



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Primeira Secção Alargada)

28 de maio de 2020*

«Concorrência — Concentrações — Atividades de telecomunicações sem fios — Mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis — Mercado grossista do acesso e da originação de chamadas nas redes móveis públicas — Aquisição da Telefónica Europe pela Hutchison — Decisão que declara a concentração incompatível com o mercado interno — Mercado oligopolístico — Entrave significativo a uma concorrência efetiva — Efeitos não coordenados — Ónus da prova — Exigência de prova — Quotas de mercado — Efeitos da concentração sobre os preços — Análise quantitativa sobre a pressão em alta previsível sobre os preços — Concorrentes próximos — Forte pressão concorrencial — Força concorrencial importante — Acordos de partilha de rede — Grau de concentração — Índice de Herfindahl Hirschmann — Erro de direito — Erro de apreciação»

No processo T-399/16,

CK Telecoms UK Investments Ltd, com sede em Londres (Reino Unido), representada por T. Wessely, O. Brouwer, advogados, A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, e B. Kennelly, QC,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski e C. Urraca Caviedes, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short e A. Dadley, agentes, assistidos por R. Williams e J. Morrison, barristers,

e por:

EE Ltd, com sede em Hatfield (Reino Unido), representada por A. Lindsay, barrister, C. Chapman e J. Hulsmann, solicitors,

intervenientes,

* Língua do processo: inglês.

que tem por objeto um pedido baseado no artigo 263.º TFUE e destinado à anulação da Decisão C(2016) 2796 final da Comissão, de 11 de maio de 2016, que declara incompatível com o mercado interno a operação de concentração relativa à aquisição da Telefónica Europe plc pela Hutchison 3G UK Investments Ltd (processo COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

O TRIBUNAL GERAL (Primeira Secção alargada),

composto por: M. van der Woude, presidente, E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen e U. Öberg (relator), juízes,

secretário: S. Bukšek Tomac, administradora,

vista a fase escrita do processo e após a audiência de 2 e 3 de maio de 2019,

profere o presente

Acórdão

I. Antecedentes do litígio

- 1 Em 11 de setembro de 2015, a Comissão Europeia recebeu a notificação, nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, L 24, p. 1), de um projeto de concentração pelo qual a CK Hutchison Holdings Ltd, por intermédio da sua filial indireta Hutchison 3G UK Investments Ltd, atualmente a recorrente, CK Telecoms UK Investments Ltd, adquire, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do referido regulamento, o controlo exclusivo da Telefónica Europe plc (a seguir «O2»).
- 2 À época dos factos na origem do presente litígio, havia, no mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis no Reino Unido (a seguir «mercado retalhista»), quatro operadores de rede móvel: a EE Ltd, que é uma filial da BT Group plc, adquirida por esta última em 2016 (a seguir, conjuntamente, «BT/EE»), a O2, a Vodafone e a Hutchison 3G UK Ltd (a seguir «Three»), filial indireta da CK Hutchison Holdings, cujas quotas de mercado em termos de assinantes eram respetiva e aproximadamente [entre 30 % e 40 %], [entre 20 % e 30 %], [entre 10 % e 20 %] e [entre 10 % e 20 %]. A operação de concentração objeto do presente litígio (a seguir «operação», «concentração» ou «transação») teria permitido à entidade resultante da concentração, que reúne a Three e a O2 (a seguir, conjuntamente, «partes na concentração»), representar aproximadamente [entre 30 % e 40 %] do mercado retalhista e tornar-se, assim, o principal ator deste mercado, à frente do antigo operador histórico BT/EE e da Vodafone.
- 3 Além destes operadores de rede móvel, o mercado retalhista contava igualmente com vários operadores de redes móveis virtuais, como a Tesco Mobile, a Virgin Mobile e a TalkTalk, que não eram proprietários das redes que utilizavam para prestar serviços móveis aos consumidores do Reino Unido e que, portanto, tinham celebrado acordos com um dos operadores de rede móvel para ter acesso à sua rede a preços grossistas. A Tesco Mobile é detida em partes iguais pela Tesco e pela O2. O mercado retalhista contava igualmente com revendedores (a seguir, conjuntamente com os operadores de redes móveis virtuais, «não ORM») e retalhistas independentes, como a Dixons.
- 4 Uma característica deste mercado era o facto de que a BT/EE e a Three, por um lado, e a Vodafone e a O2, por outro, tinham unido as suas redes através de acordos de partilha de rede. Isto permitia à BT/EE e à Three (acordo MBNL, a seguir «MBNL») e à Vodafone e à O2 (acordo Beacon, a seguir «Beacon»), respetivamente, partilharem os custos de implantação das suas redes, sem deixarem de competir no plano do comércio a retalho.

- 5 Em 2 de outubro de 2015, o Reino Unido pediu, por intermédio da Competition and Markets Authority (Autoridade da Concorrência e dos Mercados, Reino Unido), que a concentração lhe fosse remetida, com base no artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004. Nesse pedido, o Reino Unido considera que a concentração ameaça entrar de maneira significativa a concorrência no mercado retalhista e no mercado grossista do acesso e da originação de chamadas nas redes móveis públicas no Reino Unido (a seguir «mercado grossista»). Além disso, o Reino Unido sustenta que é quem está em melhor posição para tratar a concentração.
- 6 Em 4 de dezembro de 2015, a Comissão adotou a Decisão C(2015) 8534 final, relativa ao artigo 9.º do Regulamento n.º 139/2004 no processo M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, pela qual indeferiu esse pedido de remessa. Nessa decisão, a Comissão invoca, nomeadamente, a necessidade de dar provas de coerência e uniformidade na apreciação das concentrações no setor das telecomunicações em diferentes Estados-Membros e a experiência considerável que adquiriu na apreciação das concentrações nos mercados europeus das telecomunicações móveis.
- 7 No termo da primeira fase da investigação, a Comissão concluiu que a operação suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno e, em 30 de outubro de 2015, decidiu dar início ao processo previsto no artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 139/2004.
- 8 Baseando-se na segunda fase da investigação, que completava as conclusões da primeira fase, a Comissão emitiu uma comunicação de acusações em 4 de fevereiro de 2016. Em 26 de fevereiro de 2016, a recorrente apresentou as suas observações escritas sobre a comunicação de acusações.
- 9 Para resolver os problemas de concorrência expostos na comunicação de acusações, a recorrente apresentou uma primeira série de compromissos em 2 de março de 2016.
- 10 A pedido da recorrente, realizou-se uma audição em 7 de março de 2016.
- 11 Em 15 de março de 2016, a recorrente apresentou compromissos alterados (a seguir «segunda série de compromissos»). Em 18 de março de 2016, a Comissão consultou os atores do mercado sobre esta segunda série de compromissos. Esta consulta realizou-se junto, em primeiro lugar, dos prestadores, atuais e potenciais, de serviços de telecomunicações móveis no Reino Unido, dos prestadores de serviços de infraestrutura no setor das telecomunicações móveis, bem como das associações MVNO Europe e iMVNOx e, em segundo lugar, das autoridades nacionais reguladoras das telecomunicações, entre as quais, a autoridade reguladora das telecomunicações do Reino Unido (a seguir «Ofcom»). Além disso, as autoridades nacionais de concorrência do Reino Unido, da Alemanha e dos Países Baixos expressaram o seu ponto de vista sobre a segunda série de compromissos.
- 12 Em 17 e 23 de março de 2016, a Comissão enviou à recorrente cartas nas quais revelava novos elementos de prova constantes do seu processo e que acompanhavam as conclusões preliminares da comunicação de acusações. Respetivamente em 29 de março e 4 de abril de 2016, a recorrente apresentou observações escritas em resposta às exposições de factos de 17 e de 23 de março de 2016.
- 13 Em 6 de abril de 2016, na sequência da consulta aos atores do mercado, a recorrente apresentou uma nova série de compromissos alterados.
- 14 O Comité Consultivo em matéria de concentrações examinou o projeto de decisão da Comissão em 27 de abril de 2016 e emitiu um parecer favorável.
- 15 Em 11 de maio de 2016, a Comissão adotou a Decisão C(2016) 2796 final, que declara a operação incompatível com o mercado interno (processo COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (a seguir «decisão impugnada»).

- 16 Um resumo da decisão impugnada foi publicado em 29 de setembro de 2016 no *Jornal Oficial da União Europeia* (JO 2016, C 357, p. 15).

II. Decisão impugnada

- 17 Na decisão impugnada, a Comissão define dois mercados relevantes: o mercado retalhista e o mercado grossista.
- 18 A Comissão desenvolveu três teorias do prejuízo, que assentam todas na existência de efeitos ditos «não coordenados» num mercado oligopolístico.
- 19 As duas primeiras teorias do prejuízo são relativas ao mercado retalhista, enquanto a terceira é relativa ao mercado grossista.
- 20 Mais especificamente, a primeira teoria do prejuízo é relativa à existência de efeitos não coordenados no mercado retalhista ligados à eliminação de importantes pressões concorrenciais. Em substância, segundo a Comissão, a forte diminuição da concorrência que teria resultado da operação levaria verosimilmente a um aumento dos preços dos serviços de telefonia móvel no Reino Unido e a uma limitação da escolha para os consumidores.
- 21 De acordo com a segunda teoria do prejuízo, relativa à existência de efeitos não coordenados no mercado retalhista ligados à partilha de rede, a transação também seria suscetível de influenciar negativamente a qualidade dos serviços para os consumidores do Reino Unido ao entravar o desenvolvimento da infraestrutura de rede móvel no Reino Unido.
- 22 A terceira teoria do prejuízo é relativa à existência de efeitos não coordenados ligados à eliminação de importantes pressões concorrenciais no mercado grossista. Neste mercado, os quatro operadores de rede móvel fornecem serviços de alojamento aos não ORM que, por sua vez, propõem serviços retalhistas aos assinantes. Em especial, segundo a Comissão, a aquisição comporta o risco de ter efeitos não coordenados significativos no mercado grossista resultantes de uma redução do número de operadores de rede móvel de quatro para três, da eliminação da Three enquanto força concorrencial importante, da eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes exerciam anteriormente entre si e de uma redução das pressões concorrenciais sobre os restantes atores.
- 23 Quanto aos ganhos de eficiência alegados pela recorrente, a Comissão entende que não são verificáveis, não são específicos da concentração e não são suscetíveis de beneficiar os consumidores.
- 24 Na última secção da decisão impugnada, a Comissão examina as medidas corretivas propostas pela recorrente sob a forma de compromissos. A Comissão considerou que a segunda série de compromissos não resolve os problemas de concorrência identificados e que a terceira série de compromissos, proposta em 6 de abril de 2016, não elimina totalmente as preocupações identificadas em matéria de concorrência e não é abrangente e eficaz em todos os aspetos.
- 25 Consequentemente, a Comissão declarou a operação incompatível com o mercado interno.

III. Tramitação processual

- 26 Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 25 de julho de 2016, a recorrente interpôs o presente recurso.

- 27 Na petição, a recorrente apresentou um pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução que visa a apresentação pela Comissão ao Tribunal Geral de determinadas informações do seu processo necessárias à apreciação do recurso pelo Tribunal, mas confidenciais relativamente à recorrente, e às quais apenas os advogados ou os consultores económicos externos desta última tiveram acesso durante o procedimento administrativo.
- 28 Por requerimentos que deram entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 1 de dezembro de 2016, a BT/EE e o Reino Unido pediram para intervir no presente processo em apoio dos pedidos da Comissão.
- 29 Por requerimentos que deram entrada na Secretaria do Tribunal Geral, respetivamente, em 21 de dezembro de 2016 e 5 de janeiro de 2017, a Comissão e a recorrente apresentaram as suas observações sobre os pedidos de intervenção da BT/EE e do Reino Unido.
- 30 Em 31 de janeiro de 2017, a Comissão apresentou a contestação.
- 31 Na contestação, a Comissão indicou que não tinha objeções em comunicar os documentos objeto do pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução formulado na petição, se fossem aplicadas medidas adequadas em termos de confidencialidade, em conformidade com o artigo 103.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.
- 32 Em 31 de janeiro de 2017, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral pedidos de tratamento confidencial e versões não confidenciais da petição, relativamente à BT/EE, por um lado, e ao Reino Unido, por outro.
- 33 Por Despachos de 16 de março de 2017, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral admitiu a intervenção da BT/EE e do Reino Unido em apoio dos pedidos da Comissão e a comunicação de uma versão não confidencial de cada ato processual notificado às partes principais, ficando reservada para final a decisão sobre a procedência dos pedidos de tratamento confidencial.
- 34 Por Despacho de Instrução de 16 de março de 2017, o Tribunal Geral solicitou que a Comissão apresentasse os documentos objeto do pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução formulado na petição. A Comissão apresentou os referidos documentos em 3 de abril de 2017.
- 35 Em 17 de março de 2017, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral solicitou à recorrente que apresentasse uma nova versão do seu pedido de tratamento confidencial relativamente à BT/EE.
- 36 Por carta de 17 de março de 2017, a Secretaria do Tribunal Geral informou as partes de que a decisão sobre a segunda fase de articulados ficava reservada para final.
- 37 Em 31 de março de 2017, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral uma nova versão do seu pedido de tratamento confidencial relativamente à BT/EE, bem como pedidos de tratamento confidencial e versões não confidenciais da contestação relativamente à BT/EE, por um lado, e ao Reino Unido, por outro.
- 38 Sob proposta da Primeira Secção, o Tribunal Geral decidiu, em aplicação do artigo 28.º do Regulamento de Processo, remeter o processo a uma formação de julgamento alargada.
- 39 Por requerimentos que deram entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 21 de abril de 2017, o Reino Unido e a BT/EE formularam objeções aos pedidos de tratamento confidencial apresentados pela recorrente.

- 40 Em 26 de abril de 2017, realizou-se uma reunião entre as partes, os seus representantes e o juiz-relator sobre as questões de confidencialidade e a possibilidade de concentrar os fundamentos e os argumentos das partes principais na instância.
- 41 Em 10 de maio de 2017, a recorrente apresentou observações sobre a pertinência dos documentos objeto do pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução formulado na petição. A Comissão entregou na Secretaria do Tribunal Geral um pedido de tratamento confidencial e uma versão não confidencial das referidas observações relativamente à BT/EE, em 31 de maio de 2017.
- 42 Em 16 de maio de 2017, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral convidou as partes a apresentarem determinados documentos e colocou-lhes questões escritas, convidando-as a responder-lhes por escrito.
- 43 As partes apresentaram as suas observações em resposta a 2 e 16 de junho de 2017 e, em anexo à réplica e à tréplica, respetivamente a 4 de julho e 31 de outubro de 2017. A recorrente apresentou, nomeadamente, uma versão revista dos seus pedidos de tratamento confidencial relativamente à BT/EE. A BT/EE não apresentou objeções quanto a estes pedidos no prazo fixado. Por outro lado, a recorrente e o Reino Unido indicaram ter celebrado um acordo ao abrigo do qual a recorrente transmitiria ao Reino Unido as versões confidenciais dos diferentes documentos constantes dos autos. As partes principais apresentaram, igualmente, pedidos de omissão de certos dados em relação ao público.
- 44 Em 4 de julho de 2017, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral a réplica, acompanhada de um pedido de tratamento confidencial e de uma versão não confidencial relativamente à BT/EE, bem como de um pedido de omissão de certos dados em relação ao público. Em anexo à réplica, a recorrente juntou, em resposta a uma das medidas de organização do processo de 16 de maio de 2017, um resumo final da prova, precisando a pertinência de cada elemento de prova.
- 45 Em 28 de agosto de 2017, a Comissão apresentou na Secretaria do Tribunal Geral um pedido de tratamento confidencial e uma versão não confidencial da réplica relativamente à BT/EE.
- 46 Em 31 de agosto de 2017, o Reino Unido e a BT/EE apresentaram os seus respetivos articulados de intervenção.
- 47 Em 18 de setembro de 2017, a Comissão apresentou um pedido de omissão de certos dados em relação ao público no que respeita à réplica.
- 48 Por Despacho de 26 de setembro de 2017, o presidente da Primeira Secção do Tribunal Geral deferiu a comunicação à BT/EE, na sequência dos pedidos de tratamento confidencial apresentados pela Comissão a seu respeito, de uma versão não confidencial de cada ato processual notificado às partes principais, reservando para final a decisão sobre a procedência dos referidos pedidos.
- 49 Em 6 de outubro de 2017, as partes principais apresentaram um pedido de omissão de certos dados em relação ao público e um pedido de tratamento confidencial relativamente à BT/EE no que respeita ao articulado de intervenção do Reino Unido, acompanhados das correspondentes versões não confidenciais. A BT/EE não apresentou objeções quanto a este pedido de tratamento confidencial no prazo fixado.
- 50 Em 20 de outubro de 2017, a BT/EE confirmou não ter objeções quanto aos pedidos de tratamento confidencial da réplica apresentados pelas partes principais.

- 51 Em 31 de outubro de 2017, a Comissão apresentou a tréplica. Em anexo à tréplica, a Comissão juntou, em resposta a uma das medidas de organização do processo de 16 de maio de 2017, um resumo final da prova, precisando a pertinência de cada elemento de prova.
- 52 Em 28 de novembro de 2017, as partes principais apresentaram um pedido comum de omissão de certos dados em relação ao público e um pedido comum de tratamento confidencial relativamente à BT/EE no que respeita à tréplica, acompanhados das correspondentes versões não confidenciais. A BT/EE não apresentou objeções quanto a este pedido de tratamento confidencial no prazo fixado.
- 53 Em 31 de outubro de 2017, a recorrente apresentou as suas observações sobre os articulados de intervenção da BT/EE e do Reino Unido. A Comissão indicou não ter observações sobre os referidos articulados. Em 14 de dezembro de 2017, as partes principais apresentaram na Secretaria do Tribunal Geral um pedido de tratamento confidencial e uma versão não confidencial comuns, relativamente à BT/EE, das observações da recorrente sobre os articulados de intervenção da BT/EE e do Reino Unido, bem como um pedido comum de omissão de certos dados em relação ao público. A BT/EE não apresentou objeções quanto a estes pedidos no prazo fixado.
- 54 Por requerimento que deu entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 9 de fevereiro de 2018, a recorrente apresentou um pedido de audiência de alegações. O Comissão não se pronunciou no prazo fixado sobre a realização da audiência.
- 55 Em 17 de abril e 25 de julho de 2018, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 89.º do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral colocou questões escritas às partes, convidando-as a responder-lhes por escrito.
- 56 As partes apresentaram as suas observações em resposta a 1, 2 e 18 de maio, 25 de junho, 13 de julho e 8 e 13 de agosto de 2018. Dado que a recorrente, a BT/EE e o Reino Unido apresentaram, nomeadamente, compromissos de confidencialidade assinados pelos seus representantes, foram notificados dos documentos objeto do pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução formulado na petição. A recorrente também apresentou observações sobre os referidos documentos. Em seguida, as partes principais apresentaram um pedido de tratamento confidencial e versões não confidenciais comuns, relativamente à BT/EE, ao Reino Unido e ao público, dessas observações. A BT/EE e o Reino Unido não quiseram apresentar observações sobre os referidos documentos.
- 57 A Comissão apresentou as suas observações, em 23 de novembro de 2018, no que respeita às observações da recorrente sobre os documentos objeto do pedido de medida de organização do processo ou de medida de instrução formulado na petição. Em seguida, as partes principais apresentaram um pedido de tratamento confidencial e versões não confidenciais comuns, relativamente à BT/EE, ao Reino Unido e ao público, dessas observações.
- 58 Em 14 de dezembro de 2018, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral uma carta relativa à organização da audiência de alegações. A Comissão apresentou as suas observações sobre a referida carta em 8 de fevereiro de 2019.
- 59 Por medida de organização do processo de 15 de fevereiro de 2019, o Tribunal Geral solicitou às partes principais a apresentação de versões não confidenciais comuns, relativamente à BT/EE e ao público, do relatório para audiência. As partes principais apresentaram as referidas versões em 1 de março de 2019.
- 60 Sob proposta do juiz-relator, o Tribunal Geral (Primeira Secção alargada) decidiu dar início à fase oral do processo em 1 de março de 2019.

- 61 Por Despacho de Instrução de 19 de março de 2019, o Tribunal Geral solicitou à Comissão a apresentação de determinados documentos. A Comissão apresentou os referidos documentos em 2 de abril de 2019.
- 62 Por medida de organização do processo de 19 de março de 2019, o Tribunal Geral colocou questões escritas às partes, convidando-as a responder-lhes por escrito. As partes apresentaram as suas observações em resposta a 10 de abril de 2019. As partes principais apresentaram um pedido de tratamento confidencial e versões não confidenciais comuns, relativamente à BT/EE e ao público, das suas observações.
- 63 Em 22 de março de 2019, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral uma carta a pedir a realização da audiência de alegações à porta fechada parcial. A Comissão, a BT/EE e o Reino Unido apresentaram as suas observações sobre esta carta, respetivamente, a 2, 3 e 4 de abril de 2019.
- 64 Em 15 de abril de 2019, o Tribunal Geral adotou uma medida de organização do processo relativa à audiência de alegações.
- 65 Em 24 de abril de 2019, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral uma carta relativa à organização da audiência de alegações. A BT/EE apresentou as suas observações sobre a referida carta em 30 de abril de 2019.
- 66 Na sequência da audiência de 2 e 3 de maio de 2019, a recorrente apresentou na Secretaria do Tribunal Geral, em 10 de maio de 2019, uma carta com respostas às questões colocadas na audiência. As partes principais apresentaram um pedido de tratamento confidencial e apresentaram na Secretaria do Tribunal Geral versões não confidenciais comuns, relativamente à BT/EE e ao público, dessa carta.
- 67 A fase oral do processo foi encerrada em 27 de junho de 2019.

IV. Pedidos das partes

- 68 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular a decisão impugnada;
 - condenar a Comissão nas despesas, incluindo as despesas relativas a qualquer intervenção.
- 69 A Comissão, apoiada pela BT/EE e pelo Reino Unido, conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento ao recurso;
 - condenar a recorrente nas despesas.

V. Questão de direito

A. Quanto ao quadro jurídico

- 70 No âmbito da primeira parte do primeiro fundamento, a recorrente invoca argumentos sobre a intensidade da fiscalização jurisdicional exercida pelo Tribunal Geral em matéria de concentrações, sobre o quadro jurídico aplicável na sequência da adoção do Regulamento n.º 139/2004 e sobre o ónus da prova e as exigências de prova que incumbem à Comissão quando tem de provar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004.

71 Na medida em que estes argumentos são pertinentes para a análise do conjunto dos fundamentos e argumentos desenvolvidos pelas partes, há que examinar esta primeira parte do primeiro fundamento antes de proceder à análise dos outros fundamentos e argumentos da recorrente. Por outro lado, o Tribunal Geral considera que é igualmente oportuno recordar alguns princípios relativos ao dever de fundamentação.

1. Quanto à intensidade da fiscalização jurisdicional em matéria de concentrações

72 A título preliminar, importa recordar que a instituição do Tribunal Geral junto do Tribunal de Justiça e a criação de um segundo nível de jurisdição tiveram por objetivo, por um lado, melhorar a proteção jurisdicional dos particulares, designadamente no que respeita aos recursos que requerem uma análise aprofundada de matéria de facto complexa, e, por outro, manter a qualidade e a eficácia da fiscalização jurisdicional na ordem jurídica da União Europeia, permitindo ao Tribunal de Justiça concentrar a sua atividade na sua tarefa essencial, a saber, a de assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação do direito da União (v., neste sentido, Acórdão de 17 de dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, EU:C:1998:608, n.º 41).

73 Na estrutura do sistema jurisdicional da União, em que o Tribunal Geral está encarregado de apurar os factos e de proceder a um exame material do litígio, o âmbito da fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE estende-se a todos os elementos das decisões da Comissão tomadas com fundamento no Regulamento n.º 139/2004, cuja fiscalização aprofundada, tanto de direito como de facto, é assegurada pelo Tribunal Geral à luz dos fundamentos invocados pelos recorrentes e atendendo a todos os elementos apresentados por estes últimos.

74 O recurso de anulação oferece um quadro processual particularmente adequado ao exame aprofundado e contraditório de questões tanto factuais como jurídicas, nomeadamente em domínios complexos como o do direito da concorrência, conforme resulta do terceiro considerando da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom, do Conselho, de 24 de outubro de 1988, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (JO 1988, L 319, p. 1) (v., por analogia, Acórdão de 25 de julho de 2018, *Georgsmarienhütte e o.*, C-135/16, EU:C:2018:582, n.º 19).

75 Uma vez que a decisão impugnada foi adotada, designadamente, com fundamento no artigo 8.º do Regulamento n.º 139/2004 e constitui um ato de aplicação do artigo 2.º do referido regulamento a uma operação de concentração, o Tribunal Geral, no âmbito da sua fiscalização da legalidade de tal decisão, deve limitar-se a analisar a tomada de posição da Comissão relativamente à operação notificada, isto é, deve examinar, à luz dos fundamentos e dos argumentos invocados pela recorrente, o modo como o direito foi aplicado aos factos e pronunciar-se sobre o mérito das apreciações da Comissão em relação aos efeitos da concentração notificada sobre a concorrência (v., neste sentido, Acórdão de 6 de junho de 2002, *Airtours/Comissão*, T-342/99, EU:T:2002:146, n.º 53).

76 Ora, conforme declarado reiteradamente pelo Tribunal de Justiça, mesmo em caso de apreciações complexas efetuadas pela Comissão, o juiz da União deve não só verificar a exatidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes a tomar em consideração para apreciar uma situação complexa e se são suscetíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram (Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, *Comissão/Tetra Laval*, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 39; v., igualmente, Acórdão de 26 de março de 2019, *Comissão/Itália*, C-621/16 P, EU:C:2019:251, n.º 104 e jurisprudência referida).

2. Quanto ao alcance da alteração introduzida pelo Regulamento n.º 139/2004

- 77 A recorrente sustenta que a Comissão cometeu um erro de direito ao estabelecer um limiar de intervenção tão baixo na decisão impugnada que a exigência de um entrave significativo à concorrência efetiva ficou esvaziada de qualquer substância. A aplicação do critério jurídico adotado pela Comissão no caso em apreço, baseado nas suas próprias Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, C 31, p. 5; a seguir «Orientações»), permite-lhe obstar a qualquer concentração horizontal num mercado oligopolístico.
- 78 Na sua petição, a recorrente convidou o Tribunal Geral a clarificar os critérios aplicáveis para estabelecer a existência de um «entrave significativo à concorrência efetiva», quando não existe posição dominante nem coordenação entre as partes num mercado oligopolístico.
- 79 Segundo a recorrente, a alteração da redação do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, destinada a abranger os casos de efeitos não coordenados nos mercados oligopolísticos, não reduziu o limiar de intervenção da Comissão em matéria de concentrações.
- 80 A Comissão alega que, embora o considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004 não permita presumir a existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva com base na estrutura oligopolística do mercado, indica, no entanto, que, ainda que não possa ser retirada ou não tenha sido retirada nenhuma conclusão no caso em apreço, com base nessa estrutura, os oligopólios merecem uma especial atenção.
- 81 O Tribunal Geral recorda, a este respeito, que o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO 1989, L 395, p. 1), entretanto substituído pelo Regulamento n.º 139/2004, estabeleceu o princípio segundo o qual as concentrações de dimensão comunitária que criam ou reforçam uma posição dominante de que resulta um entrave significativo da concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste devem ser declaradas incompatíveis com o mercado interno, o que é confirmado pelo considerando 24 do Regulamento n.º 139/2004.
- 82 O considerando 26 do Regulamento n.º 139/2004 precisa que os entraves significativos a uma concorrência efetiva resultam geralmente da criação ou do reforço de uma posição dominante e enuncia que, «[t]endo em vista preservar a orientação que pode ser formulada a partir dos anteriores acórdãos dos tribunais europeus e das decisões da Comissão nos termos do Regulamento [...] n.º 4064/89, e mantendo ao mesmo tempo a coerência com os padrões de dano concorrencial que têm sido aplicados pela Comissão e pelos tribunais da Comunidade no que se refere à compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, [este] regulamento deverá, por conseguinte, estabelecer o princípio de que uma concentração de dimensão comunitária que entrave significativamente a concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante, deverá ser declarada incompatível com o mercado comum».
- 83 Acresce que o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, que substituiu o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, dispõe atualmente que devem ser declaradas incompatíveis com o mercado interno as concentrações que entravem significativamente uma concorrência efetiva, no mercado interno ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.
- 84 Daqui resulta que a demonstração da criação ou do reforço de uma posição dominante, na aceção do Regulamento n.º 139/2004, pode corresponder, em certos casos, à demonstração de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. No entanto, esta conclusão não significa, de forma alguma,

que o segundo critério se confunde juridicamente com o primeiro, mas apenas que pode resultar de uma mesma análise factual de um determinado mercado que os dois critérios estão preenchidos (v., neste sentido, Acórdão de 21 de setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, EU:T:2005:333, n.º 49).

- 85 Até à data, o juiz da União não interpretou expressamente o Regulamento n.º 4064/89 ou o Regulamento n.º 139/2004 no que respeita à compatibilidade com o mercado interno das concentrações que dão origem a efeitos não coordenados num mercado oligopolístico.
- 86 Resulta dos trabalhos preparatórios e da redação do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 (v., em especial, a locução adverbial «em particular») que esta disposição foi adotada para a realização dos seguintes três objetivos.
- 87 Em primeiro lugar, tratava-se de alargar, no plano material, o âmbito de aplicação do controlo, permitindo à Comissão apreender, no contexto específico de mercados oligopolísticos, operações que entravam significativamente a concorrência efetiva, mesmo que não permitam às empresas em causa criar ou reforçar uma posição dominante individual ou coletiva.
- 88 Em segundo lugar, o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 visava preservar e mesmo consolidar o conceito de posição dominante, reconhecendo o papel que este conceito desempenha no sistema formado no seio da União pelo direito da concorrência tal como interpretado pelo juiz da União, que é permitir às autoridades intervirem, num contexto marcado pela liberdade de empresa, quando se confrontam com operações que, se fossem realizadas, permitiriam a um ou vários atores determinar as condições de concorrência e eliminar a concorrência, no todo ou em parte, no mercado considerado, sem reechar a reação dos concorrentes e dos consumidores.
- 89 Em terceiro lugar, esta disposição visava aumentar a segurança jurídica e tornar mais transparente e mais previsível a análise das concentrações pela Comissão.
- 90 Para ter em conta estes elementos, há que interpretar o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 no sentido de que esta disposição permite à Comissão proibir, em determinadas circunstâncias, nos mercados oligopolísticos, concentrações que, ainda que não deem origem à criação ou ao reforço de uma posição dominante individual ou coletiva, são suscetíveis de afetar as condições de concorrência no mercado numa medida comparável à atribuível a essas posições, ao conferir à entidade resultante da concentração um poder que lhe permite determinar, por si mesma, os parâmetros da concorrência e, nomeadamente, fixar os preços em vez de os aceitar.
- 91 Todavia, como o legislador da União não precisou as condições e os limites dessa extensão do âmbito de aplicação do Regulamento n.º 139/2004, há que interpretar este último à luz dos seus objetivos.
- 92 O artigo 3.º, n.º 3, TUE precisa que a União estabelece um mercado interno, o qual, em conformidade com o Protocolo (n.º 27) relativo ao mercado interno e à concorrência anexo ao Tratado de Lisboa (JO 2010, C 83, p. 309) que, nos termos do artigo 51.º TUE, tem o mesmo valor que os Tratados, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada.
- 93 Assim, o Regulamento n.º 139/2004 é, à semelhança dos artigos 101.º e 102.º TFUE, uma das regras de concorrência que, como as previstas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), TFUE, são necessárias para o funcionamento do referido mercado interno. Com efeito, essas regras têm precisamente por objetivo evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, assim, para o bem-estar na União (v., por analogia, Acórdãos de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.ºs 20 a 22, e de 12 de dezembro de 2018, Servier e o./Comissão, T-691/14, pendente de recurso, EU:T:2018:922, n.º 238).

- 94 Em especial, segundo jurisprudência já assente, o Regulamento n.º 139/2004 visa assegurar que as reestruturações das empresas não acarretem um prejuízo duradouro para a concorrência. De acordo com os considerandos 5, 6 e 8 do Regulamento n.º 139/2004, o direito da União deve conter normas aplicáveis às concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste e que permitam um controlo eficaz de todas essas concentrações em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na União (Acórdãos de 7 de setembro de 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, n.º 21, e de 31 de maio de 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, EU:C:2018:371, n.º 41).
- 95 Mais especificamente, há que observar que o considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004 refere que, «em certas circunstâncias, as concentrações que impliquem a eliminação de importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente, bem como uma redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes, podem, mesmo na ausência da possibilidade de coordenação entre os membros do oligopólio, resultar num entrave significativo a uma concorrência efetiva».
- 96 Assim, o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado à luz do seu considerando 25, que prevê dois requisitos cumulativos para que os efeitos não coordenados decorrentes de uma concentração possam, em certas circunstâncias, resultar num entrave significativo a uma concorrência efetiva: a concentração deve implicar, por um lado, «a eliminação de importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente» e, por outro, «uma redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes».
- 97 Daqui resulta que o único efeito de redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes não é, em princípio, por si só, suficiente para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva no âmbito de uma teoria do prejuízo baseada nos efeitos não coordenados.
- 98 É nomeadamente à luz destas considerações que importa precisar que, na decisão impugnada, a Comissão se baseou nos conceitos de «efeitos não coordenados», de «proximidade da concorrência», de «redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes» e de «força concorrencial importante» que figuram não no artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, mas apenas no seu considerando 25 e nas Orientações.
- 99 A este respeito, resulta da jurisprudência que a Comissão está vinculada pelas orientações e comunicações que adota em matéria de controlo das concentrações, na medida em que estas não se afastem das normas do Tratado e do Regulamento n.º 139/2004 (v. Acórdão de 7 de junho de 2013, *Spar Österreichische Warenhandels/Comissão*, T-405/08, não publicado, EU:T:2013:306, n.º 58 e jurisprudência referida).
- 100 Por outro lado, embora possam constituir uma base de referência útil e apresentar inegavelmente um interesse no caso em apreço, a prática seguida pela Comissão nas suas decisões anteriores ou o conteúdo das orientações não podem, por si só, orientar a análise do Tribunal Geral. Com efeito, as orientações da Comissão, tal como a sua prática anterior, não podem, em todo o caso, vincular o juiz da União, que continua a ter competência exclusiva para interpretar o direito da União, nos termos do artigo 19.º TUE, uma vez que, designadamente, essas orientações expõem simplesmente do modo como a Comissão, enquanto autoridade administrativa, interpreta a legislação pertinente e, agindo na qualidade de autoridade da concorrência da União, aplica, nomeadamente de um ponto de vista económico, o Regulamento n.º 139/2004 (v., neste sentido, Acórdãos de 7 de março de 2002, *Itália/Comissão*, C-310/99, EU:C:2002:143, n.º 52; de 1 de outubro de 2015, *Electrabel e Dunamenti Erőmű/Comissão*, C-357/14 P, EU:C:2015:642, n.º 68, e de 13 de dezembro de 2017, *Crédit mutuel Arkéa/BCE*, T-712/15, EU:T:2017:900, n.º 75).

- 101 Estas considerações não têm, todavia, por consequência que o Tribunal Geral não possa, no âmbito da sua missão de interpretação do direito da União, fazer suas as orientações e as apreciações económicas ou jurídicas contidas na prática decisória da Comissão ou nas suas orientações.
- 102 Como sublinha a Comissão, no ponto 24 das Orientações, relativo aos efeitos não coordenados, de uma concentração podem resultar entraves significativos à concorrência efetiva num mercado se forem eliminadas pressões concorrenciais importantes sobre um ou mais vendedores que, conseqüentemente, beneficiam de um aumento de poder de mercado. O efeito mais direto da concentração será a eliminação da concorrência entre as empresas objeto da concentração. Por exemplo, se, antes da concentração, uma das empresas objeto da concentração tivesse aumentado os seus preços, teria perdido algumas das suas vendas a favor da outra empresa na concentração. A concentração suprime esta pressão concorrencial específica.
- 103 As empresas que não participam na concentração e que se encontram no mesmo mercado podem também beneficiar da redução da pressão concorrencial resultante da concentração, uma vez que o aumento dos preços das empresas na concentração pode fazer deslocar uma parte da procura para as empresas rivais que, por seu turno, poderão considerar lucrativo aumentar os preços. A redução destas pressões concorrenciais poderá levar a aumentos de preços significativos no mercado relevante.
- 104 Como sublinha a Comissão no ponto 28 das Orientações, relativo ao caso em que as empresas que participam na concentração são «concorrentes próximos», o facto de a rivalidade entre as partes na concentração ter sido uma importante fonte de concorrência no mercado constitui um fator determinante nesta análise.
- 105 É à luz desta interpretação do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004 que há que examinar sucessivamente o primeiro, terceiro e quarto fundamentos da recorrente referentes às três teorias do prejuízo desenvolvidas pela Comissão na decisão impugnada.

3. Quanto ao ónus da prova e ao nível de prova em matéria de concentrações

- 106 Tendo em vista a audiência e no decurso desta, as partes foram convidadas a pronunciarem-se sobre a atribuição do ónus da prova e sobre a exigência de prova perante o Tribunal Geral em matéria de concentrações e no caso em apreço.
- 107 O Tribunal Geral recorda que, para declarar uma concentração incompatível com o mercado interno, a Comissão deve, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, provar que a realização da concentração notificada entravaria significativamente uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante (Acórdão de 6 de julho de 2010, Ryanair/Comissão, T-342/07, EU:T:2010:280, n.º 26).
- 108 No âmbito dos procedimentos de controlo das operações de concentração, importa recordar que a análise prospetiva necessária nesta matéria consiste em examinar de que modo uma operação dessa natureza poderá alterar os fatores que determinam o estado e a estrutura da concorrência nos mercados afetados. Esse tipo de análise exige que se imaginem os vários encadeamentos de causa e efeito, a fim de ter em conta aqueles cuja probabilidade é maior (v., neste sentido, Acórdão de 16 de janeiro de 2019, Comissão/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, n.º 32).
- 109 Como sublinhou acertadamente a recorrente, a exigência de prova aplicável para demonstrar a existência de efeitos não coordenados num mercado oligopolístico não é substancialmente diferente da aplicável para demonstrar efeitos coordenados. Se assim não fosse, haveria o risco de a Comissão qualificar os factos por forma a beneficiar do regime mais favorável em matéria de prova no Tribunal Geral.

- 110 Há que recordar que a complexidade intrínseca de uma ou várias teorias do prejuízo invocadas em apoio de um ou vários entraves significativos a uma concorrência efetiva postulada relativamente a uma operação de concentração constitui um elemento que há que levar em conta quando se aprecia a plausibilidade das diversas consequências dessa operação, para identificar aquela cuja probabilidade é maior, mas essa complexidade não tem, enquanto tal, influência no nível de prova exigido (v., neste sentido, Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 51).
- 111 Todavia, quanto mais prospetiva for a análise e mais mal discerníveis, incertos e difíceis de demonstrar forem os encadeamentos de causa e efeito, mais importante é a qualidade dos elementos de prova apresentados pela Comissão para demonstrar a necessidade de uma decisão que declare a operação de concentração incompatível com o mercado interno (v., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 44). Por outras palavras, quanto mais complexa ou incerta for uma teoria do prejuízo avançada em apoio de um entrave significativo à concorrência efetiva postulada relativamente a uma operação de concentração, ou decorrer de uma relação de causa a efeito difícil de demonstrar, mais o juiz da União deve ser exigente quanto ao exame concreto das provas produzidas a esse respeito pela Comissão.
- 112 Decorre igualmente da jurisprudência que a análise prospetiva necessária em matéria de controlo das concentrações deve ser efetuada com grande atenção, uma vez que não se trata de examinar acontecimentos do passado, relativamente aos quais se dispõe frequentemente de inúmeros elementos que permitem compreender as suas causas, nem mesmo acontecimentos presentes, mas sim prever os acontecimentos que se produzirão no futuro, segundo uma probabilidade maior ou menos, se não for adotada nenhuma decisão que proíba ou que precise as condições da concentração prevista (v., neste sentido, Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 42).
- 113 Esta análise requer, num primeiro momento, uma avaliação do comportamento futuro que, segundo a Comissão, será adotado pela entidade fusionada e pelos outros operadores na sequência da operação de concentração (v., neste sentido, Acórdão de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 464), através da apreciação da evolução económica atribuível à operação em causa cuja probabilidade é maior (v., neste sentido, Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 51).
- 114 Por outro lado, o Tribunal Geral recorda que é jurisprudência constante que a Comissão só pode declarar uma concentração incompatível com o mercado interno se o entrave significativo a uma concorrência efetiva for consequência direta e imediata da concentração. Esse entrave, que decorreria das decisões futuras da entidade resultante da fusão, pode ser considerado uma consequência direta e imediata da concentração, se esse comportamento futuro se tornar possível e economicamente racional pela alteração das características e da estrutura do mercado causada pela concentração (v. Acórdão de 11 de dezembro de 2013, Cisco Systems e Messagenet/Comissão, T-79/12, EU:T:2013:635, n.º 118 e jurisprudência referida).
- 115 Esta avaliação é completada, num segundo momento, por uma apreciação, através de uma análise prospetiva do mercado de referência, da questão de saber se esse comportamento futuro culminará, verosimilmente, numa situação em que uma concorrência efetiva no mercado em causa é significativamente entravada (v., neste sentido, Acórdão de 6 de junho de 2002, Airtours/Comissão, T-342/99, EU:T:2002:146, n.º 59).
- 116 É, portanto, à luz da evolução económica atribuível à operação em causa cuja probabilidade é maior que a Comissão deve, numa etapa sucessiva, demonstrar que a referida operação entravaria provavelmente e de maneira significativa a concorrência efetiva no mercado em causa (v., neste sentido, Acórdão de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 364).

- 117 Como a segunda fase da análise que deve ser efetuada pela Comissão é o resultado de uma apreciação baseada em hipóteses, não se pode pedir que seja feita prova de que os cenários e as teorias do prejuízo considerados no âmbito dessa apreciação se produzirão inevitavelmente. Esses cenários e teorias do prejuízo devem, porém, revelar-se suficientemente realistas e plausíveis e não podem, portanto, ser apenas viáveis de um ponto de vista teórico, à luz de uma análise de todos os fatores pertinentes.
- 118 No âmbito da análise de um entrave significativo a uma concorrência efetiva cuja existência se deduz de um conjunto de provas e indícios, e que se baseia em várias teorias do prejuízo, a Comissão tem de apresentar provas suficientes para demonstrar, com uma probabilidade séria, a existência de entraves significativos na sequência da concentração. Assim, a exigência de prova aplicável no caso em apreço é, conseqüentemente, mais estrita do que aquela em virtude da qual um entrave significativo a uma concorrência efetiva seria «mais provável do que improvável», com base numa «ponderação das probabilidades», como sustenta a Comissão. Em contrapartida, é menos estrita do que a baseada na «inexistência de dúvida razoável» (v., neste sentido, Conclusões do advogado-geral A. Tizzano, apresentadas no processo Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, n.ºs 72 a 77, e do advogado-geral N. Jääskinen no processo França/Comissão, C-559/12 P, EU:C:2013:766, n.ºs 34 e 35; v., *a contrario*, Conclusões da advogada-geral J. Kokott, apresentadas no processo Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, n.ºs 209 a 211).
- 119 É à luz destas considerações que há que examinar os argumentos invocados pela recorrente em apoio do recurso e, designadamente, as três teorias do prejuízo desenvolvidas pela Comissão.

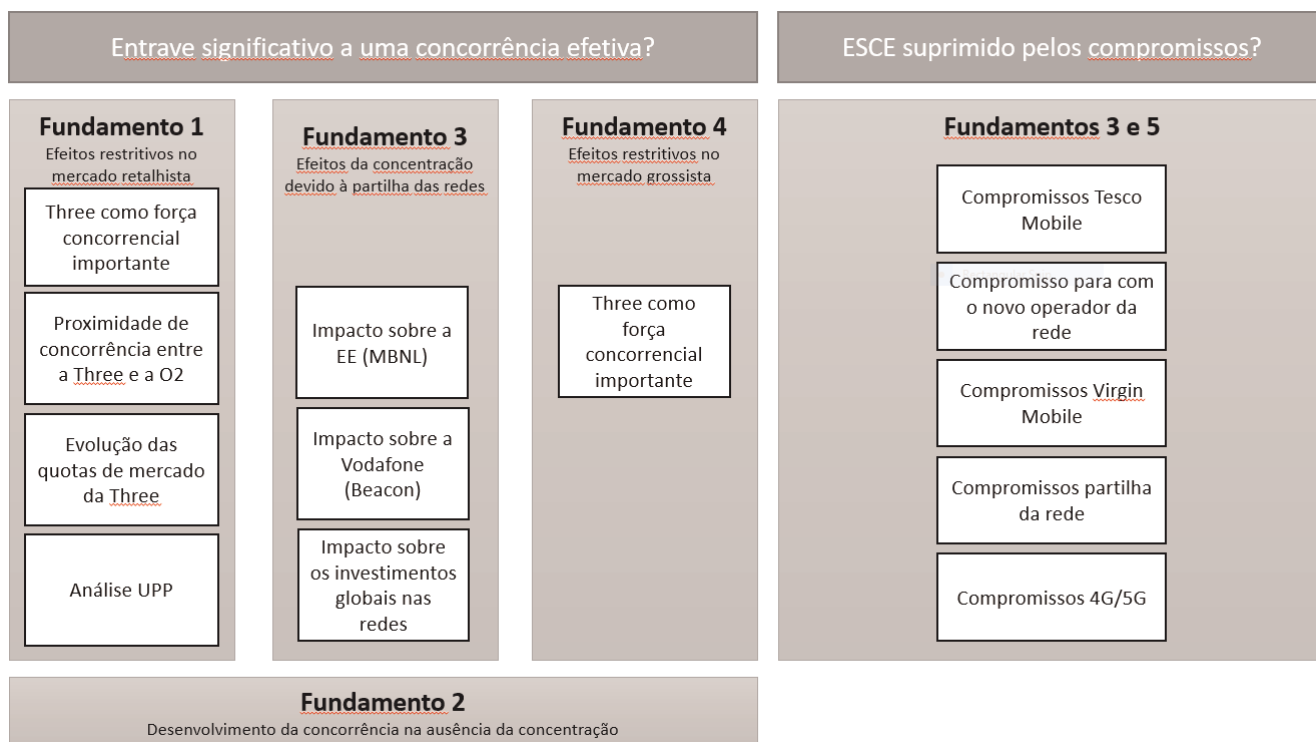
4. Quanto à fundamentação

- 120 O Tribunal Geral observa que a Comissão não está obrigada, na fundamentação das decisões adotadas nos termos do Regulamento n.º 139/2004, a tomar posição sobre todos os elementos e argumentos invocados perante ela, incluindo os que são claramente secundários para a apreciação a efetuar, a fim de distinguir o essencial do acessório.
- 121 Em contrapartida, a Comissão deve expor claramente e de forma sucinta os factos e as considerações jurídicas e económicas determinantes, bem como os fundamentos e os elementos de prova que revistam uma importância essencial na economia de uma decisão em matéria de concentrações. Além disso, a fundamentação deve ser lógica, não apresentando, nomeadamente, contradições internas (v., neste sentido, Acórdão de 10 de julho de 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, n.º 169).
- 122 Além disso, resulta igualmente de jurisprudência constante que o dever de fundamentação que incumbe ao Tribunal Geral, por força do artigo 36.º, primeiro período, e do artigo 53.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, não o obriga a fazer uma exposição que acompanhe exaustiva e individualmente todos os fundamentos e argumentos articulados pelas partes no litígio (v. Acórdão de 21 de julho de 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, não publicado, EU:C:2011:512, n.º 46 e jurisprudência referida).
- 123 Com efeito, por razões de economia processual e no respeito do princípio da boa administração da justiça, o juiz da União pode decidir um recurso, sem ter necessariamente de se pronunciar sobre todos os fundamentos e argumentos formulados pelas partes.

B. Resumo dos fundamentos e da estrutura do recurso

- 124 No seu recurso, a recorrente invoca cinco fundamentos. Contesta sucessivamente as três teorias do prejuízo desenvolvidas na decisão impugnada, bem como as conclusões da Comissão relativas aos compromissos que assumiu para resolver os problemas suscitados por essa instituição.

- 125 O primeiro e quarto fundamentos têm por objeto, respetivamente, sobre a primeira e a terceira teorias do prejuízo desenvolvidas pela Comissão, relativas à eliminação da concorrência entre a Three e a O2 no mercado retalhista (primeiro fundamento) e no mercado grossista (quarto fundamento). O segundo fundamento tem por objeto a avaliação do cenário contrafactual efetuada pela Comissão, no qual assenta a avaliação dos mercados retalhista e grossista. O terceiro fundamento tem por objeto a segunda teoria do prejuízo no que respeita ao mercado retalhista, relativa à partilha de rede, e os compromissos relativos à partilha de rede. O quinto fundamento refere-se aos outros compromissos.
- 126 A articulação entre a estrutura da decisão impugnada e a da petição é ilustrada no seguinte esquema, apresentado pela recorrente.



- 127 Assim, num primeiro momento, há que examinar sucessivamente o primeiro, o terceiro e o quarto fundamentos da recorrente, relativos às três teorias do prejuízo desenvolvidas pela Comissão, e, num segundo momento, examinar o segundo e o quinto fundamentos.

C. Quanto à primeira teoria do prejuízo, relativa aos efeitos não coordenados no mercado retalhista

1. Resumo da decisão impugnada

- 128 No âmbito da primeira teoria do prejuízo, a Comissão baseia-se na importante pressão concorrencial exercida pela Three e pela O2, na proximidade da respetiva relação de concorrência, nas suas quotas de mercado e nos incentivos à entidade resultante da concentração para aumentar os preços, bem como na capacidade de concorrência dos seus concorrentes, para concluir, no considerando 1226 da decisão impugnada, que a concentração «é suscetível de produzir efeitos anticoncorrenciais não coordenados no mercado retalhista».

- 129 Em especial, a Comissão salienta que a Three e a O2 são os únicos operadores de rede móvel no Reino Unido cujas quotas de mercado têm vindo a crescer constantemente nos últimos anos (considerandos 330 a 406 da decisão impugnada) e que estas concorrem estreitamente entre si e com os outros operadores de rede móvel (considerandos 407 a 463 da decisão impugnada).
- 130 Nos considerandos 468 a 681 da decisão impugnada, a Comissão considera que, antes da operação, a Three constituía uma «importante força concorrencial» na aceção do ponto 37 das Orientações ou, de qualquer modo, exercia uma importante pressão concorrencial. Com efeito, tratava-se do ator mais agressivo e inovador, que tinha os preços mais competitivos no circuito direto e que propunha 4G sem custos adicionais, o que obrigou os seus concorrentes a abandonar as respetivas estratégias de venda de 4G a um preço mais elevado.
- 131 Nos considerandos 682 a 776 da decisão impugnada, a Comissão considera que, na ausência de transação, seria provável que a Three continuasse a exercer uma importante pressão concorrencial, uma vez que era sólida do ponto de vista financeiro e tinha poucas probabilidades de sofrer limites de capacidade, como explicado no anexo C da decisão impugnada, que faz parte integrante da referida decisão.
- 132 Do mesmo modo, a Comissão considera que a O2 exercia uma importante pressão concorrencial antes da operação e era provável que continuasse a fazê-lo na ausência de transação (considerandos 778 a 872 da decisão impugnada).
- 133 A operação eliminaria a pressão concorrencial entre a Three e a O2, por um lado, e entre estes dois operadores e os outros operadores de rede móvel, por outro, que teria como consequência o enfraquecimento significativo da concorrência no mercado retalhista. Em especial, era provável que a entidade resultante da concentração subisse os preços (considerandos 873 a 906 da decisão impugnada).
- 134 A Comissão tira a mesma conclusão da avaliação quantitativa dos efeitos prováveis sobre os preços decorrentes da eliminação da concorrência no mercado retalhista (considerandos 1191 a 1225 da decisão impugnada), detalhada no anexo A da decisão impugnada, que faz parte integrante da referida decisão.
- 135 A Comissão considera que a operação é suscetível de ter um impacto negativo sobre a capacidade concorrencial dos restantes operadores de rede móvel. Com efeito, a operação perturbaria o bom funcionamento dos acordos de partilha de rede existentes. A Comissão considera igualmente que, dada a história e a atual estratégia e posicionamento da BT/EE e da Vodafone, seria provável que estas seguissem os aumentos de preços aplicados pela entidade resultante da concentração (considerandos 907 a 960 da decisão impugnada).
- 136 Quanto aos não ORM, a respetiva capacidade para competir e inovar era limitada (considerandos 961 a 1148 da decisão impugnada).

2. Resumo do primeiro fundamento e dos principais elementos de prova apresentados em apoio da primeira teoria do prejuízo

- 137 Com o seu primeiro fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu, na decisão impugnada, erros de direito e erros manifestos de apreciação e violou as formalidades essenciais, em primeiro lugar, na sua interpretação e na aplicação à Three do critério de «força concorrencial importante» (segunda parte), em segundo lugar, relativamente à proximidade da relação de concorrência (terceira parte) e, em terceiro lugar, no que respeita à análise das quotas de mercado (quarta parte).

- 138 Além disso, a Comissão cometeu erros de direito e erros manifestos de apreciação e desvirtuou os elementos de prova na sua avaliação dos efeitos quantitativos da concentração sobre os preços (quinta parte) e das motivações da nova entidade após a concentração (sexta parte). Por último, a Comissão não examinou de maneira global esses diferentes fatores (sétima parte).
- 139 Na audiência de alegações, a Comissão precisou que a primeira teoria do prejuízo assentava essencialmente nos seguintes três elementos de prova: o facto de a Three constituir uma força concorrencial importante, a proximidade da concorrência entre a Three e a O2 e a análise quantitativa dos efeitos da concentração sobre os preços.
- 140 O Tribunal Geral considera, assim, oportuno começar por examinar, num primeiro momento, a quarta parte, relativa à análise das quotas de mercado, e a segunda parte, relativa à qualificação da Three como força concorrencial importante, que se sobrepõem em parte, e, em seguida, a terceira parte, relativa à avaliação da proximidade da concorrência, e a quinta parte, relativa aos efeitos quantitativos da concentração sobre os preços. Num segundo momento, haverá que examinar, sendo caso disso, a sexta e a sétima partes do referido fundamento.

a) Quanto à análise das quotas de mercado

- 141 No âmbito da quarta parte do primeiro fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação e um erro de direito ao considerar, por um lado, que a nova entidade teria, na sequência da operação, a quota de mercado mais importante e, por outro, que essa situação devia ser considerada um indicador da diminuição de uma importante pressão concorrencial.
- 142 A recorrente alega, em primeiro lugar, que a quota de mercado da nova entidade seria muito inferior a 50 %, em segundo lugar, que a Comissão não considerou, na sua avaliação das quotas de mercado, outros fatores, como o poder dos concorrentes da Three e da O2, e, em terceiro lugar, que não teve em conta os efeitos da cessão da participação da O2 na Tesco Mobile, proposta pela recorrente ao abrigo dos compromissos submetidos à Comissão.
- 143 A Comissão contesta esta argumentação.
- 144 Há que recordar, a título preliminar, que, segundo jurisprudência constante, a definição adequada do mercado em causa é uma condição necessária e prévia a qualquer apreciação relativa ao impacto de uma operação de concentração sobre a concorrência (Acórdãos de 31 de março de 1998, França e o./Comissão, C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, n.º 143, e de 7 de junho de 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Comissão, T-405/08, não publicado, EU:T:2013:306, n.º 116).
- 145 Com efeito, a definição dos mercados relevantes constitui uma etapa essencial do controlo das concentrações, na medida em que permite, num primeiro momento, identificar o perímetro no interior do qual se exerce a concorrência entre empresas e, num segundo momento, apreciar o seu poder de mercado.
- 146 O mercado dos produtos abrangidos pela operação deve ser definido tendo em conta todo o contexto económico, de modo que se possa apreciar o poder económico efetivo da empresa ou das empresas em questão, e importa, para esse efeito, definir previamente os produtos que, não sendo substitutos de outros produtos, são suficientemente permutáveis com os produtos que essas empresas propõem, em função não só das suas características próprias mas também das condições de concorrência e da estrutura da procura e da oferta no mercado (Acórdão de 6 de junho de 2002, Airtours/Comissão, T-342/99, EU:T:2002:146, n.º 20).

- 147 Com efeito, na medida em que os entraves significativos a uma concorrência efetiva resultam genericamente da criação ou do reforço de uma posição dominante, as quotas de mercado apenas podem ser utilizadas como indícios de problemas concorrenciais, contanto que o mercado a que essas quotas se referem tenha sido previamente definido de forma correta. O mesmo se aplica ao índice de Herfindahl-Hirschmann (utilizado para medir o grau de concentração de um mercado) (a seguir «IHH»), a que a Comissão se refere nos considerandos 398 a 405 da decisão impugnada.
- 148 No caso em apreço, o Tribunal Geral constata que a recorrente não contesta que resultaria da concentração um reforço de um mercado oligopolístico num mercado já fortemente concentrado. Com efeito, trata-se de um mercado no qual quatro atores, ou três se a concentração for realizada, partilham 90 % do mercado. A operação permitiria à entidade resultante da concentração, que incluiria a Three e a O2, representar [entre 30 % e 40 %] do mercado retalhista e tornar-se, assim, o principal ator, à frente da BT/EE e da Vodafone, cujas quotas de mercado oscilam, respetivamente, [entre 30 % e 40 %] e [entre 20 % e 30 %].
- 149 Ora, embora essa análise, baseada em quotas de mercado mais ou menos comparáveis, que criam efeitos de simetria propícios a facilitar a colusão tácita, permita concluir pelo reforço da concentração num mercado oligopolístico, não pode, no entanto, permitir concluir que essa concentração causaria um prejuízo duradouro para a concorrência que seria, enquanto tal, suscetível de constituir um entrave significativo a uma concorrência efetiva no âmbito de uma teoria do prejuízo baseada em efeitos não coordenados.
- 150 Tal raciocínio equivaleria, na prática, a permitir à Comissão proibir qualquer concentração horizontal num mercado oligopolístico, uma vez que seriam preenchidos os critérios, baseados numa aplicação do considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004, de eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exercem, por um lado, mutuamente e, por outro, sobre os outros concorrentes.
- 151 É por esta razão que a Comissão indica, com razão, que as quotas de mercado, examinadas nos considerandos 330 a 406 da decisão impugnada, apenas forneciam uma «primeira indicação» da importância concorrencial das partes na concentração (v. considerandos 330 e 406 e nota n.º 271 da decisão impugnada). No considerando 406 da decisão impugnada, a Comissão refere que «a dimensão e a evolução das quotas de mercado das partes no mercado relevante e os segmentos que o compõem fornecem uma primeira indicação da importante pressão concorrencial exercida pela Three e pela O2».
- 152 Por conseguinte, contrariamente ao que alega a recorrente, a Comissão não considerou o facto de que a nova entidade teria a quota de mercado mais importante como um indicador da diminuição de uma importante pressão concorrencial, mas entendeu que a dimensão e a evolução das quotas de mercado da Three e da O2 eram uma primeira indicação da importante pressão concorrencial exercida por estas, que seria eliminada pela concentração.
- 153 Por outro lado, a análise das quotas de mercado mais não demonstra mais do que o facto de que a operação implicaria uma concentração ainda maior de um oligopólio restrito da comunicação móvel no Reino Unido, sem, no entanto, gerar efeitos anticoncorrenciais comparáveis aos que poderiam resultar da criação ou do reforço de uma posição dominante, individual ou coletiva.
- 154 Por conseguinte, há que julgar improcedente a quarta parte do primeiro fundamento.

b) Quanto à qualificação da Three como «força concorrencial importante»

- 155 Nos termos da decisão impugnada, um dos fatores utilizados pela Comissão para concluir que a concentração daria lugar a efeitos não coordenados é o facto de que «a Three constitui uma importante força concorrencial no mercado retalhista [...], nos termos do ponto 37 das Orientações,

ou, de qualquer modo, exerce uma importante pressão concorrencial nesse mercado, sendo provável que continue a exercer essa pressão na ausência da Operação» (considerando 777 da decisão impugnada).

156 Com a segunda parte do primeiro fundamento, relativa a erros na qualificação da Three como força concorrencial importante, a recorrente formula três alegações, relativas, respetivamente, à desvirtuação do conceito de força concorrencial importante, ao grau de pressão concorrencial exercido pela Three no mercado retalhista e à desvirtuação do conceito de importante pressão concorrencial, bastando uma delas, em seu entender, para conduzir à anulação da decisão impugnada.

1) Quanto à desvirtuação do conceito de «força concorrencial importante»

157 Segundo a recorrente, a Comissão cometeu um erro de direito ao considerar que, para concluir que uma empresa constitui uma força concorrencial importante, é suficiente que «contribua de forma constante e sustentada para o processo concorrencial», na medida em que esta interpretação do conceito de «força concorrencial importante» não distingue entre a contribuição para o processo concorrencial de cada concorrente num mercado oligopolístico e a função particular exercida por uma força concorrencial importante na aceção dos pontos 37 e 38 das Orientações.

158 A afirmação da Comissão, no considerando 326 da decisão impugnada e na contestação, segundo a qual uma «força concorrencial importante» não necessita de se distinguir dos seus concorrentes em termos de impacto sobre a concorrência, constitui um erro de direito, na medida em que, nomeadamente, esta posição lhe permitiria qualificar de força concorrencial importante qualquer empresa num mercado oligopolístico, o que equivaleria a uma proibição de facto das concentrações horizontais em mercados oligopolísticos e violaria o princípio da segurança jurídica.

159 O modo como a Comissão aplica o conceito de «força concorrencial importante» é igualmente incompatível com o modo como este é aplicado pelas autoridades da concorrência no Reino Unido e nos Estados Unidos e com a forma como este conceito foi desenvolvido nos trabalhos preparatórios do Regulamento n.º 139/2004, nas decisões anteriores e nas Orientações.

160 A Comissão contrapõe que decorre do ponto 37 das Orientações que, contrariamente ao que alega a recorrente, não é necessário que uma empresa se demarque dos seus concorrentes do ponto de vista da sua incidência na concorrência para constituir uma força concorrencial importante, mas apenas que exerça maior influência sobre o processo concorrencial do que se poderia esperar tendo em conta as suas quotas de mercado.

161 A afirmação da recorrente segundo a qual a Comissão não distingue entre a contribuição de cada ator para o processo concorrencial num mercado oligopolístico e a função particular exercida por uma força concorrencial importante é manifestamente desprovida de fundamento, dado que não qualificou a O2 de força concorrencial importante, conforme resulta do considerando 872 da decisão impugnada. Além disso, um membro de um oligopólio pode, devido a uma abordagem mais defensiva, ter uma influência limitada na concorrência.

162 Por último, a afirmação da recorrente segundo a qual a abordagem da Comissão é, nomeadamente, incompatível com a das autoridades da concorrência no Reino Unido e nos Estados Unidos é desprovida de pertinência e infundada. Assim, as Orientações são, deliberadamente, diferentes do seu equivalente americano. Além disso, a autoridade da concorrência e dos mercados do Reino Unido apoiou as conclusões da Comissão relativas à pressão concorrencial exercida pela Three, conforme resulta do considerando 483 da decisão impugnada.

- 163 O Tribunal Geral observa, como foi recordado nos n.ºs 100 e 101, *supra*, que, embora as Orientações da Comissão, tal como a sua prática decisória anterior, não possam vincular o juiz da União, o Tribunal Geral pode, sendo caso disso, fazer suas as orientações e as apreciações económicas ou jurídicas contidas na prática decisória da Comissão ou nessas orientações.
- 164 Além disso, o Tribunal Geral recorda que, num determinado número de processos [v. processos COMP/M.6203 — Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 — Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (a seguir «processo alemão»), COMP/M.6992 — Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (a seguir «processo irlandês»), COMP/M.7421 — Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 — Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 — Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)], a Comissão qualificou uma ou duas das partes na concentração de «força(s) concorrencial(ais) importante(s)», cuja eliminação devido à concentração, combinada com outros fatores (barreiras à entrada, grau de concentração do mercado, aumento dos preços, proximidade da relação de concorrência entre as partes na concentração, etc.), seria suscetível de gerar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, autorizando simultaneamente, sob condição, a concentração.
- 165 No que respeita ao argumento da recorrente segundo o qual o modo como a Comissão aplicou o conceito de «força concorrencial importante» é incompatível com as suas decisões anteriores, há que salientar que a posição defendida pela Comissão na decisão impugnada é coerente com a exposta no processo alemão (considerandos 120 a 122; v. n.º 164, *supra*) e nos processos COMP/M.7421 — Orange/Jazztel (2015) (considerando 245) e COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (considerandos 265 e 283).
- 166 Acresce que a Comissão examinou, nomeadamente, no processo COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange (2010), a questão de saber se uma ou outra das partes nessa concentração podia ser considerada um «concorrente particularmente importante» no mercado das telecomunicações móveis no Reino Unido, que exercia uma «restrição particularmente importante» sobre os outros participantes nesse mercado. Nessa decisão, a Comissão referiu, com base numa análise de angariação bruta de assinantes, que a 3UK podia ser considerada um «perturbador no mercado», na medida em que «capturava» mais clientes da Orange e da T-Mobile do que o que se poderia esperar tendo em sua quota de mercado. Por outro lado, a Comissão considerou, nessa decisão, que a 3UK era líder no mercado em termos de preços e inovações sobre os serviços.
- 167 No n.º 380 da comunicação de acusações, a Comissão referiu que, para que uma empresa constitua uma força concorrencial importante, não é necessário que seja um «franco-atirador» no mercado. Mais precisamente, a Comissão considerou que essa empresa deve contribuir, de modo substancial e consistente, para o processo concorrencial no mercado com base em parâmetros como o preço, a qualidade, a escolha e a inovação. Uma concentração que inclui uma empresa que entrou recentemente no mercado, e relativamente à qual se pode presumir que exerce uma pressão competitiva significativa no mercado, é, segundo a Comissão, apenas um exemplo de uma situação em que podem produzir-se efeitos anticoncorreciais não coordenados significativos.
- 168 O Tribunal Geral recorda que, como resulta do considerando 318 da decisão impugnada, a recorrente já tinha alegado, no decurso do procedimento administrativo, que, para que uma empresa possa ser qualificada de «força concorrencial importante», esta deve distinguir-se dos seus concorrentes no que respeita ao seu impacto sobre a concorrência, na medida em que desempenha uma função única no mercado que lhe permite exercer pressões fortes e desproporcionadas sobre os outros atores em relação às suas quotas de mercado, o que é indispensável para preservar uma concorrência efetiva.
- 169 No considerando 326 da decisão impugnada, a Comissão respondeu a este argumento considerando que uma «força concorrencial importante» não necessita de se distinguir dos seus concorrentes em termos de impacto sobre a concorrência. Segundo a Comissão, o facto de ter, na sua prática decisória anterior, considerado que certas empresas tinham sido únicas na sua «agressividade» no mercado e

tinham aumentado a sua presença nesse mercado de forma mais rápida do que qualquer outro concorrente, enquanto forças concorrencias importantes, não implica que só exista uma única definição do conceito de «força concorrencial importante».

- 170 Em contrapartida, na sua contestação, a Comissão admitiu que uma «força concorrencial importante» devia ter um papel mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta as suas quotas de mercado, exercer uma concorrência particularmente agressiva e forçar os outros atores a seguirem esse comportamento.
- 171 Decorre da decisão impugnada que, no que respeita à eliminação de uma «força concorrencial importante», a Comissão é de opinião que a simples diminuição da pressão concorrencial que resultaria, nomeadamente, do desaparecimento de uma empresa com um papel mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta as suas quotas de mercado é suficiente, por si só, para provar um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 172 Ora, essa interpretação do conceito de «força concorrencial importante», desenvolvida na decisão impugnada, introduz, caso deva ser considerado um critério jurídico autónomo, um conceito suplementar e alternativo ao conceito de «importante pressão concorrencial» constante do considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004. Isto baixa o limiar de prova exigido para provar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, consoante a Comissão qualifique os efeitos previsíveis de uma concentração de «efeitos não coordenados» ou de «efeitos coordenados».
- 173 Com efeito, a abordagem seguida pela Comissão na decisão impugnada equivale, na prática, a confundir três conceitos, a saber, o conceito de «entrave significativo a uma concorrência efetiva», que é o critério jurídico previsto no artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, o conceito de «eliminação de uma importante pressão concorrencial», mencionado no considerando 25 do mesmo regulamento, e o conceito de eliminação de uma «força concorrencial importante», utilizado na decisão impugnada e baseado nas Orientações. Ao fazer a amálgama destes conceitos, a Comissão procede a um alargamento considerável do âmbito de aplicação do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, uma vez que qualquer eliminação de uma força concorrencial importante equivale à eliminação de uma importante pressão concorrencial que, por sua vez, justifica concluir pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 174 Daqui resulta que a Comissão cometeu um erro de direito e um erro de apreciação, no considerando 326 da decisão impugnada, ao declarar que uma «força concorrencial importante» não necessitava de se distinguir dos seus concorrentes em termos de impacto sobre a concorrência, na medida em que, nomeadamente, esta posição lhe permitiria qualificar de «força concorrencial importante» qualquer empresa num mercado oligopolístico que exerça uma pressão concorrencial.
- 175 Isto equivaleria, como sublinhou com razão a recorrente, a permitir à Comissão proibir, só por este facto, concentrações horizontais nesses mercados e violaria o princípio da segurança jurídica, dado que a Comissão poderia assim abster-se de analisar a eventual eliminação das importantes pressões concorrenciais exercidas mutuamente pelas partes na concentração, a favor de uma teoria do prejuízo baseada apenas na redução das pressões concorrenciais sobre os outros concorrentes.
- 176 A alegação relativa à desvirtuação do conceito de «força concorrencial importante» é, por conseguinte, procedente.

2) Quanto ao grau de pressão concorrencial da Three no mercado retalhista

- 177 Na decisão impugnada, a conclusão da Comissão de que a Three constitui uma «força concorrencial importante», ou exerce, em todo o caso, uma importante pressão concorrencial nesse mercado, assenta nos seguintes elementos: em primeiro lugar, uma angariação bruta de assinantes superior à

sua quota de mercado (considerando 481), em segundo lugar, a evolução da sua quota de mercado e da sua clientela (considerandos 475 a 480), em terceiro lugar, as suas políticas de preços (considerandos 578 a 633), em quarto lugar, os seus contributos para a inovação e a concorrência (considerandos 485 a 577) e, em quinto lugar, a qualidade da sua rede, o seu serviço ao cliente e a fidelização dos seus clientes (considerandos 653 a 680).

178 Segundo a recorrente, a avaliação pela Comissão dos quatro primeiros fatores está viciada por erros manifestos de apreciação.

i) Quanto à angariação bruta de assinantes

179 Para concluir que a Three constitui uma «força concorrencial importante» ou que, de qualquer modo, exerce uma importante pressão concorrencial no mercado retalhista, a Comissão baseou-se, designadamente, no facto de a sua angariação bruta de assinantes ser superior à sua quota de mercado (considerandos 481 a 484 da decisão impugnada).

180 Segundo a recorrente, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir, no considerando 397 da decisão impugnada, que a angariação bruta de assinantes (isto é, a quota de novos clientes adquiridos) da Three «é o primeiro sinal de que a Three exerce no mercado retalhista uma pressão concorrencial mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta a sua quota de mercado», quando a quota bruta de novos assinantes da Three, [entre 10 % e 20 %] (consoante sejam usados os cálculos da Three ou da Comissão), é, por um lado, muito baixa em valor absoluto e, por outro, comparável ou mesmo inferior à sua quota de assinantes, [entre 10 % e 20 %].

181 No caso em apreço, a Comissão refere, no considerando 388 da decisão impugnada, que, segundo os seus cálculos, a quota bruta de novos assinantes da Three é superior à sua quota de mercado.

182 Porém, a Comissão reconhece, nos n.ºs 65 e 74 da contestação, que, de acordo com a sua reconstituição das quotas de mercado e das quotas brutas de novos clientes, as quotas brutas de novos clientes da Three para 2014 e para o primeiro semestre de 2015 são apenas ligeiramente mais elevadas do que as suas quotas de mercado para o mesmo período. Por outras palavras, não há grande diferença entre as quotas brutas de novos clientes da Three e as suas quotas de mercado.

183 A este respeito, há que salientar que as quotas brutas de novos clientes da Three não indicam que a Three exerça, na concorrência, um papel mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta as suas quotas de mercado. Baseando-se na tese mais favorável à Comissão, segundo a qual a empresa conheceu um crescimento sustentado, a angariação bruta de assinantes que caracteriza a sua atividade ascende a [entre 10 % e 20 %]. Ora, por um lado, esse valor é muito reduzido em relação às quotas de mercado descritas nos considerandos 335 e 343 da decisão impugnada. Por outro lado, essa angariação deve ser considerada muito limitada se comparada com os números relativos aos novos assinantes das empresas que a Comissão qualificou de «forças concorrenciais importantes» na sua prática decisória anterior, nos processos M.3916 — T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) e nos processos alemão e irlandês (v. n.º 164, *supra*).

184 Em resposta a uma questão do Tribunal Geral colocada na audiência sobre a importância que deve ser atribuída, enquanto meio de prova da existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, a uma angariação bruta de assinantes que seja superior a um valor [entre 0 % e 5 %] às quotas de mercado, a Comissão contentou-se em afirmar que essa angariação era apenas um indício, entre outros, para efeitos da sua avaliação global de vários fatores em apoio das suas conclusões na decisão impugnada.

- 185 Em especial, a Comissão alega que o facto de um operador como a Three ter uma quota bruta de novos clientes, mesmo limitada em relação à sua quota de mercado, continua a ser suficiente para fazer dele uma «força concorrencial importante», quando se tem em conta o facto de esse mesmo operador ter evoluído permanentemente no mercado relevante. Com efeito, segundo a Comissão, o facto de a Three ter observado, durante os anos precedentes à adoção da decisão impugnada, um pleno crescimento da sua quota bruta de novos assinantes é um indicador suficiente, que permite demonstrar que a Three é um concorrente que exerce uma pressão concorrencial no mercado retalhista.
- 186 Todavia, há que salientar que, em relação às quotas de mercado descritas nos considerandos 335 e 343 da decisão impugnada, uma angariação bruta de assinantes que pode ser quantificada, na hipótese mais favorável à tese da Comissão, correspondendo ao crescimento mais sustentado, num valor [entre 10 % e 20 %], parece muito reduzida e não é comparável aos números referentes aos novos assinantes das empresas que a Comissão qualificou de «forças concorrenciais importantes» na sua prática decisória anterior, nos processos M.3916 — T-Mobile Austria/Tele.ring (2006), COMP/M.6497 — Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) e nos processos alemão e irlandês (v. n.º 164, *supra*).
- 187 Além disso, a recorrente sustentou, na fase escrita do processo e na audiência, sem ser contradita neste ponto pela Comissão, que a quota bruta de novos assinantes relativa a outras empresas que a Comissão também qualificou de «forças concorrenciais importantes», no âmbito de concentrações que fizeram passar de quatro para três o número de concorrentes no setor das comunicações móveis, se situa entre 21 % e 50 %, o que não é manifestamente o caso da Three.
- 188 Daqui resulta que, em todo o caso, a angariação bruta de assinantes da Three não permitia à Comissão concluir que este operador constituía uma «força concorrencial importante», no quadro de uma teoria do prejuízo baseada em efeitos não coordenados.
- 189 Decorre daí que a conclusão da Comissão, no considerando 397 da decisão impugnada, segundo a qual a angariação bruta de assinantes da Three «é o primeiro sinal de que a Three exerce no mercado retalhista uma pressão concorrencial mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta a sua quota de mercado», está viciada por um erro de apreciação.
- 190 A argumentação que se refere, em substância, a um erro de apreciação relativo à angariação bruta de assinantes da Three é, por conseguinte, procedente.

ii) Quanto ao crescimento dos assinantes da Three

- 191 Segundo a recorrente, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir, no considerando 474 da decisão impugnada, que a evolução da quota de mercado da Three indicava que esta era uma «força concorrencial importante». Com efeito, os dados expostos nos considerandos 335, 343, 475 e 477 da decisão impugnada provam que a Three conhece um crescimento extremamente lento.
- 192 A Comissão sustenta que a quota de mercado da Three em matéria de assinantes e de volume de negócios não para de crescer. O crescimento de 1 % ao ano da Three, enquanto fornecedor entre 2013 e 2014, deve ser colocado no contexto de um mercado em que nenhum outro ator, com exceção da O2, estava em condições de atingir essa taxa de crescimento, conforme ilustrado nos considerandos 343 e 346 da decisão impugnada. Além disso, contrariamente ao que sustenta a recorrente, a clientela da Three registou constantemente [*confidencial*]¹ no mercado entre 2010 e 2014, enquanto o número total de assinantes da Three, da O2 e da Vodafone aumentou, respetivamente, de [*confidencial*] e o da BT/EE diminuiu cerca de [*confidencial*] (considerando 477 da decisão impugnada).

¹ Dados confidenciais ocultados.

- 193 O Tribunal Geral constata que os dados expostos nos considerandos 335, 343, 346 e 477 da decisão impugnada parecem mostrar que a Three conheceu um crescimento superior ao dos seus concorrentes. A este respeito, a Comissão sustentou que o Tribunal Geral tinha declarado no Acórdão de 14 de dezembro de 2005, *General Electric/Comissão* (T-210/01, EU:T:2005:456), que o crescimento constante das quotas de mercado é um fator convincente da pressão competitiva exercida por um operador.
- 194 Há que salientar que o reforço das quotas de mercado durante vários anos consecutivos constitui, efetivamente, um indício de poder concorrencial. Todavia, há que distinguir o presente processo das conclusões retiradas pelo Tribunal Geral no Acórdão de 14 de dezembro de 2005, *General Electric/Comissão* (T-210/01, EU:T:2005:456), no qual a recorrente era, de longe, o primeiro fornecedor de motores de aeronaves, apresentava a taxa de crescimento mais elevada do mercado e encontrava-se, assim, numa situação de posição dominante.
- 195 Com efeito, esse raciocínio não é aplicável ao caso vertente, que não diz respeito a uma empresa em posição dominante que tenha reforçado o seu poder no mercado. O simples crescimento da quota bruta de novos assinantes durante vários anos consecutivos do menor operador de rede móvel num mercado oligopolístico, a saber, a Three, que foi qualificado de «franco-atirador» pela Comissão no passado (processo COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange) e na comunicação de acusações no presente processo, não constitui, por si só, um indício suficiente que permita concluir pelo poder deste operador no mercado ou pela eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exercem mutuamente.
- 196 Por outro lado, o Tribunal Geral constata que, como alegou a recorrente na sua petição e na audiência de alegações, resulta dos gráficos n.º 19 e n.º 20 da decisão impugnada que as quotas de mercado da Three estagnaram ou estabilizaram [entre 5 % e 10 %] entre 2012 e 2014, tanto em termos de assinantes como de receitas. Segundo esses gráficos, a Three conheceu um crescimento fraco em termos de assinantes ao longo dos últimos anos.
- 197 Assim, a conclusão da Comissão, no considerando 474 da decisão impugnada, segundo a qual a evolução da quota de mercado da Three indica que esta era uma «força concorrencial importante» enferma igualmente de um erro de apreciação.
- 198 A argumentação que se refere, em substância, a um erro de apreciação relativo ao crescimento dos assinantes da Three é, por conseguinte, procedente.

iii) Quanto à política de preços da Three

- 199 A recorrente alega que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao concluir, nos considerandos 578 e 579 da decisão impugnada, com base numa «análise qualitativa e quantitativa dos preços», que «a Three sempre exerceu uma importante pressão concorrencial no mercado com as suas tarifas».
- 200 Com efeito, as análises da recorrente mostram que a Three pratica preços ligeiramente menos elevados do que os praticados por outros operadores de rede móvel no circuito de venda direta, mas nitidamente mais elevados do que os praticados pelos outros operadores de rede móvel no circuito de venda indireta e pelos operadores de redes móveis virtuais.
- 201 Quanto à análise qualitativa dos preços conduzida pela Comissão, esta ignora os canais de distribuição indireta e contém uma avaliação muito limitada das vendas dos operadores de redes móveis virtuais.

- 202 A Comissão sustenta, relativamente à sua própria análise qualitativa dos preços, que teve expressamente em conta, nos considerando 1032 a 1079 da decisão impugnada, a posição tarifária dos operadores de redes móveis virtuais e dos distribuidores indiretos, bem como a respetiva capacidade limitada para compensar os efeitos prováveis nos preços resultantes da operação.
- 203 Além disso, a análise quantitativa da recorrente, exposta no considerando 604 da referida decisão, confirma que a Three era o operador de rede móvel menos caro no circuito das vendas diretas entre outubro de 2014 e fevereiro de 2016.
- 204 Quanto à análise qualitativa dos preços conduzida pela Comissão, exposta nos considerando 580 a 602 da decisão impugnada, resulta da mesma que a Three propunha os preços mais competitivos do mercado para um determinado número de contratos, em comparação com os outros operadores de rede móvel, e entre os mais competitivos no mercado para outros.
- 205 Segundo a recorrente, as análises qualitativas e quantitativas constantes da sua resposta à comunicação de acusações, assim como do estudo realizado pela Hutchinson mostram, cada uma, que os preços da Three eram médios, oscilando entre os praticados por outros operadores de rede móvel no circuito de venda direta e os praticados pelos operadores de redes móveis virtuais no circuito de venda indireta.
- 206 Mais especificamente, uma análise quantitativa das partes baseada em 80 000 preços, entre 2014 e 2016, permite chegar à conclusão de que a Three era um concorrente «médio», a saber, um concorrente «ligeiramente menos caro» do que outros operadores de rede móvel no circuito de venda direta, mas «nitidamente mais caro» do que os outros operadores de rede móvel no circuito de venda indireta e do que os operadores de redes móveis virtuais. Por outro lado, a decisão impugnada assemelha a fixação de preços baixos a uma política de preços agressiva, quando esta pode refletir apenas uma oferta de qualidade inferior ou um valor de marca inferior e, assim, não ter efeitos significativos sobre a concorrência.
- 207 Segundo a recorrente, esta análise exaustiva de todos os preços no mercado à época demonstra que a política de tarifação da Three se situava de forma coerente face aos preços do mercado. Em contraste, a decisão impugnada invoca preços seletivos, até mesmo anedóticos, em comparação com certas tarifas fixas em determinados momentos, sem, no entanto, explicar a razão de ser dessa seleção.
- 208 A este respeito, a Comissão alega que a sua análise incidiu sobre os telefones móveis mais representativos no Reino Unido. Segundo a Comissão, embora as tarifas propostas pelos operadores apresentem diferenças (em matéria de volume de dados, de minutos de chamada, etc.) e nem sempre ofereçam condições idênticas, não deixam de ser comparáveis.
- 209 O Tribunal Geral constata, contrariamente ao que sustenta a recorrente, que a Comissão teve em conta, nos considerando 584, 589, 590, 592 a 595 e 601 da decisão impugnada, as tarifas dos não ORM e dos distribuidores indiretos. Assim, embora tenha tido em conta as tarifas dos operadores de redes móveis virtuais na decisão impugnada, a Comissão precisou, ao mesmo tempo, que um determinado número de tarifas, designadamente as da Tesco Mobile e da Virgin Mobile, eram menos caras do que as da Three.
- 210 Por outro lado, o Tribunal Geral constata que, no processo COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange, a Comissão considerou que, «no mercado retalhista do Reino Unido, os operadores de redes móveis “virtuais” desempenham um papel significativo. [...] Os operadores de redes móveis “virtuais” não fazem apenas concorrência com os seus operadores hospedeiros nos preços e serviços aos clientes, mas estimulam igualmente a concorrência introduzindo modelos de negócio inovadores».
- 211 Ora, nos considerando 969 e seguintes da decisão impugnada, a Comissão concluiu que os operadores de redes móveis virtuais eram, à data, incapazes de restringir utilmente o comportamento concorrencial dos operadores de rede móvel no mercado retalhista.

- 212 Todavia, não resulta daí que a Three exercia com a sua política tarifária uma importante pressão concorrencial.
- 213 Com efeito, sem que seja necessário que o Tribunal Geral tome posição sobre esta questão, há que referir que o mero facto de as tarifas da Three incluírem os serviços 4G sem custos adicionais não basta para provar que a Three prosseguia uma política de preços particularmente agressiva.
- 214 Do mesmo modo, como sublinha com razão a recorrente, o simples facto de a oferta da Three ser menos cara para alguns e não para todos os segmentos do mercado não basta, em todo o caso, para demonstrar que a Three constitui uma «força concorrencial importante», uma vez que a sua política de preços deve ser suscetível de alterar as dinâmicas concorrenciais de maneira significativa.
- 215 Ora, a decisão impugnada limita-se, nos considerandos 588 a 590, a descrever os preços da Three como estando «entre os mais baixos [preços] no mercado» e «entre os menos caros para o segmento de dados de gama baixa». Esta descrição da Three está longe de provar que a sua política de preços é suscetível de alterar, de maneira significativa, as dinâmicas concorrenciais no mercado.
- 216 A argumentação relativa, em substância, a um erro de apreciação da política de preços da Three é, por conseguinte, procedente, uma vez que a Comissão não demonstrou, no caso vertente, de forma juridicamente bastante e com provas convincentes, que a Three exercia uma concorrência particularmente agressiva em termos de preços e que forçava os outros atores no mercado a acompanhar os seus preços ou que a sua política de preços era suscetível de alterar, de maneira significativa, as dinâmicas concorrenciais no mercado, em conformidade com a definição do conceito de «força concorrencial importante» recordada no n.º 170, *supra*, e que a própria Comissão especificou, aliás, na sua contestação.

iv) Quanto ao papel histórico desempenhado pela Three no mercado

- 217 Segundo a recorrente, os factos expostos nos considerandos 497 a 575 da decisão impugnada, relativos ao papel histórico desempenhado pela Three no mercado, são anedóticos e não permitem concluir pela qualificação de «força concorrencial importante». As provas apresentadas pela recorrente demonstram o impacto limitado sobre a concorrência das iniciativas da Three invocadas na decisão impugnada.
- 218 A Comissão retorque que o papel histórico desempenhado pela Three no mercado é relevante, pois demonstra a sua capacidade de fazer face aos desafios da concorrência e permite prever o seu comportamento no futuro (considerando 486 da decisão impugnada). As suas iniciativas contribuíram de forma consequente para o seu crescimento anual. As provas constantes dos autos mostram que a Three desempenhou um papel essencial na baixa dos preços da 4G.
- 219 O Tribunal Geral recorda que, na decisão impugnada, a Comissão expôs o modo como a Three, última a chegar ao mercado retalhista, alterou os hábitos do setor em matéria de limitação da utilização dos dados e de aumento do preço dos dados com o lançamento do seu «One Plan» (v. considerandos 497 a 522 e, em especial, considerandos 515 e 522) e da itinerância (*roaming*) internacional gratuita (considerandos 523 a 538) e com a oferta da 4G sem custos adicionais, o que obrigou os seus concorrentes a abandonar as suas estratégias de venda da 4G a um preço mais elevado (considerandos 539 a 572 e, em especial, considerandos 565 e 572).
- 220 Todavia, como sublinha a recorrente, as iniciativas comerciais tomadas pela Three, examinadas pela Comissão nos considerandos 497 a 575 da decisão impugnada para demonstrar o comportamento fortemente concorrencial desta sociedade, são atualmente de natureza histórica, uma vez que foram essencialmente levadas a cabo antes da sua principal mudança de estratégia no final de 2013, quando a Three passou de uma concorrência de preços a uma concorrência de marca.

- 221 Ora, a Comissão parece, num primeiro momento, ter confirmado, na sua comunicação de acusações, a sua qualificação anterior da Three como «franco-atirador» no mercado das telecomunicações móveis no Reino Unido.
- 222 Com efeito, nos n.ºs 1258 e 1357 da comunicação de acusações, a Comissão concluiu que, na sequência da operação, a Three se tornaria um líder no mercado com pouco, ou mesmo incentivo para perturbar qualquer potencial coordenação. Na sequência da operação, existiriam, assim, no mercado três empresas não perturbadoras, o que seria suscetível de produzir efeitos coordenados no mercado, enquanto, anteriormente, as tentativas de coordenação fracassaram devido ao comportamento perturbador da Three.
- 223 Uma vez que a teoria do prejuízo baseada nos efeitos coordenados foi posteriormente abandonada pela Comissão, na decisão impugnada, a argumentação da Comissão relativa ao papel histórico da Three no mercado tem um valor probatório anedótico na análise global do conjunto de provas em apoio da primeira teoria do prejuízo.
- 224 Ora, mesmo que a argumentação da Comissão relativa ao papel histórico da Three fosse, enquanto tal, correta, o que a recorrente não parece contestar em si, a Comissão não demonstrou na decisão impugnada que esse papel histórico da Three era representativo da sua política de preços no momento da notificação da concentração. O raciocínio da Comissão a este respeito parece implicar que uma empresa que desempenhou historicamente um papel perturbador irá necessariamente desempenhar o mesmo papel no futuro e não pode reposicionar-se no mercado através da adoção de uma política de preços diferente.
- 225 A argumentação relativa, em substância, a um erro de apreciação do papel histórico desempenhado pela Three no mercado, e designadamente do seu valor enquanto prova de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, é, por conseguinte, procedente.
- 226 Tendo em conta tudo o que precede, há que julgar procedente a alegação relativa ao grau de pressão concorrencial da Three no mercado retalhista.

c) Quanto à avaliação da proximidade da relação de concorrência

- 227 Um outro fator utilizado pela Comissão para concluir que a concentração daria origem a efeitos não coordenados é o facto de a Three e a O2 «serem concorrentes próximos em todo o mercado retalhista» (considerando 463 da decisão impugnada). Esta conclusão assenta numa avaliação qualitativa dos rácios de transferência baseados em dados de portabilidade dos números móveis (a seguir «PNM») e dos rácios de transferência baseados num estudo realizado pela Comissão.
- 228 Com a terceira parte do primeiro fundamento, a recorrente alega, em substância, que a Comissão cometeu um erro ao declarar que os quatro operadores de rede móvel são todos próximos no mercado retalhista (considerandos 438 e 439 da decisão impugnada), que a Comissão não teve em conta o elevado grau de substituíbilidade com as ofertas de terceiros e concluiu erradamente que a Three e a O2 eram concorrentes próximos, na medida em que não eram os concorrentes mais próximos. A conclusão da Comissão sobre a proximidade da relação de concorrência está viciada por um erro de direito e por um erro manifesto de apreciação, na medida em que não a Comissão procedeu a uma avaliação do grau de proximidade entre as partes.
- 229 Em primeiro lugar, a Comissão alega que procedeu efetivamente a uma avaliação relativa da proximidade entre as partes (em conformidade com os princípios recordados no considerando 323 da decisão impugnada) e que declarou que, para um grande número de participantes no inquérito sobre o mercado, a Three e a O2 são os concorrentes mais próximos um do outro (considerando 417 da decisão impugnada). Os documentos internos das partes (considerandos 418, 430 e 438 da decisão

impugnada), os rácios de transferência (considerandos 455 e 460 da decisão impugnada) e o estudo encomendado pela Comissão (considerando 461 da decisão impugnada) mostram que a Three e a O2 mantêm uma relação de concorrência estreita.

- 230 A Comissão sustenta, ainda, ter deduzido das provas constantes dos autos que os quatro operadores de rede móvel estão em concorrência estreita no mercado retalhista, o que, no entanto, não é necessariamente válido para qualquer mercado composto por quatro atores ou qualquer mercado oligopolístico.
- 231 Em segundo lugar, a Comissão alega que, embora o grau de substituíbilidade com as empresas terceiras tenha incidência na reação destas últimas aos aumentos dos preços praticados pela entidade resultante da concentração, não prejudica a eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exercem mutuamente, que é o efeito mais direto de uma concentração num mercado oligopolístico e que pode ser por ele medido.
- 232 Além disso, dado que não é necessário que as partes na concentração sejam os concorrentes mais próximos (considerando 324 da decisão impugnada), o facto de outros concorrentes serem igualmente próximos, ou mesmo mais próximos do que estas, não permite refutar a existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. As provas relativas à substituíbilidade com os produtos de empresas terceiras são, portanto, secundárias em relação às relativas à substituíbilidade entre os produtos das partes na concentração.
- 233 Em terceiro lugar, a Comissão não contesta que, de acordo com os rácios de transferência baseados nos dados de PNM, [*confidencial*]. No entanto, para que um aumento unilateral dos preços seja rentável para a entidade resultante da concentração, o que importa não é que os produtos das partes na concentração sejam os substitutos mais próximos (considerandos 324 e 1193 da decisão impugnada), mas que estas últimas sejam concorrentes próximos e que a sua rivalidade tenha sido uma fonte de concorrência importante no mercado (considerando 463 da decisão impugnada).
- 234 O Tribunal Geral constata que o conceito de «concorrente próximo» não consta do Regulamento n.º 139/2004, mas apenas nas Orientações, que contêm uma rubrica intitulada «[a]s empresas que participam na concentração são concorrentes próximos».
- 235 Por outro lado, a aplicabilidade do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, lido à luz do considerando 25 do referido regulamento, requer a eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente, o que constitui o efeito unilateral mais direto de uma concentração num mercado oligopolístico, como sublinhou acertadamente a Comissão perante o Tribunal Geral.
- 236 A este respeito, a «proximidade da concorrência» já foi aceite como meio de prova económica pelo Tribunal Geral nos Acórdãos de 9 de julho de 2007, Sun Chemical Group e o./Comissão (T-282/06, EU:T:2007:203), e de 6 de julho de 2010, Ryanair/Comissão (T-342/07, EU:T:2010:280, n.ºs 63 e segs.).
- 237 O Acórdão de 6 de julho de 2010, Ryanair/Comissão (T-342/07, EU:T:2010:280), tinha por objeto a utilização do conceito de «concorrentes mais próximos» e a questão de saber se a Comissão podia deduzir daí automaticamente a existência e, depois, a eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente. Pelo contrário, no Acórdão de 9 de julho de 2007, Sun Chemical Group e o./Comissão (T-282/06, EU:T:2007:203), o Tribunal Geral concluiu que a Comissão não pode ser censurada pelo facto de não se ter debruçado, na decisão recorrida, sobre a proximidade das relações de concorrência entre as partes na concentração.
- 238 De acordo com o ponto 28 das Orientações, essa proximidade é apreciada em função do grau de substituíbilidade entre os produtos das partes. Este mesmo ponto precisa assim que, «[o]s produtos num mercado relevante podem ser diferenciados, pelo que alguns produtos são substitutos mais

próximos do que outros. Quanto mais elevado for o grau de substituíbilidade entre os produtos das empresas na concentração, maiores probabilidades existem de que essas empresas aumentem os preços de forma significativa. [...] São maiores as probabilidades de limitação do incentivo das empresas na concentração para aumentarem os preços quando as empresas rivais produzem substitutos próximos dos produtos das empresas na concentração do que quando oferecem substitutos menos próximos. Por conseguinte, é menos provável que de uma concentração resultem entraves significativos à concorrência efetiva [...] quando existe um elevado grau de substituíbilidade entre os produtos das empresas na concentração e os produtos fornecidos pelos fabricantes rivais».

- 239 Com efeito, consoante as circunstâncias, um mercado de produtos relevante pode compreender substitutos mais ou menos próximos, de modo que as relações de concorrência entre os produtos pertencentes a esse mercado podem variar em intensidade, independentemente das quotas de mercado. Por conseguinte, os efeitos não coordenados de uma concentração podem depender mais da proximidade dos produtos das partes na operação de concentração do que das suas respetivas quotas de mercado.
- 240 No caso vertente, há que, em primeiro lugar, declarar que, segundo o n.º 1366 da comunicação de acusações, o mercado de referência se caracteriza, genericamente, por um fraco grau de diferenciação dos produtos. Nesse mercado, os operadores tentam ultrapassar este aspeto prosseguindo estratégias de diferenciação que só tiveram, porém, um sucesso limitado.
- 241 Em segundo lugar, o Tribunal Geral observa que o conceito de «concorrente próximo», constante das Orientações, permite atender ao facto de a rivalidade entre as partes na concentração ser uma importante fonte de concorrência no mercado e pode, portanto, constituir um fator determinante na análise, como resulta do ponto 28 das Orientações. Por outro lado, há que recordar que a aplicabilidade do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, lido à luz do considerando 25 do referido regulamento, requer a eliminação das «importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente», o que constitui o efeito unilateral mais direto de uma concentração num mercado oligopolístico, conforme sublinhou com razão a Comissão perante o Tribunal Geral.
- 242 Todavia, a maior parte dos exemplos mencionados na decisão impugnada não visam identificar o grau de proximidade entre as partes, ou mostrar que estas exerciam mutuamente importantes pressões concorrenciais, mas procuram sobretudo demonstrar que a Three e a O2 são «concorrentes próximos» em vez de «concorrentes particularmente próximos». Assim, parece que a Comissão analisa mais a proximidade da concorrência entre a Three e a O2, por um lado, e os outros dois operadores de rede móvel, por outro. Com efeito, a Comissão conclui, no considerando 1183 da decisão impugnada, que os quatro operadores de rede móvel, e não apenas a Three e a O2, são «concorrentes próximos».
- 243 Em terceiro lugar, os dados utilizados pela Comissão para calcular os rácios de transferência, usados para analisar o grau de proximidade dos diferentes operadores, provêm de uma sondagem que essa instituição mandou efetuar entre uma amostra relativamente limitada de uma centena de utilizadores. Além disso, os resultados dessa análise não convergem com os da análise quantitativa apresentada no anexo A da decisão impugnada. Em contrapartida, os rácios calculados pela recorrente baseiam-se em dados PNM e são referentes a 200 000 observações.
- 244 Em quarto lugar, de acordo com os números apresentados pela recorrente, no que respeita à portabilidade dos clientes privados da O2, [confidencial] com um rácio de transferência de apenas [confidencial], ao passo que o da BT/EE é de [confidencial] e o da Vodafone de [confidencial]. Por outro lado, os concorrentes mais próximos da O2 [confidencial] são globalmente [confidencial], que representam [confidencial] dos clientes portados da O2 para outros operadores. Isto significa que [confidencial].

- 245 Na audiência, a recorrente fundamentos estes números de forma convincente, sem ser contradita a este respeito pela Comissão, o que confirma o facto de a Three não ser um concorrente particularmente próximo da O2, de [confidencial] ser o concorrente mais próximo da Three e [confidencial] o concorrente mais próximo da Three, e isto a uma distância significativa.
- 246 Além disso, a Comissão confirmou, na audiência, que a Three não estava ativa no segmento dos consumidores profissionais de telefonia móvel e que a Three e a O2 não eram, portanto, concorrentes neste segmento. A falta de proximidade de concorrência neste segmento do mercado é corroborada pelo quadro n.º 35 da decisão impugnada, designadamente, pela nota n.º 313 sobre o grau de concentração e o IHH, que não foram fornecidos na decisão impugnada, dado que a Comissão não encontrou problemas estruturais relativamente a este segmento do mercado.
- 247 Daqui decorre que, no mercado das telecomunicações móveis no Reino Unido, a Three e a O2 não eram operadores de rede móvel particularmente próximos, embora, neste mercado, todos os operadores sejam, por definição, mais ou menos próximos.
- 248 Ainda de acordo com os números apresentados pela recorrente na audiência, e que não foram contestados pela Comissão, no que respeita ao reporte dos clientes da Three, [confidencial] dos clientes que deixaram a Three, ou seja, cerca de [confidencial] que a O2. No total, [confidencial] dos clientes que abandonaram a Three escolheram outro operador diferente da O2.
- 249 Embora se possa demonstrar, sem dúvida, que a Three e a O2 são concorrentes relativamente próximos numa parte dos segmentos de um mercado concentrado que conta com quatro operadores de rede móvel, este único elemento não basta para provar, no caso em apreço, a eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente e não é suficiente para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, a menos que se proíba, por princípio, qualquer concentração resultante numa passagem de quatro para três operadores.
- 250 Por conseguinte, há que julgar procedente a terceira parte do primeiro fundamento, relativa à fraca força probatória da análise da proximidade da relação de concorrência entre a Three e a O2 no caso vertente.

d) Quanto à avaliação dos efeitos quantitativos da concentração sobre os preços

- 251 Com base na sua análise quantitativa sobre a pressão em alta previsível sobre os preços (*upward pricing pressure*) (a seguir «análise UPP»), a Comissão conclui, no considerando 1225 da decisão impugnada, que «a concentração é suscetível de incitar a entidade resultante da concentração a aumentar sensivelmente os preços».
- 252 Com a quinta parte do primeiro fundamento, a recorrente formula duas alegações referentes à análise UPP. Antes de mais, alega que essa análise não tem a força probatória que a Comissão lhe reconhece. Em seguida, afirma que essa análise não tem nenhuma força probatória no caso vertente.

1) Quanto à força probatória da análise UPP como primeiro «crivo»

- 253 Em primeiro lugar, segundo a recorrente, a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação da força probatória da análise UPP ao utilizá-la, no considerando 1191 da decisão impugnada, como prova concordante de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, quando a análise UPP tem por fim fornecer um primeiro «crivo» para determinar se uma concentração merece uma investigação aprofundada, e é, aliás, contestada.
- 254 A Comissão contesta esta argumentação.

- 255 O Tribunal Geral constata, a título preliminar, que os indicadores de pressão em alta sobre os preços, baseados nos rácios de transferência e nas margens das partes numa concentração, traduzem os incentivos destas últimas para aumentar os preços na sequência da concentração. São utilizados para apreciar os efeitos não coordenados das fusões, que se verificam habitualmente em caso de produtos homogéneos.
- 256 É geralmente admitido que, embora os indicadores de pressão em alta sobre os preços possam revelar-se úteis para efeitos de filtragem, permitindo às autoridades da concorrência apreciar a necessidade de uma investigação mais aprofundada, não devem, em contrapartida, ser considerados previsões credíveis de aumentos de preços ou simulações de fusão.
- 257 A recorrente afirma, portanto, com razão, que a análise UPP, em especial, foi inicialmente desenvolvida com vista a fornecer um primeiro «crivo» a fim de determinar se uma concentração merece uma investigação aprofundada.
- 258 No entanto, importa salientar que, como sublinha a Comissão, a sua análise quantitativa, baseada numa análise GUPPI (*gross upward pricing pressure index*, a saber, em português, pressão bruta em alta sobre os preços), é mais elaborada do que uma simples análise UPP, na medida em que consegue ter em conta a reação provável dos concorrentes a um aumento unilateral dos preços pela entidade resultante da concentração, conforme indicado nos considerandos 253 e 254 do anexo A da decisão impugnada.
- 259 Esta alegação é, por conseguinte, improcedente.

2) Quanto à análise UPP no caso vertente

- 260 Em segundo lugar, segundo a recorrente, a Comissão cometeu igualmente um erro manifesto de apreciação relativamente às conclusões retiradas da análise UPP, na medida em que esta última prevê um aumento dos preços em todas as concentrações horizontais e só pode conduzir a resultados úteis se for definido um limiar acima do qual o aumento dos preços previsto após a operação é considerado suficientemente significativo. A Comissão não teve em conta nenhum destes elementos na decisão impugnada.
- 261 A despeito das imperfeições da análise UPP, o seu resultado revela que a concentração suscita apenas poucas preocupações concorrenciais, em comparação, designadamente, com os resultados obtidos em processos anteriores.
- 262 No que respeita ao argumento da recorrente segundo o qual os efeitos sobre os preços previstos pela análise quantitativa são menores do que nos processos anteriores, a Comissão refere ter-lhe respondido nos considerandos 3056 a 3058 da decisão impugnada, demonstrando que os efeitos sobre os preços médios neste caso específico se situam entre os que estavam previstos nos processos irlandês e alemão (v. n.º 164, *supra*).
- 263 Além disso, segundo a Comissão, o facto de, na falta de ganhos de eficiência ou de outros fatores qualitativos compensatórios, a análise quantitativa continuar a prever um aumento dos preços, incluindo, por vezes, muito reduzido, não impede que seja utilizada no âmbito de uma apreciação global do conjunto de provas relativas à probabilidade de a transação resultar num entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 264 Em primeiro lugar, o Tribunal Geral declara que a Comissão reconhece que a sua análise quantitativa assenta num número limitado de dados chave, nomeadamente rácios de transferência e margens, mas alega que se trata de indicadores de mercado essenciais, conforme explicado no considerando 1195 da decisão impugnada e no considerando 246 do anexo A dessa decisão.

- 265 É por isso que a própria Comissão parece ter feito prova de uma certa prudência na decisão impugnada no que diz respeito à força probatória da sua análise quantitativa.
- 266 Com efeito, por um lado, a Comissão conclui, no termo da avaliação qualitativa exposta nos considerandos 1175 a 1190 da decisão impugnada, que a concentração levaria à eliminação de importantes pressões concorrenciais no mercado retalhista, que resultaria «provavelmente» num aumento dos preços. Esta avaliação qualitativa é completada por uma análise quantitativa, resumida nos considerandos 1191 a 1225 da decisão impugnada e detalhada no anexo A da referida decisão, da qual a Comissão retira a mesma conclusão.
- 267 Por outro lado, a Comissão precisa, em substância, no considerando 250 do anexo A da decisão impugnada, que o resultado obtido não deve ser entendido como uma quantificação exata e precisa do aumento dos preços que pode resultar da operação, mas antes como um «indicador de probabilidade» de que este último ocorra.
- 268 Daqui resulta que, como decorre da própria decisão impugnada, a análise quantitativa não é considerada um elemento de prova determinante. Deste modo, essa análise não é suficiente para demonstrar, em conformidade com as exigências de prova recordadas no n.º 118, *supra*, que a eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes exerciam mutuamente resultaria num aumento significativo dos preços e, portanto, num entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 269 Em segundo lugar, a recorrente afirma que é necessário definir um limiar acima do qual o aumento dos preços previsto após a operação é considerado suficientemente significativo.
- 270 A este respeito, importa salientar que, no considerando 252 do anexo A da decisão impugnada, a Comissão reconhece que uma análise UPP preverá sempre, na falta de ganhos de eficiência, um certo aumento dos preços na sequência de uma concentração horizontal que elimina a concorrência entre as partes na concentração.
- 271 A Comissão alega, porém, no considerando 252 do anexo A da decisão impugnada, que a análise quantitativa relativa aos aumentos de preços e a força probatória que pode ser atribuída a essa análise variam de um caso para outro.
- 272 Além disso, a amplitude do aumento dos preços é apenas um dos elementos pertinentes para a apreciação global feita pela Comissão, em especial nos casos, como este, em que é identificado um prejuízo significativo no quadro de teorias do prejuízo distintas, resultante da eliminação da concorrência horizontal entre as partes na concentração. A Comissão explica que, por esta razão, não considerou necessário definir um limiar acima do qual um aumento dos preços, indicado por um elemento de prova específico, seria significativo.
- 273 Este argumento não convence, todavia, o Tribunal Geral, uma vez que, no presente processo, o aumento dos preços previsto era, segundo a recorrente, não contradita neste ponto pela Comissão, de [*confidencial*], quando um aumento dos preços previsto de 6,6 % no processo irlandês e de 9,5 % no processo alemão não impediu a Comissão de autorizar essas operações sob reserva do cumprimento de certas condições.
- 274 Em terceiro lugar, mesmo admitindo que a Comissão tivesse provado de forma juridicamente bastante, na decisão impugnada, que a concentração era suscetível de incitar a entidade resultante da concentração a aumentar os preços e tivesse quantificado o referido aumento de preços na decisão impugnada, não demonstrou, de qualquer forma, no caso vertente, que o aumento dos preços quantificado seria significativo.

- 275 Com efeito, sem que seja necessário impor à Comissão a adoção de uma regra «*de minimis*» ou uma «zona de segurança» (*safe harbour*) em matéria de aumento de preços no âmbito da demonstração dos eventuais efeitos anticoncorrenciais de uma concentração, incumbe-lhe, em todo o caso, determinar esse aumento com um grau de probabilidade suficientemente elevado. Quando decide utilizar para esse efeito análises quantitativas, como as efetuadas no anexo A da decisão impugnada, a Comissão deve ter em conta todos os fatores pertinentes que podem influir no nível de preços.
- 276 Há que declarar que, devido às condições de concorrência existentes nesse mercado, as concentrações que ocorrem num mercado oligopolístico têm tendência para gerar de forma quase mecânica um aumento dos preços a curto prazo, devido ao desaparecimento da relação de concorrência entre as partes na concentração. É só a médio prazo que a concorrência externa, proveniente dos atores já presentes no mercado ou, em função da importância das barreiras à entrada, exercida por novos atores, compelirá a nova entidade a baixar os seus preços.
- 277 Do mesmo modo, qualquer concentração implicará ganhos de eficiência cuja amplitude depende igualmente da pressão concorrencial externa. Estes ganhos resultam, designadamente, da racionalização e da integração dos processos de produção e de distribuição pela entidade resultante da concentração. Com efeito, esta procederá geralmente à eliminação das estruturas duplas ou redundantes nas cadeias de produção e de distribuição, bem como à reestruturação ou ao despedimento de pessoal. Consoante as circunstâncias, esses esforços de racionalização podem levar a entidade resultante da concentração a baixar os seus preços.
- 278 Ora, é forçoso constatar que a Comissão não incluiu esses ganhos de eficiência *standard* na sua análise quantitativa, ao entender, nos considerandos 1197 e 1223 da decisão impugnada, que cabia à parte notificante demonstrar a sua existência e ao remeter para esse efeito para a secção 8.5 da decisão impugnada relativa às eficiências.
- 279 A Comissão confunde, assim, dois tipos de eficiências, a saber, as previstas na secção VII das Orientações e as eficiências próprias de cada concentração. Com efeito, as eficiências na aceção das Orientações devem ser tomadas em consideração na apreciação concorrencial global da concentração, a fim de verificar se são suscetíveis de contrabalançar os efeitos restritivos da concentração. Em contrapartida, a categoria de eficiências em causa no caso em apreço é apenas uma componente de um modelo quantitativo que visa determinar se uma concentração é suscetível de produzir esses efeitos restritivos. Trata-se, portanto, de uma questão de prova relativa à existência de efeitos restritivos que se coloca a montante da apreciação concorrencial global na aceção do ponto 76 das Orientações.
- 280 Por outro lado, o Tribunal Geral constata que resulta das provas apresentadas durante o procedimento administrativo que, embora uma correlação positiva possa ser estabelecida entre as concentrações que acarretam uma passagem de quatro para três operadores no setor das telecomunicações móveis e um aumento dos preços, também pode ser estabelecida uma correlação entre as referidas concentrações e um aumento dos investimentos nas redes por operador de rede móvel [v., nomeadamente, o estudo do Centre on Regulation in Europe (CERRE) de Genakos C., Valletti T., Verboven F., CERRE, Bruxelas, 2015, intitulado «Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications», mencionado, designadamente, nos pontos 1, 64 a 68, 71, 72, 76 a 80 e 108 do anexo B da decisão impugnada].
- 281 Embora um aumento dos investimentos por operador não signifique necessariamente uma melhor qualidade de rede, como sublinha a Comissão no ponto 79 do anexo B da decisão impugnada, tal correlação é mais provável que a hipótese inversa, que consistiria numa degradação da qualidade da rede. A Comissão, a quem incumbe o ónus da prova, não provou, a este respeito, na decisão impugnada, de acordo com as exigências de prova aplicáveis, a sua tese de uma degradação da qualidade da rede, na qual se baseia em parte a sua segunda teoria do prejuízo, que visa demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva.

282 Por conseguinte, há que concluir que a análise quantitativa efetuada no caso vertente carece de força probatória, uma vez que a Comissão não demonstrou com suficiente probabilidade que os preços sofreriam um aumento «significativo» na sequência da eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente.

283 Tendo em conta o que precede, a quinta parte do primeiro fundamento deve ser julgada procedente.

e) Quanto à avaliação global dos efeitos não coordenados

284 Com a sétima parte do primeiro fundamento, a recorrente alega que a Comissão não procedeu a uma avaliação global da existência de efeitos não coordenados, o que constitui um erro de direito e um erro manifesto de apreciação. Do mesmo modo, a Comissão não precisou com que base concluiu, nos considerandos 1226 e 1227 da decisão impugnada, que as pretensas pressões eliminadas pela concentração são importantes na aceção do ponto 25 das Orientações e que os pretensos entraves à concorrência resultantes da concentração são significativos na aceção do artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004, confundindo a redução da concorrência entre a Three e a O2 com a eliminação de importantes pressões concorrenciais.

285 A Comissão responde que procedeu efetivamente a uma apreciação global dos prováveis efeitos não coordenados da concentração, ao apresentar, em primeiro lugar, a sua avaliação qualitativa, nos considerandos 1175 a 1190 da decisão impugnada, em segundo lugar, a apreciação global da avaliação quantitativa, nos considerandos 1191 a 1225 da decisão impugnada, e, em terceiro lugar, a conclusão geral, nos considerandos 1226 e 1227 da decisão impugnada.

286 A este respeito, há que examinar se a Comissão concretizou ou precisou na decisão impugnada em que medida os efeitos não coordenados seriam de tal modo importantes que justificam a conclusão de que a concentração entravaria «significativamente» uma concorrência efetiva, como exige o artigo 2.º, n.º 3, do Regulamento n.º 139/2004.

287 Ora, para demonstrar a existência de efeitos não coordenados no mercado retalhista, a Comissão examinou sucessivamente diferentes fatores nos considerandos 330 a 1174 da decisão impugnada e resumiu a sua avaliação qualitativa e quantitativa nos considerandos 1175 a 1225 da referida decisão. Procedeu, em seguida, a uma apreciação global nos considerandos 1226 e 1227 da decisão impugnada para aí concluir pela existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva. Assim, a decisão impugnada contém efetivamente uma apreciação global da existência desses efeitos não coordenados, contrariamente ao que alega a recorrente.

288 Todavia, essa apreciação global limita-se a uma referência sumária ao conjunto de provas e de circunstâncias relativos, nomeadamente, à eliminação, pela concentração, de uma força concorrencial importante, à proximidade da relação de concorrência e à elevada quota de mercado da nova entidade, e que visam assim demonstrar a existência de efeitos não coordenados.

289 Independentemente do valor probatório desse conjunto de provas e circunstâncias, é forçoso constatar que a Comissão nunca precisou, na decisão impugnada, se os efeitos não coordenados identificados seriam «significativos» ou resultariam, no caso em apreço, num entrave significativo a uma concorrência efetiva, como afirma no considerando 1227 da decisão impugnada.

290 Por conseguinte, há que julgar procedente o argumento da recorrente segundo o qual a Comissão não precisou com que base concluiu que os pretensos entraves à concorrência resultantes da concentração seriam significativos.

291 À luz de todas as considerações precedentes, há que julgar procedente o primeiro fundamento, sem que seja necessário examinar as suas partes sexta e sétima.

D. Quanto à segunda teoria do prejuízo, relativa aos efeitos não coordenados produzidos pela perturbação dos acordos de partilha de rede

1. Resumo da decisão impugnada

- 292 No decurso do procedimento perante a Comissão, a recorrente apresentou, nomeadamente, dois planos de consolidação das redes: o «plano [A]» e o «plano [B]». Estes planos de consolidação baseavam-se na existência de dois acordos de partilha de rede, por um lado, entre a BT/EE e a Three, a saber, o MBNL, e, por outro, entre a Vodafone e a O2, a saber, o Beacon.
- 293 O MBNL compreende uma partilha «passiva», que cobre uma rede de cerca de [confidencial] sítios, e uma partilha ativa da única tecnologia 3G, [confidencial]. O MBNL é, portanto, essencialmente um acordo de partilha passiva. O MBNL autoriza os desenvolvimentos unilaterais.
- 294 Quanto ao Beacon, este compreende uma partilha na Cornestone Telecommunications Infrastructure Ltd, prevista para cobrir cerca de [confidencial], e uma partilha ativa pela qual cada parte fornece uma rede ativa em metade do país (a Vodafone cobre o oeste do país e a O2 o leste do país), e apoia-se na rede da outra parte na outra metade do país. A partilha ativa abrange as tecnologias 2G, 3G e 4G [confidencial]. O Beacon é, portanto, [confidencial]. O Beacon contém certas disposições de exclusividade.
- 295 Nos considerandos 1229 a 1234 da decisão impugnada, a Comissão enuncia as suas duas sub-teorias do prejuízo relativas aos acordos de partilha de rede.
- 296 Segundo a Comissão, os parceiros de cada um dos dois acordos de partilha de rede têm, atualmente, um incentivo para desenvolver em conjunto os elementos partilhados das suas redes, com vista a assegurar uma melhor rede que a dos outros operadores de rede móvel e, em especial, que a dos operadores de rede móvel que celebraram outro acordo de partilha de rede. Após a operação, perder-se-ia esta dinâmica concorrencial, na medida em que a entidade resultante da concentração passaria a fazer parte de ambos os acordos e a Vodafone e a BT/EE deixariam de ter um parceiro de partilha de rede plenamente empenhado, respetivamente, no Beacon e no MBNL.
- 297 Um dos prejuízos é relativo ao enfraquecimento da posição competitiva dos dois parceiros respetivos nos acordos de partilha de rede que vinculam as partes na concentração. No considerando 1231 da decisão impugnada, a Comissão declara que as redes móveis são uma infraestrutura crucial para os operadores de rede móvel a fim de prestar serviços de telecomunicação móvel aos seus clientes.
- 298 Ora, segundo a Comissão, a qualidade destas redes é um fator determinante para a concorrência. É por isso que uma das sub-teorias do prejuízo, resumida no considerando 1232 da decisão impugnada, diz respeito a uma redução da concorrência exercida por parte de um ou outro ou dos dois outros operadores de rede móvel que estão vinculados às partes na concentração através de acordos de partilha de rede, o que pode resultar num entrave significativo à concorrência efetiva num mercado oligopolístico, com um número limitado de atores e importantes barreiras à entrada.
- 299 O outro prejuízo potencial é, segundo a Comissão, causado pelo facto de a situação de partilha de rede resultante da operação levar a uma redução dos investimentos à escala do setor da infraestrutura das redes. Com efeito, no considerando 1233 da decisão impugnada, a Comissão alega que a operação poderia conduzir a uma diminuição das sinergias que afetaria os parceiros dos acordos de partilha de rede e permitiria um comportamento de investimento oportunista da entidade resultante da concentração, o que reduziria os investimentos à escala do setor e, por conseguinte, o nível de concorrência efetiva que teria prevalecido na ausência de transação. Igualmente por esta razão, a transação poderia conduzir a um entrave significativo à concorrência efetiva num mercado oligopolístico, com um número limitado de atores e importantes barreiras à entrada.

- 300 Foi à luz destas duas sub-teorias do prejuízo que a Comissão examinou, nos considerandos 1244 a 1784 da decisão impugnada, os planos de consolidação das redes da recorrente, após ter explicado detalhadamente, nos considerandos 1235 a 1243 da referida decisão, a importância de um alinhamento dos interesses entre as partes num acordo de partilha de rede.
- 301 No âmbito do plano [A], a entidade resultante da concentração acordaria [confidencial] (considerandos 1373 a 1381 da decisão impugnada).
- 302 No âmbito do plano [B], a entidade resultante da concentração [confidencial] (considerandos 1382 a 1385 da decisão impugnada).
- 303 Os dois planos [confidencial].
- 304 No considerando 1246 da decisão impugnada, a Comissão enunciou a tese central subjacente à sua avaliação dos possíveis desenvolvimentos do mercado na sequência da operação, a saber, que uma perturbação duradoura do bom funcionamento de um acordo de partilha de rede é suscetível de constituir um entrave à concorrência exercida por parte do parceiro nesse acordo.
- 305 A este respeito, a Comissão indicou, no considerando 1229 da decisão impugnada, que, em geral, a partilha de rede pode ter efeitos pró-competitivos, permitindo sinergias em termos de custos no desenvolvimento e na operação de redes móveis, que, por sua vez, podem permitir aos operadores de rede móvel obter uma melhor cobertura e uma melhor qualidade de rede, promovendo assim uma concorrência efetiva em benefício dos cidadãos e da sociedade em geral.
- 306 No considerando 1230 da decisão impugnada, a Comissão refere que, tendo em conta que esses objetivos foram alcançados através de acordos de partilha de rede celebrados entre as partes numa concentração com outro operador, trata-se de examinar em que medida a operação é suscetível de influenciar a prossecução do objetivo de uma concorrência efetiva em benefício dos consumidores.
- 307 No que respeita ao plano [A], nos considerandos 1567 e 1778 da decisão impugnada, a Comissão concluiu que este plano apresentado pelas partes na concentração teria um impacto negativo severo na posição concorrencial da BT/EE ao aumentar os seus custos para manter e melhorar a rede MBNL e ao degradar a qualidade da rede MBNL, nomeadamente, atrasando ou impedindo os investimentos da BT/EE. A Comissão concluiu, no considerando 1778 da decisão impugnada, que o plano [A] poderia resultar num prejuízo significativo no que respeita à capacidade de a BT/EE competir nos mercados das telecomunicações móveis no Reino Unido.
- 308 Segundo a Comissão, essa diminuição da pressão concorrencial teria provavelmente por efeito provocar um entrave significativo a uma concorrência efetiva num mercado oligopolístico, com um número limitado de atores e importantes barreiras à entrada.
- 309 Esta conclusão é corroborada, designadamente, pelo considerando 1247 da decisão impugnada, que indica que o facto de aumentar os custos de manutenção e de expansão da rede atual ou da realização de um *standard* de uma rede futura poderia entrar significativamente a posição concorrencial da Vodafone e da BT/EE. O aumento dos custos diferenciais (*incremental costs*) seria suscetível de resultar num aumento dos preços e num prejuízo para os consumidores. O aumento dos custos fixos levaria, provavelmente, segundo a Comissão, a uma diminuição dos investimentos, porque os custos fixos mais elevados tornariam não rentáveis investimentos que seriam rentáveis se os custos fixos fossem inferiores. Uma diminuição dos investimentos na qualidade da rede seria, portanto, suscetível de reduzir a qualidade da rede em relação à situação que existiria na ausência da operação.

- 310 No considerando 1679 da decisão impugnada, a Comissão admite que o aumento dos custos de um operador concorrente não resulta necessariamente num entrave à concorrência. No entanto, se um aumento dos custos levar a menos investimentos ou a uma deterioração na qualidade dos serviços prestados no mercado, ou se se repercutir nos consumidores através de um aumento dos preços, reduz, segundo a Comissão, a pressão competitiva desse operador no mercado.
- 311 Ora, custos diferenciais mais elevados resultariam, provavelmente, em preços mais elevados, ao passo que custos fixos mais elevados resultariam, provavelmente, numa diminuição da qualidade da rede. No âmbito de mercados oligopolísticos com um número limitado de atores, é altamente provável que uma perda da pressão competitiva de um operador se traduza numa perda global da concorrência nesse mercado.
- 312 Quanto ao plano [B], a Comissão concluiu que este poderia prejudicar seriamente a capacidade da Vodafone e, em menor escala, a capacidade da BT/EE de competir nos mercados das telecomunicações móveis no Reino Unido (considerandos 1568 a 1749 e 1779 da decisão impugnada).
- 313 Em especial, a Comissão considera [*confidencial*] (considerandos 1605 a 1652 da decisão impugnada). Além disso, existe um risco de degradação da qualidade da rede da Vodafone na sequência de uma possível congestão temporária da rede [*confidencial*] (considerandos 1660 a 1667 da decisão impugnada). Por último, a Comissão examina o aumento potencial dos custos e a sua incidência sobre [*confidencial*] (considerandos 1668 a 1724 da decisão impugnada).
- 314 Segundo a Comissão, o plano [B] é igualmente suscetível de aumentar a transparência relativa aos investimentos efetuados na rede, o que pode reduzir o nível global dos investimentos na infraestrutura de rede no Reino Unido (considerandos 1725 a 1742 da decisão impugnada).
- 315 A Comissão também considerou cinco outros cenários de integração e concluiu que, em todos os casos contemplados, a operação prejudicaria a posição concorrencial de um ou de ambos os parceiros das partes na concentração nos acordos de partilha de rede (considerandos 1386 a 1389 e 1750 a 1776 da decisão impugnada).
- 316 Por conseguinte, nos considerandos 1777 a 1784 da decisão impugnada, a Comissão conclui que a operação é suscetível de reduzir a pressão concorrencial exercida por um dos operadores de rede móvel, ou pelos dois, que são parceiros das partes na concentração nos acordos de partilha de rede.
- 317 No considerando 1777 da decisão impugnada, a Comissão conclui que a execução dos planos de consolidação das redes, tal como lhe foram apresentados pelas partes notificantes, na sequência da redução de operadores de rede móvel, prejudicaria de maneira significativa a posição competitiva de um ou de outro ou de ambos os parceiros nos acordos de partilha de rede, a saber, a BT/EE ou a Vodafone.
- 318 Além disso, a Comissão observa que nenhum desses planos de consolidação contém um compromisso de execução, tal como lhe foi apresentado. Tendo igualmente em conta os outros cinco cenários de integração possíveis, mencionados no n.º 315, *supra*, a Comissão conclui, no considerando 1780 da decisão impugnada, que, em todos os casos, a operação prejudicaria a posição competitiva de um ou de outro ou de ambos os operadores de rede móvel, parceiros das partes na concentração nos acordos de partilha de rede.
- 319 É por isso que a Comissão entende, no considerando 1781 da decisão impugnada, que a transação seria suscetível de reduzir a pressão competitiva exercida quer pela BT/EE, quer pela Vodafone, quer pelos dois operadores de rede móvel que são parceiros das partes na concentração nos acordos de partilha de rede.

- 320 Além disso, a Comissão considera, relativamente à sua segunda sub-teoria do prejuízo exposta no n.º 299, *supra*, e no considerando 1233 da decisão impugnada, que a situação de partilha de rede que resultaria da operação em conformidade com o plano [B] conduziria provavelmente a uma diminuição dos investimentos à escala do setor da infraestrutura das redes, o que reduziria o nível de concorrência efetiva que existiria na ausência de transação.
- 321 Por conseguinte, a Comissão conclui, no considerando 1783 da decisão impugnada, que, devido à reduzida pressão concorrencial exercida por um ou pelos dois outros operadores de rede móvel e ao nível mais reduzido dos investimentos à escala da indústria na infraestrutura de rede que resultaria de determinados planos de consolidação da rede por ela examinados, a operação seria suscetível de produzir efeitos anticoncorrenciais não coordenados no mercado retalhista dos serviços de telecomunicações móveis no Reino Unido.
- 322 No considerando 1784 da decisão impugnada, a Comissão conclui, em substância, que, uma vez que esses efeitos não podem ser compensados pelo poder de compra, pela entrada no mercado ou por eficiências resultantes da operação, esta afetaria significativamente a concorrência num mercado oligopolístico com um número limitado de concorrentes e elevadas barreiras à entrada.

2. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros no que respeita aos efeitos horizontais não coordenados produzidos pela partilha de rede

- 323 Com o seu terceiro fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu, na decisão impugnada, erros de facto e de direito, bem como erros manifestos de apreciação e violou as formalidades essenciais relativamente aos efeitos não coordenados suscetíveis de ser produzidos pela partilha de rede, em especial no que diz respeito à necessidade e à extensão da convergência entre as partes nos acordos de partilha de rede (primeira parte), à evolução dos dois acordos de partilha de rede existentes no cenário contrafactual (segunda parte), à capacidade da Three impedir ou atrasar as utilizações unilaterais da BT/EE (terceira parte), à eventual incidência negativa da concentração sobre os concorrentes e não sobre a concorrência (quarta parte), ao dano causado à posição concorrencial da BT/EE e da Vodafone (quinta parte), à incidência de uma transparência reforçada sobre o investimento global nas redes (sexta parte) e à avaliação dos compromissos relativos à partilha de rede (sétima parte).
- 324 A Comissão, apoiada pelo Reino Unido e pela BT/EE, contesta os argumentos da recorrente.

a) Quanto à convergência entre as partes nos acordos de partilha de rede

- 325 No âmbito da primeira parte do terceiro fundamento, a recorrente alega que a teoria da convergência é simultaneamente nova, dado que nunca evocada nas concentrações anteriores no setor das telecomunicações, e paradoxal, na medida em que implica que a convergência entre as partes nos acordos de partilha de rede seja preferível à concorrência resultante da concentração, o que é contrário ao conceito de concorrência e contrariado pelas próprias conclusões da Comissão relativas às medidas corretivas propostas pela recorrente.
- 326 A Comissão afirma, no que respeita ao pretense carácter inédito da teoria da convergência, que o facto de não ter suscitado preocupações semelhantes em processos anteriores se explica pela especificidade dos acordos de partilha de rede em causa no caso vertente. A este respeito, a BT/EE acrescenta que a teoria da convergência já tinha sido identificada no processo COMP/M.5650 — T-Mobile/Orange, no qual a Comissão concluiu que a T-Mobile podia, após a concentração, tentar deteriorar a qualidade da radio access network (RAN, a saber, em português, «rede de acesso rádio» da Three no âmbito do MBLN.

327 Quanto ao pretense caráter paradoxal da teoria da convergência, a Comissão, apoiada neste ponto pelo Reino Unido, alega que a sua apreciação da convergência de interesses não é de modo algum paradoxal. Embora a existência dos acordos de partilha de rede tenha por efeito criar pontos comuns entre as partes nos referidos acordos, que podem ser favoráveis à concorrência quando os acordos se traduzam, nomeadamente, em sinergias de custos ou no melhoramento da rede, as partes nos referidos acordos conservam geralmente a sua capacidade de entrar em concorrência umas com as outras em parâmetros significativos, incluindo os preços. A decisão impugnada não faz referência a um alinhamento ou a uma coordenação de comportamentos, mas a um alinhamento de interesses, relativamente ao facto de dispor de uma rede que permite exercer uma concorrência efetiva.

1) Quanto ao caráter novo da teoria do prejuízo sobre os acordos de partilha de rede

328 Relativamente ao caráter inovador da teoria do prejuízo sobre os acordos de partilha de rede, desenvolvido a título introdutório no âmbito da primeira parte do terceiro fundamento, o Tribunal Geral constata que decorre dos considerandos 1242 e 1243 da decisão impugnada que a necessidade e a importância de um alinhamento dos interesses entre as partes num acordo de partilha de rede tinham sido referidas pela 3UK perante a Comissão nas suas observações sobre a concentração notificada no processo M.5650 — T-Mobile/Orange.

329 Todavia, a teoria do prejuízo da Comissão no processo M.5650 - T-Mobile/Orange não se baseava no alinhamento ou na rutura dos interesses entre as partes no acordo de partilha de rede, mas na necessidade de garantir o acesso de uma determinada empresa à rede que partilha com outra empresa, quando esta última tinha celebrado com uma empresa terceira uma operação que podia comprometer o acesso da primeira à referida rede. Por esta razão, a fim de dissipar as dúvidas sérias identificadas pela Comissão, as partes na concentração tinham, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004, assumido compromissos para com a 3UK relativos à duração do acordo de partilha de rede MBNL, que foi prorrogada [*confidencial*], e à instauração de um mecanismo de resolução rápida dos diferendos.

330 Daqui resulta que a teoria do prejuízo da Comissão no presente processo, baseada na necessidade de evitar uma perturbação do alinhamento dos interesses das partes em cada acordo de partilha de rede e na manutenção da estabilidade dos referidos acordos, é nova à luz da sua prática decisória anterior.

331 Contudo, o simples facto de uma teoria do prejuízo formulada pela Comissão numa decisão ser inovadora não conduz, por si só, à conclusão de que é, enquanto tal, improvável ou desprovida de fundamento. Como sublinha acertadamente a BT/EE, a Comissão não tem de limitar a sua análise às teorias do prejuízo desenvolvidas em decisões anteriores.

332 Além disso, conforme resulta do n.º 111, *supra*, quanto mais prospetiva for a análise e os encadeamentos de causa e efeito mais mal discerníveis, incertos e difíceis de demonstrar, mais o juiz da União deve ser exigente relativamente ao exame concreto das provas apresentadas a este respeito pela Comissão.

2) Quanto ao caráter pretensamente paradoxal e erróneo da teoria da convergência de interesses e quanto à perturbação dos acordos de partilha de rede

333 A recorrente alega que a conclusão da Comissão, nos considerandos 1238 e 1239 da decisão impugnada, segundo a qual o MBNL e o Beacon são «baseados num certo grau de convergência de interesses» que a concentração pode perturbar, padece de erros.

334 A recorrente alega, nomeadamente, que uma flexibilização dos vínculos no MBNL e no Beacon após a concentração poderia favorecer uma maior concorrência entre as partes nesses acordos e reforçaria a concorrência entre as redes.

- 335 A Comissão contesta esses argumentos, afirmando, em substância, que os acordos de partilha de rede desempenham um papel importante no setor das telecomunicações móveis, em especial no Reino Unido, onde uma apreciação da convergência de interesses não é de modo algum paradoxal. A decisão impugnada não faz referência a um alinhamento ou a uma coordenação de comportamento, mas a um alinhamento de interesses, relativamente ao facto de dispor de uma rede que permite exercer uma concorrência efetiva.
- 336 A este respeito, o Tribunal Geral constata, a título preliminar, que pode, de antemão, subscrever uma parte da teoria do prejuízo da Comissão, resumida no considerando 1232 da decisão impugnada, em que a redução da concorrência exercida por parte de um operador de rede móvel, que está vinculado às partes na concentração através de acordos de partilha de rede, poderia, em certos casos, resultar num entrave significativo à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de uma empresa perturbadora, que estaria dependente de um acordo de partilha de rede para poder consolidar a sua entrada no mercado a fim de poder prestar os seus serviços, e que correria o risco de ser excluída do mercado na sequência da concentração.
- 337 Conforme já foi recordado no n.º 296, *supra*, segundo a Comissão, os parceiros de cada um dos dois acordos de partilha de rede preexistentes no Reino Unido, a saber a BT/EE e a Vodafone, têm, atualmente, uma boa razão para desenvolver em conjunto os elementos partilhados das suas redes, com vista a assegurar uma melhor rede que a dos outros operadores de rede móvel e, em especial, que a dos operadores de rede móvel que celebraram o outro acordo de partilha de rede. Segundo a Comissão, perder-se-ia, após a operação, esta dinâmica concorrencial, na medida em que a entidade resultante da concentração passaria, em todo o caso, a curto ou médio prazo, a fazer parte de ambos os acordos de partilha de rede e a Vodafone e a BT/EE deixariam de ter um parceiro plenamente empenhado, respetivamente, no Beacon e no MBNL.
- 338 Em suma, a primeira sub-teoria do prejuízo desenvolvida pela Comissão pressupõe, como a própria afirma nos considerandos 1777 a 1783 da decisão impugnada, que a transação prejudique a posição competitiva de um ou de outro ou de ambos os operadores de rede móvel, e seja assim suscetível de reduzir a pressão competitiva exercida quer pela BT/EE, quer pela Vodafone, quer pelos dois operadores de rede móvel que são parceiros das partes na concentração nos acordos de partilha de rede. O Tribunal Geral recorda, a este respeito, que a concorrência baseada nas infraestruturas pode ser um elemento importante para assegurar a qualidade dos serviços no mercado das telecomunicações móveis.
- 339 De acordo com a prática decisória da Comissão relativa ao artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, TFUE, os acordos de partilha de rede, que comportem a colocação em comum de certas infraestruturas, apresentam, deste ponto de vista, riscos concorrenciais variáveis consoante o contexto e o tipo de partilha ativa ou passiva. Conforme a modalidade escolhida de cooperação, a autonomia dos operadores e o risco de colusão são mais ou menos sérios e os riscos de violação da concorrência mais ou menos importantes. Ao mesmo tempo, os acordos de partilha de rede podem produzir vantagens económicas substanciais em termos de economia de custos, uma melhor cobertura e um desenvolvimento da rede mais rápido [v., designadamente, as Decisões 2003/570/CE da Comissão, de 30 de abril de 2003, relativa a um procedimento ao abrigo do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE — Processo COMP/38.370 — O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited («UK Network Sharing Agreement») (JO 2003, L 200, p. 59), e 2004/207/CE da Comissão, de 16 de julho de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/38.369 — T-Mobile Deutschland/O2 Germany: acordo-quadro relativo a partilha de infraestruturas) (JO 2004, L 75, p. 32)].

- 340 O Tribunal Geral constata que o facto de um acordo de partilha de rede poder, quando é celebrado, produzir efeitos favoráveis à concorrência, compensando assim as restrições que comporta, não implica obrigatoriamente que a rescisão, renegociação ou cada alteração posterior no seu equilíbrio, na sequência de uma concentração, possa necessariamente ser qualificada de entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 341 Com efeito, tal apreciação do novo equilíbrio concorrencial no mercado, devido, designadamente, à existência desses acordos de partilha de rede, depende dos possíveis efeitos favoráveis à concorrência ou anticoncorrenciais da nova situação, que é suscetível de ser avaliada de forma separada e individual pela Comissão ou pelas autoridades de concorrência nacionais, à luz, nomeadamente, da evolução do mercado, como sublinhou, aliás, a Ofcom várias vezes no decurso do procedimento administrativo na Comissão, conforme resulta dos anexos ao articulado de intervenção do Reino Unido, apresentados no Tribunal Geral.
- 342 Ora, como sublinha a recorrente em resposta ao articulado de intervenção do Reino Unido sobre este ponto, a capacidade concorrencial e os incentivos para investir da BT/EE e da Vodafone não dependem de maneira decisiva das decisões de investimento da Three ou de um aumento dos custos, mas, designadamente, do nível de concorrência a que fazem face, dos seus recursos financeiros e das suas estratégias. Uma redução dos incentivos da Three para investir numa ou noutra das redes não pode resultar apenas, e isto de forma significativa, no enfraquecimento da capacidade concorrencial da outra parte no acordo de partilha de rede.
- 343 Todavia, segundo a Comissão, tal seria, designadamente, o caso se a entidade resultante da concentração decidisse retirar-se de um dos dois acordos de partilha de rede para se concentrar exclusivamente no outro, como considerou a Comissão em duas hipóteses adicionais de consolidação das redes expostas nos considerandos 1752 a 1756 da decisão impugnada, a primeira, em que se prevê que a entidade resultante da concentração dependeria unicamente do MBNL, e nos considerandos 1757 a 1759 da decisão impugnada, a segunda, em que se prevê que a entidade resultante da concentração dependeria unicamente do Beacon. Nestes dois casos, a Comissão conclui, nos considerandos 1755 e 1759 da decisão impugnada, que a redução dos investimentos à escala do setor era improvável.
- 344 Ora, mesmo admitindo que tais cenários poderiam efetivamente prejudicar a posição concorrencial da BT/EE ou da Vodafone, é forçoso constatar que esses efeitos anticoncorrenciais não podem ser qualificados, no caso vertente, e enquanto tais, de entraves significativos a uma concorrência efetiva no mercado das telecomunicações móveis no Reino Unido.
- 345 A conclusão contrária equivaleria, com efeito, a permitir à Comissão proibir, por princípio e apenas com este fundamento, qualquer concentração que implique a passagem de quatro operadores para três diferente das efetuadas, sendo caso disso, entre os parceiros de acordos de partilha de rede.
- 346 A este respeito, como sublinha com razão a recorrente, uma flexibilização dos vínculos no MBNL e no Beacon após a concentração poderia, não obstante, favorecer uma maior concorrência nas infraestruturas entre as partes nesses acordos e reforçar a concorrência entre as redes.
- 347 Consequentemente, há que concluir que um possível desalinhamento dos interesses entre os parceiros num acordo de partilha de rede, uma perturbação dos acordos de partilha de rede preexistentes cuja duração foi prorrogada em benefício da Three, ou mesmo a sua rescisão, não constituem, no caso em apreço, e enquanto tais, um entrave significativo a uma concorrência efetiva no âmbito de uma teoria do prejuízo baseada em efeitos não coordenados.

348 Nestas circunstâncias, há que julgar procedente a primeira parte do terceiro fundamento, na medida em que a Comissão concluiu, erradamente, que uma perturbação duradoura de um acordo de partilha de rede seria suscetível de constituir um entrave significativo à concorrência exercida por parte do parceiro nesse acordo.

b) Quanto aos efeitos da concentração sobre os concorrentes

349 No âmbito da terceira parte do terceiro fundamento, a recorrente sustenta que a conclusão da Comissão, formulada no considerando 1522 da decisão impugnada, segundo a qual a entidade resultante da concentração seria suscetível de prejudicar a BT/EE de maneira significativa ao impedir ou atrasar os seus investimentos nas redes, padece de erros.

350 Assim, a Comissão declarou sem razão, no considerando 1512 da decisão impugnada, [*confidencial*].

351 No âmbito da quarta parte do terceiro fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu um erro de direito e um erro manifesto de apreciação ao examinar as incidências da operação sobre os concorrentes e não sobre a concorrência (considerando 1231 da decisão impugnada), a fim de demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva.

352 No âmbito da quinta parte do terceiro fundamento, a recorrente alega que as constatações da Comissão que sustentam a conclusão de que a concentração prejudicaria a posição concorrencial da BT/EE e da Vodafone não assentam em elementos de prova, mas em meras suposições. A Comissão cometeu um erro de direito e erros manifestos de apreciação resultantes da falta de prova da existência de um prejuízo para a posição concorrencial da BT/EE e da Vodafone.

353 A Comissão sustenta que a recorrente isolou do seu contexto certos considerandos da decisão impugnada, como o relativo à interrupção de um acordo de partilha de rede (considerando 1246 da decisão impugnada). Além disso, embora seja verdade que tinha começado por expor as categorias de prejuízo salientadas pela BT/EE e pela Vodafone (considerandos 1249 a 1285 da decisão impugnada), a Comissão analisou-as em seguida, à luz das observações da recorrente, no quadro do plano [A] (considerandos 1391 a 1567 da decisão impugnada) e do plano [B] (considerandos 1568 a 1748 da decisão impugnada).

354 A este respeito, o Reino Unido alega que a conclusão da Comissão relativa à interrupção de um acordo de partilha de rede (considerando 1246 da decisão impugnada) é inerente à natureza e ao funcionamento dos acordos de partilha de rede. Alega ainda que era justificado que a Comissão, sem deixar de fazer uma avaliação aprofundada do impacto potencial da operação, tivesse em conta o ponto de vista da Ofcom sobre os acordos de partilha de rede existentes (considerando 1722 da decisão impugnada).

355 Além disso, a Comissão alega que, uma vez que o mercado retalhista era muito concentrado e a concorrência entre a Three e a O2 devia cessar na sequência da concentração, qualquer redução dos níveis de concorrência efetiva suscetível de ser exercida pela BT/EE ou pela Vodafone poderia ter um efeito negativo na concorrência em geral, conforme referido no considerando 1679 da decisão impugnada, em especial se o prejuízo provável se manifestasse através de uma redução da qualidade da respetiva rede. A BT/EE sustenta, a este respeito, que decorre dos considerandos 1230 e 1529 a 1546 da decisão impugnada que a Comissão estava preocupada que a Three pudesse enfraquecer a posição concorrencial da BT/EE pelo facto de que a BT/EE contribuía de maneira significativa para a concorrência.

- 356 O Tribunal Geral considera que a terceira, quarta e quinta partes do terceiro fundamento são interdependentes e podem ser utilmente examinadas em conjunto. O Tribunal Geral constata igualmente, a título preliminar, que a recorrente agrupou na mesma quinta parte várias alegações relativas à avaliação dos efeitos da operação sobre a BT/EE e a Vodafone, sem fazer uma distinção nítida entre o plano [A] e o plano [B].
- 357 É por esta razão que o Tribunal Geral examinará sucessivamente os efeitos sobre a BT/EE e sobre a Vodafone, sabendo que os efeitos sobre a BT/EE decorrentes do plano [A], referidos nos n.ºs 362 a 379, *infra*, também se verificam, mas em menor grau, em relação à BT/EE no âmbito do plano [B].
- 358 A título preliminar, há que observar que os efeitos não coordenados da concentração relativamente a um possível exercício do poder de mercado, sob a forma de uma degradação dos serviços oferecidos ou da qualidade da sua própria rede pela entidade fundida, não foram analisados na decisão impugnada.
- 359 Ora, segundo o considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004, a avaliação de uma possível eliminação das importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente, bem como de uma possível redução da pressão concorrencial nos concorrentes remanescentes está no cerne da avaliação dos efeitos não coordenados resultantes da concentração, conforme já referido nos n.ºs 96 e 97, *supra*.
- 360 Com efeito, os entraves à concorrência e, portanto, o prejuízo para os consumidores resultariam do desaparecimento da relação concorrencial existente entre as partes na concentração e do facto de nenhum concorrente existente ou potencial novo concorrente poder concorrer eficazmente com a entidade resultante da concentração. Além dos efeitos sobre os preços, como a entidade resultante da concentração já não teria de fazer face às pressões que existiam anteriormente entre as partes na concentração, a concentração teria igualmente repercussões sobre a qualidade da oferta e sobre a escolha oferecida aos clientes (v., neste sentido, Acórdão de 6 de julho de 2010, Ryanair/Comissão, T-342/07, EU:T:2010:280, n.º 224).
- 361 A falta de um exame aprofundado desta problemática constitui uma fraqueza da análise efetuada pela Comissão na decisão impugnada, que necessitaria, para prosperar, de um raciocínio particularmente sólido e convincente em relação aos efeitos sobre os concorrentes.

1) Quanto aos efeitos sobre a BT/EE

- 362 Em primeiro lugar, as regras de concorrência da União destinam-se principalmente a proteger o processo concorrencial enquanto tal, e não os concorrentes. A este respeito, a Comissão recordou, com razão, nas suas Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2008, C 265, p. 6), que o facto de uma concentração afetar os concorrentes não constitui, em si, um problema. Em especial, o facto de empresas rivais poderem ser prejudicadas porque a concentração gera ganhos de eficiência não pode, enquanto tal, dar lugar a preocupações em matéria de concorrência.
- 363 Este raciocínio é aplicável por analogia no quadro de uma concentração horizontal, ou mesmo no quadro de um oligopólio restrito, como é o caso neste processo.
- 364 No caso vertente, no considerando 1265 da decisão impugnada, a Comissão declara que uma das formas de enfraquecer a posição concorrencial de um dos parceiros nos acordos de partilha de rede é degradar a qualidade da rede de um ou outro destes dois acordos. A Comissão considera este aspeto particularmente pertinente para o parceiro no acordo de partilha de rede que não constituirá a base da rede consolidada da entidade resultante da concentração.

- 365 A título de exemplo, resulta dos considerandos 1430 e 1431 da decisão impugnada que, no plano [A], a entidade resultante da concentração previa não utilizar [*confidencial*] dos sítios MBNL. No entanto, continuaria obrigada a partilhar os custos desses sítios devido aos compromissos assumidos para com a Three em 2009, no âmbito da concentração T-Mobile/Orange (processo COMP/M.5650), que visavam atenuar os receios manifestados pela Three, [*confidencial*].
- 366 Ora, a manutenção da obrigação de partilhar os custos relativos aos sítios que se tornariam supérfluos no âmbito da presente concentração favoreceria a posição concorrencial da BT/EE, embora a Comissão tenha concluído com razão que tal aumentaria os incentivos das partes na concentração para reduzirem esses custos. Todavia, a eventual deterioração do incentivo das partes na concentração para continuarem a investir nesses sítios redundantes não pode afetar de maneira desproporcionada a posição concorrencial da BT/EE ou constituir um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 367 A este respeito, embora o aumento dos custos para um operador concorrente não resulte necessariamente num entrave à concorrência, como observou, com razão, a Comissão no considerando 1679 da decisão impugnada, incumbe, em todo o caso, à Comissão demonstrar que a sua teoria do prejuízo se baseia numnexo de causalidade entre o suposto aumento dos custos fixos e o aumento dos custos diferenciais, que levaria a menos investimentos, a uma deterioração na qualidade dos serviços prestados no mercado ou, se os mesmos fossem repercutidos sobre os consumidores através de um aumento dos preços, à redução da pressão competitiva da BT/EE e da Vodafone no mercado.
- 368 No presente caso, é forçoso constatar que a Comissão não fez prova de tal nexode causalidade na decisão impugnada, de acordo com as exigências de prova aplicáveis no caso vertente, enunciadas no n.º 111, *supra*.
- 369 A este respeito, nada na decisão impugnada deixa supor que, no âmbito de um mercado oligopolístico no setor das telecomunicações, que contém um número limitado de atores, uma perda da pressão competitiva de um único operador se traduziria com «elevada probabilidade» numa perda global da concorrência nesse mercado, como alega a Comissão no considerando 1679 da decisão impugnada.
- 370 Em segundo lugar, o Tribunal Geral constata que, na medida em que já foi demonstrado no n.º 96, *supra*, que, no âmbito de uma teoria do prejuízo baseada em efeitos não coordenados, a concentração deve implicar «a eliminação de importantes pressões concorrenciais que as partes na concentração exerciam mutuamente», o único efeito de redução da pressão concorrencial que os outros concorrentes exerceriam no mercado, em termos de qualidade, não é, por si só, suficiente para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 371 Ora, as conclusões da Comissão limitam-se a referir que, em consequência da redução do compromisso da Three, a BT/EE incorreria provavelmente em, ou pelo menos esperaria, custos mais elevados no que respeita à manutenção da rede existente (considerandos 1445 a 1455 da decisão impugnada) e à melhoria da rede (considerando 1530 da decisão impugnada).
- 372 Por outras palavras, a Comissão não fez prova bastante, na decisão impugnada, de que um possível aumento dos custos reduziria a capacidade da BT/EE de investir. Também não indicou quais seriam os tipos de investimentos afetados ou suscetíveis de ser partilhados por oposição aos que não o seriam. Com efeito, a decisão impugnada parece assentar em hipóteses mais ou menos improváveis no que respeita à falta de qualquer reação da BT/EE, que deixaria simplesmente de investir, na sequência de um aumento dos seus custos.
- 373 Além disso, como já declarou o Tribunal Geral no n.º 280, *supra*, resulta das provas apresentadas durante o procedimento administrativo que, embora possa ser estabelecida uma correlação positiva entre as concentrações que operam uma passagem de quatro para três operadores no setor das

telecomunicações móveis e um aumento dos preços, pode igualmente ser estabelecida uma correlação entre as referidas concentrações e um aumento dos investimentos por operador de rede móvel nas redes.

374 Em terceiro lugar, no que respeita à possibilidade de a Three poder impedir os desenvolvimentos unilaterais da BT/EE, que é exposta nos considerandos 1473 a 1522 da decisão impugnada, há que declarar que este raciocínio, baseado, nomeadamente, nas observações da BT/EE e numa interpretação contestada do MBNL, não é, enquanto tal, suficiente para demonstrar a existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva no caso vertente no que respeita ao plano [A].

375 Com efeito, por um lado, esse eventual prejuízo para a concorrência deve basear-se não na possibilidade de as partes na concentração decidirem unilateralmente baixar a qualidade da sua própria rede, mas nos possíveis efeitos da operação sobre o outro parceiro do acordo de partilha de rede.

376 Por outro lado, o encadeamento de causa e efeito é, nesta hipótese, particularmente fraco. Em especial, a tese da Comissão assenta na afirmação segundo a qual, para que o mecanismo de entraves aos investimentos da BT/EE possa ocorrer por iniciativa da Three, [*confidencial*].

377 [*confidencial*].

378 Além disso, a tese da Comissão pressupõe que o mecanismo previsto pelas partes no âmbito de uma relação de colaboração comercial possa facilmente prestar-se a abusos, que permitiriam prejudicar seriamente um dos dois parceiros. Por último, pressupõe que não há nenhuma possibilidade de retorsão efetiva por parte da BT/EE contra a Three, rescindindo ou renegociando o acordo MBNL, ou pedindo à Comissão a revisão dos compromissos assumidos para com a Three recordados no n.º 329, *supra*.

379 O facto de essa evolução ser concebível do ponto de vista teórico não implica que essa cadeia de acontecimentos se produza de maneira suficientemente realista e plausível e resulte na impossibilidade de a BT/EE oferecer um nível de serviço que lhe permita competir utilmente com a entidade fusionada.

2) Quanto aos efeitos sobre a Vodafone

380 O Tribunal Geral declara, a título preliminar, que a alegação relativa aos efeitos sobre a Vodafone só é operante se o plano de consolidação da rede alternativa for o mais provável no caso vertente, o que é contestado pela recorrente.

381 Em primeiro lugar, o Tribunal Geral salienta, como já foi declarado relativamente à BT/EE, que o simples facto de a Vodafone exercer uma menor pressão concorrencial na sequência da concentração não é, por si só, suficiente para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva no caso em apreço.

382 Em segundo lugar, no que respeita aos efeitos na rede da Vodafone, o Tribunal Geral constata que a Comissão não demonstra, na decisão impugnada, que um aumento dos custos teria efeitos sobre os incentivos da Vodafone a investir na sua rede.

383 Com efeito, conforme referido nos considerandos 1680 e 1681 da decisão impugnada, é verdade que [*confidencial*].

384 Todavia, esses efeitos da concentração, que conduziriam a uma [*confidencial*], o que é, *a priori*, menos suscetível de favorecer a colusão, não implicariam necessariamente uma diminuição dos investimentos por parte da Vodafone. Em especial, a Comissão admite, no considerando 1643 da decisão impugnada, que a Vodafone tem capacidade para absorver um aumento dos custos resultante da concentração.

- 385 A este respeito, como refere a Comissão no considerando 1683 da decisão impugnada, a degradação da qualidade da rede não é uma consequência de uma potencial ou alegada incapacidade de a Vodafone efetuar, ela própria, os investimentos necessários [*confidencial*], mas resultaria de uma decisão económica que a Vodafone teria de tomar [*confidencial*], de acordo com um modelo de simulação apresentado pela Vodafone durante o procedimento administrativo.
- 386 Ora, a teoria do prejuízo da Comissão assenta nomeadamente nos incentivos da Vodafone para restringir os investimentos na sua própria rede com base na modelização da Vodafone, o que leva a pensar que [*confidencial*] é justificado no plano económico (considerando 1643 da decisão impugnada).
- 387 No presente caso, a Comissão alega, em substância, no considerando 1645 da decisão impugnada, que «[*confidencial*] de cobertura num mercado em que todos os operadores asseguram [*confidencial*] reduzirá de maneira significativa a competitividade das tarifas propostas pela Vodafone».
- 388 Embora se possa duvidar que esse efeito, que decorreria não de decisões futuras da entidade resultante da concentração, mas de um dos seus concorrentes, possa ser considerado uma consequência direta e imediata da concentração, a Comissão não provou, em todo o caso, na decisão recorrida, de forma juridicamente bastante e em conformidade com a exigência de prova aplicável, que essa decisão por parte da Vodafone resultaria de forma suficientemente realista e plausível da concentração, modificaria os fatores que determinam o estado da concorrência nos mercados afetados e entravaria, no caso vertente, «significativamente», a concorrência efetiva no mercado em causa.
- 389 A este respeito, a Comissão não consegue provar na decisão impugnada com que fundamento, não sendo contestada a capacidade da Vodafone de cobrir o aumento dos custos, esta escolheria voluntariamente degradar a qualidade da sua própria rede ou não investir na mesma.
- 390 Ora, mesmo admitindo que era esse o caso, a apreciação da qualidade como um dos vetores da concorrência é frequentemente um exercício complexo e impreciso, que requer, em cada caso concreto, uma ponderação dos meios de perceção dos diferentes consumidores, nomeadamente nas indústrias de alta tecnologia.
- 391 Mesmo se se admitir que a Vodafone decida voluntariamente, e com base na rentabilidade dos seus sítios, reduzir para [*confidencial*] a sua taxa de cobertura de rede num mercado em que todos os outros operadores são obrigados a assegurar uma taxa de cobertura da rede de [*confidencial*], afigura-se, no caso em apreço, mais provável que a Vodafone se retiraria e degradaria a sua rede apenas nas regiões menos povoadas e, por conseguinte, menos rentáveis.
- 392 Ora, mesmo considerando que a degradação da qualidade da rede alegada pela Comissão deva produzir-se na sequência de uma decisão comercial da Vodafone de não investir em sítios com fraca rentabilidade [*confidencial*], nomeadamente em zonas de fraca densidade populacional, esse efeito da concentração pode ser utilmente sanado pelas entidades reguladoras do Reino Unido.
- 393 Em terceiro lugar, outros fatores permitem igualmente duvidar da probabilidade da análise efetuada pela Comissão na decisão impugnada. Por um lado, na medida em que a Comissão declarou, no considerando 1736 da decisão impugnada, que a entidade resultante da concentração investiria na sua própria infraestrutura [*confidencial*], afigura-se provável que investimentos semelhantes possam ser efetivamente realizados [*confidencial*] pela Vodafone.
- 394 Por outro lado, [*confidencial*], as partes neste acordo já previram a possibilidade de os custos suportados pelas partes aumentarem na sequência [*confidencial*].

- 395 Na medida em que essa possibilidade de evolução do acordo de partilha de rede já estava prevista, é difícil conceber que a execução de tal opção contratual prejudicaria, efetivamente, de maneira significativa a Vodafone.
- 396 Por conseguinte, há que concluir que a Comissão não demonstrou de forma juridicamente bastante na decisão impugnada, a incapacidade de a Vodafone exercer uma concorrência de forma eficaz, nem mesmo que qualquer subida dos custos da Vodafone seria repercutida nos consumidores sob a forma de um aumento do preço.
- 397 Daqui resulta que a terceira, quarta e quinta partes do terceiro fundamento, consideradas conjuntamente, devem ser julgadas procedentes.

c) Quanto à incidência de uma transparência reforçada sobre o investimento global nas redes

- 398 No âmbito da sexta parte do terceiro fundamento, a recorrente alega que a Comissão cometeu um erro de direito e erros manifestos de apreciação ao analisar os efeitos da concentração sobre os investimentos nas redes, respetivamente, no âmbito do plano [B] e do plano [A].
- 399 A recorrente sustenta, nomeadamente, que o mecanismo pelo qual, no âmbito do plano [B], a transparência acrescida dos investimentos entre os operadores de rede móvel pode reduzir o incentivo destes a investir nas redes (considerandos 1732 a 1742 da decisão impugnada) se enquadra, nos termos do ponto 22 das Orientações, nos efeitos coordenados, e não nos efeitos não coordenados.
- 400 Segundo a Comissão, apoiada pelo Reino Unido, o que alegou não foi que a BT/EE e a Vodafone coordenariam as suas ações, isto é, se concertariam tacitamente para não investir ou tomariam medidas de represália caso uma delas investisse, mas que, na ausência de uma iniciativa de investimento por parte da entidade resultante da concentração, nenhum dos outros operadores de rede móvel seria unilateralmente incitado a investir em novas tecnologias. A Comissão baseou-se, portanto, numa redução da pressão concorrencial e dos incentivos unilaterais para investir na rede, que constitui efetivamente um efeito unilateral, ou não coordenado, da concentração nos termos do ponto 24 das Orientações.
- 401 A BT/EE alega que a Comissão não procedeu a uma análise dos efeitos coordenados, mas simplesmente reconheceu que o mercado retalhista é um mercado oligopolístico. Ora, nesse mercado, todos os fornecedores estão geralmente atentos às ações dos seus concorrentes e reagem com discernimento.
- 402 O Tribunal Geral constata, a título preliminar, que, no considerando 1562 da decisão impugnada, a Comissão concluiu que a transparência acrescida dos investimentos entre os operadores de rede móvel seria pouco suscetível de ter um impacto negativo significativo nos investimentos no âmbito do plano [A] (considerando 1564 da decisão impugnada).
- 403 Por outro lado, a Comissão concluiu, no considerando 1735 da decisão impugnada, que o plano [B] seria suscetível de ter um impacto negativo significativo nos investimentos nas redes ao nível do setor, na medida em que a entidade resultante da concentração poderia ser informada dos investimentos da BT/EE.
- 404 Além disso, como a própria recorrente reconheceu na sua análise dos cenários de consolidação, a opção de [confidencial], exposta nos considerandos 1388 a 1389 da decisão impugnada, foi abandonada atendendo às reservas previsíveis das autoridades da concorrência e à reduzida probabilidade de esse cenário ser aprovado.

- 405 No caso vertente, a Comissão declarou, no considerando 1389 da decisão impugnada, que, no imediato, a concentração criaria, todavia, uma situação de incerteza, uma vez que a nova entidade não poderia executar imediatamente o plano [B] nem o plano [A]. Durante um período intermédio e a curto prazo, [confidencial].
- 406 A entidade resultante da concentração seria, sendo caso disso, incitada a proceder aos mesmos investimentos, tanto no leste como no oeste do país, o que permitiria *in fine* à BT/EE e à Vodafone tomarem conhecimento dos seus respetivos investimentos (considerandos 1735 a 1736 da decisão impugnada). Esta transparência acrescida comportaria então o risco de a BT/EE e a Vodafone aguardarem que a entidade resultante da concentração procedesse a determinados investimentos, principalmente relativos ao desenvolvimento de novas tecnologias, antes de investirem elas próprias (considerandos 1737, 1739 e 1740 da decisão impugnada).
- 407 Por outras palavras, segundo a Comissão, as suas inquietações no âmbito da segunda teoria do prejuízo baseiam-se numa redução dos incentivos de cada operador de rede móvel para investir e melhorar a sua rede de forma proativa, bem como na redução da pressão concorrencial que daí deveria resultar. Esta redução dever-se-ia à estrutura do mercado que prevaleceria no âmbito do plano [B], [confidencial], e à transparência acrescida que essa estrutura traria sobre as estratégias de investimento de cada operador de rede móvel.
- 408 O Tribunal Geral constata, a este respeito, uma dificuldade especial no caso vertente, relativa à fiscalização jurisdicional que deve exercer sobre a decisão impugnada, a saber, que a Comissão não enunciou o quadro temporal adequado no qual pretende demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva. De facto, a Comissão analisou, na decisão impugnada, os efeitos imediatos da concentração tanto a curto como a médio prazo decorrentes de uma sobreposição temporária dos dois acordos de partilha de redes, bem como os efeitos a médio e longo prazo à luz dos planos de consolidação da rede, sem no entanto estabelecer claramente qual dos múltiplos cenários em presença seria o mais provável ou perante que cenário(s) deveriam os efeitos da concentração na concorrência ser prioritariamente examinados.
- 409 Foi por esta razão que o Tribunal Geral solicitou às partes, com vista à audiência, que desenvolvessem as suas respetivas posições quanto ao quadro temporal adequado para avaliar os efeitos de uma concentração sobre a concorrência.
- 410 O Tribunal Geral constata que está demonstrado, nomeadamente nos considerandos 1239 e 1244 da decisão impugnada, que, no caso vertente, independentemente do plano de consolidação de rede que venha a ser finalmente adotado pelas partes na concentração, estas últimas não manteriam a longo prazo duas redes separadas, e não se afigura que o longo prazo tenha sido considerado o quadro temporal adequado para avaliar os efeitos da concentração na decisão impugnada.
- 411 A este respeito, decorre do considerando 1244 da decisão impugnada que, segundo os planos da recorrente, a entidade resultante da concentração não continuaria a manter duas redes separadas a longo prazo. A entidade resultante da concentração deveria, a longo prazo, concentrar-se num dos dois acordos de partilha de rede.
- 412 Além disso, no considerando 1239 da decisão impugnada, a Comissão concluiu que, na sequência da transação, o alinhamento de interesses e a dependência mútua seriam provavelmente rompidos nos dois acordos de partilha de rede existentes no mercado das telecomunicações móveis no Reino Unido. A Comissão referiu que, mesmo que a entidade resultante da concentração se baseasse nas duas redes para continuar a fornecer serviços de telecomunicações móveis aos clientes da Three e da O2, seria incitada a deixar de manter duas redes a longo prazo. Segundo a Comissão, isto perturbaria inevitavelmente o alinhamento de interesses com pelo menos um dos dois parceiros nos acordos de partilha de rede.

- 413 Na nota n.º 1012 da decisão impugnada, a Comissão observa que a operação de duas redes separadas, de cobertura nacional, se afigura altamente improvável por várias razões. Em primeiro lugar, os dois planos de consolidação de rede apresentados pela recorrente como únicos cenários realistas preveem a criação de uma rede consolidada. Em segundo lugar, parece economicamente imprudente explorar duas redes distintas após a operação do mesmo modo que faria numa base autónoma, em especial no que respeita aos investimentos futuros. A Comissão indica que a entidade resultante da concentração teria então de duplicar os investimentos para as oferecer a toda a sua clientela.
- 414 A BT/EE chamou a atenção do Tribunal Geral para o facto de haver um certo número de processos em matéria de concentrações nos quais a Comissão tomou por base uma análise dos efeitos a longo prazo, citando o processo COMP M.2375 — Shell/Enterprise Oil (2002), em que a Comissão considerou um período de mais de dez anos para a análise dos efeitos da concentração.
- 415 O Tribunal Geral constata que a análise dos efeitos de uma operação de concentração num mercado oligopolístico no setor das telecomunicações, que necessita de investimentos a longo prazo e em que os consumidores estão frequentemente vinculados por contratos de vários anos, é uma análise prospetiva dinâmica que necessita da tomada em conta de eventuais efeitos coordenados ou unilaterais num lapso de tempo relativamente alargado no futuro.
- 416 Ora, independentemente do plano de consolidação de rede finalmente adotado pelas partes na concentração, estas não manteriam duas redes separadas a longo prazo. Por conseguinte, a tese da Comissão, relativa à incidência de uma transparência reforçada sobre o investimento global nas redes, deve ser rejeitada, na medida em que se baseia na hipótese da existência de duas redes separadas.
- 417 Portanto, há que julgar procedente a sexta parte do terceiro fundamento, na medida em que a Comissão cometeu um erro de direito ao qualificar de efeito não coordenado a incidência de uma transparência reforçada sobre o investimento global nas redes.
- 418 Por conseguinte, no que respeita à segunda teoria do prejuízo, há que julgar procedente o terceiro fundamento, sem que seja necessário examinar as outras partes deste fundamento.

E. Quanto à terceira teoria do prejuízo, relativa à existência de efeitos não coordenados no mercado grossista

- 419 A terceira teoria do prejuízo, desenvolvida nos considerandos 1815 a 2314 da decisão impugnada, é relativa à existência de efeitos não coordenados no mercado grossista ligados à eliminação de importantes pressões concorrenciais. Nesse mercado, os quatro operadores de rede móvel prestam serviços de alojamento aos não ORM, que, por sua vez, propõem serviços a retalho aos assinantes. Segundo a Comissão, a operação de concentração reduziria o número de operadores de rede móvel interessados em alugar não ORM.
- 420 Mais detalhadamente, a Comissão considera que a Three constitui, antes da operação, uma «força concorrencial importante» no mercado grossista. A este respeito, a Comissão declara, nomeadamente, que a Three, apesar da sua quota de mercado histórica modesta, que se situava [entre 0 % e 5 %] em 2014 e 2015 (considerandos 1856 a 1867 da decisão impugnada), tem um acréscimo bruto de clientes superior à sua quota de mercado (considerandos 1868 a 1920 da decisão impugnada).
- 421 Para tal, a Comissão calculou o valor dos contratos celebrados com clientes entre 2012 e 2015. Segundo o seu cálculo, a quota obtida pela Three situa-se entre [confidencial] após ponderação em função do valor projetado desses clientes em 2018. A Comissão constata igualmente que a Three melhorou sensivelmente a sua posição no mercado grossista, participou em vários procedimentos de concurso, designadamente para os maiores não ORM, e celebrou contratos com não ORM que têm potencial de crescimento. Salienta que a sua presença impacta a concorrência nas negociações

grossistas, mesmo quando não ganha o contrato, que propõe tarifas grossistas competitivas para as novas tecnologias como a 4G e que é considerada um concorrente de peso (considerandos 1921 a 2125 da decisão impugnada).

- 422 Além disso, a Comissão conclui, no considerando 2210 da decisão impugnada, que a concentração, por um lado, reduziria os incentivos da entidade resultante da concentração a apoiar a concorrência, devido ao facto de que essa entidade disporia de uma clientela mais ampla no mercado retalhista, o que aumentaria os riscos de «canibalização» (considerando 2209 da decisão impugnada), e, por outro, teria efeitos negativos sobre a capacidade e os incentivos da BT/EE e da Vodafone para apoiar a concorrência (considerando 2291 da decisão impugnada).
- 423 A Comissão conclui, no considerando 2313 da decisão impugnada, que a concentração pode ter efeitos não coordenados significativos no mercado grossista resultantes de uma redução do número de operadores de rede móvel de quatro para três, da eliminação da Three enquanto força concorrencial importante, em conformidade com o ponto 37 das Orientações, da eliminação das importantes pressões concorrenciais que, anteriormente, as partes exerciam mutuamente e de uma redução das pressões concorrenciais sobre os restantes atores. Além disso, os operadores de rede móvel em concorrência não teriam a capacidade nem os incentivos necessários para contrariar os efeitos anticoncorrenciais não coordenados da operação.
- 424 Com o seu quarto fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu, na decisão impugnada, erros de direito e erros manifestos de apreciação e violou as formalidades essenciais em relação aos efeitos não coordenados no mercado grossista, em especial, devido às suas conclusões segundo as quais, em primeiro lugar, a concentração entrava significativamente uma concorrência efetiva no mercado grossista (primeira parte), em segundo lugar, a Three era uma «força concorrencial importante» no mercado grossista (segunda e terceira partes), em terceiro lugar, a entidade resultante da concentração teria menos incentivos para enfrentar a concorrência (quarta parte) e, em quarto lugar, os seus concorrentes não teriam a capacidade nem os incentivos necessários para com ela competir (quinta parte), bem como devido à tomada em conta pela Comissão de afirmações de terceiros (sexta parte). Segundo a recorrente, cada um destes erros deve implicar a anulação da decisão impugnada.
- 425 Há que examinar, primeiro e conjuntamente, as três primeiras partes do quarto fundamento, relativas a erros no que respeita à conclusão de que a concentração entravaria de significativamente uma concorrência efetiva no mercado grossista e a um erro manifesto de apreciação no que respeita à conclusão de que a Three é uma «força concorrencial importante».
- 426 Com a primeira parte do quarto fundamento, a recorrente sustenta que, como a quota do mercado grossista detida pela Three se situava [entre 0 % e 5 %] em 2014 e nunca ultrapassou esse limiar, o que a Comissão não contesta (considerando 1856 da decisão impugnada), a concentração não teria efeitos sensíveis sobre a concorrência. A este respeito, a decisão impugnada assenta unicamente em constatações relativas à eliminação da Three enquanto «força concorrencial importante».
- 427 Com a segunda e a terceira partes do quarto fundamento, a recorrente sustenta que a Comissão não explicou por que razão a concorrência exercida pela Three no mercado grossista é particularmente eficiente em relação à exercida pelos outros operadores, cuja quota previsível de mercado não foi examinada. Não só todos os outros atores do mercado são nitidamente mais sólidos do que a Three, mas também esta situação perdurou ao longo do tempo, e o fraco ganho de quotas de mercado recentemente registado pela Three permaneceu marginal e sem incidência sobre a estrutura concorrencial ou a dinâmica do mercado. Além disso, a Comissão, ao qualificar a Three de «força concorrencial importante» cometeu erros tanto na sua análise das quotas de mercado como na sua análise da quota bruta de novos clientes da Three e na sua avaliação qualitativa da importância da Three no mercado grossista.

- 428 Em especial, no que respeita a este último ponto, a recorrente sustenta que o gráfico n.º 125 da decisão impugnada, que ilustra as quotas do mercado grossista detidas pelos quatro operadores de rede móvel, conforme estimadas pela Comissão, mostra claramente a fraqueza da posição da Three em relação aos seus concorrentes. [*confidencial*]
- 429 A Comissão também afirmou sem razão, no considerando 1920 da decisão impugnada, que a quota de mercado da Three não refletia a sua força concorrencial atual, nem a sua importância no futuro processo concorrencial, com base numa projeção da sua quota bruta de novos clientes superior aos dados do mercado atual.
- 430 Por último, segundo a recorrente, o facto de a Three não ter participado em [*confidencial*] dos sete grandes concursos dirigidos ao grande público lançados durante os três anos precedentes, tal como [*confidencial*], contraria a ideia de que a Three possa rivalizar de maneira credível e ser uma «força concorrencial importante» no mercado grossista.
- 431 A Comissão contesta esta argumentação.
- 432 A Comissão alega, designadamente, que as quotas de mercado e a sua progressão fornecem apenas uma primeira indicação de um poder de mercado (ponto 27 das Orientações) e que as Orientações propõem vários exemplos de situações em que modestas quotas de mercado não impedem que uma concentração acarrete problemas em matéria de concorrência, por exemplo quando a empresa em questão tenha um papel mais importante do que o que se poderia esperar tendo em conta as suas quotas de mercado (v. ponto 37 das Orientações). Logo, o facto de a Three possuir apenas modestas quotas de mercado no mercado grossista não pode conduzir automaticamente à conclusão de que a concentração não é suscetível de dar origem a um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 433 Além disso, segundo a Comissão, as quotas de mercado, a sua progressão e o crescimento do grau de concentração, embora forneçam apenas uma primeira indicação do poder de mercado, são elementos pertinentes a ter em consideração nos mercados oligopolísticos, em que o facto de uma empresa ser uma «força concorrencial importante» desempenha um papel significativo.
- 434 O Tribunal Geral constata que a redução de quatro para três operadores, no mercado grossista, não é, por si só, suscetível de demonstrar um entrave significativo à concorrência no mercado grossista no caso vertente. Com efeito, como decorre do considerando 25 do Regulamento n.º 139/2004, muitos mercados oligopolísticos apresentam um nível de concorrência que pode ser qualificado de saudável.
- 435 No que respeita às quotas de mercado, o Tribunal Geral constata que não é contestado que a quota de mercado grossista da Three era muito modesta, a saber [entre 0 % e 5 %] em 2014 e 2015.
- 436 A este respeito, a Comissão reconheceu, aliás, no decurso do processo no Tribunal Geral, que as quotas de mercado e a sua progressão constituíam apenas as primeiras indicações de um poder de mercado, segundo o ponto 27 das Orientações, uma vez que se admite de uma forma geral, incluindo na sua prática decisória, que quotas de mercado modestas são, em geral, um bom indicador da inexistência de um poder de mercado forte.
- 437 Com efeito, do mesmo modo que a existência de quotas de mercado muito grandes é altamente significativa e a relação entre as quotas de mercado detidas pelas partes na concentração e as quotas dos seus concorrentes constitui um indício válido da existência de uma posição dominante ou de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, na medida em que permite avaliar a capacidade concorrencial dos concorrentes da empresa em causa (Acórdão de 23 de fevereiro de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, T-282/02, EU:T:2006:64, n.º 201), uma quota de mercado especialmente fraca detida por uma das partes na concentração tende a sugerir, *prima facie*, a inexistência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, sobretudo quando os outros operadores dispõem de quotas de mercado muito mais importantes.

- 438 Embora não se possa excluir que, a despeito da quota de mercado relativamente fraca de uma das partes na concentração, a concentração afete de forma significativa a concorrência efetiva, compete à Comissão apresentar provas convincentes.
- 439 Em primeiro lugar, uma quota de mercado cumulada das partes na concentração compreendida [entre 30 % e 40 %] não é indicativa da criação ou do reforço de uma posição dominante, no caso vertente, ou mesmo, enquanto tal, de um entrave significativo a uma concorrência efetiva.
- 440 Em segundo lugar, o Tribunal Geral constata que a Comissão afirma, no considerando 1865 da decisão impugnada, que o IHH produzido pela concentração ultrapassaria o limiar previsto nas Orientações.
- 441 No que respeita ao cálculo do IHH, o ponto 14 das Orientações prevê que os níveis de quotas de mercado e de concentração fornecem uma primeira indicação útil acerca da estrutura de mercado e da importância das partes na concentração. Decorre igualmente do ponto 16 das Orientações que o nível de concentração global existente num mercado pode fornecer informações úteis acerca da situação concorrencial.
- 442 Os pontos 19 a 21 das Orientações definem os limiares do IHH abaixo dos quais uma concentração não suscita, com toda a probabilidade, preocupações em termos de concorrência. Assim, a Comissão entende que é pouco provável que uma operação suscite preocupações de concorrência de tipo horizontal num mercado, quando o IHH, após a concentração, está compreendido entre 1 000 e 2 000 e o delta é inferior a 250, ou quando o IHH, após a concentração, é superior a 2 000 e o delta inferior a 150, exceto quando se verificarem circunstâncias especiais.
- 443 Ora, a recorrente sustentou no Tribunal Geral, sem ser desmentida pela Comissão, que o delta após a operação seria, no caso em apreço, de apenas [confidencial]. O Tribunal Geral constata que esse valor ultrapassa, efetivamente, o limiar abaixo do qual, em princípio, está excluído que a concentração suscite preocupações concorrenciais. Todavia, o segundo período do ponto 21 das Orientações precisa que o facto de esses limiares serem ultrapassados não permite presumir a existência de preocupações em matéria de concorrência.
- 444 Há que, todavia, considerar que quanto mais esses limiares forem ultrapassados, mais os valores são reveladores de preocupações concorrenciais (v., a este respeito, Acórdão de 9 de julho de 2007, Sun Chemical Group e o./Comissão, T-282/06, EU:T:2007:203, n.º 138) e que, no presente processo, o delta é de apenas [confidencial] acima do limiar previsto pelas Orientações para as concentrações horizontais.
- 445 No caso em apreço, o Tribunal Geral constata que a Comissão não se baseou nas quotas de mercado históricas da Three nem no grau de concentração para concluir que esta é uma «força concorrencial importante» no mercado grossista, mas nas quotas brutas de novos clientes (considerando 1857 da decisão impugnada) e na sua análise qualitativa da importância da Three no mercado grossista.
- 446 No entanto, o facto de a Comissão ter determinado que a Three exercia maior influência sobre o processo concorrencial do que o que se poderia esperar tendo em conta a sua quota de mercado não é, em si mesmo, um elemento de prova suficiente para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva no caso vertente.
- 447 Com efeito, embora não se exclua que a aplicação de apenas um dos fatores enunciados nas Orientações possa, em certos casos, bastar para demonstrar a existência de um entrave significativo a uma concorrência efetiva, a Comissão não explicou, de forma credível, na decisão impugnada, por que razão as quotas brutas de novos clientes eram tão determinantes no caso em apreço. Embora seja verdade que não é necessário que a Comissão examine, em todos os casos, todos os critérios que

fixou para si mesma nas Orientações, também não está demonstrado que apenas um desses critérios baste para provar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, na falta de um exame circunstanciado dos factos.

- 448 Em terceiro lugar, no que respeita às quotas brutas de novos clientes, a Comissão refere que a Three ganhou, aproximadamente, entre [*confidencial*] do valor total dos contratos objeto de controvérsia relativos aos clientes grossistas. Segundo a Comissão, mesmo que todos os ajustamentos sugeridos pela recorrente fossem aceites, a quota restante das aquisições brutas de clientes grossistas seria muito mais elevada do que a quota de mercado histórica da Three (considerandos 1896 e 1917 da decisão impugnada).
- 449 Porém, o simples facto de a quota bruta de novos clientes da Three ser mais elevada do que a sua quota de mercado não basta, no caso vertente, para demonstrar um entrave significativo a uma concorrência efetiva, num contexto em que a quota de mercado da Three é, na realidade, muito modesta e em que mesmo a sua quota bruta de novos clientes, num mercado que conta apenas quatro operadores, é limitada.
- 450 Há que observar que, embora esses elementos permitam considerar que a Three tem a capacidade de rivalizar com os outros atores do mercado grossista, que é um concorrente credível e tem uma influência na concorrência, mesmo quando não ganha os concursos, e que reforçou a sua posição no mercado, não bastam, em todo o caso, para qualificar a Three de «força concorrencial importante».
- 451 Em quarto lugar, no que diz respeito, por último, à sua avaliação qualitativa da importância da Three no mercado grossista, a Comissão declarou que a Three é considerada uma ameaça credível no mercado e participou num número significativo de concursos (considerandos 1936 a 1987 da decisão impugnada).
- 452 Ora, como sublinha com razão a recorrente, a Comissão não demonstrou que os critérios que fixou para si mesma nos pontos 37 e 38 das Orientações se aplicavam à Three. Com efeito, as conclusões da Comissão quanto à futura quota de mercado da Three, à sua credibilidade, às condições competitivas das suas propostas ou aos efeitos da sua participação nos concursos (considerandos 2294 e 2295 da decisão impugnada) não demonstram, ainda que sejam fundadas, que a Three se distinguiu dos outros participantes no mercado grossista.
- 453 Por outro lado, mesmo que os elementos tidos em conta pela Comissão fossem suscetíveis de caracterizar a Three de «força concorrencial importante», não permitem demonstrar que a Three e a O2 exerciam mutuamente importantes pressões concorrenciais que seriam eliminadas na sequência da operação.
- 454 Por conseguinte, há que julgar procedentes as três primeiras partes do quarto fundamento, sem que seja necessário que o Tribunal Geral examine a quarta, quinta e sexta partes do quarto fundamento.
- 455 Por conseguinte, há que anular a decisão impugnada, sem que seja necessário que o Tribunal Geral se pronuncie sobre o caráter independente ou interdependente das três teorias do prejuízo ou sobre os outros argumentos e fundamentos da recorrente.

Quanto às despesas

- 456 Nos termos do artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la a suportar as suas próprias despesas, bem como as despesas da recorrente, em conformidade com os pedidos desta última. O Reino Unido e a EE Ltd suportarão as suas próprias despesas, em aplicação das disposições do artigo 138.º do Regulamento de Processo.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Primeira Secção alargada)

decide:

- 1) **A Decisão C(2016) 2796 final da Comissão, de 11 de maio de 2016, que declara incompatível com o mercado interno a operação de concentração relativa à aquisição da Telefónica Europe plc pela Hutchison 3G UK Investments Ltd (processo COMP/M.7612 — Hutchison 3G UK/Telefónica UK), é anulada.**
- 2) **A Comissão Europeia suporta as suas próprias despesas e as despesas efetuadas pela CK Telecoms UK Investments Ltd.**
- 3) **O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte e a EE Ltd suportarão as suas próprias despesas.**

Van der Woude

Buttigieg

Nihoul

Svenningsen

Öberg

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 28 de maio de 2020.

Assinaturas

Índice

I. Antecedentes do litígio	2
II. Decisão impugnada	4
III. Tramitação processual.....	4
IV. Pedidos das partes	8
V. Questão de direito	8
A. Quanto ao quadro jurídico.....	8
1. Quanto à intensidade da fiscalização jurisdicional em matéria de concentrações.....	9
2. Quanto ao alcance da alteração introduzida pelo Regulamento n.º 139/2004	10
3. Quanto ao ónus da prova e ao nível de prova em matéria de concentrações	13
4. Quanto à fundamentação	15
B. Resumo dos fundamentos e da estrutura do recurso	15
C. Quanto à primeira teoria do prejuízo, relativa aos efeitos não coordenados no mercado retalhista .	16
1. Resumo da decisão impugnada	16
2. Resumo do primeiro fundamento e dos principais elementos de prova apresentados em apoio da primeira teoria do prejuízo	17
a) Quanto à análise das quotas de mercado	18
b) Quanto à qualificação da Three como «força concorrencial importante»	19
1) Quanto à desvirtuação do conceito de «força concorrencial importante»	20
2) Quanto ao grau de pressão concorrencial da Three no mercado retalhista	22
i) Quanto à angariação bruta de assinantes	23
ii) Quanto ao crescimento dos assinantes da Three	24
iii) Quanto à política de preços da Three.....	25
iv) Quanto ao papel histórico desempenhado pela Three no mercado	27
c) Quanto à avaliação da proximidade da relação de concorrência	28
d) Quanto à avaliação dos efeitos quantitativos da concentração sobre os preços.....	31
1) Quanto à força probatória da análise UPP como primeiro «crivo»	31
2) Quanto à análise UPP no caso vertente	32

e) Quanto à avaliação global dos efeitos não coordenados	35
D. Quanto à segunda teoria do prejuízo, relativa aos efeitos não coordenados produzidos pela perturbação dos acordos de partilha de rede	36
1. Resumo da decisão impugnada	36
2. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros no que respeita aos efeitos horizontais não coordenados produzidos pela partilha de rede	39
a) Quanto à convergência entre as partes nos acordos de partilha de rede	39
1) Quanto ao carácter novo da teoria do prejuízo sobre os acordos de partilha de rede	40
2) Quanto ao carácter pretensamente paradoxal e erróneo da teoria da convergência de interesses e quanto à perturbação dos acordos de partilha de rede	40
b) Quanto aos efeitos da concentração sobre os concorrentes	43
1) Quanto aos efeitos sobre a BT/EE	44
2) Quanto aos efeitos sobre a Vodafone	46
c) Quanto à incidência de uma transparência reforçada sobre o investimento global nas redes	48
E. Quanto à terceira teoria do prejuízo, relativa à existência de efeitos não coordenados no mercado grossista	50
Quanto às despesas	54