



# Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

13. juli 2023\*

## Indhold

Retsforskrifter .....	4
Forordning (EF) nr. 139/2004 .....	4
Forordning nr. 802/2004 .....	9
Retningslinjerne for horisontale fusioner .....	9
Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse .....	11
Sagsbehandlingen for Retten og den appellerede dom .....	14
Retsforhandlingerne for Domstolen .....	14
Parternes påstande .....	15
Om appellen .....	15
Det første anbringende .....	16
Parternes argumentation .....	16
Domstolens bemærkninger .....	17
Det andet anbringende .....	21
Det første led .....	21
– Parternes argumentation .....	21
– Domstolens bemærkninger .....	21
Det andet led .....	22
– Parternes argumentation .....	22

\* Processprog: engelsk.

– Domstolens bemærkninger . . . . .	22
Det tredje anbringende . . . . .	24
Det første led . . . . .	25
– Parternes argumentation . . . . .	25
– Domstolens bemærkninger . . . . .	25
Det andet led . . . . .	27
– Parternes argumentation . . . . .	27
– Domstolens bemærkninger . . . . .	28
Det tredje led . . . . .	31
– Parternes argumentation . . . . .	31
– Domstolens bemærkninger . . . . .	32
Det fjerde anbringende . . . . .	35
Det første led . . . . .	35
– Parternes argumentation . . . . .	35
– Domstolens bemærkninger . . . . .	36
Det andet led . . . . .	38
– Parternes argumentation . . . . .	38
– Domstolens bemærkninger . . . . .	39
Det femte anbringende . . . . .	40
Parternes argumentation . . . . .	40
Domstolens bemærkninger . . . . .	41
Det sjette anbringende . . . . .	43
Spørgsmålet, om det sjette anbringende er virksomt . . . . .	44
– Parternes argumentation . . . . .	44
– Domstolens bemærkninger . . . . .	44
Det første led . . . . .	45
– Parternes argumentation . . . . .	45

– Domstolens bemærkninger .....	46
Det andet led .....	48
– Parternes argumentation .....	48
– Domstolens bemærkninger .....	50
Om hjemvisningen af sagen til Retten .....	51
Sagsomkostninger .....	52

»Appel – konkurrence – forordning (EF) nr. 139/2004 – kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser – mobile telekommunikationstjenester – afgørelse, hvorved en fusion erklæres uforenelig med det indre marked – oligopolistisk marked – betydelig hindring for effektiv konkurrence – ikke-koordinerede virkninger – bevisniveau – Europa-Kommissionens skønsmargen vedrørende økonomiske spørgsmål – grænser for domstolskontrollen – retningslinjer for horisontale fusioner – faktorer, der er relevante for at påvise en betydelig hindring for effektiv konkurrence – begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter« – nærhed i konkurrencen mellem parterne i fusionen – kvantitativ analyse af fusionens virkninger i forhold til priserne – effektivitetsgevinster – urigtig gengivelse – klagepunkt rejst af Den Europæiske Unions Rets af egen drift – ophævelse«

I sag C-376/20 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 7. august 2020,

**Europa-Kommissionen** først ved G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski og C. Urraca Caviedes, derefter ved F. Castillo de la Torre, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski og C. Urraca Caviedes, som befuldmægtigede,

appellant,

støttet af:

**EFTA-Tilsynsmyndigheden** først ved C. Simpson, M. Sánchez Rydelski og C. Zatschler, derefter ved C. Simpson og M. Sánchez Rydelski, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

de øvrige parter i appelsagen:

**CK Telecoms UK Investments Ltd**, London (Det Forenede Kongerige), først ved solicitors J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis og S. Prichard, advocaat O.W. Brouwer, B. Kennelly, SC, advocate A. Müller og Rechtsanwalt T. Wessely, derefter ved solicitors J. Aitken, K. Asakura, A. Coe og M. Davis, advocaat O.W. Brouwer, B. Kennelly, SC, advocate A. Müller og Rechtsanwalt T. Wessely,

sagsøger i første instans,

**Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland** først ved S. Brandon, derefter ved F. Shibli, som befuldmægtigede,

**EE Ltd**, Hatfield (Det Forenede Kongerige),

intervenienter i første instans,

har

**DOMSTOLEN** (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, vicepræsidenten, L. Bay Larsen, afdelingsformændene A. Arabadjiev (refererende dommer), A. Prechal, M. Safjan, P.G. Xuereb, D. Gratsias og M.L. Arastey Sahún, og dommerne J.-C. Bonichot, S. Rodin, F. Biltgen, J. Passer og Z. Csehi,

generaladvokat: J. Kokott,

justitssekretær: fuldmægtig M. Longar,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. juni 2022,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 20. oktober 2022,

afsagt følgende

## **Dom**

- 1 Europa-Kommissionen har med sit appelskrift nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 28. maj 2020, CK Telecoms UK Investments mod Kommissionen (T-399/16, herefter »den appellerede dom«, EU:T:2020:217), hvorved Retten annullerede Kommissionens afgørelse C(2016) 2796 final af 11. maj 2016 om en fusions uforenelighed med det indre marked (sag COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), som er offentliggjort i resumé i *Den Europæiske Unions Tidende* den 29. september 2016 (EUT 2016, C 357, s. 15, herefter »den omtvistede afgørelse«).

## **Retsforskrifter**

### ***Forordning (EF) nr. 139/2004***

- 2 5., 6., 24., 25., 28. og 29. betragtning til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT 2004, L 24, s. 1) har følgende ordlyd:
  - »(5) Det bør [...] sikres, at strukturændringerne ikke på længere sigt skader konkurrencen. Fællesskabsretten bør derfor indeholde bestemmelser vedrørende de fusioner, der vil kunne hæmme den effektive konkurrence på det fælles marked eller en væsentlig del heraf betydeligt.

- (6) Der er derfor behov for en særlig retsakt, der kan muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet, og som skal være den eneste retsakt, der finder anvendelse på sådanne fusioner. [Rådets] forordning (EØF) nr. 4064/89 [af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT 1989, L 395, s. 1)] har gjort det muligt at udvikle en fællesskabspolitik på dette område. På baggrund af de hidtidige erfaringer bør denne forordning imidlertid nu omarbejdes til et sæt regler, der kan imødegå de udfordringer, som et mere integreret marked og den fremtidige udvidelse af Den Europæiske Union indebærer. I overensstemmelse med nærheds- og proportionalitetsprincipperne i [...] artikel 5 [TEU] indeholder denne forordning kun det mindstemål af bestemmelser, der er nødvendige for at nå målet, som er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence.

[...]

- (24) For at sikre en ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet og for at fremme en politik, der er i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, bør denne forordning muliggøre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres virkninger for konkurrencen i Fællesskabet. Derfor fastslog forordning [...] nr. 4064/89 princippet om, at en fusion med fællesskabsdimension, som skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt i fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, bør erklæres uforenelig med fællesmarkedet.
- (25) De virkninger, som fusioner på markeder med oligopolistiske strukturer kan have, gør det særlig nødvendigt at bevare en effektiv konkurrence på sådanne markeder. Mange oligopolistiske markeder udviser en sund grad af konkurrence. Under visse omstændigheder kan fusioner, der indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, også selv om der ikke hersker nogen sandsynlighed for samordning mellem medlemmerne af oligopolet, imidlertid bevirke, at konkurrencen hæmmes betydeligt. Fællesskabets retter har dog ikke til dato udtrykkeligt fortolket forordning [...] nr. 4064/89 således, at den skulle kræve, at fusioner, der giver anledning til sådanne ikke-samordnede virkninger, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Derfor bør det af hensyn til retssikkerheden tydeliggøres, at denne forordning giver mulighed for effektiv kontrol med sådanne fusioner, idet den indfører princippet om, at alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf betydeligt, bør erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Begrebet »hæmme den effektive konkurrence betydeligt« i artikel 2, stk. 2 og 3, bør fortolkes således, at det ud over begrebet »dominerende stilling« kun omfatter de konkurrencebegrænsende virkninger af en fusion, der følger af den ikke-samordnede adfærd, der udvises af virksomheder, som ikke ville have en dominerende stilling på det pågældende marked.

[...]

- (28) Til belysning og klarlæggelse af Kommissionens vurdering af fusioner efter denne forordning bør Kommissionen udsende retningslinjer, der kan udgøre et sundt økonomisk grundlag for at vurdere fusioner med det formål at afklare, om de vil kunne erklæres forenelige med fællesmarkedet eller ej.

(29) For at afgøre, hvilke virkninger en fusion vil få på fællesmarkedet, bør der tages hensyn til enhver begrundet og sandsynlig effektivitetsgevinst, som de deltagende virksomheder kan påvise. Det er muligt, at de effektivitetsgevinster, der opnås som følge af en fusion, udligner de virkninger for konkurrencen og specielt den potentielle skade for forbrugerne, som ellers ville optræde, og at fusionen derfor ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling. Kommissionen bør offentliggøre retningslinjer for, hvornår den kan tage effektivitetsgevinster i betragtning i forbindelse med vurderingen af fusioner.«

3 Denne forordnings artikel 2 med overskriften »Vurdering af fusioner« bestemmer følgende:

»1. Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af målene for denne forordning og følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til

a) nødvendigheden af at bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet, bl.a. under hensyn til alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder beliggende i eller uden for Fællesskabet

b) de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemløddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som den er til fordel for forbrugerne og ikke udgør en hindring for konkurrencen.

2. Fusioner, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.

4. I det omfang, hvor etableringen af et joint venture, som udgør en fusion efter artikel 3, har til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrenceadfærd, vurderes denne samordning efter kriterierne i [...] artikel 101, stk. 1 og 3, [TEUF] for at fastslå, om transaktionen er forenelig med fællesmarkedet.

5. Ved denne vurdering tager Kommissionen navnlig hensyn til

– om der samtidig findes to eller flere stiftende virksomheder, som på markant vis gør sig gældende på samme marked som joint venture-selskabet eller på et marked i et tidligere eller efterfølgende led i forhold til dette marked eller på et beslægtet marked, som er nært forbundet med dette marked

- om de deltagende virksomheder i kraft af deres samordning, der direkte skyldes joint venture-selskabets oprettelse, har mulighed for at hindre konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer og tjenesteydelser.«
- 4 Nævnte forordnings artikel 3 med overskriften »Definition af en fusion« bestemmer i stk. 1, litra b):
- »Der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på,
- [...]
- b) at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.«
- 5 Samme forordnings artikel 4 med overskriften »Forudgående anmeldelse af fusioner og henvisning af fusioner før anmeldelse efter anmodning fra de anmeldende parter« fastsætter følgende i stk. 1, første afsnit:
- »Fusioner med fællesskabsdimension, som er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen, før de gennemføres, og så snart fusionsaftalen er indgået, overtagelsestilbuddet offentliggjort eller en kontrollerende andel erhvervet.«
- 6 Artikel 6 i forordning nr. 139/2004 med overskriften »Behandling af anmeldelsen og indledning af proceduren« bestemmer i stk. 1 og 2:
- »1. Kommissionen behandler anmeldelsen straks ved modtagelsen.
- a) Hvis Kommissionen når til den konklusion, at den anmeldte fusion ikke er omfattet af denne forordning, fastslår den dette ved en beslutning.
- b) Hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte fusion ganske vist er omfattet af denne forordning, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den ikke at modsætte sig den og erklærer den forenelig med fællesmarkedet.
- En beslutning, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, anses at omfatte konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse.
- c) Hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte fusion er omfattet af denne forordning og rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den at indlede procedure i sagen, jf. dog stk. 2. Medmindre de deltagende virksomheder har godtgjort over for Kommissionen, at de har opgivet fusionen, afsluttes enhver sådan procedure med en beslutning vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 1 til 4, jf. dog artikel 9.
2. Hvis Kommissionen fastslår, at en anmeldt fusion efter ændringer foretaget af de deltagende virksomheder ikke længere rejser alvorlig tvivl som omhandlet i stk. 1, litra c), erklærer den fusionen forenelig med fællesmarkedet efter stk. 1, litra b).

Kommissionen kan til beslutninger vedtaget efter stk. 1, litra b), knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder opfylder de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.«

- 7 Denne forordnings artikel 7 med overskriften »Udsættelse af en fusions gennemførelse« foreskriver i stk. 1:

»En fusion, der har fællesskabsdimension [...] må ikke gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet ved en beslutning vedtaget i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), eller artikel 8, stk. 1 eller 2, eller på grundlag af en formodning som omhandlet i artikel 10, stk. 6.«

- 8 Nævnte forordnings artikel 8 med overskriften »Kommissionens beslutningsbeføjelser« bestemmer i stk. 1-3:

»1. Finder Kommissionen, at en anmeldt fusion opfylder kriterierne i artikel 2, stk. 2, eller i de i artikel 2, stk. 4, omhandlede tilfælde kriterierne i [...] artikel [101], stk. 3, [...] vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer fusionen forenelig med fællesmarkedet.

En beslutning, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, anses for at omfatte konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse.

2. Finder Kommissionen, at en anmeldt fusion, efter at de deltagende virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2, og i de i artikel 2, stk. 4, omhandlede tilfælde kriterierne i [...] artikel [101], stk. 3, [TEUF] vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer fusionen forenelig med fællesmarkedet.

Kommissionen kan til sin beslutning knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder opfylder de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med hensyn til at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.

En beslutning, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet, anses for at omfatte konkurrencebegrænsninger, der er direkte knyttet til og nødvendige for fusionens gennemførelse.

3. Finder Kommissionen, at en fusion opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 3, eller i de i artikel 2, stk. 4, omhandlede tilfælde ikke opfylder kriterierne i [...] artikel [101], stk. 3, [TEUF] vedtager den en beslutning, hvorved fusionen erklæres uforenelig med fællesmarkedet.«

- 9 Forordningens artikel 10 med overskriften »Fristen for indledning af proceduren og beslutningsfristerne« bestemmer følgende i stk. 6:

»Hvis Kommissionen ikke har vedtaget en beslutning i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b) eller c), eller i henhold til artikel 8, stk. 1, 2 eller 3, inden for de frister, der er fastsat i henholdsvis stk. 1 og 3, anses fusionen for at være erklæret forenelig med fællesmarkedet [...]«

- 10 Artikel 21 i forordning nr. 139/2004 med overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« fastsætter i stk. 2:

»Med forbehold af Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.«



### ***Forordning nr. 802/2004***

11 Artikel 3 i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004, L 133, s. 1, berigtiget i EUT 2004, L 172, s. 9), som ændret ved Kommissionens gennemførelsesforordning (EU) nr. 1269/2013 af 5. december 2013 (EUT 2013, L 336, s. 1) (herefter »forordning nr. 802/2004«), fastsætter, at med henblik på kontrollen med fusioner skal anmeldelse indgives som foreskrevet i den i bilag I til forordningen gengivne CO-formular.

12 Del 9 i dette bilag I med overskriften »Effektivitetsgevinster« har følgende ordlyd:

»Hvis De ønsker, at Kommissionen specielt skal tage stilling til fra begyndelsen [...], om de effektivitetsgevinster, som fusionen medfører, vil kunne forbedre den nye virksomheds evne og incitament til at fremme konkurrencen til fordel for forbrugerne, bedes De give en beskrivelse, vedlagt dokumentation, af hver enkelt effektivitetsgevinst (herunder omkostningsbesparelser, indførelse af nye produkter og forbedring af tjenesteydelser eller produkter), som parterne venter, at den planlagte fusion vil medføre for alle relevante produkter [...]

For de enkelte anførte effektivitetsgevinster angives følgende:

- i) [E]n detaljeret beskrivelse af, hvordan den planlagte fusion vil give den nye virksomhed mulighed for at opnå effektivitetsgevinster. Angiv, hvilke skridt parterne forventer at tage for at opnå effektivitetsgevinsterne, de risici, det indebærer, samt den tid og de omkostninger, der er behov for.
- ii) [S]å vidt muligt en kvantificering af effektivitetsgevinsterne og en detaljeret beskrivelse af, hvordan denne kvantificering beregnes. Hvor det er relevant, angives også et skøn over effektivitetsgevinsternes betydning i forbindelse med indførelse af nye produkter eller kvalitetsforbedringer. For effektivitetsgevinster, der indebærer omkostningsbesparelser, angives særskilt engangsbesparelserne i de faste omkostninger, tilbagevendende besparelser i de faste omkostninger og besparelserne i de variable omkostninger (i [euro] pr. enhed og [euro] pr. år).
- iii) [I] hvilken udstrækning effektivitetsgevinsterne vil komme forbrugerne til gode og en detaljeret beskrivelse af, hvordan De når frem til denne konklusion [...]
- iv) [H]vorfor De ikke kan opnå effektivitetsgevinster af tilsvarende omfang på anden måde end ved den planlagte fusion og på en måde, der ikke giver anledning til konkurrenceproblemer.«

### ***Retningslinjerne for horisontale fusioner***

13 Kommissionens meddelelse med titlen »Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser« (EUT 2004, C 31, s. 5, herefter »retningslinjerne for horisontale fusioner«) fastsætter følgende i afsnittet om ikke-koordinerede virkninger:

**»Ikke-koordinerede virkninger [...]**

24. En fusion kan hindre den effektive konkurrence på et marked betydeligt ved at fjerne vigtige konkurrencemæssige pres på en eller flere udbydere, som dermed får større markedsmagt. Fusionens mest direkte virkning består i, at konkurrencen mellem de fusionerende virksomheder forsvinder. Hvis [f.eks.] en af de fusionerende virksomheder havde forhøjet sine priser inden fusionen, ville den have mistet noget af sin afsætning til den anden virksomhed. Fusionen fjerner dette særlige pres. Virksomheder på det samme marked, som ikke indgår i fusionen, kan også nyde godt af det lettede konkurrencemæssige pres, som fusionen medfører, da de fusionerende virksomheders prisforhøjelse kan betyde, at en del af efterspørgslen går over til de konkurrerende virksomheder, som derpå vil kunne foretage en rentabel prisforhøjelse [...] Lettelsen af disse konkurrencemæssige pres kan medføre betydelige prisforhøjelser på det relevante marked.
25. Generelt vil en fusion, der medfører sådanne ikke-koordinerede virkninger, hindre den effektive konkurrence betydeligt gennem en enkelt virksomheds etablering eller styrkelse af en dominerende stilling – i dette tilfælde en virksomhed, der typisk vil have en betydelig større markedsandel end den nærmeste konkurrent efter fusionen. På oligopolistiske markeder [...] kan fusioner, der medfører eliminering af et vigtigt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne tidligere, samt svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, også hindre konkurrencen betydeligt, selv om en koordinering mellem oligopolvirksomhederne ikke er særlig sandsynlig. I fusionsforordningen er det klart fastsat, at alle fusioner, der medfører ikke-koordinerede virkninger, også skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet [...]
26. Hvorvidt det er sandsynligt, at en fusion vil få betydelige ikke-koordinerede virkninger, afhænger af en række forskellige faktorer, som ikke nødvendigvis enkeltvis er afgørende. Disse faktorer behøver ikke alle at være til stede, for at sådanne virkninger er sandsynlige, og de bør heller ikke betragtes som en udtømmende liste.

#### *Fusionsparterne har store markedsandele*

27. Jo større markedsandel en virksomhed har, desto mere sandsynligt er det, at den er i besiddelse af markedsmagt, og jo mere markedsandelen forøges ved en fusion, desto mere sandsynligt er det, at fusionen vil medføre en betydelig forøgelse af markedsmagten. Jo mere afsætningsgrundlaget, der skal danne basis for højere avancer efter en prisforhøjelse, forøges, desto mere sandsynligt er det, at en sådan prisforhøjelse vil være rentabel for fusionsparterne på trods af den samtidige formindskelse af produktionen. Selv om markedsandelene og forøgelsen af markedsandelene kun giver et indledende fingerpeg om markedsmagten og forøgelsen af markedsmagten, udgør de normalt vigtige faktorer for vurderingen [...]

#### *Fusionsparterne er nære konkurrenter*

28. Inden for et relevant marked kan der være tale om produktdifferentiering [...], således at nogle produkter er indbyrdes mere substituerbare end andre [...] Jo større substitutionsgraden er mellem fusionsparternes produkter, desto mere sandsynligt er det, at de fusionerende virksomheder vil forhøje priserne væsentligt [...]. [F.eks.] kan en fusion mellem to producenter, der udbyder produkter, som et stort antal kunder betragter som deres første og anden præference, medføre en betydelig prisstigning. Det forhold, at rivaliseringen mellem parterne har været en vigtig konkurrenceskabende faktor på markedet, kan således være et centralt element i analysen [...] Høje avancer før fusionen [...] kan også gøre betydelige prisforhøjelser mere sandsynlige. Fusionsparternes incitament til at forhøje priserne vil

sandsynligvis være mere begrænset, når konkurrenterne fremstiller nære substitutionsprodukter i forhold til fusionsparternes produkter, end når de udbyder mindre nære substitutionsprodukter [...] Det er derfor mindre sandsynligt, at en fusion vil hindre den effektive konkurrence betydeligt, især gennem etablering eller styrkelse af en dominerende stilling, når der er tale om en høj substitutionsgrad mellem fusionsparternes og konkurrenternes produkter.

29. Når der foreligger relevante oplysninger, kan substituerbarheden vurderes på grundlag af undersøgelser af kundepræferencer, analyser af indkøbsmønstre, estimationer af krydspriselasticiteten for de pågældende produkter [...] eller diversionsforholdet [...] På licitationsmarkeder kan det være muligt at måle, om en af fusionsparterne ved afgivelse af tilbud historisk set har været under pres på grund af den anden fusionsparts tilstedeværelse [...]
30. På nogle markeder kan det være forholdsvis let og omkostningsmæssigt rimeligt for de aktive virksomheder at repositionere deres produkter eller udvide deres produktsortiment. Kommissionen undersøger især, om fusionsparternes eller konkurrenternes mulighed for repositionering eller udvidelse af produktsortimentet kan påvirke det fusionerede selskabs incitament til at forhøje priserne. Repositionering eller udvidelse af sortimentet indebærer dog ofte risici og store irreversible omkostninger [...] og kan være mindre rentabelt end det aktuelle produktsortiment.

[...]

*Fusionen eliminerer en betydelig konkurrencemæssig faktor*

37. Nogle virksomheder har større indflydelse på konkurrenceprocessen end deres markedsandele eller lignende mål tyder på. En fusion, der involverer en sådan virksomhed, kan ændre dynamiske konkurrenceforhold på en betydelig negativ måde, især når markedet i forvejen er koncentreret [...]. [F.eks.] kan der være tale om en nytilkommen virksomhed, som i fremtiden forventes at udøve et betydeligt konkurrencepres på de øvrige virksomheder på markedet.
38. På markeder, hvor innovation er en vigtig konkurrenceskabende faktor, kan en fusion forstærke virksomhedernes evne og incitament til at markedsføre ny innovation og dermed øge det konkurrencemæssige pres på konkurrenterne for at foretage innovation på det pågældende marked. På den anden side kan en fusion mellem to store innovative virksomheder hindre den effektive konkurrence betydeligt; f.eks. en fusion mellem to virksomheder med produkter, der er under udvikling til et bestemt produktmarked. På tilsvarende måde kan en virksomhed med en forholdsvis beskedne markedsandel alligevel være en betydelig konkurrencemæssig faktor, hvis den har lovende produkter under udvikling [...]

### **Tvistens baggrund og den omtvistede afgørelse**

- 14 Sagens baggrund blev fremstillet i den appellerede doms præmis 1-25 og kan sammenfattes som følger.

- 15 Den 11. september 2015 modtog Kommissionen en anmeldelse i henhold til artikel 4 i forordning nr. 139/2004 af en påtænkt fusion (herefter »den påtænkte fusion«), hvorved CK Hutchison Holdings Ltd gennem sit indirekte datterselskab, Hutchison 3G UK Investments Ltd, som blev til CK Telecoms UK Investments Ltd (herefter »CK Telecoms«), i henhold til nævnte forordnings artikel 3, stk. 1, litra b), skulle erhverve enekontrollen med Telefónica Europe plc (herefter »O2«).
- 16 På daværende tidspunkt var der fire mobilnetoperatører på detailmarkedet for mobile telekommunikationstjenester i Det Forenede Kongerige (herefter »detailmarkedet«), nemlig EE Ltd, der er et datterselskab af BT Group plc, som sidstnævnte havde erhvervet i 2016 (herefter »BT/EE«), O2, Vodafone og Hutchison 3G UK Ltd (herefter »Three«), der var et direkte datterselskab af CK Hutchison Holdings, hvis markedsandele beregnet ud fra abonnenter var henholdsvis 30-40%, 20-30%, 10-20% og 10-20%. Efter fusionen ville Three og O2 have repræsenteret ca. 30-40% af detailmarkedet og kunne således blive den største operatør på dette marked foran den tidligere historiske operatør, BT/EE, og Vodafone.
- 17 Detailmarkedet bestod ligeledes af flere virtuelle mobilnetoperatører, der ikke ejede et mobilnet, såsom Tesco Mobile, der var et selskab ejet i lige dele af Tesco og O2, samt Virgin Mobile og TalkTalk. Disse operatører havde indgået aftaler med mobilnetoperatører for at have adgang til deres net til engrospriser. Detailmarkedet bestod ligeledes af forhandlere og uafhængige detailhandlere som Dixons.
- 18 Detailmarkedet var kendetegnet ved, at BT/EE og Three på den ene side og Vodafone og O2 på den anden side havde indgået netdelingsaftaler, der kaldtes henholdsvis MBNL og Beacon, som gjorde det muligt for dem henholdsvis at dele omkostningerne til udbygning af deres net og fortsat konkurrere på detailmarkedet.
- 19 Den 2. oktober 2015 anmodede Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland Kommissionen – gennem Competition and Markets Authority (konkurrence- og markedsmyndigheden, Det Forenede Kongerige) – om henvisning af fusionen til førstnævnte i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 139/2004. Det Forenede Kongerige gjorde gældende, at fusionen truede med at hæmme konkurrencen betydeligt på detailmarkedet samt på engrosmarkedet for adgang og opkaldsoprindelse på offentlige mobilnet i Det Forenede Kongerige (herefter »engrosmarkedet«). Det Forenede Kongerige gjorde endvidere gældende, at det var bedst stillet til at behandle nævnte fusion.
- 20 Ved Kommissionens afgørelse C(2015) 8534 final af 4. december 2015 om artikel 9 i forordning nr. 139/2004 i sag M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK blev denne anmodning om henvisning afvist. Til støtte for denne afgørelse anførte Kommissionen bl.a. behovet for at udvise sammenhæng og ensartethed ved bedømmelsen af fusioner i telekommunikationssektoren i de forskellige medlemsstater og institutionens betydelige erfaring fra bedømmelsen af fusioner på de europæiske markeder for mobil telekommunikation.
- 21 Eftersom der var alvorlig tvivl om den påtænkte fusions forenelighed med det indre marked, besluttede Kommissionen den 30. oktober 2015 at indlede proceduren efter artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 139/2004.
- 22 Den 4. februar 2016 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse. Den 26. februar 2016 fremsatte CK Telecoms sine skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen.

- 23 For at løse de konkurrencemæssige problemer, der var beskrevet i klagepunktsmeddelelsen, afgav CK Telecoms det første sæt tilsagn den 2. marts 2016.
- 24 Efter anmodning fra CK Telecoms blev der afholdt en høring den 7. marts 2016.
- 25 Den 15. marts 2016 afgav CK Telecoms ændrede tilsagn (herefter »det andet sæt tilsagn«).
- 26 Den 17. og 23. marts 2016 fremsendte Kommissionen skrivelser til CK Telecoms, hvori den påpegede nye beviser i sine sagsakter, som støttede de foreløbige konklusioner i klagepunktsmeddelelsen. Den 29. marts og den 4. april 2016 fremsatte CK Telecoms skriftlige bemærkninger til disse skrivelser.
- 27 Den 6. april 2016 afgav CK Telecoms et tredje sæt tilsagn.
- 28 Den 27. april 2016 afgav Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser en positiv udtalelse til Kommissionens udkast til afgørelse.
- 29 Den 11. maj 2016 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse, som var støttet på identifikationen af to relevante markeder, nemlig detailmarkedet og engrosmarkedet.
- 30 Kommissionen udviklede tre skadeteorier, der alle var støttet på eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked.
- 31 Den første skadeteori vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet som følge af elimineringen af et betydeligt konkurrencepres. Efter Kommissionens opfattelse ville den betydelige begrænsning af konkurrencen, som ville følge af den påtænkte fusion, sandsynligvis medføre en prisstigning på mobile telekommunikationstjenester i Det Forenede Kongerige og en begrænsning af forbrugernes valg.
- 32 Den anden skadeteori vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet i forbindelse med netdelingen. Ifølge Kommissionen ville den påtænkte fusion kunne have en negativ virkning på tjenesternes kvalitet for forbrugerne, idet udviklingen af mobilnetinfrastrukturen i Det Forenede Kongerige ville blive hæmmet.
- 33 Den tredje skadeteori vedrører eksistensen af ikke-koordinerede virkninger som følge af elimineringen af et betydeligt konkurrencepres på engrosmarkedet. På dette marked leverer de fire mobilnetoperatører værtstjenester til de operatører, som ikke ejer et mobilnet, og som for deres vedkommende tilbyder abonnenterne detailtjenester. Den påtænkte fusion kunne ifølge den omtvistede afgørelse skabe betydelige ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet, fordi antallet af mobilnetoperatører begrænses fra fire til tre, Three fjernes som »betydelig konkurrencemæssig faktor«, det betydelige konkurrencepres, som tidligere bestod mellem parterne, fjernes, og konkurrencepresset på de resterende operatører reduceres.
- 34 Hvad angår de af CK Telecoms anførte effektivitetsgevinster fandt Kommissionen, at de ikke kunne verificeres, ikke var særlige for fusionen og ikke kunne komme forbrugerne til gavn.
- 35 I den omtvistede afgørelses sidste afsnit undersøgte Kommissionen de tilsagn, som CK Telecoms havde afgivet. Den fastslog i det væsentlige, at det andet og det tredje sæt tilsagn ikke, eller ikke fuldstændigt, fjernede alle de afdækkede konkurrenceproblemer.

36 Følgelig fastslog Kommissionen, at den påtænkte fusion var uforenelig med det indre marked.

### **Sagsbehandlingen for Retten og den appellerede dom**

37 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 25. juli 2016 anlagde CK Telecoms sag med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse.

38 Til støtte for sit søgsmål fremsatte CK Telecoms fem anbringender.

39 Det første og det fjerde anbringende vedrørte Kommissionens første og tredje skadeteori om ophævelsen af konkurrencen mellem Three og O2 på henholdsvis detailmarkedet og engrosmarkedet. Det andet anbringende vedrørte Kommissionens vurdering af det kontrafaktiske scenario, som lå til grund for vurderingen af detail- og engrosmarkederne. Det tredje anbringende vedrørte den anden skadeteori om detailmarkedet hvad angår netdeling samt tilsagnene om netdeling. Det femte anbringende vedrørte de øvrige af CK Telecoms afgivne tilsagn.

40 Først undersøgte Retten det første, det tredje og fjerde det anbringende efter hinanden, og derefter undersøgte den det andet og det femte anbringende.

41 Med den appellerede dom tog Retten i det væsentlige det første anbringendes første led om intensiteten af Rettens prøvelse på fusionsområdet, om de retsforordninger, der finder anvendelse efter vedtagelsen af forordning nr. 139/2004, og om den bevisbyrde og de beviskrav, der påhviler Kommissionen, når den skal bevise en betydelig hindring for den effektive konkurrence i overensstemmelse med denne forordnings artikel 2, stk. 3, til følge. Den tog desuden det første anbringendes andet led om kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« samt dette anbringendes tredje og femte led om henholdsvis vurderingen af den konkurrencemæssige nærhed og af den påtænkte fusions kvantitative virkninger på priserne til følge. Endvidere tiltrådte Retten CK Telecoms' argumentation under dette anbringendes syvende led om, at Kommissionen i afgørelsen ikke havde præciseret, på hvilket grundlag den havde konkluderet, at de angivelige hindringer for konkurrencen som følge af fusionen ville være betydelige. Dernæst tog den det tredje anbringendes første, tredje, fjerde, femte og sjette led vedrørende fejl hvad angår de ikke-koordinerede horisontale virkninger skabt af netdelingen til følge. Endelig tog Retten det fjerde anbringendes tre første led vedrørende de ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet til følge. Følgelig annullerede Retten den omtvistede afgørelse.

### **Retsforhandlingerne for Domstolen**

42 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 7. august 2020 har Kommissionen iværksat den foreliggende appel.

43 Ved særskilt dokument af samme dato har Kommissionen anmodet Domstolen om i henseende til EE, der var den ene af de to intervenienter i første instans, at behandle visse passager i dette appelskrift fortroligt, idet disse passager indeholdt oplysninger, der er omfattet af forretningshemmeligheden og svarede til de oplysninger, for hvilke Retten havde indrømmet fortrolig behandling. Ved kendelse af 1. oktober 2020, Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2020:789), tog Domstolens præsident denne anmodning til følge. EE er således alene blevet forkyndt en ikke-fortrolig version af appelskriftet.

- 44 Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. november 2020 har CK Telecoms anmodet Domstolen om fortrolig behandling af det af selskabet indleverede svarskrift i henseende til EE for så vidt angår visse oplysninger deri, der var omfattet af forretningshemmeligheden og derfor ikke skulle videregives til konkurrenten EE, og som svarede til de oplysninger, for hvilke Retten havde indrømmet fortrolig behandling i henseende til EE. Ved kendelse af 26. januar 2021, Kommissionen mod CK Telecoms (C-376/20 P, EU:C:2021:81), har Domstolens præsident indrømmet fortrolig behandling af dette svarskrift i henseende til EE, idet dette selskab udelukkende har fået forkyndt en ikke-fortrolig version af svarskriftet.
- 45 Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 24. marts 2021 i henhold til artikel 40, stk. 3, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 130 i Domstolens procesreglement, som i medfør af procesreglementets artikel 190, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, har EFTA-Tilsynsmyndigheden anmodet om tilladelse til at indtræde som intervenient i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 4. juni 2021, Kommissionen mod CK Telecoms (C-376/20 P, EU:C:2021:488), har Domstolens præsident taget denne anmodning til følge og givet EFTA-Tilsynsmyndigheden tilladelse til at fremsætte sine bemærkninger i retsmødet. En kopi af samtlige processkrifter er blevet forkyndt for denne myndighed.
- 46 Efter anmodning fra Kommissionen af 12. februar 2021 har Domstolens præsident tilladt EFTA-Tilsynsmyndigheden at indgive replik.
- 47 Efter at CK Telecoms har indgivet duplik, er retsforhandlingernes skriftlige del i denne sag blevet afsluttet den 19. maj 2021.

### **Parternes påstande**

- 48 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
  - Sagen hjemvises til Retten.
  - CK Telecoms tilpligtes at betale sagsomkostningerne i appelsagen.
  - Afgørelsen om sagsomkostninger i første instans udsættes.
- 49 CK Telecoms har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes.
  - Kommissionen og intervenienterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne for Retten og Domstolen.

### **Om appellen**

- 50 Til støtte for appellen har Kommissionen fremsat seks anbringender. Det første anbringende vedrører en retlig fejl, for så vidt som Retten anvendte et strengere beviskrav end det, der følger af Domstolens praksis på fusionsområdet. Det andet anbringende vedrører en urigtig fortolkning

af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004. Det tredje anbringende er støttet på, at Retten overskred grænserne for sin domstolsprøvelse ved fortolkningen af begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter«, anlagde en urigtig fortolkning af disse begreber og gengav både den omtvistede afgørelse og Kommissionens svarskrift urigtigt. Det fjerde anbringende vedrører en urigtig gengivelse af Kommissionens argumentation med hensyn til den kvantitative analyse af den påtænkte fusions virkninger på priserne og Rettens retlige fejl ved bedømmelsen af denne analyse, og med det femte anbringende gøres det gældende, at Retten ikke vurderede alle relevante faktorer. Det sjette anbringende vedrører fejl med hensyn til netdelingen.

### ***Det første anbringende***

#### *Parternes argumentation*

- 51 Med det første anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten, idet den i den appellerede doms præmis 118 fastslog, at Kommissionen var forpligtet til at fremlægge tilstrækkelige beviser for at godtgøre, at konkurrencen med stor sandsynlighed ville blive hæmmet betydeligt, anvendte et særligt strengt beviskrav, som går videre end det krav, der følger af Domstolens praksis på området for fusionskontrol, og at den herved begik en retlig fejl. Denne fejl foranledigede, at Retten i den appellerede doms præmis 119, 172, 216, 268, 281 og 396 fastslog, at Kommissionen ikke havde ført fyldestgørende bevis for, at fusionen ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt.
- 52 I denne henseende følger det af præmis 52 i dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), at når Kommissionen skal tage stilling til en fusion, er den i princippet forpligtet til at tage stilling enten i retning af godkendelse af fusionen eller i retning af forbud mod denne alt efter dens vurdering af, hvilke økonomiske konsekvenser det er mest sandsynligt, at den anmeldte fusion vil få.
- 53 Det bevisniveau, som Retten krævede i den appellerede doms præmis 118 med henblik på at godtgøre en eventuel betydelig hindring for effektiv konkurrence, gør nødvendigvis det beviskrav, der kan udledes af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004, asymmetrisk, idet denne bestemmelse hverken fastsætter en generel formodning for, at den anmeldte fusion er forenelig med det indre marked, eller at den er uforenelig hermed.
- 54 For det første har CK Telecoms heroverfor anført, at det første anbringende er uvirksomt.
- 55 Det fremgår nemlig bl.a. af den appellerede dom, at Kommissionen havde begået retlige fejl ved fortolkningen af begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter« på et trin i sin vurdering før undersøgelsen af beviserne, hvilket foranledigede den til at konstatere en betydelig hindring for den effektive konkurrence. Disse fejl er således ikke påvirket af det angiveligt urigtige bevisniveau, som Retten krævede.
- 56 Kommissionen har heller ikke godtgjort, at et lavere bevisniveau end det af Retten krævede ville have ført til et andet resultat.
- 57 For det andet har CK Telecoms gjort gældende, at det af Retten krævede bevisniveau er i overensstemmelse med Domstolens praksis.



- 58 Dette selskab har gjort gældende, at Domstolen i dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), ikke fulgte generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse og ikke foretog en »sandsynlighedsafvejning« som påkrævet bevisniveau for at konstatere en betydelig hindring for den effektive konkurrence.
- 59 Et sådant bevisniveau indebærer, at det er tilstrækkeligt for Kommissionen at støtte sig på beviser, som ikke er specielt sammenhængende eller fyldestgørende til at påvise, at en betydelig hindring for den effektive konkurrence er sandsynlig eller usandsynlig.
- 60 Det fremgår af præmis 27, 39, 41 og 45 i dom af 15. februar 2005, Kommissionen mod Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), at for at det kan fastslås, at der er tale om en betydelig hindring af den effektive konkurrence, skal beviserne være fyldestgørende til at understøtte en hypotese i en afgørelse på området for fusionskontrol, hvilket forudsætter en efterprøvelse af den materielle nøjagtighed, troværdigheden og sammenhængen af disse beviser.
- 61 CK Telecoms har gjort gældende, at selv om Kommissionen skal anvende det samme bevisniveau for at tillade såvel som for at forbyde en fusion, forholder det sig ikke desto mindre således, at den omstændighed, at denne institution pålægges et højere bevisniveau end den blotte »sandsynlighedsafvejning« for at påvise en eventuel betydelig hindring af den effektive konkurrence, ikke påvirker den neutralitet, der foreskrives i artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004.
- 62 På denne baggrund har CK Telecoms gjort gældende, at Retten ikke begik en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 118 henviste til en modsætningslutning af punkt 209-211 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), og idet den fastslog, at det beviskrav, der fandt anvendelse på Kommissionen, var strengere end den blotte »sandsynlighedsafvejning«.

#### *Domstolens bemærkninger*

- 63 Med hensyn til CK Telecoms' argumentation om, at det første anbringende er uvirksomt, skal det bemærkes, at det navnlig fremgår af den appellerede doms præmis 119, 172, 216, 281, 282, 372 og 396, at Retten traf afgørelse om, hvorvidt der eventuelt fandtes en betydelig hindring for den effektive konkurrence, idet den bl.a. benyttede begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter« i lyset af det bevisniveau, der er omtalt i nævnte doms præmis 118. Uafhængigt af, om fortolkningen af disse begreber, således som Kommissionen har gjort gældende med det tredje anbringende, er behæftet med retlige fejl, kan denne institution ligeledes hensigtsmæssigt foreholde Retten, at den krævede et højere bevisniveau end det, der følger af Domstolens praksis på fusionsområdet.
- 64 I øvrigt skal CK Telecoms' argument om, at Kommissionen ikke har godtgjort, at et andet bevisniveau end det af Retten anvendte ville have ført til et andet resultat, forkastes. For det første påhviler det nemlig i princippet CK Telecoms at godtgøre, at det første anbringende er uvirksomt. For det andet kan det, eftersom Retten, således som det ses af den appellerede doms præmis 118 og 119, anvendte kravet om, at der var stor sandsynlighed for en betydelig hindring for den effektive konkurrence, på alle de beviser, den undersøgte, ikke umiddelbart udelukkes, at anvendelsen af et mindre krævende bevisniveau kunne have ført til, at Kommissionen var blevet frifundet i første instans.

- 65 Følgelig skal CK Telecoms' argumentation om, at det første anbringende er uvirksomt, forkastes, og det skal undersøges, om dette anbringende er velbegrunderet.
- 66 Det skal i denne henseende bemærkes, at det bl.a. følger af femte betragtning til forordning nr. 139/2004, at denne forordning har til formål at sikre, at strukturændringer i virksomhederne ikke på længere sigt skader konkurrencen.
- 67 For det første skal det desuden bemærkes, at denne forordnings artikel 2, stk. 2, bestemmer, at en fusion, der ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, skal erklæres forenelig med det indre marked. For det andet fremgår det af nævnte forordnings artikel 2, stk. 3, at i det modsatte tilfælde skal en fusion, som har en sådan virkning, erklæres uforenelig med det indre marked.
- 68 Derfor har EU-lovgiver i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 fastsat, at når Kommissionen finder, at en anmeldt fusion opfylder kriterierne i denne forordnings artikel 2, stk. 2, vedtager den en afgørelse, hvorved den erklærer fusionen forenelig med det indre marked. Som det fremgår af nævnte forordnings artikel 8, stk. 3, vedtager Kommissionen, når den finder, at en fusion opfylder kriteriet i forordningens artikel 2, stk. 3, derimod en afgørelse, hvorved fusionen erklæres uforenelig med det indre marked.
- 69 Det følger således af ordlyden af såvel artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 som af denne forordnings artikel 8, stk. 1 og 3, at disse bestemmelser er asymmetriske med hensyn til de beviskrav, som pålægges Kommissionen med henblik på at træffe afgørelse om, hvorvidt en anmeldt fusion hæmmer den effektive konkurrence betydeligt eller ej og således skal erklæres uforenelig eller forenelig med det indre marked.
- 70 I første række skal det i denne henseende bemærkes, at det ikke fremgår af ordlyden af disse bestemmelser i forordningen, at forordning nr. 139/2004 stiller forskellige beviskrav til afgørelser om godkendelse af en fusion på den ene side og afgørelser om forbud mod en sådan fusion på den anden side (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 46).
- 71 I denne forbindelse kan der ikke af forordningen udledes en generel formodning for en anmeldt fusions forenelighed eller uforenelighed med det indre marked (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 48).
- 72 Selv om forordningens artikel 10, stk. 6, ganske vist bestemmer, at en anmeldt fusion anses for at være forenelig med det indre marked, hvis Kommissionen ikke inden for den gældende frist har truffet afgørelse om fusionens forenelighed, forholder det sig imidlertid således, at denne bestemmelse dels er et specifikt udtryk for det bydende krav om hurtighed, som karakteriserer den generelle opbygning af forordningen, dels udgør en undtagelse fra forordningens generelle opbygning, hvorefter Kommissionen tager udtrykkeligt stilling til de fusioner, der bliver anmeldt til den (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 49).
- 73 På denne baggrund skal det fastslås, at Kommissionen ikke skal leve op til strengere beviskrav ved afgørelser om forbud mod fusioner end ved afgørelser om godkendelse af sådanne fusioner (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 51).

- 74 Det følger heraf, at kravene til bevisførelse, herunder bevisniveauet, ikke varierer alt efter den type afgørelse, som Kommissionen har vedtaget på området for fusionskontrol.
- 75 I anden række fremgår det af retspraksis, at Kommissionens afgørelser vedrørende fusioners forenelighed med det indre marked skal være underbygget af tilstrækkeligt afgørende og samstemmende oplysninger (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).
- 76 Domstolen har ganske vist fastslået, at inden for rammerne af analysen af en fusion af »konglomerat«-typen er kvaliteten af de beviser, som Kommissionen fremlægger for at fastslå behovet for en afgørelse, hvorved fusionen erklæres uforenelig med det indre marked, af særlig betydning (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 44).
- 77 Domstolen har imidlertid præciseret, at denne retspraksis blot afspejler bevisets væsentligste funktion, som er at understøtte en opfattelse eller, således som det er tilfældet ved fusionskontrol, at styrke de vurderinger, der ligger til grund for Kommissionens afgørelser (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 41, og af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis). De særlige krav til bevisernes kvalitet har således principielt ingen indvirkning på det påkrævede bevisniveau.
- 78 Domstolen har desuden præciseret, at den kompleksitet, som er forbundet med en opfattelse om, at konkurrencen hæmmes, som er gjort gældende i forbindelse med en anmeldt fusion, udgør et element, der skal tages hensyn til ved vurderingen af rimeligheden af fusionens forskellige konsekvenser, med henblik på at identificere, hvilke konsekvenser der er mest sandsynlige, men en sådan kompleksitet har ikke som sådan betydning for det krævede bevisniveau (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 51).
- 79 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 59 i forslaget til afgørelse, skal det således fastslås, at bevisniveauet med henblik på anvendelsen af artikel 2, stk. 2, og 3, i forordning nr. 139/2004 hverken varierer efter den type fusion, som Kommissionen undersøger, eller efter den kompleksitet, som er forbundet med en opfattelse om, at konkurrencen hæmmes, som er gjort gældende i forbindelse med en anmeldt fusion.
- 80 I tredje og sidste række fremgår det af artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, som pålægger, at en fusion skal anmeldes, før den gennemføres, og af denne forordnings artikel 7, stk. 1, som fastsætter en pligt til ikke at gennemføre fusionen før anmeldelsen eller godkendelsen heraf, at nævnte forordning indfører en ordning med forebyggende kontrol med fusioner.
- 81 Denne kontrol adskiller sig følgelig fra den efterfølgende kontrol med aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis, som er omhandlet i artikel 101 TEUF, samt misbrug af dominerende stilling omhandlet i artikel 102 TEUF.
- 82 Som led i udøvelsen af denne forudgående kontrol med fusioner råder Kommissionen over et skøn, når den foretager økonomiske vurderinger med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 139/2004, særligt dennes artikel 2 (dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony

- Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 144), eftersom den foretager økonomiske fremtidsanalyser med henblik på at fastlægge sandsynligheden for bestemte udviklinger på det relevante marked inden for et forudsigeligt tidsrum.
- 83 Eftersom disse fremtidsanalyser ofte er komplekse, er de nødvendigvis mere usikre end de efterfølgende analyser.
- 84 Den nødvendige fremtidsanalyse på området for fusionskontrol, som består i at vurdere, på hvilken måde en sådan fusion kan ændre konkurrenceparametrene på de berørte markeder, med henblik på at efterprøve, om fusionen vil medføre en betydelig hindring for den effektive konkurrence, forudsætter, at der opstilles forskellige alternative årsags- og virkningskæder med henblik på, at de kæder, der er mest sandsynlige, lægges til grund (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 43, af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 47, og af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 32). Denne fremtidsanalyse henhører under den skønsmargen, som Kommissionen råder over, når den foretager økonomiske vurderinger med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 139/2004, særligt dennes artikel 2, hvilket begrundes, at den af Unionens retsinstanser udøvede kontrol af en kommissionsafgørelse på fusionsområdet er begrænset til en undersøgelse af, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 144 og den deri nævnte retspraksis).
- 85 En sådan fremtidsanalyse skal udføres med stor omhu, fordi der ikke er tale om en vurdering af begivenheder, der har fundet sted i fortiden, hvorom man ofte har adgang til adskillige oplysninger, der bidrager til forståelsen af årsagerne, og heller ikke en vurdering af nutidige begivenheder, men derimod om at forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden, hvis der ikke vedtages en afgørelse om forbud eller en præcisering af betingelserne for den påtænkte fusion (jf. i denne retning dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 42).
- 86 Det forhold, at den økonomiske analyse, som Kommissionen skal foretage, er en fremtidsanalyse, betyder imidlertid ikke, at denne institution med henblik på at godtgøre, at en fusion hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, eller at den ikke gør det, skal opfylde et særligt højt bevisniveau.
- 87 På denne baggrund skal det, henset til bl.a. den asymmetriske opbygning af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og til, at Kommissionens økonomiske analyser på området for fusionskontrol er en fremtidsanalyse, fastslås, at det, for at Kommissionen erklærer en fusion uforenelig eller forenelig med det indre marked, er tilstrækkeligt, at denne institution med tilstrækkeligt afgørende og samstemmende oplysninger godtgør, at det er mere sandsynligt end usandsynligt, at den pågældende fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, eller at den ikke gør det, inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf.
- 88 Eftersom det i den appellerede doms præmis 118 blev fastslået, at Kommissionen skal godtgøre, at »der med stor sandsynlighed vil foreligge betydelige hindringer« for den effektive konkurrence efter fusionen, og at de »beviskrav, der gælder for den foreliggende sag, [følgelig er] strengere end det beviskrav, hvorefter en betydelig hindring for effektiv konkurrence [...] er »mere sandsynlig end usandsynlig««, anvendte Retten således et beviskrav, der ikke følger af forordning nr. 139/2004 som fortolket af Domstolen, og begik herved en retlig fejl.

89 Det første anbringende skal derfor tages til følge.

### ***Det andet anbringende***

90 Det andet anbringende består af to led, hvormed Kommissionen har anfægtet Rettens fortolkning i den appellerede dom af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004.

#### *Det første led*

##### *– Parternes argumentation*

91 Med det andet anbringendes første led har Kommissionen gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 90 sidestillede de betingelser, der skulle være opfyldt, for at det kan konstateres, at en fusion kan have ikke-koordinerede virkninger, med dem, der skal være opfyldt for at påvise en dominerende stilling.

92 Kommissionen har præciseret, at den ikke har bestridt, at den grad af skade, der kræves med henblik på at påvise en eventuel betydelig hindring for effektiv konkurrence som følge af de ikke-koordinerede virkninger, er den samme som den, der kræves for at påvise en sådan hindring som følge af, at en dominerende stilling skabes eller styrkes. Når dette er sagt, har Retten ved at anvende udtrykket »selv« i den appellerede doms præmis 90 sammen med udtrykket »den fusionerede enhed« fastslået, at Kommissionen kun kan forbyde en fusion, hvis den kan godtgøre, at denne enhed vil have en markedsstyrke, der svarer til den styrke, som en dominerende stilling giver.

93 CK Telecoms har heroverfor anført, at Kommissionen har anfægtet en af Rettens generelle bemærkninger, som ikke dannede grundlag for en specifik analyse, og at Kommissionens andet anbringende første led dermed er uvirksomt.

##### *– Domstolens bemærkninger*

94 I den appellerede doms præmis 90 fastslog Retten, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 »gør det muligt for Kommissionen i visse tilfælde på oligopolistiske markeder at forbyde fusioner, som, selv om de ikke skaber eller styrker en individuel eller kollektiv dominerende stilling, kan påvirke konkurrencen i et omfang, som kan sammenlignes med det, der følger af sådanne stillinger, idet den fusionerede enhed gives en magt, som giver den mulighed for selv at fastlægge konkurrenceparametrene og navnlig at fastsætte priser i stedet for at acceptere dem«.

95 Det skal bemærkes, at nævnte præmis 90, således som CK Telecoms har gjort gældende, indeholder en af Rettens generelle betragtninger, uden at der fastlægges en forbindelse til en fejl, som Kommissionen havde begået ved anvendelsen af begrebet »betydelig hindring for en effektiv konkurrence« som omhandlet i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004. Som generaladvokaten har anført i punkt 70 i forslaget til afgørelse, har Kommissionen endvidere ikke identificeret nogen præmis i den appellerede dom, som er støttet på denne bemærkning.

96 Det fremgår i denne henseende af Domstolens faste praksis, at klagepunkter, der er rettet mod præmisser, som er anført for fuldstændighedens skyld, i en dom afsagt af Retten, ikke kan føre til dens ophævelse og derfor er uvirksomme (dom af 23.3.2023, PV mod Kommissionen, C-640/20 P,

EU:C:2023:232, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis). Selv hvis det antages, at det andet anbringendes første led er velbegrundet, kan det ikke føre til ophævelse af den appellerede dom, eftersom dette led vedrører en præmis heri, om hvilken det ikke er godtgjort, at den bidrager til at underbygge nævnte doms konklusion.

97 Det følger heraf, at det andet anbringendes første led skal forkastes som uvirksomt.

*Det andet led*

*– Parternes argumentation*

98 Med det andet anbringendes andet led har Kommissionen gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 95 og 96 begik en retlig fejl, idet den fastslog, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning hertil, skal fortolkes således, at det i mangel af etablering eller styrkelse af en dominerende stilling som følge af en fusion kun kan fastslås, at der foreligger en betydelig hindring for en effektiv konkurrence, hvis de to kumulative betingelser, der fremgår af denne betragtning, er opfyldt, nemlig for det første, at det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne, blev elimineret, og for det andet, at det konkurrencepres, der hvilede på de resterende konkurrenter, blev svækket.

99 Kommissionen har anført, at en sådan fortolkning skader den effektive kontrol med fusioner, som er omtalt i 24. betragtning til denne forordning, og bl.a. vil medføre en hindring for at udvikle skadeteorier, der ikke opfylder betingelserne i den appellerede doms præmis 96, som f.eks. den anden skadeteori i denne sag, der er støttet på en svækkelse af det konkurrencepres, som de øvrige konkurrenter udøver på den fusionerede enhed, som følge af denne enheds stilling på markedet efter fusionen.

100 CK Telecoms har heroverfor anført, at det følger af ordlyden af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004, navnlig af konjunktionen »såvel som«, der er gentaget i retningslinjerne for horisontale fusioner og i den omtvistede afgørelse, at denne betragtning fastsætter to kumulative betingelser. En modsat fortolkning ville give Kommissionen mulighed for at forbyde alle horisontale fusioner, eftersom sådanne fusioner nødvendigvis indebærer en reduktion af konkurrencen mellem de berørte parter.

*– Domstolens bemærkninger*

101 I den appellerede doms præmis 96 fastslog Retten i det væsentlige, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes i lyset af 25. betragtning til denne forordning. Retten tog i denne henseende udgangspunkt i forudsætningen om, at der i denne betragtning fastsættes to kumulative betingelser for, at de ikke-koordinerede virkninger af en fusion i visse tilfælde kan medføre, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt, nemlig for det første, at fusionen indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, og for det andet en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter.

102 I den nævnte doms præmis 97 udledte Retten heraf, at »den blotte svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, principielt ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence inden for rammerne af en skadeteori, der støttes på ikke-koordinerede virkninger«.

- 103 Det var i lyset af denne fortolkning af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, at Retten undersøgte det første, det tredje og det fjerde anbringende, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 105.
- 104 Det skal i denne henseende indledningsvis bemærkes, at præambelen til en EU-retsakt kan præcisere indholdet af denne retsakt, og at betragtningerne til en sådan retsakt således udgør vigtige fortolkningslementer, som kan oplyse om retsaktens udsteders hensigter (dom af 19.12.2019, Puppinck m.fl. mod Kommissionen, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).
- 105 Når dette er sagt, er præambelen til en EU-retsakt ikke retligt bindende og kan hverken påberåbes til støtte for at fravige bestemmelserne i den pågældende retsakt eller til støtte for en fortolkning af bestemmelserne, der er i åbenbar strid med deres ordlyd (dom af 19.12.2019, Puppinck m.fl. mod Kommissionen, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).
- 106 Som det fremgår af 6. og 24. betragtning til forordning nr. 139/2004, tilsigter forordningen at indføre en effektiv kontrol med alle fusioner på grundlag af deres indvirkning på konkurrencestrukturen i Unionen, bl.a. for at sikre en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked og en politik, der er i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence.
- 107 I denne henseende fremgår det i det væsentlige af 25. betragtning til denne forordning, at forordningen ligeledes vedrører spørgsmålet, om en fusion mellem virksomheder, der er aktive på et oligopolistisk marked, er uforenelig med det indre marked, når fusionen hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, uden at den fusionerede enhed har en dominerende stilling.
- 108 Det følger navnlig af nævnte 25. betragtning, at selv om »[m]ange oligopolistiske markeder udviser en sund grad af konkurrence[, forholder det sig imidlertid således, at under] visse omstændigheder kan fusioner, der indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, såvel som en svækkelse af det konkurrencepres, der hviler på de resterende konkurrenter, også selv om der ikke hersker nogen sandsynlighed for samordning mellem medlemmerne af oligopolet, [...] bevirke, at [den effektive konkurrence] hæmmes betydeligt«.
- 109 Det fremgår i det væsentlige af denne 25. betragtning, næstsidste punktum, at den effektive kontrol, som foreskrives i forordning nr. 139/2004, omfatter alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, herunder fusioner der giver anledning til ikke-koordinerede virkninger. Denne effektive kontrol indgår i det generelle formål med forordning nr. 139/2004, som afspejles i femte betragtning til denne forordning, og som er at undgå, at en strukturændring på længere sigt skader konkurrencen på det indre marked eller en væsentlig del heraf.
- 110 For at sikre en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked og en politik, der er i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, tilsigter forordning nr. 139/2004 at indføre en effektiv kontrol med alle fusioner, som hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, herunder fusioner, der medfører ikke-koordinerede virkninger på oligopolistiske markeder. Ud over, at en betragtning til en forordning under alle omstændigheder ikke kan begrænse rækkevidden af nævnte forordnings bestemmelser, kan en effektiv kontrol med fusioner, som gennemføres på sådanne markeder, og som kan give anledning til ikke-koordinerede virkninger, ikke anses for at skulle begrænses til situationer, der samtidigt er omfattet af begge tilfælde, der er nævnt i 25. betragtning til forordningen.

- 111 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 74-76 i forslaget til afgørelse, er konjunktionen »såvel som« ikke tilstrækkelig til at rejse tvivl om denne fortolkning. Såfremt artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning til denne forordning, fortolkes således, at disse to tilfælde er kumulative betingelser for at fastslå, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt som følge af en fusion med ikke-koordinerede virkninger på et oligopolistisk marked, ville dette nemlig bevirke en reduktion af effektiviteten af kontrollen af denne type fusioner til alene at omfatte de tilfælde, hvor Kommissionen kan godtgøre, at den pågældende fusion både kan eliminere konkurrencepresset mellem fusionsparterne og svække konkurrencepresset på de resterende konkurrenter på det relevante marked.
- 112 En sådan fortolkning indebærer således, at elimineringen af det betydelige konkurrencepres mellem fusionsparterne og den ensidige forøgelse af priserne, som kan følge heraf, aldrig i sig selv vil være tilstrækkeligt til at godtgøre, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.
- 113 En sådan indskrænkende fortolkning af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 er uforenelig med forordningens formål, som er nævnt i nærværende doms præmis 109, om at indføre en effektiv kontrol med alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, herunder fusioner, der giver anledning til ikke-koordinerede virkninger.
- 114 På denne baggrund begik Retten en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 96 at fastslå, at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning hertil, skal fortolkes således, at det i mangel af etablering eller styrkelse af en dominerende stilling som følge af en fusion på et oligopolistisk marked kun kan fastslås, at der foreligger en betydelig hindring for en effektiv konkurrence, hvis Kommissionen godtgør, at to kumulative betingelser er opfyldt, nemlig for det første, at det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne, er blevet elimineret, og for det andet, at det konkurrencepres, der hvilede på de resterende konkurrenter, er blevet svækket.
- 115 Henset til ovenstående bemærkninger skal det andet anbringendes andet led tiltrædes.
- 116 Det følger heraf, at det andet anbringende om en urigtig fortolkning af artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004 skal tages til følge.

### ***Det tredje anbringende***

- 117 Det tredje anbringende består af fire led, hvor det med første led gøres gældende, at Retten overskred grænserne for sin domstolsprøvelse ved fortolkningen af begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter«, det andet led vedrører en urigtig gengivelse af både den omtvistede afgørelse og Kommissionens svarskrift samt en fejlagtig fortolkning af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, det tredje led vedrører en fejlagtig fortolkning af begrebet »nære konkurrenter« og en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, og det fjerde led, som er fremsat subsidiært, vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten vedrørende spørgsmålet, om retningslinjerne for horisontale fusioner eventuelt er uforenelige med forordning nr. 139/2004.



*Det første led*

*– Parternes argumentation*

- 118 Med det tredje anbringendes første led har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten ved fortolkningen af begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter« i den appellerede doms præmis 174 og 242 fraveg definitionerne af disse økonomiske begreber i retningslinjerne for horisontale fusioner samt den heri fastlagte økonomiske ramme. Retten tilsidesatte følgelig Kommissionens skønsmargen i økonomiske anliggender og erstattede Kommissionens økonomiske vurdering med sin egen. Herved overskred Retten grænserne for domstolsprøvelsen af Kommissionens afgørelser, hvorved en fusion erklæres forenelig eller uforenelig med det indre marked.
- 119 Kommissionen har navnlig anført, at Retten hverken har kompetence eller sagkyndig viden til at fravige de økonomiske begreber i retningslinjerne for horisontale fusioner og til at følge en økonomisk fremgangsmåde, der adskiller sig fra den heri omtalte. Ifølge denne institution er Rettens kompetence begrænset til en efterprøvelse af, om de nævnte retningslinjer er lovlige.
- 120 CK Telecoms har heroverfor anført, at Retten ikke overskred grænserne for domstolsprøvelsen ved fortolkningen og anvendelsen af begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter«. I den appellerede dom vurderede den derimod beviserne under anvendelse af et kriterium, der følger af fast retspraksis, hvorefter Kommissionens skønsmargen i økonomiske anliggender ikke har indvirkning på Unionens retsinstansters kompetence til at efterprøve dennes fortolkning af oplysninger af økonomisk art.

*– Domstolens bemærkninger*

- 121 Det fremgår af ordlyden af 28. betragtning til forordning nr. 139/2004, at til belysning og klarlæggelse af Kommissionens vurdering af fusioner efter denne forordning bør Kommissionen udsende retningslinjer, der kan udgøre et sundt økonomisk grundlag for at vurdere fusioner med det formål at afklare, om de vil kunne erklæres forenelige med det indre marked eller ej.
- 122 Kommissionen vedtog følgelig retningslinjerne for horisontale fusioner, hvori fastlægges den metode, som Kommissionen har pålagt sig selv med henblik på vurderingen af, om der eventuelt foreligger en betydelig hindring for effektiv konkurrence som omhandlet i forordning nr. 139/2004.
- 123 Selv om Kommissionen ikke kan fravige sådanne retningslinjer uden begrundelse og uden i givet fald at blive mødt med en sanktion for en tilsidesættelse af almindelige retsprincipper, kan retningslinjerne imidlertid ikke kvalificeres som en retsregel, som forvaltningen i alle tilfælde skal overholde, og udgør heller ikke retsgrundlaget for Kommissionens afgørelser på det pågældende område (jf. i denne retning dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 209, 211 og 213). Unionens retsinstanter har dog fortsat kompetence til at fortolke disse, navnlig når Kommissionen i sine afgørelser om godkendelse af eller forbud mod en fusion har støttet sig på nævnte retningslinjer med henblik på at afgøre, om den pågældende fusion hæmmer den effektive konkurrence betydeligt eller ej.

- 124 Som anført i nærværende doms præmis 84 råder Kommissionen over en skønsmargen, når den foretager økonomiske vurderinger med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 139/2004, særligt dennes artikel 2, hvilket begrundes, at Unionens retsinstansters kontrol af en kommissionsafgørelse på fusionsområdet er begrænset til en undersøgelse af, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn.
- 125 Dette indebærer imidlertid ikke, at Unionens retsinstanster skal afholde sig fra at efterprøve Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanster, der, således som generaladvokaten har anført i punkt 73 og 85 i forslaget til afgørelse, ikke som sådan kan være bundet af retningslinjerne for horisontale fusioner, skal nemlig bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 145 og den deri nævnte retspraksis).
- 126 Kommissionens nævnte skønsmargen indebærer heller ikke, at Unionens retsinstanster skal afholde sig fra at efterprøve Kommissionens fortolkning af de EU-retlige begreber, der nødvendiggør en økonomisk analyse ved gennemførelsen heraf.
- 127 Det skal i denne henseende bemærkes, at Unionens retsinstanster på konkurrencerettens område allerede flere gange har fortolket begreber, der nødvendiggør en økonomisk analyse ved gennemførelsen heraf, såsom begrebet »dominerende stilling« (dom af 14.2.1978, United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen, 27/76, EU:C:1978:22, præmis 65 og 66), begrebet »det relevante marked« (dom af 9.11.1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, præmis 37, og af 6.10.1994, Tetra Pak mod Kommissionen, T-83/91, EU:T:1994:246, præmis 63) og begrebet »avancepres for konkurrenterne« (dom af 25.3.2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 128 Begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter«, hvortil der henvises i retningslinjerne for horisontale fusioner, indgår i de faktorer, som kan påvirke sandsynligheden for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger, og dermed konstateringen af en eventuel »betydelig hindring for effektiv konkurrence« som omhandlet i artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004.
- 129 Det følger heraf, at selv om begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter« nødvendiggør en økonomisk analyse ved deres gennemførelse, har Unionens retsinstanster kompetence til at fortolke dem som led i udøvelsen af kontrollen med Kommissionens afgørelser på fusionsområdet.
- 130 På denne baggrund skal det fastslås, at Retten ikke overskred grænserne for domstolsprøvelsen ved i denne sag at fortolke begreberne »betydelig konkurrencemæssig faktor« og »nære konkurrenter«.
- 131 Det følger heraf, at Kommissionens tredje anbringendes første led skal forkastes som ugrundet.

*Det andet led*

*– Parternes argumentation*

- 132 Med det tredje anbringendes andet led har Kommissionen fremsat tre klagepunkter, hvoraf det første vedrører en urigtig gengivelse af den omtvistede afgørelse, det andet vedrører en urigtig gengivelse af svarskriftet, og det tredje vedrører en urigtig fortolkning af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«.
- 133 Med det første klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den med urette i den appellerede doms præmis 171 fastslog, at det fremgik af den omtvistede afgørelse, at det forhold, at en fusionspart betegnes som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på et oligopolistisk marked, er tilstrækkeligt til at fastslå, at fusionen giver anledning til en betydelig hindring for en effektiv konkurrence. Denne konstatering modsiges af denne doms præmis 155, ifølge hvilken det følger af ordlyden af den omtvistede afgørelse, navnlig 777. betragtning hertil, at den omstændighed, at »Three er en betydelig konkurrencemæssig faktor på detailmarkedet [...] som omhandlet i retningslinjernes punkt 37 eller under alle omstændigheder udøver et betydeligt konkurrencepres på dette marked«, blot er en af de faktorer, som Kommissionen anvendte til at konkludere, at fusionen gav anledning til betydelige ikke-koordinerede virkninger.
- 134 Med det andet klagepunkt har Kommissionen gjort gældende, at Retten i nævnte doms præmis 170 gengav svarskriftets punkt 39 urigtigt, hvilket medførte, at denne retsinstans skabte sin egen definition af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, som adskiller sig fra den, der fremgår af punkt 37 i retningslinjerne for horisontale fusioner. Det fremgår bl.a. af nævnte punkt 39 i svarskriftet og duplikkens punkt 13, at Kommissionen heri kun anførte et eksempel uden at konstatere, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« nødvendigvis skal føre en særligt aggressiv konkurrence og tvinge konkurrenterne til at følge denne adfærd.
- 135 Når dette er sagt, fremgår det af den appellerede doms præmis 170 og 216, at Retten gentog dette eksempel og ændrede til en definition af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«.
- 136 Med det tredje og sidste klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 170 og 216 med urette pålagde uforholdsmæssige krav med henblik på at kvalificere en virksomhed som en betydelig konkurrencemæssig faktor, hvorefter den pågældende virksomhed skal adskille sig fra konkurrenterne med hensyn til sin påvirkning af konkurrencen og navnlig føre en særligt aggressiv konkurrence og tvinge de andre operatører på markedet til at følge sine priser.
- 137 Med hensyn til Kommissionens første klagepunkt har CK Telecoms anført, at Kommissionen i sin tidligere praksis og bl.a. i de sager, der er nævnt i den appellerede doms præmis 164, havde kvalificeret en eller to af de undersøgte fusionsparter som »betydelig(e) konkurrencemæssig(e) faktor(er)«, idet denne konstatering var tilstrækkelig til at fastslå, at fusionen kunne medføre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 138 Hvad angår Kommissionens andet klagepunkt har CK Telecoms gjort gældende, at der i punkt 39 i Kommissionens svarskrift ikke kun er anført et eksempel på en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.

- 139 Med hensyn til Kommissionens tredje og sidste klagepunkt har CK Telecoms gjort gældende, at Retten ikke fraveg retningslinjerne for horisontale fusioner og med føje fastslog, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« skulle adskille sig fra konkurrenterne hvad angår påvirkningen af konkurrencen.
- 140 Kravet om, at en »betydelig konkurrencemæssig faktor« adskiller sig fra konkurrenterne hvad angår påvirkningen af konkurrencen, er nemlig et mindstekrav for at finde, at en virksomhed kan være omfattet af dette begreb på et oligopolistisk marked. I modsat fald kunne enhver konkurrent, som er aktiv på et oligopolistisk marked, kvalificeres som »betydelig konkurrencemæssig faktor«, og Kommissionen ville kunne forbyde næsten alle horisontale fusioner.
- 141 Med henblik på at kvalificere en virksomhed som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« på et oligopolistisk marked skal det således godtgøres, at virksomheden udøver et særligt betydeligt konkurrencepres på de resterende konkurrenter.

– *Domstolens bemærkninger*

- 142 Hvad angår det første klagepunkt om en urigtige gengivelse af den omtvistede afgørelse skal det bemærkes, at ifølge Domstolens faste praksis skal en urigtig gengivelse fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne (dom af 25.7.2018, Orange Polska mod Kommissionen, C-123/16 P, EU:C:2018:590, præmis 75).
- 143 I det foreliggende tilfælde fastslog Retten i den appellerede doms præmis 171, at »[d]et fremgår af den [omtvistede] afgørelse, at Kommissionen hvad angår elimineringen af en »betydelig konkurrencemæssig faktor« er af den opfattelse, at den blotte svækkelse af konkurrencepresset, navnlig som følge af at en virksomhed, der har en mere betydelig rolle, end dens markedsandele tyder på, [forsvinder,] i sig selv er tilstrækkeligt til at bevise en betydelig hindring for en effektiv konkurrence«.
- 144 Retten støttede denne konstatering på en læsning af samtlige betragtninger til den omtvistede afgørelse, som bl.a. vedrører arten af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«.
- 145 I modsætning til, hvad Retten fastslog i nævnte præmis 171, fremgår det ikke af den omtvistede afgørelse, at Kommissionen konstaterede, at elimineringen af en »betydelig konkurrencemæssig faktor« i det foreliggende tilfælde i sig selv var tilstrækkelig til at bevise en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.
- 146 Det fremgår tværtimod af de væsentligste elementer i afsnittene med overskrifterne »Konkurrencemæssig vurdering« og »Materielt kriterium«, og nærmere bestemt af 313. og 321. betragtning til den omtvistede afgørelse, at retningslinjerne for horisontale fusioner fastlægger flere relevante faktorer med henblik på at afgøre, om en fusion kan medføre ikke-koordinerede virkninger.
- 147 Det er korrekt, at Kommissionen i disse to betragtninger bl.a. præciserede, at alle disse faktorer ikke nødvendigvis skal være opfyldt, for at sådanne virkninger er sandsynlige. Som generaladvokaten har anført i punkt 97 i forslaget til afgørelse, udledte Kommissionen imidlertid ikke heraf, at tilstedeværelsen af blot en af disse faktorer er tilstrækkelig til at fastslå, at den undersøgte fusion kan medføre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

- 148 I fodnote 263 til 313. betragtning til den omtvistede afgørelse henviste Kommissionen nemlig udtrykkeligt til punkt 26 i retningslinjerne for horisontale fusioner, hvorefter det forhold, at en af fusionsparterne kan kvalificeres som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, er en af de i retningslinjerne omtalte faktorer, der kan tages i betragtning med henblik på at afgøre, om fusionen kan medføre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 149 Som Kommissionen har anført, påpegede Retten i øvrigt selv i den appellerede doms præmis 155, at det fremgår af den omtvistede afgørelse, at kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« blot var en af de faktorer, som Kommissionen anvendte for at konkludere, at fusionen gav anledning til ikke-koordinerede virkninger.
- 150 Det følger heraf, at Retten gengav denne afgørelse urigtigt i den appellerede doms præmis 171.
- 151 Det tredje anbringendes andet leds første klagepunkt skal således tages til følge.
- 152 Hvad angår det andet klagepunkt om, at Retten i den appellerede doms præmis 170 gengav svarskriftets punkt 39 urigtigt, hvilket foranledigede denne retsinstans til at ophæve et eksempel på »betydelig konkurrencemæssig faktor« til en definition af begrebet, er det tilstrækkeligt at fastslå, at selv hvis det antages, at Retten i nævnte præmis 170 gengav Kommissionens svarskrift urigtigt, kan en sådan urigtig gengivelse ikke føre til, at den appellerede dom ophæves, navnlig fordi Kommissionens skriftlige indlæg indgivet som led i retsforhandlingerne for Retten vedrørende begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke kan anses for afgørende for at fastlægge indholdet af dette begreb.
- 153 Det følger heraf, at det tredje anbringendes andet leds andet klagepunkt skal forkastes.
- 154 Hvad angår det tredje og sidste klagepunkt om, at Retten begik en retlig fejl, fordi den pålagde uforholdsmæssige krav med henblik på at kvalificere en virksomhed som »betydelig konkurrencemæssig faktor«, skal det bemærkes, at denne retsinstans i den appellerede doms præmis 170 og 216 fastlagde en definition af begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor«, hvorefter den pågældende virksomhed skal adskille sig fra konkurrenterne med hensyn til sin prispolitik påvirkning af den konkurrencemæssige dynamik på det relevante marked og navnlig føre en særligt aggressiv konkurrence og tvinge de andre operatører på markedet til at følge sine priser.
- 155 I nævnte doms præmis 173 og 175 præciserede Retten, at Kommissionens tilgang i den omtvistede afgørelse i praksis indebar en sammenblanding af begrebet »betydelig hindring for effektiv konkurrence«, der omhandles i artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, begrebet »eliminering af et betydeligt konkurrencepres«, som nævnes i 25. betragtning til denne forordning, samt begrebet eliminering af en »betydelig konkurrencemæssig faktor«. En sådan sammenblanding fører til en udvidende fortolkning af denne artikel 2, stk. 3, hvorefter enhver eliminering af en »betydelig konkurrencemæssig faktor« ville svare til elimineringen af et betydeligt konkurrencepres, der for sit vedkommende ville begrunde en konklusion om, at der forelå en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.
- 156 I den appellerede doms præmis 174 fastslog Retten i det væsentlige, at hvis det ikke kræves, at en virksomhed skal adskille sig fra sine konkurrenter hvad angår påvirkningen af konkurrencen for at kunne kvalificeres som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, kan enhver virksomhed, der udøver et konkurrencepres på et oligopolistisk marked, henhøre under dette begreb.

- 157 I denne sammenhæng fastslog Retten i denne doms præmis 216, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at Three henhører under nævnte begreb.
- 158 For det første skal det i denne henseende bemærkes, at forordning nr. 139/2004, således som det fremgår af 6., 24. og 25. betragtning hertil, tilsigter at indføre en effektiv kontrol med alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, herunder fusioner der giver anledning til ikke-koordinerede virkninger.
- 159 For det andet består den mest direkte virkning af en fusion, således som det bekræftes i punkt 24 i retningslinjerne for horisontale fusioner, i, at konkurrencen mellem fusionsparterne forsvinder.
- 160 For det tredje fremgår det af en kombineret læsning af punkt 26, 37 og 38 i retningslinjerne for horisontale fusioner, at elimineringen af en »betydelig konkurrencemæssig faktor« principielt er en af de faktorer, som kan påvirke sandsynligheden for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger, og som således gør det muligt bl.a. at vurdere, om fusionen indebærer eliminering af et betydeligt konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne.
- 161 I denne forbindelse skal det fastslås, at de krav, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan kvalificeres som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, og som har direkte indvirkning på anvendelsen af denne kvalificering som en relevant faktor med henblik på at konstatere en eventuel betydelig hindring for effektiv konkurrence, ikke skal kunne udelukke Kommissionens mulighed for at erklære fusioner, som kan give anledning til betydelige ikke-koordinerede virkninger og dermed skade den effektive konkurrence betydeligt, uforenelige med det indre marked. I modsat fald kan den fulde virkning af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og navnlig disse bestemmelsers effektive virkning nemlig svækkes.
- 162 I denne henseende indebærer den omstændighed, at en part i en fusion på et oligopolistisk marked ikke adskiller sig fra konkurrenterne ved at handle »særligt aggressivt« med hensyn til priserne, ikke, at en fusion, hvori en sådan virksomhed indgår, ikke kan ændre den konkurrencemæssige dynamik betydeligt og skadeligt. Det står nemlig fast, at kontrollen med fusioner netop tilsigter at vurdere, på hvilken måde en fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på et givent marked, med henblik på at afgøre, om fusionen vil medføre en betydelig hindring for en effektiv konkurrence, uden at det i denne forbindelse er afgørende, at en virksomhed i denne fusion er »særligt aggressiv« på dette marked.
- 163 Således som det i det væsentlige bekræftes i punkt 38 i retningslinjerne for horisontale fusioner, kan det i øvrigt ikke udelukkes, at flere virksomheder på et givent oligopolistisk marked kan kvalificeres som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«.
- 164 Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionens tidligere afgørelsespraksis ikke udgør retlige rammer, der finder anvendelse på området for fusionskontrol, og kun er vejledende (jf. analogt dom af 24.9.2009, Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P og C-137/07 P, EU:C:2009:576, præmis 233 og den deri nævnte retspraksis). Den omstændighed, at Kommissionen i tidligere afgørelser har kvalificeret visse virksomheder, som var særlige i deres »aggressivitet« på det relevante marked og havde øget deres tilstedeværelse på dette marked hurtigere end alle andre konkurrenter, som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, indebærer således ikke, at det er de eneste tilfælde, som kan give anledning til en sådan kvalificering.

- 165 Endelig er prisen ofte ikke det eneste parameter, der er vigtigt for vurderingen af den konkurrencemæssige dynamik, navnlig på markeder for differentierede varer, hvor kvalitet og innovation kan have afgørende betydning for de pågældende varers stilling. En fremgangsmåde, som alene er koncentreret om priserne med henblik på at kvalificere en virksomhed som »betydelig konkurrencemæssig faktor«, er således nødvendigvis ufuldstændig.
- 166 Følgelig kan begrebet »betydelig konkurrencemæssig faktor« ikke udelukkende anvendes på virksomheder, der fører en særligt aggressiv konkurrence på priser og tvinger konkurrenterne på markedet til at følge sine priser, eller på virksomheder, hvis prispolitik kan medføre en væsentlig ændring af den konkurrencemæssige dynamik på det relevante marked.
- 167 På denne baggrund skal det fastslås, at det for at kvalificere en virksomhed som »betydelig konkurrencemæssig faktor« er tilstrækkeligt, således som det fremgår af punkt 37 i retningslinjerne for horisontale fusioner, at virksomheden har større indflydelse på konkurrenceprocessen, end dens markedsandel eller andre lignende mål tyder på.
- 168 I denne sag begik Retten således en retlig fejl, idet den i den appellerede doms præmis 170 og 216 fastslog, at Kommissionen for at kvalificere Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor« skulle godtgøre, at denne virksomhed førte en særligt aggressiv konkurrence på priser og tvang de andre operatører på markedet til at følge sine priser, eller at dens prispolitik kunne medføre en væsentlig ændring af den konkurrencemæssige dynamik på markedet.
- 169 Henset til konstateringerne i nærværende doms præmis 151 og 168 skal det tredje anbringendes andet led tages til følge.

*Det tredje led*

*– Parternes argumentation*

- 170 Med det tredje anbringendes tredje led har Kommissionen påberåbt sig to klagepunkter.
- 171 Med det første klagepunkt har Kommissionen gjort gældende, at Retten ved i den appellerede doms præmis 242 at pålægge den at godtgøre, at fusionsparterne ikke er »nære konkurrenter«, men »særligt nære konkurrenter«, fastsatte et uforholdsmæssigt krav hvad angår vurderingen af nærheden i konkurrenceforholdet mellem nævnte parter.
- 172 Ifølge Kommissionen antog Retten med urette i den appellerede doms præmis 247, at på et oligopolistisk marked som markedet for mobil telekommunikation i Det Forenede Kongerige, der har fire mobilnetoperatører, er alle disse operatører pr. definition mere eller mindre nære.
- 173 I denne henseende har Kommissionen fremhævet, at hvert marked har sin egen dynamik. På et oligopolistisk marked, der er kendetegnet ved udbud af differentierede varer, er det således muligt, at de varer, som udbydes af to virksomheder på dette marked, har relativt lille substituerbarhed eller næsten udelukkende er rettet mod forskellige markedssegmenter. Disse to virksomheder kan derfor ikke anses for at være nære konkurrenter. Følgelig kan Kommissionen i tilfælde af en fusion mellem disse virksomheder ikke støtte sig på nærheden i konkurrencen som en relevant faktor med henblik på at konstatere en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Ifølge Kommissionen har den derimod, såfremt disse virksomheder konkurrerer tæt på de samme segmenter på dette oligopolistiske marked, hvilket godtgør, at »rivaliseringen mellem

[dem] har været en vigtig konkurrenceskabende faktor på markedet« som omhandlet i punkt 28 i retningslinjerne for horisontale fusioner, ikke pligt til at godtgøre, at fusionsparterne er »de nærmeste konkurrenter« eller »særligt nære konkurrenter«.

- 174 Med det andet klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den gengav den omtvistede afgørelse urigtigt, idet den i bl.a. den appellerede doms præmis 249 fastslog, at Kommissionen havde taget udgangspunkt i den forudsætning, at nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 var tilstrækkelig til, at det kunne lægges til grund, at den påtænkte fusion ville give anledning til en betydelig hindring for en effektiv konkurrence. Som Retten anførte i den appellerede doms præmis 227, er nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 kun en af de faktorer, der anvendes i den omtvistede afgørelse med henblik på at fastslå, at den påtænkte fusion gav anledning til ikke-koordinerede virkninger.
- 175 CK Télécom har heroverfor anført, at Kommissionens første klagepunkt udspringer af en isoleret og urigtig læsning af den appellerede dom. Retten tog nemlig behørigt hensyn til retningslinjerne for horisontale fusioner og den omstændighed, at nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 er en væsentlig faktor i det foreliggende tilfælde.
- 176 Når dette er sagt, fastsætter disse retningslinjer ikke præcist den nødvendige grad af nærhed for at kunne kvalificere de pågældende virksomheder som »nære konkurrenter«.
- 177 I den omtvistede afgørelse anvendte Kommissionen endvidere ikke de kriterier, der er fastsat i nævnte retningslinjer, for at undersøge nærheden i konkurrencen mellem Three og O2.
- 178 CK Telecoms har anført, at kravet om en »særlig« nærhed er i overensstemmelse med det generelle kriterium om forbud mod en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Kun en særlig grad af nærhed i konkurrencen kan bevise en sådan hindring.
- 179 Med hensyn til det andet klagepunkt har CK Telecoms gjort gældende, at Retten ikke gengav den omtvistede afgørelse urigtigt i den appellerede doms præmis 249.

– *Domstolens bemærkninger*

- 180 Hvad angår det første klagepunkt om, at Retten med urette i bl.a. den appellerede doms præmis 242 krævede, at Kommissionen godtgjorde, at fusionsparterne i det foreliggende tilfælde var »særligt nære konkurrenter«, skal det bemærkes, at Rettens bedømmelse af graden af nærhed i konkurrencen mellem fusionsparterne indgår i undersøgelsen af Kommissionens første skadeteori i den omtvistede afgørelse vedrørende de ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet.
- 181 I den appellerede doms præmis 128 anførte Retten, at Kommissionen som led i den første skadeteori havde støttet sig på det betydelige konkurrencepres, som Three og O2 udøvede, det nære konkurrencemæssige forhold mellem disse to virksomheder, deres markedsandele og incitamentet for enheden opstået ved den påtænkte fusion til at hæve priserne samt enhedens konkurrenters konkurrenceevne, hvorefter denne institution i 1226. betragtning til den omtvistede afgørelse lagde til grund, at den påtænkte fusion »kan skabe ikke-koordinerede konkurrencebegrænsende virkninger på detailmarkedet«.



- 182 For det første fastslog Retten i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 234, at begrebet »nær konkurrent« ikke fremgår af forordning nr. 139/2004, men alene af retningslinjerne for horisontale fusioner.
- 183 For det andet fastslog Retten i denne doms præmis 235 og 241 nærmere bestemt, at der, for at artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 139/2004, sammenholdt med 25. betragtning hertil, kan anvendes, kræves en eliminering af det betydelige konkurrencepres, som bestod mellem fusionsparterne, hvilket er den mest direkte ensidige virkning af en fusion på et oligopolistisk marked.
- 184 For det tredje fastslog Retten i nævnte doms præmis 242, 247 og 249 i det væsentlige, at Kommissionen med hensyn til et oligopolistisk marked, hvor alle aktørerne pr. definition er mere eller mindre nære, ikke skulle godtgøre, at disse parter var nære konkurrenter, men særligt nære konkurrenter.
- 185 Endelig tiltrådte Retten i den appellerede doms præmis 249 og 250 CK Telecoms' argument om den svage bevisværdi af analysen af nærheden i konkurrencen mellem Three og O2. Retten begrundede denne holdning med den omstændighed, at Three og O2 kun var forholdsvis nære konkurrenter på en del af segmenterne på et koncentreret marked med fire mobilnetoperatører. Retten anførte, at dette forhold alene ikke var tilstrækkeligt til i den foreliggende sag at bevise, at elimineringen af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne, og til at påvise en betydelig hindring for effektiv konkurrence, medmindre enhver fusion, der bevirker en overgang fra fire til tre operatører, principielt forbydes.
- 186 I denne henseende består den mest direkte virkning af en fusion på et oligopolistisk marked, således som det er blevet anført nærværende doms præmis 159, i, at konkurrencen mellem fusionsparterne forsvinder.
- 187 Som det bekræftes i punkt 26 og 28-30 i retningslinjerne for horisontale fusioner, er nærheden i konkurrencen mellem fusionsparterne – selv om denne nærhed er et væsentligt indicium for at vurdere en eventuel eliminering af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem disse parter – blot en af de faktorer, der gør det muligt at vurdere sandsynligheden for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger.
- 188 Det er således med føje, at Kommissionen i punkt 28 i retningslinjerne for horisontale fusioner har indikeret, at inden for et relevant marked kan der være tale om produktdifferentiering, således at nogle varer er indbyrdes mere substituerbare end andre, og jo større substitutionsgraden er mellem fusionsparternes varer, desto mere sandsynligt er det, at disse parter vil forhøje priserne væsentligt efter fusionen. Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 121 i forslaget til afgørelse, kan en større grad af nærhed i konkurrencen mellem fusionsparterne følgelig udgøre et indicium for, at det er mere sandsynligt end usandsynligt, at fusionen vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, mens en mindre grad af nærhed i konkurrencen mellem disse parter kan være et indicium for det modsatte.
- 189 Hvis det i denne forbindelse med henblik på vurderingen af nærheden i konkurrencen mellem fusionsparterne kræves, at disse parter er »særligt nære konkurrenter«, indebærer det en meget høj grad af substituerbarhed mellem nævnte parters varer på et marked for differentierede varer. En sådan grad af substituerbarhed er ikke nødvendigvis påkrævet. Selv når substituerbarheden

mellem fusionsparternes varer ikke er særligt høj, kan en mindre grad af substituerbarhed nemlig ligeledes foreligge mellem disse parters varer og varerne fra andre virksomheder, der ikke er parter i fusionen, hvilket kan tilskynde fusionsparterne til at forhøje priserne på deres varer.

- 190 Som det i det væsentlige er anført i punkt 28 i retningslinjerne for horisontale fusioner, kan tilstedeværelsen af høje avancer før fusionen ligeledes gøre betydelige prisforhøjelser efter fusionen mere sandsynlige. Disse avancer kan ligeledes indikere, at de pågældende fusionsparter hverken er de nærmeste konkurrenter eller særligt nære konkurrenter.
- 191 Det kan følgelig ikke konkluderes, at kun en fusion mellem konkurrenter, som er særligt nære, kan hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det relevante marked.
- 192 Dermed begik Retten ved i bl.a. den appellerede doms præmis 242 og 247 at pålægge Kommissionen at godtgøre, at fusionsparterne ikke var nære konkurrenter, men »særligt nære« konkurrenter, en retlig fejl.
- 193 Det følger heraf, at det tredje anbringendes tredje leds første klagepunkt skal tages til følge.
- 194 Med det andet klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den gengav den omtvistede afgørelse urigtigt, idet den navnlig i den appellerede doms præmis 249 fastslog, at Kommissionen i denne afgørelse havde taget udgangspunkt i den forudsætning, at nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 på det pågældende oligopolistiske marked i sig selv var tilstrækkelig til, at det kunne lægges til grund, at fusionen gav anledning til en betydelig hindring for en effektiv konkurrence.
- 195 Det skal i denne henseende bemærkes, at Retten i nævnte præmis 249 fastslog, at »[s]elv om det [ganske vist] kan godtgøres, at Three og O2 er relativt nære konkurrenter på en del af segmenterne på et koncentreret marked med fire mobilnetoperatører, er dette forhold alene ikke tilstrækkeligt til i den foreliggende sag at bevise [...] elimineringen af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne, [og er ikke] tilstrækkeligt til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence, medmindre enhver fusion, der bevirker en overgang fra fire til tre operatører, principielt forbydes«.
- 196 Som Kommissionen har gjort gældende, indeholder den omtvistede afgørelse ingen oplysninger, der fastslår, at nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 i sig selv var tilstrækkelig til, at det kunne lægges til grund, at den påtænkte fusion kunne give anledning til en betydelig hindring for en effektiv konkurrence. Som det er anført i nærværende doms præmis 146, anførte Kommissionen tværtimod i 313. og 321. betragtning til den omtvistede afgørelse, at retningslinjerne for horisontale fusioner fastsætter flere faktorer, herunder faktoren vedrørende nærheden i konkurrencen, som er relevante med henblik på at afgøre, om fusionen kan medføre ikke-koordinerede virkninger.
- 197 Det andet klagepunkt skal således tages til følge, og dermed tiltrædes det tredje anbringendes tredje led i det hele.
- 198 Det tredje anbringendes andet og tredje led skal dermed tiltrædes, uden at det er fornødent at behandle dette anbringendes fjerde led, som er fremsat subsidiært.

### ***Det fjerde anbringende***

- 199 Det fjerde anbringende består af to led. Det første led vedrører for det første en urigtig gengivelse af Kommissionens argumentation vedrørende dens kvantitative analyse af den påtænkte fusions indvirkning på priserne, og for det andet, at Retten med urette fastslog, at prisstigningen i det foreliggende tilfælde ikke ville være betydelig. Med det andet led gøres det gældende, at Retten med urette pålagde Kommissionen i sin analyse at inkludere »almindelige« effektivitetsgevinster.

#### *Det første led*

##### *– Parternes argumentation*

- 200 Med det fjerde anbringendes første led har Kommissionen påberåbt sig to klagepunkter.
- 201 Med det første klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den gengav dens processkrifter urigtigt, idet den i den appellerede doms præmis 273 fastslog, at det stod fast, at den forventede prisstigning, der kunne følge af den påtænkte fusion, ville være [fortroligt]<sup>1</sup>%, selv om det fremgik af såvel svarskriftets punkt 157 som af duplikkens punkt 61, at Kommissionen bestred dette tal for Retten. Det fremgår nemlig klart af disse punkter, at denne institution bestred de af CK Telecoms anførte tal og gjorde gældende for Retten, at prisstigningen var [fortroligt]%.
- 202 Med det andet klagepunkt har Kommissionen foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 273 at give udtryk for, at den prisstigning, der kunne følge af den påtænkte fusion, ikke var væsentlig, eftersom den var lavere end de prisstigninger, som forventedes i visse tidligere afgørelser, hvorved fusioner var blevet betinget godkendt.
- 203 I denne henseende har Kommissionen gjort gældende, at Retten ikke skulle have sammenlignet den påtænkte fusion med de fusioner, der gav anledning til, for det første, Kommissionens afgørelse C(2014) 3561 final af 28. maj 2014 om en fusions forenelighed med det indre marked og EØS-aftalen (sag M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland), som er offentliggjort i resumé i *Den Europæiske Unions Tidende* af 13. august 2014 (EUT 2014, C 264, s. 6, herefter »den irske sag«), og, for det andet, Kommissionens afgørelse C(2014) 4443 af 2. juli 2014 om en fusions forenelighed med det indre marked og EØS-aftalen (sag M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus), som er offentliggjort i resumé i *Den Europæiske Unions Tidende* af 13. marts 2015 (EUT 2015, C 86, s. 10, herefter »den tyske sag«). Rettens sammenligning er støttet på en åbenbart urigtig læsning af Kommissionens afgørelser i disse to sager. Til forskel fra den foreliggende sag godkendte Kommissionen nemlig de fusioner, der var omfattet af henholdsvis den irske og den tyske sag, eftersom parterne heri havde foreslået korrigerende foranstaltninger, der blev anset for tilstrækkelige til at fjerne en betydelig hindring for den effektive konkurrence.
- 204 For det første har CK Telecoms heroverfor anført, at Kommissionen med det fjerde anbringendes første led har bestridt de faktiske omstændigheder, og at dette led derfor skal afvises.
- 205 For det andet har CK Telecoms gjort gældende, at det fjerde anbringendes første led er uvirksomt. I den appellerede doms præmis 264-281 foretog Retten en bedømmelse, som foranledigede den til i denne doms præmis 282 at fastslå, at den kvantitative analyse, der var blevet foretaget i den

<sup>1</sup> – Fortrolige oplysninger udeladt.

foreliggende sag, savnede beviskraft, eftersom Kommissionen ikke havde godtgjort, at priserne ville stige væsentligt efter elimineringen af det betydelige konkurrencepres, der bestod mellem fusionsparterne. CK Telecoms har præciseret, at Retten i den appellerede doms præmis 268 forkastede bevisværdien af Kommissionens kvantitative analyse, hvilket Kommissionen ikke har bestridt.

206 For det tredje og sidste har CK Telecoms gjort gældende, at Retten ikke begik en retlig fejl ved vurderingen af Kommissionens kvantitative analyse. Den begrundede i denne forbindelse behovet for at fastsætte en tærskel, over hvilken resultatet af denne analyse kunne indikere, at en fusion kunne medføre væsentlige prisstigninger.

– *Domstolens bemærkninger*

207 Med det første klagepunkt har Kommissionen ikke bestridt de faktiske omstændigheder, men påberåbt sig en urigtig gengivelse af indholdet af sine processkrifter i første instans. Følgelig kan dette klagepunkt ikke afvises (jf. i denne retning dom af 29.11.2018, *Alcohol Countermeasure Systems (International) mod EUIPO*, C-340/17 P, EU:C:2018:965, præmis 39).

208 Hvad angår formaliteten med hensyn til det andet klagepunkt skal det fastslås, at Kommissionen med dette klagepunkt har rejst et retsspørgsmål, for så vidt som den har foreholdt Retten, at den med urette sammenlignede den prisstigning, der kunne følge af den påtænkte fusion, med de prisstigninger, der var identificeret i den irske og den tyske sag, hvori Kommissionen havde godkendt de omhandlede fusioner med forbehold for overholdelsen af visse betingelser. Nævnte klagepunkt kan således antages til realitetsbehandling.

209 Med hensyn til spørgsmålet, om det fjerde anbringendes første led er uvirksomt, fastslog Retten ganske vist i den appellerede doms præmis 268, at den kvantitative analyse ikke er et afgørende bevis for påvisningen af en eventuel betydelig hindring for effektiv konkurrence. Retten fastslog imidlertid ikke, at denne analyse principielt savnede beviskraft. Retten fastslog nemlig, at analysen ikke var tilstrækkelig til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

210 For det første anførte Retten i den appellerede doms præmis 273 for at nå til konstateringen i denne doms præmis 282 om, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at priserne ville stige væsentligt efter den påtænkte fusion, at den prisstigning, der kunne følge af fusionen i den foreliggende sag, var [*fortroligt*]%, og at Kommissionen ikke havde bestridt dette tal. For det andet sammenlignede Retten med henblik på at efterprøve, om prisstigningen kunne kvalificeres som væsentlig, denne prisstigning med de forventede prisstigninger i den irske og den tyske sag, som var henholdsvis 6,6% og 9,5%. Retten fastslog, at Kommissionen i disse sager havde godkendt de pågældende fusioner med forbehold for overholdelsen af visse betingelser.

211 Det skal følgelig fastslås, at Kommissionen hensigtsmæssigt kan foreholde Retten dels, at den gengav dens argumentation om den præcise størrelse af de prisstigninger, der kunne følge af den påtænkte fusion, urigtigt, dels at den med urette sammenlignede den foreliggende sag med Kommissionens tidligere afgørelser i andre sager om fusioner. Denne kritik kan nemlig ikke forkastes som uvirksom, eftersom hvert af disse argumenter, således som generaladvokaten har anført i punkt 141 i forslaget til afgørelse, kan påvirke Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 282. Følgelig skal den af CK Telecoms anførte argumentation om, at det fjerde anbringendes første led er uvirksomt, forkastes, og det skal undersøges, om dette led er velbegrundet.

- 212 Det skal i denne henseende med hensyn til dette leds første klagepunkt om, at Retten i den appellerede doms præmis 273 gengav Kommissionens argumenter i svarskriftets punkt 157 og duplikkens punkt 61 urigtigt, bemærkes, at når en appellant gør gældende, at der er sket urigtig gengivelse af den pågældendes egne argumenter, skal vedkommende i henhold til artikel 256 TEUF, artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 168, stk. 1, litra d), i Domstolens procesreglement præcist angive, hvilke oplysninger der er blevet urigtigt gengivet af Retten, og godtgøre de analysefejl i dens vurdering, som foranledigede Retten til denne urigtig gengivelse (jf. i denne retning dom af 1.7.2010, Knauf Gips mod Kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 213 I det foreliggende tilfælde fremgår det af den appellerede doms præmis 273, at Retten fastslog, at »den forventede prisstigning i den foreliggende sag ifølge [CK Telecoms] ville være [fortroligt%], hvilket Kommissionen ikke har bestridt, mens en prisstigning på 6,6% i den irske sag og på 9,5% i den tyske sag ikke hindrede Kommissionen i at tillade disse transaktioner, forudsat at visse betingelser blev overholdt«.
- 214 Det fremgår klart af Kommissionens svarskrifts punkt 157, at den i første instans rent faktisk havde bestridt det af CK Telecoms anførte tal og havde anført, at den prisstigning, der i det foreliggende tilfælde kunne følge af den påtænkte fusion, var [fortroligt]%. Denne konstatering understøttes ligeledes af svarskriftets punkt 159 og 160 samt duplikkens punkt 61.
- 215 Det fremgår således af sagsakterne, at Retten i den appellerede doms præmis 273 gengav Kommissionens processkrifter i første instans urigtigt.
- 216 Det fjerde anbringendes første leds første klagepunkt skal således tages til følge.
- 217 For det første skal det med hensyn til det fjerde anbringendes første leds andet klagepunkt om, at Retten med urette sammenlignede denne sag med den irske og den tyske sag og dermed med urette i den appellerede doms præmis 273 fastslog, at den prisstigning, der kunne følge af den påtænkte fusion, på [fortroligt]% ikke var væsentlig, eftersom den var lavere end de forventede prisstigninger i den irske og den tyske sag, bemærkes, at Rettens bedømmelse, således som det fremgår af nærværende doms præmis 215, var støttet på dens urigtige gengivelse af Kommissionens svarskrift vedrørende den præcise størrelse af denne prisstigning.
- 218 For det andet kunne den irske og den tyske sag, således som generaladvokaten har anført i punkt 147 i forslaget til afgørelse, ikke sammenlignes med nærværende sag på et væsentligt punkt, eftersom fusionsparterne i de førstnævnte sager til forskel fra fusionsparterne i sidstnævnte sag havde afgivet tilsagn, som blev anset for at være tilstrækkelige til at udelukke Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder.
- 219 Som anført i nærværende doms præmis 164 tjener Kommissionens tidligere afgørelsespraksis under alle omstændigheder ikke som retlige rammer, der finder anvendelse på området for fusionskontrol, og har kun vejledende karakter.
- 220 Retten begik således en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 273 at fastslå, at den prisstigning på [fortroligt]%, der kunne følge af fusionen, ikke var væsentlig, eftersom den var lavere end de forventede prisstigninger i den irske og den tyske sag.
- 221 Det følger heraf, at det fjerde anbringendes første leds andet klagepunkt skal tiltrædes.

222 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det fjerde anbringendes første led tiltrædes i sin helhed.

*Det andet led*

*– Parternes argumentation*

- 223 Med det fjerde anbringendes andet led har Kommissionen gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 277-279 med urette fastslog, at Kommissionen i sin kvantitative analyse skulle have medregnet de »almindelige« effektivitetsgevinster, som er »særlig[e] for hver fusion«.
- 224 Kommissionen har fremhævet, at det ifølge 29. betragtning til forordning nr. 139/2004 påhviler de pågældende virksomheder at give en beskrivelse, vedlagt dokumentation herfor, af hver af de angivelige effektivitetsgevinster.
- 225 I modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede doms præmis 277, har EU-lovgiver ikke fastsat en formodning for, at alle fusioner nødvendigvis giver anledning til effektivitetsgevinster, som systematisk skal tages i betragtning ved Kommissionens kvantitative analyse. Det følger nemlig i det væsentlige af punkt 77-87 i retningslinjerne for horisontale fusioner, at effektivitetsgevinster skal være til gavn for forbrugerne, fusionsspecifikke og påviselige.
- 226 Kommissionen har desuden anført, at der i forordning nr. 139/2004 ikke sondres mellem forskellige former for effektivitetsgevinster.
- 227 Kommissionen har gjort gældende, at den i sin kvantitative analyse under alle omstændigheder tog hensyn til de effektivitetsgevinster, der kunne henhøre under begrebet »almindelige effektivitetsgevinster«, som Retten fastlagde i den appellerede doms præmis 277, og udelukkede dem med den begrundelse, at de ikke var af betydning for incitamentet for enheden opstået ved den påtænkte fusion til at forhøje priserne.
- 228 For det første har CK Telecoms heroverfor anført, at Kommissionens argumentation er uvirksom, eftersom Rettens konklusion om, at den kvantitative analyse i den omtvistede afgørelse var urigtig, ikke alene var støttet på konstateringen om, at Kommissionen ikke havde taget behørigt hensyn til de effektivitetsgevinster, som den påtænkte fusion skabte.
- 229 For det andet har CK Telecoms indledningsvis gjort gældende, at Kommissionens argumentation udspringer af en urigtig læsning af den appellerede dom. Retten fastslog nemlig i det væsentlige, at bevisværdien af en kvantitativ analyse er begrænset, hvis analysen ikke ligeledes tager hensyn til kompensationsfaktorerne, herunder effektivitetsgevinster. Retten konkluderede, at bevisværdien af den kvantitative analyse ville blive øget, hvis Kommissionen forudsatte, at den påtænkte fusion kunne medføre et vist niveau af effektivitetsgevinster.
- 230 CK Telecoms har endvidere anført, at Rettens bedømmelse er i overensstemmelse med arten af den kvantitative analyse, som er udviklet med henblik på at måle både fusioners konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger. Der skal således tages hensyn til beviste eller formodede effektivitetsgevinster.

231 Forordning nr. 139/2004 tager endvidere hensyn til den omstændighed, at fusioner generelt medfører konkurrencefremmende såvel som konkurrencebegrænsende virkninger. Rettens konklusioner om, at Kommissionens kvantitative analyse har en begrænset bevisværdi, fordi den ikke tager hensyn til de »almindelige« effektivitetsgevinster, er således i overensstemmelse med de principper, som denne forordning er bygget på.

232 Endelig har CK Telecoms gjort gældende, at eftersom retningslinjerne for horisontale fusioner ikke foreskriver, hvorledes Kommissionens kvantitative analyse skal foretages, kan Rettens konstateringer vedrørende denne analyses bevisværdi ikke anses for at være i strid med disse retningslinjer.

– *Domstolens bemærkninger*

233 Hvad angår spørgsmålet, om det fjerde anbringendes andet led er virksomt, fremgår det i det væsentlige af den appellerede doms præmis 279, at de »almindelige« effektivitetsgevinster ifølge Retten er »er særlig[e] for hver fusion« og er »en del af en kvantitativ model, som tilsigter at fastlægge, om en fusion kan skabe [...] restriktive virkninger«.

234 Henset til den betydning, som Retten tillagde denne kategori af effektivitetsgevinster med henblik på den kvantitative analyse, skal det fastslås, at Kommissionen med føje kan foreholde Retten, at den i den appellerede doms præmis 277-279 pålagde den i denne analyse at inkludere de »almindelige« effektivitetsgevinster, som ifølge Retten er særlige for hver fusion.

235 CK Telecoms' argumentation om, at det fjerde anbringendes andet led er uvirksomt, skal følgelig forkastes.

236 Med hensyn til spørgsmålet, om dette led af det fjerde anbringende er velbegrundet, skal det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 277 fastslog, at alle fusioner medfører effektivitetsgevinster, hvis omfang ligeledes afhænger af det eksterne konkurrencepres. Retten fastslog, at disse gevinster bl.a. følger af den fusionerede enheds rationalisering og integration i produktions- og distributionsprocessen, hvilket kan foranledige denne enhed til at sænke sine priser.

237 I nævnte doms præmis 278 og 279 sondrede Retten mellem to former for effektivitetsgevinster, nemlig for det første dem, der er nævnt i retningslinjerne for horisontale fusioner, hvis eksistens skal påvises af anmelderen, og som skal tages i betragtning ved den samlede konkurrencemæssige vurdering af fusionen med henblik på at kontrollere, om disse effektivitetsgevinster kan opveje fusionens restriktive virkninger, og for det andet dem, der er nævnt i den appellerede doms præmis 277, som er særlige for hver fusion, og som er »en del af en kvantitativ model, der tilsigter at fastlægge, om en fusion kan skabe [sådanne] restriktive virkninger«. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 278, fastslog Retten i det væsentlige, at Kommissionen som led i den kvantitative analyse har pligt til af egen drift at tage hensyn til sidstnævnte kategori af »almindelige« effektivitetsgevinster.

238 Det følger af 29. betragtning til forordning nr. 139/2004, at for at afgøre, hvilke virkninger en fusion vil få på konkurrencestrukturen på det indre marked, bør der tages hensyn til enhver sandsynlig effektivitetsgevinst, som de deltagende virksomheder kan påvise.

239 Det fremgår ligeledes af del 9 i bilag I til forordning nr. 802/2004, at det påhviler den pågældende virksomhed at give en beskrivelse, vedlagt dokumentation, af hver enkelt effektivitetsgevinst.

- 240 Kriterierne for hensyntagen til effektivitetsgevinster er omhandlet i punkt 76-88 i retningslinjerne for horisontale fusioner.
- 241 Det skal dermed fastslås, således som generaladvokaten har anført i punkt 153 i forslaget til afgørelse, at hverken forordning nr. 139/2004, forordning nr. 802/2004 eller retningslinjerne for horisontale fusioner omtaler en kategori af »almindelige« effektivitetsgevinster som den, der er omtalt i den appellerede doms præmis 277-279, eller fastsætter en formodning for, at alle fusioner medfører sådanne effektivitetsgevinster.
- 242 Visse fusioner kan ganske vist medføre effektivitetsgevinster, der er særlige for disse. Denne mulighed indebærer imidlertid på ingen måde, at alle fusioner medfører sådanne effektivitetsgevinster. Det påhviler under alle omstændigheder de anmeldende parter at godtgøre disse, således at Kommissionen kan tage hensyn til dem i forbindelse med sin kontrol.
- 243 Såfremt det anerkendes, at alle fusioner medfører »almindelige« effektivitetsgevinster, opstilles endvidere en formodning, og dermed en omvendt bevisbyrde, for en særlig kategori af effektivitetsgevinster, selv om denne byrde, således som det fremgår af nærværende doms præmis 238 og 239, påhviler virksomhederne.
- 244 En sådan omvendt bevisbyrde kan reducere fusionskontrollens effektivitet og dermed bringe den effektive virkning af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 i fare. Formålet med den effektive fusionskontrol, der forfølges med denne forordning, som anført i nærværende doms præmis 106 – navnlig formålet om at undgå dels at forbyde fusioner, som ikke indebærer risici for konkurrencebegrænsende virkninger, dels at tillade fusioner, der skader den effektive konkurrence – sikres nemlig bl.a. ved den fordeling af bevisbyrden på området for fusionskontrol, som EU-lovgiver har fastlagt.
- 245 En omvendt bevisbyrde, som følger af en anerkendelse af en formodning for, at alle fusioner medfører sådanne effektivitetsgevinster, skader denne balance.
- 246 På denne baggrund skal det fastslås, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 277-279 at fastslå, at Kommissionen i sin kvantitative analyse skulle have inkluderet de »almindelige« effektivitetsgevinster, som er særlige for alle fusioner.
- 247 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det fjerde anbringendes andet led ligeledes tages til følge, og dermed tiltrædes det fjerde anbringende i sin helhed.

### ***Det femte anbringende***

#### *Parternes argumentation*

- 248 Med det femte anbringende har Kommissionen foreholdt Retten, at den ikke undersøgte, om alle relevante faktorer gjorde det muligt at fastslå, at Kommissionen i den foreliggende sag havde formålet at godtgøre, at fusionen medførte en »betydelig hindring for en effektiv konkurrence«. Retten begrænsede med urette sin undersøgelse til bestemte faktorer, der underbyggede den første skadeteori, og til spørgsmålet, om disse faktorer enkeltvis var tilstrækkelige til at godtgøre en sådan hindring. Herved gengav Retten den omtvistede afgørelse urigtigt, satte sit eget økonomiske skøn i stedet for Kommissionens, anvendte de relevante retlige kriterier urigtigt og tilsidesatte sin begrundelsespligt.



- 249 Kommissionen har nærmere bestemt gjort gældende, at Retten kun undersøgte fire af de faktorer, der underbyggede den første skadeteori i den omtvistede afgørelse. Retten undersøgte nærmere bestemt størrelsen af og udviklingen i markedsandele, kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, nærheden af konkurrencen mellem Three og O2 samt den kvantitative analyse af fusionens virkninger.
- 250 Ved at begrænse undersøgelsen således og alene på dette grundlag annullere den omtvistede afgørelse vurderede Retten ikke, om disse fire faktorer, sammenholdt med andre faktorer og konstateringer i den omtvistede afgørelse, gjorde det muligt at fastslå, at den påtænkte fusion gav anledning til en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 251 I den appellerede doms præmis 149, 171-173, 249 og 268 undersøgte Retten disse fire faktorer enkeltvis for at afgøre, om de hver især var tilstrækkelige til i sig selv at godtgøre en sådan hindring. I den omtvistede afgørelse fandt Kommissionen på ingen måde, at hver af disse faktorer enkeltvis var tilstrækkelige til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 252 Det følger i øvrigt af punkt 26 i retningslinjerne for horisontale fusioner, at de i retningslinjernes punkt 27-38 omhandlede faktorer enkeltvis ikke nødvendigvis er afgørende.
- 253 CK Telecoms har indledningsvis gjort gældende, at det ikke påhviler Retten, men Kommissionen at foretage en samlet vurdering af alle relevante faktorer, som kan påvirke sandsynligheden for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger. Det femte anbringende bør således afvises og er uvirksomt, navnlig fordi Kommissionen med dette anbringende i det væsentlige har gjort gældende, at Retten skal anses for at skulle afhjælpe manglerne ved den omtvistede afgørelse og foretage en fornyet vurdering af den påtænkte fusion, hvilket ikke er foreneligt med omfanget af dens domstolsprøvelse.
- 254 CK Telecoms har herefter gjort gældende, at Retten undersøgte alle relevante faktorer vedrørende den første skadeteori i den omtvistede afgørelse. Dette selskab har i denne henseende fremhævet, at Retten i den appellerede doms præmis 139 med føje fastslog, at Kommissionen i retsmødet havde præciseret, at denne skadeteori i det væsentlige var støttet på tre faktorer, nemlig at Three er en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 samt den kvantitative analyse af fusionens virkninger på priserne. CK Telecoms har anført, at det således var legitimt og logisk, at Retten koncentrerede sin undersøgelse om disse forhold.
- 255 Endelig fastslog Retten ikke, at hver af faktorerne vedrørende Kommissionens første skadeteori enkeltvis skulle være tilstrækkelige til at påvise en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Den fastslog nemlig, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at disse faktorer var tilstrækkelige til at konstatere, at den påtænkte fusion medførte en sådan hindring.

#### *Domstolens bemærkninger*

- 256 Med hensyn til den af CK Telecoms fremførte argumentation om, at det femte anbringende skal afvises og er uvirksomt, skal det fastslås, at Kommissionen med dette anbringende har rejst et retsspørgsmål, hvis besvarelse kan påvirke grundlaget for Rettens konstatering om, at denne institution ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at der forelå en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Med nævnte anbringende har Kommissionen nemlig nærmere bestemt foreholdt Retten, at den annullerede den omtvistede afgørelse uden at have foretaget en samlet vurdering

eller en afvejning af samtlige relevante faktorer, som var taget i betragtning i den omtvistede afgørelse, men blot undersøgte visse faktorer, der bl.a. underbyggede den første skadeteori, og disse faktorerers tilstrækkelige karakter med henblik på denne analyse.

- 257 Det skal følgelig undersøges, om det femte anbringende er velbegrundet.
- 258 Det skal i denne henseende bemærkes, at inden for rammerne af sin fusionskontrol skal Kommissionen, således som det fremgår af artikel 2, stk. 1, litra b), i forordning nr. 139/2004, tage hensyn til fusionsparternes position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemløddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som den er til fordel for forbrugerne og ikke udgør en hindring for konkurrencen.
- 259 Det skal ligeledes bemærkes, at punkt 26-38 i retningslinjerne for horisontale fusioner opregner faktorer, der reelt kan påvirke sandsynligheden for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger.
- 260 I denne henseende anføres det med føje i retningslinjernes punkt 26, at disse faktorer ikke nødvendigvis enkeltvis er afgørende. Disse faktorer skal ikke nødvendigvis alle være opfyldt, for at betydelige ikke-koordinerede virkninger er sandsynlige.
- 261 Det skal i denne forbindelse fastslås, at nævnte faktorer principielt kan udgøre indicier for, at en fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger, som skal vurderes samlet.
- 262 For at kunne foretage en effektiv domstolskontrol med Kommissionens afgørelser, hvorved en fusion erklæres uforenelig med det indre marked, påhviler det således Unionens retsinstanser efter at have undersøgt, om der er grundlag for de klagepunkter, der er rettet mod Kommissionens vurdering af de relevante faktorer, og henset til det heraf følgende resultat, at vurdere, om alle de faktorer og relevante oplysninger, som Kommissionen lagde til grund, og som kan anses for påviste, herunder ubestridte faktorer og oplysninger, er tilstrækkelige til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence. Denne samlede vurdering indebærer ikke, at Unionens retsinstanser af egen drift skal undersøge, om bedømmelsen af faktorer eller andre oplysninger, som sagens parter ikke har draget i tvivl, er velbegrundet.
- 263 I det foreliggende tilfælde indeholder den appellerede doms præmis 128-136 et resumé af den omtvistede afgørelse med hensyn til Kommissionens første skadeteori.
- 264 I den appellerede doms præmis 141-283 undersøgte Retten de argumenter, som CK Telecoms fremførte inden for rammerne af det første anbringende i første instans, og som i det væsentlige vedrørte de faktorer, der kan påvirke sandsynligheden for, at den påtænkte fusion medfører betydelige ikke-koordinerede virkninger, dvs. analysen af markedsandele, kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, vurderingen af den konkurrencemæssige nærhed mellem parterne i den påtænkte fusion samt en kvantitativ analyse af fusionens virkninger på priserne.

- 265 I den appellerede doms præmis 154 forkastede Retten det fjerde led i det første anbringende i første instans. Som det i det væsentlige fremgår af den appellerede doms præmis 152, fastslog Retten, at i modsætning til, hvad sagsøgeren i første instans gjorde gældende, fandt Kommissionen i den omtvistede afgørelse, at størrelsen og udviklingen af Three og O2's markedsandele var det første tegn på det betydelige konkurrencepres, som disse selskaber udøvede, og som ville blive fjernet ved den påtænkte fusion.
- 266 I den appellerede doms præmis 176, 190, 198, 216, 226, 250 og 283 tiltrådte Retten derimod visse af det første anbringendes klagepunkter og led vedrørende kvalificeringen af Three som en »betydelig konkurrencemæssig faktor«, nærheden i konkurrencen mellem Three og O2 samt den kvantitative analyse af den påtænkte fusions virkninger på priserne.
- 267 Endelig undersøgte og tiltrådte Retten i den appellerede doms præmis 284-291 det første anbringendes syvende led i første instans om, at Kommissionen, for det første, ikke havde foretaget en samlet vurdering af ikke-koordinerede virkninger og, for det andet, ikke havde præciseret, på hvilket grundlag den havde konkluderet, at de angivelige hindringer for konkurrencen som følge af den påtænkte fusion ville være betydelige.
- 268 Med hensyn til spørgsmålet, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde foretog en samlet vurdering af de ikke-koordinerede virkninger, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 287, at Kommissionen i den omtvistede afgørelse foretog en sådan vurdering. Retten præciserede, at denne institution med henblik på at påvise ikke-koordinerede virkninger på detailmarkedet successivt undersøgte forskellige relevante faktorer.
- 269 Når dette er sagt, undersøgte Retten ikke selv, om det – henset til, for det første, resultatet af Rettens undersøgelsen af den af CK Telecom i første instans fremførte argumentation om visse relevante faktorer og, for det andet, de øvrige relevante faktorer og konstateringer, som indgik i Kommissionens samlede analyse, der, eftersom de ikke er bestridt, således kunne anses for godtgjorte, såsom eksempelvis den specifikke vurdering af det konkurrencepres, som O2 udøvede, den sandsynlige adfærd udvist af enheden opstået ved den påtænkte fusion samt vurderingen af den konkurrencemæssige stilling for såvel mobilnetoperatører som virtuelle mobilnetoperatører i 778.-1174. betragtning til den omtvistede afgørelse – kunne fastslås, at Kommissionen i tilstrækkelig grad havde godtgjort en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 270 På denne baggrund skal det fastslås, at Retten begik en retlig fejl, eftersom den efter undersøgelsen af, om de faktorer og konstateringer, som CK Telecoms anfægtede i første instans, var velbegrundede, ikke – med inddragelse af resultatet af nævnte undersøgelse – foretog en samlet vurdering af de faktorer og konstateringer, der var relevante med henblik på at efterprøve, om Kommissionen havde godtgjort en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 271 Det femte anbringende skal dermed tages til følge.

### ***Det sjette anbringende***

- 272 Det sjette anbringende består af to led. Med det første led har Kommissionen foreholdt Retten, at den gengav den omtvistede afgørelse urigtigt ved i den appellerede doms præmis 358-361 at fastslå, at denne institution ikke havde undersøgt en eventuel forringelse af netværkskvaliteten for enheden opstået ved den påtænkte fusion. Med dette anbringendes andet led har Kommissionen gjort gældende, at Retten af egen drift rejste et klagepunkt, som ikke fremgik af det tredje anbringendes sjette led i stævningen i første instans.

*Spørgsmålet, om det sjette anbringende er virksomt*

*– Parternes argumentation*

- 273 CK Telecoms har gjort gældende, at det sjette anbringende er uvirksomt, fordi Kommissionen ikke har bestridt Rettens primære betragtninger, som foranledigede denne til at forkaste Kommissionens anden skadeteori om netdelingsaftalerne.
- 274 For det første har Kommissionen inden for rammerne af dette anbringende ikke rejst tvivl om betragtningerne i den appellerede doms præmis 325, 330, 340, 344 og 346-348, hvorved Retten i det væsentlige fastslog, at Kommissionen med urette havde konkluderet, at den mulige manglende tilpasning af interesserne mellem parterne i en netdelingsaftale og den varige forstyrrelse af sådanne aftaler i sig selv kunne udgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence efter en skadeteori støttet på ikke-koordinerede virkninger.
- 275 For det andet har Kommissionen ikke anfægtet Rettens analyse i den appellerede doms præmis 362-397 vedrørende den omhandlede fusions virkninger for BT/EE og Vodafone.
- 276 Alle disse ubestridte betragtninger foranledigede Retten til at forkaste den anden skadeteori.
- 277 Kommissionen har gjort gældende, at det sjette anbringende ikke er uvirksomt.

*– Domstolens bemærkninger*

- 278 For det første skal det bemærkes, at Retten i den appellerede doms præmis 325, 330, 340, 344 og 346-348 undersøgte, om en varig forstyrrelse af velfungerende netdelingsaftaler som følge af bl.a. en eventuel manglende tilpasning af interesserne mellem parterne i disse aftaler i sig selv kunne udgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 279 Kommissionen konstaterede ikke en sådan hindring alene på grundlag af en sådan manglende tilpasning af interesserne, idet den manglende tilpasning af interesserne blot var en af de faktorer, der blev taget i betragtning i den omtvistede afgørelse.
- 280 Den omstændighed, at Kommissionen ikke har bestridt Rettens konstatering om, at den manglende tilpasning af interesserne mellem partnerne i netdelingsaftalerne i sig selv var utilstrækkelig til at godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence, kan således ikke bevirke, at Kommissionens sjette appelanbringende er uvirksomt.
- 281 For det andet skal det med hensyn til den af CK Telecoms fremførte argumentation om, at det sjette anbringende er uvirksomt, eftersom Kommissionen ikke har bestridt Rettens analyse i den appellerede doms præmis 362-397 vedrørende den påtænkte fusions virkninger for BT/EE og Vodafone, bemærkes, at Retten, således som det bl.a. fremgår af den appellerede doms præmis 361, undersøgte, om Kommissionens analyse vedrørende fusionens virkninger på BT/EE og Vodafone var særlig solid og overbevisende. Retten fandt det nødvendigt at foretage denne undersøgelse med udgangspunkt i den antagelse, som er anført i nævnte doms præmis 358-361, og som er anfægtet i forbindelse med det foreliggende appelanbringendes første led, hvorefter den omtvistede afgørelse ikke indeholdt en analyse af »en forringelse af de tilbudte tjenester eller af kvaliteten af den fusionerede enheds eget net«.

- 282 På denne baggrund kan den omstændighed, at Kommissionen ikke direkte har bestridt Rettens bedømmelse, ikke gøre det sjette anbringende uvirksomt, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 181 i forslaget til afgørelse, idet Rettens betragtninger i den appellerede doms præmis 358-361 er grundlaget for vurderingen af den påtænkte fusions virkninger på BT/EE og Vodafone i denne doms præmis 362-397.
- 283 Følgelig skal CK Telecoms' argumentation om, at det sjette anbringende er uvirksomt, forkastes, og det skal dermed undersøges, om dette anbringende er velbegrundet.

*Det første led*

*– Parternes argumentation*

- 284 Med det sjette anbringendes første led har Kommissionen gjort gældende, at Retten gengav den omtvistede afgørelse urigtigt og med urette konkluderede, at den anden skadeteori skulle forkastes, idet den i den appellerede doms præmis 358-361 fastslog, at Kommissionen ikke havde vurderet en mulig forringelse af netværkskvaliteten for enheden opstået ved den påtænkte fusion.
- 285 Kommissionen har i denne henseende fremhævet, at det sandsynligvis forringede incitament for mobilnetoperatørerne, herunder enheden opstået ved den påtænkte fusion, til at investere i forbedring af netværkskvaliteten som følge af denne fusion er et grundlæggende element i analysen i den omtvistede afgørelse.
- 286 I første række fremgår det af 1293.-1297. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen undersøgte den primære tese om, at der ved den påtænkte fusion sandsynligvis var opstået et forringet incitament for enheden til at investere i forbedringen af sin netværkskvalitet i forhold til den situation, der bestod forud for fusionen.
- 287 I anden række undersøgte Kommissionen flere mulige scenarier, hovedsageligt på grundlag af de netkonsolideringsplaner, som Three havde gjort gældende. For det første fremgår det af 1558.-1562. betragtning til den omtvistede afgørelse, at Kommissionen undersøgte det forringede incitament for enheden, opstået ved den påtænkte fusion, til at investere under plan [A]. For det andet fremgår det af 1732.-1742. betragtning til denne afgørelse, at Kommissionen inden for rammerne af plan [B] undersøgte en reduktion i de samlede investeringer i nettene som følge af den øgede gennemsigtighed i hver mobilnetoperatørs investeringer, herunder investeringer foretaget af enheden opstået ved den påtænkte fusion.
- 288 I denne forbindelse har Kommissionen gjort gældende, at den vurderede risikoen for en forringelse af kvaliteten af netværk tilhørende enheden opstået ved den påtænkte fusion samt den svækkelse af det konkurrencepres, der udøves på de øvrige mobilnetoperatører, som ville følge heraf.
- 289 CK Telecoms har heroverfor anført, at Retten ikke gengav den omtvistede afgørelse urigtigt, og at den ikke så bort fra de betragtninger til denne afgørelse, hvortil Kommissionen har henvist.
- 290 Dette selskab har fremhævet, at der for at forstå Kommissionens argumenter skal tages hensyn til den anden skadeteoris struktur.

- 291 Nævnte selskab har i denne henseende anført, at den anden skadeteori omfatter to underordnede skadeteorier vedrørende netdelingsaftalerne. Den første underordnede skadeteori vedrører den eventuelle svækkelse af det konkurrencepres, som de øvrige konkurrenter (BT/EE og/eller Vodafone) udøver på enheden opstået ved den påtænkte fusion (Three), mens den anden vedrører den situation med netdeling, der følger af denne fusion, hvilket øger den samlede gennemsigtighed og reducerer investeringerne inden for sektoren for netinfrastruktur.
- 292 Kommissionen undersøgte disse to underordnede skadeteorier i lyset af de netkonsolideringsplaner, som CK Telecoms havde fremlagt.
- 293 Dette selskab har gjort gældende, at de betragtninger til den omtvistede afgørelse, hvortil Kommissionen har henvist, og som efter denne institutions opfattelse indeholdt en analyse af forringelsen af netværk tilhørende enheden opstået ved den påtænkte fusion, i denne forbindelse ikke vedrører den første underordnede skadeteori, men den anden.
- 294 Den appellerede doms præmis 358-361 indgår i Rettens analyse af den første underordnede skadeteori vedrørende en svækkelse af det konkurrencepres, som de øvrige konkurrenter, dvs. BT/EE og/eller Vodafone, udøvede på enheden opstået ved den påtænkte fusion.
- 295 Det kan derfor ikke foreholdes Retten, at den i nævnte præmisser ikke tog hensyn til de betragtninger til den omtvistede afgørelse, hvortil Kommissionen har henvist, og herved gengav denne afgørelse urigtigt.
- 296 På denne baggrund har CK Telecoms præciseret, at Retten ikke undersøgte og forkastede den anden underordnede skadeteori i den appellerede doms præmis 358-361, men i denne doms præmis 398-418, og at den i nævnte doms præmis 400-403 netop tog hensyn til de betragtninger til den omtvistede afgørelse, hvortil Kommissionen har henvist.

– *Domstolens bemærkninger*

- 297 Med det sjette anbringendes første led har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten gengav den omtvistede afgørelse urigtigt og med urette konkluderede, at den anden skadeteori skulle forkastes, idet den i den appellerede doms præmis 358-361 fastslog, at Kommissionen ikke havde vurderet en mulig forringelse af kvaliteten af netværk tilhørende enheden opstået ved den påtænkte fusion.
- 298 Det skal indledningsvis bemærkes, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 292, at Three under den administrative procedure fremlagde to netkonsolideringsplaner, nemlig »plan [A]« og »plan [B]«. Disse planer var støttet på de to netdelingsaftaler, der er omtalt i nærværende doms præmis 18, nemlig for det første MBNL-aftalen, som var indgået mellem BT/EE og Three, og for det andet Beacon-aftalen indgået mellem Vodafone og O2. Ved disse aftaler havde disse operatører konsolideret deres respektive netværk med henblik på at kunne dele omkostningerne til udbygning og fortsat konkurrere på detailmarkedet. Ifølge disse planer skulle enheden opstået ved den påtænkte fusion ikke bevare to separate netværk på lang sigt, men der skulle etableres ét konsolideret netværk.
- 299 I den appellerede doms præmis 295 præciserede Retten, at Kommissionen som led i den anden skadeteori om netdelingsaftalerne udviklede to underordnede teorier.

- 300 Det fremgår af den appellerede doms præmis 298, at den første underordnede skadeteori i det væsentlige består i, at det antages, at der efter den påtænkte fusion vil være en svækkelse af det konkurrencepres, som de øvrige konkurrenter (BT/EE og/eller Vodafone) udøver på den fusionerede enhed (Three).
- 301 Med hensyn til den anden underordnede skadeteori fremgår det af nævnte doms præmis 299, at denne underordnede teori i det væsentlige består i, at det antages, at den netdelingssituation, der ville følge af den påtænkte fusion, ville føre til færre investeringer inden for sektoren for netinfrastruktur. I 1233. betragtning til den omtvistede afgørelse anførte Kommissionen nemlig, at fusionen kunne føre til en nedsættelse af synergier, der ville påvirke parterne i netdelingsaftalerne og give den fusionerede enhed mulighed for en opportunistisk investeringsadfærd, hvilket ville reducere investeringerne i sektoren og dermed den grad af effektiv konkurrence, som ville have foreligget uden nævnte fusion.
- 302 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det var i lyset af disse to underordnede teorier, at Kommissionen i 1244.-1784. betragtning til den omtvistede afgørelse undersøgte netkonsolideringsplanerne, efter at den i 1235.-1243. betragtning til denne afgørelse havde fremhævet betydningen af at tilpasse interesserne for parterne i en netdelingsaftale.
- 303 I 1293.-1297. betragtning til nævnte afgørelse undersøgte Kommissionen dernæst den primære tese om et sandsynligvis forringet incitament for enheden, opstået ved den påtænkte fusion, til at investere i forbedringen af sin netværkskvalitet i forhold til situationen forud for fusionen.
- 304 Der er gjort rede for den potentielle udvikling på markedet efter den påtænkte fusion i 1368.-1784. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvoraf 1391.-1567. betragtning omhandler virkningerne af plan [A], og 1598.-1749. betragtning omhandler virkningerne af plan [B]. Kommissionen undersøgte således virkningerne af disse planer, indledningsvis for BT/EE og bl.a. MBNL-nettet, dernæst for Vodafone og bl.a. Beacon-nettet og endelig for de samlede investeringer i de pågældende net.
- 305 Endvidere fremhævede Kommissionen i forbindelse med sin analyse af nævnte planers indvirkning på de samlede investeringer i de mobilnettenes navnlig i 1556.-1562. og 1732.-1742. betragtning til den omtvistede afgørelse, at den øgede gennemsigthed af investeringerne mellem mobilnetoperatørerne kunne svække deres incitament til at investere i nettene og dermed få en betydelig negativ indvirkning på investeringerne i disse net inden for sektoren.
- 306 For det første konstaterede Kommissionen i 1559.-1561. og 1734. betragtning til den omtvistede afgørelse navnlig i det væsentlige, at enheden opstået ved den påtænkte fusion på grund af denne øgede gennemsigthed kunne være bekendt med investeringer foretaget af BT/EE i en teknologi til fordel for MBNL-nettet og således beslutte selv at indføre en sådan teknologi til fordel for Beacon-nettet [*fortroligt*]. Ifølge den omtvistede afgørelse kunne Vodafone få kendskab til det forhold, at enheden opstået ved den påtænkte fusion ville indføre denne teknologi, og derfor have incitament til at undlade at foretage sådanne teknologiske investeringer, indtil denne enhed gjorde det.
- 307 For det andet vurderede Kommissionen i 1735. og 1736. betragtning til denne afgørelse, at enheden opstået ved den påtænkte fusion i kraft af plan [B] kunne få kendskab til de investeringer, som BT/EE eller Vodafone havde planer om, og få incitament til at foretage lignende investeringer både i den østlige og vestlige del af Det Forenede Kongerige [*fortroligt*]. I 1737. betragtning til nævnte afgørelse lagde Kommissionen til grund, at den øgede

gennemsigtighed ville indebære en risiko for, at BT/EE og Vodafone ville afvente, at enheden opstået ved den påtænkte fusion foretog sådanne investeringer i udviklingen af vigtig ny teknologi, før de selv gjorde det.

- 308 Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 189 i forslaget til afgørelse, skal det i denne forbindelse fastslås, at Kommissionen analyserede den mulige forringelse af kvaliteten af såvel MBNL-nettet som Beacon-nettet. Ved gennemførelsen af denne analyse tog Kommissionen udgangspunkt i den forudsætning, der er anført i 1275. betragtning til den omtvistede afgørelse, ifølge hvilken et andet middel til at svække konkurrencepresset fra en part i en netdelingsaftale består i at forringe netværkskvaliteten ved at hindre eller forsinke en anden aftaleparts investeringer i nettet. Det følger heraf, at Kommissionen fra begyndelsen var af den opfattelse, at svækkelsen i konkurrencepresset bl.a. kunne bestå i, at enheden opstået ved den påtænkte fusion forringede kvaliteten af sit eget net.
- 309 På denne baggrund skal det fastslås, at det fremgår af den omtvistede afgørelse, at Kommissionen havde vurderet en mulig forringelse af netværkskvaliteten for enheden opstået ved den påtænkte fusion.
- 310 Ved i den appellerede doms præmis 358-361 at fastslå, at Kommissionen ikke havde foretaget en sådan vurdering, gengav Retten således denne afgørelse urigtigt.
- 311 Som generaladvokaten har anført i punkt 191 i forslaget til afgørelse, kan denne konstatering ikke drages i tvivl af CK Telecoms' argument om, at Kommissionen i lyset af den omtvistede afgørelses struktur vurderede virkningerne af henholdsvis plan [A] og [B] for de samlede investeringer i de respektive net under to særskilte overskrifter.
- 312 Eftersom Kommissionens vurderinger af virkningerne af plan [A] og plan [B] for de samlede investeringer i de respektive net blev gennemført i to afsnit i denne afgørelse med henholdsvis overskriften »Virkningerne af plan [A] for de samlede investeringer i nettene« og »Virkningerne af plan [B] for de samlede investeringer i nettene«, kan de ganske vist forekomme snævert forbundet med den anden underordnede skadeteori. Af den appellerede doms præmis 358-361, som Kommissionen har anfægtet, fremgår endvidere Rettens generelle betragtninger om den første underordnede skadeteori, ifølge hvilken der kunne iagttages en svækkelse af det konkurrencepres, som enheden opstået ved den påtænkte fusion udøvede på konkurrenterne. I sin analyse af virkningerne af de to netkonsolideringsplaner for BT/EE og Vodafone samt af de samlede investeringer i disse net foretog Kommissionen imidlertid ikke en sontring på grundlag af den fremsatte underordnede skadeteori, men foretog tværtimod krydshenvisninger til de forskellige relevante dele af den omtvistede afgørelse.
- 313 Henset til ovenstående betragtninger skal det sjette anbringendes første led tages til følge.

#### *Det andet led*

##### *– Parternes argumentation*

- 314 Med det sjette anbringendes andet led har Kommissionen under påberåbelse af en begrundelsesmangel i det væsentlige gjort gældende, at Retten med henblik på i den appellerede doms præmis 417 at tiltræde CK Telecoms' tredje anbringendes sjette led i første instans af egen



drift undersøgte et spørgsmål, som dette selskab ikke havde rejst, og at ræsonnementet i nævnte doms præmis 408-416 følgelig ikke svarer til CK Telecoms' klagepunkter fremsat inden for rammerne af dette led.

- 315 Kommissionen har i denne henseende anført, at CK Telecoms med det tredje anbringendes sjette led i første instans i det væsentlige havde gjort gældende, at Kommissionen, for det første, havde begået en retlig fejl ved at kvalificere den eventuelle reduktion af de samlede investeringer som følge af en øget gennemsligtighed i investeringerne mellem mobilnetoperatørerne som ikke-koordinerede virkninger, og, for det andet, at Kommissionen ikke havde taget fuldt ud hensyn til de af CK Telecoms afgivne tilsagn.
- 316 Kommissionen har anført, at de grunde, der er anført i den appellerede doms præmis 398-416, ikke gør det muligt at forstå årsagen til, at Retten i denne doms præmis 417 fastslog, at Kommissionen havde begået en retlig fejl ved at kvalificere den eventuelle reduktion af de samlede investeringer som følge af en øget gennemsligtighed i investeringerne mellem mobilnetoperatørerne som ikke-koordinerede virkninger.
- 317 Kommissionen har præciseret, at Retten i nævnte doms præmis 408-416 af egen drift behandlede et spørgsmål, som CK Telecoms ikke havde rejst i første instans, med hensyn til, om Kommissionen i den omtvistede afgørelse havde undladt at angive en passende tidsmæssig ramme, for hvilken den ville godtgøre en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 318 På denne baggrund har Kommissionen gjort gældende, at Rettens ræsonnement i den appellerede doms præmis 404-416 ikke svarer til den konstatering, som den nåede til denne doms præmis 417. Denne dom indeholder således ikke noget ræsonnement vedrørende spørgsmålet, om Kommissionen med urette kvalificerede den eventuelle reduktion af de samlede investeringer som følge af en øget gennemsligtighed i investeringerne mellem mobilnetoperatørerne som ikke-koordinerede virkninger, og om denne institution anlagde åbenbart urigtige skøn i sin analyse af fusionens indvirkning på investeringerne inden for denne sektor.
- 319 CK Telecoms har heroverfor anført, at Retten klart og udtømmende angav begrundelsen for, at den forkastede den anden underordnede skadeteori, hvorved de interesserede fik mulighed for at få kendskab til grundene til Rettens afgørelse, og Domstolen kan udøve sin prøvelsesret.
- 320 For det første har CK Telecoms i denne forbindelse gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 408 fastslog, at Kommissionen ikke havde præciseret den periode, hvor den fandt, at der ville kunne opstå en betydelig hindring for effektiv konkurrence. For at nå til denne konstatering fastslog Retten i denne doms præmis 415, at analysen af virkningerne af en fusion på et oligopolistisk marked i telekommunikationssektoren, som nødvendiggør langsigtede investeringer, og hvor forbrugerne ofte er bundet af flerårige kontrakter, er en fremadrettet, dynamisk analyse, som nødvendiggør en hensyntagen til de eventuelle koordinerede eller ensidige virkninger over et relativt langt tidsrum i fremtiden.
- 321 For det andet fastslog Retten, at Kommissionen i den omtvistede afgørelse heller ikke havde præciseret, hvilket af de mange påtænkte scenarier med netkonsolidering der var det mest sandsynlige.

322 I den appellerede doms præmis 410-413 fastslog Retten i denne henseende, at uanset hvilken netkonsolideringsplan parterne i den påtænkte fusion endelig måtte vælge, ville den fusionerede enhed ikke bevare to separate net på lang sigt. Denne enhed ville på lang sigt således koncentrere sig om den ene af de to netdelingsaftaler.

323 På denne baggrund fastslog Retten med føje, at den anden underordnede skadeteori skulle forkastes, eftersom den var støttet på en tese om en langsigtet eksistens af to separate net, hvilket var i strid med de af Retten fastlagte faktiske omstændigheder.

– *Domstolens bemærkninger*

324 Det følger af de regler, der regulerer rettergangsmåden ved Unionens retsinstanser, navnlig af artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol samt artikel 76 og artikel 84, stk. 1, i Rettens procesreglement, at tvisten i princippet fastlægges og afgrænses af parterne, og at Unionens retsinstanser ikke kan træffe afgørelse ultra petita (jf. i denne retning dom af 10.12.2013, Kommissionen mod Irland m.fl., C-272/12 P, EU:C:2013:812, præmis 27).

325 Selv om visse anbringender kan eller endog skal påkendes af egen drift, såsom en manglende eller utilstrækkelig begrundelse af den omhandlede afgørelse, der henhører under væsentlige formforskrifter, kan et anbringende, der vedrører lovligheden af nævnte afgørelses indhold, og som er et anbringende om, at der er sket en overtrædelse af traktaterne eller af retsregler vedrørende deres gennemførelse som omhandlet i artikel 263 TEUF, derimod kun tages under påkendelse af Unionens retsinstanser, såfremt den pågældende sagsøger har fremsat det (dom af 10.12.2013, Kommissionen mod Irland m.fl., C-272/12 P, EU:C:2013:812, præmis 28).

326 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at CK Telecoms med det tredje anbringendes sjette led i første instans i det væsentlige havde gjort gældende, at Kommissionen, for det første, havde begået en retlig fejl ved at kvalificere den eventuelle reduktion af de samlede investeringer som følge af en øget gennemsigtighed i investeringerne mellem mobilnetoperatørerne som ikke-koordinerede virkninger, og, for det andet, at Kommissionen ikke havde taget fuldt ud hensyn til de af CK Telecoms afgivne tilsagn.

327 I den appellerede doms præmis 398-401 omtalte Retten i det væsentlige det tredje anbringendes sjette led og Kommissionens argumentation. I denne doms præmis 402-407 undersøgte Retten betragtningerne til den omtvistede afgørelse vedrørende den eventuelle reduktion af de samlede investeringer i nettene på grund af den øgede gennemsigtighed i investeringerne mellem mobilnetoperatørerne, som ville følge af den påtænkte fusion.

328 I stedet for at undersøge, om Kommissionen med urette kvalificerede denne reduktion i investeringerne som ikke-koordinerede virkninger, og om den havde taget fuldt ud hensyn til de af CK Telecoms afgivne tilsagn, fastslog Retten i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 408, at den i denne sag var stillet over for en »særlig vanskelighed« vedrørende den domstolsprøvelse, som den skulle foretage af den omtvistede afgørelse, idet Kommissionen ikke havde fastsat den passende tidsmæssige ramme, for hvilken den ville påvise en betydelig hindring for effektiv konkurrence.

329 I den appellerede doms præmis 410 fastslog Retten i det væsentlige, at Kommissionen i den omtvistede afgørelse ikke havde anset den langsigtede virkning for at være den passende tidsmæssige ramme for vurderingen af den påtænkte fusions virkninger.

- 330 I den appellerede doms præmis 415 præciserede Retten, at analysen af virkningerne af en fusion på et oligopolistisk marked i telekommunikationssektoren, som nødvendiggør langsigtede investeringer, og hvor forbrugerne ofte er bundet af flerårige kontrakter, er en fremadrettet, dynamisk analyse, som nødvendiggør en hensyntagen til de eventuelle koordinerede eller ensidige virkninger over et relativt langt tidsrum i fremtiden.
- 331 Retten konkluderede i den appellerede doms præmis 416 og 417 i det væsentlige, at henset til det forhold, at fusionsparterne ikke ville bevare to separate net på lang sigt, havde Kommissionen begået en retlig fejl ved at kvalificere den øgede gennemsligtigheds indvirkning på de samlede investeringer i nettene som ikke-koordinerede virkninger, »for så vidt som [den anden underordnede skadeteori] er støttet på en [urigtig] tese om, at der findes to separate net«.
- 332 Som generaladvokaten har anført i punkt 200 i forslaget til afgørelse, skal det fastslås, at CK Telecoms i sine processkrifter i første instans ikke foreholdt Kommissionen, at den ikke havde præciseret eller analyseret den passende tidsmæssige ramme, inden for hvilken denne institution ville påvise ikke-koordinerede virkninger og en betydelig hindring for effektiv konkurrence.
- 333 Det skal derfor fastslås, at Retten uden at undersøge de klagepunkter, som CK Telecoms havde fremsat som led i det pågældende anbringende, af egen drift rejste et klagepunkt om manglende præcisering af den tidsmæssige ramme og analyse af de langsigtede ikke-koordinerede virkninger.
- 334 Det er åbenbart, at dette klagepunkt ikke kan kvalificeres som et anbringende vedrørende grundlæggende retsprincipper som omhandlet i Domstolens praksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 325.
- 335 Eftersom Retten med henblik på i den appellerede doms præmis 417 at tiltræde CK Telecoms' tredje anbringendes sjette led i første instans i denne doms præmis 408-416 af egen drift rejste et klagepunkt, som ikke kunne kvalificeres som et anbringende vedrørende grundlæggende retsprincipper, og ræsonnementet i disse præmisser følgelig ikke svarer til CK Telecoms' klagepunkter fremsat inden for rammerne af dette led, skal det således fastslås, at Retten begik en retlig fejl.
- 336 Følgelig skal det sjette anbringendes andet led tages til følge, og dermed skal det sjette anbringende tiltrædes i sin helhed.
- 337 Henset til samtlige ovenstående betragtninger og i lyset af omfanget, arten og rækkevidden af de af Retten begåede fejl, som er identificeret i nærværende dom, og som påvirker Rettens ræsonnement i sin helhed, skal den appellerede dom ophæves.

### **Om hjemvisningen af sagen til Retten**

- 338 I overensstemmelse med artikel 61 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol skal Domstolen, når den giver appellanten medhold, ophæve den af Retten truffene afgørelse. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.
- 339 I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede doms præmis 291, 397, 417, 418, 454 og 455, at eftersom Retten tiltrådte de anbringender i første instans, som er opregnet i nærværende doms præmis 41, annullerede den den omtvistede afgørelse og fastslog, at det var ufornuddent at

undersøge det første anbringendes sjette led om, at Kommissionen med urette havde fundet, at incitamentet for enheden opstået ved den påtænkte fusion til at konkurrere sandsynligvis ville være mindre end Three og O2's incitamenter før denne fusion. Retten undersøgte heller ikke det andet anbringende vedrørende Kommissionens vurdering af det kontrafaktiske scenario, som lå til grund for vurderingen af detail- og engrosmarkederne, eller det tredje anbringendes andet og syvende led om henholdsvis udviklingen i to eksisterende netdelingsaftaler i det kontrafaktiske scenario og vurderingen af tilsagnene om netdeling. Retten traf heller ikke afgørelse om det fjerde anbringendes fjerde, femte og sjette led vedrørende henholdsvis Kommissionens vurdering, hvorefter enheden opstået ved den påtænkte fusion ville have mindre incitament til at konkurrere, denne institutions vurdering om, at denne enheds konkurrenter hverken havde evnen eller de nødvendige incitamenter til at konkurrere med enheden, samt Kommissionens hensyntagen til visse udsagn fra tredjeparter. Endelig tog Retten ikke stilling til det femte anbringende i første instans, hvorved CK Telecoms anfægtede Kommissionens vurdering af visse af selskabets tilsagn.

- 340 De anbringender, som Retten ikke har undersøgt, indebærer en undersøgelse af flere faktiske og retlige spørgsmål på grundlag af oplysninger, som Retten, for det første, ikke vurderede i den appellerede dom, og som, for det andet, ikke er blevet drøftet for Domstolen. Desuden er arten og rækkevidden af de fejl, som Retten begik, og som er identificeret i nærværende dom, af en sådan karakter, at den undersøgelse af de i første instans fremsatte anbringender, som er behæftet med disse fejl, kræver, at Retten i det væsentlige foretager en ny analyse af disse anbringender, som adskiller sig betydeligt fra analysen i den appellerede dom.
- 341 I denne sammenhæng skal det fastslås, at Domstolen i den foreliggende sag ikke råder over de nødvendige oplysninger til at træffe endelig afgørelse om samtlige de i første instans fremsatte anbringender.
- 342 På denne baggrund skal sagen hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

### **Sagsomkostninger**

- 343 Da sagen hjemvises til Retten, udsættes afgørelsen om appelsagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) Dom af 28. maj 2020, CK Telecoms UK Investments mod Kommissionen (T-399/16, EU:T:2020:217), ophæves.**
- 2) Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret.**
- 3) Afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.**

Underskrifter