



Jurisprudentie

Zaak C-376/20

**Europese Commissie
tegen
CK Telecoms UK Investments Ltd**

Arrest van het Hof (Grote kamer) van 13 juli 2023

„Hogere voorziening – Mededinging – Verordening (EG) nr. 139/2004 – Controle op concentraties van ondernemingen – Mobieletelecommunicatiediensten – Besluit waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt – Oligopolistische markt – Significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging – Niet-gecoördineerde effecten – Bewijsstandaard – Beoordelingsruimte van de Commissie op economisch gebied – Grenzen van de rechterlijke toetsing – Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies – Relevante factoren voor het bewijs van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging – Begrippen ‚belangrijke concurrentiefactor’ en ‚naaste concurrenten’ – Mate waarin de fuserende partijen naaste concurrenten zijn – Kwantitatieve analyse van de effecten van de voorgenomen concentratie op de prijzen – Efficiëntieverbeteringen – Onjuiste opvatting – Door het Gerecht van de Europese Unie ambtshalve opgeworpen grief – Vernietiging”

1. *Hogere voorziening – Middelen – Falend middel – Begrip – Middel inzake een onjuiste vaststelling van de vereiste bewijsstandaard bij de analyse van niet-gecoördineerde effecten van een aangemelde concentratie*
(*Statuut van het Hof van Justitie, art. 58, eerste alinea; verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 2 en 8*)

(zie punten 63-65)

2. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Prospectieve analyse – Bewijsvereisten – Bewijsstandaard – Beoordeling van het waarschijnlijke toekomstige gedrag van de fusieonderneming en haar concurrenten – Beoordeling van de waarschijnlijkheid van de verschillende mogelijke gevolgen van de betrokken concentratie – Omvang van de bewijslast – Op de Commissie rustende last om de belemmering die de betreffende concentratie zou veroorzaken te staven met voldoende significante en overeenstemmende gegevens om te kunnen vaststellen dat het eerder waarschijnlijk dan onwaarschijnlijk is dat de geanalyseerde consequenties zich voordoen*
(*Verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 2 en 8*)

(zie punten 66-81, 86-89)

3. *Beroep tot nietigverklaring – Concentratiebesluit – Ingewikkelde economische beoordeling – Rechterlijke toetsing – Omvang en grenzen – Toetsing van de toepassing van het recht op de feiten – Toetsing van de beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging – Toetsing die beperkt is tot de controle of de feiten materieel juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling – Rechterlijke toetsing van de uitlegging door de Commissie van Unierechtelijke begrippen die bij toepassing een economische analyse vereisen – Daaronder begrepen – Toepassing op verschillende beoordelingscriteria zoals bedoeld door de richtsnoeren voor horizontale fusies*
(Art. 263 VWEU; verordening nr. 139/2004 van de Raad, overwegingen 25 en 28 en art. 2, leden 2 en 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punten 26, 28, 37 en 38)

(zie punten 82-85, 121-130)

4. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Verbod – Voorwaarden – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Beoordelingscriteria – Wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen door de mededinging op elkaar uitoefenden – Verlaging van de concurrentiedruk op de overige concurrenten – Niet-cumulatieve voorwaarden*
(Art. 3, lid 3, VEU; verordening nr. 139/2004 van de Raad, overwegingen 5, 6, 8, 24, 25 en 26 en art. 2, lid 3)

(zie punten 101-116)

5. *Hogere voorziening – Middelen – Middelen en grieven die niet tot nietigverklaring van het bestreden besluit kunnen leiden – Falende middelen – Toepassing op grieven volgens welke geschriften van de verwerende partij in eerste aanleg onjuist zijn opgevat – Beoordelingscriterium – Noodzaak dat het dictum van het arrest op de betwiste motivering berust*
(Art. 256, lid 1, tweede alinea, VWEU; Statuut van het Hof van Justitie, art. 58, eerste alinea)

(zie punten 152, 153, 211)

6. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Beoordelingscriteria – Uitschakelen van een onderneming die een „belangrijke concurrentiefactor” is – Begrip –/ Onderneming die een grotere invloed op de mededinging heeft dan haar marktaandeel doet vermoeden – Toereikend element – Bewijs dat deze onderneming bijzonder agressief concurreert op het gebied van de prijzen of de mededingingsdynamiek op de markt op significante wijze kan wijzigen – Onjuiste rechtsopvatting*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, overweging 25 en art. 2, lid 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punten 37 en 38)

(zie punten 158-168)

7. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen door de mededinging op elkaar uitoefenden – Beoordelingscriteria – Fusie van twee ondernemingen op de retailmarkt voor mobiele telefonie – Nauwe concurrentieverhouding tussen de fuserende partijen – Bewijskracht die afhangt van de mate van substitueerbaarheid van de producten van deze partijen – Bewijs van een bijzonder nauwe concurrentie tussen de fuserende partijen – Onjuiste rechtsopvatting*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, overweging 25 en art. 2, lid 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punt 28)

(zie punten 186-192)

8. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Beoordelingscriteria – Wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen door de mededinging op elkaar uitoefenden – Kwantitatieve analyse van de prijseffecten van de voorgenomen concentratie – Bewijskracht van de aanwijzingen voor een opwaartse prijsdruk – Beoordeling vanuit het oogpunt van de eerdere beslispraktijk van de Commissie*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 2, lid 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punt 25)

(zie punten 217-221)

9. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Kwantitatieve analyse van de prijseffecten van de voorgenomen concentratie – Vereiste om rekening te houden met standaard efficiëntieverbeteringen*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 2, lid 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punten 76-88)

(zie punten 236-246)

10. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Algehele beoordeling van de niet-gecoördineerde effecten – Omvang – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Geen – Onjuiste rechtsopvatting*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, art. 2; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punten 26-38)

(zie punten 258-270)

11. *Concentraties van ondernemingen – Beoordeling van de verenigbaarheid met de interne markt – Concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt – Concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt – Fusie tussen twee ondernemingen op de markt voor mobiele telefonie die respectievelijk verbonden zijn aan twee andere, concurrerende ondernemingen door overeenkomsten voor het delen van netwerken – Bewijs van het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt – Analyse van de gevolgen van de concentratie voor de concurrenten – Analyse van de dalende investering in netwerken die kan voortvloeien uit de deling van netwerken als gevolg van de voorgenomen concentratie – Inaanmerkingneming van een mogelijke kwaliteitsverslechtering van het netwerk van de fusieonderneming – Elementen van een onderzoek van de marktmacht van de fusieonderneming – Onjuiste opvatting van het litigieuze besluit door een andersluidende vaststelling*
(Verordening nr. 139/2004 van de Raad, overweging 25 en art. 2, lid 3; mededeling 2004/C 31/03 van de Commissie, punt 25)

(zie punten 297-313)

12. *Hogere voorziening – Middelen – Beroep tot nietigverklaring van een besluit van de Commissie inzake concentratiecontrole – Ambtshalve onderzoek door het Gerecht van een door de verzoekende partij niet aangevoerd middel aangaande de materiële wettigheid van het bestreden besluit – Onjuiste rechtsopvatting*
(Art. 256, eerste alinea, en art. 263 VWEU; Statuut van het Hof van Justitie, art. 21; Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, art. 76 en art. 84, lid 1)

(zie punten 324-335)

Samenvatting

Op 11 september 2015 is bij de Europese Commissie een voorgenomen concentratie aangemeld tussen twee van de vier exploitanten van mobiele telefonie die actief zijn op de retailmarkt voor mobiele telecomcommunicatiediensten in het Verenigd Koninkrijk. Met de voorgenomen concentratie zou CK Hutchison Holdings Ltd via haar indirecte dochteronderneming Hutchison 3G UK Investments Ltd, thans CK Telecoms UK Investments Ltd (hierna: „CK Telecoms”), de uitsluitende zeggenschap verkrijgen over Telefónica Europe plc (hierna: „O2”). Na de voorgenomen concentratie zouden Hutchison 3G UK Ltd (hierna: „Three”), een indirecte dochteronderneming van CK Hutchison Holdings, en O2 de grootste speler op deze markt worden vóór de twee andere exploitanten, te weten EE Ltd, een dochteronderneming van BT Group plc (hierna: „BT/EE”) en exploitant van het eerste uur, en Vodafone.

Bij besluit van 11 mei 2016¹ heeft de Commissie de concentratie op grond van de concentratieverordening² en haar richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies³ onverenigbaar verklaard met de interne markt. De Commissie heeft drie „schadetheorieën” ontwikkeld. Zij was namelijk van mening dat de concentratie tot aanzienlijke belemmeringen van de daadwerkelijke mededinging zou leiden door niet-gecoördineerde effecten als gevolg van, ten eerste, de uitschakeling van aanzienlijke concurrentiedruk op de retailmarkt (eerste „schadetheorie”), hetgeen waarschijnlijk tot hogere prijzen voor mobiele telefoniediensten en een beperktere keuze voor de consument zou leiden. Ten tweede werd de betrokken markt hierdoor gekenmerkt dat BT/EE en Three respectievelijk Vodafone en O2 overeenkomsten voor het delen van netwerken hadden gesloten, en zou de concentratie dus nadelige gevolgen hebben voor de kwaliteit van het dienstenaanbod voor de consumenten omdat zij de ontwikkeling van de mobiele netwerkinfrastructuur in het Verenigd Koninkrijk zou belemmeren (tweede „schadetheorie”). Ten derde dreigde de concentratie significante niet-gecoördineerde effecten op de wholesalemarkt te hebben (derde „schadetheorie”).

CK Telecoms heeft bij het Gerecht beroep ingesteld tot nietigverklaring van het litigieuze besluit, zodat het Gerecht zich voor het eerst moest uitspreken over de voorwaarden voor de toepassing van de concentratieverordening op een concentratie op een oligopolistische markt die geen individuele of collectieve machtspositie in het leven roept of versterkt, maar die tot niet-gecoördineerde effecten kan leiden.

Bij arrest van 28 mei 2020⁴ heeft het Gerecht het litigieuze besluit nietig verklaard, in wezen op grond van de overweging dat de Commissie niet had aangetoond dat de aangemelde concentratie niet-gecoördineerde effecten zou teweegbrengen die een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging konden opleveren, noch op de retailmarkt volgens de eerste en de tweede schadetheorie, noch op de wholesalemarkt volgens de derde schadetheorie.

De Commissie heeft tegen dit arrest hogere voorziening ingesteld.

In zijn arrest verklaart het Hof (Grote kamer) het merendeel van de grieven die de Commissie met de zes middelen van haar hogere voorziening aanvoert gegrond, en vernietigt het bijgevolg het bestreden arrest in zijn geheel. Bij deze gelegenheid verduidelijkt het Hof met name (i) de bewijsstandaard die van de Commissie wordt verlangd om vast te stellen of er eventueel sprake is van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging, (ii) de uitlegging van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening, (iii) de omvang van de rechterlijke toetsing, (iv) de uitlegging van de begrippen „belangrijke concurrentiefactor” en „naaste concurrenten”, (v) de efficiëntieverbeteringen waarmee de Commissie rekening kan houden, en (vi) de algehele beoordeling van de relevante factoren die van invloed kunnen zijn op de waarschijnlijkheid dat een concentratie leidt tot significante niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt.

¹ Besluit van de Commissie van 11 mei 2016 waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de interne markt (zaak M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), bekendgemaakt onder nummer C(2016) 2796, in de niet-vertrouwelijke Engelstalige versie beschikbaar op: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7612_6555_3.pdf, en samengevat gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2016, C 357, blz. 15) (hierna: „litigieus besluit”).

² Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, L 24, blz. 1).

³ Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2004, C 31, blz. 5) (hierna: „richtsnoeren”).

⁴ Arrest van 28 mei 2020, CK Telecoms UK Investments/Commissie (T-399/16, EU:T:2020:217; hierna: „bestreden arrest”).

Beoordeling door het Hof

In de eerste plaats onderzoekt het Hof het middel waarmee in beginsel wordt opgekomen tegen de vaststelling door het Gerecht van de bewijsstandaard die van de Commissie in het kader van de prospectieve analyse van de gevolgen van de betrokken concentratie wordt verlangd om aan te tonen dat er sprake is van significante belemmeringen van de daadwerkelijke mededinging die kunnen rechtvaardigen dat de concentratie onverenigbaar wordt verklaard.

Wat de vaststelling van de vereiste bewijsstandaard betreft, merkt het Hof om te beginnen op dat de bepalingen van de concentratieverordening die de bevoegdheden van de Commissie op het gebied van concentratiecontrole afbakenen⁵, symmetrisch zijn wat betreft de bewijsvereisten waaraan de Commissie moet voldoen om aan te tonen dat een aangemelde concentratie de daadwerkelijke mededinging al dan niet op significante wijze zou belemmeren en dus onverenigbaar of verenigbaar met de interne markt moet worden verklaard. In dit verband wijst het Hof erop dat de aldus vereiste analyse niet kan worden gebaseerd op een algemeen vermoeden van verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de interne markt. Bovendien hangt de vereiste bewijsstandaard niet af van het soort concentratie dat de Commissie onderzoekt of van de complexiteit die kenmerkend is voor een situatie waarin wordt gesteld dat een aangemelde concentratie de mededinging belemmert. In die omstandigheden is het Hof in het licht van het feit dat de vereiste economische analyse prospectief van aard is, van oordeel dat de Commissie, om een besluit te nemen over een concentratie, ermee kan volstaan om aan de hand van voldoende significante en onderling overeenstemmende gegevens aan te tonen dat het eerder waarschijnlijk dan onwaarschijnlijk is dat de betrokken concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan al dan niet op significante wijze zou belemmeren. Door in het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie met een „ernstige waarschijnlijkheid” moet aantonen „dat de concentratie significante belemmeringen [van de daadwerkelijke mededinging] tot gevolg zal hebben” en dat „[i]n casu [...] dus striktere bewijsvereisten [gelden] dan wanneer [...] moet worden bewezen dat een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging [...] ,waarschijnlijker dan onwaarschijnlijk’ is”, heeft het Gerecht bijgevolg een bewijsvereiste toegepast dat niet voortvloeit uit de concentratieverordening, zoals uitgelegd door het Hof, en aldus blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

In de tweede plaats is het Hof van oordeel dat het Gerecht artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening, gelezen in het licht van overweging 25, onjuist heeft uitgelegd met betrekking tot de voorwaarden voor de vaststelling van een eventuele significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging als gevolg van een concentratie met niet-gecoördineerde effecten op een oligopolistische markt. Het Gerecht heeft geoordeeld dat deze overweging twee cumulatieve voorwaarden bevat waaraan moet zijn voldaan opdat dergelijke effecten in bepaalde omstandigheden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging kunnen leiden, te weten het wegvallen van aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen van tevoren door de mededinging op elkaar uitoefenden, en een verlaging van de concurrentiedruk voor de overige concurrenten. Volgens het Gerecht moest de Commissie dus aantonen dat in de betreffende zaak aan deze twee voorwaarden was voldaan. Aangezien de uitlegging dat die voorwaarden cumulatief zijn impliceert dat het wegvallen van de aanzienlijke remmingen die de fuserende partijen door de mededinging op elkaar uitoefenden en de eenzijdige verhoging van de prijzen die daaruit zou kunnen voortvloeien, op zich nooit zouden volstaan om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging aan te tonen, is deze uitlegging onverenigbaar

⁵ Zie in casu artikel 2, leden 2 en 3, en artikel 8, leden 1 en 3, van de concentratieverordening.

met de doelstelling van de concentratieverordening om een controle in te stellen op elke concentratie die een dergelijke belemmering kan veroorzaken, met inbegrip van concentraties die tot niet-gecoördineerde effecten leiden.

Aan de hand van de bovenstaande beginseluitspraken onderzoekt het Hof in de derde plaats het middel waarmee de Commissie het Gerecht in wezen verwijt (i) de grenzen van zijn rechterlijke toetsing te hebben overschreden door de begrippen „belangrijke concurrentiefactor” en „naaste concurrenten” uit te leggen, (ii) het litigieuze besluit en haar verweerschrift onjuist te hebben opgevat en (iii) de begrippen „belangrijke concurrentiefactor” en „naaste concurrenten” zoals die in de richtsnoeren zijn vervat onjuist te hebben uitgelegd.

In dit verband benadrukt het Hof om te beginnen dat het Gerecht niet kan worden verweten dat het bij de uitlegging van deze begrippen de grenzen van zijn rechterlijke toetsing heeft overschreden. Hoewel die begrippen voor hun toepassing een economische analyse behoeven, blijft de Unierechter namelijk bevoegd om deze uit te leggen in de uitoefening van zijn toezicht op de besluiten die de Commissie op het gebied van concentratiecontrole heeft genomen.

Uit het onderzoek door het Hof van de bekritiseerde overwegingen blijkt evenwel dat de tekortkomingen die het Gerecht in verband met de toepassing van die begrippen heeft vastgesteld, voortvloeien uit een onjuiste opvatting van het litigieuze besluit en uit een onjuiste uitlegging van de begrippen „belangrijke concurrentiefactor” en „naaste concurrenten”.

Ten eerste blijkt uit dit besluit niet dat de Commissie van mening was dat de uitschakeling van een „belangrijke concurrentiefactor” of de mate van concurrentie in deze zaak op zich voldoende was om een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging te bewijzen. Door het tegendeel te oordelen, heeft het Gerecht het litigieuze besluit dus onjuist opgevat. Ten tweede stelt het Hof vast dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie, om een onderneming als „belangrijke concurrentiefactor” te kunnen aanmerken, in het bijzonder moest aantonen dat de betrokken onderneming bijzonder agressief concurreerde op het gebied van de prijzen en de andere marktspelers ertoe dwong haar prijzen te volgen, terwijl het voldoende is dat zij aantoont dat die onderneming een grotere invloed heeft op het mededingingsproces dan haar marktaandeel of soortgelijke graadmeters zouden doen vermoeden, zoals wordt bevestigd door punt 37 van de richtsnoeren. Het Gerecht heeft in deze zaak dus ten onrechte vastgesteld dat de Commissie niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat Three onder dat begrip viel. Verder is het Hof van oordeel dat het Gerecht voor de toepassing van het begrip „naaste concurrenten” evenmin van de Commissie mocht verlangen dat zij aantoonde dat de fuserende partijen „bijzonder nauwe concurrenten” waren om hen als „naaste concurrenten” te kunnen aanmerken.

Wat in de vierde plaats de kwantitatieve analyse van de gevolgen van de voorgenomen concentratie voor de prijzen betreft, die naar het oordeel van het Gerecht eveneens onvoldoende was onderbouwd, blijkt uit het onderzoek van de relevante punten van het bestreden arrest dat geen van de elementen die door het Gerecht in aanmerking zijn genomen dat betwiste oordeel ondersteunt.

Ten eerste heeft het Gerecht, door de raming van de prijsverhoging die in deze zaak werd verwacht – welke raming als onbetwist werd voorgesteld – te vergelijken met hogere waarden die in andere zaken waren vastgesteld, en vervolgens te constateren dat de Commissie die waarden niet als „significant” had beschouwd, de stukken van de Commissie in eerste aanleg onjuist opgevat waaruit blijkt dat partijen het oneens waren over de te hanteren raming, en deze zaak ten onrechte vergeleken met die andere door de Commissie onderzochte concentratiezaken.

Ten tweede heeft het Gerecht eveneens ten onrechte geoordeeld dat de Commissie in haar kwantitatieve analyse zogenoemde „standaard” efficiëntieverbeteringen moest opnemen, die volgens deze rechterlijke instantie inherent zijn aan iedere fusie. Het Hof is namelijk van oordeel dat het uitsluitend aan de fuserende partijen staat om dergelijke positieve gevolgen voor de mededinging aan te tonen, waarvoor bovendien geen vermoeden kan gelden.

In de vijfde plaats onderzoekt het Hof het middel waarmee de Commissie het Gerecht verwijt dat het niet heeft onderzocht of op basis van alle relevante factoren kon worden aangenomen dat zij in deze zaak had aangetoond dat de concentratie tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou leiden, en dat het Gerecht zijn onderzoek dus ten onrechte heeft beperkt tot bepaalde factoren ter onderbouwing van de eerste schadetheorie en tot de vraag of deze factoren, afzonderlijk beschouwd, volstonden om een dergelijke belemmering aan te tonen. Het Hof aanvaardt dit middel en stelt vast dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het, na te hebben onderzocht of de factoren en vaststellingen die in eerste aanleg door CK Telecoms werden betwist, gegrond waren en gelet op het resultaat van dat onderzoek, geen algehele beoordeling van de relevante factoren en vaststellingen heeft verricht om na te gaan of de Commissie het bestaan van een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging had aangetoond.

In de zesde plaats onderzoekt het Hof de in hogere voorziening betwiste motivering op basis waarvan het Gerecht de analyse van de Commissie in het kader van de tweede schadetheorie heeft afgewezen. In dit verband is het Hof ten eerste van oordeel dat de vaststelling van het Gerecht dat de Commissie geen beoordeling heeft verricht van een mogelijke verslechtering van de kwaliteit van het netwerk van de fusieonderneming, voortvloeide uit een onjuiste opvatting van het litigieuze besluit. Ten tweede wijst het Hof erop dat CK Telecoms de Commissie voor het Gerecht niet heeft verweten te hebben nagelaten het passende tijdsbestek te preciseren of te analyseren waarbinnen zij het bestaan van niet-gecoördineerde effecten en een significante belemmering voor de daadwerkelijke mededinging wilde vaststellen. Niettemin heeft het Gerecht deze problematiek op eigen initiatief geanalyseerd en daarmee ten onrechte ambtshalve een grief opgeworpen die niet als een middel van openbare orde kan worden aangemerkt.

Gelet op de omvang, de aard en de draagwijdte van de fouten van het Gerecht, die zijn redenering in het bestreden arrest in haar geheel aantasten, oordeelt het Hof dat dit arrest moet worden vernietigd. Aangezien het Gerecht zijn arrest heeft gewezen zonder alle aangevoerde middelen te onderzoeken en omdat de aard en de draagwijdte van de door het Hof vastgestelde fouten in wezen een nieuwe analyse vereisen, is het Hof van oordeel dat de zaak niet in staat van wijzen is en verwijst het deze dus terug naar het Gerecht.