



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 20 października 2022 r.¹

Sprawa C-376/20 P

**Komisja Europejska
przeciwko**

CK Telecoms UK Investments Ltd

Odwołanie – Konkurencja – Koncentracje – Działalność w zakresie telekomunikacji bezprzewodowej – Detaliczny rynek usług telefonii ruchomej – Hurtowy rynek dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach ruchomych – Nabycie Telefoniki Europe przez Hutchison – Decyzja uznająca koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym i funkcjonowaniem porozumienia EOG – Rynek oligopolistyczny – Znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji – Nieskoordynowane skutki – Ciężar dowodu – Wymogi dowodowe – Zakres swobodnego uznania Komisji w dziedzinie ekonomicznej – Granice kontroli sądowej – Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych – Pojęcie „ważnej siły konkurencyjnej” – Pojęcie „bliskich konkurentów” – Analiza ilościowa dotycząca presji na wzrost cen – Wzrost efektywności – Umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci – Przeinaczenie – Obowiązek uzasadnienia

Spis treści

I.	Wprowadzenie	3
II.	Okoliczności powstania sporu	4
	A. Stan faktyczny	4
	B. Sporna decyzja	6
	C. Zaskarżony wyrok	7
III.	Postępowanie przed Trybunałem i żądania stron	8
IV.	Ocena	9

¹ Język oryginału: francuski.

A.	Uwagi wstępne	9
B.	W przedmiocie zarzutu pierwszego odwołania, opartego na naruszeniu prawa przez Sąd przez zastosowanie bardziej rygorystycznego wymogu dowodowego niż wymóg ustanowiony w orzecznictwie	10
C.	W przedmiocie zarzutu drugiego odwołania, opartego na błędnej wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004	15
1.	W przedmiocie pierwszej części zarzutu drugiego, dotyczącej naruszenia prawa ze względu na to, że Sąd utożsamił przesłanki służące ustaleniu możliwości wywołania przez rozpatrywaną koncentrację nieskoordynowanych skutków z przesłankami pozwalającymi na stwierdzenie istnienia pozycji dominującej	15
2.	W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego odwołania, dotyczącej wykładni zawężającej art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004	15
D.	W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia prawa przez fakt, że Sąd, w szczególności, przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”, a także przeinaczenia zarówno spornej decyzji, jak i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji	18
1.	W przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego odwołania, dotyczącej naruszenia prawa przez fakt, że Sąd przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”	18
2.	W przedmiocie części drugiej zarzutu trzeciego odwołania, dotyczącej błędnej wykładni pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i przeinaczenia zarówno spornej decyzji, jak i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji	20
a)	W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego	20
b)	W przedmiocie zastrzeżenia drugiego	22
3.	W przedmiocie części trzeciej zarzutu trzeciego odwołania, opartej na błędnej wykładni pojęcia „bliskich konkurentów” i przeinaczeniu spornej decyzji	23
a)	W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego	24
b)	W przedmiocie zastrzeżenia drugiego	26
4.	W przedmiocie czwartej części trzeciego zarzutu odwołania, dotyczącej naruszenia obowiązku uzasadnienia odnośnie do ewentualnej niezgodności wytycznych z rozporządzeniem na 139/2004	27
E.	W przedmiocie zarzutu czwartego odwołania, opartego na przeinaczeniu argumentacji Komisji dotyczącej jej analizy ilościowej i naruszeń prawa	27
1.	W przedmiocie skuteczności zarzutu czwartego odwołania	27
2.	W przedmiocie pierwszej części czwartego zarzutu odwołania, opartej na przeinaczeniu argumentacji Komisji dotyczącej wzrostu cen mogącego wynikać z rozpatrywanej koncentracji oraz na naruszeniu prawa przez Sąd w ocenie analizy ilościowej	28

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu czwartego odwołania, opartej na naruszeniu prawa przez Sąd przez zażądanie od Komisji uwzględnienia w analizie UPP „typowego” wzrostu efektywności	29
F. W przedmiocie zarzutu piątego odwołania, dotyczącego naruszenia prawa polegającego na tym, że Sąd nie ocenił całości istotnych czynników i dowodów	31
G. W przedmiocie zarzutu szóstego odwołania opartego na przeinaczeniu spornej decyzji i naruszeniu obowiązku uzasadnienia	35
1. W przedmiocie skuteczności zarzutu szóstego odwołania	35
2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu szóstego odwołania, opartej na przeinaczeniu spornej decyzji	36
3. W przedmiocie części drugiej zarzutu szóstego odwołania, opartej na naruszeniu obowiązku uzasadnienia	38
V. W przedmiocie przekazania sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania	40
VI. Wnioski	41

I. Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa daje Trybunałowi kolejną sposobność – po sprawach Komisja/Tetra Laval² oraz Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala³ – wyjaśnienia zasadniczych kwestii dotyczących wymogów w zakresie postępowania dowodowego oraz ciężaru i standardu dowodu, których Komisja jest zobowiązana przestrzegać w dziedzinie kontroli koncentracji, jak również zakresu kontroli, jaką sądy Unii mają sprawować w tym względzie.

2. Dokładniej rzecz ujmując, w sprawach tych Trybunał wypowiedział się w przedmiocie owych wymogów w kontekście koncentracji prowadzących do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej jednostki powstałej w wyniku połączenia, odpowiednio, w formie „konglomeratu” lub w formie „zbiorowej”. Natomiast niniejsza sprawa jest pierwszą sprawą dotyczącą koncentracji na rynku oligopolistycznym, która zdaniem Komisji powoduje powstanie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw)⁴, ze względu na tak zwane „nieskoordynowane” lub „jednostronne” skutki horyzontalne, to znaczy w sytuacji braku pozycji dominującej jednostki powstałej w wyniku połączenia. Z powyższego wynika, że niniejsza sprawa jest również pierwszą, w której Trybunał ma okazję wyjaśnić zakres pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, gdy wynika ona z tego rodzaju nieskoordynowanych lub jednostronnych skutków. Pojęcie to znajduje się bowiem w centrum reformy przeprowadzonej poprzez przyjęcie rozporządzenia nr 139/2004, o czym świadczą w szczególności jego motywy 25 i 26, a także

² Wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87).

³ Wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392).

⁴ Dz.U. 2004, L 24, s. 1; polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 3, s. 40.

pkt 24 i nast. wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (zwanymi dalej „wytycznymi”)⁵.

3. W niniejszej sprawie Komisja wnosi w odwołaniu o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 28 maja 2020 r., CK Telecoms UK Investments/Komisja (zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem”)⁶, w którym Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji C(2016) 2796 final z dnia 11 maja 2016 r. uznającej za niezgodną z rynkiem wewnętrznym koncentrację dotyczącą nabycia Telefónica Europe Plc przez Hutchison 3G UK Investments Ltd (zwanej dalej „sporną decyzją”)⁷. Zdaniem Sądu Komisja zasadniczo naruszyła wymogi dowodowe mające zastosowanie w dziedzinie kontroli koncentracji powodujących nieskoordynowane skutki na rynku oligopolistycznym. W odwołaniu Komisja kwestionuje w istocie zarówno te wymogi, jak i zakres kontroli sprawowanej w tym względzie przez Sąd, podnosząc, że są one niezgodne z odnośnymi kryteriami wynikającymi z orzecznictwa Trybunału, w szczególności z wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala⁸.

II. Okoliczności powstania sporu

A. Stan faktyczny

4. Sąd opisał okoliczności powstania sporu w pkt 1–25 zaskarżonego wyroku, przy czym dla celów niniejszego postępowania odwoławczego można je streścić w poniższy sposób.

5. W dniu 11 września 2015 r. Komisja otrzymała, zgodnie z art. 4 rozporządzenia nr 139/2004, zgłoszenie zamiaru koncentracji, w wyniku której CK Hutchison Holdings Ltd, za pośrednictwem swojej pośredniej spółki zależnej Hutchison 3G UK Investments Ltd, później skarżącej w pierwszej instancji CK Telecoms UK Investments Ltd (zwanej dalej „CK Telecoms”), zamierzał nabyć, w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) tego rozporządzenia, wyłączną kontrolę nad spółką Telefónica Europe (zwaną dalej „O2”).

6. W okresie zaistnienia okoliczności faktycznych leżących u podstaw rozpatrywanego sporu, na detalicznym rynku usług telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie (zwanym dalej „rynkiem detalicznym”) obecnych było czterech operatorów sieci ruchomej: EE Ltd, będąca spółką zależną BT Group plc, nabytą przez tę ostatnią w 2016 r. (zwane dalej łącznie „BT/EE”), O2, Vodafone i Hutchison 3G UK Ltd (zwana dalej „Three”), pośrednia spółka zależna spółki CK Hutchison Holdings, których udziały w rynku za względu na liczbę abonentów wynosiły odpowiednio około [między 30% a 40%], [między 20% a 30%] oraz [między 10% a 20%]. Koncentracja będąca przedmiotem rozpatrywanego sporu (zwana dalej „rozpatrywaną koncentracją”) umożliwiłaby powstałemu w jej wyniku podmiotowi, obejmującemu Three i O2 (zwane dalej łącznie „łączącymi się przedsiębiorstwami”), posiadanie około [między 30% a 40%] rynku detalicznego i w ten sposób zostanie głównym uczestnikiem tego rynku, wyprzedzającym operatora zasiedziało BT/EE i Vodafone.

⁵ Dz.U. 2004, C 31, s. 5, polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 3, s. 10.

⁶ T-399/16, EU:T:2020:217.

⁷ Sprawa COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK.

⁸ C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 46 i nast.

7. Oprócz tych operatorów sieci ruchomej rynek detaliczny obejmował również wielu operatorów wirtualnych sieci ruchomych, takich jak Tesco Mobile, Virgin Mobile i TalkTalk, którzy nie byli właścicielami sieci wykorzystywanych przez siebie w celu świadczenia usług telekomunikacji ruchomej na rzecz konsumentów w Zjednoczonym Królestwie i którzy wobec tego zawarli umowy z jednym z operatorów sieci ruchomej w celu uzyskania dostępu do jego sieci po cenach hurtowych. Tesco Mobile było w równych częściach własnością Tesco i O2. Na rynku detalicznym działali również odsprzedawcy (zwani dalej łącznie z wirtualnymi operatorami sieci ruchomych „podmiotami niebędącymi operatorami sieci ruchomej”) i niezależni sprzedawcy detaliczni, tacy jak Dixons.

8. Cechą charakterystyczną tego rynku było to, że BT/EE i Three z jednej strony oraz Vodafone i O2 z drugiej strony skonsolidowały swoje sieci poprzez umowy dotyczące wspólnego korzystania z sieci. Umożliwiało to, odpowiednio, BT/EE i Three (umowa MBNL, zwana dalej „MBNL”) oraz Vodafone i O2 (umowa Beacon, zwana dalej „Beacon”) podział kosztów budowy ich sieci przy jednoczesnym konkurowaniu ze sobą na poziomie handlu detalicznego.

9. W dniu 2 października 2015 r. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej wystąpiło za pośrednictwem Competition and Markets Authority (CMA) (organu ds. konkurencji i rynków, Zjednoczone Królestwo) o odesłanie rozpatrywanej koncentracji do niego na podstawie art. 9 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004. We wniosku tym Zjednoczone Królestwo stwierdziło, że koncentracja grozi tym, iż przeszkadzałaby znacząco w konkurencji na rynku detalicznym oraz na hurtowym rynku dostępu i rozpoczynania połączeń w publicznych sieciach ruchomych w Zjednoczonym Królestwie (zwanym dalej „rynkiem hurtowym”). Ponadto Zjednoczone Królestwo podniosło, że ma największe kompetencje, aby zająć się rozpatrywaną koncentracją.

10. W dniu 4 grudnia 2015 r. Komisja wydała decyzję C(2015) 8534 final dotyczącą art. 9 rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, w której oddaliła ów wniosek o odesłanie. W decyzji tej Komisja powołała się w szczególności na konieczność zachowania spójności i jednolitości przy ocenie koncentracji w sektorze telekomunikacji w różnych państwach członkowskich oraz na znaczne doświadczenie, jakie zdobyła przy ocenie koncentracji na europejskich rynkach telekomunikacji ruchomej.

11. Po pierwszym etapie postępowania wyjaśniającego Komisja uznała, że koncentracja budzi poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem, i w dniu 30 października 2015 r. postanowiła wszcząć postępowanie przewidziane w art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004.

12. Na podstawie ustaleń drugiego etapu postępowania wyjaśniającego uzupełniających ustalenia poczynione podczas pierwszego etapu postępowania wyjaśniającego Komisja w dniu 4 lutego 2016 r. wydała pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. W dniu 26 lutego 2016 r. CK Telecoms przedłożyło uwagi na piśmie w przedmiocie pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

13. W celu rozwiązania problemów w zakresie konkurencji przedstawionych w piśmie w sprawie przedstawienia zarzutów przedsiębiorstwo to w dniu 2 marca 2016 r. zaproponowała pierwszy zestaw zobowiązań.

14. Na wniosek rzeczonoego przedsiębiorstwa w dniu 7 marca 2016 r. przeprowadzono spotkanie wyjaśniające.

15. W dniu 15 marca 2016 r. przedsiębiorstwa to zaproponowało zmienione zobowiązania (zwane dalej „drugim zestawem zobowiązań”). W dniu 18 marca 2016 r. Komisja skonsultowała się z uczestnikami rynku w przedmiocie tego drugiego zestawu zobowiązań. Konsultacje te zostały prowadzone, po pierwsze, z aktualnymi i potencjalnymi podmiotami świadczącymi usługi telekomunikacji ruchomej w Zjednoczonym Królestwie, z podmiotami świadczącymi usługi infrastrukturalne w sektorze telekomunikacji ruchomej, a także ze stowarzyszeniami MVNO Europe i iMVNOx, a po drugie, z krajowymi organami regulacji telekomunikacji, między innymi z krajowym organem regulacji telekomunikacji Zjednoczonego Królestwa (Ofcom). Ponadto krajowe organy ochrony konkurencji Zjednoczonego Królestwa, Niemiec i Niderlandów przedstawiły swoje stanowisko w przedmiocie drugiego zestawu zobowiązań.

16. W dniach 17 i 23 marca 2016 r. Komisja skierowała do CK Telecoms pisma, w których ujawniła nowe dowody zawarte w jej aktach i zgodne za wstępnymi wnioskami z pisma w sprawie przedstawienia zarzutów. Odpowiednio w dniach 29 marca i 4 kwietnia 2016 r. CK Telecoms przedstawiła uwagi na piśmie w odpowiedzi na oświadczenia o stanie faktycznym z dni 17 i 23 marca 2016 r.

17. W dniu 6 kwietnia 2016 r., w następstwie konsultacji z uczestnikami rynku owe przedsiębiorstwo przedstawiło nowy, zmieniony zestaw zobowiązań.

18. Komitet doradczy ds. koncentracji zbadał projekt decyzji Komisji w dniu 27 kwietnia 2016 r. i wydał pozytywną opinię.

19. W dniu 11 maja 2016 r. Komisja wydała sporną decyzję.

B. Sporna decyzja

20. W spornej decyzji Komisja określiła dwa rynki właściwe, a mianowicie rynek detaliczny i rynek hurtowy.

21. Komisja rozwinęła trzy teorie szkody, wszystkie oparte na istnieniu „nieskoordynowanych” skutków na rynku oligopolistycznym.

22. Dwie pierwsze teorie szkody odnoszą się do rynku detalicznego, natomiast trzecia dotyczy rynku hurtowego.

23. W szczególności pierwsza teoria szkody dotyczy istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej. W istocie zdaniem Komisji znaczny spadek konkurencji, który wyniknąłby z rozpatrywanej koncentracji, spowodowałby prawdopodobnie wzrost cen usług telefonii ruchomej w Zjednoczonym Królestwie i ograniczenie wyboru dla konsumentów.

24. Zgodnie z drugą teorią szkody, dotyczącą istnienia nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym związanych ze wspólnym korzystaniem z sieci, transakcja mogłoby również negatywnie wpłynąć na jakość usług dla konsumentów w Zjednoczonym Królestwie, przeszkadzając w rozwoju infrastruktury sieci ruchomej w Zjednoczonym Królestwie.

25. Trzecia teoria szkody dotyczy istnienia nieskoordynowanych skutków związanych z wyeliminowaniem silnej presji konkurencyjnej na rynku hurtowym. Na tym rynku czterej operatorzy sieci ruchomej świadczą usługi hostingowe na rzecz podmiotów niebędących

operatorami sieci ruchomej, które z kolei oferują usługi detaliczne abonentom. W szczególności rozpatrywana koncentracja może, zdaniem Komisji, mieć znaczące nieskoordynowane skutki na rynku hurtowym wynikające ze zmniejszenia liczby operatorów sieci ruchomej z czterech do trzech, wyeliminowania Three jako ważnej siły konkurencyjnej, zlikwidowania znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, oraz ze zmniejszenia presji konkurencyjnej na pozostałych uczestników rynku.

26. Jeśli chodzi o deklarowany przez CK Telecoms wzrost efektywności, Komisja uznała, że jest one niemożliwy do zweryfikowania, nie jest powiązany konkretnie z rozpatrywaną koncentracją, ani nie może przynieść korzyści konsumentom.

27. W ostatniej sekcji spornej decyzji Komisja zbadała środki zaradcze zaproponowane przez CK Telecoms w formie zobowiązań. Uznała ona, że drugi zestaw zobowiązań nie rozwiązuje zidentyfikowanych problemów w zakresie konkurencji i że trzeci zestaw zobowiązań, zaproponowany w dniu 6 kwietnia 2016 r., nie rozwiązuje całkowicie problemów stwierdzonych w zakresie konkurencji i nie jest wyczerpujący i skuteczny pod każdym względem.

28. W konsekwencji Komisja uznała rozpatrywaną koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.

C. Zaskarżony wyrok

29. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 25 lipca 2016 r. CK Telecoms wniosła skargę o stwierdzenie nieważności spornej decyzji.

30. Na poparcie tej skargi CK Telecoms podniosło pięć zarzutów, podważających kolejno trzy teorie szkody przedstawione w spornej decyzji, a także wnioski Komisji dotyczące zobowiązań przyjętych w celu rozwiania wątpliwości podniesionych przez tę instytucję.

31. Zarzuty pierwszy i czwarty podniesione w pierwszej instancji dotyczyły, odpowiednio, pierwszej i trzeciej teorii szkody przedstawionych w spornej decyzji, dotyczących zniesienia konkurencji między Three i O2 na rynku detalicznym (zarzut pierwszy) i na rynku hurtowym (zarzut czwarty). Zarzut drugi dotyczył dokonanej przez Komisję oceny alternatywnego scenariusza, na którym opierała się ocena rynków detalicznego i hurtowego. Przedmiotem zarzutu trzeciego była druga teoria szkody, dotycząca rynku detalicznego, odnosząca się do podziału sieci, oraz zobowiązania dotyczące podziału sieci. Zarzut piąty dotyczył innych zobowiązań podjętych przez CK Telecoms.

32. W zaskarżonym wyroku Sąd stwierdził nieważność spornej decyzji w całości głównie ze względu na to, że Komisja nie spełniła wymogów dowodowych dotyczących wykazania skoordynowanych skutków powodujących znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. W tym zakresie Sąd uwzględnił niektóre zastrzeżenia drugiej części zarzutu pierwszego, dotyczące uznania Three za „ważną siłę konkurencyjną”, a także części trzecią i piątą tego zarzutu, dotyczące odpowiednio oceny bliskości konkurencji i ilościowych skutków koncentracji dla cen. Uwzględnił on również części pierwszą, trzecią, czwartą, piątą i szóstą zarzutu trzeciego, dotyczące konieczności i zakresu konwergencji między stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci, zdolności Three do utrudniania lub opóźniania jednostronnych rozwiązań BT/EE, ewentualnego negatywnego wpływu koncentracji na konkurentów, a nie na konkurencję, szkody dla pozycji

konkurencyjnej innych operatorów sieci ruchomej oraz wpływu zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe. Wreszcie Sąd uwzględnił trzy pierwsze części zarzutu czwartego, dotyczące nieskoordynowanych skutków na rynku hurtowym.

III. Postępowanie przed Trybunałem i żądania stron

33. Komisja wniosła rozpatrywane odwołanie pismem złożonym w sekretariacie Trybunału w dniu 7 sierpnia 2020 r.

34. W innym piśmie złożonym w tym samym dniu Komisja zwróciła się do Trybunału o zastrzeżenie – tylko wobec przedsiębiorstwa EE, będącego jednym z dwóch interwenientów w pierwszej instancji – poufności pewnych fragmentów tego odwołania zawierających informacje objęte tajemnicą handlową i odpowiadających informacjom, w odniesieniu do których Sąd przewidział zachowanie poufności w pierwszej instancji. Postanowieniem z dnia 1 października 2020 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments⁹, prezes Trybunału uwzględnił ten wniosek.

35. Pismem złożonym w sekretariacie Trybunału w dniu 20 listopada 2020 r. CK Telecoms zwróciło się z wnioskiem o zachowanie poufności – wyłącznie wobec EE – pewnych informacji zawartych w jego odpowiedzi na skargę, które były objęte tajemnicą handlową, i z tego względu nie powinny zostać przekazane EE, ponieważ przedsiębiorstwo to było konkurentem CK Telecoms, przy czym informacje te odpowiadały informacjom, w odniesieniu do których Sąd orzekł zachowanie poufności wobec EE w pierwszej instancji. Postanowieniem z dnia 26 stycznia 2021 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments¹⁰, prezes Trybunału zastrzegł poufne traktowanie tego pisma wobec EE.

36. Pismem złożonym w sekretariacie Trybunału w dniu 24 marca 2021 r. Urząd Nadzoru EFTA wniósł o dopuszczenie do niniejszej sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji. Postanowieniem z dnia 4 czerwca 2021 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments¹¹, prezes Trybunału dopuścił Urząd Nadzoru EFTA do przedstawienia uwag podczas rozprawy.

37. Komisja, popierana przez Urząd Nadzoru EFTA, wnosi do Trybunału o:

- uchylenie zaskarżonego wyroku,
- przekazanie sprawy do Sądu do ponownego rozpoznania,
- obciążenie CK Telecoms kosztami niniejszego postępowania odwoławczego,
- rozstrzygnięcie o kosztach postępowania w pierwszej instancji w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

38. CK Telecoms wnosi do Trybunału o:

- oddalenie odwołania,
- obciążenie Komisji i interwenientów kosztami postępowania przed Sądem i Trybunałem.

⁹ C-376/20 P, niepublikowane, EU:C:2020:789.

¹⁰ C-376/20 P, niepublikowane, EU:C:2021:81.

¹¹ C-376/20 P, niepublikowane, EU:C:2021:488.

39. W dniu 5 maja 2022 r. Trybunał wezwał strony i Urząd Nadzoru EFTA do udzielenia odpowiedzi na pytania pisemne częściowo na piśmie (co strony uczyniły w wyznaczonych terminach), a częściowo na rozprawie.

40. Na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. wysłuchano wystąpień stron i Urzędu Nadzoru EFTA oraz ich odpowiedzi na pytania Trybunału.

IV. Ocena

A. Uwagi wstępne

41. Niniejsza sprawa jako pierwsza daje Trybunałowi możliwość wypowiedzenia się w przedmiocie pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” w sytuacji, w której przeszkoda ta opiera się na nieskoordynowanych skutkach, oraz wyjaśnienia zarówno wymogów dowodowych, których Komisja jest zobowiązana przestrzegać przy posługiwaniu się tym pojęciem, jak i zakresu kontroli zgodności z prawem, którą w tym względzie sprawuje sąd Unii.

42. W niniejszej sprawie jest bowiem bezsporne, że rozpatrywana koncentracja nie doprowadziła do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej na rynkach właściwych, z których wszystkie mają strukturę oligopolistyczną. Jednak według spornej decyzji może ona wywołać nieskoordynowane skutki, które, co do zasady, wystarczają do spełnienia kryteriów pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. W celu wykazania istnienia takiej przeszkody wywołanej przez nieskoordynowane skutki Komisja oparła się w tej decyzji na trzech teoriach szkody dotyczących właściwych rynków detalicznych i hurtowych (zob. pkt 21–25 powyżej).

43. Ponieważ Sąd w znacznej mierze podważył takie podejście Komisji, podnosi ona sześć zarzutów, z których pierwszy oparty jest w istocie na naruszeniu prawa przez Sąd przez zastosowanie bardziej rygorystycznego wymogu dowodowego niż ustanowiony przez Trybunał, drugi – na błędnej interpretacji pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, o którym mowa w art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, trzeci – na naruszeniu prawa polegającym na tym, że Sąd przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”, a także w sposób błędny przyjął wykładnię opartą na przeinaczeniu zarówno spornej decyzji, jak i przedłożonej mu odpowiedzi na skargę, czwarty wywodzony jest z przeinaczenia argumentacji Komisji w przedmiocie jej analizy ilościowej dotyczącej oczekiwanej presji na wzrost cen (upward pricing pressure, zwanej dalej „analizą ilościową” lub „analizą UPP”) oraz z naruszeń prawa przez Sąd w ramach oceny tej analizy, piąty – z naruszenia prawa polegającego na tym, że Sąd nie ocenił całości istotnych czynników i dowodów, zaś szósty – z przeinaczenia spornej decyzji w zakresie analizy potencjalnego spadku jakości sieci jednostki powstałej w wyniku połączenia, a także z naruszenia obowiązku uzasadnienia.

44. Komisja uważa, że każde z tych zarzucanych naruszeń prawa samo w sobie wystarcza do uchylecia zaskarżonego wyroku. Biorąc zaś pod uwagę znaczenie kwestii podniesionych w niniejszej sprawie oraz fakt, że należy przekazać ją Sądowi do ponownego rozpoznania, Komisja zwraca się do Trybunału o jak najszersze wyjaśnienie podniesionych kwestii prawnych, tak aby Sąd otrzymał wskazówki niezbędne do ostatecznego rozstrzygnięcia sporu.

45. Zatem w centrum niniejszego postępowania odwoławczego znajdują się zarzuty od pierwszego do trzeciego dotyczące, odpowiednio, wymogów dowodowych i zakresu pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”. W tym względzie, z jednej strony, dokładne określenie wymogów dotyczących dowodu istnienia nieskoordynowanych skutków oraz, z drugiej strony, kontrola, jaką sądy Unii mają sprawować względem stosowania tego pojęcia, wzajemnie oddziałują na siebie i mogą przesądzać, przynajmniej do pewnego stopnia, o odpowiedziach, jakie należy udzielić na poszczególne części tych zarzutów. Takie wyjaśnienie wydaje się tym bardziej istotne, że z kontrydiktoryjnej debaty między stronami, w tym także na rozprawie, wynika, iż pojęcie „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, zakres kontroli sądowej wdrażania tego pojęcia przez Komisję oraz związane z tym wymogi dowodowe mogą być nadmiernie łączone, a nawet mogą być mylone¹².

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego odwołania, opartego na naruszeniu prawa przez Sąd przez zastosowanie bardziej rygorystycznego wymogu dowodowego niż wymóg ustanowiony w orzecznictwie

46. W pierwszym zarzucie odwołania Komisja podnosi, że Sąd naruszył prawo, uznając w pkt 118 zaskarżonego wyroku, iż miała ona obowiązek przedstawić dowody wystarczające do wykazania z „dużym prawdopodobieństwem” istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, ponieważ Sąd zastosował wymóg dowodowy bardziej rygorystyczny niż ustanowiony w orzecznictwie Trybunału w dziedzinie kontroli koncentracji. Ponadto w drugim zarzucie odwołania Komisja podnosi, że Sąd naruszył prawo, po pierwsze, utożsamiając przesłanki, które muszą być spełnione, aby można było stwierdzić możliwość wywierania przez rozpatrywaną koncentrację nieskoordynowanych skutków, z przesłankami, które muszą być spełnione w celu wykazania istnienia pozycji dominującej (część pierwsza), a po drugie, dokonując zbyt wąskiej wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 (część druga).

47. Na wstępie należy oddalić argument CK Telecoms, zgodnie z którym odwołanie, a w szczególności jego zarzut pierwszy, są bezskuteczne ze względu na to, że Komisja nie podważa rozumowania Sądu zarzucającego jej błędną wykładnię pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, w szczególności „znaczącego” charakteru tej przeszkody wywołanej rzekomo przez zarzucane nieskoordynowane skutki, w tym w odniesieniu do oceny pojęć „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”. Jak słusznie podnosi Komisja, z zaskarżonego wyroku wynika, w szczególności z jego pkt 119, 172, 216, 281 i 396, że standard dowodu przyjęty w pkt 118 tego wyroku stanowi wręcz podstawę dokonanej przez Sąd późniejszej oceny okoliczności faktycznych i dowodów istotnych dla stwierdzenia, że Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, i to również w ramach zapisanego w owym wyroku rozumowania Sądu odnośnie do pojęć „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”, będącego przedmiotem zarzutu trzeciego.

48. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, jak uczynił to także Sąd w pkt 81 i nast. zaskarżonego wyroku, że pojęcie „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” w rozumieniu art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 było przedmiotem fundamentalnej reformy, która nastąpiła wraz z przyjęciem tego rozporządzenia, co potwierdzają jego motywy 25 i 26. W istocie bowiem, na podstawie wcześniejszych przepisów, czyli art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia Rady (EWG)

¹² W przedmiocie konieczności wyraźnego rozróżnienia między tymi różnymi koncepcjami, zob. A. Kalintiri, *Evidence Standards in EU Competition Enforcement – The EU Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2019, s. 78 i nast.; H.P. Nehl, „Judicial review of complex socio-economic, technical, and scientific assessments in the European Union”, w: J. Mendes, (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press, 2019, s. 180, 181.

nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹³, to samo pojęcie było dotychczas ściśle związane z stworzeniem lub umocnieniem pozycji dominującej¹⁴. Innymi słowy, jak wynika ze wspomnianych motywów rozporządzenia nr 139/2004, kryterium „dominacji”, która mogłaby znacząco przeszkadzać w skutecznej konkurencji, zastąpiono szerszym kryterium „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, które obejmuje nie tylko pojęcie dominacji, ale również pojęcie nieskoordynowanych skutków na rynkach oligopolistycznych.

49. Jednakże z żadnego aktu prawnego ani z orzecznictwa nie wynika, że posługiwanie się tym nowym pojęciem „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” miałyby być łatwiejsze lub trudniejsze dla Komisji ani że dowód niższego stopnia szkodliwości dla konkurencji miałby być wystarczający do tego, aby instytucja ta mogła zakazać koncentracji na podstawie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. Przeciwnie, zarówno przed reformą z 2004 r., jak i po niej, Komisja była i nadal jest zobowiązana do wykazania „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, niezależnie od tego, czy przeszkoda ta była lub jest skutkiem pozycji dominującej, czy też nie.

50. W drugiej kolejności wynika z tego, że zakres kontroli sądowej w odniesieniu do korzystania z pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, które stanowi *pojęcie prawne*, powinien być taki sam, niezależnie od rodzaju danej koncentracji, która może powodować taką przeszkodę.

51. W tym względzie w orzecznictwie sprecyzowano kryteria regulujące sądową kontrolę złożonych ocen ekonomicznych, w tym prospektywnych, dokonywanych przez Komisję w ramach kontroli koncentracji. Instytucja ta posiada bowiem pewien zakres swobodnego uznania w dziedzinie ekonomicznej przy stosowaniu przepisów materialnoprawnych rozporządzenia nr 139/2004, w szczególności art. 2. Wynika stąd, że wykonywana przez sąd Unii kontrola decyzji Komisji w sprawach koncentracji jest ograniczona do weryfikacji materialnej zgodności z prawdą faktów oraz braku oczywistych błędów w ocenie. Sąd ten nie może zatem zastąpić oceny Komisji własną oceną ekonomiczną w celu stosowania tych przepisów, nawet jeśli nie oznacza to, że powinien powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję kwalifikacji prawnej danych natury ekonomicznej¹⁵.

52. Zasady wymienione w poprzednim punkcie pozostają bez uszczerbku dla uściśleń dokonanych przez Trybunał w zakresie postępowania dowodowego, ciężaru i standardu dowodu¹⁶ w sytuacji, kiedy Komisja korzysta z przysługującego jej zakresu swobodnego uznania¹⁷, który omówię poniżej. W zaskarżonym wyroku Sąd zresztą nie przyjął wyraźnie tych zasad, a jedynie zajął stanowisko, po pierwsze, w przedmiocie „zakresu zmiany wprowadzonej

¹³ Dz.U. 1989, L 395, s. 1; polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 1, s. 31.

¹⁴ „Koncentrację, która stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znacznej części zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodną ze wspólnym rynkiem” (wyróżnienie moje).

¹⁵ Wyroki: z dnia 31 marca 1998 r., Francja i in./Komisja (C-68/94 i C-30/95, EU:C:1998:148, pkt 223, 224); z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 38); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 144, 145).

¹⁶ Jak już przypomniano w mojej opinii w sprawie T-Mobile Netherlands i in. (C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 80, przypis nr 60), ze standardu dowodu wynika, po spełnieniu jakich przesłanek można uznać fakt za udowodniony. Należy go odróżnić od ciężaru dowodu, który w niniejszej sprawie nie jest sporny. W przypadku ciężaru dowodu chodzi, po pierwsze, o to, kto musi przedstawić okoliczności faktyczne i przedłożyć dowody na ich poparcie (*subiektywny lub formalny ciężar dowodu*, zwany także ciężarem przeprowadzenia dowodu); po drugie, z rozłożenia ciężaru dowodu wynika, kto ponosi ryzyko braku możliwości wyjaśnienia stanu faktycznego bądź też braku możliwości wykazania twierdzenia (*obiektywny lub materialny ciężar dowodu*). Zobacz uzupełniająco moje twierdzenia w: J. Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg 1993, s. 12 i nast.

¹⁷ Wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39).

rozporządzeniem nr 139/2004”¹⁸, a po drugie, w przedmiocie „ciężaru dowodu i standardu dowodu w dziedzinie koncentracji”¹⁹. Niemniej jednak we wspomnianym wyroku Sąd odszedł w kilku miejscach od pojęcia „oczywistego błędu w ocenie”, a stwierdził istnienie zwykłych „błędów w ocenie”²⁰. Nawet jeśli w odwołaniu Komisja nie kwestionuje bezpośrednio tego podejścia, w związku z czym nie może być ono głębiej analizowane w niniejszej sprawie, to wskazuje niejako, że Sąd przeprowadził kontrolę sądową idącą dalej niż kontrola opisana w pkt 51 powyżej.

53. W trzeciej kolejności należy bliżej zbadać kryteria dotyczące ciężaru dowodu i postępowania dowodowego, a także standard dowodu, jaki sąd Unii powinien wymagać od Komisji, w przypadku gdy zabrania ona koncentracji ze względu na znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, wynikającą ze nieskoordynowanych skutków na rynku oligopolistycznym.

54. W tym względzie uważam, że nasuwają się dwie zasadnicze kwestie, z których pierwszej, jak mi się wydaje, żadna ze stron nie zakwestionowała, w szczególności na rozprawie.

55. Po pierwsze, jak wynika z wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala²¹, art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 nie nakłada innych wymogów dowodowych w odniesieniu do decyzji zezwalających na koncentrację i decyzji zakazujących koncentracji, ponieważ wymogi te są w pełni symetryczne.

56. Po drugie, nawet jeśli Trybunał odstąpił od wyraźnego określenia w owym wyroku²² istotnego kryterium regulującego wymagany standard dowodu jako kryterium „ważenia prawdopodobieństwa”, to jednak zażądał od Komisji przedstawienia dowodu „prawdopodobieństwa[, które] jest największe,” jej analizy prospektywnej, polegającej na zbadaniu, w jaki sposób – w świetle szeregu możliwych do wyobrażenia ciągów skutkowo-przyczynowych – dana koncentracja mogłaby doprowadzić do znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji²³. Tymczasem, jak słusznie podnoszą zarówno Komisja, jak i Urząd Nadzoru EFTA, wymóg wykazania największego prawdopodobieństwa lub wiarygodności prospektywnej analizy ekonomicznej Komisji odpowiada dokładnie, jak mi się wydaje, kryterium „ważenia prawdopodobieństwa”, które opisałem w mojej opinii w tej sprawie i zgodnie z którym nie jest konieczne, aby przewidywany rozwój sytuacji na rynku był „bardzo prawdopodobny” lub „szczególnie prawdopodobny”, a nawet został wykazany „ponad wszelką rozsądną wątpliwość” (*beyond a reasonable doubt*) zgodnie ze szczególnie rygorystycznym standardem mającym zastosowanie w sprawach karnych lub quasi-karnych²⁴. Ponadto, wbrew wrażeniu, jakie sprawia pkt 118 in fine zaskarżonego wyroku, Trybunał nie przyjął za rzecznikiem generalnym A. Tizzano – w szczególności w przypadku koncentracji w formie „konglomeratu” – standardu dowodu równoważnego z koniecznością wykazania „z dużym prawdopodobieństwem” stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, a zatem również znaczącej przeszkody

¹⁸ Punkty 77–105 zaskarżonego wyroku.

¹⁹ Punkty 106–119 zaskarżonego wyroku.

²⁰ Punkty 174, 189, 190, 197, 198, 216 i 225 zaskarżonego wyroku.

²¹ C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 46–52; zob. także moja opinia w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 203–225).

²² Zobacz moje bardziej wyraźne stanowisko w tej kwestii w opinii w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 207, 208).

²³ Wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 47, 51, 52); zob. także wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 43).

²⁴ Zobacz moją opinię w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 210, 211); zob. także podobnie wyrok z dnia 11 grudnia 2013 r., Cisco Systems i Messagenet/Komisja (T-79/12, EU:T:2013:635, pkt 47).

w skutecznej konkurencji²⁵. W każdym razie jedynie standard dowodu związany z kryterium „prawdopodobieństwa” lub „ważenia prawdopodobieństwa” wydaje mi się zgodny ze swobodnym uznaniem przysługującym Komisji w złożonych ekonomicznych analizach (prospektywnych) w dziedzinie koncentracji, w związku z czym zakres kontroli sądowej jest zasadniczo ograniczony do badania oczywistych błędów w ocenie (zobacz pkt 51 powyżej)²⁶.

57. Natomiast pkt 118 zaskarżonego wyroku stanowi, po pierwsze, że Komisja jest zobowiązana przedstawić dowody wystarczające, aby wykazać „z dużym prawdopodobieństwem” wystąpienie znaczących przeszkód w następstwie rozpatrywanej koncentracji, a po drugie, że mające zastosowanie wymogi dowodowe są „bardziej rygorystyczne” niż wymóg, zgodnie z którym znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest „bardziej prawdopodobna niż nieprawdopodobna” na podstawie „wyważenia prawdopodobieństwa”. Jak słusznie twierdzi Komisja, w ten sposób Sąd zażądał wyższego standardu dowodu z pominięciem warunków ustanowionych w orzecznictwie, przypomnianych w pkt 55 i 56 powyżej, a zatem naruszył prawo.

58. Wniosek ten nasuwa się tym bardziej, że w odniesieniu do prognozy na przyszłość nie można przeprowadzić dowodu „obiektywnego”, ani wykluczyć niepewności czy wątpliwości. Tak więc na płaszczyźnie ogólnej lub abstrakcyjnej wszelka prospektywna analiza dotycząca przyszłego rozwoju rynku właściwego i przyszłych zachowań podmiotów gospodarczych prowadzących działalność na tym rynku może opierać się wyłącznie na ustaleniu większego lub mniejszego prawdopodobieństwa, którego stopień w rozumieniu standardu dowodu „ważenia prawdopodobieństwa” jest taki, że wystarczy w konkretnym przypadku do wykazania zasadności tezy Komisji²⁷.

59. Dopiero bowiem w szczególnym przypadku, gdy sąd Unii dokonuje swobodnej oceny dowodów, pojawia się pytanie, w jaki sposób – aby przekonać ten sąd – takie prawdopodobieństwo można poprzeć wystarczająco istotnymi i przekonującymi dowodami, przy czym znaczenie jakości tych dowodów podkreślono w orzecznictwie dotyczącym koncentracji prowadzących do pozycji dominujących w formie „konglomeratu” lub w formie „zbiorowej”²⁸. Natomiast, jak wyjaśniono w orzecznictwie, ogólnie rzecz biorąc, ani rodzaj koncentracji, ani złożony charakter oceny prawdopodobieństwa skutków koncentracji nie mają jako takie wpływu na wymagany standard dowodu, który zatem we wszystkich przypadkach pozostaje jednolity²⁹. Przeciwnie, biorąc pod uwagę jednolitość pojęcia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, niezależnie od rodzaju danej koncentracji (zob. pkt 49 powyżej), oraz symetrię wymogów dowodowych przypomnianą w pkt 55 powyżej, nie ma żadnych podstaw, aby żądać

²⁵ Opinia rzecznika generalnego A. Tizzano w sprawie Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318, pkt 74, 76). Okoliczność, że w niniejszej sprawie Sąd potwierdził taki bardziej rygorystyczny standard dowodu, a oddalił standard, który zaproponowałem w wyroku Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790) znajduje potwierdzenie w pkt 118 in fine zaskarżonego wyroku, zawierającym odniesienie do mojej opinii w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (pkt 209–211), poprzedzone wyrażeniem „a contrario”.

²⁶ Zobacz moją opinię w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 210). Jeśli chodzi o nakładanie się zakresów pojęcia oczywistego błędu w ocenie i pojęcia wymaganego standardu dowodu, zob. H.P. Nehl, przypis nr 12 niniejszej opinii, s. 180 i 181.

²⁷ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 41, 44); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 51). Zobacz także moją opinię w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 204 i nast.).

²⁸ Wyroki: z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 145).

²⁹ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 44); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 50, 51). Zobacz także moją opinię w sprawie Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790, pkt 204 i nast.).

wyższego standardu dowodu w przypadku koncentracji powodujących nieskoordynowane skutki na rynkach oligopolistycznych w porównaniu do przypadków koncentracji prowadzących do pozycji dominujących w formie „konglomeratu” lub w formie „zbiorowej”.

60. Z powyższych rozważań wynika, że pkt 118 zaskarżonego wyroku narusza prawo. To samo dotyczy stwierdzenia przedstawionego w pkt 111 owego wyroku, zgodnie z którym zasadniczo sądy Unii powinny wymagać wyższego standardu dowodu, jeżeli na poparcie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji zakładanej w odniesieniu do koncentracji Komisja przedstawia teorię szkody, która jest złożona lub niepewna, lub wynika z trudnego do stwierdzenia związku przyczynowo-skutkowego.

61. W tych punktach Sąd myli, z jednej strony, przekonanie, jakie sąd Unii powinien uzyskać w konkretnym przypadku w ramach swobodnej oceny dowodów przedstawionych mu w celu wykazania prawdopodobieństwa różnych konsekwencji tej transakcji i zidentyfikować tę, której prawdopodobieństwo jest największe³⁰, i, z drugiej strony, jednolity i ogólnie stosowany standard dowodu, oparty na kryterium „ważenia prawdopodobieństwa”. Ponadto, o ile w pkt 113 in fine zaskarżonego wyroku Sąd sam opowiada się za kryterium „prawdopodobieństwa[, które] jest największe”, o tyle ostatecznie odrzuca je w pkt 118 owego wyroku – w sposób zarówno wewnętrznie sprzeczny, jak i błędny – wymagając bardziej rygorystycznego standardu dowodu. Wreszcie w szczególności pkt 332 i 368 owego wyroku, które odwołują się do pkt 111 tegoż wyroku, wskazują, że to naruszenie prawa wywołało rzeczywiste skutki w dalszej części oceny Sądu³¹.

62. Z powyższego wynika, że rozważania przedstawione w pkt 110–118 zaskarżonego wyroku naruszają prawo.

63. W tym względzie nie można uwzględnić argumentu, podniesionego przez CK Telecoms na rozprawie, zgodnie z którym w niniejszym przypadku wymagany standard dowodu powinien być wyższy, aby uniknąć sytuacji, w której Komisja, korzystając z przysługującego jej zakresu uznania, systematycznie zakazuje koncentracji horyzontalnych na rynkach oligopolistycznych ze względu na podnoszone nieskoordynowane skutki. CK Telecoms nie przedstawia żadnego przekonującego dowodu wykazującego, że Komisja przewiduje takie podejście, czy że jest ono chociażby realnie możliwe w świetle wypracowanych w orzecznictwie kryteriów opisanych w pkt 51 i 56 powyżej.

64. Jest tak tym bardziej, że zgodnie z pkt 26–38 wytycznych Komisja jest zobowiązana do zbadania i oceny szeregu czynników i dowodów, pozwalających potencjalnie stwierdzić istnienie nieskoordynowanych skutków, a tym samym znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, przy czym Komisja w niniejszej sprawie działała zgodnie z tymże podejściem. Jak Sąd sam przyznał w pkt 287 zaskarżonego wyroku, w tym celu w motywach 330–1174 spornej decyzji instytucja ta zbadała kolejno różne czynniki, w motywach 1175–1225 tej decyzji streściła swoją ocenę jakościową i ilościową, a następnie w motywach 1226 i 1227 tejże decyzji dokonała oceny całościowej.

65. W konsekwencji zarzut pierwszy odwołania należy uwzględnić.

³⁰ Punkt 110 in fine zaskarżonego wyroku, w którym powołano się na wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 51).

³¹ Zobacz także pkt 99 i 111 niniejszej opinii.

66. Wynika z tego ponadto, że gdyby Trybunał przyjął zaproponowane powyżej rozwiązanie, rzeczone naruszenia prawa same w sobie wystarczyłyby, zasadniczo, do uchylenia zaskarżonego wyroku bez badania pozostałych zarzutów Komisji i do przekazania sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania.

67. Jednakże w trosce o kompletność wyводу, zgodnie z wnioskiem Komisji oraz z uwagi na liczne zarzuty naruszenia mających zastosowanie reguł, jakie Sąd postawił tej instytucji, przeanalizuję również pozostałe zarzuty odwołania. Ponadto wydaje mi się, że w kontekście ewentualnego przekazania niniejszej sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd warto byłoby wyjaśnić jak największą liczbę zagadnień prawnych.

C. W przedmiocie zarzutu drugiego odwołania, opartego na błędnej wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004

68. Drugi zarzut odwołania składa się z dwóch części, z których pierwsza dotyczy naruszenia prawa ze względu na to, że Sąd utożsamiał przesłanki służące ustaleniu możliwości wywołania przez rozpatrywaną koncentrację nieskoordynowanych skutków z przesłankami pozwalającymi na stwierdzenie istnienia pozycji dominującej, druga zaś dotyczy zawężającej wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

1. W przedmiocie pierwszej części zarzutu drugiego, dotyczącej naruszenia prawa ze względu na to, że Sąd utożsamiał przesłanki służące ustaleniu możliwości wywołania przez rozpatrywaną koncentrację nieskoordynowanych skutków z przesłankami pozwalającymi na stwierdzenie istnienia pozycji dominującej

69. W pierwszej części drugiego zarzutu odwołania Komisja twierdzi, że w pkt 90 zaskarżonego wyroku Sąd posłużył się wyrażeniem „w sposób samodzielny” i tym samym utożsamiał przesłanki służące ustaleniu, że rozpatrywana koncentracja mogłaby wywołać nieskoordynowane skutki, z przesłankami pozwalającymi na stwierdzenie istnienia pozycji dominującej, a zatem dokonał wykładni art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w sposób zawężający.

70. Jednakże, jak podnosi CK Telecoms, argumentacja ta jest bezskuteczna przez to, że kwestionuje ogólną tezę Sądu, która nie posłużyła za podstawę konkretnej oceny zarzucanego błędu Komisji przy stosowaniu pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. I tak, Komisja nie wskazała w zaskarżonym wyroku żadnego fragmentu, który miałby owo stwierdzenie za podstawę, w tym znaczeniu, że instytucja ta w spornej decyzji miałaby oprzeć się na sile rynkowej jednostki powstałej w wyniku połączenia, która byłaby równoważna z siłą wynikającą z pozycji dominującej i dawała jej możliwość określania (jednostronnie) parametrów konkurencji, w tym cen.

71. W konsekwencji pierwszej części drugiego zarzutu odwołania nie można uwzględnić.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego odwołania, dotyczącej wykładni zawężającej art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004

72. W drugiej części drugiego zarzutu odwołania Komisja podnosi, że w pkt 95 i 96 zaskarżonego wyroku Sąd błędnie uznał, iż art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z motywem 25 tego rozporządzenia należy interpretować w ten sposób, że w braku stworzenia lub umocnienia

pozycji dominującej na skutek koncentracji znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji można udowodnić tylko wtedy, gdy Komisja wykaże spełnienie dwóch kumulatywnych i koniecznych przesłanek, mianowicie, po pierwsze, wyeliminowanie silnej presji konkurencyjnej, którą wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, a po drugie, redukcję presji konkurencyjnej na pozostałych konkurentów. Podnosi ona w szczególności, że podejście Sądu opiera się na zbyt wąskiej wykładni pojęcia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, na gruncie której jest ona zobowiązana do uwzględnienia nie tylko redukcji presji konkurencyjnej wywieranej *na* konkurentów, ale także presji konkurencyjnej wywieranej *przez* konkurentów, jak ma to miejsce w przypadku drugiej teorii szkody zastosowanej w spornej decyzji, którą w pkt 370 zaskarżonego wyroku Sąd uznał za niewystarczającą.

73. Zgadzam się z tezą Komisji, zgodnie z którą pkt 95 i 96 (i w rezultacie pkt 370) zaskarżonego wyroku, których treść prawidłowo przypominała, odzwierciedlają zarówno formalistyczną, jak i redukcjonistyczną interpretację pojęcia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, ograniczając owo pojęcie do dwóch rzekomo kumulatywnych przesłanek wymienionych w motywie 25 tego rozporządzenia. Motyw ów niewątpliwie stanowi, zgodnie z wolą prawodawcy Unii, istotny element przy określaniu zakresu tego pojęcia. Natomiast nie jest on, jako taki, prawnie wiążący³² ani nie może uzasadniać wykładni owego art. 2, która byłaby sprzeczna z celami realizowanymi przez to rozporządzenie, czyli w szczególności z rzeczywistą kontrolą każdej koncentracji wchodzącej w zakres jego stosowania, która może znacząco utrudnić skuteczną konkurencję, w tym na rynkach oligopolistycznych. To samo dotyczy zresztą pkt 25 wytycznych, którego brzmienie pokrywa się w znacznym stopniu z brzmieniem motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004, zważywszy, że takie zasady postępowania przyjęte przez Komisję z prawnego punktu widzenia nie wiążą ani sądów Unii, ani państw członkowskich³³.

74. Tymczasem należy stwierdzić, że gdyby przyjąć taką wykładnię art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, zapisaną w pkt 96 zaskarżonego wyroku, skutkowałaby ona nie tylko uniemożliwieniem Komisji badania, uwzględniania i wagi wszystkich stosunków i sił konkurencyjnych decydujących o funkcjonowaniu rynku oligopolistycznego, ale także opracowywania w związku z planowaną koncentracją na takim rynku teorii szkody, które nie spełniałyby dwóch rzekomo kumulatywnych, a nawet koniecznych przesłanek, ustanowionych przez Sąd. W niniejszym przypadku zatem wymogi te mogłyby spełniać jedynie pierwsza teoria szkody przedstawiona przez Komisję, opisana w pkt 128–133 zaskarżonego wyroku, lecz już nie druga teoria szkody analizowana w pkt 330 i nast. tego wyroku, co znajduje potwierdzenie w jego pkt 370.

75. W szczególności, kategorię podejście Sądu powinno skutkować podważeniem uwzględnienia zmniejszenia, w następstwie koncentracji, presji konkurencyjnej wywieranej *przez* konkurentów, jako sprzecznego z art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004. Tymczasem, w ogólnej perspektywie, tego rodzaju presja stanowi nieodzowną część każdej analizy służącej stosowaniu reguł konkurencji Unii, w tym analizy mającej na celu określenie rynku właściwego,

³² Zobacz także podobnie opinie: rzecznika generalnego M. Szpunara w sprawie Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:246, pkt 71); rzecznika generalnego J. Richarda de la Tour w sprawie Sofiyska rayonna prokuratura i in. (Proces oskarżonego wydalonego z terytorium) (C-420/20, EU:C:2022:157, pkt 68).

³³ Wyroki: z dnia 13 grudnia 2012 r., Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, pkt 29); z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 59, 60); z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, pkt 52); z dnia 20 stycznia 2016 r. DHL Express (Italy) i DHL Global Forwarding (Italy) (C-428/14, EU:C:2016:27, pkt 33).

siły rynkowej podmiotów obecnych na tym rynku lub zachowania mogącego prowadzić do antykonkurencyjnego wykluczenia³⁴. Taka zawężająca wykładnia nie wydaje mi się zatem uzasadniona żadnym przekonującym argumentem.

76. Podejście to jest tym trudniej zaakceptować, że niezależnie od braku prawnie wiążącego charakteru, motyw 25 rozporządzenia nr 139/2004 – z uwagi na to, że zastosowano w nim spójnik „jak również” – można też interpretować w ten sposób, że jedynie wskazuje on, tytułem przykładu, dwie szczególnie istotne lub częste sytuacje mogące powodować znaczące przeszkody w skutecznej konkurencji wywołane nieskoordynowanymi skutkami horyzontalnymi. Ponieważ podaje jedynie owe przykłady, motyw ten nie wyklucza innych sytuacji mogących wywołać te same skutki lub przyczynić się do ich powstania, w szczególności sytuacji, w której presja konkurencyjna wywierana *przez* konkurentów uległaby znacznej redukcji. Wreszcie nie można wykluczyć, że do stwierdzenia istnienia takiej znaczącej przeszkody, której skutki mogłyby być szczególnie szkodliwe dla konkurencji, wystarczy tylko jedna z tych sytuacji.

77. W związku z tym ocena przedstawiona w pkt 96 zaskarżonego wyroku jest podwójnie błędna, ponieważ z jednej strony kwalifikuje ona dwie przesłanki wymienione w motywie 25 rozporządzenia nr 139/2004 zarówno jako „kumulatywne”, jak i, przynajmniej w sposób dorozumiany, konieczne, a z drugiej strony na podstawie tej wykładni określa zakres pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji” na gruncie art. 2 ust. 3 tego rozporządzenia.

78. Ponadto, jak słusznie podnosi Komisja, z pkt 370 zaskarżonego wyroku wynika, że podejście Sądu w tym względzie jest wewnętrznie sprzeczne, ponieważ uwzględnił on konkurencję wywieraną *przez* konkurentów, chociaż motyw 25 rozporządzenia nr 139/2004 o niej nie wspomina. Dokładniej rzecz ujmując, we wspomnianym punkcie Sąd nie wykluczył istotności ewentualnego skutku redukującego w odniesieniu do presji konkurencyjnej wywieranej na rynek przez innych konkurentów, w kategoriach jakościowych, lecz wyjaśnił, że sam ten skutek nie jest wystarczający do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

79. Poza tym, Sąd nie oddalił pierwszej z pod-teorii przedstawionych w ramach drugiej teorii szkody, streszczonej w pkt 298 zaskarżonego wyroku i w motywie 1232 spornej decyzji, ze względu na to, że rzeczona pod-teoria nie spełniała przesłanek kumulatywnych wskazanych w pkt 96 owego wyroku. Wspomniana pod-teoria polega bowiem w istocie na stwierdzeniu redukcji presji konkurencyjnej wywieranej przez innych konkurentów, czyli BT/EE i Vodafone, na podmiot powstały w wyniku połączenia w następstwie rozpatrywanej koncentracji. Niezależnie od dokonanej przez siebie (błędnej) wykładni zakresu normowania motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004 Sąd zbadał tę pod-teorię i oddalił ją co do istoty, ponieważ, jego zdaniem, Komisja nie zdołała wykazać w sposób wymagany prawem braku możliwości wywierania przez BT/EE i Vodafone skutecznej presji konkurencyjnej na podmiot powstały w wyniku połączenia³⁵. Wreszcie, mimo że w pkt 359 zaskarżonego wyroku Sąd ponownie podkreślił konieczność spełnienia przesłanek kumulatywnych wskazanych w pkt 96 owego wyroku, nie wziął pod uwagę drugiej, rzekomo kumulatywnej przesłanki, na podstawie której Komisja jest zobowiązana wykazać, że rozpatrywana koncentracja prowadzi do „redukcji presji konkurencyjnej *na pozostałych konkurentów*” (wyróżnienie moje).

³⁴ Zobacz pkt 9 i nast. oraz pkt 20 komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. [10]2 [TFUE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7), które biorą pod uwagę, w szczególności, presję konkurencyjną, która wynika z obecnych dostaw produktów lub usług od aktualnych konkurentów, oraz pozycję, jaką zajmują oni na rynku, presję konkurencyjną spowodowaną realnym zagrożeniem przyszłą ekspansją aktualnych konkurentów lub wejściem na rynek potencjalnych konkurentów oraz presję konkurencyjną spowodowaną siłą przetargową klientów przedsiębiorstwa.

³⁵ Punkty 336 i nast., w szczególności pkt 360, 367, 375 i 396 zaskarżonego wyroku.

80. Jednakże w ten sposób Sąd przyjął podejście wewnętrznie sprzeczne i naruszył prawo przy wykładni kryteriów wymaganych do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, wobec czego część drugą zarzutu drugiego odwołania należy uwzględnić.

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia prawa przez fakt, że Sąd, w szczególności, przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”, a także przeinaczenia zarówno spornej decyzji, jak i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji

81. Zarzut trzeci odwołania składa się w istocie z czterech części, z których pierwsza dotyczy naruszenia prawa przez fakt, że Sąd przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”, druga – błędnej wykładni pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i przeinaczenia zarówno spornej decyzji, jak i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji, trzecia – błędnej wykładni pojęcia „bliskich konkurentów” i przeinaczenia treści tej decyzji, zaś czwarta, podnoszona tytułem ewentualnym, naruszenia obowiązku uzasadnienia odnośnie do ewentualnej niezgodności wytycznych z rozporządzeniem na 139/2004.

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu trzeciego odwołania, dotyczącej naruszenia prawa przez fakt, że Sąd przekroczył granice kontroli sądowej przy interpretacji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i „bliskich konkurentów”

82. W pierwszej części trzeciego zarzutu odwołania Komisja podnosi w istocie, że stwierdzając, z jednej strony, w pkt 174 zaskarżonego wyroku, iż przedsiębiorstwo można uznać za „ważną siłę konkurencyjną” tylko wtedy, gdy różni się ono od swoich konkurentów pod względem wpływu na konkurencję, a z drugiej strony, w pkt 242 tego wyroku, iż Komisja powinna wykazać, że łączące się przedsiębiorstwa są „szczególnie bliskimi konkurentami”, Sąd odszedł od definicji pojęć „ważnej siły ekonomicznej” i „bliskich konkurentów”, które można znaleźć w wytycznych, i od ustalonych tam ram ekonomicznych. W konsekwencji Sąd naruszył zakres swobodnego uznania Komisji w dziedzinie ekonomicznej i niesłusznie zastąpił ocenę ekonomiczną wypracowaną przez tę instytucję swoją własną oceną ekonomiczną. W ten sposób Sąd przekroczył granice kontroli sądowej.

83. Jak wynika z uwag wstępnych Komisji przedstawionych w ramach zarzutu trzeciego odwołania, uważa ona, że z tytułu przysługującego jej zakresu swobodnego uznania w dziedzinie ekonomicznej posiada uprawnienie wyłączne dotyczące wykładni pojęć ekonomicznych zawartych w wytycznych. Dokładniej rzecz ujmując, instytucja ta uważa, że ponieważ wytyczne te są zgodne z wymogami rozporządzenia nr 139/2004 i pierwotnego prawa Unii, kontrola sądowa sprawowana przez Sąd powinna ograniczać się do sprawdzenia, czy sporna decyzja jest zgodna z kryteriami, które Komisja określiła w tych wytycznych, korzystając z owego zakresu swobodnego uznania.

84. Prawdą jest, że w ramach kontroli koncentracji Komisja dysponuje w dziedzinie ekonomicznej pewnym zakresem swobodnego uznania. W związku z tym, jak wskazano w pkt 51 powyżej, ponieważ musi ona przeprowadzać w tym kontekście złożone oceny ekonomiczne, Sądowi nie wolno zastępować oceny ekonomicznej dokonanej przez tę instytucję swoją własną oceną.

85. Jednak z utrwalonego orzecznictwa przypomnianego w pkt 73 powyżej wynika również, że wspomniane wytyczne nie mogą prawnie wiązać sądu Unii. Wiążą one jedynie samą Komisję, która poprzez ich przyjęcie sama ograniczyła się w wykonywaniu przysługującego jej zakresu

uznania, przez co nie może odejść od nich bez obiektywnego uzasadnienia, gdyż w ten sposób naruszyłyby, w szczególności, zasadę równego traktowania³⁶. Jedynie w tym kontekście orzecznictwo nie wykluczyło, że takie ogólnie obowiązujące zasady postępowania, pod pewnymi warunkami i w zależności od ich treści, mogą wywoływać skutki prawne³⁷. Jest tak szczególnie w przypadku pojęć ekonomicznych, które Komisja wyjaśnia w takich wytycznych, aby w ten sposób kierować swoją praktyką administracyjną.

86. Natomiast sytuacja jest odmienna, jeżeli pojęcia te pochodzą lub są zależne od pojęć prawnych prawa pierwotnego lub wtórnego Unii. Jeśli chodzi bowiem o (nieokreślone) pojęcia prawne, w tym pojęcie „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, uprawnieniem wyłącznym w ostatniej instancji do dokonywania wykładni dysponuje sąd Unii³⁸.

87. W świetle powyższego stwierdzenie zawarte w pkt 100 zaskarżonego wyroku, w którym stwierdzono zasadniczo, że wytyczne, podobnie jak wcześniejsza praktyka Komisji, nie mogą w żadnym razie wiązać sądu Unii, który jako jedyny pozostaje właściwy w kwestii wykładni prawa Unii, nie narusza prawa.

88. Pragnę wyjaśnić, że brak wiążącego prawnie charakteru działania Komisji, jak wytyczne, nie stoi na przeszkodzie Trybunałowi w dokonaniu jego wykładni, między innymi, w ramach postępowania o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym stosownie do art. 267 ust. 1 lit. b) TFUE³⁹. Ponadto nie jest wykluczone, że sąd Unii oprze się na pojęciach ekonomicznych wynikających z zasad postępowania lub praktyki administracyjnej Komisji przy doprecyzowaniu zakresu normowania pojęć prawnych prawa Unii, a nawet celem uznania nowych pojęć lub kryteriów prawnych. W orzecznictwie istnieją przecież liczne przykłady takich przypadków, w tym w dziedzinie konkurencji sensu largo⁴⁰. Przedstawione w pkt 101 i 163 zaskarżonego wyroku twierdzenie, zgodnie z którym Sąd może w razie potrzeby zgodzić się ze wskazówkami i ocenami ekonomicznymi lub prawnymi zawartymi w praktyce decyzyjnej Komisji lub w wytycznych, nie narusza zatem prawa.

89. Stąd wniosek, że co do zasady nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby sąd Unii określił zakres pojęć „bliskich konkurentów” i „ważnej siły konkurencyjnej” zapisanych w pkt 28, 37 i 38 wytycznych, w celu ustalenia, w szczególności, czy Komisja prawidłowo zastosowała te pojęcia w niniejszym przypadku i w rezultacie stwierdziła istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, oraz czy nie wykroczyła poza granice wyznaczonych przez siebie zasad postępowania.

³⁶ Zobacz podobnie wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 209–211); wyrok z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 59, 60).

³⁷ Wyrok z dnia 28 czerwca 2005 r., Dansk Rørindustri i in./Komisja (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, pkt 211); wyrok z dnia 11 lipca 2013 r., Ziegler/Komisja (C-439/11 P, EU:C:2013:513, pkt 60).

³⁸ Zobacz w odniesieniu do analogicznych pojęć „ograniczenia konkurencji” i „nadużycia pozycji dominującej” odpowiednio wyroki: z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in. (C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 63 i nast., 146 i nast.); z dnia 12 maja 2022 r., Servizio Elettrico Nazionale i in. (C-377/20, EU:C:2022:379, pkt 42 i nast.).

³⁹ Zobacz wyrok z dnia 15 lipca 2021 r., FBF (C-911/19, EU:C:2021:599, pkt 53–56); moja opinia w sprawie Expedia (C-226/11, EU:C:2012:544, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁴⁰ Takie przykłady konceptualizacji prawnej można znaleźć, w szczególności, w wyrokach: z dnia 24 lipca 2003 r., Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, pkt 88 i nast.), dotyczącym pojęcia korzyści związanej z wykonywaniem „usługi użyteczności publicznej”; z dnia 6 września 2006 r., Portugalia/Komisja (C-88/03, EU:C:2006:511, pkt 52 i nast.), dotyczącym pojęcia selektywności korzyści w dziedzinie podatków; z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom/Komisja (C-280/08 P, EU:C:2010:603, pkt 163 i nast.), dotyczącym pojęcia „zaniżania marży konkurentów” (margin squeeze) jako nadużycia.

90. W konsekwencji, dokonując takiej wykładni koncepcyjnej, Sąd ani nie naruszył zakresu swobodnego uznania przysługującego Komisji w dziedzinie ekonomicznej, ani nie zastąpił niesłusznie własną oceną ekonomiczną oceny wypracowanej przez tę instytucję, ani też nie przekroczył granic kontroli sądowej.

91. Części pierwszej zarzutu trzeciego odwołania nie można zatem uwzględnić.

2. *W przedmiocie części drugiej zarzutu trzeciego odwołania, dotyczącej błędnej wykładni pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” i przeinaczenia zarówno spornej decyzji, jak i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji*

92. Część druga zarzutu trzeciego odwołania obejmuje dwa zastrzeżenia.

a) *W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego*

93. W pierwszym zastrzeżeniu drugiej części zarzutu trzeciego odwołania Komisja podnosi, że Sąd przeinaczył zarówno sporną decyzję, jak i odpowiedź na skargę w pierwszej instancji, co powoduje, że ocena przedstawiona w pkt 173–175 zaskarżonego wyroku jest błędna. Komisja zarzuca Sądowi, po pierwsze, niesłuszne stwierdzenie w pkt 171 owego wyroku, że instytucja ta doszła do wniosku, iż uznanie jednej ze stron koncentracji za „ważną siłę konkurencyjną” na rynku oligopolistycznym wystarcza do ustalenia, że rozpatrywana koncentracja spowodowałaby znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Po drugie, instytucja ta twierdzi, że w pkt 170 tegoż wyroku Sąd przeinaczył pkt 39 owej odpowiedzi na skargę, co doprowadziło do sformułowania przez ów sąd własnej definicji pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, odmiennej od definicji zawartej w pkt 37 wytycznych.

94. W pierwszej kolejności należy zauważyć, co się tyczy zarzucanego przeinaczenia spornej decyzji, że z porównania pkt 155 i 171 zaskarżonego wyroku wynika, iż rozumowanie Sądu w istocie jest wewnętrznie sprzeczne.

95. W pkt 155 zaskarżonego wyroku Sąd prawidłowo stwierdza, że z motywu 777 spornej decyzji wynika, iż „jednym z czynników użytych przez Komisję w celu stwierdzenia, że koncentracja wywołałaby nieskoordynowane skutki, jest fakt, że »Three stanowi ważną siłę konkurencyjną na rynku detalicznym w rozumieniu pkt 37 wytycznych lub w każdym razie wywiera znaczną presję konkurencyjną na tym rynku, którą prawdopodobnie nadal wywierałoby, gdyby koncentracja nie została dokonana«”⁴¹.

96. Natomiast w pkt 171 zaskarżonego wyroku stwierdzono, że „[ze spornej] decyzji wynika, że jeśli chodzi o eliminację »ważnej siły konkurencyjnej«, Komisja jest zdania, iż *sam spadek presji konkurencyjnej* spowodowany w szczególności zniknięciem przedsiębiorstwa odgrywającego rolę większą, niż wynikałoby to z jego udziałów w rynku, *wystarczyłby sam w sobie* do wykazania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”⁴².

⁴¹ Wyróżnienie moje.

⁴² Wyróżnienie moje.

97. Co więcej, wbrew temu, co wynika z pkt 171 zaskarżonego wyroku, Komisja uznała w sekcjach ogólnych spornej decyzji, zatytułowanych „Ocena konkurencyjna” i „Ramy analityczne”⁴³, a także w sekcji zatytułowanej „Kryterium materialne”⁴⁴ [tłumaczenie nieoficjalne, tak jak w przypadku pozostałych cytatów z tej decyzji], w szczególności w motywach 313 i 321 tej decyzji, że wytyczne wskazują *pewną liczbę czynników*, które mogą mieć wpływ na to, czy dana koncentracja mogłaby wywołać na właściwym rynku nieskoordynowane skutki horyzontalne. O ile Komisja niewątpliwie wyjaśniła również, że aby takie skutki były prawdopodobne, nie musi dojść do zaistnienia wszystkich tych czynników, a ich występowanie może mieć wpływ na stopień intensywności owych nieskoordynowanych skutków, o tyle nie oznacza to jednak dojścia przez nią do wniosku, że zaistnienie jednego z rzeczonych kryteriów wystarczyłoby do stwierdzenia, iż koncentracja może prowadzić do powstania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

98. Wreszcie ani sporna decyzja, ani pisma CK Telecoms nie wskazują, by w ramach oceny rozpatrywanej koncentracji Komisja rzeczywiście doszła do wniosku, który przedstawiono w pkt 171 zaskarżonego wyroku. Wydaje się to tym mniej wiarygodne, że zgodnie z pkt 26 wytycznych, wykorzystanym przez Komisję w niniejszym przypadku, okoliczność, iż jedną ze stron koncentracji można uznać za „ważną siłę konkurencyjną”, jest tylko jednym z czynników wymienionych w pkt 27–38 tych wytycznych, które mogą mieć wpływ na prawdopodobieństwo wywołania przez koncentrację znacznych nieskoordynowanych skutków.

99. Uważam zatem, że pkt 171 zaskarżonego wyroku stanowi przeinaczenie, które wynika w sposób oczywisty z akt sprawy, bez konieczności przeprowadzania nowej oceny okoliczności faktycznych i dowodów⁴⁵. Jak wynika w szczególności z pkt 172–174 owego wyroku, to przeinaczenie, obok innych względów, doprowadziło Sąd do stwierdzenia istnienia naruszenia prawa oraz „błądu w ocenie” w motywie 326 spornej decyzji.

100. W konsekwencji zastrzeżenie pierwsze należy uwzględnić w zakresie, w jakim zarzuca się w nim Sądowi przeinaczenie spornej decyzji w pkt 171 zaskarżonego wyroku.

101. W drugiej kolejności, jeśli chodzi o argument, zgodnie z którym Sąd stworzył swoją własną definicję pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, należy go oddalić z powodów przedstawionych w pkt 83–90 powyżej.

102. W trzeciej kolejności uważam, że należy uwzględnić zastrzeżenie pierwsze w zakresie, w jakim Komisja zarzuca Sądowi przeinaczenie pkt 39 jej odpowiedzi na skargę, stwierdzając w pkt 170 zaskarżonego wyroku, iż Komisja w niej „przyznała, że »ważna siła konkurencyjna« powinna odgrywać rolę większą, niż pozwalałyby to zakładać jej udziały w rynku, konkurować szczególnie agresywnie i zmuszać innych uczestników rynku do podobnego zachowania”.

103. Jak wynika bowiem z ostatniej części zdania znajdującego się w pkt 216 owego wyroku, Sąd przyjął taką definicję pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, rzekomo wskazaną we wspomnianym piśmie, w celu sprawdzenia, czy Komisja wykazała w sposób wystarczający pod względem prawnym, że Three prowadziła szczególnie agresywną konkurencję w zakresie cen i że zmuszała pozostałych uczestników rynku do dostosowania się do niej lub że polityka cenowa Three była w stanie zmienić w znaczący sposób dynamikę konkurencji na rynku. Ostatecznie doszedł on do wniosku, że Komisja popełniła w tym względzie „błąd w ocenie”, ponieważ przedsiębiorstwa tego nie można było uznać za „ważną siłę konkurencyjną”.

⁴³ Zobacz motywy 308 i nast. spornej decyzji.

⁴⁴ Zobacz motywy 316 i nast. spornej decyzji.

⁴⁵ Zobacz wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., Orange Polska/Komisja (C-123/16 P, EU:C:2018:590, pkt 75).

104. Należy jednak stwierdzić, że ze spornej decyzji, w tym z jej motywu 326, nie wynika definicja, którą Sąd, jak uważa, skontrolował pod kątem zgodności z prawem w tym kontekście⁴⁶. Należy dodać, że dwa ostatnie zdania pkt 39 odpowiedzi na skargę wskazują jedynie na przykład służący poparciui tezy Komisji, zgodnie z którą „nie wszyscy konkurenci na rynku oligopolistycznym odgrywają w konkurencji rolę ważniejszą, niż pozwalałyby sądzić ich udziały w rynku lub jakikolwiek inny podobny wskaźnik”.

105. Pierwsze zastrzeżenie drugiej części trzeciego zarzutu odwołania należy zatem uwzględnić w zakresie, w jakim zarzuca się w nim Sądowi przeinaczenie spornej decyzji i odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji.

b) W przedmiocie zastrzeżenia drugiego

106. W drugim zastrzeżeniu Komisja podnosi w istocie, że Sąd naruszył prawo, ponieważ zastosował nadmierne wymagania warunkujące zakwalifikowanie przedsiębiorstwa jako „ważnej siły konkurencyjnej”. W tym względzie należy przypomnieć, że w pkt 174 zaskarżonego wyroku wskazano, iż w celu dokonania takiej kwalifikacji Komisja musi w szczególności zbadać, czy przedsiębiorstwo to różni się od swoich konkurentów pod względem wpływu na konkurencję. Ponadto w pkt 170 i 216 owego wyroku wyjaśniono, że Komisja jest zobowiązana wykazać w sposób wymagany prawem, iż wspomniane przedsiębiorstwo „prowadzi[...] szczególnie agresywną konkurencję w zakresie cen” oraz „zmusza[...] pozostałych uczestników rynku do dostosowania się do niej lub że polityka cenowa [tego przedsiębiorstwa] [jest] w stanie zmienić w znaczący sposób dynamikę konkurencji na rynku, zgodnie z definicją pojęcia »ważnej siły konkurencyjnej«”.

107. Natomiast w pkt 37 wytycznych, zastosowanym przez Komisję w niniejszej sprawie, stwierdzono jedynie, że „[n]iektóre przedsiębiorstwa mają większy wpływ na proces konkurencyjności niż mogłby sugerować ich udział w rynku lub podobne mierniki”, a „[p]ołączenie obejmujące takie przedsiębiorstwo może zmienić dynamikę konkurencyjności w sposób znaczący i antykonkurencyjny, zwłaszcza gdy rynek jest już skoncentrowany”. Punkt ten podaje zatem przykład przedsiębiorstwa, które niedawno weszło na rynek i które potencjalnie „w przyszłości będzie wywierało znaczącą presję konkurencyjną na inne przedsiębiorstwa na rynku”⁴⁷.

108. W konsekwencji ani pkt 37, ani pkt 38 tych wytycznych nie zakładają, że przedsiębiorstwo uznane za „ważną siłę konkurencyjną” powinno się odróżniać od swoich konkurentów w kategoriach wpływu na konkurencję, czy też wykazać się „szczególnie agresywną konkurencją w zakresie cen”, zmuszając tych konkurentów do dostosowania się do jego cen. Wystarczy, że ma większy wpływ na proces konkurencyjności niż mogłby sugerować jego udział w rynku lub podobne mierniki, i to niezależnie od wspomnianych innych konkurentów na rynku.

109. W związku z tym Sąd nie miał prawa zarzucać Komisji, choćby w sposób dorozumiany, że instytucja ta odeszła w spornej decyzji od kryteriów, które sama wobec siebie ustanowiła w pkt 37 i 38 wytycznych. Ponadto oba kryteria wymienione w pkt 170 i 216 zaskarżonego wyroku, nieobecne w tej decyzji, dotyczyły w rzeczywistości jedynie przykładu przedstawionego w odpowiedzi na skargę w pierwszej instancji, której treść Sąd przeinaczył (zob. pkt 102, 103 powyżej). Przykład ten odnosi się bowiem do sytuacji, w której można uznać, że przedsiębiorstwo

⁴⁶ Zobacz pkt 169, 174 zaskarżonego wyroku.

⁴⁷ Wyróżnienie moje.

wchodzi w zakres pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, a nie służy sprecyzowaniu zakresu tego pojęcia na płaszczyźnie ogólnej. Podobnie okoliczność, że Komisja w swojej wcześniejszej praktyce decyzyjnej, przypomnianej w pkt 164–167 zaskarżonego wyroku, która nie jest wiążąca dla sądu Unii⁴⁸, uznała, iż niektóre przedsiębiorstwa odgrywały jedynie rolę „podmiotu zakłócającego konkurencję na rynku”, nie oznacza, że pojęcie „ważnej siły konkurencyjnej” występuje jedynie w takich przypadkach.

110. Ponadto nie przedstawiono żadnego przekonującego argumentu zmierzającego do wykazania, że zakres pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej” w rozumieniu pkt 37 i 38 wytycznych należy interpretować w sposób równie restrykcyjny lub w sposób inny niż w tymże pkt 37 i w motywie 326 spornej decyzji. Przeciwnie, taka wykładnia mogłaby bezpośrednio prowadzić do niedoceny sił konkurencyjnych panujących na rynku oligopolistycznym, już skoncentrowanym. Nawet jeśli przymiotnik „ważny” zakłada, że danemu przedsiębiorstwu przypisuje się istotne zachowanie konkurencyjne na tym rynku, którego jakość może „zmienić dynamikę konkurencyjności w sposób znaczący i antykonkurencyjny” i które wykracza poza jego znaczenie w kategoriach udziałów w rynku lub jakiegokolwiek innego podobnego wskaźnika, przymiotnika tego nie można interpretować w ten sposób, że wymaga on „szczególnie agresywnej konkurencji w zakresie cen”.

111. W tym względzie nie można zaakceptować argumentu, który został jednak uwzględniony w pkt 175 zaskarżonego wyroku, że każda inna wykładnia prowadziłaby do tego, iż Komisja najpewniej systematycznie zakazywałaby jakiegokolwiek koncentracji horyzontalnej na rynku oligopolistycznym. Poza tym, że taki stan rzeczy nie został wykazany, (zob. pkt 63 powyżej), argument ten ostatecznie sprowadza się do zwiększenia wymogu dowodowego nałożonego na Komisję odnośnie do wykazania istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji wynikającej z nieskoordynowanych skutków, dla którego to zwiększenia nie istnieje żadne przekonujące uzasadnienie (zob. pkt 46–65 powyżej). W tym właśnie kontekście konsekwencje rodzi zatem naruszenie przez Sąd wymaganego standardu dowodu, stwierdzone w odpowiedzi na zarzuty pierwszy i drugi. Z tych samych względów nie można zarzucać Komisji, jak to uczynił Sąd w pkt 173 zaskarżonego wyroku, że dokonała „znacznego rozszerzenia zakresu stosowania art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004”, a nawet połączyła różne pojęcia prawne.

112. Stąd wniosek, że w pkt 173–175 zaskarżonego wyroku Sąd, po pierwsze, naruszył prawo, uznając, że gdyby przyjąć wykładnię Komisji, każde przedsiębiorstwo na rynku oligopolistycznym wywierające presję konkurencyjną można by uznać za „ważną siłę konkurencyjną”. Po drugie, Sąd również błędnie stwierdził, że wykładnia Komisji prowadziłaby do tego, iż uznanie jednej ze stron koncentracji za „ważną siłę konkurencyjną” na rynku oligopolistycznym wystarczyłoby do ustalenia, że rozpatrywana koncentracja spowodowałaby znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

113. W konsekwencji drugie zastrzeżenie drugiej części zarzutu trzeciego odwołania należy uwzględnić.

3. W przedmiocie części trzeciej zarzutu trzeciego odwołania, opartej na błędnej wykładni pojęcia „bliskich konkurentów” i przeinaczeniu spornej decyzji

114. Część Trzecia zarzutu trzeciego odwołania obejmuje dwa zastrzeżenia.

⁴⁸ Zobacz orzecznictwo przywołane w pkt 85 niniejszej opinii.

a) W przedmiocie zastrzeżenia pierwszego

115. W zastrzeżeniu pierwszym części trzeciej trzeciego zarzutu odwołania Komisja zarzuca Sądowi, że w pkt 242 zaskarżonego wyroku niesłusznie stwierdził zobowiązanie Komisji do wykazania, iż łączące się przedsiębiorstwa są „szczególnie bliskimi konkurentami”. Zdaniem Komisji, Sąd w ten sposób zastosował wymóg dowodowy, który jest nadmierny i sprzecznym z wytycznymi. Łączące się przedsiębiorstwa nie muszą bowiem być konkurentami szczególnie bliskimi, aby można było stwierdzić bliskość konkurencji między nimi, będącą istotnym czynnikiem pozwalającym ustalić istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Okoliczność, że inni konkurenci są również bliscy, a nawet bliżsi, nie może tego wniosku podważyć.

116. Ocena Sądu dotycząca stopnia bliskości konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami jest elementem badania pierwszej teorii szkody przedstawionej przez Komisję w odniesieniu do nieskoordynowanych skutków na rynku detalicznym. Zgodnie z tym, co wskazano w pkt 128 zaskarżonego wyroku, w ramach tej teorii szkody Komisja oparła się na znacznej presji konkurencyjnej wywieranej przez Three i O2, na ścisłej konkurencji między nimi, na ich udziałach w rynku i na zachętach dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do podwyższenia cen, a także na zdolności konkurowania jej konkurentów. Komisja wywnioskowała z tego w motywie 1226 spornej decyzji, że rozpatrywana koncentracja „może wywołać nieskoordynowane skutki antykonkurencyjne na rynku detalicznym”.

117. W pkt 234 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, że pojęcie „bliskiego konkurenta” nie figuruje w rozporządzeniu nr 139/2004, lecz jedynie w wytycznych. Tymczasem w pkt 235 i 241 tego wyroku wskazano w istocie, że stosowanie art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004 w związku z motywem 25 tego rozporządzenia wymaga „eliminacji silnej presji konkurencyjnej”, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, co stanowi jednostronny najbardziej bezpośredni skutek koncentracji na rynku oligopolistycznym. W pkt 242, 247 i 249 wspomnianego wyroku Sąd zasadniczo wywnioskował z powyższego, że w odniesieniu do rynku oligopolistycznego, na którym wszyscy operatorzy z definicji są mniej lub bardziej zbliżeni, Komisja powinna była wykazać, że przedsiębiorstwa te były „szczególnie bliskimi konkurentami”, a nie zaś „bliskimi konkurentami”.

118. Wreszcie w pkt 249 i 250 zaskarżonego wyroku Sąd uwzględnił argumentację spółki CK Telecoms dotyczącą niewielkiej mocy dowodowej analizy bliskości konkurencji między Three i O2. Sąd uzasadnił to stanowisko okolicznością, że Three i O2 były jedynie stosunkowo bliskimi konkurentami na części segmentów skoncentrowanego rynku zajętego przez czterech operatorów sieci ruchomej. Taki stan rzeczy był zaś niewystarczający w świetle wyżej wymienionych wymogów – w przeciwnym wypadku doszłoby, co do zasady, do zakazania wszelkiej koncentracji powodującej przejście z czterech operatorów do trzech.

119. W tym względzie należy przypomnieć, że dokonana przez Komisję w spornej decyzji ocena kryterium bliskości konkurencji między łączącymi się przedsiębiorstwami na podstawie jakościowej oceny współczynników przeliczeniowych opartych na danych dotyczących przenoszenia numerów ruchomych⁴⁹, stanowiła zastosowanie, w szczególności, pkt 26 wytycznych. Jej zdaniem, kryterium to stanowi tylko jeden z istotnych czynników, które mogą mieć wpływ na prawdopodobieństwo, że koncentracja pociągnie za sobą znaczne nieskoordynowane skutki. Zgodnie z tym przepisem, prawdopodobieństwo to należy oceniać

⁴⁹ Zobacz motyw 463 spornej decyzji i pkt 227 zaskarżonego wyroku.

w świetle pewnej liczby czynników, które rozpatrywane oddzielnie nie muszą być decydujące ani – aby takie ustalenie było możliwe – nie muszą być spełnione. Jak potwierdza moja analiza zastrzeżenia drugiego części trzeciej zarzutu trzeciego odwołania, przedstawionego w pkt 127–131 poniżej, zgodnie ze wspomnianym przepisem kryterium bliskości konkurencji stanowi tylko jeden z czynników ocenianych przez Komisję na poparcie jej pierwszej teorii szkody⁵⁰.

120. Ponadto z pkt 28 wytycznych wynika, że bliskość konkurencji ocenia się na podstawie stopnia substytucyjności pomiędzy produktami łączących się przedsiębiorstw. Zgodnie z tym punktem, po pierwsze, na tym samym rynku właściwym produkty mogą być zróżnicowane w taki sposób, że niektóre produkty są substytutami bliższymi od innych, a po drugie, im wyższy jest stopień substytucyjności pomiędzy produktami tych przedsiębiorstw, tym bardziej prawdopodobne jest, że znacznie podwyższą one swoje ceny⁵¹. Jak wskazano w motywie 444 spornej decyzji, pkt 29 tych wytycznych przewiduje, że stopień substytucyjności można obliczyć, między innymi, na podstawie współczynników przeliczeniowych⁵², co Komisja uczyniła w niniejszym przypadku.

121. Wynika z tego, że wytyczne opierają się na założeniu, iż niewątpliwie między przedsiębiorstwami dokonującymi koncentracji istnieją różne stopnie bliskości konkurencji. Nie wynika z tego jednak, że dla celów oceny kryterium bliskości konkurencji jako czynnika istotnego dla stwierdzenia istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, odpowiednim stopniem bliskości powinna być, jak wymaga tego pkt 242, 247 i 249 zaskarżonego wyroku, bliskość występująca w przypadku „szczególnie bliskich konkurentów”.

122. W związku z tym Sąd nie miał prawa zarzucać Komisji, choćby w sposób dorozumiany, że instytucja ta naruszyła w spornej decyzji kryteria, które sama wobec siebie ustanowiła w pkt 26, 28 i 29 wytycznych. Wydaje mi się to tym mniej możliwe, że kryterium bliskości konkurencji stanowi tylko jeden spośród czynników, który należy wziąć pod uwagę łącznie z innymi istotnymi czynnikami pozwalającymi Komisji uznać, że rozpatrywana koncentracja mogła przynieść szkodliwe nieskoordynowane skutki, a tym samym spowodować znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Biorąc zaś pod uwagę tylko ten czynnik, bez uwzględnienia innych czynników ocenianych przez Komisję, Sąd nie mógł stwierdzić braku dowodu na istnienie takiej przeszkody.

123. Podobnie, wbrew temu, co wynika z łącznej lektury pkt 235, 241, 242, 245 i 247 zaskarżonego wyroku, rzekomy wymóg „szczególnej” bliskości w stosunku konkurencji łączących się przedsiębiorstw również nie znajduje oparcia ani w treści motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym art. 2 ust. 3 tego rozporządzenia wymaga wyeliminowania „znaczącej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się strony”, ani też w samym pojęciu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

124. Jak wyjaśniłem w pkt 111 powyżej, ów rzekomy wymóg wynika ostatecznie z nadmiernego standardu dowodu, jaki Sąd nałożył na Komisję odnośnie do wykazania istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, jaką niosą z sobą nieskoordynowane skutki, dla którego to standardu nie istnieją żadne przekonujące uzasadnienie (zob. pkt 46–65 powyżej). Zatem

⁵⁰ Zobacz streszczenie zawarte w pkt 128–136 zaskarżonego wyroku.

⁵¹ Zobacz także pkt 238 i 239 zaskarżonego wyroku.

⁵² Zgodnie z definicją przedstawioną w przypisie 39 do pkt 29 wytycznych, jest to wskaźnik przesunięcia popytu z produktu A na produkt B, mierzący ilość sprzedaży produktu A, która nie została zrealizowana z powodu podwyżki ceny produktu A i która zostaje przejęta przez produkt B.

naruszenie przez Sąd wymaganego standardu dowodu, stwierdzone w odpowiedzi na zarzuty pierwszy i drugi, rodzi konsekwencje również w tym kontekście. Znajduje to potwierdzenie w stwierdzeniu zapisanym w pkt 249 zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym ustalenie przez Komisję faktu, że Three i O2 były „stosunkowo bliskimi konkurentami” jedynie na części segmentów skoncentrowanego rynku obejmującego czterech operatorów sieci ruchomej, nie wystarcza do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, chyba że co do zasady zakazuje się wszelkiej koncentracji powodującej przejście z czterech operatorów do trzech.

125. Uważam zatem, że Sąd naruszył prawo, uznając w pkt 250 zaskarżonego wyroku, iż dokonana przez Komisję analiza bliskości stosunku konkurencji między Three i O2 była wadliwa.

126. Należy zatem uwzględnić zastrzeżenie pierwsze części trzeciej zarzutu trzeciego odwołania.

b) W przedmiocie zastrzeżenia drugiego

127. W zastrzeżeniu drugim części trzeciej zarzutu trzeciego odwołania Komisja zarzuca Sądowi, że przeinaczył sporną decyzję i błędnie stwierdził, w szczególności w pkt 249 zaskarżonego wyroku, że w tej decyzji Komisja wyszła z założenia, zgodnie z którym bliskość konkurencji między Three i O2 na rynku właściwym była sama w sobie wystarczająca, aby uznać, że rozpatrywana koncentracja pociągnęłaby za sobą znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. W tym względzie Komisja podnosi, że jak wskazał sam Sąd w pkt 227 zaskarżonego wyroku, jest to tylko o jeden z czynników, które skłoniły tę instytucję do stwierdzenia, że koncentracja ta wywołałaby nieskoordynowane skutki.

128. Zgodnie z pkt 249 zaskarżonego wyroku wykazanie faktu, że Three i O2 są stosunkowo bliskimi konkurentami na części segmentów skoncentrowanego rynku obejmującego czterech operatorów sieci ruchomej, nie może wystarczyć do wykazania eliminacji znacznej presji konkurencyjnej, jaką wywierały na siebie łączące się przedsiębiorstwa, ani do stwierdzenia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, chyba że co do zasady zakazuje się wszelkiej koncentracji powodującej przejście z czterech operatorów do trzech.

129. Prawdą jest, jak podnosi Komisja, że sporna decyzja nie zawiera żadnego powodu ani elementu kontekstowego pozwalającego na interpretowanie jej jako potwierdzenia, iż bliskość konkurencji między Three i O2 była *sama w sobie* wystarczająca, aby uznać, że rozpatrywana koncentracja mogła zrodzić znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Wręcz przeciwnie, jak przypomniano w pkt 119–121 powyżej, z łącznej lektury motywów 313, 321, 444 i 463 tej decyzji wynika, że w ramach pierwszej teorii szkody Komisja – aby ustalić, iż rozpatrywana koncentracja mogła wywołać nieskoordynowane skutki na właściwym rynku – zastosowała kryteria określone w pkt 26, 28 i 29 wytycznych, przewidujące szereg czynników, w tym kryterium bliskości konkurencji określonej na podstawie współczynników przeliczeniowych.

130. Niemniej jednak rozumowanie Sądu zawarte w pkt 249 zaskarżonego wyroku jest niejednoznaczne i niekoniecznie należy je rozumieć jako zarzut wobec Komisji, że uznała w spornej decyzji, iż taki dowód jest *sam w sobie* wystarczający. Taka wykładnia spornej decyzji wydaje się tym mniej możliwa, że – jak zresztą słusznie podnosi Komisja – Sąd uznał w pkt 227 owego wyroku, iż bliskość stosunku konkurencji była jedynie „czynnikiem, którym posłużyła się Komisja w celu stwierdzenia, że [rozpatrywana] koncentracja wywołałaby nieskoordynowane skutki”⁵³. Rozumowanie to nie stanowi raczej przeinaczenia treści tej decyzji, lecz jest elementem

⁵³ Zobacz także streszczenie pierwszej teorii szkody przedstawione w pkt 128–136 zaskarżonego wyroku.

oceny dotkniętej szeregiem naruszeń prawa popełnionych przez Sąd, w tym naruszeń stwierdzonych w pkt 124 i 125 powyżej, polegających na tym, że Sąd wymagał zbyt wysokiego standardu dowodu, w tym dla każdego z dowodów ocenionych przezeń przy ustalaniu, czy mogły one wykazać istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

131. W tym zakresie zastrzeżenie drugie pokrywa się z pierwszym zastrzeżeniem trzeciej części trzeciego zarzutu odwołania (pkt 115–125 powyżej) i należy je oddalić w zakresie, w jakim zarzuca się w nim Sądowi przeinaczenie spornej decyzji.

4. W przedmiocie czwartej części trzeciego zarzutu odwołania, dotyczącej naruszenia obowiązku uzasadnienia odnośnie do ewentualnej niezgodności wytycznych z rozporządzeniem na 139/2004

132. W czwartej części trzeciego zarzutu odwołania Komisja podnosi tytułem ewentualnym, że ponieważ CK Telecoms nie zakwestionowało przed Sądem zgodności wytycznych z art. 2 rozporządzenia nr 139/2004, Sąd nie może zbadać tej kwestii z własnej inicjatywy.

133. W tym względzie wystarczy wskazać, po pierwsze, że części od pierwszej do trzeciej tego zarzutu, podniesione tytułem głównym, należy zasadniczo uwzględnić (zob. pkt 82–131 powyżej), a po drugie, że w zaskarżonym wyroku Sąd nie stwierdził, iż wytyczne te były niezgodne z art. 2 rozporządzenia nr 139/2004. Z powyższego wynika, że nie ma potrzeby badania czwartej części trzeciego zarzutu odwołania.

E. W przedmiocie zarzutu czwartego odwołania, opartego na przeinaczeniu argumentacji Komisji dotyczącej jej analizy ilościowej i naruszeń prawa

1. W przedmiocie skuteczności zarzutu czwartego odwołania

134. W części pierwszej zarzutu czwartego odwołania Komisja podnosi, po pierwsze, że Sąd przeinaczył jej argumenty przedstawione w odpowiedzi na skargę i w duplice w pierwszej instancji, ponieważ w pkt 273 zaskarżonego wyroku stwierdził, iż strony są zgodne co do tego, że wzrost cen, jaki może wynikać z omawianej koncentracji, wynosi [poufne] %, mimo że wartość ta została w toku postępowania zakwestionowana przez Komisję. Po drugie, Komisja zarzuca Sądowi, że w tym punkcie naruszył prawo, stwierdzając, iż ówy wzrost cen nie był znaczny, ponieważ był niższy od wzrostu cen przyjętego we wcześniejszych sprawach dotyczących koncentracji, na które Komisja zezwoliła pod pewnymi warunkami.

135. W części drugiej zarzutu czwartego odwołania Komisja zasadniczo podnosi, że w pkt 277–279 zaskarżonego wyroku Sąd niesłusznie nałożył na nią obowiązek uwzględnienia w analizie UPP „typowego” wzrostu efektywności, który, zdaniem Sądu, jest właściwy dla każdej koncentracji.

136. Argumentacji CK Telecoms, zgodnie z którą rozpatrywany zarzut odwołania jest bezskuteczny, nie można uwzględnić.

137. Należy przypomnieć w tym względzie, po pierwsze, że w pkt 255–259 zaskarżonego wyroku Sąd oddalił argumentację CK Telecoms, zgodnie z którą analiza UPP nie ma żadnej mocy dowodowej i nie można jej wykorzystywać jako spójnego dowodu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

138. Po drugie, nawet jeśli w pkt 268 owego wyroku Sąd uznał, że analiza UPP nie jest dowodem decydującym, to jednak nie zakwestionował jej mocy dowodowej. Stwierdził raczej, że analiza ta nie wystarcza do wykazania, że eliminacja silnej presji konkurencyjnej, którą łączące się przedsiębiorstwa na siebie wywierały, spowoduje znaczący wzrost cen, a tym samym znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

139. Po trzecie, Sąd doszedł do wniosku przedstawionego w pkt 282 zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym Komisja nie wykazała z wystarczającym prawdopodobieństwem, że ceny ulegną takiemu „znaczącemu” wzrostowi, przyjmując w pkt 273 owego wyroku, iż wzrost cen, który mógł wynikać z przedmiotowej koncentracji, wynosi „zdaniem [CK Telecoms], czego Komisja nie podważa, [poufne]”. Tymczasem wzrost ten jest niższy od wzrostów cen stwierdzonych w sprawie COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (zwanej dalej „sprawą irlandzką”) i w sprawie COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (zwanej dalej „sprawą niemiecką”), które wynosiły odpowiednio 6,6% i 9,5%, co nie przeszkodziło Komisji zezwolić na odnośne koncentracje z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków.

140. Po czwarte, w pkt 277–281 zaskarżonego wyroku Sąd zasadniczo zarzucił Komisji, że nie uwzględniła w swojej analizie UPP wzrostu efektywności wynikającego z rozpatrywanej koncentracji, chociaż stanowił on jej integralny element. Dlatego też, zdaniem Sądu, również z tego powodu Komisji nie udało się wykazać istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, polegającej na pogorszeniu się jakości sieci, na którym częściowo opierała się jej druga teoria szkody.

141. W świetle powyższego, argumentacji Komisji zmierzającej do wykazania, po pierwsze, że zakwestionowała ona dokładną wartość procentową wzrostu cen, jaki mógł wynikać z rozpatrywanej koncentracji, po drugie, że Sąd niesłusznie porównał niniejszy przypadek z innymi sprawami dotyczącymi koncentracji, rozpatrzonymi wcześniej, i po trzecie, że nie była ona zobowiązana do uwzględnienia w swojej analizie UPP wzrostu efektywności, takiego jak opisany w pkt 277–279 zaskarżonego wyroku, nie można uznać za bezskuteczną. Każde z tych trzech zastrzeżeń może bowiem podważyć pod względem prawnym zasadność wniosku, do którego Sąd doszedł w pkt 282 zaskarżonego wyroku.

142. Zastrzeżenia te należy zatem zbadać co do istoty.

2. W przedmiocie pierwszej części czwartego zarzutu odwołania, opartej na przeinaczeniu argumentacji Komisji dotyczącej wzrostu cen mogącego wynikać z rozpatrywanej koncentracji oraz na naruszeniu prawa przez Sąd w ocenie analizy ilościowej

143. W pierwszym zastrzeżeniu pierwszej części zarzutu czwartego odwołania Komisja zarzuca Sądowi, że przeinaczył jej argumenty przedstawione w pkt 157 odpowiedzi na skargę i w pkt 61 dupliki w pierwszej instancji, błędnie uznając w pkt 273 zaskarżonego wyroku, iż jest bezsporne, że wzrost cen, który mógł wynikać z omawianej koncentracji, wynosił [poufne], mimo że Komisja w toku postępowania wartość tę zakwestionowała.

144. Jak przypomniano w pkt 139 powyżej, Sąd wskazał w pkt 273 zaskarżonego wyroku, że Komisja nie zakwestionowała w toku postępowania przed Sądem argumentu CK Telecoms, zgodnie z którym wzrost cen, jaki może wynikać z rozpatrywanej koncentracji, wynosił [poufne].

145. Należy jednak stwierdzić, że w pkt 157 odpowiedzi na skargę Komisja rzeczywiście zakwestionowała tę wartość i podniosła, że powinna ona wynosić [poufne], co znalazło potwierdzenie w pkt 159 i 160 tej odpowiedzi oraz w pkt 61 dupliki. Zgodnie z orzecnictwem przytoczonym w pkt 99 powyżej, z akt sprawy wynika zatem w sposób oczywisty, że Sąd w pkt 273 zaskarżonego wyroku nie tylko przeinaczył argumenty Komisji przedstawione w pkt 157 wspomnianej odpowiedzi na skargę, ale również błędnie zastosował zasady dotyczące ciężaru dowodu i postępowania dowodowego poprzez uznanie istotnej okoliczności faktycznej, czyli ewentualnego wzrostu cen o [poufne], jako bezspornej między stronami, chociaż było inaczej⁵⁴.

146. W odpowiedzi na zastrzeżenie drugiej części pierwszej rozpatrywanego zarzutu odwołania wystarczy wskazać, że chociażby z tego powodu Sąd nie miał prawa zarzucić Komisji w pkt 273 zaskarżonego wyroku, iż nie wykazała w przekonujący sposób, że wzrost cen, jaki może wyniknąć z omawianej koncentracji, nie był znaczący, czego powodem (dorozumianym) było to, iż wzrost ten była niższy jedynie o [poufne] od wzrostu przyjętego w sprawie irlandzkiej (6,6%) i znacznie niższy niż w sprawie niemieckiej (9,5%), przy czym w sprawach tych koncentracje zostały pod pewnymi warunkami dopuszczone. Takie podejście, oparte na nieudowodnionym fakcie, jest sprzeczne z zasadami dotyczącymi oceny dowodów, a zatem narusza prawo.

147. Ponadto wobec braku w zaskarżonym wyroku wyjaśnienia porównywalności rozpatrywanych sytuacji Sąd nie miał prawa oprzeć tego wniosku na porównaniu ze wskazanymi sprawami, w których łączące się przedsiębiorstwa zaproponowały zobowiązania, które pozwoliły im uśmierzyć obawy Komisji dotyczące konkurencji. Wspomniane sprawy niekoniecznie były zatem porównywalne z niniejszą, której szczególne okoliczności doprowadziły do wydania zakazu rozpatrywanej koncentracji, w szczególności, na podstawie pierwszej teorii szkody. Dlatego również z tego powodu Sąd niesłusznie w pkt 273 zaskarżonego wyroku oddalił, jako nieprzekonywające, dowody przedstawione przez Komisję na poparcie tej teorii.

148. Natomiast nie uważam, by błąd ten stanowił również, jak podnosi Komisja, nieakceptowalne zastąpienie jej złożonej oceny ekonomicznej, zawartej w analizie UPP, dotyczącej znacznego wzrostu cen. Z pkt 273 zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że Sąd nie był przekonany argumentacją Komisji. W związku z tym, Sąd w swoim rozumowaniu jedynie zastosował zasady dotyczące postępowania dowodowego i ciężaru dowodu i skorzystał z przysługującej mu swobody oceny dowodów, nie dokonując przy tym samodzielnego obliczenia znacznego wzrostu cen.

149. W świetle rozważań przedstawionych w pkt 145–147 powyżej część pierwszą zarzutu czwartego odwołania należy zatem uwzględnić.

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu czwartego odwołania, opartej na naruszeniu prawa przez Sąd przez zażądanie od Komisji uwzględnienia w analizie UPP „typowego” wzrostu efektywności

150. W części drugiej zarzutu czwartego odwołania Komisja zarzuca Sądowi, że w pkt 277–279 zaskarżonego wyroku niesłusznie uznał, iż instytucja ta powinna była uwzględnić w swojej analizie UPP „typowy” wzrost efektywności, który zdaniem tego sądu jest właściwy dla każdej koncentracji.

⁵⁴ Co się tyczy stosowania tych zasad w prawie konkurencji, zob. w szczególności moja opinia w sprawie *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Komisja* (C-105/04 P, EU:C:2005:751, pkt 72–74).

151. W pkt 277 zaskarżonego wyroku Sąd uznał, w sposób dość nowatorski, że każda koncentracja powoduje wzrost efektywności, którego zasięg zależy również od zewnętrznej presji konkurencyjnej. Jego zdaniem, wzrost ów wynika w szczególności z racjonalizacji i integracji procesów produkcji i dystrybucji przez podmiot powstały w wyniku koncentracji, co może go skłonić do obniżenia cen. Jak wynika z pkt 278 i 279 owego wyroku, Sąd odróżnił ów wzrost efektywności od wzrostu efektywności wspomnianego w wytycznych, którego istnienie musi wykazać strona zgłaszająca koncentrację, a które Komisja oddaliła w niniejszej sprawie⁵⁵. Sąd wyjaśnił, że o ile ów wzrost efektywności należy zbadać w ramach całościowej oceny koncentracji pod względem konkurencyjności w celu określenia możliwości zrównoważenia przezeń skutków ograniczających konkurencję, „typowy” wzrost efektywności jest właściwy dla każdej koncentracji i stanowi „jedynie część składową modelu ilościowego, który ma na celu ustalenie, czy koncentracja może wywołać takie ograniczające skutki”. Wnioskuje z tego, że Sąd uznał, iż Komisja jest zobowiązana do uwzględnienia „typowego” wzrostu efektywności we wszystkich przypadkach w sposób systematyczny i z własnej inicjatywy.

152. Ta nowa, określona przez Sąd kategoria wzrostu efektywności, zwanego „typowym”, który – jak zakłada – jest nierozdzielnie związany z każdą koncentracją horyzontalną, odpowiada typologii wzrostu efektywności „domyślnego”, którego uznanie jest zalecane przez niektórych autorów, w szczególności ekonomistów, jako przeciwwaga dla niepewności wynikających z analizy UPP⁵⁶. I tak, proponuje się włączyć do takiej analizy „kredyt” określony procentowo, w wysokości, na przykład, 10%, z tytułu „domyślnego” wzrostu efektywności bezpośrednio związanego z koncentracją, który mógłby zrównoważyć tę procentową wartość wzrostu cen oszacowaną w ramach analizy UPP⁵⁷.

153. Jednak uznanie takiej kategorii wzrostu efektywności w dziedzinie kontroli koncentracji Unii nie wynika ani z rozporządzenia nr 139/2004, ani z rozporządzenia (WE) nr 802/2004⁵⁸, ani z wytycznych. Ponadto Sąd nie wskazał podstaw prawnych, które mogłyby skłonić Trybunał do uznania wagi tego wzrostu efektywności i obarczenia Komisji obowiązkiem jego uwzględnienia, niezależnie od obowiązujących ram prawnych, i to bez naruszania przysługującego jej marginesu swobody w dziedzinie zarządzania polityką konkurencji i kontroli koncentracji.

154. Prawdą jest, że Trybunał orzekł już, iż Komisja powinna uwzględnić szczególne aspekty prokonkurencyjne związane z porozumieniem, które strony wskazują jako element kontekstu gospodarczego, przy ocenie, czy owe domniemane aspekty prokonkurencyjne mogłyby podważyć stwierdzenie, zgodnie z którym porozumienie to stanowi ograniczenie konkurencji „ze względu na cel”, i do oceny konieczności przejścia do badania ograniczenia konkurencji „ze względu na skutek” na podstawie art. 101 ust. 1 TFUE⁵⁹. Jednakże Trybunał wyjaśnił również, że takie podejście nie stanowi zastosowania „reguły rozsądku” (*rule of reason*), uznanej w prawie

⁵⁵ Zobacz motywy 1197, 1223 i 2340 i nast. spornej decyzji.

⁵⁶ Zobacz odniesienia w G. Monti, *EU Merger Control After CK Telecoms UK Investments v. Commission, World Competition*, t. 43, nr 4, 2020, s. 447, 453–456, w szczególności w przypisie 34.

⁵⁷ G. Monti (przypis 56 niniejszej opinii), s. 455.

⁵⁸ Rozporządzenie Komisji z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2004, L 133, s. 1; polskie wydanie specjalne: rozdz. 8, t. 3, s. 88).

⁵⁹ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., *Generics (UK)* i in. (C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 103, 105); zob. także moja opinia w sprawie *Generics (UK)* i in. (C-307/18, EU:C:2020:28, pkt 158–166).

konkurencji Stanów Zjednoczonych, zakładającej wyważenie z urzędu przez Komisję wszystkich prokonkurencyjnych i antykonkurencyjnych skutków jedynie w ramach ust. 1 tego artykułu⁶⁰, przy czym takiego wyważenia należy dokonywać w ramach jego ust. 3⁶¹.

155. Podobnie nie istnieje żaden przekonujący powód, aby uznać, że poza ramami regulacyjnymi mającymi zastosowanie do kontroli koncentracji, na Komisji ciąży obowiązek uwzględnienia – w ocenie istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji, w szczególności wynikającej z nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku oligopolistycznym – „domyślnego” badania wzrostu efektywności w rodzaju badania wymaganego przez Sąd w niniejszej sprawie. Co najwyżej, zadania Komisji w ramach wykonywania przysługującego jej swobodnego uznania w tej dziedzinie, w szczególności w ramach ewentualnej rewizji wytycznych, obejmują weryfikację potrzeby przeprowadzenia takiej analizy z własnej inicjatywy.

156. Tymczasem w obecnym stanie prawa Unii motyw 29 rozporządzenia nr 139/2004 ogranicza się do wskazania prawdopodobnego wzrostu efektywności wykazanego przez zainteresowane przedsiębiorstwa, który Komisja powinna uwzględnić w celu określenia wpływu koncentracji na strukturę konkurencji na rynku wewnętrznym, do którego to wzrostu Sąd odwołuje się w pkt 279 zaskarżonego wyroku. Podobnie, zgodnie z sekcją 9 załącznika I do rozporządzenia nr 802/2004, przedstawienie opisu każdej z podnoszonych form wzrostu efektywności oraz odnośnych dowodów należy do zainteresowanych przedsiębiorstw. Wreszcie w pkt 76–88 wytycznych wymieniono odpowiednie kryteria regulujące uwzględnienie wspomnianego wzrostu efektywności.

157. W tych okolicznościach uważam, że wymagając od Komisji w pkt 277–279 zaskarżonego wyroku uwzględnienia w swojej analizie UPP „typowego” wzrostu efektywności, nieprzewidzianego w tym uregulowaniu, Sąd naruszył prawo.

158. W związku z tym należy uwzględnić również część drugą zarzutu czwartego odwołania, a w konsekwencji zarzut ten w całości.

F. W przedmiocie zarzutu piątego odwołania, dotyczącego naruszenia prawa polegającego na tym, że Sąd nie ocenił całości istotnych czynników i dowodów

159. W zarzucie piątym odwołania Komisja zarzuca Sądowi, że nie zbadał, czy całość istotnych czynników i dowodów pozwala uznać, że w niniejszym przypadku instytucja ta zdołała wykazać znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji. Jej zdaniem Sąd niesłusznie ograniczył się do analizy niektórych czynników i dowodów na poparcie pierwszej teorii szkody oraz do zbadania, czy – rozpatrywane oddzielenie – były one pod tym kątem wystarczające. Sąd w tym względzie przeinaczył sporną decyzję, zastąpił swoją oceną ocenę ekonomiczną dokonaną przez Komisję, błędnie zastosował odpowiednie kryteria prawne i naruszył ciężący na nim obowiązek uzasadnienia.

160. Na wstępie pragnę zauważyć, że wbrew temu, co twierdzi CK Telecoms, rozpatrywany zarzut odwołania nie jest ani niedopuszczalny, ani bezskuteczny przez to, że Komisja miałaby wnosić do Trybunału o orzeczenie, że Sąd powinien usunąć luki w spornej decyzji i ponownie

⁶⁰ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in. (C-307/18, EU:C:2020:52, pkt 104); zob. także moja opinia w sprawie Generics (UK) i in. (C-307/18, EU:C:2020:28, pkt 148 i nast.).

⁶¹ Zobacz podobnie wyroki Sądu: z dnia 18 września 2001 r., M6 i in./Komisja (T-112/99, EU:T:2001:215, pkt 77, 78); z dnia 30 czerwca 2016 r., CB/Komisja (T-491/07 RENV, niepublikowany, EU:T:2016:379, pkt 69, 70).

zbadać rozpatrywaną koncentrację. Komisja podnosi w tym zarzucie kwestię prawną dotyczącą kompletności przeprowadzonej przez Sąd analizy istotnych czynników prawnych i dowodów, a tym samym zasad rządzących postępowaniem dowodowym i oceną dowodów. Rzeczona kwestia prawna może mieć zaś wpływ na zasadność wniosku Sądu, zgodnie z którym Komisja nie wykazała w sposób wymagany prawem istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Komisja zarzuca bowiem Sądowi, że nie dokonał ani całościowej analizy, ani wyważenia wszystkich wspomnianych czynników i dowodów, które zostały ocenione w spornej decyzji w ramach różnych teorii szkody, a zbadał jedynie niektóre czynniki i dowody na poparcie pierwszej teorii szkody i ich wystarczający charakter.

161. Co do istoty należy przypomnieć, że Komisja jest zobowiązana do poparcia decyzji stwierdzającej, że koncentracja powoduje (lub nie) znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, dowodami dostatecznie istotnymi i przekonującymi⁶², przy czym – jak wskazano w pkt 55 powyżej – wymogi dowodowe są w tym względzie całkowicie symetryczne⁶³.

162. Sędzia Unii powinien zaś dokonać zwłaszcza weryfikacji nie tylko materialnej dokładności przytoczonego materiału dowodowego, jego ścisłości i spójności, ale także kontroli tego, czy te materiały stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji i czy może on stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na jego podstawie⁶⁴. W konsekwencji sędzia ten jest, co do zasady, zobowiązany do zbadania charakteru dowodowego *całości* dowodów istotnych i spójnych, lecz kwestionowanych przez skarżące, na których Komisja opiera się przy wykazywaniu istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Ponadto wydaje się, że w pkt 76 zaskarżonego wyroku Sąd do tych zasad się przychylił.

163. Podobnie jak w przypadku wymogów dowodowych dotyczących stosowania art. 101 ust. 1 TFUE⁶⁵, jest oczywiście możliwe, że poszczególne dowody przedstawione przez Komisję nie wystarczają, same w sobie, do wykazania, że koncentracja pociąga za sobą nieskoordynowane skutki prowadzące do powstania znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Jednakże okoliczność tę może wykazać zbiór czynników i dowodów, ocenianych całościowo. Odpowiada to podejściu Komisji zdefiniowanemu w pkt 26 wytycznych, zgodnie z którym pewna liczba czynników, które rozpatrywane oddzielnie niekoniecznie mają decydujące znaczenie, może mieć wpływ na prawdopodobieństwo, że koncentracja pociągnie za sobą znaczne nieskoordynowane skutki, przy czym aby można było dojść do wniosku, że takie skutki są prawdopodobne, nie muszą wystąpić wszystkie te czynniki, niewymienione zresztą w pkt 27–38 tych wytycznych w sposób wyczerpujący⁶⁶. Ponadto, jak wskazano w pkt 64, 97 i 119 powyżej i jak uznano w pkt 287 zaskarżonego wyroku, Komisja w spornej decyzji zastosowała to podejście⁶⁷.

⁶² Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁶³ Zobacz podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 46, 51).

⁶⁴ Wyroki: z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39); z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 145).

⁶⁵ Zobacz wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., Komisja/Keramag Keramische Werke i in. (C-613/13 P, EU:C:2017:49, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁶⁶ Zobacz także podobnie wyrok z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja (T-282/06, EU:T:2007:203, pkt 56, 57).

⁶⁷ Zobacz w szczególności motywy 1175–1225, a w szczególności motywy 1226 i 1227 spornej decyzji.

164. Nie jest natomiast wykluczone, że w analizie zmierzającej do stwierdzenia istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji pewne czynniki lub dowody mogą być szczególnie ważne, a nawet decydujące. W takim przypadku może zatem wystarczyć, że sąd Unii stwierdzi brak wystarczającej mocy dowodowej tych czynników lub dowodów, które mają decydujące znaczenie dla podważenia stanowiska Komisji.

165. Wydaje się, że tym właśnie założeniem Sąd kierował się, przynajmniej w sposób dorozumiany, w swych wnioskach zawartych w pkt 149, 171–173, 249 i 268 zaskarżonego wyroku, zakwestionowanych przez Komisję w ramach rozpatrywanego zarzutu odwołania, w których stwierdził zasadniczo, że badany czynnik lub dowód, odpowiednio, nie wystarcza sam w sobie do stwierdzenia istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

166. Tymczasem, jak wynika z oceny przedstawionej w pkt 93–100 i 118–122 powyżej, pkt 171 zaskarżonego wyroku, który dotyczy badania pojęcia „ważnej siły konkurencyjnej”, oraz pkt 249 tego wyroku, który dotyczy badania kryterium bliskości konkurencji, naruszają prawo. W tych punktach bowiem Sąd niesłusznie zarzuca Komisji, że uznała te dwa czynniki za wystarczające same w sobie do wykazania istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. W ten sposób Sąd w ramach oceny dowodów błędnie przypisał im nadmierną wagę, a nawet zakwalifikował je jako decydujące w odniesieniu do pierwszej teorii szkody, mimo że Komisja zbadała je, w celu wykazania istnienia takiej przeszkody, jedynie jako jedne z wielu innych czynników.

167. Ponadto, jak podnosi Komisja, Sąd dokonał oceny jedynie niektórych czynników i dowodów, na których opiera się zapisany w spornej decyzji wniosek o istnieniu znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Tak więc wychodząc z zawartego w pkt 128–136 zaskarżonego wyroku podsumowania zasadniczej części rozważań przedstawionych w tej decyzji w odniesieniu do pierwszej teorii szkody⁶⁸, Sąd uznał, że należy stwierdzić nieważność tej teorii, a co za tym idzie – nieważność wspomnianej decyzji w całości, w szczególności ze względu na to, że oba czynniki przypomniane w pkt 166 powyżej nie mogły uzasadniać „znaczącego” charakteru zidentyfikowanych nieskoordynowanych skutków i wynikającej z nich przeszkody w skutecznej konkurencji. Sąd zrezygnował zatem z oceny wartości dowodowej innych czynników i dowodów zbadanych w tym celu w motywach 330–1174 spornej decyzji.

168. Podobnie w pkt 268 zaskarżonego wyroku, jeśli chodzi o tę samą teorię szkody, Sąd uznał, że analiza UPP nie jest decydującym dowodem i nie wystarcza do wykazania, że eliminacja silnej presji konkurencyjnej, którą łączące się przedsiębiorstwa na siebie wywierały, spowoduje znaczący wzrost cen, a tym samym znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

169. Ponadto, jak podnosi Komisja, Sąd uznał w pkt 455 zaskarżonego wyroku, że nie ma konieczności orzekania w przedmiocie niezależnego lub współzależnego charakteru trzech teorii szkody, czy też orzekania w przedmiocie pozostałych argumentów i zarzutów CK Telecoms. Sąd

⁶⁸ Zobacz motywy 330–1174 spornej decyzji. Sąd przyjął, w szczególności, następujące czynniki i dowody: przed koncentracją O2 wywierała znaczną presję konkurencyjną i w braku koncentracji nadal wywierałaby tę presję (motywy 778–872 spornej decyzji; zob. pkt 132 zaskarżonego wyroku); jednostka powstała w wyniku połączenia będzie mniej skłonna do prowadzenia agresywnej konkurencji po dokonaniu koncentracji (motywy 873–906 spornej decyzji; zob. pkt 133 zaskarżonego wyroku); dwaj pozostali operatorzy sieci ruchomych skupili się, przede wszystkim, na wytwarzaniu wartości oraz zachowaniu klienteli i jest mało prawdopodobne, że będą mieć taką samą zdolność konkurencyjną po rozważanej koncentracji, a w każdym razie nie będą prawdopodobnie skłonni do prowadzenia zażartej konkurencji (motywy 907–960 spornej decyzji; zob. pkt 135 zaskarżonego wyroku); podmioty niebędące operatorami sieci ruchomej nie mogą skompensować znacznej straty konkurencyjnej wynikającej z rozpatrywanej koncentracji i jest prawdopodobne, że ograniczona presja konkurencyjna, jaką wywierają, ulegnie po tej koncentracji dalszemu zmniejszeniu (motywy 961–1148 spornej decyzji; zob. pkt 136 zaskarżonego wyroku). Sąd nie przypomniał natomiast treści motywów 1149–1174 spornej decyzji dotyczących konkurencji ze strony niezależnych wyspecjalizowanych sprzedawców detalicznych.

ten nie dokonał zatem samodzielnie całościowej analizy poszczególnych czynników i dowodów zakwestionowanych przez CK Telecoms, leżących u podstaw tych teorii, na których opierał się ostateczny wniosek spornej decyzji dotyczący istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

170. Wreszcie, w szczególności z pkt 291, 397, 417, 418 i 454 zaskarżonego wyroku, a także z pkt 32 powyżej wynika, że Sąd rozstrzygnął spór jedynie w drodze oceny i uwzględnienia lub oddalenia niektórych zarzutów, ich części, zastrzeżeń i argumentów podniesionych przez CK Telecoms.

171. Z powyższego wynika, że Komisja słusznie zarzuca Sądowi, iż stwierdzając nieważność spornej decyzji dokonał on wybiórczej i niezrównoważonej, a nawet lakonicznej oceny czynników i dowodów, które zostały jednak uznane w tej decyzji za istotne w świetle pkt 26–38 wytycznych, a także zarzutów i zastrzeżeń podniesionych w tym względzie przez CK Telecoms. Takie podejście jest zaś sprzeczne z wymogami regulującymi kontrolę sądową dowodów, które przypomniano w pkt 162 i 163 powyżej.

172. CK Telecoms nie może podważyć tego wniosku, opierając się na pkt 284–291 zaskarżonego wyroku, dotyczących całościowej oceny nieskoordynowanych skutków, nawet jeśli Komisja nie zakwestionowała tej oceny w ramach odwołania.

173. Prawdą jest, że w argumentach wytoczonych na poparcie niniejszego zarzutu odwołania Komisja uwzględniła wspomnianą ocenę jedynie marginalnie⁶⁹. Podobnie nie podważyła ona bezpośrednio pkt 289 tego wyroku, w którym Sąd zarzucił Komisji, że nie „wyjaśniła w [spornej] decyzji, czy wskazane nieskoordynowane skutki są »znaczące« lub powodowałyby [...] znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji, jak twierdzi w motywie 1227 [tej] decyzji”⁷⁰.

174. Należy jednak stwierdzić, że w pkt 284–291 zaskarżonego wyroku Sąd ograniczył się do udzielenia odpowiedzi na zastrzeżenie CK Telecoms, zgodnie z którym w ramach swojej całościowej oceny Komisja nie „wyjaśniła” powodów, dla których doszła do wniosku, że rzekome nieskoordynowane skutki mają „znaczący” charakter i, co za tym idzie, charakter taki ma też rzekoma przeszkoda w skutecznej konkurencji⁷¹. Okoliczność, że pkt 288 owego wyroku wymienia w tym względzie trzy czynniki istotne z punktu widzenia tej oceny, nie oznacza, że Sąd dokonał ponownej oceny ich wartości dowodowej. Teza ta znajduje potwierdzenie w sformułowaniu użytym na początku pkt 289 wspomnianego wyroku („[n]iezależnie od wartości dowodowej tego zbioru dowodów i okoliczności”). A zatem przeprowadzone przez Sąd w tym zakresie badanie sprawia wrażenie raczej badania niewystarczającego uzasadnienia zapisanego w spornej decyzji, tłumaczącego całościową ocenę istotnych czynników i dowodów, na co wskazuje również użycie czasownika „wyjaśnić” i wyrażenia „zwięzłe odniesienie”.

⁶⁹ Zobacz pkt 116, przypis 53 odwołania oraz pkt 146 i 147 odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez CK Telecoms.

⁷⁰ W pkt 120 odwołania, nie odnosząc się bezpośrednio do pkt 289 zaskarżonego wyroku, Komisja ogranicza się do stwierdzenia, że próg charakteru „znaczącego” odnosi się do pojęcia „znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji”, w ujęciu zastosowanym w wytycznych, a nie indywidualnie do poszczególnych stwierdzeń składających się na teorię szkody. Podobnie w przypisie 68 znajdującym się w pkt 127 odwołania Komisja wskazuje jedynie tytułem przykładu fakt, że Sąd „nie starał się ustalić, czy w połączeniu z innymi negatywnymi skutkami spowodowanymi przez [rozpatrywaną] koncentrację ogólna szkoda konkurencyjna mogąca wyniknąć z koncentracji byłaby znacząca”.

⁷¹ W części siódmej zarzutu pierwszego podniesionego w pierwszej instancji, do której ustosunkowano się w pkt 286–291 zaskarżonego wyroku, CK Telecoms zasadniczo zarzuciło Komisji, że nie dokonała całościowej oceny istnienia nieskoordynowanych skutków ani nie wyjaśniła powodów, dla których w motywach 1226 i 1227 spornej decyzji doszła do wniosku, że rzekome ograniczenia wynikające z rozpatrywanej koncentracji są znaczące w rozumieniu pkt 25 wytycznych, a rzekome przeszkody dla konkurencji wynikające z koncentracji są znaczące w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

175. Wynika z tego, że wbrew temu, co twierdzi CK Telecoms, pkt 284–291 zaskarżonego wyroku nie świadczą o tym, że Sąd dopełnił ciążącego na nim obowiązku kontroli tych dowodów, o którym mowa w pkt 162 i 163 powyżej.

176. Wnioskuje z tego, że Sąd naruszył prawo, nie uwzględniając zakresu kontroli, jaką powinien był przeprowadzić w odniesieniu do wszystkich istotnych czynników i dowodów, na podstawie których w spornej decyzji wykazano istnienie znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji.

177. W konsekwencji należy uwzględnić rozpatrywany zarzut, bez konieczności orzekania w kwestii tego, czy postępując w ten sposób, Sąd również zastąpił ocenę Komisji własną oceną ekonomiczną, naruszył istotne kryteria prawne lub ciążący na nim obowiązek uzasadnienia.

G. W przedmiocie zarzutu szóstego odwołania opartego na przeinaczeniu spornej decyzji i naruszeniu obowiązku uzasadnienia

1. W przedmiocie skuteczności zarzutu szóstego odwołania

178. W zarzucie szóstym odwołania Komisja zarzuca Sądowi, po pierwsze, przeinaczenie spornej decyzji poprzez stwierdzenie w pkt 358–361 zaskarżonego wyroku, że instytucja ta nie zbadała ewentualnego pogorszenia, po rozważanej koncentracji, jakości sieci jednostki powstałej w wyniku połączenia, a po drugie, naruszenie ciążącego na nim obowiązku uzasadnienia przy uwzględnieniu części szóstej zarzutu trzeciego podniesionego w pierwszej instancji.

179. CK Telecoms odpowiada, że szósty zarzut odwołania jest bezskuteczny, ponieważ Komisja nie kwestionuje głównego toku rozumowania Sądu dotyczącego drugiej teorii szkody. W szczególności, nie podważa ona rozważań przedstawionych w pkt 325, 330, 340, 344, 346–347 zaskarżonego wyroku, które doprowadziły Sąd do stwierdzenia w pkt 348 tego wyroku, że Komisja błędnie stwierdziła, iż trwałe zakłócenie umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci może stanowić znaczącą przeszkodę w konkurencji ze strony partnera będącego stroną takiej umowy. Komisja nie podważa również głównych rozważań Sądu, przedstawionych w pkt 362–397 zaskarżonego wyroku, dotyczących wpływu rozpatrywanej koncentracji na BT/EE i na Vodafone. Wszystkie te niekwestionowane rozważania skłoniły zaś Sąd do oddalenia drugiej teorii szkody.

180. Jak podnosi Komisja, w spornej decyzji, a w szczególności w drugiej teorii szkody, nie stwierdziła ona istnienia znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji tylko na podstawie rozbieżności interesów między partnerami w ramach umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci, ponieważ rozbieżność ta była tylko jednym z czynników, które wzięła pod uwagę w swojej analizie⁷². Zatem okoliczność, że w ramach rozpatrywanego zarzutu odwołania Komisja nie kwestionuje rozważań przedstawionych w pkt 347 i 348 zaskarżonego wyroku, nie czyni tego zarzutu bezskutecznym. Z rzeczonych rozważań wynika bowiem w istocie, że ewentualna rozbieżność interesów między partnerami związanymi umową dotyczącą wspólnego korzystania z sieci oraz zakłócenie istniejących wcześniej umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci nie stanowią, jako takie, znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Komisja błędnie zatem stwierdziła, że takie trwałe zakłócenie może stanowić znaczącą przeszkodę w konkurencji ze strony partnera będącego stroną takiej umowy. Tymczasem wskazany zarzut odwołania dotyczy

⁷² Zobacz motywy 1228 i nast. spornej decyzji.

również innych czynników, które Komisja wzięła pod uwagę przy wykazywaniu w ramach drugiej teorii szkody, że rozpatrywana koncentracja spowodowałaby znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji.

181. Ponadto, jak wskazano w szczególności w pkt 361 zaskarżonego wyroku, Sąd zbadał w pkt 362–397 owego wyroku, czy przeprowadzona przez Komisję analiza wpływu koncentracji na BT/EE i na Vodafone opiera się na „szczególnie solidnym i przekonującym rozumowaniu”. W tym względzie Sąd wyszedł z założenia przyjętego w pkt 358–361 tego wyroku, zakwestionowanego w części pierwszej rozpatrywanego zarzutu odwołania, zgodnie z którym sporna decyzja nie zawierała analizy „pogorszenia oferowanych usług lub jakości swojej własnej sieci przez jednostkę powstałą w wyniku połączenia”. Tymczasem, zważywszy, że rozważania te stanowią właśnie podstawę dokonanej przez Sąd oceny wartości dowodowej elementów zbadanych w spornej decyzji, służącej wykazaniu skutków rozpatrywanej koncentracji dla BT/EE i dla Vodafone, dokonanej w pkt 362–397 tego wyroku, sam fakt, że Komisja nie kwestionuje tej ostatniej oceny, nie oznacza, że zarzut szósty jest bezskuteczny.

182. Należy zatem zbadać zasadność obu części rozpatrywanego zarzutu odwołania.

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu szóstego odwołania, opartej na przeinaczeniu spornej decyzji

183. W części pierwszej zarzutu szóstego odwołania Komisja podnosi, że Sąd przeinaczył sporną decyzję błędnie uznając w pkt 358–361 zaskarżonego wyroku, iż instytucja ta nie dokonała oceny ewentualnego pogorszenia jakości sieci jednostki powstałej w wyniku połączenia, i błędnie stwierdził, że drugą teorię szkody należy oddalić. Komisja wyjaśnia zasadniczo, że – w szczególności w motywach 1558–1562 i 1732–1742 tej decyzji – oceniła ryzyko spadku jakości sieci podmiotu powstałego w wyniku połączenia oraz wynikającej stąd redukcji presji konkurencyjnej wywieranej na innych operatorów sieci mobilnych.

184. CK Telecoms przypomina, że druga teoria szkody obejmuje dwie pod-teorie odnoszące się do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci. Kwestionowane przez Komisję pkt 358–361 zaskarżonego wyroku stanowią część analizy Sądu dotyczącej pierwszej pod-teorii szkody, czyli tej, zgodnie z którą nastąpi redukcja presji konkurencyjnej wywieranej przez innych konkurentów, czyli BT/EE lub Vodafone, na podmiot powstały w wyniku połączenia. Zdaniem CK Telecoms, żaden z motywów spornej decyzji przywołanych przez Komisję, które, jej zdaniem, zawierają analizę degradacji sieci jednostki powstałej w wyniku połączenia, nie odnosi się do pierwszej pod-teorii. Motywy te odnoszą się jedynie do drugiej pod-teorii szkody, czyli do ewentualnego ogólnego spadku inwestycji, wynikającego ze zwiększonej przejrzystości, która została zbadana w pkt 398–418 zaskarżonego wyroku.

185. Na wstępie należy przypomnieć, że – jak wynika z pkt 292 zaskarżonego wyroku – w toku postępowania administracyjnego Three przedstawiło dwa plany konsolidacji sieci, a mianowicie „plan [A]” i „plan [B]”⁷³. Plany te opierały się na dwóch umowach dotyczących wspólnego korzystania z sieci, po pierwsze, między BT/EE i Three, czyli MBNL, oraz po drugie, między Vodafone i O2, czyli Beacon, za pomocą których operatorzy ci skonsolidowali swoje sieci, aby móc dzielić się kosztami rozwoju, zachowując jednocześnie konkurencję w handlu detalicznym.

⁷³ Dane poufne w nawiasach kwadratowych, określane w jawnej wersji zaskarżonego wyroku jako „plany [A] i [B]”.

Zgodnie ze wspomnianymi planami podmiot powstały w wyniku połączenia w perspektywie długoterminowej nie miał utrzymywać dwóch odrębnych sieci, lecz – jak wskazano w pkt 410, 413 i 416 zaskarżonego wyroku – zamierzano stworzyć jedną, skonsolidowaną sieć.

186. W ramach drugiej teorii szkody odnoszącej się do umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci Komisja rozwinęła dwie pod-teorie⁷⁴. Pierwsza z tych pod-teorii polega w istocie na uznaniu, że rozpatrywana koncentracja mogłaby doprowadzić do redukcji presji konkurencyjnej wywieranej przez innych konkurentów, czyli BT/EE lub Vodafone, na podmiot powstały w wyniku połączenia⁷⁵, natomiast druga z nich odnosi się do wynikającego stąd wspólnego korzystania z sieci, które doprowadziłoby do spadku inwestycji w infrastrukturę sieciową w skali całego sektora. Z motywu 1233 spornej decyzji wynika bowiem, że owa koncentracja mogłaby doprowadzić do zmniejszenia synergii, które miałyby wpływ na partnerów będących stronami umów dotyczących wspólnego korzystania z sieci i umożliwiłoby oportunistyczne zachowanie inwestycyjne podmiotu powstałego w wyniku połączenia, co ograniczyłoby inwestycje w całym sektorze i, co za tym idzie, poziom skutecznej konkurencji, jaka istniałaby, gdyby nie doszło do koncentracji⁷⁶. Ponadto, podkreśliwszy w motywach 1235–1243 tej decyzji znaczenie zbieżności interesów między partnerami w ramach umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci, to właśnie w świetle wspomnianych dwóch pod-teorii szkody Komisja zbadała w motywach 1244–1784 tej decyzji plany dotyczące konsolidacji sieci.

187. Potencjalne zmiany na rynku w następstwie rozważanej koncentracji przedstawiono w motywach 1368–1784 spornej decyzji, przy czym motywy 1391–1567 dotyczą skutków planu [A], a motywy 1598–1749 odnoszą się do skutków planu [B]. To właśnie w tym kontekście Komisja zbadała rzeczone skutki, odpowiednio, po pierwsze, dla BT/EE, a w szczególności dla sieci MBNL, następnie dla Vodafone, a w szczególności dla sieci Beacon, a wreszcie dla całkowitych inwestycji w odnośne sieci. Ponadto w ramach analizy wpływu wspomnianych planów na całkowite inwestycje w odnośne sieci Komisja wskazała, w szczególności w motywach 1556–1562 i w motywach 1732–1742 spornej decyzji, odpowiednio, że zwiększona przejrzystość inwestycji pomiędzy operatorami sieci ruchomych mogłaby zmniejszyć ich motywację do inwestowania w sieci, a zatem mieć znaczący negatywny wpływ na inwestycje w te sieci w całym sektorze.

188. W szczególności, po pierwsze, w motywach 1559–1561 i 1734 spornej decyzji Komisja stwierdziła w istocie, że ze względu na tę zwiększoną przejrzystość jednostka powstała w wyniku połączenia mogłaby uzyskać informacje o inwestycjach BT/EE w technologię na potrzeby sieci MBNL i w rezultacie zdecydować o samodzielnym wdrożeniu takiej technologii na potrzeby sieci Beacon [*poufne*]. Natomiast Vodafone, zdaniem Komisji, mógłby dowiedzieć się, że podmiot powstały w wyniku połączenia zamierza wdrożyć tę technologię, co motywowałoby go do rezygnacji z takich inwestycji technologicznych w oczekiwaniu, aż poczyni je podmiot powstały w wyniku połączenia. Po drugie, w motywach 1735 i 1736 tej decyzji Komisja uznała, że zgodnie z planem [B] jednostka powstała w wyniku połączenia mogłaby uzyskać informacje o inwestycjach planowanych przez BT/EE lub Vodafone, a także zachętę do dokonania podobnych inwestycji, zarówno na wschodzie, jak i na zachodzie Zjednoczonego Królestwa [*poufne*]. W motywie 1737 wspomnianej decyzji Komisja stwierdziła, że zwiększona przejrzystość pociągnie za sobą ryzyko, iż BT/EE i Vodafone będą czekać, aż takich inwestycji w rozwój istotnych nowych technologii dokona podmiot powstały w wyniku połączenia, zanim same w nie zainwestują.

⁷⁴ Zobacz motywy 1229–1234 spornej decyzji i pkt 295 zaskarżonego wyroku.

⁷⁵ Zobacz motyw 1232 spornej decyzji i pkt 298 zaskarżonego wyroku.

⁷⁶ Zobacz także pkt 299 zaskarżonego wyroku.

189. Zgodnie z założeniem wskazanym w motywie 1275 spornej decyzji, wedle którego inny sposób redukcji presji konkurencyjnej wywieranej przez partnera będącego stroną umowy dotyczącej wspólnego korzystania z sieci polega na pogorszeniu jakości sieci poprzez uniemożliwienie lub utrudnienie inwestycji w sieć przez innego partnera będącego stroną tej umowy, Komisja dokonała zatem analizy ewentualnego pogorszenia jakości zarówno sieci MBNL, jak i sieci Beacon poprzez ustalenie związku między uniemożliwieniem lub utrudnieniem inwestycji z jednej strony, a tymże pogorszeniem jakości z drugiej strony. Wynika z tego ponadto, że Komisja od początku uznała, iż redukcja presji konkurencyjnej może polegać, w szczególności, na takim właśnie pogorszeniu przez jednostkę powstałą w wyniku połączenia jakości jej własnej sieci, jak wskazano w pkt 358 zaskarżonego wyroku.

190. Z uzasadnienia spornej decyzji wynika zatem w sposób oczywisty, że Sąd niesłusznie zarzucił Komisji w pkt 358 i 361 zaskarżonego wyroku, po pierwsze, iż nie dokonała w tej decyzji analizy „nieskoordynowanych skutków koncentracji dotyczących możliwego wykorzystania siły rynkowej, w postaci pogorszenia oferowanych usług lub jakości swojej własnej sieci przez jednostkę powstałą w wyniku połączenia”. Po drugie, Sąd również błędnie uznał, że „brak dogłębnego zbadania tej problematyki stanowi słabość [jej] analizy w [spornej] decyzji, która to analiza wymagałaby, aby być użyteczną, szczególnie solidnego i przekonującego rozumowania w odniesieniu do wpływu na konkurentów”.

191. Oceny tej nie podważa formalistyczny argument CK Telecoms, zgodnie z którym z punktu widzenia struktury spornej decyzji Komisja dokonała oceny skutków planów [A] i [B] na całkowite inwestycje w odnośne sieci w dwóch odrębnych tytułach.

192. Prawdą jest, po pierwsze, że „[s]kutki planu [A lub B] dla całkowitych inwestycji sieciowych” zbadano, odpowiednio, w motywach 1555 i nast. oraz w motywach 1725 i nast. tej decyzji, czyli w ramach oceny *drugiej* pod-teorii szkody. Po drugie, w pkt 358–361 zaskarżonego wyroku, zakwestionowanych przez Komisję, przedstawiono ogólne rozważania Sądu dotyczące *pierwszej* pod-teorii szkody, zgodnie z którą można zaobserwować redukcję presji konkurencyjnej wywieranej na konkurentów ze strony jednostki powstałej w wyniku połączenia. Jednakże w swojej analizie skutków obu planów konsolidacji sieci dla BT/EE i Vodafone, jak również dla całkowitych inwestycji sieciowych, przypomnianej w pkt 187 i 188 powyżej, Komisja formalnie nie dokonała rozróżnienia na przedstawione pod-teorie, lecz przeciwnie, przyjęła podejście przekrojowe, odwołując się do poszczególnych części spornej decyzji⁷⁷.

193. W związku z powyższym stwierdzam, że Sąd przeinaczył treść spornej decyzji i że należy uwzględnić część pierwszą zarzutu szóstego odwołania.

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu szóstego odwołania, opartej na naruszeniu obowiązku uzasadnienia

194. W części drugiej zarzutu szóstego odwołania Komisja podnosi, że Sąd naruszył ciężący na nim obowiązek uzasadnienia. Uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie pozwala Komisji na poznanie powodów, dla których Sąd uwzględnił część szóstą zarzutu trzeciego podniesionego w pierwszej instancji, ani Trybunałowi na wykonanie w tym względzie przysługujących mu uprawnień kontrolnych w odniesieniu do zaskarżonego wyroku.

⁷⁷ Motywy 1733 i 1737 spornej decyzji.

195. Dla przypomnienia, w podniesionej przed Sądem części szóstej zarzutu trzeciego CK Telecoms zarzuciło Komisji, że naruszyła prawo i popełniła oczywiste błędy w ocenie w ramach analizy skutków rozpatrywanej koncentracji dla inwestycji sieciowych, w szczególności w odniesieniu do mechanizmu, przewidzianego w planie [B], powodującego zwiększoną przejrzystość inwestycji pomiędzy operatorami sieci ruchomej, która mogłaby zmniejszyć ich motywację do inwestowania w nią⁷⁸. Dokładniej rzecz ujmując, zdaniem CK Telecoms, błędy te polegały, po pierwsze, na błędnym zakwalifikowaniu przez Komisję jej obaw jako związanych z „efektami [skutkami] nieskoordynowanymi”, chociaż w rzeczywistości dotyczyły one „efektów [skutków] skoordynowanych” w rozumieniu pkt 22 wytycznych, a po drugie, na nieuwzględnieniu przez nią faktu, że zobowiązania zaproponowane przez CK Telecoms nie miały odnosić się do obaw związanych ze spadkiem inwestycji sieciowych.

196. W pkt 402–407 zaskarżonego wyroku Sąd zbadał najpierw te motywy spornej decyzji, które dotyczyły ewentualnego spadku całkowitych inwestycji we wspomniane sieci ze względu na rzeczoną zwiększoną przejrzystość. Następnie Sąd uznał w pkt 408 owego wyroku, że „w niniejszym przypadku szczególna trudność związana z kontrolą sądową, której powinien poddać zaskarżoną decyzję, polega na tym, że Komisja nie wskazała właściwych ram czasowych, w odniesieniu do których zamierza wykazać znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji”.

197. Ponadto w pkt 410 zaskarżonego wyroku wskazano, że zostało ustalone, w szczególności w motywach 1239 i 1244 spornej decyzji, iż bez względu na to, który plan konsolidacji sieci zostanie ostatecznie przyjęty przez strony koncentracji, nie utrzymają one w perspektywie długoterminowej dwóch odrębnych sieci⁷⁹ i że „nie wydaje, aby w zaskarżonej decyzji perspektywa długoterminowa była brana pod uwagę [przez Komisję] jako ramy czasowe właściwe do oceny skutków [rozpatrywanej] koncentracji”.

198. W pkt 415 zaskarżonego wyroku wyjaśniono, że „analiza skutków koncentracji na rynku oligopolistycznym w sektorze telekomunikacji, który wymaga długoterminowych inwestycji i na którym konsumenci często są związani umowami na kilka lat, jest dynamiczną analizą prospektywną, wymagającą uwzględnienia ewentualnych skoordynowanych lub skutków jednostronnych w stosunkowo długim czasie w przyszłości”.

199. Sąd stwierdził zasadniczo w pkt 416 i 417 zaskarżonego wyroku, że ze względu na fakt, iż łączące się przedsiębiorstwa nie utrzymają w perspektywie długoterminowej dwóch odrębnych sieci, Komisja naruszyła prawo, uznając wpływ zwiększonej przejrzystości na całkowite inwestycje sieciowe za nieskoordynowane skutki „w zakresie, w jakim druga pod-teoria opiera się na błędnym założeniu istnienia dwóch odrębnych sieci”.

200. Należy jednak stwierdzić, że ani w skardze⁸⁰, ani w replice⁸¹, złożonych w pierwszej instancji, CK Telecoms nie zarzuciła Komisji, iż nie sprecyzowała lub nie zbadała właściwych ram czasowych, w których zamierzała wykazać istnienie nieskoordynowanych skutków i znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji. Przeciwnie, jak wynika z pkt 195 powyżej, ocena Sądu przypomniana w powyższym pkt 199 nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w zastrzeżeniach podniesionych przez CK Telecoms. Rozumowanie przedstawione w pkt 408 i 415 zaskarżonego

⁷⁸ Zobacz motywy 1732–1742 spornej decyzji i pkt 398, 399 zaskarżonego wyroku.

⁷⁹ Zobacz także pkt 416 zaskarżonego wyroku.

⁸⁰ Zobacz pkt 205–215 skargi.

⁸¹ Zobacz pkt 133–138 repliki.

wyroku, przypomniane w pkt 196 powyżej, wskazuje bowiem, że Sąd z własnej inicjatywy⁸² *zajął się zastrzeżeniem dotyczącym braku precyzji „ram czasowych” i analizy nieskoordynowanych skutków „w perspektywie długoterminowej”*.

201. Wynika stąd, że odpowiedź Sądu na podniesioną przed nim część szóstą zarzutu trzeciego, przedstawiona w pkt 398–416 zaskarżonego wyroku, oparta na aspekcie, który podniósł z własnej inicjatywy, nie odpowiada ani zastrzeżeniom podniesionym przez CK Telecoms, ani wnioskowi zapisanemu w pkt 417 owego wyroku, na podstawie którego Sąd uwzględnił tę część zarzutu. W punktach tych występuje zatem sprzeczność uzasadnienia, która jest niezgodna z obowiązkiem uzasadnienia wyroków⁸³.

202. W konsekwencji należy również uwzględnić część drugą zarzutu szóstego odwołania, a co za tym idzie – zarzut ten w całości.

V. W przedmiocie przekazania sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania

203. Zgodnie z art. 61 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jeśli odwołanie jest zasadne, Trybunał uchyla orzeczenie Sądu. Może on wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala, lub skierować sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd.

204. Z całości powyższych rozważań wynika, że odwołanie jest zasadne i że zaskarżony wyrok należy uchylić w całości, w szczególności z powodu naruszeń prawa stwierdzonych w toku oceny zarzutów od pierwszego do trzeciego.

205. Niezależnie zaś od kwestii tego, czy orzekając uchylenie wyroku Trybunał powinien dokonać oceny również pozostałych zarzutów odwołania, uważam, że nie dysponuje on informacjami niezbędnymi do wydania ostatecznego orzeczenia w przedmiocie wszystkich zarzutów podniesionych w pierwszej instancji. W szczególności z pkt 291⁸⁴, 397⁸⁵, 417, 418⁸⁶ i 454⁸⁷ zaskarżonego wyroku, a także z pkt 32 niniejszej opinii wynika bowiem, że Sąd rozstrzygnął spór jedynie w drodze oceny i uwzględnienia lub oddalenia niektórych zarzutów, ich części, zastrzeżeń i argumentów podniesionych przez CK Telecoms. Ponadto Sąd nie wypowiedział się w przedmiocie zarzutu piątego, kwestionującego ocenę niektórych zobowiązań zaproponowanych przez to przedsiębiorstwo⁸⁸. Wreszcie należy wskazać, że w rezultacie Sąd nie wypowiedział się w przedmiocie wszystkich czynników i dowodów, które Komisja oceniła w spornej decyzji⁸⁹ w charakterze przesłanek prowadzących do wniosku, iż rozpatrywana koncentracja wywołuje nieskoordynowane skutki i spełnia kryteria znaczącej przeszkody w skutecznej konkurencji w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004, a które CK Telecoms zakwestionowało.

⁸² W braku wyraźnego zastrzeżenia Komisji w tym względzie nie ma potrzeby badania, czy takie podejście narusza zasadę *ne ultra petita*; zob. w tym względzie wyrok z dnia 14 listopada 2017 r., *British Airways/Komisja* (C-122/16 P, EU:C:2017:861, pkt 81 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁸³ Zobacz wyroki: z dnia 19 stycznia 2017 r., *Komisja/Total i Elf Aquitaine* (C-351/15 P, EU:C:2017:27, pkt 19 i przytoczone tam orzecznictwo); z dnia 11 czerwca 2020 r., *Komisja/Di Bernardo* (C-114/19 P, EU:C:2020:457, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁸⁴ W punkcie tym uwzględniono pierwszy zarzut CK Telecoms, jednak bez orzekania w przedmiocie części szóstej i siódmej owego zarzutu.

⁸⁵ W punkcie tym uwzględniono jedynie trzecią, czwartą i piątą część zarzutu trzeciego podniesionego przez CK Telecoms.

⁸⁶ W punkcie tym uwzględniono część szóstą zarzutu trzeciego, nie rozstrzygając jednak „pozostałych części tego zarzutu.”, czyli jego części pierwszej, drugiej i siódmej.

⁸⁷ W punkcie tym uwzględniono trzy pierwsze części zarzutu czwartego, nie rozpatrując jednak części czwartej, piątej i szóstej tego zarzutu.

⁸⁸ Zobacz pkt 125, 455 zaskarżonego wyroku.

⁸⁹ Zobacz w szczególności w pkt 122 i 180 niniejszej opinii.

206. Uważam zatem, podobnie jak Komisja, że stan postępowania nie pozwala na wydanie orzeczenia w sprawie i że sprawę należy skierować do ponownego rozpoznania przez Sąd, zastrzegając, że rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

VI. Wnioski

207. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał orzekł, co następuje:

- 1) Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 28 maja 2020 r., CK Telecoms UK Investments/Komisja (T-399/16, EU:T:2020:217) zostaje uchylony.
- 2) Sprawa zostaje przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi Unii Europejskiej.
- 3) Rozstrzygnięcie o kosztach nastąpi w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.