begreppet ”påtagligt hinder för en effektiv konkurrens”, vilket är det rättsliga kriterium som anges i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, begreppet ”ett viktigt konkurrenstryck upphör”, som förekommer i skäl 25 i samma förordning, samt begreppet ”eliminering av ett betydande konkurrenstryck”, som används i det angripna beslutet och som förekommer i riktlinjerna. Genom att sammanblanda dessa begrepp utvidgade kommissionen avsevärt tillämpningsområdet för artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, eftersom varje undanröjande av en viktig konkurrensfaktor skulle innebära ett undanröjande av ett viktigt konkurrenstryck, vilket i sin tur skulle motivera slutsatsen att fråga är ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

174 Härav följer att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och gjorde en felaktig bedömning i skäl 326 i det angripna beslutet, när den fann att det inte är nödvändigt att en ”viktig konkurrensfaktor” skiljer sig från sina konkurrenter i fråga om dess inverkan på konkurrensen, i synnerhet eftersom detta synsätt skulle innebära att kommissionen skulle kunna kvalificera varje företag på en oligopolistisk marknad som utövar ett konkurrenstryck som en ”viktig konkurrensfaktor”.

175 Såsom sökanden med rätta har påpekat skulle det innebära att kommissionen, enbart med stöd därav, kunde förbjuda horisontella koncentrationer på sådana marknader, vilket även skulle utgöra ett åsidosättande rättssäkerhetsprincipen eftersom kommissionen i sådant fall skulle kunna underlåta att ta ställning till huruvida det betydande konkurrenstryck som koncentrationsparterna utövat på varandra eventuellt skulle undanröjas, till förmån för en skadeteori som endast grundas på att konkurrenstrycket på de övriga konkurrenterna skulle minska.

176 Invändningen avseende att kommissionen missuppfattade begreppet ”viktig konkurrensfaktor” är således välgrundad.

*2) Nivån av det konkurrenstryck som Three utövar på detaljhandelsmarknaden*

177 Kommissionens slutsats i det angripna beslutet att Three utgör en ”viktig konkurrensfaktor”, eller i vilket fall utövar ett betydande konkurrenstryck på denna marknad, grundar sig på följande faktorer: för det första, en bruttoökning av antalet abonnenter som överstiger Threes marknadsandel (skäl 481), för det andra, utvecklingen av dess marknadsandel och kundkrets (skälen 475–480), för det tredje, Threes prispolitik (skälen 578–633), för det fjärde, Threes bidrag till innovation och konkurrens (skälen 485–577), och för det femte, dess nätkvalitet och kundtjänst, samt kundernas lojalitet (skälen 653–680).

178 Sökanden anser att kommissionens prövning av de fyra första faktorerna är behäftad med uppenbart oriktiga bedömningar.

*i) Bruttoökningen av abonnenter*

179 För att dra slutsatsen att Three utgör en ”viktig konkurrensfaktor”, eller i vilket fall utövar ett betydande konkurrenstryck på detaljhandelsmarknaden, grundade sig kommissionen bland annat på den omständigheten att Threes bruttoökning av abonnenter var större än dess marknadsandel (skäl 481–484 i det angripna beslutet).

180 Sökanden anser att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den i skäl 397 i det angripna beslutet fann att Threes bruttoökning av abonnenter (det vill säga andelen nya kunder) ”utgör den första indikationen på att Three utövar ett viktigare konkurrenstryck än vad dess marknadsandel ger anledning att tro”, trots att bruttoandelen av Threes nya abonnenter, på [10 – 20 procent] (beroende på om man använder sig av Threes eller kommissionens beräkningar), dels är mycket låg i absoluta tal, dels är jämförbar med eller till och med lägre än dess abonnentandel på [10–20 procent].

181 I förevarande fall angav kommissionen, i skäl 388 i det angripna beslutet, att enligt kommissionens beräkningar var bruttoandelen av Threes nya abonnenter större än dess marknadsandel.

182 I punkterna 65 och 74 i svaromålet har kommissionens emellertid medgett att efter nya beräkningar av marknadsandelarna och bruttoandelarna nya kunder, var Threes bruttoandel nya kunder för 2014 och första halvåret 2015 endast något högre än dess marknadsandelar under samma period. Med andra ord är det ingen större skillnad mellan Threes bruttoandelar av nya kunder och dess marknadsandelar.

183 I detta hänseende ska det påpekas att Threes bruttoandelar nya kunder inte visar att Three spelar en viktigare roll för konkurrensen än vad dess marknadsandelar ger anledning att tro. Enligt den för kommissionen mest gynnsamma teorin, nämligen att företaget hade haft en stadig tillväxt, uppgick företagets bruttoökning av abonnenter till [10 procent–20 procent]. Denna andel är emellertid mycket låg i förhållande till de marknadsandelar som beskrivits i skäl 335 och 343 i det angripna beslutet. Denna ökning måste även anses vara mycket begränsad i jämförelse med siffrorna för nya abonnenter hos sådana företag som kommissionen i sin tidigare beslutspraxis, i ärende M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), samt de tyska och irländska ärendena (se punkt 164 ovan), har ansett utgöra ”viktiga konkurrensfaktorer”.

184 Som svar på en fråga som tribunalen ställt under förhandlingen, om vilken betydelse en bruttoökning av abonnenter som är [0–5 procent] högre än marknadsandelarna ska tillmätas som bevis för att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, har kommissionen nöjt sig med att hävda att denna ökning endast var ett indicium bland många inom den helhetsbedömning av flera faktorer som den lagt till grund för sina slutsatser i det angripna beslutet.

185 Kommissionen har särskilt anfört att den omständigheten att en aktör som Three har en begränsad bruttoökning nya kunder i förhållande till sin marknadsandel, är tillräcklig för att skapa en ”betydande konkurrensfaktor”, om man beaktar att detta företag konstant har utvecklats på den relevanta marknaden. Kommissionen anser nämligen att den omständigheten att Three hade en stadigt växande bruttoandel nya abonnenter under åren innan det angripna beslutet antogs, är en tillräcklig indikation som gör det möjligt att styrka att Three är en konkurrent som utövar ett konkurrenstryck på detaljhandelsmarknaden.

186 Tribunalen påpekar emellertid att i förhållande till de marknadsandelar som beskrivits i skälen 335 och 343 i det angripna beslutet förefaller en bruttoökning av abonnenter – som med tillämpning av den för kommissionen mest gynnsamma teorin, med högsta tänkbara tillväxt – kan beräknas till cirka [10–20 procent], mycket låg och inte jämförbar med de siffror för nya abonnenter hos företag som kommissionen i sin tidigare beslutspraxis, ärende M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), samt de tyska och irländska ärendena (se punkt 164 ovan), har ansett utgöra ”viktiga konkurrensfaktorer”.

187 Under den skriftliga delen av förfarandet och under förhandlingen har sökanden dessutom, utan att motsägas av kommissionen på denna punkt, hävdat att i fråga om andra företag som kommissionens också har ansett utgöra ”viktiga konkurrensfaktorer”, inom ramen för koncentrationer som inneburit att antalet konkurrenter inom mobiltelefonisektorn har sjunkit från fyra till tre, har bruttoandelen nya abonnenter uppgått till mellan 21 och 50 procent, vilket uppenbart inte är fallet vad gäller Three.

188 Härav följer att Threes bruttoökning av nya abonnenter under alla omständigheter inte kunde ligga till grund för kommissionens slutsats, inom ramen för en skadeteori grundad på icke-samordnade effekter, att denna operatör utgjorde en ”viktig konkurrensfaktor”.

189 Härav följer att kommissionens slutsats i skäl 397 i det angripna beslutet, att Threes bruttoökning av nya abonnenter ”utgör den första indikationen på att Three utövar ett viktigare konkurrenstryck än vad dess marknadsandel ger anledning att tro”, är oriktig.

190 Argumentet att kommissionen gjorde en oriktig bedömning avseende Threes bruttoökning av nya abonnenter är således välgrundat.

*ii) Ökningen av Threes abonnenter*

191 Enligt sökanden gjorde kommissionen en uppenbart oriktig bedömning i skäl 474 i det angripna beslutet, där den drog slutsatsen att utvecklingen av Threes marknadsandel visade att Three var en ”viktig konkurrensfaktor”. De uppgifter som framgår av skälen 335, 343, 475 och 477 i det angripna beslutet visar nämligen att Threes tillväxt var mycket långsam.

192 Kommissionen har hävdat att Threes omsättning och marknadsandel i fråga om abonnenter har ökat oavbrutet. Threes tillväxt, i egenskap av tjänsteleverantör, på 1 procent under 2013–2014 bör ses mot bakgrund av en marknad där ingen annan aktör, med undantag för O2, har kunnat uppnå en sådan tillväxttakt, såsom illustreras i skälen 343 och 346 i det angripna beslutet. Tvärtemot vad sökanden har hävdat, har Threes kunder dessutom konstant visat [*konfidentiell uppgift*] [1] på marknaden under 2010–2014, varvid Threes, O2:s och Vodafones totala antal abonnenter ökade med [*konfidentiell uppgift*] och BT/EE:s totala antal abonnenter minskade med nästan [*konfidentiell uppgift*] (skäl 477 i det angripna beslutet).

193 Tribunalen konstaterar att de uppgifter som framgår av skälen 335, 343, 346 och 477 i det angripna beslutet tycks visa att Three hade en högre tillväxt än sina konkurrenter. I detta hänseende har kommissionen gjort gällande att tribunalen, i domen av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), slog fast att en konstant ökning av marknadsandelar är en övertygande omständighet för att en aktör utövar tryck på konkurrensen.

194 Det ska påpekas att en den omständigheten att en aktör stärker sina marknadsandelar under flera år i rad verkligen tyder på konkurrensstyrka hos denna aktör. I förevarande mål är det emellertid inte möjligt att tillämpa de slutsatser som tribunalen drog i domen av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen (T-210/01, EU:T:2005:456), där sökanden var den klart största leverantören av flygmotorer, hade den högsta tillväxttakten på marknaden och således hade en dominerande ställning.

195 Detta resonemang är emellertid inte tillämpligt i förevarande fall, som inte rör ett företag i dominerande ställning som har stärkt sin position på marknaden. Blott den omständigheten att den minsta mobilnätsoperatören på en oligopolistisk marknad, det vill säga Three – som kommissionen tidigare (ärende COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) och i meddelandet om invändningar i förevarande mål, ansett är en ”ensamvarg” (maverick) på marknaden – har sett sin bruttoandel nya abonnenter öka under flera år i rad, är inte i sig tillräcklig för att kunna dra några slutsatser om denna operatörs position på marknaden eller om huruvida det starka konkurrenstryck som koncentrationsparterna utövar på varandra skulle undanröjas.

1 Konfidentiella uppgifter har utelämnats.

196 Såsom sökanden har gjort gällande i sin ansökan och vid den muntliga förhandlingen, kan tribunalen dessutom konstatera att det framgår av diagram nr 19 och 20 i det angripna beslutet att Threes marknadsandelar stagnerade eller stabiliserades på [5–10 procent] under 2012–2014, såväl i fråga om abonnenter som intäkter. Enligt dessa diagram hade Three en svag tillväxt i fråga om abonnenter under de senaste åren.

197 Härav följer att kommissionens slutsats i skäl 474 i det angripna beslutet, att utvecklingen av Threes marknadsandel visade att Three var en ”viktig konkurrensfaktor”, också är oriktig.

198 Argumentet att kommissionen gjorde en oriktig bedömning av Threes tillväxt i fråga om abonnenter är således välgrundat.

*iii) Threes prispolitik*

199 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning i skälen 578 och 579 i det angripna beslutet, där den med stöd av en ”kvalitativ och kvantitativ prisanalys” drog slutsatsen att ”Three genom sina priser alltid har utövat ett starkt konkurrenstryck på marknaden”.

200 Sökandens analyser visar nämligen att i fråga om direktförsäljning erbjuder Three något lägre priser än de andra mobilnätsoperatörerna, men i fråga om indirekt försäljning tillämpar Three betydligt högre priser än de övriga mobilnätsoperatörerna och de virtuella mobilnätsoperatörerna.

201 I sin kvalitativa prisanalys bortsåg kommissionen från de indirekta distributionskanalerna, och försäljningen bland virtuella mobilnätsoperatörer är mycket lågt beräknad i denna analys.

202 Kommissionen har, vad gäller sin egen kvalitativa prisanalys, hävdat att den i skälen 1032–1079 i det angripna beslutet uttryckligen beaktade prisnivån hos virtuella mobilnätsoperatörer och indirekta distributionskanaler, samt deras begränsade möjligheter att kompensera för de priseffekter som sammanslagningen sannolikt skulle ge upphov till.

203 Sökandens kvantitativa analys, som framgår av skäl 604 i det angripna beslutet, bekräftar dessutom att Three var den billigaste mobilnätsoperatören vid direktförsäljning under oktober 2014 – februari 2016.

204 Beträffande kommissionens kvalitativa prisanalys, som det redogörs för i skälen 580–602 i det angripna beslutet, framgår det av denna analys att jämfört med andra mobilnätsoperatörer erbjuder Three de mest konkurrenskraftiga priserna på marknaden för ett visst antal abonnemang, och bland de mest konkurrenskraftiga priserna på marknaden för andra typer av abonnemang.

205 Sökanden anser att var och en av de kvalitativa och kvantitativa analyser som framgår av dess yttrande över meddelandet om invändningar, och av den undersökning som Hutchinson genomfört, visar att Threes priser var genomsnittliga, och pendlade mellan de övriga mobilnätsoperatörernas priser vid direktförsäljning och de virtuella mobilnätsoperatörers priser vid indirekt försäljning.

206 En kvantitativ analys av parterna, på grundval av 80 000 olika priser under 2014–2016, skulle närmare bestämt ha lett till slutsatsen att Three var en ”genomsnittlig” konkurrent, det vill säga en ”något billigare” konkurrent än andra mobilnätsoperatörer vid direktförsäljning, men ”betydligt dyrare” än virtuella mobilnätsoperatörer och övriga mobilnätsoperatörer vid indirekt försäljning. I det angripna beslutet likställs dessutom Threes låga priser med en aggressiv prispolitik, trots att de endast återspeglar ett anbud av lägre kvalitet eller ett lägre märkesvärde, och således inte har någon påtaglig inverkan på konkurrensen.

207 Sökanden anser att denna kompletta analys av samtliga priser på marknaden vid den relevanta tidpunkten visar att Threes prispolitik låg i linje med marknadspriserna. I det angripna beslutet hänvisades däremot till vissa utvalda eller rent anekdotiska priser, jämförda vid vissa tidpunkter med vissa abonnemang, men utan någon förklaring till detta urval.

208 I detta avseende har kommissionen gjort gällande att dess analys avsåg de vanligast förekommande mobiltelefonerna i Förenade kungariket. Kommissionen anser att även om de priser som operatörerna erbjuder skiljer sig åt (i fråga om datavolym, samtalstid etc.) och inte alltid erbjuder identiska villkor, är de likväl jämförbara.

209 I motsats till vad sökanden har hävdat, konstaterar tribunalen att kommissionen i skälen 584, 589, 590, 592–595 och 601 i det angripna beslutet, beaktade de priser som icke-mobilnätsoperatörerna och de indirekta återförsäljarnas erbjöd. I det angripna beslutet beaktade kommissionen således de virtuella mobilnätsoperatörernas priser, och preciserade samtidigt att vissa av dem, bland annat Tesco Mobiles och Virgin Mobiles priser, var lägre än Threes.

210 Tribunalen kan även konstatera att i ärendet COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange ansåg kommissionen att ”’virtuella’ mobilnätsoperatörer spelar en viktig roll på detaljhandelsmarknaden i Förenade kungariket … ’Virtuella’ mobilnätsoperatörer konkurrerar inte bara med sina värdoperatörer om priser och tjänster till kunderna, utan de stimulerar även konkurrensen genom att introducera innovativa affärsmodeller”.

211 I skäl 969 och följande skäl i det angripna beslutet drog kommissionen emellertid slutsatsen att virtuella mobilnätsoperatörer, i dagsläget, inte med framgång kan begränsa konkurrensen från mobilnätsoperatörerna på detaljhandelsmarknaden.

212 Härav följer emellertid inte att Three genom sin prispolitik utövade ett starkt konkurrenstryck.

213 Utan att det är nödvändigt att tribunalen tar ställning till denna fråga kan det nämligen konstateras att enbart den omständigheten att Threes priser inkluderar 4G-tjänster utan extra avgifter inte är tillräcklig för att bevisa att Three förde en särskilt aggressiv prispolitik.

214 På samma sätt är blott den omständigheten att Threes erbjudanden är billigare inom vissa, men inte samtliga marknadssegment, i vilket fall som helst inte tillräcklig för att visa att Three utgör en ”viktig konkurrensfaktor”, eftersom Threes prispolitik i sådant fall måste kunna ändra konkurrensdynamiken på ett påtagligt sätt, såsom sökanden med rätta har understrukit.

215 I skälen 588–590 i det angripna beslutet anges emellertid endast att Threes priser är ”bland de lägsta på marknaden” och ”bland de billigaste för lågprisdata”. Denna beskrivning av Three visar på intet sätt att dess prispolitik på ett påtagligt sätt kan påverka konkurrensdynamiken på marknaden.

216 Argumentet avseende en felaktig bedömning av Threes prispolitik är således välgrundat, eftersom kommissionen i förevarande fall inte på ett tillfredställande sätt och med stöd av övertygande bevisning har visat att Three bedrev en särskilt aggressiv konkurrens i fråga om prissättning och tvingade de övriga aktörerna på marknaden att samordna sina priser, eller att Threes prispolitik på ett påtagligt sätt kunde påverka konkurrensdynamiken på marknaden, i enlighet med den definition av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” som det erinrats om i punkt 170 ovan och som kommissionen för övrigt utförligt har redogjort för i sitt svaromål.

*iv) Threes tidigare roll på marknaden*

217 Sökanden anser att de omständigheter som anges i skälen 497–575 i det angripna beslutet angående Threes tidigare roll på marknaden är anekdotiska och inte kan ligga till grund för slutsatsen att Three är en ”viktig konkurrensfaktor”. Den bevisning som sökanden har lagt fram visar att de initiativ som Three tagit, och som åberopats i det angripna beslutet, endast hade en begränsad inverkan på konkurrensen.

218 Kommissionen har genmält att Threes tidigare roll på marknaden är relevant, eftersom den visar på företagets förmåga att möta konkurrensutmaningar och gör det möjligt att förutse dess framtida beteende (skäl 486 i det angripna beslutet). Threes initiativ har på ett konsekvent sätt bidragit till dess årliga tillväxt. Uppgifterna i ärendehandlingarna visar att Three spelade en väsentlig roll i prissänkningen på 4G.

219 Tribunalen erinrar härvidlag om att i det angripna beslutet redogjorde kommissionen för hur Three, den nyaste aktören på detaljhandelsmarknaden, ändrade vad som var brukligt i branschen i fråga om begränsningar av dataanvändning och prishöjningar för datatrafik genom sin lansering av ”One Plan” (se skälen 497–522 och i synnerhet skälen 515 och 522), genom sin lansering av gratis internationell roaming (skälen 523–538) och genom att erbjuda 4G utan extra avgifter, vilket tvingade dess konkurrenter att överge sina strategier för att sälja 4G till ett högre pris (skälen 539–572 och i synnerhet skälen 565 och 572).

220 Såsom sökanden har påpekat är de kommersiella initiativ som Three tagit, och som kommissionen granskat i skälen 497–575 i det angripna beslutet för att påvisa bolagets aggressiva konkurrensbeteende, emellertid överspelade numera, eftersom de huvudsakligen genomfördes före den omfattande strategiändringen i slutet av 2013, när Three gick från priskonkurrens till märkeskonkurrens.

221 I meddelandet om invändningar tycks kommissionen emellertid, till en början, ha bekräftat sitt tidigare synsätt att Three agerade som en ”ensamvarg” (maverick) på marknaden för mobil telekommunikation i Förenade kungariket.

222 I punkterna 1258 och 1357 i meddelandet om invändningar drog kommissionen nämligen slutsatsen att Three efter sammanslagningen skulle få en ledande ställning på marknaden, och ha liten eller ingen anledning att störa en eventuell samordning. Efter sammanslagningen skulle det således finnas tre företag på marknaden som inte skulle orsaka störningar, vilket skulle kunna ge upphov till samordnade effekter på marknaden, medan tidigare försök till samordning har misslyckats på grund av Threes självständiga beteende.

223 Eftersom skadeteorin avseende samordnade effekter senare övergavs av kommissionen i det angripna beslutet, har kommissionens argument beträffande Threes tidigare roll på marknaden ett svagt bevisvärde vid helhetsbedömningen av den samlade bevisning som anförts till stöd för den första skadeteorin.

224 Även om kommissionens argument avseende Threes tidigare roll på marknaden som sådan är korrekt, vilket sökanden inte tycks bestrida i sig, har kommissionen inte lyckats visa i det angripna beslutet att Threes tidigare roll var representativ för dess prispolitik vid tidpunkten för anmälan av koncentrationen. Kommissionens resonemang i detta avseende tycks innebära att ett företag som historiskt sett har agerat självständigt nödvändigtvis kommer att agera så i framtiden, och inte kan förändra sin position på marknaden genom att tillämpa en annan prispolitik.

225 Argumentet avseende en oriktig bedömning av Threes tidigare roll på marknaden, och särskilt dess värde som bevis för att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, är således välgrundat.

226 Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden ska invändningen avseende det konkurrenstryck som Three utövar på detaljhandelsmarkanden godtas.

### *c) Bedömningen av konkurrensförhållandets närhet*

227 En annan omständighet som kommissionen lade till grund för sin slutsats att koncentrationen skulle ge upphov till icke-samordnade effekter är det förhållandet att Three och O2 ”är nära konkurrenter på hela detaljhandelsmarknaden” (skäl 463 i det angripna beslutet). Denna slutsats vilar på en kvalitativ analys av diversionskvoter som grundar sig på data om mobilnummerportabilitet, samt diversionskvoter som grundar sig på en undersökning som kommissionen genomfört.

228 Genom den första grundens tredje del har sökanden i huvudsak gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den konstaterade att samtliga fyra mobilnätsoperatörer är nära konkurrenter på detaljhandelsmarknaden (skälen 438 och 439 i det angripna beslutet), när den underlät att beakta den höga graden av utbytbarhet med tredje parters erbjudanden, och när den felaktigt drog slutsatsen att Three och O2 var nära konkurrenter, eftersom de inte är varandras närmaste konkurrenter. Kommissionens slutsats om konkurrensförhållandets närhet bygger på en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning, eftersom kommissionen inte prövade graden av närhet mellan parterna.

229 Kommissionen har för det första gjort gällande att den prövade graden av närhet mellan parterna (i enlighet med de principer som det erinras om i skäl 323 i det angripna beslutet), och konstaterade att för ett stort antal deltagare i marknadsundersökningen var Three och O2 varandras närmaste konkurrenter (skäl 417 i det angripna beslutet). Parternas interna handlingar (skälen 418, 430 och 438 i det angripna beslutet), diversionskvoterna (skälen 455 och 460 i det angripna beslutet) och den marknadsundersökning som kommissionen beställt (skäl 461 i det angripna beslutet) visar att Three och O2 hade ett nära konkurrensförhållande.

230 Kommissionen har dessutom hävdat att av den bevisning som framgår av ärendehandlingarna drog den slutsatsen att de fyra mobilnätsoperatörerna är nära konkurrenter på detaljhandelsmarknaden, vilket inte nödvändigtvis gäller för varje marknad som består av fyra aktörer eller varje oligopolistisk marknad.

231 Kommissionen har för det andra gjort gällande att även om graden av utbytbarhet med utomstående företags erbjudanden inverkar på hur dessa företag kommer att reagera på prishöjningar från den sammanslagna enhetens sida, påverkar den inte det förhållandet att det betydande konkurrenstryck som koncentrationsparterna utövar på varandra skulle upphöra, vilket är den mest omedelbara effekten av en koncentration på en oligopolistisk marknad, och vilket möjliggör en beräkning av omfattningen av denna effekt.

232 Eftersom det inte är nödvändigt att koncentrationsparterna är närmaste konkurrenter (skäl 324 i det angripna beslutet), kan den omständigheten att även andra konkurrenter har ett lika nära, eller till och med närmare, konkurrensförhållande, inte heller vederlägga att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas. Bevisen avseende utbytbarheten med utomstående företags produkter är således sekundära i förhållande till bevisen avseende utbytbarheten mellan koncentrationsparternas produkter.

233 För det tredje har kommissionen inte bestridit att enligt diversionskvoterna som grundades på PNM-data [*konfidentiell uppgift*]. För att en ensidig prishöjning ska vara lönsam för den sammanslagna enheten är spelar den omständigheten att koncentrationsparternas produkter är de närmast utbytbara emellertid ingen roll (skälen 324 och 1193 i det angripna beslutet), utan vad som är relevant är att dessa parter är nära konkurrenter och att deras rivalitet har varit en viktig källa till konkurrens på marknaden (skäl 463 i det angripna beslutet).

234 Tribunalen konstaterar i detta avseende att begreppet ”nära konkurrent” inte förekommer i förordning nr 139/2004, utan endast i riktlinjerna, som innehåller rubriken ”[s]amgående företag är nära konkurrenter”.

235 För att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, jämförd med skäl 25 i samma förordning, ska vara tillämplig krävs att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, vilket utgör den mest direkta ensidiga effekten av en koncentration på en oligopolistisk marknad, såsom kommissionen med rätta påpekade vid tribunalen.

236 I detta avseende har tribunalen redan godtagit ”konkurrensens närhet” som ekonomisk bevisning i dom av den 9 juli 2007, Sun Chemical Group m.fl./kommissionen (T-282/06, EU:T:2007:203), och dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen (T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 63 och följande punkter).

237 Domen av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen (T-342/07, EU:T:2010:280), avsåg användningen av begreppet ”närmaste konkurrenter” och frågan huruvida kommissionen därav automatiskt kunde sluta sig till att koncentrationsparterna utövade ett viktigt konskurrentryck på varandra som skulle undanröjas. I domen av den 9 juli 2007, Sun Chemical Group m.fl./kommissionen (T-282/06, EU:T:2007:203), slog tribunalen däremot fast att kommissionen inte kunde klandras för att den, i det angripna beslutet, inte hade behandlat frågan huruvida det fanns ett nära konkurrensförhållande mellan koncentrationsparterna.

238 Enligt punkt 28 i riktlinjerna ska denna närhet bedömas utifrån utbytbarheten mellan parternas produkter. I denna punkt preciseras således att ”[p]rodukter kan differentieras inom en relevant marknad på ett sådant sätt att vissa produkter är närmare substitut än andra. Ju högre graden av utbytbarhet är mellan de samgående företagens produkter, desto troligare är det att de samgående företagen kommer att höja sina priser betydligt … Det är mer sannolikt att incitamentet för de samgående företagen att höja sina priser är begränsat när konkurrerande företag tillverkar substitut som ligger nära de samgående företagens produkter än när de erbjuder mindre närliggande substitut. Det är därför mindre troligt att en koncentration påtagligt kommer att hämma den effektiva konkurrensen … om det finns en hög grad av utbytbarhet mellan de samgående företagens produkter och de produkter som levereras av konkurrerande tillverkare”.

239 Beroende på omständigheterna kan nämligen en relevant produktmarknad omfatta mer eller mindre närliggande substitut, vilket innebär att konkurrensförhållandena mellan produkterna på denna marknad kan variera i intensitet oberoende av marknadsandelarna. Följaktligen kan de icke-samordnade effekterna av en koncentration vara mer beroende av närheten mellan de samgående parternas produkter än av deras respektive marknadsandelar.

240 I förevarande fall kan det för det första konstateras att enligt punkt 1366 i meddelandet om invändningar kännetecknas den relevanta marknaden i allmänhet av en låg grad av produktdifferentiering. Marknadsaktörerna har försökt överkomma denna aspekt av marknaden genom att använda sig av differentieringstrategier, dock med endast begränsad framgång.

241 För det andra konstaterat tribunalen att begreppet ”nära konkurrent” i riktlinjerna gör det möjligt att beakta det faktum att konkurrensen mellan parterna har varit en viktig källa till konkurrens på marknaden, vilket således kan vara en central faktor i analysen, i enlighet med punkt 28 i riktlinjerna. Det ska även erinras om att för att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, jämförd med skäl 25 i samma förordning, ska vara tillämplig krävs att ”det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör”, vilket utgör den mest direkta ensidiga verkan av en koncentration på en oligopolistisk marknad, vilket kommissionen med rätta framhållit vid tribunalen.

242 De flesta av de exempel som nämns i det angripna beslutet syftar emellertid inte till att definiera närheten av koncentrationsparternas förhållande, eller till att visa att dessa parter utövade ett betydande konkurrenstryck på varandra, utan avsåg främst belysa att Three och O2 är ”nära

konkurrenter” snarare än ”särskilt nära konkurrenter”. Följaktligen tycks kommissionen snarare ha analyserat närheten av konkurrensen mellan Three och O2 å ena sida, och mellan de två andra mobilnätsoperatörerna å den andra. I skäl 1183 i det angripna beslutet drog kommissionen nämligen slutsatsen att de fyra mobilnätsoperatörerna, och inte bara Three och O2, är ”nära konkurrenter”.

243 För det tredje härrör de uppgifter som kommissionen lade till grund för sin beräkning av diversionskvoterna, vilka den använde för att analysera närheten mellan de olika aktörerna, från en undersökning som kommissionen lät utföra med ett relativt begränsat urval av ett hundratal användare. Resultaten av denna analys överensstämmer inte heller med resultaten av den kvantitativa analys som framgår av bilaga A till det angripna beslutet. De kvoter som sökanden har räknat ut grundar sig däremot på PNM-data och avser 200 000 observationer.

244 För det fjärde framgår det av de sifferuppgifter som sökanden har lagt fram, vad gäller övergången av O2:s privata kunder till en annan operatör, [*konfidentiell uppgift*] med en diversionskvot på endast [*konfidentiell uppgift*], medan diversionskvoten för BT/EE var [*konfidentiell uppgift*] och för Vodafone [*konfidentiell uppgift*]. Dessutom är O2:s närmaste konkurrenter [*konfidentiell uppgift*] i stort [*konfidentiell uppgift*], vilket motsvarar [*konfidentiell uppgift*] av O2:s kunder som övergått till en annan operatör. Detta innebär [*konfidentiell uppgift*].

245 Vid förhandlingen har sökanden på ett övertygande sätt, och utan att motsägas av kommissionen, underbyggt dessa siffror, vilket bekräftar att Three inte var en särskilt nära konkurrent till O2, att [*konfidentiell uppgift*] är Threes närmaste konkurrent och [*konfidentiell uppgift*] närmaste konkurrent till Three, och detta på ett betydande avstånd.

246 Kommissionen bekräftade för övrigt vid förhandlingen att Three inte var verksamt inom segmentet professionella mobiltelefonikonsumenter, och att Three och O2 således inte var konkurrenter inom detta segment. Att det inte föreligger ett nära konkurrensförhållande inom detta marknadssegment bekräftas av tabell nr 35 i det angripna beslutet, och särskilt av fotnot 313 om koncentrationsnivån och HHI, vilka utelämnades i det angripna beslutet eftersom kommissionen inte funnit några strukturella problem avseende detta marknadssegment.

247 Härav följer att Three och O2 inte var särskilt närliggande mobilnätsoperatörer på marknaden för mobil telekommunikation i Förenade kungariket, även om samtliga operatörer på en sådan marknad per definition har ett mer eller mindre nära konkurrensförhållande.

248 Av de sifferuppgifter som sökanden lagt fram vid förhandlingen, och som kommissionen inte har bestridit, vad gäller Threes kunder som övergått till en annan operatör, har [*konfidentiell uppgift*] kunder lämnat Three, det vill säga nästan [*konfidentiell uppgift*] än O2. Totalt sett väljer [*konfidentiell uppgift*] av de kunder som lämnar Three en annan operatör än O2.

249 Även om det visserligen kan fastställas att Three och O2 är relativt nära konkurrenter inom vissa segment på en koncentrerad marknad som omfattar fyra mobilnätsoperatörer, är blott denna omständighet inte tillräcklig för att det i förevarande fall ska anses styrkt att koncentrationsparterna utövar ett betydande konkurrenstryck på varandra, vilket skulle upphöra om koncentrationen genomfördes, och denna omständighet är således inte tillräcklig för att visa att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens är för handen, såvida inte varje koncentration där fyra aktörer blir tre, av princip, ska förbjudas.

250 Talan ska således bifallas såvitt avser den första grundens tredje del, avseende det låga bevisvärdet av kommissionens analys av graden av närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2.

### *d) Bedömningen av koncentrationens kvantitativa priseffekter*

251 På grundval av sin kvantitativa analys av förväntade prishöjningar (upward pricing pressure) (nedan kallad UPP-analysen), drog kommissionen, i skäl 1225 i det angripna beslutet, slutsatsen att ”koncentrationen kan ge den sammanslagna enheten incitament att väsentligt höja priserna”.

252 Genom den första grundens femte del har sökanden anfört två invändningar avseende UPP-analysen. Sökanden har dels gjort gällande att UPP-analysen inte har det bevisvärde som kommissionen har tillskrivit den, dels anfört att en sådan analys inte har något bevisvärde alls i förevarande fall.

#### *1) Bevisvärdet av UPP-analysen som första ”såll”*

253 Sökanden anser för det första att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av UPP-analysens bevisvärde, när den i skäl 1191 i det angripna beslutet använde denna analys som ett samstämmigt bevis för att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens var för handen, trots att en UPP-analys ska fungera som ett första ”såll” för att avgöra huruvida en koncentration kräver en mer ingående undersökning, och sökanden har för övrigt även bestridit denna analys.

254 Kommissionen har bestridit dessa argument.

255 Tribunalen konstaterar inledningsvis att indikatorerna på att priserna skulle höjas, vilka grundar sig på diversionskvoter och koncentrationsparternas marginaler, ger uttryck för dessa parters incitament att höja priserna efter sammanslagningen. Dessa indikatorer används för att bedöma icke-samordnade effekter av fusioner, vilka vanligtvis konstateras föreligga när fråga är om homogena produkter.

256 Det är allmänt erkänt att även om indikatorer på prishöjningar kan visa sig vara användbara för att sålla, genom att göra det möjligt för konkurrensmyndigheterna att bedöma huruvida en mer ingående undersökning är nödvändig, ska de däremot inte anses utgöra tillförlitliga prognoser för planerade prishöjningar eller simuleringar av fusioner.

257 Sökanden har således med rätta hävdat att UPP-analysen i ursprungligen utformades för att fungera främst som ett första ”såll”, för att avgöra huruvida en koncentration kräver en mer ingående undersökning.

258 Såsom kommissionen har understrukit ska det emellertid påpekas att dess kvantitativa analys, som grundar sig på en GUPPI-analys (Gross Upward Pricing Pressure Index), är mer omfattande än en enkel UPP-analys, eftersom den kan ta hänsyn till konkurrenternas sannolika reaktion på en ensidig prishöjning från den sammanslagna enhetens sida, såsom anges i skälen 253 och 254 i bilaga A till det angripna beslutet.

259 Det saknas således fog för denna invändning.

#### *2) UPP-analysen i förevarande fall*

260 Sökanden anser för det andra att kommissionen även gjorde en uppenbart oriktig bedömning av de slutsatser som dragits av UPP-analysen, eftersom denna analys ger vid handen att varje horisontell koncentration kommer att leda till prishöjningar och endast kan ge ett användbart resultat om ett tröskelvärde fastställts, vilket den förväntade prishöjningen efter koncentrationen måste överstiga för att anses vara tillräckligt relevant. Kommissionen har inte beaktat någon av dessa omständigheter i det angripna beslutet.

261 Trots bristerna i UPP-analysen visar resultatet av denna att koncentrationen endast skulle ge upphov till få konkurrensproblem, i jämförelse med bland annat resultaten i tidigare ärenden.

262 Vad gäller sökandens argument att de förväntade priseffekterna enligt den kvantitativa analysen skulle vara mindre omfattande än i tidigare ärenden, har kommissionen uppgett att den besvarade detta argument i skälen 3056–3058 i det angripna beslutet genom att visa att effekterna på genomsnittspriserna i förevarande fall låg mellan de som förutsågs i det irländska och det tyska ärendet (se punkt 164 ovan).

263 Kommissionen har även hävdat att den omständigheten att den kvantitativa analysen, i avsaknad av effektivitetsvinster eller andra kvalitativa utjämnande faktorer, alltid förutspår en prishöjning, ibland till och med en mycket liten sådan, inte hindrar att denna analys kan användas vid en helhetsbedömning av den samlade bevisningen avseende sannolikheten för att transaktionen påtaglig skulle hämma den effektiva konkurrensen.

264 Tribunalen konstaterar inledningsvis att kommissionen har medgett att dess kvantitativa analys grundar sig på ett begränsat antal nyckeluppgifter, bland annat diversionskvoter och marginaler, men att dessa utgör väsentliga marknadsindikatorer, såsom förklaras i skäl 1195 i det angripna beslutet och i skäl 246 i bilaga A till detta beslut.

265 Således förefaller kommissionen själv ha visat viss försiktighet i det angripna beslutet, vad gäller bevisvärdet av sin kvantitativa analys.

266 Av den kvalitativa analysen i skälen 1175–1190 i det angripna beslutet drog kommissionen nämligen slutsatsen att koncentrationen skulle leda till att ett betydande konkurrenstryck på detaljhandelsmarknaden skulle upphöra, vilket ”sannolikt” skulle leda till prishöjningar. Denna kvalitativa analys kompletteras av en kvantitativ analys, vilken sammanfattas i skälen 1191–1225 i det angripna beslutet och beskrivs närmare i bilaga A till det angripna beslutet, och av vilken kommissionen har dragit samma slutsats.

267 Kommissionen preciserade även, i skäl 250 i bilaga A till det angripna beslutet, att givna resultatet inte ska förstås som en exakt kvantifiering av den prishöjning som kan bli följden av koncentrationen, utan snarare som en ”sannolikhetsindikator” för att denna prishöjning kommer att inträffa.

268 Härav följer, vilket även framgår av det angripna beslutet i sig, att den kvantitativa analysen inte anses utgöra ett avgörande bevis. Denna analys är därför, i enlighet med de beviskrav som det erinrats om i punkt 118 ovan, inte tillräcklig för att visa att ett undanröjande av det betydande konkurrenstryck som parterna utövar på varandra skulle resultera i en betydande prishöjning, och således i ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

269 Sökanden har även anfört att det är nödvändigt att fastställa ett tröskelvärde, vilket den förväntade prishöjningen efter transaktionen måste överstiga för att anses vara tillräckligt relevant.

270 I detta hänseende ska det påpekas att kommissionen, i skäl 252 i bilaga A till det angripna beslutet, medgav att i avsaknad av effektivitetsvinster kommer en UPP-analys alltid att förvänta en viss prishöjning vid en horisontell koncentration som undanröjer konkurrensen mellan koncentrationsparterna.

271 Kommissionen har emellertid, i skäl 252 i bilaga A till det angripna beslutet, gjort gällande att den kvantitativa analysen beträffande prishöjningar, och det bevisvärde som en sådan analys kan tillmätas, varierar från fall till fall.

272 Vidare är prishöjningens omfattning endast en av de faktorer som är relevanta för kommissionens helhetsbedömning, särskilt i sådana fall som detta, där en betydande skada har identifierats inom ramen för flera skadeteorier, till följd av att den horisontella konkurrensen mellan

koncentrationsparterna skulle upphöra. Kommissionen har förklarat att den av detta skäl inte ansåg det nödvändigt att fastställa ett tröskelvärde som denna prishöjning, medelst särskild bevisning, måste överstiga för att anses vara relevant.

273 Detta argument övertygar emellertid inte tribunalen, eftersom den förväntade prishöjningen i förevarande mål enligt sökanden, vilket inte har bestridits av kommissionen, skulle uppgå till [*konfidentiell uppgift*], medan en förväntad prishöjning på 6,6 procent i det irländska ärendet och 9,5 procent i det tyska ärendet inte hindrade kommissionen från att godkänna de transaktionerna under förutsättning att vissa villkor var uppfyllda.

274 Vidare ska det påpekas att även om det antas att kommissionen, i det angripna beslutet, har styrkt att koncentrationen skulle ge den sammanslagna enheten incitament att höja priserna, och kvantifierat denna prishöjning i beslutet, har den i vart fall inte visat att denna kvantifierade prishöjning skulle vara relevant förevarande fall.

275 Utan att det är nödvändigt att ålägga kommissionen att anta en minimi-regel eller ange en ”säkerhetszon” (safe harbour) för prishöjningar i samband med att den söker påvisa en koncentrations eventuella konkurrensbegränsande effekter, ankommer det under alla omständigheter på kommissionen att bevisa, med tillräckligt hög grad av sannolikhet, att en sådan höjning skulle ske. När kommissionen väljer att använda sig av kvantitativa analyser i detta avseende, såsom de som framgår av bilaga A till det angripna beslutet, ska den beakta samtliga relevanta faktorer som kan påverka prisnivån.

276 Det kan konstateras att på grund av konkurrensvillkoren på en oligopolistisk marknad tenderar koncentrationer på en sådan marknad på ett nästan mekaniskt sätt resultera i en kortsiktig prishöjning, på grund av att konkurrensförhållandet mellan koncentrationsparterna upphör. Det är först på medellång sikt som den externa konkurrensen från de aktörer som redan finns på marknaden eller, beroende på hur svårt det är att träda in på marknaden, från nya aktörers sida, tvingar den nya enheten att sänka sina priser.

277 På samma sätt kommer alla koncentrationer att leda till effektivitetsvinster vars omfattning också beror på det externa konkurrenstrycket. Dessa vinster följer bland annat av att den sammanslagna enheten kan rationalisera och integrera produktions- och distributionsprocessen. Den sammanslagna enheten kommer nämligen, i allmänhet, att avveckla dubbla eller överflödiga strukturer i produktions- och distributionskedjorna, samt omfördela eller säga upp personal. Beroende på omständigheterna kan dessa rationaliseringsåtgärder leda till att den sammanslagna enheten sänker sina priser.

278 Det kan emellertid konstateras att kommissionen inte inkluderade dessa standardmässiga effektivitetsvinster i sin kvantitativa analys, när den i skälen 1197 och 1223 i det angripna beslutet fann att det ankom på den anmälande parten att visa att sådana effektivitetsvinster skulle uppstå, med hänvisning till avsnitt 8.5 i det angripna beslutet om effektivitet.

279 Kommissionen har således förväxlat två typer av effektivitet, nämligen den som avses i avsnitt VII i riktlinjerna och varje koncentrations specifika effektivitet. Effektivitetsvinster i den mening som avses i riktlinjerna ska nämligen beaktas vid helhetsbedömningen av koncentrationens påverkan på konkurrensen, för att pröva huruvida sådana vinster kan uppväga koncentrationens begränsande effekter. Den effektivitetsvinst som det är fråga om i förevarande fall utgör däremot endast en del av en kvantitativ modell som syftar till att fastställa huruvida en koncentration kan ha sådana begränsande effekter. Det rör sig således om en bevisfråga avseende förekomsten av begränsande effekter, vilken uppkommer före den övergripande konkurrensrättsliga bedömning av koncentrationen som ska ske enligt punkt 76 i riktlinjerna.

280 Tribunalen kan dessutom konstatera att det framgår av den bevisning som lagts fram under det administrativa förfarandet att även om en positiv korrelation kan påvisas mellan koncentrationer där fyra aktörer blir tre inom sektorn för mobil telekommunikation å ena sidan och en höjning av priserna å den andra, kan en korrelation även påvisas mellan sådana koncentrationer och mobilnätsoperatörernas ökade investeringar i näten (se, bland annat Centre on Regulation in Europés (CERRE) undersökning, av Genakos C., Valletti T., Verboven F. CERRE, Bryssel, 2015, med titeln ”Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications”, vilken det hänvisas till i punkterna 1, 64–68, 71–72, 76–80 och 108 i bilaga B till det angripna beslutet).

281 Även om operatörernas ökade investeringar inte nödvändigtvis innebär en bättre nätkvalitet, såsom kommissionen underströk i punkt 79 i bilaga B till det angripna beslutet, är ett sådant samband troligare än det motsatta, innebärande att nätkvaliteten skulle försämras. I detta avseende har kommissionen, som har bevisbördan, inte i enlighet med tillämpliga beviskrav styrkt sin teori om att nätkvaliteten skulle försämras, vilken delvis ligger till grund för kommissionens andra skadeteori, som syftar till att påvisa att koncentrationen skulle ge medföra ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen.

282 Tribunalen finner följaktligen att den kvantitativa analys som gjorts i förevarande fall saknar bevisvärde, eftersom kommissionen inte med tillräcklig sannolikhet har visat att ”betydande prishöjningar” skulle genomföras till följd av att det betydande konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra skulle upphöra.

283 Mot bakgrund av ovanstående ska talan bifallas såvitt avser den första grundens femte del.

### *e) Helhetsbedömningen av icke-samordnade effekter*

284 Genom den första grundens sjunde del har sökanden gjort gällande att kommissionen inte gjorde en helhetsbedömning av huruvida icke-samordnade effekter skulle uppstå, vilket utgör en felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning. Kommissionen preciserade inte heller av vilken anledning den, i skälen 1226 och 1227 i det angripna beslutet, drog slutsatsen att det konkurrenstryck som koncentrationen påstods undanröja skulle vara betydande i den mening som avses i punkt 25 i riktlinjerna, och att de konkurrenshinder som koncentrationen påstods ge upphov till skulle vara påtagliga i den mening som avses i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, och förväxlade därigenom den minskade konkurrensen mellan Three och O2 med undanröjandet av ett betydande konkurrenstryck.

285 Kommissionen har genmält att den visst gjorde en helhetsbedömning av koncentrationens sannolika icke-samordnade effekter genom att, för det första, i skälen 1175–1190 i det angripna beslutet redogöra för sin kvalitativa analys, för det andra, göra en helhetsbedömning av den kvantitativa analysen i skälen 1191–1225 i det angripna beslutet och, för det tredje, genom att redogöra för den allmänna slutsatsen i skälen 1226 och 1227 i det angripna beslutet.

286 Tribunalen ska härvid pröva huruvida kommissionen, i det angripna beslutet, konkretiserade eller preciserade i vilken utsträckning de icke-samordnade effekterna skulle vara så betydande att de kunde motivera slutsatsen att koncentrationen ”påtagligt” skulle hämma en effektiv konkurrens, såsom krävs enligt artikel 2.3 i förordning nr 139/2004.

287 För att visa att icke-samordnade effekter skulle uppstå på detaljhandelsmarknaden undersökte kommissionen, i skälen 330–1174 i det angripna beslutet, i tur och ordning olika faktorer och sammanfattade sin kvalitativa och kvantitativa analys av dessa i skälen 1175–1225 i nämnda beslut. I skälen 1226 och 1227 i det angripna beslutet gjorde kommissionens därefter en helhetsbedömning för

att komma till slutsatsen att påtagliga hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå. I motsats till vad sökanden har gjort gällande, innehåller det angripna beslutet således en helhetsbedömning beträffande förekomsten av sådana icke-samordnade effekter.

288 Denna helhetsbedömning utgörs emellertid endast av en kortfattad hänvisning till de samlade bevis och omständigheter som bland annat avser att koncentrationen skulle undanröja en viktig konkurrensfaktor, konkurrensförhållandets närhet och den nya enhetens stora marknadsandel, omständigheter som således syftar till att visa att icke-samordnade effekter skulle uppstå.

289 Oberoende av bevisvärdet av dessa samlade bevis och omständigheter konstaterar tribunalen att kommissionen inte vid något tillfälle i det angripna beslutet preciserade huruvida de identifierade icke-samordnade effekterna skulle vara ”betydande”, eller i förevarande fall resultera i ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen, såsom kommissionen hävdat i skäl 1227 i det angripna beslutet.

290 Sökandens argument, att kommissionen inte preciserade av vilken anledning den dragit slutsatsen att de konkurrenshinder som koncentrationen skulle ge upphov till skulle vara betydande, ska således godtas.

291 Mot bakgrund av det ovan anförda ska talan bifallas såvitt avser den första grunden, utan att det är nödvändigt att pröva de sjätte och sjunde delarna av denna grund.

## D. Den andra skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på grund av störningar av nätdelningsavtalen

### *1. Sammanfattning av det angripna beslutet*

292 Under förfarandet vid kommissionen presenterade sökanden bland annat två planer på nätkonsolidering, plan [A] och plan [B]. Dessa konsolideringsplaner grundade sig på två befintliga nätdelningsavtal, dels ett mellan BT/EE och Three, det vill säga MBNL, dels ett mellan Vodafone och O2, det vill säga Beacon.

293 MBNL avsåg dels ”passiv” delning och omfattade ett nät med cirka [*konfidentiell uppgift*] anläggningar, dels aktiv delning av endast 3G-tekniken, [*konfidentiell uppgift*]. MBNL är således huvudsakligen ett avtal om passiv delning. MBNL tillåter ensidig utveckling.

294 Vad gäller Beacon, omfattar det delning inom Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd, som ska täcka ungefär [*konfidentiell uppgift*], och aktiv delning varigenom vardera parten ska tillhandahålla ett aktivt nät i varsin halva av landet (Vodafone täcker västra delen av landet och O2 täcker östra delen), och nyttja den andra partens nät i den andra halvan av landet. Den aktiva delningen avser 2G-, 3G- och 4G-teknik [*konfidentiell uppgift*]. Beacon är således [*konfidentiell uppgift*]. Beacon innehåller vissa bestämmelser om ensamrätt.

295 I skälen 1229–1234 i det angripna beslutet redogjorde kommissionens för sina två underkategorier av denna skada avseende nätdelningsavtalen.

296 Kommissionen anser att i dagsläget har parterna i vart och ett av de två nätdelningsavtalen goda skäl att gemensamt utveckla de delade komponenterna i deras nät, för att det delade nätet ska vara bättre än andra mobilnätsoperatörers nät, och i synnerhet bättre än nätet hos de mobilnätsoperatörer som ingått det andra nätdelningsavtalet. Efter transaktionen skulle denna sunda konkurrensdynamik gå förlorad. Den sammanslagna enheten skulle vara part i båda nätdelningsavtalen och varken Vodafone eller BT/EE skulle ha en verkligt engagerad partner i Beacon respektive MBNL.

297 En av skadorna avser att den konkurrensmässiga ställningen skulle försvagas för båda parterna till de respektive nätdelningsavtal som koncentrationsparterna är bundna av. I skäl 1231 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att mobilnäten utgör en nyckelinfrastruktur för mobilnätsoperatörer, för att de ska kunna erbjuda mobiltelefonitjänster till sina kunder.

298 Enligt kommissionen är kvaliteten på dessa nätverk en avgörande konkurrensfaktor. Därför avser en av underkategorierna av denna skada, vilken sammanfattas i skäl 1232 i det angripna beslutet, det förhållandet att konkurrensen från den ena eller andra, eller båda, av de mobilnätsoperatörer som är knutna till koncentrationsparterna genom nätdelningsavtal skulle minska, vilket skulle kunna leda till påtagliga hinder för den effektiva konkurrensen på en oligopolistisk marknad med ett begränsat antal aktörer och betydande hinder för marknadsinträde.

299 Den andra potentiella skadan skulle enligt kommissionen orsakas av att den nätdelningssituation som skulle uppstå om transaktionen genomfördes skulle leda till färre investeringar i nätinfrastrukturen på branschnivå. I skäl 1233 i det angripna beslutet gjorde kommissionen nämligen gällande att transaktionen skulle kunna leda till minskade synergieffekter som skulle påverka parterna i nätdelningsavtalen och göra det möjligt för den sammanslagna enheten att göra opportunistiska investeringar, vilket skulle minska investeringarna på branschnivå och därmed den grad av effektiv konkurrens som skulle bestå om transaktionen inte genomfördes. Av samma skäl skulle transaktionen även kunna leda till påtagliga hinder för den effektiva konkurrensen på en oligopolistisk marknad med ett begränsat antal aktörer och betydande hinder för marknadsinträde.

300 Mot bakgrund av dessa båda underteorier av skadan prövade kommissionen, i skälen 1244–1784 i det angripna beslutet, planerna på att konsolidera sökandens nät, efter att i skälen 1235–1243 i det angripna beslutet i detalj ha förklarat betydelsen av att parterna i ett nätdelningsavtal samordnar sina intressen.

301 Inom ramen för plan [A] skulle den sammanslagna enheten [*konfidentiell uppgift*] (skälen 1373–1381 i det angripna beslutet).

302 Inom ramen för plan [B], skulle den sammanslagna enheten [*konfidentiell uppgift*] (skälen 1382–1385 i det angripna beslutet).

303 Båda planerna [*konfidentiell uppgift*].

304 I skäl 1246 i det angripna beslutet redogjorde kommissionen för den centrala ståndpunkt som låg till grund för dess bedömning av hur marknaden skulle kunna utveckla sig till följd av koncentrationen, nämligen att det skulle skapas bestående störningar i de välfungerande nätdelningsavtalen, vilka skulle utgöra hinder för den konkurrens som parterna i avtalen utövat.

305 I detta avseende angav kommissionen, i skäl 1229 i det angripna beslutet, att nätdelning i allmänhet kan medföra konkurrensfrämjande effekter, genom synergieffekter i fråga om kostnader för utveckling och drift av mobilnäten, vilka i sin tur kan göra det möjligt för mobilnätsoperatörerna att uppnå bättre täckning och högre nätkvalitet, och på så sätt främja en effektiv konkurrens till förmån för medborgarna och samhället i allmänhet.

306 I skäl 1230 i det angripna beslutet uppgav kommissionen att eftersom dessa mål tidigare uppnåtts genom nätdelningsavtal som ingåtts mellan parterna i en koncentration och en annan operatör, skulle den undersöka i vilken mån transaktionen kunde påverka parternas strävan att nå målet att uppnå en effektiv konkurrens till förmån för konsumenterna.

307 Angående plan [A] drog kommissionen, i skälen 1567 och 1778 i det angripna beslutet, slutsatsen att den plan som koncentrationsparterna hade lagt fram lade fram skulle ha en allvarlig negativ inverkan på BT/EE:s konkurrensställning genom att dess kostnader för att driva och förbättra MBNL-nätet

skulle öka, och genom att MBNL-nätets kvalitet skulle försämras, bland annat på grund av att BT/EE:s investeringar skulle försenas eller hindras. I skäl 1778 i det angripna beslutet fann kommissionen således att plan [A] skulle kunna ge upphov till en allvarlig skada beträffande BT/EE:s förmåga att konkurrera på marknaderna för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket.

308 En sådan minskning av konkurrenstrycket skulle enligt kommissionen sannolikt medföra påtagliga hinder för den effektiva konkurrensen på en oligopolistisk marknad med ett begränsat antal aktörer och betydande hinder för marknadsinträde.

309 Denna slutsats stöds bland annat av skäl 1247 i det angripna beslutet, vari kommissionen uppgav att en ökning av kostnaderna för att underhålla och utvidga det nuvarande nätet, eller för att skapa en standard för ett framtida nät, på ett betydande sätt skulle kunna skada Vodafones och BT/EE:s konkurrensställning. De ökade marginalkostnaderna (incremental costs) skulle kunna leda till prishöjningar och skada för konsumenterna. Enligt kommissionen skulle de ökade fasta kostnaderna sannolikt resultera i minskade investeringar, eftersom investeringar som skulle vara lönsamma om de fasta kostnaderna var lägre skulle bli olönsamma med ökade fasta kostnader. Minskade investeringar i nätets kvalitet skulle således kunna resultera i en lägre nätkvalitet än vad som vore fallet om transaktionen inte genomfördes.

310 I skäl 1679 i det angripna beslutet medgav kommissionen att ökade kostnader för en konkurrerande aktör inte nödvändigtvis hindrar konkurrensen. Om en ökning av kostnaderna leder till mindre investeringar eller en försämring av kvaliteten på de tjänster som erbjuds på marknaden, eller om den övervältras på konsumenterna genom prishöjningar, anser kommissionen emellertid att den minskar denna aktörs konkurrenstryck på marknaden.

311 Högre marginalkostnader skulle sannolikt resultera i högre priser, medan högre fasta kostnader sannolikt skulle resultera i lägre nätkvalitet. På oligopolistiska marknader med ett begränsat antal aktörer är det mycket troligt att en förlust av konkurrenstrycket från en aktör skulle leda till en total förlust av konkurrensen på denna marknad.

312 Angående plan [B] fann kommissionen att den sannolikt skulle medföra betydande hinder för Vodafones, och i mindre grad BT/EE:s, möjligheter att konkurrera på marknaderna för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket (skälen 1568–1749 och 1779 i det angripna beslutet).

313 Kommissionen ansåg särskilt att [*konfidentiell uppgift*] (skälen 1605–1652 i det angripna beslutet). Det förelåg dessutom en risk för att Vodafones nätkvalitet skulle försämras till följd av en eventuell tillfällig överbelastning av nätet [*konfidentiell uppgift*] (skälen 1660–1667 i det angripna beslutet). Slutligen undersökte kommissionen en potentiell kostnadsökning och dess inverkan på [*konfidentiell uppgift*] (skälen 1668–1724 i det angripna beslutet).

314 Enligt kommissionen skulle plan [B] även kunna öka insynen i investeringarna i nätet, vilket skulle medföra en risk för att den totala omfattningen av investeringar i nätinfrastrukturen i Förenade kungariket skulle minska (skälen 1725–1742 i det angripna beslutet).

315 Kommissionen behandlade även fem andra möjliga integrationsscenarier och drog – beträffande alla fem – slutsatsen att koncentrationen skulle skada den konkurrensmässiga ställningen för den ena eller båda av koncentrationsparternas avtalsparter i nätdelningsavtalen (skälen 1386–1389 och 1750–1776 i det angripna beslutet).

316 I skälen 1777–1784 i det angripna beslutet drog kommissionen följaktligen slutsatsen att koncentrationen kunde minska konkurrenstrycket från den ena eller båda av de mobilnätsoperatörer som utgjorde koncentrationsparternas avtalsparter i nätdelningsavtalen.

317 I skäl 1777 i det angripna beslutet fann kommissionen att om de nätkonsolideringsplaner som de anmälande parterna lagt fram genomfördes, sedan antalet aktörer minskat, skulle det på ett betydande sätt skada konkurrensställningen för den ena eller andra eller båda parterna i nätdelningsavtalen, det vill säga BT/EE och/eller Vodafone.

318 Kommissionen noterade dessutom att – såsom de presenterats – innehöll ingen av dessa konsolideringsplaner något åtagande om genomförande. Med beaktande även av de fem andra möjliga integrationsscenarier som nämnts ovan i punkt 315, drog kommissionen, i skäl 1780 i det angripna beslutet, slutsatsen att i samtliga av dessa möjliga situationer skulle transaktionen skada konkurrensställningen för den ena eller den andra eller båda av de mobilnätsoperatörer som utgjorde koncentrationsparternas avtalsparter i nätdelningsavtalen.

319 Mot denna bakgrund fann kommissionen, i skäl 1781 i det angripna beslutet, att transaktionen skulle kunna minska konkurrenstrycket från antingen BT/EE, Vodafone eller båda de mobilnätsoperatörer som utgjorde koncentrationsparternas avtalsparter i nätdelningsavtalen.

320 Kommissionen ansåg dessutom, angående den andra skadeteori som det redogjorts för i punkt 299 ovan och i skäl 1233 i det angripna beslutet, att den nätdelningssituation som enligt plan [B] skulle uppstå efter transaktionen, sannolikt skulle leda till minskade investeringar i nätinfrastrukturen på branschnivå, vilket skulle minska den effektiva konkurrens som skulle bestå om transaktionen inte genomfördes.

321 I skäl 1783 i det angripna beslutet fann kommissionen följaktligen att med hänsyn till det minskade konkurrenstrycket från den ena eller de båda andra mobilnätsoperatörerna och de minskade investeringarna på branschnivå som skulle följa av vissa av de planer på nätkonsolidering som kommissionen undersökt, skulle koncentrationen medföra icke-samordnade konkurrenshämmande effekter på detaljhandelsmarknaden för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket.

322 I skäl 1784 i det angripna beslutet drog kommissionen i huvudsak slutsatsen att eftersom sådana effekter inte kunde uppvägas av den köpkraft, de möjligheter till marknadsinträde eller de effektivitetsvinster som transaktionen skulle ge upphov till, skulle den påtagligt hämma konkurrensen på en oligopolistisk marknad med ett begränsat antal konkurrenter och betydande hinder för marknadsinträde.

### *2. Den tredje grunden, avseende felaktigheter beträffande nätdelningens icke-samordnade horisontella effekter*

323 Genom den tredje grunden har sökanden gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet gjorde en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar, samt åsidosatte väsentliga formföreskrifter med avseende på de icke-samordnade effekter som nätdelningen skulle ge upphov till, i synnerhet vad gällde behovet och omfattningen av konvergens mellan parterna i nätdelningsavtalen (första delen), utvecklingen av de två befintliga nätdelningsavtalen i ett kontrafaktiskt scenario (andra delen), Threes förmåga att hindra eller fördröja BT/EE:s ensidiga nätinvesteringar (tredje delen), koncentrationen eventuella negativa effekter på konkurrenterna och inte på konkurrensen (fjärde delen), skadan på BT/EE:s och Vodafones konkurrenssituation (femte delen), betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i nätet (sjätte delen), och bedömningen av sökandens åtaganden i fråga om nätdelning (sjunde delen).

324 Kommissionen har, med stöd av Förenade kungariket och BT/EE, bestridit sökandens argument.

### *a) Konvergens mellan parterna i nätdelningsavtalen*

325 Inom ramen för den tredje grundens första del har sökanden gjort gällande att teorin om konvergens dels är ny, eftersom den aldrig har åberopats i något tidigare koncentrationsärende inom telekommunikationssektorn, dels paradoxal, eftersom den innebär att konvergens mellan parterna i nätdelningsavtalen är att föredra framför den konkurrenssituation som skulle uppstå till följd av koncentrationen, vilket strider mot konkurrensbegreppet och vederläggs av kommissionens egna konstateranden avseende de korrigerande åtgärder som sökanden föreslagit.

326 Angående påståendet att konvergensteorin är ny har kommissionen anfört att den omständigheten att kommissionen inte har påtalat liknande farhågor i tidigare ärenden förklaras av den specifika karaktären hos de nätdelningsavtal som är i fråga i förevarande fall. I detta avseende har BT/EE tillagt att konvergensteorin tillämpades redan i ärende COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, där kommissionen fann att T-mobile, efter sammanslagningen, skulle kunna försöka försämra kvaliteten på Threes radio access network (RAN) inom ramen för MBNL-avtalet.

327 Vad gäller påståendet att konvergensteorin är paradoxal har kommissionen, med stöd av Förenade kungariket, gjort gällande att dess bedömning av sammanfallande intressen på intet sätt är paradoxal. Även om nätdelningsavtal ger upphov till vissa gemensamma intressen mellan parterna i dessa avtal, vilka kan vara fördelaktiga för konkurrensen bland annat genom att avtalen resulterar i kostnadssynergier eller förbättringar av nätet, behåller parterna i dessa avtal i allmänhet sin förmåga att konkurrera med varandra om viktiga faktorer, inklusive priser. I det angripna beslutet hänvisas inte till en anpassning eller samordning av beteenden, utan till en samordning av intressen avseende tillgången till ett nätverk som möjliggör en effektiv konkurrens.

#### *1) Huruvida teorin om skada på nätdelningsavtalen är ny*

328 Frågan huruvida den teori om skada på nätdelningsavtalen, vilken utvecklades först inom ramen för den tredje grundens första del, är ny konstaterar tribunalen att det framgår av skälen 1242 och 1243 i det angripna beslutet att 3UK, inför kommissionen i sitt yttrande över den anmälda koncentrationen i ärende M.5650– T-Mobile/Orange, påtalade behovet och vikten av att parterna i ett nätdelningsavtal samordnar sina intressen.

329 Kommissionens skadeteori i ärende M.5650 – T-Mobile/Orange grundade sig emellertid inte på att parterna i nätdelningsavtalet samordnade eller separerade sina intressen, utan på det förhållandet att det var nödvändigt att säkerställa ett visst företags tillgång till det nät som det delade med ett annat företag, när det sistnämnda företaget hade genomfört en transaktion med ett utomstående företag som kunde äventyra det förstnämnda företagets tillträde till detta nät. För att skingra de allvarliga tvivel som kommissionen hade påtalat hade koncentrationsparterna följaktligen, i enlighet med artikel 6.2 i förordning nr 139/2004, gjort åtaganden gentemot 3UK avseende varaktigheten av avtalet om delning av MBNL-nätet, vilken förlängdes [*konfidentiell uppgift*], och avseende införandet av en mekanism för skyndsam tvistlösning.

330 Härav följer att kommissionens skadeteori i förevararande mål, vilken grundar sig på behovet av att undvika störningar i de samordnade intressena hos parterna i respektive nätdelningsavtal och behovet av stabilitet i dessa avtal, är ny i förhållande till kommissionens tidigare beslutspraxis.

331 Enbart den omständigheten att en skadeteori som kommissionen har formulerat i ett beslut är ny kan emellertid inte i sig leda till slutsatsen att denna teori, som sådan, är osannolik eller ogrundad. Såsom BT/EE med rätta har understrukit är kommissionen inte skyldig att begränsa sin analys till de sådana skadeteorier som har utvecklats i tidigare beslut.

332 Det förhåller sig dessutom så, vilket även framgår av punkt 111 ovan, att ju mer framåtblickande analysen är och ju mer händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan är osäkra och svåra att urskilja och fastställa, desto högre krav måste unionsdomstolen ställa på den bevisning som kommissionen lagt fram i detta avseende.

*2) Huruvida teorin om intressekonvergens och störningar i nätdelningsavtalen är motsägelsefull och felaktig*

333 Sökanden har gjort gällande att kommissionens slutsats i skälen 1238 och 1239 i det angripna beslutet, att MBNL och Beacon ”grundar sig på en viss grad av konvergerande intressen” som koncentrationen riskerar att rubba, är felaktig.

334 Sökanden har bland annat påstått att en uppmjukning av förhållandena inom ramen för MBNL och Beacon efter koncentrationen skulle kunna främja en större konkurrens mellan parterna i dessa avtal och förstärka konkurrensen mellan näten.

335 Kommissionen har bestridit dessa argument och i huvudsak hävdat att nätdelningsavtalen spelar en viktig roll inom sektorn för mobil telekommunikation, särskilt i Förenade kungariket, där en bedömning av intressekonvergens på intet sätt är motsägelsefull. I det angripna beslutet hänvisas inte till en anpassning eller samordning av beteenden, utan till en samordning av intressen avseende tillgången till ett nätverk som möjliggör en effektiv konkurrens.

336 I detta avseende konstaterar tribunalen inledningsvis att den vid första påseendet kan ansluta sig till den del av kommissionens skadeteori som sammanfattas i skäl 1232 i det angripna beslutet, såtillvida att en minskning av konkurrensen från en mobilnätsoperatör som är knuten till koncentrationsparterna genom nätdelningsavtal, i vissa fall skulle kunna leda till ett påtagligt hinder för konkurrensen. Så är exempelvis fallet med ett företag som är en så kallad ensamvarg (maverick), och som är beroende av ett nätdelningsavtal för att kunna etablera sitt inträde på marknaden för att erbjuda sina tjänster, och som efter koncentrationen riskerar att utestängas från marknaden.

337 Såsom redan har påpekats i punkt 296 ovan, anser kommissionen att parterna i vart och ett av de två befintliga nätdelningsavtalen i Förenade kungariket, det vill säga BT/EE och Vodafone, i dagsläget har goda skäl att gemensamt utveckla de delade komponenterna i deras nät, för att det delade nätet ska vara bättre än andra mobilnätsoperatörers nät, och i synnerhet bättre än nätet hos de mobilnätsoperatörer som ingått det andra nätdelningsavtalet. Kommissionen är av uppfattningen att om transaktionen genomförs skulle denna sunda konkurrensdynamik gå förlorad, eftersom den sammanslagna enheten under alla omständigheter, på kort eller lång sikt, skulle vara part i båda nätdelningsavtalen och varken Vodafone eller BT/EE skulle ha en alltigenom engagerad partner i Beacon respektive MBNL.

338 Sammanfattningsvis förutsätter kommissionens första underkategori av denna skada, såsom kommissionen själv har hävdat i skälen 1777–1783 i det angripna beslutet, att transaktionen skulle skada den ena eller andra eller båda mobilnätsoperatörernas konkurrensmässiga ställning, och således minska konkurrenstrycket från antingen BT/EE, Vodafone eller de två mobilnätsoperatörer som utgjorde koncentrationsparternas avtalsparter i nätdelningsavtalen. Tribunalen erinrar i detta avseende om att infrastrukturbaserad konkurrens kan vara en viktig faktor för att säkerställa kvaliteten på tjänsterna på marknaden för mobil telekommunikation.

339 Enligt kommissionens beslutspraxis avseende artikel 101.1 FEUF och 101.3 FEUF medför nätdelningsavtal som omfattar en gemensam användning av viss infrastruktur olika konkurrensmässiga risker i detta hänseende, beroende på sammanhanget och om delningen är aktiv eller passiv. Beroende på den samarbetsform som valts är risken för samverkan och för att operatörernas självständighet äventyras mer eller mindre allvarlig, och risken för att konkurrensen skadas mer eller mindre

framträdande. Nätdelningsavtal kan även medföra betydande ekonomiska fördelar i form av kostnadsbesparingar, bättre täckning och utbyggnad av ett snabbare nät (se, bland annat, kommissionens beslut 2003/570/EG av den 30 april 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet - Ärende COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited (brittiskt avtal om delade nät) (EUT L 200, 2003, s. 59), och Kommissionens beslut 2004/207/EG av den 16 juli 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag) (EUT L 75, 2004, s. 32).

340 Tribunalen konstaterar att den omständigheten att ett nätdelningsavtal, när det ingås, kan medföra konkurrensfrämjande effekter och således väga upp de begränsningar som avtalet medför, inte nödvändigtvis innebär att uppsägning eller omförhandling av avtalet eller varje senare ändring av dess jämvikt efter en koncentration nödvändigtvis kan anses utgöra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

341 En sådan bedömning av den nya konkurrensbalansen på marknaden, bland annat på grund av ett sådant nätdelningsavtal, kommer nämligen att bero på de möjliga konkurrensmässiga för- och nackdelarna av den nya situationen, vilken kommissionen eller de nationella konkurrensmyndigheterna kan bedöma separat och individuellt, bland annat med hänsyn till marknadsutvecklingen, vilket Ofcom vid flera tillfällen underströk under det administrativa förfarandet vid kommissionen, såsom framgår av bilagorna till den interventionsinlaga som Förenade kungariket gett in till tribunalen.

342 Såsom sökanden har framhållit som svar på denna punkt i Förenade kungarikets interventionsinlaga, är BT:s och Vodafones konkurrensförmåga och investeringsincitament inte på ett avgörande sätt beroende av Threes investeringsbeslut eller en eventuell kostnadsökning, utan i synnerhet av den konkurrensnivå som de utsätts för, deras ekonomiska resurser och deras strategier. En minskning av Threes incitament att investera i något av näten kan inte endast, och detta på ett betydande sätt, bero på att konkurrensförmågan hos den andra parten i nätdelningsavtalet försvagas.

343 Enligt kommissionen skulle detta emellertid vara fallet bland annat för det fall att den sammanslagna enheten beslutade sig för att lämna ett av de två nätdelningsavtalen för att uteslutande koncentrera sig på det andra, såsom kommissionen ansett i de ytterligare två teorier om nätkonsolidering som framgår, för det första, av skälen 1752–1756 i det angripna beslutet där det förutsätts att den sammanslagna enheten endast skulle vara beroende av MBNL, och, för det andra, av 1757–1759 i det angripna beslutet där det förutsätts att den sammanslagna enheten endast skulle vara beroende av Beacon. I både dessa fall drog kommissionen, i skälen 1755 och 1759 i det angripna beslutet, slutsatsen att det var osannolikt att investeringarna skulle minska på branschnivå.

344 Även om det medges att sådana möjliga scenarier verkligen skulle kunna skada antingen BT/EE:s eller Vodafones konkurrensställning, kan det konstateras att dessa konkurrensbegränsande verkningar i förevarande fall inte i sig kan anses utgöra påtagliga hinder för en effektiv konkurrens på marknaden för mobil telekommunikation i Förenade kungariket.

345 En motsatt slutsats skulle nämligen göra det möjligt för kommissionen att av princip och enbart på denna grund förbjuda varje koncentration som innebär att fyra aktörer blir tre, förutom i de fall där det är parterna i ett nätdelningsavtal som går samman.

346 Såsom sökanden med rätta har understrukit skulle en uppmjukning av förhållandena inom ramen för MBNL och Beacon efter koncentrationen likaväl kunna främja en mer omfattande konkurrens om infrastrukturen mellan parterna i dessa avtal och förstärka konkurrensen mellan näten.

347 Det kan således konstateras att i förevarande fall utgör varken eventuella intressekonflikter mellan parterna i nätdelningsavtalen, en störning av befintliga nätdelningsavtal vars löptid har förlängts till förmån för Three, eller ens en uppsägning av dessa avtal, ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens inom ramen för en skadeteori grundad på icke-samordnade effekter.

348 Under dessa omständigheter ska talan bifallas såvitt avser den tredje grundens första del, såtillvida kommissionen felaktigt drog slutsatsen att en varaktig störning av nätdelningsavtalen skulle kunna utgöra ett påtagligt hinder för den konkurrens som avtalsparterna i ett sådant avtal utövar.

### *b) Koncentrationens effekter på konkurrenterna*

349 Inom ramen för den tredje grundens tredje del har sökanden gjort gällande att kommissionens slutsats i skäl 1522 i det angripna beslutet, att den sammanslagna enheten allvarligt skulle kunna skada BT/EE genom att hindra eller fördröja dess investeringar i näten, är felaktig.

350 Kommissionen uppgav således felaktigt, i skäl 1512 i det angripna beslutet, [*konfidentiell uppgift*].

351 Inom ramen för den tredje grundens fjärde del har sökanden hävdat att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning vid sin prövning av koncentrationens inverkan på konkurrenterna, snarare än på konkurrensen (skäl 1231 i det angripna beslutet), för att visa att ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen var för handen.

352 Sökanden har inom ramen för den tredje grundens femte del gjort gällande att de konstateranden som kommissionen lade till grund för slutsatsen att koncentrationen skulle skada BT/EE:s och Vodafones konkurrensställning inte grundar sig på bevis utan på rena antaganden. Kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar eftersom det saknades bevis för att BT/EE:s och Vodafones konkurrensställning skulle påverkas negativt.

353 Kommissionen har hävdat att sökanden har tagit vissa skäl i det angripna beslutet ur sitt sammanhang, såsom skälen avseende störningar i nätdelningsavtalen (skäl 1246 i det angripna beslutet). Även om det är riktigt att kommissionen först redogjorde för de skadekategorier som BT/EE och Vodafone anfört (skälen 1249–1285 i det angripna beslutet), prövade kommissionen därefter dessa teorier, mot bakgrund av sökandens synpunkter, inom ramen för plan [A] (skälen 1391–1567 i det angripna beslutet) och plan [B] (skälen 1568–1748 i det angripna beslutet).

354 I detta avseende har Förenade kungariket gjort gällande att kommissionens slutsats om störningar i nätdelningsavtalen (skäl 1246 i det angripna beslutet) utgör en naturlig följd av nätdelningsavtalens art och funktion. Förenade kungariket har även gjort gällande att det var riktigt av kommissionen att, samtidigt som den gjorde en fördjupad bedömning av koncentrationens potentiella effekter, ta hänsyn till Ofcoms synpunkter på de befintliga nätdelningsavtalen (skäl 1722 i det angripna beslutet).

355 Kommissionen har dessutom hävdat att eftersom detaljhandelsmarknaden är mycket koncentrerad och konkurrensen mellan Three och O2 skulle upphöra till följd av koncentrationen, riskerar varje minskning av den effektiva konkurrens som BT/EE eller Vodafone kan utöva att ha en negativ effekt på konkurrensen i allmänhet, såsom konstaterades i skäl 1679 i det angripna beslutet, i synnerhet om den sannolika skadan skulle ta sig uttryck i en lägre kvalitet på deras nät. I detta avseende har BT/EE gjort gällande att det framgår av skälen 1230 och 1529–1546 i det angripna beslutet att kommissionen var bekymrad över den omständigheten att Three skulle kunna försvaga BT/EE:s konkurrensställning eftersom BT/EE i väsentlig utsträckning bidrog till konkurrensen.

356 Tribunalen anser att den tredje, fjärde och femte delen av den tredje grunden är ömsesidigt beroende av varandra och med fördel kan prövas gemensamt. Inledningsvis kan tribunalen även konstatera att sökanden inom ramen för den femte delgrunden har framställt flera invändningar avseende bedömningen av koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone, utan att göra någon tydlig åtskillnad mellan plan [A] och plan [B].

357 Tribunalen kommer därför att i tur och ordning undersöka effekterna på BT/EE och Vodafone, eftersom de effekter på BT/EE som plan [A] skulle ge upphov till, vilka framgår av punkterna 362–379 nedan, även skulle uppstå, om än i mindre grad, för BT/EE inom ramen för plan [B].

358 Tribunalen kan först konstatera att koncentrationens icke-samordnade effekter i förhållande till möjligheterna att utöva marknadsinflytande, i form av en försämring av det egna nätet eller de tjänster som den sammanslagna enheten skulle komma att erbjuda, inte analyserades i det angripna beslutet.

359 Såsom redan påpekats i punkterna 96 och 97 ovan, framgår det av punkt 25 i riktlinjerna att själva kärnan i bedömningen av en koncentrations icke-samordnade effekter utgörs av en analys av en eventuell eliminering av ett betydande konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra, jämte en eventuell minskning av konkurrenstrycket på de återstående konkurrenterna.

360 Hindren för konkurrensen, och därmed skadan för konsumenterna, skulle nämligen uppkomma till följd av att konkurrensen mellan koncentrationsparterna skulle upphöra och till följd av att ingen kvarvarande eller potentiellt inträdande konkurrent skulle kunna konkurrera effektivt med den sammanslagna enheten. Utöver effekten på priserna, skulle koncentrationen även få återverkningar på kvaliteten på tjänsterna och på det urval av tjänster som erbjuds kunderna, då den sammanslagna enheten inte längre skulle vara utsatt för det konkurrenstryck som tidigare existerat mellan koncentrationsparterna (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 224).

361 Avsaknaden av en fördjupad prövning av denna problematik utgör en svaghet i kommissionens analys i det angripna beslutet, vilken för att kunna godtas kräver ett särskilt gediget och övertygande resonemang angående effekterna på konkurrenterna.

*1) Effekterna på BT/EE*

362 För det första är unionens konkurrensregler huvudsakligen avsedda att skydda konkurrensen som sådan, och inte konkurrenterna. I detta avseende har kommissionen med rätta, i sina riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 265, 2008, s. 6), erinrat om att den omständigheten att en koncentration påverkar konkurrenter inte i sig är något problem, att konkurrenter kan skadas därför att en koncentration medför effektivitetsvinster kan i sig inte ge upphov till konkurrensproblem.

363 Detta resonemang är analogt tillämpligt inom ramen för en horisontell koncentration, eller till och med inom ramen för ett begränsat oligopol, såsom är fallet här.

364 I förevarande fall angav kommissionen, i skäl 1265 i det angripna beslutet, att konkurrensställningen för en av parterna i nätdelningsavtalen skulle kunna försvagas genom att försämra kvaliteten på det nät som omfattas av det ena eller det andra av dessa båda avtal. Detta förefaller enligt kommissionen särskilt relevant för den part i nätdelningsavtalet som inte kommer utgöra grunden för den sammanslagna enhetens konsoliderade nät.

365 Det framgår exempelvis av skälen 1430 och 1431 i det angripna beslutet att enligt konsolideringsplan A skulle den sammanslagna enheten ha för avsikt att inte använda [*konfidentiell uppgift*] MBNL-anläggningar. Den sammanslagna enheten skulle dock förbli skyldig att dela kostnaderna för dessa anläggningar, på grund av de åtaganden som gjorts gentemot Three under 2009 inom ramen för koncentrationen T-Mobile/Orange (ärende COMP/M.5650), vilka syftade till att avhjälpa Threes farhågor [*konfidentiell uppgift*].

366 Den omständigheten att skyldigheten att dela kostnaderna för anläggningar som skulle bli överflödiga inom ramen för förevarande koncentration består, skulle emellertid gynna BT/EE:s konkurrensställning, även om kommissionen med rätta funnit att detta skulle öka koncentrationsparternas incitament att minska sådana kostnader. Det förhållandet att koncentrationsparterna eventuellt skulle ha svagare incitament att fortsätta att investera i sådana överflödiga anläggningar kan dock inte på ett oproportionerligt sätt påverka BT/EE:s konkurrensställning eller utgöra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.

367 Även om de ökade kostnaderna för en konkurrerande operatör inte nödvändigtvis skulle resultera i ett hinder för konkurrensen, såsom kommissionen med rätta konstaterade i skäl 1679 i det angripna beslutet, ankommer det under alla omständigheter på kommissionen att visa att dess skadeteori grundar sig på ett orsakssamband mellan den påstådda ökningen av fasta kostnader och den påstådda ökningen av marginalkostnader, vilken skulle leda till lägre investeringar, lägre kvalitet på de tjänster som erbjöds på marknaden eller – för det fall att dessa kostnader övervältrades på konsumenterna – en prishöjning, samt en minskning av BT/EE:s och Vodafones konkurrenstryck på marknaden.

368 Tribunalen konstaterar att i förevarande fall har kommissionen inte styrkt i det angripna beslutet att ett sådant orsakssamband är för handen, i enlighet med de beviskrav som är tillämpliga i detta fall och som framgår av punkt 111 ovan.

369 Det finns ingenting i det angripna beslutet som tyder på att på en oligopolistisk marknad inom telekommunikationssektorn med ett begränsat antal aktörer, skulle en förlust av konkurrenstrycket från en enda operatör på ett ”högst sannolikt” sätt leda till en total förlust av konkurrensen på denna marknad, såsom kommissionen har gjort gällande i skäl 1679 i det angripna beslutet.

370 Tribunalen konstaterar för det andra att eftersom det redan har slagits fast i punkt 96 ovan att inom ramen för en skadeteori som grundar sig på icke-samordnade effekter måste koncentrationen resultera i att ”det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör”, är blott den omständigheten att konkurrenstrycket från de övriga konkurrenterna på marknaden skulle minska, i kvalitativt hänseende, inte i sig tillräcklig för att styrka att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens är för handen.

371 I kommissionens slutsatser konstateras emellertid endast att på grund av Threes minskade engagemang skulle BT/EE sannolikt ådra sig, eller åtminstone kunna förvänta sig, högre kostnader för underhåll av det befintliga nätet (skälen 1445–1455 i det angripna beslutet) och förbättring av nätet (skäl 1530 i det angripna beslutet).

372 Med andra ord har kommissionen i det angripna beslutet inte styrkt att en eventuell kostnadsökning skulle minska BT/EE:s förmåga att investera. Kommissionen har inte heller angett vilka typer av investeringar som skulle påverkas eller som skulle kunna delas, i motsats till de kostnader som inte skulle påverkas eller kunna delas. Det angripna beslutet förefaller nämligen grunda sig på mer eller mindre osannolika antaganden om att BT/EE inte skulle agera över huvud taget, utan helt enkelt upphöra att investera på grund av ökade kostnader.

373 Såsom tribunalen redan har konstaterat i punkt 280 ovan, framgår det också av den bevisning som lades fram under det administrativa förfarandet att även om en positiv korrelation kan påvisas mellan koncentrationer där fyra aktörer blir tre inom sektorn för mobil telekommunikation och en höjning av priserna, kan en korrelation även påvisas mellan sådana koncentrationer och mobilnätsoperatörernas ökade investeringar i nätet.

374 Vad för det tredje gäller den möjligheten att Three skulle kunna hindra BT/EE:s ensidiga nätinvesteringar, vilken utvecklades i skälen 1473–1522 i det angripna beslutet, konstaterar tribunalen att detta resonemang, som bland annat grundar sig på BT:s/EE:s synpunkter och en ifrågasatt tolkning av MBNL, inte i sig är tillräckligt för att visa att plan [A] skulle ge upphov till ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens i förevarande fall.

375 En sådan eventuell skada på konkurrensen ska nämligen inte grundas på en möjlighet för att koncentrationsparterna ensidigt kan besluta sig för att sänka kvaliteten på det egna nätet, utan på transaktionens möjliga effekter på den andra avtalsparten i nätdelningsavtalet.

376 Dessutom är orsakssambandet i en sådan hypotes synnerligen svagt. Framför allt grundar sig kommissionens synsätt på påståendet att, för att Three ska kunna hindra BT/EE:s investeringar [*konfidentiell uppgift*].

377 [*konfidentiell uppgift*].

378 Kommissionens synsätt förutsätter dessutom att den mekanism som parterna avser att använda inom ramen för sitt handelssamarbete lätt kan resultera i missbruk, som allvarligt skulle kunna skada en av de båda parterna. Slutligen förutsätter detta synsätt att BT/EE inte har någon faktisk möjlighet att vidta motåtgärder gentemot Three, genom att säga upp eller omförhandla MBNL-avtalet, eller genom att begära att kommissionen ska ompröva de åtaganden som gjorts gentemot Three och som det erinrats om i punkt 329 ovan.

379 Den omständigheten att en sådan utveckling teoretiskt sett är tänkbar innebär inte på ett tillräckligt realistiskt och trovärdigt sätt att ett sådant händelseförlopp skulle uppstå och resultera i att BT/EE omöjligen skulle kunna erbjuda en sådan nivå på sina tjänster som gör det möjligt för företaget att konkurrera med den sammanslagna enheten.

*2) Effekterna på Vodafone*

380 Tribunalen konstaterar inledningsvis att invändningen avseende effekterna på Vodafone endast är relevant om den alternativa planen för nätkonsolidering vore den mest sannolika i förevarande fall, vilket sökanden har bestridit.

381 Såsom redan har konstaterats med avseende på BT/EE, kan tribunalen för det första konstatera att blott den omständigheten att Vodafone skulle utöva ett mindre konkurrenstryck efter koncentrationen inte i sig är tillräcklig för att styrka att ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen är för handen i förevarande fall.

382 Vad för det andra gäller effekterna på Vodafones nät konstaterar tribunalen att kommissionen, i det angripna beslutet, inte har visat att en kostnadsökning skulle påverka Vodafones incitament att investera i sitt nät.

383 Såsom konstaterades i skälen 1680 och 1681 i det angripna beslutet är det nämligen riktigt att [*konfidentiell uppgift*].

384 Sådana verkningar av koncentrationen, som skulle medföra [*konfidentiell uppgift*], vilket a priori är mindre ägnat att gynna samverkan, innebär emellertid inte nödvändigtvis att Vodafone kommer att minska sina investeringar. Kommissionen medgav särskilt i skäl 1643 i det angripna beslutet att Vodafone skulle ha kapacitet att absorbera de ökade kostnader som koncentrationen skulle medföra.

385 Såsom kommissionen konstaterade i skäl 1683 i det angripna beslutet skulle försämringen av nätkvaliteten inte vara en följd av en potentiell eller påstådd oförmåga från Vodafones sida att göra nödvändiga investeringar [*konfidentiell uppgift*], utan av ett ekonomiskt beslut som Vodafone skulle anmodas att anta [*konfidentiell uppgift*], enligt en simulering som Vodafone presenterade under det administrativa förfarandet.

386 Kommissionens skadeteori vilar bland annat på Vodafones incitament att begränsa investeringarna i sitt eget nät i enlighet med Vodafones egen modell, vilket tyder på att [*konfidentiell uppgift*] skulle vara ekonomiskt motiverat (skäl 1643 i det angripna beslutet).

387 I förevarande fall har kommissionen, i skäl 1645 i det angripna beslutet, i huvudsak gjort gällande att ”[*konfidentiell uppgift*] täckning på en marknad där samtliga operatörer säkerställer denna [*konfidentiell uppgift*] skulle påtagligt minska konkurrenskraften hos de priser som Vodafone erbjuder”.

388 Även om det kan betvivlas att en sådan effekt, som inte skulle följa av framtida beslut av den sammanslagna enheten utan av en av dess konkurrenter, kan anses utgöra en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen, har kommissionen under alla omständigheter inte i det ifrågasatta beslutet, i enlighet med tillämpliga beviskrav, styrkt att det är realistiskt och troligt att koncentrationen skulle resultera i ett sådant beslut från Vodafones sida, vilket skulle ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på de berörda marknaderna och i förevarande fall ”påtagligt” hindra den effektiva konkurrensen på den berörda marknaden.

389 I detta avseende har kommissionen inte visat i det angripna beslutet av vilken anledning Vodafone frivilligt skulle sänka kvaliteten på sitt nät eller inte investera i detta nät, trots att Vodafones förmåga att täcka kostnaderna inte har bestridits.

390 Även om det antas att så skulle ske, är bedömningen av kvaliteten som en konkurrensfaktor ofta komplex och osäker, och kräver i varje enskilt fall att olika konsumenters uppfattningsförmågor vägs mot varandra, särskilt inom högteknologiska industrier.

391 Även om det antas att Vodafone frivilligt och på grundval av sina anläggningars lönsamhet beslutar sig för att minska sin täckningsgrad av nätet till [*konfidentiell uppgift*] på en marknad där alla andra operatörer är skyldiga att säkerställa en täckningsgrad på [*konfidentiell uppgift*], förefaller det i förevarande fall mer troligt att Vodafone skulle dra sig tillbaka och försämra sitt nätverk enbart i de minst befolkade regionerna, det vill säga de minst lönsamma.

392 Även om man, såsom kommissionen har gjort gällande, intar synsättet att Vodafones affärsbeslut att inte investera i anläggningar med låg lönsamhet [*konfidentiell uppgift*], och i synnerhet i glesbefolkade områden, kommer leda till sänkt nätkvalitet, skulle Förenade kungarikets tillsynsmyndigheter på ett ändamålsenligt sätt kunna avhjälpa en sådan effekt av koncentrationen.

393 För det tredje finns det även andra faktorer som ger upphov till tvivel beträffande sannolikheten av kommissionens analys i det angripna beslutet. Såtillvida kommissionen i skäl 1736 i det angripna beslutet konstaterade att den sammanslagna enheten skulle investera i sin egen infrastruktur [*konfidentiell uppgift*], förefaller det troligt att Vodafone skulle kunna göra liknande investeringar [*konfidentiell uppgift*].

394 Dessutom, [*konfidentiellt*], har parterna i detta avtal redan förutsett att deras kostnader kan komma att öka till följd av [*konfidentiell uppgift*].

395 Eftersom det redan förutsågs att nätdelningsavtalet skulle kunna utvecklas på detta sätt, är det svårt att föreställa sig att tillämpningen av en sådan avtalsreglerad möjlighet faktiskt skulle vara till väsentlig skada för Vodafone.

396 Det kan således konstateras att kommissionen inte har styrkt i det angripna beslutet att Vodafone saknade förmåga att konkurrera effektivt, eller att en ökning av Vodafones kostnader skulle övervältras på konsumenterna i form av en prishöjning.

397 Härav följer att talan ska bifallas såvitt avser den tredje, den fjärde och den femte delen av den tredje grunden, prövade gemensamt.

### *c) Betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i nätet*

398 Inom ramen för den tredje grundens sjätte del har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och flera uppenbart oriktiga bedömningar vid sin analys av koncentrationens effekter på investeringar i nätet inom ramen för plan [A], respektive plan [B].

399 Sökanden har bland annat hävdat att den mekanism som omfattas av plan [B], varigenom ökad insyn i mobilnätsoperatörernas investeringar skulle kunna minska deras incitament att investera i näten (skälen 1732–1742 i det angripna beslutet), skulle enligt punkt 22 i riktlinjerna utgöra samordnade effekter och inte icke-samordnade effekter.

400 Kommissionen har, med stöd av Förenade kungariket, uppgett att den inte har hävdat att BT/EE och Vodafone skulle samordna sina åtgärder, det vill säga underförstått komma överens om att inte investera eller vidta repressalier för det fall någon av dem skulle investera, utan att ingen av de andra mobilnätsoperatörerna skulle ha något ensidigt incitament att investera i ny teknik om den sammanslagna enheten inte tog initiativ att investera. Kommissionen grundade sig således på det reducerade konkurrenstrycket och ensidiga incitament att investera i nätet, vilka utgör ensidiga eller icke-samordnade effekter av koncentrationen enligt punkt 24 i riktlinjerna.

401 BT/EE har gjort gällande att kommissionen inte gjorde en analys av samordnade effekter, utan endast konstaterade att detaljhandelsmarknaden är en oligopolistisk marknad. På en sådan marknad är emellertid alla leverantörer i allmänhet uppmärksamma på sina konkurrenters agerande och reagerar överlagt.

402 Tribunalen konstaterar inledningsvis att kommissionen, i skäl 1562 i det angripna beslutet, drog slutsatsen att det var föga troligt att mobilnätsoperatörernas ökade insyn i investeringar skulle kunna ha en betydande negativ inverkan på investeringarna inom ramen för plan [A] (skäl 1564 i det angripna beslutet).

403 Kommissionen drog dessutom, i skäl 1735 i det angripna beslutet, slutsatsen att plan [B] skulle kunna ha en betydande negativ inverkan på investeringarna i näten på branschnivå, eftersom den sammanslagna enheten skulle kunna få kännedom om BT/EE:s investeringar.

404 Såsom sökanden själv medgav i sin egen analys av konsolideringsplanerna, övergavs alternativet [*konfidentiell uppgift*] som det redogjorts för i skälen 1388 och 1389 i det angripna beslutet, med hänsyn till konkurrensmyndigheternas förutsebara reservationer och den låga sannolikheten för att en sådan plan skulle godkännas.

405 Kommissionen konstaterade, i skäl 1389 i det angripna beslutet, att i förevarande fall skulle koncentrationen inledningsvis skapa en osäker situation, eftersom den sammanslagna enheten inte omgående skulle kunna genomföra vare sig plan [B] eller plan [A]. Under en övergångsperiod och på kort sikt [*konfidentiell uppgift*].

406 Den sammanslagna enheten skulle i förekommande fall ha incitament att göra samma investeringar, i såväl de östra som de västra delarna av landet, vilket *in fine* skulle göra det möjligt för BT/EE och Vodafone att få kännedom om sina respektive investeringar (skälen 1735 och 1736 i det angripna beslutet). Denna ökade insyn skulle således medföra en risk för att BT/EE och Vodafone inväntar att den sammanslagna enheten genomför vissa investeringar, huvudsakligen i utveckling av ny teknik, innan de själva investerar (skälen 1737, 1739 och 1740 i det angripna beslutet).

407 Med andra ord anser kommissionen att dess farhågor inom ramen för av den andra skadeteorin grundar sig på det förhållandet att varje mobilnätsoperatör skulle ha lägre incitament att på ett förutseende sätt investera och förbättra sitt nät, och på det minskade konkurrenstryck som skulle bli följden därav. Denna minskning beror på den marknadsstruktur som plan [B] [*konfidentiell uppgift*] skulle ge upphov till, och den ökade insyn som denna struktur skulle medföra i varje mobilnätsoperatörs investeringsstrategier.

408 Tribunalen konstaterar härvidlag att en särskild svårighet i förevarande fall, avseende tribunalens prövning av det angripna beslutet, är att kommissionen har underlåtit att ange någon lämplig tidsram inom vilken den avser visa att påtagliga hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå. Kommissionen har nämligen i det angripna beslutet analyserat koncentrationens omedelbara effekter på såväl kort som medellång sikt genom att låta de två nätdelningsavtalen tillfälligt överlappa varandra, samt dess effekter på medellång och lång sikt med beaktande av planerna på att konsolidera nätet, utan att för den skull tydligt ange vilket av de olika scenarierna som vore det mest sannolika, eller mot bakgrund av vilket/vilka scenario/scenarier koncentrationens effekter på konkurrensen i första hand ska undersökas.

409 Inför förhandlingen anmodade tribunalen således parterna att utveckla sina respektive ståndpunkter i fråga om vad som vore en lämplig tidsram vid prövningen av en koncentrations inverkan på konkurrensen.

410 Tribunalen kan konstatera att det bland annat i skälen 1239 och 1244 i det angripna beslutet slogs fast oavsett vilken nätkonsolideringsplan som koncentrationsparterna slutligen skulle välja, skulle de inte behålla två separata nät på lång sikt, och en långsiktig tidsram förefaller således inte ha ansetts lämplig för att bedöma koncentrationens effekter i det angripna beslutet.

411 Det framgår härvidlag av skäl 1244 i det angripna beslutet att enligt sökandens planer skulle den sammanslagna enheten inte bibehålla två separata nät på lång sikt. Den sammanslagna enheten skulle på lång sikt fokusera på ett av de två nätdelningsavtalen.

412 I skäl 1239 i det angripna beslutet drog kommissionen dessutom slutsatsen att transaktionen sannolikt skulle resultera i att samordningen av intressen och det ömsesidiga beroendet skulle upphöra inom ramen för de två befintliga nätdelningsavtalen på marknaden för mobiltelekommunikation i Förenade kungariket. Kommissionen konstaterade att även om den sammanslagna enheten skulle nyttja båda näten för att fortsätta att tillhandahålla mobila telekommunikationstjänster till Threes och O2:s kunder, skulle den inte ha anledning att bibehålla två nät på lång sikt. Enligt kommissionen skulle detta oundvikligen störa de samordnade intressena med åtminstone en av de två parterna i nätdelningsavtalen.

413 I fotnot 1012 i det angripna beslutet noterade kommissionen att det av flera skäl framstod som högst osannolikt att två separata nät med nationell täckning skulle bibehållas. För det första innebär de två nätkonsolideringsplaner som sökanden lagt fram som enda realistiska scenarier att ett konsoliderat nät

skulle skapas, och för det andra förefaller det ekonomiskt oförsiktigt att efter transaktionen driva två separata nät på samma sätt som de samgående företagen gjort på självständig basis, särskilt vad gäller framtida investeringar. Kommissionen har uppgett att den sammanslagna enheten i sådant fall måste göra samma investeringar två gånger för att kunna erbjuda dem till alla sina kunder.

414 BT/EE har uppmärksammat tribunalen på att i ett visst antal koncentrationsärenden grundade kommissionen sitt beslut på en analys av långsiktiga effekter, och har i detta avseende hänvisat till ärende COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), där kommissionen beaktade en period på mer än tio år vid bedömningen av koncentrationens verkningar.

415 Tribunalen konstaterar att analysen av en koncentrations effekter på en oligopolistisk marknad inom telekommunikationssektorn, som kräver långsiktiga investeringar och där konsumenterna ofta är bundna av avtal som löper över flera år, är en dynamisk framåtblickande analys som kräver att eventuella samordnade eller ensidiga effekter över en relativt lång framtida period beaktas.

416 Oavsett vilken nätkonsolideringsplan som koncentrationsparterna slutligen väljer, kommer de inte bibehålla två separata när på lång sikt. Kommissionens synsätt, avseende betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i näten, kan följaktligen inte godtas, eftersom det grundar sig på antagandet att det finns två separata nät.

417 Talan ska således bifallas såvitt avser den tredje grundens sjätte del, såtillvida kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den fann att betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i näten utgjorde en icke-samordnad effekt.

418 Vad gäller den andra skadeteorin ska talan följaktligen bifallas såvitt avser den tredje grunden, utan att det är nödvändigt att pröva de övriga delarna av denna grund.

### E. Den tredje skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på grossistmarknaden

419 Den tredje skadeteorin, som utvecklades i skälen 1815–2314 i det angripna beslutet, avser förekomsten av icke-samordnade effekter på grossistmarknaden till följd av att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle upphöra. På denna marknad tillhandahåller de fyra mobilnätsoperatörerna värdtjänster till icke-mobilnätsoperatörer, vilka i sin tur erbjuder detaljhandelstjänster till abonnenterna. Kommissionen är av uppfattningen att koncentrationen skulle minska antalet mobilnätoperatörer som är villiga att agera som värdar för icke-mobilnätsoperatörer.

420 Kommissionen anser närmare bestämt att innan koncentrationen genomförs utgjorde Three en ”viktig konkurrensfaktor” på grossistmarknaden. Härvidlag konstaterade kommissionen bland annat att Three, trots dess tidigare blygsamma marknadsandel, som uppgick till [0–5 procent] under 2014 och 2015 (skälen 1856–1867 i det angripna beslutet), hade en bruttoökning av kunder som var större än dess marknadsandel (skälen 1868–1920 i det angripna beslutet).

421 För att komma till denna slutsats beräknade kommissionen värdet av de avtal som ingåtts med kunder under 2012–2015. Enligt denna beräkning skulle Threes förvärvade andel uppgå till [*konfidentiell uppgift*], efter viktning med beaktande av dessa kunders förväntade värde 2018. Kommissionen konstaterade även att Three påtagligt hade stärkt sin ställning på grossistmarknaden, hade deltagit i flera konkurrensutsatta upphandlingar, bland annat för de största icke-mobilnätsoperatörerna, och slutit avtal med icke-mobilnätsoperatörer med tillväxtpotential. Kommissionen påpekade att Threes närvaro i förhandlingarna i grossistledet påverkade konkurrensen även i situationer där företaget inte nådde framgång, att Three hade konkurrenskraftiga grossistpriser för ny teknik såsom 4G, och ansågs vara en viktig konkurrent (skälen 1921–2125 i det angripna beslutet).

422 I skäl 2210 i det angripna beslutet drog kommissionen dessutom slutsatsen att koncentrationen dels skulle minska den sammanslagna enhetens incitament att främja konkurrensen eftersom denna enhet skulle ha en större kundkrets på detaljhandelsmarknaden, vilket skulle öka risken för ”kannibalism” (skäl 2209 i det angripna beslutet), dels skulle medföra negativa effekter på BT/EE:s och Vodafones förmåga och incitament att främja konkurrensen (skäl 2291 i det angripna beslutet).

423 I skäl 2313 i det angripna beslutet fann kommissionen att koncentrationen riskerade att ge upphov till betydande icke-samordnade effekter på grossistmarknaden till följd av att antalet mobilnätsoperatörer skulle minska från fyra till tre, Three skulle undanröjas som viktig konkurrensfaktor i den mening som avses i punkt 37 i riktlinjerna, det betydande konkurrenstryck som parterna tidigare utövat på varandra skulle upphöra, och konkurrenstrycket på de återstående aktörerna skulle minska. De konkurrerande mobilnätsoperatörerna skulle dessutom ha varken erforderlig kapacitet eller nödvändiga incitament för att motverka koncentrationens icke-samordnade konkurrenshämmande effekter.

424 Genom den fjärde grunden har sökanden gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar, samt åsidosatte väsentliga formföreskrifter med avseende på de icke-samordnade effekterna på grossistmarknaden, i synnerhet med anledning av de slutsatser kommissionen dragit, nämligen, för det första att koncentrationen på ett betydande sätt skulle hindra den effektiva konkurrensen på grossistmarknaden (första delen), för det andra att Three var en ”viktig konkurrensfaktor” på grossistmarknaden (andra och tredje delen), för det tredje att den sammanslagna enheten skulle vara mindre benägen att konkurrera (fjärde grunden), och för det fjärde att Threes konkurrenter varken skulle ha erforderlig kapacitet eller nödvändiga incitament att konkurrera med Three (femte delen), samt den omständigheten att kommissionen hade beaktat påståenden från tredje part (sjätte delen). Sökanden anser att vart och ett av dessa fel ska medföra att det angripna beslutet ogiltigförklaras.

425 Tribunalen kommer inledningsvis att gemensamt pröva den fjärde grundens tre första delar, avseende att slutsatsen att koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på grossistmarknaden var felaktig, och att konstaterandet att Three var en ”viktig konkurrensfaktor” utgjorde en uppenbart oriktig bedömning.

426 Genom den fjärde grundens första del har sökanden gjort gällande att eftersom Threes andel av grossistmarknaden under 2014 låg på [0–5 procent] och aldrig överskred denna nivå, vilket kommissionen inte har bestridit (skäl 1856 i det angripna beslutet), skulle koncentrationen inte ha någon märkbar inverkan på konkurrensen. I detta avseende grundar sig det angripna beslutet enbart på påståenden att Three, i egenskap av ”viktig konkurrensfaktor”, skulle undanröjas.

427 Genom den fjärde grundens andra och tredje del har sökanden hävdat att kommissionen inte förklarade varför den konkurrens som Three utövade på grossistmarknaden skulle vara särskilt effektiv i förhållande till den konkurrens som de andra operatörerna utövade, vars förväntade marknadsandelar inte undersöktes. De övriga operatörerna på marknaden är inte bara klart starkare än Three, denna situation har dessutom varit stabil övertid, och den svaga ökning av marknadsandelar som Three nyligen har erfarit är fortsatt marginell och saknar relevans för konkurrensstrukturen eller dynamiken på marknaden. Genom att beteckna Three som en ”viktig konkurrensfaktor”, begick kommissionen dessutom fel såväl i sin analys av marknadsandelarna, som i sin analys av Threes bruttoökning av nya kunder och i sin kvalitativa analys av Threes betydelse på grossistmarknaden.

428 Vad särskilt gäller det sistnämnda påståendet har sökanden gjort gällande att diagram nr 125 i det angripna beslutet, som illustrerar de fyra mobilnätsoperatörernas andelar av grossistmarknaden enligt kommissionens bedömning, tydligt visar att Three har en svag ställning i förhållande till sina konkurrenter [*konfidentiell uppgift*].

429 Det var även felaktigt av kommissionen att i skäl 1920 i det angripna beslutet påstå att Threes marknadsandel inte återspeglar företagets aktuella konkurrenskraft eller betydelse för den framtida konkurrensprocessen, på grundval av en prognos av företagets bruttoandel av nya kunder där denna andel är större än vad som framgår av uppgifterna om den berörda marknaden.

430 Slutligen anser sökanden att den omständigheten att Three inte deltagit i [*konfidentiell uppgift*] av de sju omfattande anbudsförfaranden som riktats till samtliga operatörer på den aktuella marknaden under de tre föregående åren, liksom *[konfidentiell uppgift*], inte är möjlig att förena med uppfattningen att Three på ett trovärdigt sätt kan konkurrera och vara en ”viktig konkurrensfaktor” på grossistmarknaden.

431 Kommissionen har bestridit dessa argument.

432 Kommissionen har bland annat gjort gällande att marknadsandelarna och deras utveckling endast utgör de första indikationerna på marknadsinflytande (punkt 27 i riktlinjerna), och att riktlinjerna innehåller flera exempel på situationer där små marknadsandelar inte hindrar att en koncentration kan ge upphov till konkurrensproblem, exempelvis för det fall att företaget i fråga spelar en större roll än vad dess marknadsandelar ger anledning att tro (se punkt 37 i riktlinjerna). Den omständigheten att Three endast har en liten marknadsandel av grossistmarknaden kan således inte per automatik leda till slutsatsen att koncentrationen inte påtagligt skulle kunna hämma den effektiva konkurrensen.

433 Vidare anser kommissionen att även om marknadsandelarna, ökningen av dessa och ökningen av koncentrationsnivån endast utgör en första indikation på marknadsinflytande, utgör de relevanta omständigheter som ska beaktas när fråga är om oligopolistiska marknader, där det är av stor betydelse att ett företag är en ”viktig konkurrensfaktor”.

434 Tribunalen konstaterar att den omständigheten att antalet operatörer på grossistmarknaden skulle minska från fyra till tre inte i sig kan styrka att konkurrensen på grossistmarknaden påtagligt skulle hämmas i förevarande fall. Såsom framgår av skäl 25 i förordning nr 139/2004 uppvisar nämligen många oligopolistiska marknader en sund konkurrens.

435 Vad gäller marknadsandelarna noterar tribunalen att det är ostridigt att Threes andel av grossistmarknaden var mycket låg, nämligen [0–5 procent] under 2014 och 2015.

436 Under förfarandet vid tribunalen medgav kommissionen för övrigt att marknadsandelarna och deras utveckling endast utgjorde de första indikationerna på marknadsinflytande enligt punkt 27 i riktlinjerna, eftersom det är allmänt vedertaget, även i kommissionens beslutspraxis, att låga marknadsandelar generellt sett är en bra indikation på att det saknas ett starkt marknadsinflytande.

437 På samma sätt som höga marknadsandelar är av stor betydelse, och förhållandet mellan koncentrationsparternas marknadsandelar och deras konkurrenters marknadsandelar utgör en viktig indikation på att det föreligger en dominerande ställning eller ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, eftersom det gör det möjligt att bedöma konkurrensförmågan hos konkurrenterna till det berörda företaget (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 201), tyder nämligen den omständigheten att en av koncentrationsparterna har en särskilt låg marknadsandel, vid första påseendet, på att det inte föreligger ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, i synnerhet när de övriga operatörerna har mycket högre marknadsandelar.

438 Även om det inte kan uteslutas att koncentrationen – trots att en av koncentrationsparterna har en relativt liten marknadsandel – kan komma att påtagligt påverka den effektiva konkurrensen, ankommer det på kommissionen att lägga fram övertygande bevis i detta avseende.

439 För det första utgör en sammanlagd marknadsandel för koncentrationsparterna på [30 – 40 procent] inte en indikation på att en dominerande ställning skulle skapas eller förstärkas i förevarande fall, och inte heller, som sådan, på att påtagliga hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå.

440 För det andra konstaterar tribunalen att kommissionen i skäl 1865 i det angripna beslutet uppgav att den HHI-nivå som skulle följa av koncentrationen skulle överstiga det gränsvärde som föreskrivs i riktlinjerna.

441 Vad gäller beräkningen av HHI framgår det av punkt 14 i riktlinjerna att marknadsandelarna och koncentrationsnivåerna ofta anger nyttiga första indikationer på marknadsstrukturen och koncentrationsparternas betydelse. Av punkt 16 i riktlinjerna framgår även att den totala koncentrationsgraden på en marknad också kan ge nyttig information om konkurrensläget.

442 I punkterna 19–21 i riktlinjerna definieras de HHI-nivåer under vilka en koncentration med all sannolikhet inte orsakar några konkurrensproblem. Kommissionen anser således att det, förutom i undantagsfall, är föga troligt att en koncentration orsakar horisontella konkurrensproblem på en marknad där HHI efter koncentrationens genomförande ligger på mellan 1 000 och 2 000 och där deltat är lägre än 250, eller där HH.I efter koncentrationens genomförande är högre än 2 000 och deltat är lägre än 150.

443 Vid tribunalen har sökanden, utan att motsägas av kommissionen, gjort gällande att i förevarande fall skulle deltat, efter koncentrationen, endast vara [*konfidentiell uppgift*]. Tribunalen kan konstatera att detta värde visserligen överskrider det värde under vilket det i princip är uteslutet att koncentrationen skulle ge upphov till konkurrensproblem. I den andra meningen i punkt 21 i riktlinjerna preciseras emellertid att ett överskridande av dessa nivåer inte föranleder en presumtion för att det föreligger konkurrensproblem eller ej.

444 Det ska likväl påpekas att ju mer dessa tröskelnivåer överskrids desto större är sannolikheten för att det föreligger konkurrensproblem (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juli 2007, Sun Chemical Group m.fl./kommissionen, T-282/06, EU:T:2007:203, punkt 138), och att i förevarande fall överskrider deltat det tröskelvärde som föreskrivs i riktlinjerna för horisontella koncentrationer med endast [*konfidentiell uppgift*].

445 I förevarande fall konstaterar tribunalen att kommissionen inte grundade sig på Threes tidigare marknadsandelar och koncentrationsnivån för att dra slutsatsen att detta företag är en ”viktig konkurrensfaktor” på grossistmarknaden, utan på bruttoandelen nya kunder (skäl 1857 i det angripna beslutet) och sin kvalitativa analys av Threes betydelse på grossistmarknaden.

446 Den omständigheten att kommissionen funnit att Three spelade en större roll för konkurrensen än vad dess marknadsandel gav anledning att tro, är emellertid inte i sig ett tillräckligt bevis för att det ska anses styrkt att påtagliga hinder för den effektiva konkurrensen skulle uppstå i förevarande fall.

447 Även om det inte är uteslutet att det i vissa fall kan vara tillräckligt att tillämpa en enda av de faktorer som anges i riktlinjerna för att fastställa att det föreligger ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, har kommissionen inte på ett trovärdigt sätt förklarat, i det angripna beslutet, varför bruttoandelarna av nya kunder var så avgörande i förevarande fall. Det är visserligen riktigt att det inte är nödvändigt att kommissionen i samtliga fall undersöker alla de kriterier som den har fastställt i riktlinjerna, men det har likväl inte visats att det är tillräckligt att tillämpa ett av dessa kriterier för att visa att det föreligger ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, utan en ingående prövning av de faktiska omständigheterna.

448 Vad för det tredje gäller bruttoandelarna av nya kunder, har kommissionen påpekat att Three skulle ha övertagit ungefär [*konfidentiell uppgift*], av det totala värdet av grossistkunderna på den konkurrensutsatta delen av marknaden. Kommissionen anser att även om alla de justeringar som sökanden föreslagit godtogs, skulle den återstående delen av bruttoökningen av grossistkunder vara mycket större än Threes tidigare marknadsandel (skälen 1896 och 1917 i det angripna beslutet).

449 I förevarande fall är blott den omständigheten att Threes bruttoandel nya kunder är högre än dess marknadsandel emellertid inte tillräcklig för att ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen ska anses vara för handen, i en kontext där Threes marknadsandel i själva verket är mycket låg och dess bruttoandel nya kunder, på en marknad med endast fyra aktörer, också är begränsad.

450 Det kan konstateras att även om dessa omständigheter gör det möjligt att anse att Three kan konkurrera med de andra aktörerna på grossistmarknaden, att företaget är en trovärdig konkurrent som kan påverka konkurrensen – trots att det inte har tilldelats något kontrakt inom ramen för ett upphandlingsförfarande –, och har stärkt sin ställning på marknaden, är de under alla omständigheter inte tillräckliga för att Three ska anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”.

451 Vad för det fjärde och slutligen gäller dess kvalitativa analys av Threes betydelse på grossistmarknaden, konstaterade kommissionen att Three ansågs vara ett trovärdigt hot på marknaden, och hade deltagit i ett betydande antal anbudsförfaranden (skälen 1936–1987 i det angripna beslutet).

452 Såsom sökanden med rätta har påpekat har kommissionen inte visat att de kriterier som den själv har fastställt i punkterna 37 och 38 i riktlinjerna var tillämpliga på Three. Kommissionens slutsatser avseende Threes framtida marknadsandel, dess trovärdighet, konkurrenskraften i dess erbjudanden, samt deltagande i anbudsförfaranden (skälen 2294 och 2295 i det angripna beslutet) visar nämligen inte – oavsett om de är välgrundade eller ej – att Three utmärker sig i förhållande till de övriga aktörerna på grossistmarknaden.

453 Även om de omständigheter som kommissionen beaktade kunde ligga till grund för slutsatsen att Three var en ”viktig konkurrensfaktor”, kunde de likväl inte visa att Three och O2 utövade ett betydande konkurrenstryck på varandra som skulle elimineras till följd av koncentrationen.

454 Talan ska således bifallas såvitt avser den fjärde grundens första tre delar, utan att det är nödvändigt att pröva den fjärde, den femte och den sjätte delen av den fjärde grunden.

455 Följaktligen ska det angripna beslutet ogiltigförklaras, utan att det är nödvändigt för tribunalen att pröva huruvida de tre skadeteorierna är oberoende eller ömsesidigt beroende av varandra, eller uttala sig om sökandens övriga argument och grunder.

**Rättegångskostnader**

456 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att kommissionen ska förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta sökandens rättegångskostnader. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska sökandens yrkande bifallas. I enlighet med artikel 138 i rättegångsreglerna ska Förenade kungariket och EE Ltd bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (första avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) **Kommissionens beslut C(2016) 2796 final av den 11 maj 2016 om att företagskoncentrationen avseende Hutchison 3G UK Investments Ltd:s förvärv av Telefónica Europe plc förklaras oförenlig med den inre marknaden, (ärende COMP/M.7612 - Hutchinson 3G UK/Telefónica UK), ogiltigförklaras.**

2) **Kommissionen ska bära sina rättegångskostnader och ersätta de kostnader som uppkommit för CK Telecoms UK Investments Ltd**

3) **Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.**

Van der Woude Buttigieg Nihoul

Svenningsen Öberg

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 maj 2020.

Underskrifter

# Innehållsförteckning

I. Bakgrund till tvisten ..... 2

II. Det angripna beslutet ..... 4

III. Förfarandet ..... 4

IV. Parternas yrkanden ..... 8

V. Rättslig bedömning ..... 8

A. Tillämpliga bestämmelser ..... 8

1. Domstolsprövningens omfattning i fråga om koncentrationer ..... 8

2. Innebörden av den ändring som infördes genom förordning nr 139/2004 ..... 9

3. Bevisbörda och beviskrav i fråga om koncentrationer ..... 13

4. Motiveringen ..... 15

B. Sammanfattning av grunderna och talans struktur ..... 15

C. Den första skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden ..... 16

1. Sammanfattning av det angripna beslutet ..... 16

2. Sammanfattning av den första grunden och den huvudsakliga bevisning som förebringats till stöd för den första skadeteorin ..... 17

a) Analysen av marknadsandelarna ..... 18

b) Huruvida Three ska anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor” ..... 19

1) Huruvida begreppet ”viktig konkurrensfaktor” har missuppfattats ..... 20

2) Nivån av det konkurrenstryck som Three utövar på detaljhandelsmarknaden ..... 22

i) Bruttoökningen av abonnenter ..... 22

ii) Ökningen av Threes abonnenter ..... 24

iii) Threes prispolitik ..... 25

iv) Threes tidigare roll på marknaden ..... 27

c) Bedömningen av konkurrensförhållandets närhet ..... 28

d) Bedömningen av koncentrationens kvantitativa priseffekter ..... 31

1) Bevisvärdet av UPP-analysen som första ”såll” ..... 31

2) UPP-analysen i förevarande fall ..... 31

e) Helhetsbedömningen av icke-samordnade effekter ..... 34

D. Den andra skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på grund av störningar av nätdelningsavtalen ..... 35

1. Sammanfattning av det angripna beslutet ..... 35

2. Den tredje grunden, avseende felaktigheter beträffande nätdelningens icke-samordnade horisontella effekter ..... 38

a) Konvergens mellan parterna i nätdelningsavtalen ..... 39

1) Huruvida teorin om skada på nätdelningsavtalen är ny ..... 39

2) Huruvida teorin om intressekonvergens och störningar i nätdelningsavtalen är motsägelsefull och felaktig ..... 40

b) Koncentrationens effekter på konkurrenterna ..... 42

1) Effekterna på BT/EE ..... 43

2) Effekterna på Vodafone ..... 45

c) Betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i nätet ..... 47

E. Den tredje skadeteorin, avseende icke-samordnade effekter på grossistmarknaden ..... 49

Rättegångskostnader ..... 53