



Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (prvi razširjeni senat)

z dne 28. maja 2020*

„Konkurenca – Koncentracije – Dejavnosti brezžičnih telekomunikacijskih storitev – Maloprodajni trg storitev mobilnih telekomunikacij – Veleprodajni trg vhodnih in odhodnih klicev v javna mobilna omrežja – Prezem družbe Telefónica Europe s strani družbe Hutchison – Sklep o nezdružljivosti koncentracije z notranjim trgom – Oligopolni trg – Bistveno oviranje učinkovite konkurence – Neusklajeni učinki – Dokazno breme – Dokazni standard – Tržni deleži – Učinki koncentracije na cene – Kvantitativna analiza pričakovanega pritiska na zvišanje cen – Tesni konkurenti – Pomemben konkurenčni pritisk – Pomembno gonilo konkurence – Sporazumi o skupni rabi omrežja – Stopnja koncentracije – Herfindahl-Hirschmannov indeks – Napačna uporaba prava – Napaka pri presoji“

V zadevi T-399/16,

CK Telecoms UK Investments Ltd s sedežem v Londonu (Združeno kraljestvo), ki jo zastopajo T. Wessely in O. Brouwer, odvetnika, A. Woods, M. Davis, I. Ditchfield, S. Prichard, J. Aitken, R. Romney, M. Dickson, K. Asakura, solicitors, in B. Kennelly, QC,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopajo T. Christoforou, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski in C. Urraca Caviedes, agenti,

tožena stranka,

ob intervenciji

Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna Irska, ki ga zastopajo S. Jones, S. Brandon, S. Huijts, C. Blairs, M. Rahman, J. McInnes, M. Brown, B. Potterill, S. Cardell, C. Brannigan, S. Munday, C. Short in A. Dadley, agenti, skupaj z R. Williamsom in J. Morrison, barristers,

in

EE Ltd s sedežem v Hatfieldu (Združeno kraljestvo), ki jo zastopajo A. Lindsay, barrister, C. Chapman in J. Hulsmann, solicitors,

intervenienta,

* Jezik postopka: angleščina.

zaradi predloga na podlagi člena 263 PDEU za razglasitev ničnosti Sklepa Komisije C(2016) 2796 final z dne 11. maja 2016, s katerim je bila koncentracija v zvezi s prevzemom družbe Telefónica Europe plc s strani družbe Hutchison 3G UK Investments Ltd razglašena za nezdružljivo z notranjim trgom (zadeva COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK),

SPLOŠNO SODIŠČE (prvi razširjeni senat),

v sestavi M. van der Woude, predsednik, E. Buttigieg, P. Nihoul, J. Svenningsen in U. Öberg (poročevalec), sodniki,

sodna tajnica: S. Bukšek Tomac, administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 2. in 3. maja 2019

izreka naslednjo

Sodbo

I. Dejansko stanje

- 1 Evropska komisija je 11. septembra 2015 prejela prijavitev načrtovane koncentracije v skladu s členom 4 Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 z dne 20. januarja 2004 o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 40), s katero družba CK Hutchison Holdings Ltd prek svoje posredne hčerinske družbe Hutchison 3G UK Investments Ltd, ki je postala tožeča stranka CK Telecoms UK Investments Ltd, pridobi izključni nadzor v smislu člena 3(1)(b) navedene uredbe nad družbo Telefónica Europe Plc (v nadaljevanju: O2).
- 2 V času dejanskega stanja, iz katerega izhaja ta spor, so bili na maloprodajnem trgu mobilnih telekomunikacijskih storitev v Združenem kraljestvu (v nadaljevanju: maloprodajni trg) štirje operaterji mobilnih omrežij: družba EE Ltd, hčerinska družba družbe BT Group plc, ki jo je zadnjenavedena prevzela leta 2016 (v nadaljevanju skupaj: BT/EE), družba O2, družba Vodafone in družba Hutchison 3G UK Ltd (v nadaljevanju: Three), posredna hčerinska družba CK Hutchison Holdings, katerih tržni deleži glede na naročnike so bili približno [med 30 in 40 %], [med 20 in 30 %], [med 10 in 20 %] ter [med 10 in 20 %]. Koncentracija, na katero se nanaša ta spor (v nadaljevanju: koncentracija), naj bi združenemu subjektu, ki bi združeval družbi Three in O2 (v nadaljevanju skupaj: stranki koncentracije), omogočila, da bi predstavljal približno [med 30 in 40 %] maloprodajnega trga in bi tako postal glavni akter na tem trgu, pred nekdanjim prvotnim operaterjem BT/EE in družbo Vodafone.
- 3 Poleg teh operaterjev mobilnih omrežij je bilo na maloprodajnem trgu še več operaterjev virtualnih mobilnih omrežij, kot so Tesco Mobile, Virgin Mobile in TalkTalk, ki omrežij, ki so jih uporabljali za zagotavljanje mobilnih storitev potrošnikom v Združenem kraljestvu, niso imeli v lasti in so torej sklenili sporazume z enim od operaterjev mobilnih omrežij, da so si tako zagotovili dostop do njegovega omrežja po veleprodajnih cenah. Družba Tesco Mobile je v enakih deležih v lasti družb Tesco in O2. Na maloprodajnem trgu so bili še preprodajalci (v nadaljevanju: skupaj z operaterji virtualnih mobilnih omrežij: ponudniki mobilnih storitev brez lastnega mobilnega omrežja) in neodvisni trgovci na drobno, na primer družba Dixons.

- 4 Ena od značilnosti tega trga je bila, da so družbi BT/EE in Three na eni strani ter družbi Vodafone in O2 na drugi strani svoja omrežja združile na podlagi sporazumov o skupni rabi omrežja. To je družbama BT/EE in Three (sporazum MBNL, v nadaljevanju: MBNL) ter družbama Vodafone in O2 (sporazum Beacon, v nadaljevanju: Beacon) omogočilo delitev stroškov pri vzpostavitvi njihovih omrežij, čeprav so si na maloprodajni ravni še vedno konkurirale.
- 5 Združeno kraljestvo je 2. oktobra 2015 prek Competition and Markets Authority (organ za konkurenco in trge, Združeno kraljestvo) predlagalo, naj se mu na podlagi člena 9(2)(a) Uredbe št. 139/2004 predloži koncentracija. Združeno kraljestvo je v tem predlogu menilo, da bi lahko koncentracija pomenila bistveno oviranje konkurence na maloprodajnem in veleprodajnem trgu vhodnih in odhodnih klicev v javna mobilna omrežja v Združenem kraljestvu (v nadaljevanju: veleprodajni trg). Poleg tega je trdilo tudi, da je v najboljšem položaju za obravnavo koncentracije.
- 6 Komisija je 4. decembra 2015 sprejela Sklep C(2015) 8534 final v zvezi s členom 9 Uredbe št. 139/2004 v zadevi M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, s katerim je ta predlog za predložitev zavrnila. Komisija se v tem sklepu sklicuje zlasti na nujnost zagotovitve skladnega in doslednega pristopa pri presoji združitve v telekomunikacijskem sektorju v različnih državah članicah, in na znatno strokovno znanje, ki ga je pridobila pri presoji koncentracij na evropskih trgih mobilnih telekomunikacij.
- 7 Komisija je po prvi fazi preiskave ugotovila, da koncentracija vzbuja resne dvome glede združljivosti z notranjim trgov, in je 30. oktobra 2015 sprejela sklep o začetku postopka v skladu s členom 6(1)(c) Uredbe št. 139/2004.
- 8 Komisija je 4. februarja 2016 na podlagi druge faze preiskave, v okviru katere so bile dopolnjene ugotovitve iz prve faze, izdala obvestilo o nasprotovanju. Tožeča stranka je 26. februarja 2016 glede obvestila o nasprotovanju predložila pisna stališča.
- 9 Tožeča stranka je za odpravo težav glede konkurence, navedenih v obvestilu o nasprotovanju, 2. marca 2016 predložila prvi sklop zavez.
- 10 Na zahtevo tožeče stranke se je 7. marca 2016 opravilo zaslišanje.
- 11 Tožeča stranka je 15. marca 2016 predložila spremenjene zaveze (v nadaljevanju: drugi sklop zavez). Komisija je 18. marca 2016 izvedla tržni preskus drugega sklopa zavez. Ta preskus je bil namenjen, prvič, sedanjim in potencialnim prihodnjim ponudnikom mobilnih telekomunikacijskih storitev v Združenem kraljestvu, ponudnikom infrastrukturnih storitev v sektorju mobilnih telekomunikacij ter združenjema MVNO Europe in iMVNOx, in drugič, nacionalnim telekomunikacijskim regulatorjem, vključno s telekomunikacijskim regulatorjem Združenega kraljestva (v nadaljevanju: Ofcom). Poleg tega so nacionalni organi Združenega kraljestva, Nemčije in Nizozemske, pristojni za konkurenco, izrazili svoje stališče glede drugega sklopa zavez.
- 12 Komisija je 17. in 23. marca 2016 tožeči stranki poslala dopisa, v katerih je navedla dodatne dokaze iz svojega spisa v utemeljitev predhodnih ugotovitev iz obvestila o nasprotovanju. Tožeča stranka je 29. marca in 4. aprila 2016 predložila pisna stališča glede opisov dejanskega stanja z dne 17. marca in 23. marca 2016.
- 13 Tožeča stranka je po tržnem preskusu 6. aprila 2016 predložila še en spremenjeni sklop zavez.

- 14 Svetovalni odbor za koncentracije je 27. aprila 2016 obravnaval osnutek sklepa Komisije in izdal pozitivno mnenje.
- 15 Komisija je 11. maja 2016 sprejela Sklep C(2016) 2796 final, s katerim je koncentracijo razglasila za nezdružljivo z notranjim trgom (COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK) (v nadaljevanju: izpodbijani sklep).
- 16 Povzetek izpodbijanega sklepa je bil 29. septembra 2016 objavljen v *Uradnem listu Evropske unije* (UL 2016, C 357, str. 15).

II. Izpodbijani sklep

- 17 Komisija v izpodbijanem sklepu opredeljuje dva upoštevna trga: maloprodajni in veleprodajni trg.
- 18 Komisija je izoblikovala tri teorije škode, ki vse temeljijo na obstoju tako imenovanih „neusklajenih“ učinkov na oligopolnem trgu.
- 19 Prvi dve teoriji škode se nanašata na maloprodajni, tretja pa na veleprodajni trg.
- 20 Natančneje, prva teorija škode se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov na maloprodajnem trgu, povezanih z odstranitvijo pomembnih konkurenčnih pritiskov. Komisija v bistvu meni, da bi močno zmanjšanje konkurence, do katerega bi prišlo zaradi koncentracije, verjetno povzročilo zvišanje cen storitev mobilne telefonije v Združenem kraljestvu in omejitev izbire za potrošnike.
- 21 Po drugi teoriji škode, ki se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov na maloprodajnem trgu, povezanih s skupno rabo omrežja, naj bi bilo mogoče, da bi koncentracija negativno vplivala tudi na kakovost storitev za potrošnike v Združenem kraljestvu, in sicer z oviranjem razvoja infrastrukture mobilnega omrežja v tej državi.
- 22 Tretja teorija škode se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov, povezanih z odstranitvijo pomembnih konkurenčnih pritiskov na veleprodajnem trgu. Štirje operaterji mobilnega omrežja na tem trgu zagotavljajo storitve gostovanja ponudnikom mobilnih storitev brez lastnega mobilnega omrežja, ki nato ponujajo maloprodajne storitve naročnikom. Natančneje, po mnenju Komisije bi prevzem lahko povzročil pomembne neusklajene učinke na veleprodajnem trgu zaradi zmanjšanja števila operaterjev mobilnih omrežij s štirih na tri, izključitve družbe Three kot pomembnega gonila konkurence, odstranitve pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami, in zmanjšanja konkurenčnih pritiskov na preostale akterje.
- 23 Komisija v zvezi s povečanjem učinkovitosti, ki ga zatrjuje tožeča stranka, meni, da ga ne bi bilo mogoče preveriti, da ne bi bilo specifično za koncentracijo ter ne bi moglo koristiti potrošnikom.
- 24 Komisija v zadnjem oddelku izpodbijanega sklepa preuči korektivne ukrepe, ki jih je tožeča stranka predlagala v obliki zavez. Komisija meni, da se z drugim sklopom zavez ugotovljene težave glede konkurence ne bi odpravile, s tretjim sklopom zavez, predlaganim 6. aprila 2016, se ugotovljene težave glede konkurence ne bi v celoti odpravile, ta pa naj tudi ne bi bil povsem izčrpen in učinkovit.
- 25 Komisija je zato koncentracijo razglasila za nezdružljivo z notranjim trgom.

III. Postopek

- 26 Tožeča stranka je 25. julija 2016 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila to tožbo.
- 27 Tožeča stranka je v tožbi predložila predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep, s katerim naj se od Komisije zahteva, naj Splošnemu sodišču predloži določene informacije iz svojega spisa, ki so potrebne za to, da Splošno sodišče preuči tožbo, vendar so za tožečo stranko zaupne in do katerih naj bi imeli v upravnem postopku dostop le njeni odvetniki in zunanji ekonomski svetovalci.
- 28 Družba BT/EE in Združeno kraljestvo sta v sodnem tajništvu Splošnega sodišča 1. decembra 2016 vložila predloga za intervencijo v tej zadevi v podporo predlogom Komisije.
- 29 Komisija je 21. decembra 2016, tožeča stranka pa 5. januarja 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča predložila stališča glede predlogov za intervencijo, ki sta ju vložili družba BT/EE in Združeno kraljestvo.
- 30 Komisija je 31. januarja 2017 vložila odgovor na tožbo.
- 31 Komisija je v odgovoru na tožbo navedla, da nima ugovorov zoper predložitve dokumentov, na katere se nanaša predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep, podan v tožbi, če se v skladu s členom 103(3) Poslovnika Splošnega sodišča uporabijo ustrezni ukrepi v zvezi z zaupnostjo.
- 32 Tožeča stranka je 31. januarja 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča predložila predloga za zaupno obravnavanje ter nezaupni različici tožbe v zvezi s, prvič, družbo BT/EE, in drugič, Združenim kraljestvom.
- 33 Predsednik prvega senata Splošnega sodišča je s sklepoma z dne 16. marca 2017 družbi BT/EE in Združenemu kraljestvu dovolil intervencijo v podporo predlogom Komisije in to, da se jima predloži nezaupna različica vsakega procesnega akta, ki sta ga vročili glavni stranki, odločitev o utemeljenosti predlogov za zaupno obravnavanje pa se je pridržala.
- 34 Splošno sodišče je s sklepom o pripravljalnem ukrepu z dne 16. marca 2017 Komisijo pozvalo, naj predloži dokumente, na katere se je nanašal predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep iz tožbe. Komisija je navedene dokumente predložila 3. aprila 2017.
- 35 Splošno sodišče je 17. marca 2017 v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 89 Poslovnika tožečo stranko pozvalo, naj predloži novo različico svojega predloga za zaupno obravnavanje v zvezi z družbo BT/EE.
- 36 Sodno tajništvo Splošnega sodišča je stranki z dopisom z dne 17. marca 2017 obvestilo, da je odločitev o drugi izmenjavi vlog pridržana.
- 37 Tožeča stranka je 31. marca 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča predložila novo različico svojega predloga za zaupno obravnavanje v zvezi z družbo BT/EE ter predloga za zaupno obravnavanje in nezaupni različici odgovora na tožbo v zvezi s, prvič, družbo BT/EE, in drugič, Združenim kraljestvom.

- 38 Splošno sodišče je na predlog prvega senata na podlagi člena 28 Poslovnika odločilo, da zadevo dodeli razširjeni sestavi.
- 39 Združeno kraljestvo in družba BT/EE sta 21. aprila 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila ugovora zoper predloga za zaupno obravnavanje, ki ju je vložila tožeča stranka.
- 40 Stranke, njihovi predstavniki in sodnik poročevalec so se 26. aprila 2017 udeležili sestanka, na katerem so obravnavali vprašnji zaupnosti ter možnosti združitve tožbenih razlogov in trditev glavnih strank v postopku.
- 41 Tožeča stranka je 10. maja 2017 predložila stališča o upoštevnosti dokumentov, na katere se je nanašal predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep iz tožbe. Komisija je 31. maja 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila predlog za zaupno obravnavanje in nezaupno različico navedenih stališč v zvezi z družbo BT/EE.
- 42 Splošno sodišče je 16. maja 2017 v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 89 Poslovnika stranki pozvalo, naj predložita nekatere dokumente, ter jima postavilo pisna vprašanja in ju pozvalo, naj nanje pisno odgovorita.
- 43 Stranki sta stališča v odgovor predložili 2. oziroma 16. junija 2017, stališča v prilogi k repliki oziroma dupliki pa 4. julija oziroma 31. oktobra 2017. Tožeča stranka je zlasti predložila popravljeno različico predlogov za zaupno obravnavanje v zvezi z družbo BT/EE. Družba BT/EE tem predlogom v predpisanem roku ni ugovarjala. Poleg tega sta tožeča stranka in Združeno kraljestvo navedla, da sta sklenila dogovor, v skladu s katerim bo tožeča stranka Združenemu kraljestvu posredovala zaupne različice različnih listin iz spisa. Glavni stranki sta predložili še predloga za nerazkritje nekaterih podatkov javnosti.
- 44 Tožeča stranka je 4. julija 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila repliko skupaj s predlogom za zaupno obravnavanje in nezaupno različico v zvezi z družbo BT/EE ter predlogom za nerazkritje nekaterih podatkov javnosti. Tožeča stranka je v prilogi k repliki v odgovor na enega od ukrepov procesnega vodstva z dne 16. maja 2017 predložila končni povzetek dokazov s pojasnilom o upoštevnosti vsakega od njih.
- 45 Komisija je 28. avgusta 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila predlog za zaupno obravnavanje in nezaupno različico replike v zvezi z družbo BT/EE.
- 46 Združeno kraljestvo in družba BT/EE sta 31. avgusta 2017 predložila vsak svojo intervencijsko vlogo.
- 47 Komisija je 18. septembra 2017 predložila predlog za nerazkritje nekaterih podatkov iz replike javnosti.
- 48 Predsednik prvega senata Splošnega sodišča je s sklepom z dne 26. septembra 2017 družbi BT/EE po tem, ko je Komisija v zvezi z njo vložila predloge za zaupno obravnavanje, dovolil, da se ji predloži nezaupna različica vsakega procesnega akta, ki sta ga vročili glavni stranki, odločitev o utemeljenosti predlogov za zaupno obravnavanje pa se je pridržala.

- 49 Glavni stranki sta 6. oktobra 2017 v zvezi z intervencijsko vlogo Združenega kraljestva vložili predlog za nerazkritje nekaterih podatkov javnosti in predlog za zaupno obravnavanje v zvezi z družbo BT/EE, ki sta mu priložili ustrezni nezaupni različici. Družba BT/EE temu predlogu za zaupno obravnavanje v predpisanem roku ni ugovarjala.
- 50 Družba BT/EE je 20. oktobra 2017 potrdila, da ne ugovarja predlogom za zaupno obravnavanje replike, ki sta ju vložili glavni stranki.
- 51 Komisija je 31. oktobra 2017 vložila odgovor na tožbo. Komisija je v prilogi k dupliki v odgovor na enega od ukrepov procesnega vodstva z dne 16. maja 2017 predložila končni povzetek dokazov s pojasnilom o upoštevnosti vsakega od njih.
- 52 Glavni stranki sta 28. novembra 2017 v zvezi z dupliko vložili skupni predlog za nerazkritje nekaterih podatkov javnosti in skupni predlog za zaupno obravnavanje v zvezi z družbo BT/EE, ki sta mu priložili ustrezni nezaupni različici. Družba BT/EE temu predlogu za zaupno obravnavanje v predpisanem roku ni ugovarjala.
- 53 Tožeča stranka je 31. oktobra 2017 predložila stališča o intervencijskih vlogah družbe BT/EE in Združenega kraljestva. Komisija je navedla, da glede navedenih vlog nima stališč. Glavni stranki sta 14. decembra 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložili skupni predlog za zaupno obravnavanje in skupno nezaupno različico v zvezi z družbo BT/EE, stališča tožeče stranke o intervencijskih vlogah družbe BT/EE in Združenega kraljestva ter skupni predlog za nerazkritje nekaterih podatkov javnosti. Družba BT/EE tem predlogom v predpisanem roku ni ugovarjala.
- 54 Tožeča stranka je z vlogo, v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vloženo 9. februarja 2018, predlagala, naj se opravi obravnavo. Komisija do predloga za izvedbo obravnave v predpisanem roku ni zavzela stališča.
- 55 Splošno sodišče je 17. aprila in 25. julija 2018 v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 89 Poslovnika strankam postavilo pisna vprašanja in jih pozvalo, naj nanje pisno odgovorijo.
- 56 Stranke so stališča v odgovor predložile 1., 2. in 18. maja, 25. junija, 13. julija ter 8. in 13. avgusta 2018. Ker so tožeča stranka, družba BT/EE in Združeno kraljestvo med drugim predložili zaveze o zaupnosti, ki so jih podpisali njihovi predstavniki, so jim bili vročeni dokumenti, na katere se je nanašal predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep iz tožbe. Tožeča stranka je poleg tega predložila stališča glede navedenih dokumentov. Glavni stranki sta nato vložili predlog za zaupno obravnavanje in skupne nezaupne različice teh stališč v zvezi z družbo BT/EE, Združenim kraljestvom in javnostjo. Družba BT/EE in Združeno kraljestvo nista želela predložiti stališč v zvezi s temi dokumenti.
- 57 Komisija je 23. novembra 2018 predložila stališča glede stališč tožeče stranke o dokumentih, na katere se je nanašal predlog za ukrep procesnega vodstva oziroma pripravljalni ukrep iz tožbe. Glavni stranki sta nato vložili predlog za zaupno obravnavanje in skupne nezaupne različice teh stališč v zvezi z družbo BT/EE, Združenim kraljestvom in javnostjo.
- 58 Tožeča stranka je 14. decembra 2018 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila dopis v zvezi z izvedbo obravnave. Komisija je 8. februarja 2019 predložila stališče o navedenem dopisu.

- 59 Splošno sodišče je z ukrepom procesnega vodstva z dne 15. februarja 2019 glavni stranki pozvalo, naj predložita skupni nezaupni različici poročila z obravnave v zvezi z družbo BT/EE in javnostjo. Glavni stranki sta navedeni različici predložili 1. marca 2019.
- 60 Splošno sodišče (prvi razširjeni senat) je na predlog sodnika poročevalca odločilo, da 1. marca 2019 začne ustni del postopka.
- 61 Splošno sodišče je s sklepom o pripravljalnem ukrepu z dne 19. marca 2019 Komisijo pozvalo, naj predloži nekatere dokumente. Komisija je navedene dokumente predložila 2. aprila 2019.
- 62 Splošno sodišče je z ukrepom procesnega vodstva z dne 19. marca 2019 strankam postavilo pisna vprašanja in jih pozvalo, naj nanje pisno odgovorijo. Stranke so svoja stališča v odgovor predložile 10. aprila 2019. Glavni stranki sta vložili predlog za zaupno obravnavanje in skupni nezaupni različici svojih stališč v zvezi z družbo BT/EE in javnostjo.
- 63 Tožeča stranka je 22. marca 2019 v tajništvu Splošnega sodišča predložila dopis, v katerem je predlagala, naj se javnost izključi iz dela obravnave. Stališča glede tega dopisa je 2. aprila 2019 predložila Komisija, 3. aprila 2019 družba BT/EE in 4. aprila 2019 Združeno kraljestvo..
- 64 Splošno sodišče je 15. aprila 2019 sprejelo ukrep procesnega vodstva v zvezi z obravnavo.
- 65 Tožeča stranka je 24. aprila 2019 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila dopis v zvezi z izvedbo obravnave. Družba BT/EE je 30. aprila 2019 predložila stališče glede navedenega dopisa.
- 66 Tožeča stranka je po obravnavi, ki je potekala 2. in 3. maja 2019, 10. maja 2019, v sodnem tajništvu Splošnega sodišča predložila dopis, v katerem so bili odgovori na vprašanja, postavljena na obravnavi. Glavni stranki sta v tajništvu Splošnega sodišča vložili predlog za zaupno obravnavanje in skupni nezaupni različici tega dopisa v zvezi z družbo BT/EE in javnostjo.
- 67 Ustni del postopka je bil končan 27. junija 2019.

IV. Predlogi strank

- 68 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:
- izpodbijani sklep razglasi za ničen;
 - Komisiji naloži plačilo stroškov postopka, vključno s stroški morebitnih intervenientov.
- 69 Komisija ob podpori družbe BT/EE in Združenega kraljestva Splošnemu sodišču predlaga, naj:
- tožbo zavrne;
 - tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

V. Pravo

A. Pravni okvir

- 70 V okviru prvega dela prvega tožbenega razloga tožeča stranka navaja trditve glede intenzivnosti sodnega nadzora, ki ga opravi Splošno sodišče na področju koncentracij, glede pravnega okvira, ki se uporablja po sprejetju Uredbe št. 139/2004, ter glede dokaznega bremena in dokaznih standardov, ki jih mora upoštevati Komisija pri dokazovanju bistvenega oviranja učinkovite konkurence v skladu s členom 2(3) Uredbe št. 139/2004.
- 71 Ker so te trditve upoštevne za preizkus vseh tožbenih razlogov in trditev, ki so jih navedle stranke, je treba ta prvi del prvega tožbenega razloga preizkusiti pred preostalimi tožbenimi razlogi in trditvami tožeče stranke. Splošno sodišče poleg tega meni, da je primerno opozoriti še na nekaj načel v zvezi z obveznostjo obrazložitve.
- 1. Intenzivnost sodnega nadzora na področju koncentracij**
- 72 Najprej je treba opozoriti, da je bil namen priključitve Splošnega sodišča Sodišču in instituta dvostopenjskega sodnega varstva, prvič, izboljšati sodno varstvo posameznikov, zlasti glede tožb, pri katerih je potreben temeljit preizkus kompleksnega dejanskega stanja, in drugič, ohraniti kakovost in učinkovitost sodnega nadzora v okviru pravnega reda Evropske unije tako, da se Sodišču omogoči, da svojo dejavnost osredotoči na svojo bistveno nalogo, ki je zagotavljanje spoštovanja prava pri razlagi in uporabi prava Unije (glej v tem smislu sodbo z dne 17. decembra 1998, Baustahlgewebe/Komisija, C-185/95 P, EU:C:1998:608, točka 41).
- 73 V strukturi sodnega sistema Unije, v katerem je Splošno sodišče zadolženo za ugotavljanje dejstev in izvedbo vsebinske preučitve spora, se obseg nadzora zakonitosti iz člena 263 PDEU razteza na vse elemente sklepov Komisije, sprejetih na podlagi Uredbe št. 139/2004, nad katerimi Splošno sodišče zagotavlja poglobljen nadzor, tako glede prava kot glede dejstev, ob upoštevanju razlogov, ki jih navedejo tožeče stranke, in vseh elementov, ki jih te predložijo.
- 74 Ničnostna tožba ponuja postopkovni okvir, ki je posebej primeren za poglobljen in kontradiktoren preizkus dejanskih in pravnih vprašanj, zlasti na kompleksnih področjih, med katere spada področje konkurence, kot izhaja iz tretje uvodne izjave Sklepa Sveta 88/591/ESPJ, EGS, Euratom, z dne 24. oktobra 1988 o ustanovitvi Sodišča prve stopnje Evropskih skupnosti (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 1, zvezek 1, str. 181) (glej po analogiji sodbo z dne 25. julija 2018, Georgsmarienhütte in drugi, C-135/16, EU:C:2018:582, točka 19).
- 75 Ker je bil izpodbijani sklep sprejet zlasti na podlagi člena 8 Uredbe št. 139/2004 in ker gre za akt, s katerim se za koncentracijo izvaja člen 2 navedene uredbe, se mora Splošno sodišče v okviru nadzora zakonitosti tega sklepa omejiti na analizo stališča Komisije glede priglašene koncentracije, kar pomeni, da mora glede na tožbene razloge in trditve, ki jih navaja tožeča stranka, preučiti način, na katerega se je pravo uporabilo za dejansko stanje, in odločiti glede utemeljenosti presoje Komisije v zvezi z vplivom priglašene koncentracije na konkurenco (glej v tem smislu sodbo z dne 6. junija 2002, Airtours/Komisija, T-342/99, EU:T:2002:146, točka 53).
- 76 Kot pa je Sodišče že večkrat razsodilo, mora sodišče Unije, tudi če je Komisija opravila kompleksne presoje, preveriti ne le vsebinsko pravilnost navedenih dokazov, njihovo zanesljivost in doslednost, ampak tudi, ali so v teh dokazih vsi upoštevni podatki za presojo kompleksnega položaja in ali je

z njimi mogoče utemeljiti iz njih izpeljane sklepe (sodba z dne 15. februarja 2005, Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, točka 39; glej tudi sodbo z dne 26. marca 2019, Komisija/Italija, C-621/16 P, EU:C:2019:251, točka 104 in navedena sodna praksa).

2. Obseg spremembe, vpeljane z Uredbo št. 139/2004

- 77 Tožeča stranka trdi, da je Komisija napačno uporabila pravo s tem, da je v izpodbijanem sklepu določila tako nizek prag za ukrepanje, da je bila zahteva po bistvenem oviranju učinkovite konkurence brez pomena. Z uporabo pravnega merila, ki ga je Komisija privzela v obravnavani zadevi in ki temelji na Smernicah o presoji horizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 3, str. 10, v nadaljevanju: Smernice), naj bi lahko preprečila kakršno koli horizontalno koncentracijo na oligopolnem trgu.
- 78 Tožeča stranka v tožbi Splošnemu sodišču predlaga, naj pojasni merila, ki se uporabljajo pri dokazovanju obstoja „bistvenega oviranja učinkovite konkurence“, če ni prevladujočega položaja niti usklajevanja med strankami na oligopolnem trgu.
- 79 Po mnenju tožeče stranke se zaradi spremembe člena 2(3) Uredbe št. 139/2004, katere namen je zajeti primere neusklajenih učinkov na oligopolnih trgih, ni znižal prag za ukrepanje Komisije na področju koncentracij.
- 80 Komisija trdi, da v skladu z uvodno izjavo 25 Uredbe št. 139/2004 sicer še ni mogoče predpostaviti obstoja bistvenega oviranja učinkovite konkurence na podlagi oligopolne strukture trga, vendar kljub temu navaja, da si oligopoli, čeprav ni mogoče v obravnavani zadevi na podlagi take strukture izpeljati nobene ugotovitve, zaslužijo posebno pozornost.
- 81 Splošno sodišče v zvezi s tem opozarja, da je bilo z Uredbo Sveta (EGS) št. 4064/89 z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 31), ki jo je nadomestila Uredba št. 139/2004, uvedeno načelo, da je treba koncentracijo z razsežnostjo Unije, ki ustvarja ali krepi prevladujoči položaj, ki bi bistveno oviral učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali njegovem znatnem delu, razglasiti za nezdružljivo s skupnim trgom, kar je potrjeno v uvodni izjavi 24 Uredbe št. 139/2004.
- 82 V uvodni izjavi 26 Uredbe št. 139/2004 je pojasnjeno, da je bistveno oviranje učinkovite konkurence na splošno posledica ustvarjanja ali krepitve prevladujočega položaja, ter navedeno, da bi bilo „[o]b upoštevanju smernic, ki jih lahko dobimo iz preteklih sodb evropskih sodišč in odločb Komisije skladno z Uredbo [...] št. 4064/89, in hkratnem upoštevanju standardov škode konkurence, ki so jih določili Komisija in sodišča Skupnosti glede združljivosti koncentracije s skupnim trgom, [treba] s to uredbo uveljavi[ti] načelo, da se koncentracija z razsežnostjo Skupnosti, ki lahko bistveno ovira učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali njegovem znatnem delu, zlasti kot posledica ustvarjanja ali krepitve prevladujočega položaja, razglasi za nezdružljivo s skupnim trgom“.
- 83 Poleg tega člen 2(3) Uredbe št. 139/2004, s katerim je bil nadomeščen člen 2(3) Uredbe št. 4064/89, zdaj določa, da je treba koncentracijo, ki bi bistveno ovirala učinkovito konkurenco na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu, zlasti z ustvarjanjem ali krepitvijo prevladujočega položaja, razglasiti za nezdružljivo s skupnim trgom.

- 84 Iz tega izhaja, da se lahko dokaz ustvarjanja ali krepitve prevladujočega položaja v smislu Uredbe št. 139/2004 v nekaterih primerih ujema z dokazom bistvenega oviranja učinkovite konkurence. Ta ugotovitev pa nikakor ne pomeni, da drugo merilo pravno sovпада s prvim, ampak samo, da lahko iz ene in iste dejanske analize danega trga izhaja, da sta obe merili izpolnjeni (glej v tem smislu sodbo z dne 21. septembra 2005, EDP/Komisija, T-87/05, EU:T:2005:333, točka 49).
- 85 Sodišče Unije doslej še ni izrecno razložilo Uredbe št. 4064/89 ali Uredbe št. 139/2004 v zvezi s tem, ali so koncentracije, ki privedejo do neusklajenih učinkov na oligopolnem trgu, združljive z notranjim trgom.
- 86 Iz pripravljanih dokumentov in besedila člena 2(3) Uredbe št. 139/2004 (glej predvsem prislov „zlasti“) je razvidno, da je bila ta določba sprejeta za uresničitev treh spodaj navedenih ciljev.
- 87 Na prvem mestu je šlo za to, da se področje uporabe nadzora razširi na vsebinski ravni, tako da se Komisiji omogoči, da v posebnem okviru oligopolnih trgov obravnava koncentracije, ki bistveno ovirajo učinkovito konkurenco, čeprav zadevnim podjetjem ne omogočajo, da bi ustvarila ali okrepila individualni ali kolektivni prevladujoči položaj.
- 88 Na drugem mestu je bil namen člena 2(3) Uredbe št. 139/2004 ohraniti in celo okrepiti pojem prevladujočega položaja s priznanjem vloge, ki jo ima ta pojem v sistemu, ki se je v Uniji izoblikoval s konkurenčnim pravom, kot ga razlaga sodišče Unije in ki je organom omogočiti ukrepanje v okoliščinah, v katerih velja svoboda gospodarske pobude, kadar se srečajo s koncentracijami, ki bi, če bi bile izvedene, enemu ali več akterjem omogočile določanje pogojev konkurence in popolno ali delno izgubo konkurence na zadevnem trgu, ne da bi se pri tem bali odziva konkurentov in potrošnikov.
- 89 Na tretjem mestu je namen te določbe okrepiti pravno varnost ter povečati preglednost in predvidljivost analize koncentracij, ki jo opravi Komisija.
- 90 Da bi se upoštevali ti elementi, je treba člen 2(3) Uredbe št. 139/2004 razlagati tako, da Komisiji omogoča, da lahko v nekaterih okoliščinah na oligopolnih trgih prepove koncentracije, ki – čeprav se zaradi njih ne ustvari ali krepí individualni ali kolektivni prevladujoči položaj – lahko vplivajo na pogoje konkurence na trgu v obsegu, primerljivem s tistim, ki ga je mogoče pripisati takim položajem, saj združeni subjekt s tem pridobi tako moč, da lahko sam določa parametre konkurence in zlasti določa cene, namesto da bi jih sprejemal.
- 91 Ker pa zakonodajalec Unije pogojev in omejitev take razširitve področja uporabe Uredbe št. 139/2004 ni pojasnil, jo je treba razložiti ob upoštevanju njenih ciljev.
- 92 Člen 3(3) PEU določa, da Unija vzpostavi notranji trg, ki v skladu s Protokolom (št. 27) o notranjem trgu in konkurenci, priloženim Lizbonski pogodbi (UL 2010, C 83, str. 309), ki ima v skladu s členom 51 PEU enako veljavnost kot Pogodbi, vključuje sistem, s katerim se preprečuje izkrivljanje konkurence.
- 93 Uredba št. 139/2004 torej spada, tako kot člena 101 in 102 PDEU, med pravila o konkurenci, ki so – kot tista iz člena 3(1)(b) PDEU – nujna za delovanje navedenega notranjega trga. Cilj teh pravil je namreč ravno preprečiti izkrivljanje konkurence v škodo splošnega interesa, posameznih podjetij in potrošnikov ter tako prispevati k zagotavljanju blaginje v Uniji (glej po analogiji sodbi

z dne 17. februarja 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, točke od 20 do 22, in z dne 12. decembra 2018, Servier in drugi/Komisija, T-691/14, v pritožbenem postopku, EU:T:2018:922, točka 238).

- 94 Natančneje, v skladu z zdaj ustaljeno sodno prakso je namen Uredbe št. 139/2004 zlasti zagotoviti, da reorganizacija podjetij ne povzroča trajne škode konkurenci. V skladu z uvodnimi izjavami 5, 6 in 8 Uredbe št. 139/2004 mora pravo Unije vsebovati določbe, ki veljajo za tiste koncentracije, ki lahko bistveno ovirajo učinkovito konkurenco na notranjem trgu ali na njegovem znatnem delu, ter ki omogočajo učinkovit nadzor vseh koncentracij glede na njihov učinek na strukturo konkurence v Uniji (sodbi z dne 7. septembra 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, točka 21, in z dne 31. maja 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, točka 41).
- 95 Natančneje, ugotoviti je treba, da je v uvodni izjavi 25 Uredbe št. 139/2004 navedeno, da „lahko v nekaterih okoliščinah koncentracije, vključujoče odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami koncentracije, pa tudi zmanjšanje konkurenčnega pritiska na preostale konkurente, tudi kadar ne obstaja verjetnost usklajevanja med člani oligopola, bistveno ovirajo učinkovito konkurenco“.
- 96 Tako je treba člen 2(3) Uredbe št. 139/2004 razlagati ob upoštevanju njene uvodne izjave 25, v kateri sta navedena dva kumulativna pogoja za to, da lahko neusklajeni učinki koncentracije v nekaterih okoliščinah bistveno ovirajo učinkovito konkurenco: koncentracija mora vključevati na eni strani „odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami koncentracije“, in na drugi strani „zmanjšanje konkurenčnega pritiska na preostale konkurente“.
- 97 Iz tega sledi, da zgolj učinek zmanjšanja konkurenčnih pritiskov na preostale konkurente načeloma še ne zadostuje za to, da se dokaže bistveno oviranje učinkovite konkurence v okviru teorije škode, ki temelji na neusklajenih učinkih.
- 98 Zlasti ob upoštevanju teh preudarkov je treba pojasniti, da se je Komisija v izpodbijanem sklepu oprla na pojme „neusklajeni učinki“, „bližina konkurence“, „zmanjšanje konkurenčnih pritiskov na preostale konkurente“ in „pomembno gonila konkurence“, ki niso vključeni v člen 2(3) Uredbe št. 139/2004, temveč zgolj v uvodno izjavo 25 te uredbe in v Smernice.
- 99 V zvezi s tem iz sodne prakse izhaja, da so za Komisijo smernice in obvestila, ki jih sprejme na področju nadzora koncentracij, če ne odstopajo od standardov, ki jih določata Pogodba in Uredba št. 139/2004, zavezujoči (glej sodbo z dne 7. junija 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Komisija, T-405/08, neobjavljena, EU:T:2013:306, točka 58 in navedena sodna praksa).
- 100 Poleg tega, čeprav sta praksa, ki jo je Komisija upoštevala v svojih prejšnjih sklepih, in vsebina smernic lahko koristna oporna točka in bi nedvomno lahko bili zanimivi v obravnavani zadevi, Splošno sodišče analize ne more opraviti zgolj na njuni podlagi. Smernice Komisije in njena predhodna praksa namreč nikakor ne morejo zavezovati sodišča Unije, ki je v skladu s členom 19 PEU edino pristojno za razlago prava Unije, saj je v teh smernicah zlasti zgolj opisano, kako Komisija kot upravni organ razlaga upošteveno zakonodajo in kot organ Unije, pristojen za konkurenco, zlasti z ekonomskega vidika uporablja Uredbo št. 139/2004 (glej v tem smislu sodbe z dne 7. marca 2002, Italija/Komisija, C-310/99, EU:C:2002:143, točka 52; z dne 1. oktobra 2015, Electrabel in Dunamenti Erőmű/Komisija, C-357/14 P, EU:C:2015:642, točka 68, in z dne 13. decembra 2017, Crédit mutuel Arkéa/ECB, T-712/15, EU:T:2017:900, točka 75).

- 101 Vendar ti preudarki Splošnemu sodišču še ne preprečujejo, da v okviru svoje naloge razlage prava Unije uporabi ekonomske ali pravne usmeritve in presoje iz prakse odločanja Komisije ali njenih smernic, kot da bi bile njegove.
- 102 Kot poudarja Komisija v točki 24 Smernic, ki se nanaša na neusklajene učinke, lahko koncentracija bistveno ovira učinkovito konkurenco na trgu s tem, da se z njo odpravi znaten konkurenčni pritisk na enega ali več prodajalcev, katerih tržna moč se posledično poveča. Najbolj neposredni učinek koncentracije je izguba konkurence med podjetji, ki se združujejo. Če bi na primer pred združitvijo eno od podjetij, ki se združuje, dvignilo svoje cene, bi izgubilo del prodaje v korist drugega podjetja, ki se združuje. Z združitvijo se ta posebna omejitev odpravi.
- 103 Tudi podjetja na istem trgu, ki se ne združujejo, naj bi lahko imela korist od združitve zaradi zmanjšanja konkurenčnega pritiska, ki je posledica združitve, ker lahko povečanje cen pri podjetjih, ki se združujejo, preusmeri del povpraševanja h konkurenčnim podjetjem, ki ugotovijo, da se jim splača povišati svoje cene. Zmanjšanje tega konkurenčnega pritiska naj bi lahko privedlo do bistvenih zvišanj cen naupoštevem trgu.
- 104 Kot Komisija poudarja v točki 28 Smernic, ki se nanaša na primer, ko sta udeleženca združitve „bližnja konkurenta“, je dejstvo, da je bila tekmovalnost med strankami pomemben vir konkurence na trgu, osrednji dejavnik pri tej analizi.
- 105 Ob upoštevanju te razlage člena 2(3) Uredbe št. 139/2004 bo treba zaporedoma preučiti prvi, tretji in četrti tožbeni razlog tožeče stranke, ki se nanašajo na tri teorije škode, ki jih je Komisija razvila v izpodbijanem sklepu.

3. Dokazno breme in dokazni standard na področju koncentracij

- 106 Pred in med obravnavo so bile stranke pozvane, naj se izrečejo o tem, kdo nosi dokazno breme, in o dokaznem standardu pred Splošnim sodiščem na področju koncentracij in v obravnavani zadevi.
- 107 Splošno sodišče opozarja, da mora Komisija za razglasitev nezdružljivosti koncentracije z notranjim trgov v skladu s členom 2(3) Uredbe št. 139/2004 dokazati, da bi izvedba priglašene koncentracije bistveno ovirala učinkovito konkurenco na notranjem trgu ali njegovem znatnem delu, zlasti kot posledica ustvarjanja ali krepitve prevladujočega položaja (sodba z dne 6. julija 2010, Ryanair/Komisija, T-342/07, EU:T:2010:280, točka 26).
- 108 V okviru postopkov nadzora koncentracij je treba opozoriti, da analiza napovedi, ki je potrebna na tem področju, obsega preučitev, kako bi lahko taka koncentracija spremenila dejavnike, ki določajo stanje in strukturo konkurence na zadevnih trgih. Za to vrsto analize si je treba zamisliti različen niz razlogov in učinkov, da se ugotovi, kateri izmed njih je najbolj verjeten (glej v tem smislu sodbo z dne 16. januarja 2019, Komisija/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, točka 32).
- 109 Kot je upravičeno poudarila tožeča stranka, se dokazni standard, ki se uporablja za to, da se dokaže obstoj neusklajenih učinkov na oligopolnem trgu, ne razlikuje bistveno od dokaznega standarda, ki se uporablja pri dokazovanju usklajenih učinkov. Če to ne bi držalo, bi lahko Komisija dejstva opredelila tako, da bi izkoristila najugodnejšo ureditev dokazovanja pred Splošnim sodiščem.

- 110 Opozoriti je treba, da je kompleksnost, ki je lastna eni ali več teorijam škode, navedenih v podporo eni ali več bistvenim oviram za učinkovito konkurenco, ki se zatrjujejo v zvezi s koncentracijo, dejavnik, ki ga je treba upoštevati pri presoji verjetnosti različnih posledic te koncentracije, da bi se opredelila tista, ki je najverjetnejša, vendar ta kompleksnost ne vpliva na zahtevani dokazni standard (glej v tem smislu sodbo z dne 10. julija 2008, Bertelsmann in Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, točka 51).
- 111 Vendar bolj kot je analiza usmerjena v prihodnost, niza razlogov in učinkov pa komaj opazna, nezanesljiva in težko ugotovljiva, pomembnejša je kakovost dokazov, ki jih je predložila Komisija, da bi dokazala nujnost sprejetja sklepa, s katerim je koncentracija razglašena za nezdružljivo z notranjim trgov (glej v tem smislu sodbo z dne 15. februarja 2005, Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, točka 44). Drugače povedano, bolj kot je teorija škode v podporo bistvenemu oviranju učinkovite konkurence, ki naj bi ga povzročila koncentracija, kompleksna in negotova oziroma izhaja iz niza razlogov in učinkov, ki ga je težko dokazati, bolj zahtevno mora biti sodišče Unije pri konkretnem preizkusu dokazov, ki jih je v zvezi s tem predložila Komisija.
- 112 Iz sodne prakse prav tako izhaja, da je treba analizo napovedi iste vrste, kot so analize, potrebne pri nadzoru koncentracij, opraviti z veliko pozornostjo, ker ne gre niti za preučitev preteklih dogodkov, za katere je pogosto na voljo veliko dokaznih elementov, ki omogočajo razumevanje razlogov, niti za preučitev sedanjih dogodkov, temveč za napovedovanje dogodkov, ki se bodo, če ne bo sprejet noben sklep, ki bi prepovedoval ali določal pogoje za koncentracijo, bolj ali manj verjetno zgodili v prihodnosti (glej v tem smislu sodbo z dne 15. februarja 2005, Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, točka 42).
- 113 Ta analiza zahteva najprej presojo prihodnjega ravnanja, ki ga bodo po mnenju Komisije po koncentraciji izvajali združeni subjekt in drugi subjekti (glej v tem smislu sodbo z dne 14. decembra 2005, General Electric/Komisija, T-210/01, EU:T:2005:456, točka 464), na podlagi presoje ekonomskih posledic zadevne koncentracije, do katerih bo najverjetneje prišlo (glej v tem smislu sodbo z dne 10. julija 2008, Bertelsmann in Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, točka 51).
- 114 Splošno sodišče poleg tega opozarja, da lahko Komisija v skladu z ustaljeno sodno prakso razglasi koncentracijo za nezdružljivo z notranjim trgov le, če je bistveno oviranje učinkovite konkurence neposredna in takojšnja posledica koncentracije. Tako oviranje, ki bi izhajalo iz bodočih odločitev enote, ki se združuje, se lahko šteje za neposredno in takojšnjo posledico koncentracije, če je postalo to prihodnje ravnanje mogoče in ekonomsko smotno zaradi spremembe značilnosti in strukture trga, ki jo je povzročila koncentracija (glej sodbo z dne 11. decembra 2013, Cisco Systems in Messagenet/Komisija, T-79/12, EU:T:2013:635, točka 118 in navedena sodna praksa).
- 115 Ta ocena se nato dopolni s presojo – na podlagi analize napovedi za referenčni trg – ali bo to prihodnje ravnanje verjetno pripeljalo do položaja, v katerem je učinkovita konkurenca na zadevnem trgu bistveno ovirana (glej v tem smislu sodbo z dne 6. junija 2002, Airtours/Komisija, T-342/99, EU:T:2002:146, točka 59).
- 116 Torej mora Komisija glede na ekonomske posledice zadevne koncentracije, do katerih bo najverjetneje prišlo, v naslednjem koraku dokazati, da bi navedena koncentracija verjetno in bistveno ovirala učinkovito konkurenco na zadevnem trgu (glej v tem smislu sodbo z dne 14. decembra 2005, General Electric/Komisija, T-210/01, EU:T:2005:456, točka 364).

- 117 Ker je druga faza analize, ki jo mora opraviti Komisija, rezultat presoje, ki temelji na hipotezah, ni mogoče zahtevati predložitve dokaza o tem, da se bodo možnosti in teorije škode, upoštevani v okviru te presoje, neizogibno uresničili. Vendar pa morajo biti te možnosti in teorije škode z vidika analize vseh upoštevanih dejavnikov dovolj realistične in verodostojne ter torej ne zgolj teoretično mogoče.
- 118 Komisija mora v okviru analize bistvenega oviranja učinkovite konkurence, katerega obstoj naj bi bilo mogoče izpeljati iz vrste dokazov in indicov ter ki temelji na več teorijah škode, predložiti dovolj dokazov za to, da po izvedbi koncentracije obstaja resna verjetnost bistvenega oviranja. Zato je dokazni standard, ki se uporablja v obravnavani zadevi, strožji od tistega, v skladu s katerim je bistveno oviranje učinkovite konkurence „bolj verjetno kot ne“ na podlagi „tehtanja verjetnosti“, kot trdi Komisija. Nasprotno pa je manj strog od tistega, ki temelji na „neobstoju razumnega dvoma“ (glej v tem smislu sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzano v zadevi Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2004:318, točke od 72 do 77, in generalnega pravobranilca N. Jääskinena v zadevi Francija/Komisija, C-559/12 P, EU:C:2013:766, točki 34 in 35; glej, *a contrario*, sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Bertelsmann in Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2007:790, točke od 209 do 211).
- 119 Ob upoštevanju teh preudarkov je treba preučiti trditve, ki jih je tožeča stranka navedla v utemeljitev tožbe, in zlasti tri teorije škode, ki jih je razvila Komisija.

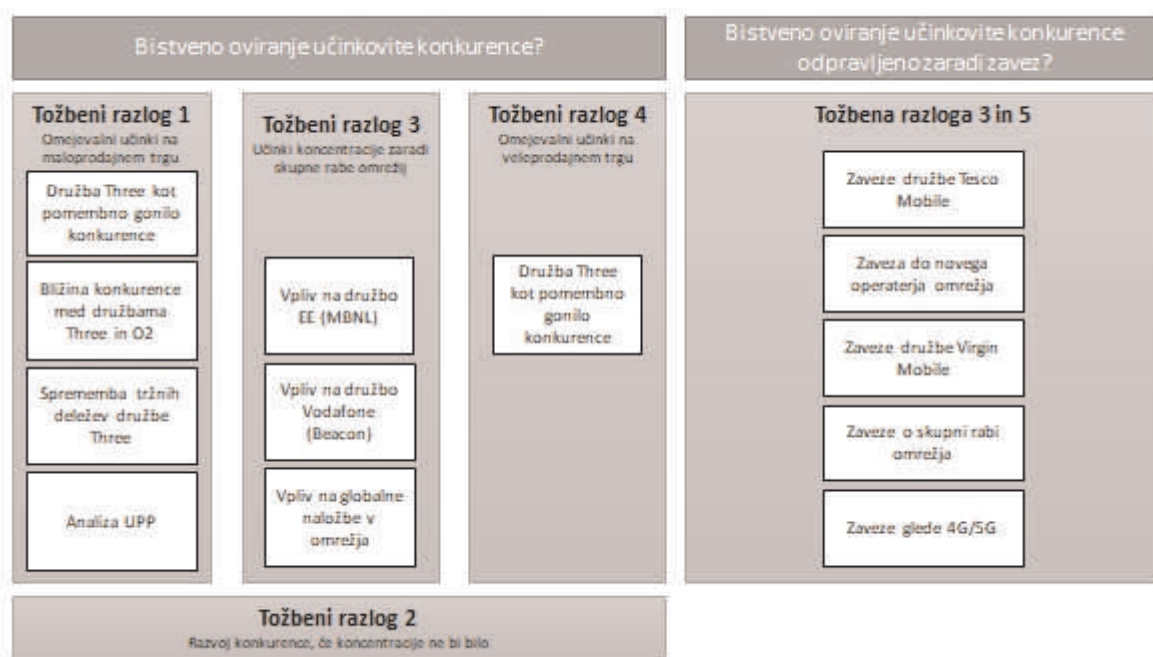
4. Obrazložitev

- 120 Splošno sodišče ugotavlja, da Komisiji v obrazložitvi sklepov, sprejetih na podlagi Uredbe št. 139/2004, ni treba sprejeti stališča glede vseh elementov in trditev, ki so bili navedeni pred njo, vključno s tistimi, ki so za presojo povsem drugotnega pomena, zaradi česar lahko razloči bistvena vprašanja od manj pomembnih.
- 121 Nasprotno pa mora jasno in jedrnato navesti odločilna dejstva ter pravne in ekonomske ugotovitve, kakor tudi tožbene razloge in dokaze, ki so bistveni v strukturi sklepa na področju koncentracij. Poleg tega mora biti obrazložitev logična in v njej zlasti ne sme biti notranjih protislovij (glej v tem smislu sodbo z dne 10. julija 2008, Bertelsmann in Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, točka 169).
- 122 Poleg tega iz ustaljene sodne prakse izhaja tudi, da Splošno sodišče z obveznostjo obrazložitve na podlagi člena 36, prvi stavek, in člena 53, prvi odstavek, Statuta Sodišča Evropske unije ni dolžno podati natančne obrazložitve, ki bi izčrpno in posamično sledila vsem tožbenim razlogom in trditvam strank v sporu (glej sodbo z dne 21. julija 2011, Evropaïki Dynamiki/EMSA, C-252/10 P, neobjavljena, EU:C:2011:512, točka 46 in navedena sodna praksa).
- 123 Za zagotovitev ekonomičnosti postopka in zaradi upoštevanja načela učinkovitega izvajanja sodne oblasti lahko namreč sodišče Unije o tožbi odloči, ne da bi se moralo nujno izreči o vseh tožbenih razlogih in trditvah, ki so jih navedle stranke.

B. Povzetek tožbenih razlogov in strukture tožbe

- 124 Tožeča stranka v tožbi navaja pet tožbenih razlogov. Pri tem zaporedoma izpodbija vse tri teorije škode, podane v izpodbijanem sklepu, in ugotovitve Komisije v zvezi z zavezami, ki jih je sprejela za odpravo težav, ki jih navaja ta institucija.

- 125 Prvi in četrti tožbeni razlog se nanašata na prvo oziroma tretjo teorijo škode, ki ju je razvila Komisija in se z njima zatrjuje odprava konkurence med družbama Three in O2 na maloprodajnem trgu (prvi tožbeni razlog) in veleprodajnem trgu (četrti tožbeni razlog). Drugi tožbeni razlog se nanaša na presojo, ki jo je Komisija opravila v zvezi s hipotetično možnostjo, na kateri naj bi temeljila presoja maloprodajnega in veleprodajnega trga. Tretji tožbeni razlog se nanaša na drugo teorijo škode v zvezi z maloprodajnim trgom, ki se nanaša na skupno rabo omrežja, in na zaveze glede skupne rabe omrežja. Peti tožbeni razlog se nanaša na preostale zaveze.
- 126 Povezava med strukturo izpodbijanega sklepa in strukturo tožbe je ponazorjena v spodnji preglednici, ki jo je predložila tožeča stranka.



- 127 Najprej je torej treba zaporedoma preučiti prvi, tretji in četrti tožbeni razlog tožeče stranke, ki se nanašajo na tri teorije škode, ki jih je razvila Komisija, nato pa še drugi in peti tožbeni razlog.

C. Prva teorija škode, ki se nanaša na neusklajene učinke na maloprodajnem trgu

1. Povzetek izpodbijanega sklepa

- 128 Komisija v okviru prve teorije škode – ob upoštevanju pomembnega konkurenčnega pritiska, ki ga izvajata družbi Three in O2, tesnosti njunega konkurenčnega razmerja, njunih tržnih deležev in spodbud za združeni subjekt, da zviša cene, pa tudi sposobnosti konkuriranja njegovih konkurentov – v točki 1226 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da „lahko koncentracija povzroči neusklajene protikonkurenčne učinke na maloprodajnem trgu“.

- 129 Natančneje, Komisija navaja, da sta družbi Three in O2 edina operaterja mobilnega omrežja v Združenem kraljestvu, katerih tržna deleža sta se v zadnjih letih nenehno povečevala (točke od 330 do 406 obrazložitve izpodbijanega sklepa), ter da tesno konkurirata med seboj in z drugimi operaterji mobilnih omrežij (točke od 407 do 463 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 130 Komisija v točkah od 468 do 681 obrazložitve izpodbijanega sklepa meni, da je bila družba Three pred koncentracijo „pomembno gonilo konkurence“ v smislu točke 37 Smernic oziroma da je vsekakor izvajala pomemben konkurenčni pritisk. Šlo naj bi namreč za najbolj agresiven in najbolj inovativen subjekt, ki je ponujal najkonkurenčnejše cene pri neposredni prodaji ter ki je 4G ponudil brez dodatnih stroškov in s tem konkurente prisilil, da opusti strategije prodaje 4G po višjih cenah.
- 131 Komisija v točkah od 682 do 776 obrazložitve izpodbijanega sklepa meni, da bi družba Three, če ne bi prišlo do koncentracije, verjetno še naprej izvajala pomemben konkurenčni pritisk, saj je bila finančno trdna in je bilo malo verjetno, da bi se soočala z omejitvami zmogljivosti, kot je pojasnjeno v Prilogi C k izpodbijanemu sklepu, ki je sestavni del navedenega sklepa.
- 132 Komisija podobno meni, da je družba O2 pred koncentracijo izvajala pomemben konkurenčni pritisk in da bi ga verjetno izvajala še naprej, če ne bi bilo koncentracije (točke od 778 do 872 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 133 S koncentracijo naj bi se odstranili konkurenčni pritiski, ki sta jih družbi Three in O2 izvajali druga na drugo in na druge operaterja mobilnih omrežij, kar naj bi močno oslabilo konkurenco na maloprodajnem trgu. Zlasti naj bi se zdelo verjetno, da bo združen subjekt zvišal cene (točke od 873 do 906 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 134 Komisija tako sklepa na podlagi kvantitativne presoje verjetnih cenovnih učinkov odprave konkurence na maloprodajnem trgu (točke od 1191 do 1225 obrazložitve izpodbijanega sklepa), ki je podrobno predstavljena v Prilogi A k izpodbijanemu sklepu, ki je sestavni del navedenega sklepa.
- 135 Komisija meni, da bo koncentracija najverjetneje negativno vplivala na konkurenčno sposobnost preostalih operaterjev mobilnega omrežja. Koncentracija naj bi namreč ogrozila dobro delovanje obstoječih sporazumov o skupni rabi omrežja. Komisija prav tako meni, da je zelo verjetno, da bosta družbi BT/EE in Vodafone glede na njuno zgodovino ter sedanjo strategijo in položaj sledili zviševanju cen združenega subjekta (točke od 907 do 960 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 136 Glede operaterjev brez lastnega mobilnega omrežja naj bi bila njihova konkurenčna in inovacijska sposobnost omejena (točke od 961 do 1148 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

2. Povzetek prvega tožbenega razloga in glavnih dokazov, predloženih v podporo prvi teoriji škode

- 137 Tožeča stranka s prvim tožbenim razlogom trdi, da je Komisija v izpodbijanem sklepu storila napake pri uporabi prava in očitne napake pri presoji ter bistvene kršitve postopka, prvič, pri razlagi merila „pomembnega gonila konkurence“ in njegovi uporabi za družbo Three (drugi del tožbenega razloga), drugič, v zvezi s tesnostjo konkurenčnega razmerja (tretji del), in tretjič, v zvezi s preučitvijo tržnih deležev (četrti del).

- 138 Poleg tega naj bi Komisija storila napake pri uporabi prava in očitne napake pri presoji ter naj bi izkrivila dokaze pri presoji kvantitativnih učinkov koncentracije na cene (peti del) in motivov novega subjekta po koncentraciji (šesti del). Nazadnje naj Komisija teh različnih dejavnikov ne bi preučila celovito (sedmi del).
- 139 Komisija je na obravnavi pojasnila, da prva teorija škode večinoma temelji na teh treh dokazih: dejstvu, da je družba Three pomembno gonilo konkurence, bližini konkurence med družbama Three in O2 ter kvantitativni analizi učinkov koncentracije na cene.
- 140 Splošno sodišče tako meni, da je treba v prvi fazi najprej preučiti četrti del tega tožbenega razloga, ki se nanaša na analizo tržnih deležev, in drugi del, ki se nanaša na opredelitev družbe Three kot pomembnega gonila konkurence, pri čemer se ta dela delno prekrivata, nato pa še tretji del, ki se nanaša na presajo bližine konkurence, in peti del, ki se nanaša na kvantitativne učinke koncentracije na cene. V drugi fazi bo treba po potrebi preučiti šesti in sedmi del tega tožbenega razloga.

a) Analiza tržnih deležev

- 141 Tožeča stranka v okviru četrtega dela prvega tožbenega razloga trdi, da je Komisija storila očitno napako pri presoji in napako pri uporabi prava, ker je menila, prvič, da bi imel novi subjekt po koncentraciji najpomembnejši tržni delež, in drugič, da je treba ta položaj obravnavati kot indic za zmanjšanje pomembnega konkurenčnega pritiska.
- 142 Tožeča stranka trdi, prvič, da bi bil tržni delež novega subjekta manjši od 50 %, drugič, da Komisija v svoji presoji tržnih deležev ni upoštevala drugih dejavnikov, kot je moč konkurenčnih družb Three in O2, in tretjič, da ni upoštevala učinkov odprodaje deleža družbe O2 v družbi Tesco Mobile, ki jo je tožeča stranka predlagala v okviru zavez, predloženih Komisiji.
- 143 Komisija te trditve izpodbija.
- 144 Najprej je treba opozoriti, da je v skladu z ustaljeno sodno prakso ustrezna opredelitev upoštevnega trga nujni predhodni pogoj za vsako presajo učinka koncentracije na konkurenco (sodbi z dne 31. marca 1998, Francija in drugi/Komisija, C-68/94 in C-30/95, EU:C:1998:148, točka 143, in z dne 7. junija 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Komisija, T-405/08, neobjavljena, EU:T:2013:306, točka 116).
- 145 Opredelitev upoštevni trgov je namreč bistvena faza nadzora nad koncentracijami, saj v prvi fazi omogoča opredelitev obsega, znotraj katerega se izvaja konkurenca med podjetji, v drugi fazi pa presajo njihove tržne moči.
- 146 Trg proizvodov, na katere se nanaša koncentracija, je treba za oceno dejanske gospodarske moči zadevnega(-ih) podjetja(-ij) opredeliti ob upoštevanju vseh ekonomskih okoliščin, v ta namen pa je najprej treba opredeliti proizvode, ki so, čeprav jih ni mogoče zamenjati z drugimi, dovolj medsebojno zamenljivi z lastnimi proizvodi podjetja, in to glede njihovih objektivnih značilnosti in pogojev konkurence ter tudi strukture ponudbe in povpraševanja na trgu (sodba z dne 6. junija 2002, Airtours/Komisija, T-342/99, EU:T:2002:146, točka 20).
- 147 Če je namreč bistveno oviranje učinkovite konkurence na splošno posledica ustvarjanja ali krepitve prevladujočega položaja, se lahko tržni deleži uporabijo kot indic za težave glede konkurence le, če je bil trg, na katerega se ti deleži nanašajo, predhodno pravilno opredeljen.

Enako velja za Herfindahl-Hirschmannov indeks (ki se uporablja za merjenje stopnje koncentracije na trgu) (v nadaljevanju: indeks HHI), na katerega se Komisija sklicuje v točkah od 398 do 405 obrazložitve izpodbijanega sklepa.

- 148 V obravnavani zadevi Splošno sodišče ugotavlja, da tožeča stranka ne izpodbija, da bi se zaradi koncentracije okrepil oligopolni trg na že tako močno koncentriranem trgu. Gre namreč za trg, na katerem si štirje akterji – ali trije, če se koncentracija uresniči – delijo 90 % trga. Koncentracija naj bi združenemu subjektu, ki bi vključeval družbi Three in O2, omogočila, da bi predstavljal [med 30 in 40 %] maloprodajnega trga in tako postal glavni akter pred družbama BT/EE in Vodafone, katerih tržna deleža znašata [med 30 in 40 %] oziroma [med 20 in 30 %].
- 149 Čeprav pa bi se lahko na podlagi take analize, ki temelji na bolj ali manj primerljivih tržnih deležih, ki ustvarjajo učinke simetrije, ugodne za poenostavitev tajnega dogovarjanja, lahko ugotovila krepitev koncentracije na oligopolnem trgu, pa se na njeni podlagi ne bi moglo ugotoviti, da bi taka koncentracija povzročila trajno škodo za konkurenco, ki bi lahko kot taka pomenila bistveno oviranje učinkovite konkurence v okviru teorije škode, ki temelji na neusklajenih učinkih.
- 150 Tako razlogovanje bi Komisiji v praksi omogočilo, da prepove kakršno koli horizontalno koncentracijo na oligopolnem trgu, saj bi bili merili, ki izhajata iz uporabe uvodne izjave 25 Uredbe št. 139/2004, torej merili odstranitve na eni strani pomembnega konkurenčnega pritiska, ki obstaja med strankami koncentracije, na drugi strani pa konkurenčnega pritiska na preostale konkurente, že po naravi stvari izpolnjeni.
- 151 Zato Komisija upravičeno navaja, da tržni deleži, preučeni v točkah od 330 do 406 obrazložitve izpodbijanega sklepa, predstavljajo le „prvi podatek“ konkurenčnega pomena strank koncentracije (glej točki 330 in 406 obrazložitve ter opombo 271 izpodbijanega sklepa). V točki 406 obrazložitve izpodbijanega sklepa navaja, da „sta velikost in spremembe tržnih deležev strank na upoštevem trgu in v segmentih, ki ga sestavljajo, prvi podatek o pomembnem konkurenčnem pritisku, ki ga izvajata družbi Three in O2“.
- 152 Komisija torej dejstva, da bi imel novi subjekt največji tržni delež – v nasprotju s trditvijo tožeče stranke – ni obravnavala kot indic za zmanjšanja pomembnega konkurenčnega pritiska, ampak je menila, da sta velikost in sprememba tržnih deležev družb Three in O2 prvi podatek o pomembnem konkurenčnem pritisku, ki ga izvajata ti družbi in ki bi bil s koncentracijo odstranjen.
- 153 Poleg tega z analizo tržnih deležev ni ugotovljeno nič drugega, kot to, da bi se zaradi koncentracije še povečala koncentriranost omejenega oligopola mobilnih komunikacij v Združenem kraljestvu, ne da bi ob tem povzročila protikonkurenčne učinke, primerljive s tistimi, ki bi lahko izhajali iz izoblikovanja ali okrepitve individualnega ali kolektivnega prevladujočega položaja.
- 154 Četrty del prvega tožbenega razloga je treba zato zavrni.

b) Opredelitev družbe Three kot „pomembnega gonila konkurence“

- 155 Kot je bilo navedeno v izpodbijanem sklepu, je bil eden od dejavnikov, na podlagi katerih je Komisija ugotovila, da bi koncentracija privedla do neusklajenih učinkov, dejstvo, da „je družba Three pomembno gonilo konkurence na maloprodajnem trgu [...] v smislu točke 37 Smernic oziroma da vsekakor izvaja pomemben konkurenčni pritisk na tem trgu, ki bi ga verjetno še naprej izvajala, če koncentracija ne bi bila uresničena“ (točka 777 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

156 V drugem delu prvega tožbenega razloga, ki se nanaša na napake pri opredelitvi družbe Three kot pomembnega gonila konkurence, tožeča stranka navaja tri očitke, ki se nanašajo na izkrivljanje pojma pomembnega gonila konkurence, stopnjo konkurenčnega pritiska, ki ga izvaja družba Three na maloprodajnem trgu, oziroma izkrivljanje pojma pomembnega konkurenčnega pritiska, pri čemer bi po njenem mnenju vsak od njih zadostoval za to, da se izpodbijani sklep razglasi za ničen.

1) Izkrivljanje pojma „pomembno gonilo konkurence“

157 Tožeča stranka meni, da je Komisija napačno uporabila pravo, ker je menila, da za ugotovitev, da je podjetje pomembno gonilo konkurence, zadostuje, da „stalno in neprekinjeno prispeva h konkurenčnemu procesu“, saj naj se pri tej razlagi pojma „pomembno gonilo konkurence“ ne bi razlikovalo med prispevkom h konkurenčnemu procesu vsakega konkurenta na oligopolnem trgu in posebno vlogo, ki jo ima pomembno gonilo konkurence v smislu točk 37 in 38 Smernic.

158 Trditev Komisije iz točke 326 obrazložitve izpodbijanega sklepa in odgovora na tožbo, da se „pomembnemu gonilu konkurence“ ni treba razlikovati od svojih konkurentov z vidika vpliva na konkurenco, naj bi pomenila napačno uporabo prava, zlasti ker naj bi lahko na podlagi tega stališča lahko kot pomembno gonilo konkurence opredelila vsako podjetje na oligopolnem trgu, kar bi privedlo do dejanske prepovedi horizontalnih koncentracij na oligopolnih trgih, kršeno pa bi bilo tudi načelo pravne varnosti.

159 Način, kako naj bi Komisija uporabila pojem „pomembno gonilo konkurence“, naj prav tako ne bi bil združljiv z načinom, kako ta pojem uporabljajo organi za varstvo konkurence v Združenem kraljestvu in ZDA, ter z načinom, kako se je ta pojem izoblikoval v pripravljanih dokumentih za Uredbo št. 139/2004, predhodnih sklepih in smernicah.

160 Komisija odgovarja, da je iz točke 37 Smernic razvidno, da v nasprotju s trditvijo tožeče stranke ni treba, da se podjetje za to, da je pomembno gonilo konkurence, od svojih konkurentov razlikuje z vidika vpliva na konkurenco, ampak je potrebno samo to, da ima pomembnejšo vlogo v konkurenci, kakor bi nakazovali njegovi tržni deleži.

161 Trditev tožeče stranke, da Komisija ni razlikovala med prispevkom vsakega udeleženca h konkurenčnemu procesu na oligopolnem trgu in posebno vlogo, ki jo ima pomembno gonilo konkurence, naj očitno ne bi bila utemeljena, saj – kot je razvidno iz točke 872 obrazložitve izpodbijanega sklepa – družbe O2 ni opredelila kot pomembno gonilo konkurence. Poleg tega bi imel lahko član oligopola zaradi precej obrambnega pristopa omejen vpliv na konkurenco.

162 Nazadnje, trditev tožeče stranke, da pristop Komisije med drugim očitno ni združljiv s pristopom organov za varstvo konkurence v Združenem kraljestvu in ZDA, naj ne bi bila upoštevna in utemeljena. Smernice naj bi se tako namenoma razlikovale od enakovrednih ameriških smernic. Poleg tega naj bi organ Združenega kraljestva za varstvo konkurence in trge podprl ugotovitve Komisije v zvezi s konkurenčnim pritiskom, ki ga izvaja družba Three, kar naj bi bilo razvidno iz točke 483 obrazložitve izpodbijanega sklepa.

163 Splošno sodišče ugotavlja – kot je bilo navedeno v točkah 100 in 101 zgoraj – da smernice Komisije in njena predhodna praksa odločanja sodišča Unije sicer ne morejo zavezovati, lahko pa Splošno sodišče, če je to potrebno, kot svoje uporabi ekonomske ali pravne usmeritve in presoje iz prakse odločanja Komisije ali njenih smernic.

- 164 Splošno sodišče poleg tega opozarja, da je Komisija v nekaterih zadevah (glej zadeve COMP/M.6203 – Western Digital Ireland/Viviti Technologies (2011), COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012), COMP/M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus (2014) (v nadaljevanju: nemška zadeva), COMP/M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefonica Ireland (2014) (v nadaljevanju: irska zadeva), COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015), COMP/M.7637 – Liberty Global/BASE Belgium (2016), COMP/M.7758 – Hutchinson 3G Italy/Wind/JV (2016)) eno ali dve stranki koncentracije opredelila kot „pomembno(-i) gonilo(-i) konkurence“, katerega odstranitev zaradi koncentracije – v povezavi z drugimi dejavniki (ovire za vstop, stopnja koncentracije trga, zvišanje cen, tesnost konkurenčnega razmerja med strankami koncentracije itd.) – bi lahko povzročila bistveno oviranje učinkovite konkurence, pri čemer je koncentracijo pogojno dovolila.
- 165 Glede trditve tožeče stranke, da način, kako naj bi Komisija uporabila pojem „pomembno gonilo konkurence“, ni združljiv z njenimi predhodnimi sklepi, je treba ugotoviti, da je stališče, ki ga zagovarja Komisija v izpodbijanem sklepu, v skladu s stališčem, ki ga je podala v nemški zadevi (točke od 120 do 122 obrazložitve; glej točko 164 zgoraj) ter zadevah COMP/M.7421 – Orange/Jazztel (2015) (točka 245 obrazložitve) in COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) (točki 265 in 283 obrazložitve).
- 166 Poleg tega je Komisija v zadevi COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange (2010) zlasti preučila, ali je mogoče eno ali drugo stranko te koncentracije obravnavati kot „posebno pomembnega konkurenta“ na trgu mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu, ki „še posebej omejuje“ druge udeležence na tem trgu. Komisija je v tem sklepu na podlagi analize bruto prirasta naročnikov ugotovila, da je mogoče družbo 3UK obravnavati kot „motilca na trgu“, saj je „ulovila“ več strank družb Orange in T-Mobile, kot bi bilo mogoče sklepati na podlagi njenega tržnega deleža. Poleg tega je v tem sklepu še menila, da je družba 3UK vodilna na trgu, kar zadeva cene in inovacije pri storitvah.
- 167 Komisija je v točki 380 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah ugotovila, da za to, da je podjetje pomembno gonilo konkurence, ni treba, da je „odpadniško podjetje“ na trgu. Natančneje, menila je, da mora tako podjetje bistveno in stalno prispevati h konkurenčnemu procesu na trgu na podlagi parametrov, kot so cena, kakovost, izbira in inovacije. Koncentracija, ki bi vključevala podjetje, ki je pred kratkim vstopilo na trg in za katero bi bilo mogoče predpostaviti, da izvaja pomemben konkurenčni pritisk na trgu, bi bila po mnenju Komisije le primer položaja, ko bi se lahko pojavili pomembni neusklajeni protikonkurenčni učinki.
- 168 Splošno sodišče opozarja, da je tožeča stranka – kot je razvidno iz točke 318 obrazložitve izpodbijanega sklepa – med upravnim postopkom že trdila, da se mora podjetje, da ga je mogoče opredeliti kot „pomembno gonilo konkurence“, od svojih konkurentov razlikovati po svojem vplivu na konkurenco, in sicer tako, da ima edinstveno vlogo na trgu, ki mu omogoča izvajanje močnih in nesorazmernih pritiskov na druge udeležence v primerjavi z njegovimi tržnimi deleži, kar je nujno potrebno za ohranjanje učinkovite konkurence.
- 169 Komisija je v točki 326 obrazložitve izpodbijanega sklepa na to trditev odgovorila, da ni treba, da se „pomembno gonilo konkurence“ od svojih konkurentov razlikuje po vplivu na konkurenco. Po njenem mnenju to, da je v svoji predhodni praksi odločanja menila, da so bila nekatera podjetja edinstvena zaradi svoje „agresivnosti“ na trgu in da so svojo navzočnost na tem trgu povečala hitreje kot kateri koli drugi konkurent, zato so bila pomembna gonila konkurence, še ne pomeni, da obstaja ena sama opredelitev pojma „pomembno gonilo konkurence“.

- 170 Po drugi strani pa je Komisija v odgovoru na tožbo priznala, da mora „pomembno gonilo konkurence“ imeti pomembnejšo vlogo, kot bi to izhajalo iz njegovih tržnih deležev, izvajati še posebej agresivno konkurenco in prisiliti preostale konkurente, da ravnajo enako.
- 171 Iz izpodbijanega sklepa je razvidno, da Komisija – glede odstranitve „pomembnega gonila konkurence“ – meni, da bi že zmanjšanje konkurenčnega pritiska, do katerega bi prišlo zlasti zaradi izginotja podjetja s pomembnejšo vlogo, kot so njegovi tržni deleži, samo po sebi zadostovalo kot dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence.
- 172 Vendar bi se s tako razlago pojma „pomembno gonilo konkurence“, izoblikovano v izpodbijanem sklepu, če bi se obravnavala kot samostojno pravno merilo, uvedel dodaten in alternativen pojem pojmu „pomemben konkurenčni pritisk“ iz uvodne izjave 25 Uredbe št. 139/2004. S tem bi se znižal dokazni standard, ki se zahteva za dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence, glede na to, ali bi Komisija predvidljive učinke koncentracije opredelila kot „neusklajene učinke“ ali „usklajene učinke“.
- 173 Pristop, ki ga je Komisija uporabila v izpodbijanem sklepu, bi namreč v praksi privedel do mešanja treh pojmov, in sicer pojma „bistveno oviranje učinkovite konkurence“, ki je pravno merilo iz člena 2(3) Uredbe št. 139/2004, pojma „odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska“ iz uvodne izjave 25 iste uredbe in pojma odstranitve „pomembnega gonila konkurence“, uporabljenega v izpodbijanem sklepu in izpeljanega iz Smernic. Komisija z mešanjem teh pojmov precej razširja področje uporabe člena 2(3) Uredbe št. 139/2004, saj bi bila tako vsakršna odstranitev pomembnega gonila konkurence enakovredna odstranitvi pomembnega konkurenčnega pritiska, ta pa bi upravičevala ugotovitev obstoja bistvenega oviranja učinkovite konkurence.
- 174 Komisija v točki 326 obrazložitve izpodbijanega sklepa je torej napačno uporabila pravo in storila napako pri presoji, ko je ugotovila, da ni treba, da se „pomembno gonilo konkurence“ od svojih konkurentov razlikuje po vplivu na konkurenco, zlasti zato, ker bi lahko na podlagi takega stališča kot „pomembno gonilo konkurence“ opredelila vsako podjetje na oligopolnem trgu, ki izvaja konkurenčni pritisk.
- 175 Kot je upravičeno poudarila tožeča stranka, bi Komisiji lahko že samo zaradi tega dejstva prepovedala horizontalne koncentracije na takih trgih, s čimer bi bilo kršeno načelo pravne varnosti, saj Komisiji tako ne bi bilo treba analizirati morebitne odstranitve pomembnega konkurenčnega pritiska, ki obstaja med strankami koncentracije, ampak bi namesto tega uporabila teorijo škode, ki bi temeljila zgolj na zmanjšanju konkurenčnega pritiska na preostale konkurente.
- 176 Očitek glede izkrivljanja pojma „pomembno gonilo konkurence“ je torej utemeljen.

2) Stopnja konkurenčnega pritiska družbe Three na maloprodajnem trgu

- 177 Ugotovitev Komisije iz izpodbijanega sklepa, da je družba Three „pomembno gonilo konkurence“ ali da vsekakor izvaja pomemben konkurenčni pritisk na tem trgu, temelji na teh elementih: prvič, bruto prirastu naročnikov, večjem od njenega tržnega deleža (točka 481 obrazložitve), drugič, razvoju njenega tržnega deleža in bazena strank (točke od 475 do 480 obrazložitve), tretjič, njenih cenovnih politikah (točke od 578 do 633 obrazložitve), četrtič, njenih prispevkih k inovacijam in konkurenci (točke od 485 do 577 obrazložitve), in petič, kakovosti njenega omrežja, njenih storitvah strankam in zvestobi njenih strank (točke od 653 do 680 obrazložitve).

178 Tožeča stranka meni, da je Komisija pri presoji prvih štirih dejavnikov storila očitne napake pri presoji.

i) Bruto prirast naročnikov

179 Komisija se je pri ugotovitvi, da je družba Three „pomembno gonilo konkurence“ ali da vsekakor izvaja pomemben konkurenčni pritisk na maloprodajnem trgu, oprla zlasti na to, da naj bi bil njen bruto prirast naročnikov večji od njenega tržnega deleža (točke od 481 do 484 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

180 Tožeča stranka meni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker je v točki 397 obrazložitve izpodbijanega sklepa menila, da je bruto prirast naročnikov (torej delež novopridobljenih strank) družbe Three „prvo znamenje, da družba Three na maloprodajnem trgu izvaja pomembnejši konkurenčni pritisk, kot to izhaja iz njenega tržnega deleža“, čeprav naj bi bil bruto delež novih naročnikov družbe Three, to je [med 10 in 20 %] (glede na izračune, ki sta jih uporabili družba Three oziroma Komisija), prvič, z vidika absolutne vrednosti zelo majhen, in drugič, primerljiv z njenim deležem naročnikov, ki znaša [med 10 in 20 %], ali celo manjši od njega.

181 Komisija v obravnavani zadevi v točki 388 obrazložitve izpodbijanega sklepa navaja, da je po njenih izračunih bruto delež novih naročnikov družbe Three večji od njenega tržnega deleža.

182 Vendar Komisija v točkah 65 in 74 odgovora na tožbo priznava, da bruto deleži novih strank družbe Three za leto 2014 in prvo polletje 2015 – na podlagi rekonstrukcije tržnih deležev in bruto deležev novih strank – zgolj nekoliko presegajo njene tržne deleže za isto obdobje. Drugače povedano, med bruto deleži novih strank družbe Three in njenimi tržnimi deleži naj ne bi bilo bistvene razlike.

183 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da bruto deleži novih strank družbe Three ne kažejo na to, da ima v konkurenci pomembnejšo vlogo, kakor bi nakazovali njeni tržni deleži. Na podlagi za Komisijo najugodnejše predpostavke, po kateri je podjetje beležilo nenehno rast, bi bruto prirast naročnikov, značilen za njegovo dejavnost, znašal [med 10 in 20 %]. Prvič, tak znesek je v primerjavi s tržnimi deleži, opisanimi v točkah 335 in 343 obrazložitve izpodbijanega sklepa, zelo majhen. Drugič, tak prirast je treba obravnavati kot zelo omejen, če se primerja s številkami v zvezi z novimi naročniki podjetij, ki jih je Komisija v svoji predhodni praksi odločanja opredelila kot „pomembna gonila konkurence“, in sicer v zadevah M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006) in COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) ter v nemški in irski zadevi (glej točko 164 zgoraj).

184 Komisija se je v odgovor na vprašanje, ki ga je Splošno sodišče postavilo na obravnavi v zvezi s pomenom, ki ga je treba kot dokaznemu sredstvu za obstoj bistvenega oviranja učinkovite konkurence pripisati bruto prirastu naročnikov, ki bi bil [med 0 in 5 %] večji od tržnih deležev, navedla le, da je ta prirast zgolj eden od indecev med drugimi, ki jih je uporabila za celovito presajo več dejavnikov v podporo svojim ugotovitvam iz izpodbijanega sklepa.

185 Natančneje, Komisija je trdila, da dejstvo, da ima operater, kot je družba Three, bruto delež novih strank, ki je lahko celo omejen v primerjavi z njegovim tržnim deležem, še vedno zadostuje za to, da se opredeli kot „pomembno gonilo konkurence“, če se upošteva dejstvo, da se je isti operater na upoštevnem trgu ves čas razvijal. Po mnenju Komisije je namreč dejstvo, da je družba Three v letih

pred sprejetjem izpodbijanega sklepa beležila zelo veliko rast bruto deleža novih naročnikov, zadosten podatek, na podlagi katerega naj bi bilo mogoče dokazati, da je ta družba konkurentka, ki izvaja konkurenčni pritisk na maloprodajnem trgu.

- 186 Vendar je treba ugotoviti, da se – v primerjavi s tržnimi deleži, opisanimi v točkah 335 in 343 obrazložitve izpodbijanega sklepa – bruto prirast naročnikov, ki bi ga bilo mogoče v skladu s hipotezo, ki bi bila za trditev Komisije najugodnejša, če bi bila rast največja, količinsko opredeliti na približno [med 10 in 20 %], zdi zelo majhen in ni primerljiv s številkami v zvezi z novimi naročniki podjetij, ki jih je Komisija opredelila kot „pomembna gonila konkurence“ v svoji predhodni praksi odločanja, torej v zadevah M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.ring (2006) in COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria (2012) ter v nemški in irski zadevi (glej točko 164 zgoraj).
- 187 Poleg tega je tožeča stranka v pisnem delu postopka in na obravnavi trdila – Komisija pa ji v zvezi s tem ni nasprotovala – da je bruto delež novih naročnikov drugih podjetij, ki naj bi jih Komisija prav tako opredelila kot „pomembna gonila konkurence“ v okviru koncentracij, zaradi katerih se je število konkurentov v sektorju mobilnih komunikacij zmanjšalo s štiri na tri, znašal med 21 in 50 %, kar za družbo Three očitno ne drži.
- 188 Iz tega izhaja, da Komisija v okviru teorije škode, ki temelji na neusklajenih učinkih, iz bruto prirasta naročnikov družbe Three vsekakor ni mogla izpeljati, da je ta operater „pomembno gonilo konkurence“.
- 189 Iz tega sledi, da je bila pri ugotovitvi Komisije iz točke 397 obrazložitve izpodbijanega sklepa, to je, da je bruto prirast naročnikov družbe Three „prvo znamenje, da družba Three na maloprodajnem trgu izvaja pomembnejši konkurenčni pritisk, kot to izhaja iz njenih tržnih deležev“, storjena napaka pri presoji.
- 190 Trditve, ki se v bistvu nanašajo na napako pri presoji v zvezi z bruto prirastom naročnikov družbe Three, so torej utemeljene.

ii) Rast naročnikov družbe Three

- 191 Tožeča stranka meni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker je v točki 474 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da razvoj tržnega deleža družbe Three kaže na to, da je ta družba „pomembno gonilo konkurence“. Podatki, navedeni v točkah 335, 343, 475 in 477 obrazložitve izpodbijanega sklepa, naj bi namreč dokazovali, da je rast družbe Three izjemno počasna.
- 192 Komisija trdi, da tržni delež družbe Three, kar se tiče naročnikov in prometa, ves čas narašča. Enoodstotno letno rast družbe Three kot ponudnika med letoma 2013 in 2014 naj bi bilo treba umestiti v okvir trga, na katerem noben drug akter – z izjemo družbe O2 – ni mogel doseči take stopnje rasti, kot je to ponazorjeno v točkah 343 in 346 obrazložitve izpodbijanega sklepa. Poleg tega naj bi – v nasprotju s trditvijo tožeče stranke – stranke družbe Three nenehno beležile [zaupno]¹ na trgu med letoma 2010 in 2014, pri čemer naj bi se skupno število naročnikov družb Three, O2 in Vodafone povečalo za [zaupno], število naročnikov družbe BT/EE pa naj bi se zmanjšalo za skoraj [zaupno] (točka 477 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

¹ Prikriti zaupni podatki.

- 193 Splošno sodišče ugotavlja, da podatki iz točk 335, 343, 346 in 477 obrazložitve izpodbijanega sklepa kažejo na to, da je družba Three dosegala večjo rast kot njeni konkurenti. V zvezi s tem je Komisija trdila, da je Splošno sodišče v sodbi z dne 14. decembra 2005, *General Electric/Komisija* (T-210/01, EU:T:2005:456), razsodilo, da je stalna rast tržnih deležev prepričljiv dejavnik konkurenčnega pritiska nekega subjekta.
- 194 Ugotoviti je treba, da krepitev tržnih deležev v več zaporednih letih dejansko lahko kaže na konkurenčno moč. Vendar je treba obravnavano zadevo razlikovati od ugotovitev, do katerih je prišlo Splošno sodišče v sodbi z dne 14. decembra 2005, *General Electric/Komisija* (T-210/01, EU:T:2005:456), v kateri je bila tožeča stranka daleč največji dobavitelj letalskih motorjev, pri čemer je imela najvišjo stopnjo rasti na trgu in je bila tako v prevladujočem položaju.
- 195 Tega razlogovanja za obravnavano zadevo namreč ni mogoče uporabiti, saj se ne nanaša na podjetje v prevladujočem položaju, ki je okrepilo svojo moč na trgu. Zgolj okoliščina, da je bruto delež novih naročnikov najmanjšega operaterja mobilnega omrežja na oligopolnem trgu, torej družbe Three, ki jo je Komisija v preteklosti (zadeva COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange) in v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah v tej zadevi opredelila kot „odpadniško podjetje“, v več zaporednih letih naraščal, še ni zadosten indic, na podlagi katerega bi se lahko sklepalo na moč tega operaterja na trgu ali na odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska, ki ga stranki koncentracije izvajata druga na drugo.
- 196 Poleg tega Splošno sodišče ugotavlja – kot je trdila tožeča stranka v tožbi in na obravnavi – da je iz diagramov št. 19 in št. 20 v izpodbijanem sklepu razvidno, da so tržni deleži družbe Three med letoma 2012 in 2014 stagnirali ali so se stabilizirali [med 5 in 10 %], in sicer tako z vidika naročnikov kot prihodkov. V skladu s temi diagrami je družba Three z vidika naročnikov v zadnjih letih beležila šibko rast.
- 197 Torej je bila tudi pri ugotovitvi Komisije iz točke 474 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v skladu s katero naj bi razvoj tržnega deleža družbe Three kazal na to, da je ta družba „pomembno gonilo konkurence“, storjena napaka pri presoji.
- 198 Trditve, ki se v bistvu nanašajo na napako pri presoji v zvezi z rastjo naročnikov družbe Three, so torej utemeljene.

iii) Cenovna politika družbe Three

- 199 Tožeča stranka trdi, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker je v točkah 578 in 579 obrazložitve izpodbijanega sklepa na podlagi „kvalitativne in kvantitativne analize cen“ menila, da je „družba Three s svojimi tarifami vedno izvajala pomemben konkurenčni pritisk na trgu“.
- 200 Analize tožeče stranke naj bi namreč kazale, da je družba Three zaračunavala nekoliko nižje cene, kot so jih zaračunavali drugi operaterji mobilnih omrežij pri neposredni prodaji, vendar hkrati precej višje od cen, ki so jih zaračunavali preostali operaterji mobilnih omrežij pri posredni prodaji in operaterji virtualnih mobilnih omrežij.
- 201 V zvezi s kvalitativno analizo cen, ki jo je opravila Komisija, naj se v njej ne bi upoštevali posredni distribucijski kanali, v njej opravljena presoja prodaje operaterjev virtualnih mobilnih omrežij pa naj bi bila zelo omejena.

- 202 Komisija v zvezi s svojo kvalitativno analizo cen trdi, da je v točkah od 1032 do 1079 obrazložitve izpodbijanega sklepa izrecno upoštevala tarifno postavko operaterjev virtualnih mobilnih omrežij in posrednih distributerjev ter njihovo omejeno zmožnost izravnave verjetnih učinkov koncentracije na cene.
- 203 Poleg tega naj bi kvantitativna analiza tožeče stranke, navedena v točki 604 obrazložitve izpodbijanega sklepa, potrjevala, da je bila družba Three med oktobrom 2014 in februarjem 2016 najcenejši operater mobilnega omrežja pri neposredni prodaji.
- 204 V zvezi s kvalitativno analizo cen, ki jo je izvedla Komisija in je navedena v točkah od 580 do 602 obrazložitve izpodbijanega sklepa, naj bi bilo iz nje razvidno, da je družba Three ponujala najkonkurenčnejše cene na trgu za določeno število pogodb v primerjavi s preostalimi operaterji mobilnih omrežij, pa tudi med najkonkurenčnejšimi na trgu za druge pogodbe.
- 205 Po navedbah tožeče stranke naj bi kvalitativne in kvantitativne analize iz njenega odgovora na obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah – pa tudi študija, ki jo je izvedla družba Hutchison – vse kazale, da so bile cene družbe Three povprečne ter da so nihale med tistimi, ki so jih zaračunavali drugi operaterji mobilnih omrežij pri neposredni prodaji, in tistimi, ki so jih zaračunavali operaterji virtualnih mobilnih omrežij pri posredni prodaji.
- 206 Natančneje, na podlagi kvantitativne analize strank, ki je temeljila na 80.000 cenah med letoma 2014 in 2016, naj bi se lahko ugotovilo, da je bila družba Three „povprečna“ konkurentka, ki je bila „nekoliko cenejša“ od drugih operaterjev mobilnih omrežij pri neposredni prodaji, vendar „precej dražja“ od preostalih operaterjev mobilnih omrežij pri posredni prodaji in od operaterjev virtualnih mobilnih omrežij. Poleg tega naj bi bila v izpodbijanem sklepu določitev nizkih cen izenačena z agresivno cenovno politiko, čeprav bi lahko bila ta zgolj odraz ponudbe nižje kakovosti ali manjše vrednosti znamke in torej ne bi imela pomembnih učinkov na konkurenco.
- 207 Po navedbah tožeče stranke naj bi ta izčrpna analiza vseh cen na trgu v zadevnem obdobju dokazovala, da je bila politika določanja tarif družbe Three v skladu s cenami na trgu. Nasprotno naj bi bilo v izpodbijanem sklepu napoteno na selektivne ali celo anekdotične cene v primerjavi z nekaterimi pavšali v nekaterih trenutkih, ne da bi bil pojasnjen razlog za ta izbor.
- 208 Komisija v zvezi s tem trdi, da se je njena analiza nanašala na najbolj reprezentativne mobilne telefone v Združenem kraljestvu. Po njenih navedbah se tarife, ki jih ponujajo operaterji, sicer med seboj razlikujejo (glede količin podatkov, minut pogovora itd.) in ne zajemajo vedno enakih pogojev, vendar zato niso nič manj primerljive.
- 209 Splošno sodišče v nasprotju s tem, kar trdi tožeča stranka, ugotavlja, da je Komisija v točkah 584, 589, 590, od 592 do 595 in 601 obrazložitve izpodbijanega sklepa upoštevala cene operaterjev brez lastnega mobilnega omrežja in posrednih distributerjev. Čeprav je Komisija v izpodbijanem sklepu tako upoštevala tarife operaterjev virtualnih mobilnih omrežij, je hkrati pojasnila, da je bilo določeno število tarif, zlasti tiste, ki sta jih zaračunavali družbi Tesco Mobile in Virgin Mobile, cenejših od tarif družbe Three.
- 210 Splošno sodišče poleg tega ugotavlja, da je Komisija v zadevi COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange menila, da „imajo na maloprodajnem trgu Združenega kraljestva operaterji ‚virtualnih‘ mobilnih omrežij pomembno vlogo [...] Operaterji ‚virtualnih‘ mobilnih omrežij ne le konkurirajo svojim operaterjem gostiteljem s cenami in storitvami strankam, ampak tudi spodbujajo konkurenco z uvajanjem inovativnih poslovnih modelov.“

- 211 Komisija je v točki 969 in naslednjih obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da so bili operaterji virtualnih mobilnih omrežij doslej nezmožni učinkovito omejiti konkurenčno ravnanje operaterjev mobilnih omrežij na maloprodajnem trgu.
- 212 Vendar iz tega ne izhaja, da je družba Three s svojo tarifno politiko izvajala pomemben konkurenčni pritisk.
- 213 Ne da bi namreč moralo Splošno sodišče zavzeti stališče o tem vprašanju, je treba ugotoviti, da zgolj dejstvo, da tarife družbe Three vključujejo storitve 4G brez dodatnih stroškov, še ne zadostuje kot dokaz, da je družba Three vodila posebej agresivno politiko.
- 214 Prav tako – kot upravičeno poudarja tožeča stranka – zgolj dejstvo, da je bila ponudba družbe Three za nekatere, ne pa vse segmente trga cenejša, nikakor ne zadostuje kot dokaz, da je ta družba „pomembno gonilo konkurence“, saj mora biti njena cenovna politika zmožna pomembno spremeniti konkurenčne dinamike.
- 215 V izpodbijanem sklepu je namreč v točkah od 588 do 590 obrazložitve v zvezi s cenami družbe Three navedeno le, da so „med najnižjimi [cenami] na trgu“ in „med najcenejšimi za segment podatkov nižjega razreda“. S tem opisom družbe Three še zdaleč ni dokazano, da lahko njena cenovna politika pomembno spremeni konkurenčne dinamike na trgu.
- 216 Trditve, ki se v bistvu nanašajo na napako pri presoji cenovne politike družbe Three, so torej utemeljene, saj Komisija v obravnavani zadevi ni pravno zadostno in s prepričljivimi dokazi dokazala, da je družba Three vodila posebej agresivno konkurenco glede cen in da je druge akterje na trgu silila, da so se ravnali po njenih cenah, ali da je njena cenovna politika lahko pomembno spremenila konkurenčne dinamike na trgu, v skladu z opredelitvijo pojma „pomembno gonilo konkurence“, na katerega je bili opozorjeno v točki 170 zgoraj in ki ga je tudi sama Komisija podrobno pojasnila v odgovoru na tožbo.

iv) Zgodovinska vloga, ki jo je družba Three odigrala na trgu

- 217 Tožeča stranka meni, da je dejansko stanje, navedeno v točkah od 497 do 575 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v zvezi z zgodovinsko vlogo, ki jo je odigrala družba Three na trgu, anekdotično in na njegovi podlagi ni mogoče uporabiti opredelitve za „pomembno gonilo konkurence“. Z dokazi, ki jih je predložila tožeča stranka, naj bi bil izkazan omejen vpliv pobud družbe Three, na katere je napoteno v izpodbijanem sklepu, na konkurenco.
- 218 Komisija odgovarja, da je zgodovinsko vlogo, ki jo je družba Three odigrala na trgu, mogoče upoštevati, saj naj bi kazala na to, da se je ta družba sposobna soočiti z izzivi konkurence, in naj bi omogočala napoved njenega ravnanja v prihodnje (točka 486 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Njene pobude naj bi pomembno pripomogle k njeni letni rasti. Dokazi iz spisa naj bi kazali, da je imela družba Three bistveno vlogo pri znižanju cen za 4G.
- 219 Splošno sodišče opozarja, da je Komisija v izpodbijanem sklepu predstavila način, kako je družba Three, ki je zadnja vstopila na maloprodajni trg, spremenila navade v sektorju, v zvezi z omejevanjem uporabe podatkov in višanjem cene podatkov, tako da je začela tržiti svoj „One Plan“ (glej točke od 497 do 522 obrazložitve, še zlasti točki 515 in 522) in brezplačno mednarodno gostovanje (*roaming*) (točke od 523 do 538 obrazložitve) ter ponudila 4G brez dodatnih stroškov, s čimer je konkurente prisilila, da so opustili svoje strategije prodaje 4G po višji ceni (točke od 539 do 572 obrazložitve, še zlasti točki 565 in 572).

- 220 Kot pa poudarja tožeča stranka, so poslovne pobude družbe Three, ki jih je Komisija preučila v točkah od 497 do 575 obrazložitve izpodbijanega sklepa, da bi tako dokazala močno konkurenčno ravnanje te družbe, zdaj že zgodovinske, saj jih je ta večinoma izpeljala še pred svojo glavno spremembo strategije konec leta 2013, ko se je ta družba s cenovne konkurence preusmerila na konkurenco na podlagi znamke.
- 221 Vendar je Komisija v prvi fazi v obvestilu o ugotovitvah o možnih kršitvah očitno potrdila svojo predhodno opredelitev družbe Three kot „odpadniškega podjetja“ na trgu mobilnih komunikacij v Združenem kraljestvu.
- 222 Komisija je namreč v točkah 1258 in 1357 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah menila, da bi družba Three po koncentraciji postala vodilno podjetje na trgu, ki bi imelo zgolj malo ali pa nobene spodbude za motenje kakršnega koli potencialnega usklajevanja. Po koncentraciji bi bila tako na trgu tri podjetja, ki ne bi motila usklajevanja, kar bi lahko povzročilo usklajene učinke na trgu, poskusi usklajevanja pred tem pa naj bi propadli zaradi motenja družbe Three.
- 223 Ker je Komisija teorijo škode, ki je temeljila na usklajenih učinkih, v izpodbijanem sklepu nato opustila, imajo trditve Komisije v zvezi z zgodovinsko vlogo družbe Three na trgu v celoviti analizi vrste dokazov v podporo prvi teoriji škode anekdotično dokazno vrednost.
- 224 Tudi če bi bile trditve Komisije v zvezi z zgodovinsko vlogo družbe Three pravilne –tožeča stranka jih očitno ne izpodbija– Komisija v izpodbijanem sklepu ni dokazala, da je bila ta zgodovinska vloga družbe Three reprezentativna za njeno cenovno politiko v času priglasitve koncentracije. Zdi se, da Komisija s svojim razlogovanjem napeljuje na to, da bo podjetje, ki je zgodovinsko odigralo vlogo motilca, enako vlogo nujno imelo tudi v prihodnje in svojega položaja na trgu ne bo moglo spremeniti s sprejetjem drugačne cenovne politike.
- 225 Trditve, ki se v bistvu nanašajo na napako pri presoji zgodovinske vloge, ki jo je družba Three odigrala na trgu, še zlasti na njeno dokazno moč v zvezi z bistvenim oviranjem učinkovite konkurence, so torej utemeljene.
- 226 Ob upoštevanju vsega navedenega je treba očitek v zvezi s stopnjo konkurenčnega pritiska družbe Three na maloprodajnem trgu sprejeti.

c) Presoja bližine konkurenčnega razmerja

- 227 Še en dejavnik, na podlagi katerega je Komisija ugotovila, da bo koncentracija privedla do neusklajenih učinkov, je to, da sta družbi Three in O2 „bližnji konkurentki na celotnem maloprodajnem trgu“ (točka 463 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Ta ugotovitev temelji na kvalitativni analizi koeficientov odklona na podlagi podatkov o prenosljivosti mobilnih števil (v nadaljevanju: PMŠ) in koeficientov odklona na podlagi študije, ki jo je izvedla Komisija.
- 228 S tretjim delom prvega tožbenega razloga tožeča stranka v bistvu trdi, da je Komisija storila napako, ker je menila, da so si štirje operaterji mobilnih omrežij na maloprodajnem trgu vsi blizu (točki 438 in 439 obrazložitve izpodbijanega sklepa), da ni upoštevala visoke stopnje zamenljivosti s ponudbami tretjih ponudnikov ter da je napačno menila, da sta družbi Three in O2 bližnji konkurentki, saj naj ne bi bili najbližji konkurentki. Komisija naj bi pri ugotovitvi o bližini konkurenčnega razmerja napačno uporabila pravo in storila očitno napako pri presoji, ker naj ne bi bila izvedena presoja stopnje bližine med strankama.

- 229 Komisija na prvem mestu trdi, da je izvedla presojo v zvezi z bližino med strankama (v skladu z načeli, na katera je bilo opozorjeno v točki 323 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in ugotovila, da sta družbi Three in O2 za veliko število sodelujočih v anketi o trgu konkurentki, ki sta druga drugi najbližje (točka 417 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Interni dokumenti strank (točke 418, 430 in 438 obrazložitve izpodbijanega sklepa), koeficienti odklona (točki 455 in 460 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in študija, ki jo je naročila Komisija (točka 461 obrazložitve izpodbijanega sklepa), naj bi kazali, da družbi Three in O2 vzdržujeta razmerje bližnje konkurence.
- 230 Komisija poleg tega trdi, da je iz dokazov v spisu izpeljala, da so vsi štirje operaterji mobilnih omrežij bližnji konkurenti na maloprodajnem trgu, kar pa naj ne bi nujno veljalo za vsak trg, sestavljen iz štirih akterjev, ali vsak oligopolni trg.
- 231 Komisija na drugem mestu trdi, da stopnja zamenljivosti s tretjimi podjetji sicer vpliva na odziv zadnjenavedenih na povišanja cen, ki jih zaračunava združeni subjekt, ne vpliva pa na odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska, ki obstaja med strankama koncentracije, kar je najneposrednejši učinek koncentracije na oligopolnem trgu, na podlagi katerega je mogoče to koncentracijo izmeriti.
- 232 Ker naj poleg tega ne bi bilo nujno, da sta stranki koncentracije najbližji konkurentki (točka 324 obrazložitve izpodbijanega sklepa), na podlagi dejstva, da so si drugi konkurenti prav tako bližnji ali celo bližji od njiju, še ni mogoče zavrnilo obstoja bistvenega oviranja učinkovite konkurence. Dokazi v zvezi z zamenljivostjo s proizvodi tretjih podjetij naj bi bili torej sekundarni v odnosu do dokazov v zvezi z zamenljivostjo med proizvodi strank koncentracije.
- 233 Komisija na tretjem mestu ne izpodbija, da na podlagi koeficientov odklona, ki temeljijo na podlagi podatkov PMŠ [zaupno]. Da pa bi bilo enostransko zvišanje cen za združeni subjekt dobičkonosno, naj ne bi bilo pomembno to, da so proizvodi strank koncentracije najbližji substituti (točki 324 in 1193 obrazložitve izpodbijanega sklepa), ampak to, da so te stranke bližnji konkurenti in da je bila tekmovalnost med njimi pomemben vir konkurence na trgu (točka 463 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 234 Splošno sodišče ugotavlja, da v Uredbi št. 139/2004 pojma „bližnji konkurent“ ni, ampak se najde le v Smernicah, v katerih je oddelek z naslovom „Podjetja, ki se združujejo, so bližnji konkurenti“.
- 235 Poleg tega mora za uporabo člena 2(3) Uredbe št. 139/2004 v povezavi z uvodno izjavo 25 navedene uredbe priti do odstranitve pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami koncentracije, kar je najneposrednejši enostranski učinek koncentracije na oligopolnem trgu, kot je pred Splošnim sodiščem upravičeno poudarila Komisija.
- 236 V zvezi s tem je Splošno sodišče „bližino konkurence“ že sprejelo kot ekonomsko dokazno sredstvo, in sicer v sodbah z dne 9. julija 2007, Sun Chemical Group in drugi/Komisija (T-282/06, EU:T:2007:203), in z dne 6. julija 2010, Ryanair/Komisija (T-342/07, EU:T:2010:280, točka 63 in naslednje).
- 237 Sodba z dne 6. julija 2010, Ryanair/Komisija (T-342/07, EU:T:2010:280), se je nanašala na uporabo pojma „najtesnejša [najbližja] konkurenta“ in na vprašanje, ali je lahko Komisija iz tega samodejno sklepala o obstoju in nato odstranitvi pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankama. Nasprotno pa je Splošno sodišče v sodbi z dne 9. julija 2007, Sun Chemical Group

in drugi/Komisija (T-282/06, EU:T:2007:203), sklenilo, da Komisiji ni mogoče očitati, da v izpodbijanem sklepu ni obravnavala bližine konkurenčnih odnosov med strankama koncentracije.

- 238 V skladu s točko 28 Smernic se ta bližina presoja glede na stopnjo zamenljivosti med proizvodi strank. V isti točki je tako pojasnjeno, da se „[p]roizvodi na upoštevem trgu [...] lahko razlikujejo tako, da so nekateri proizvodi bližji substituti kakor drugi. Višja ko je stopnja zamenljivosti med proizvodi podjetij, ki se združujejo, večja je verjetnost, da bodo podjetja, ki se združujejo, bistveno povišala cene [...] Za podjetja, ki se združujejo, je večja verjetnost, da bo spodbuda za dvig cen omejena, kadar konkurenčna podjetja proizvajajo bližnje substitute proizvodov podjetij, ki se združujejo, kakor takrat, ko ponujajo manj podobne substitute. Zato je manj verjetno, da bo združitev bistveno ovirala učinkovito konkurenco [...], kadar obstaja visoka stopnja zamenljivosti med proizvodi podjetij, ki se združujejo, in tistimi, ki jih ponujajo konkurenčni proizvajalci.“
- 239 Glede na okoliščine lahko namreč upoštevni proizvodni trg zajema bolj ali manj bližnje substitute, tako da se lahko intenzivnost konkurenčnih odnosov med proizvodi, ki pripadajo temu trgu, spreminja neodvisno od tržnih deležev. Torej so lahko neusklajeni učinki koncentracije bolj odvisni od bližine proizvodov strank koncentracije kot pa od tržnih deležev vsake od njih.
- 240 Prvič, v obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da je v skladu s točko 1366 obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah za referenčni trg na splošno značilna šibka stopnja razlikovanja med proizvodi. Na tem trgu naj bi operaterji poskušali preseči ta vidik s strategijami razlikovanja, katerih uspeh pa naj bi bil zgolj omejen.
- 241 Drugič, Splošno sodišče ugotavlja, da pojem „bližnji konkurent“ iz Smernic omogoča upoštevanje dejstva, da je tekmovalnost med strankami koncentracije pomemben vir konkurence na trgu in je torej lahko ključni dejavnik v analizi, kot je to razvidno iz točke 28 Smernic. Poleg tega je treba opozoriti, da mora za uporabo člena 2(3) Uredbe št. 139/2004 v povezavi z uvodno izjavo 25 navedene uredbe priti do odstranitve „pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankama koncentracije“, kar je najneposrednejši enostranski učinek koncentracije na oligopolnem trgu, kot je pred Splošnim sodiščem upravičeno poudarila Komisija.
- 242 Vendar namen večine primerov, navedenih v izpodbijanem sklepu, ni opredeliti stopnjo bližine med strankama ali pokazati, da je med njima pred tem obstajal pomemben konkurenčni pritisk, ampak je njihov namen zlasti pokazati, da sta družbi Three in O2 „bližnja konkurenta“, ne pa „posebej bližnja konkurenta“. Komisija torej očitno analizira bližino konkurence med družbama Three in O2 na eni strani ter preostala operaterja mobilnih omrežij na drugi strani. V točki 1183 obrazložitve izpodbijanega sklepa namreč ugotavlja, da so vsi štirje operaterji mobilnih omrežij – ne pa samo družbi Three in O2 – „bližnji konkurenti“.
- 243 Tretjič, podatki, na podlagi katerih je Komisija izračunala koeficiente odklona, uporabljene za analizo stopnje bližine med različnimi operaterji, izhajajo iz raziskave, ki jo je izvedla na sorazmerno omejenem vzorcu približno stotih uporabnikov. Poleg tega se rezultati te analize ne ujemajo z rezultati kvantitativne analize, predstavljene v Prilogi A k izpodbijanemu sklepu. Nasprotno pa koeficienti, ki jih je izračunala tožeča stranka, temeljijo na podatkih PMŠ in se nanašajo na 200.000 opazovanj.

- 244 Četrtrič, v skladu s številkami, ki jih je predložila tožeča stranka glede prenosa zasebnih strank družbe O2, [zaupno] s koeficientom odklona samo [zaupno], medtem ko ta koeficient družbe BT/EE znaša [zaupno], družbe Vodafone pa [zaupno]. Poleg tega so najbližji konkurenti družbe O2 [zaupno] v celoti [zaupno], ki predstavljajo [zaupno] prenosov družbe O2. To pomeni, da [zaupno].
- 245 Tožeča stranka je na obravnavi te številke prepričljivo podkrepila, ne da bi ji Komisija v zvezi s tem nasprotovala, kar potrjuje dejstvo, da družba Three ni bila posebej bližnja konkurentka družbe O2, da bi bila [zaupno] najbližja konkurentka družbe Three in [zaupno] najbližja konkurentka družbe Three, in sicer na precejšnji razdalji.
- 246 Komisija je poleg tega na obravnavi potrdila, da družba Three ni bila dejavna v segmentu poklicnih potrošnikov mobilne telefonije ter da družbi Three in O2 v tem segmentu torej nista bili konkurentki. Neobstoj bližine konkurence v tem segmentu trga potrujeta preglednica št. 35 iz izpodbijanega sklepa in še zlasti opomba št. 313 o stopnji koncentracije in indeksu HHI, ki v izpodbijanem sklepu nista bila navedena, saj Komisija ni naletela na strukturne težave v zvezi s tem segmentom trga.
- 247 Iz tega izhaja, da družbi Three in O2 na trgu mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu nista bili posebej bližnja operaterja mobilnih omrežij, čeprav so si na takem trgu vsi operaterji že po opredelitvi bolj ali manj blizu.
- 248 Še vedno na podlagi števil, ki jih je predložila tožeča stranka na obravnavi in ki jih Komisija ni izpodbijala, kar zadeva prenos strank družbe Three, [zaupno] strank, ki so zapustile družbo Three, torej skoraj [zaupno] kot družbo O2. Skupaj [zaupno] strank, ki zapustijo družbo Three, izbere drugega operaterja, ki ni družba O2.
- 249 Čeprav je sicer mogoče dokazati, da sta družbi Three in O2 sorazmerno bližnji konkurentki v delu segmentov koncentriranega trga, ki šteje štiri operaterje mobilnih omrežij, zgolj ta element v obravnavani zadevi ne zadostuje kot dokaz odstranitve pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankama koncentracije, in ne zadostuje kot dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence, razen če se že načelno ne prepove vsakršna koncentracija, pri kateri se število operaterjev zmanjša s štirih na tri.
- 250 Zato je treba tretji del prvega tožbenega razloga, ki se nanaša na šibko dokazno moč analize bližine konkurenčnega razmerja med družbama Three in O2 v obravnavani zadevi, sprejeti.

d) Presoja kvantitativnih učinkov koncentracije na cene

- 251 Komisija je na podlagi kvantitativne analize pričakovanega pritiska na zvišanje cen (*upward pricing pressure*) (v nadaljevanju: analiza UPP) v točki 1225 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da „lahko koncentracija združeni subjekt spodbudi k bistvenemu zvišanju cen“.
- 252 Tožeča stranka s petim delom prvega tožbenega razloga navaja dva očitka, ki se nanašata na analizo UPP. Najprej trdi, da ta analiza nima dokazne moči, ki ji jo priznava Komisija. Nato še trdi, da taka analiza v obravnavani zadevi nima nikakršne dokazne moči.

1) Dokazna moč analize UPP kot prvega „sito“

- 253 Na prvem mestu tožeča stranka meni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji dokazne moči analize UPP, ker jo je v točki 1191 obrazložitve izpodbijanega sklepa uporabila kot skladni dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence, namen analize UPP pa je zagotoviti prvo „sito“ za opredelitev, ali je treba koncentracijo poglobljeno preiskati, poleg tega pa se tudi izpodbija.
- 254 Komisija izpodbija te trditve.
- 255 Splošno sodišče uvodoma ugotavlja, da indici pritiska na zvišanje cen, ki temeljijo na koeficientih odklona in maržah strank koncentracije, kažejo na spodbude zadnjenavedenim, da po koncentraciji zvišajo cene. Uporabljajo se za presajo neusklajenih učinkov združitve, ki se običajno ugotovijo v primeru homogenih proizvodov.
- 256 Na splošno se priznava, da se lahko indici pritiska na zvišanje cen izkažejo kot koristni za filtriranje, saj organom za varstvo konkurence omogočajo presajo nujnosti bolj poglobljene preiskave, ne smemo pa jih obravnavati kot verodostojne napovedi zvišanja cen ali simulacij združitve.
- 257 Tožeča stranka torej upravičeno trdi, da je bila v konkretni zadevi analiza UPP izdelana zato, da se zagotovi prvo „sito“ za opredelitev, ali si koncentracija zasluži bolj poglobljeno preiskavo.
- 258 Vendar je treba ugotoviti – kot poudarja Komisija – da je njena kvantitativna analiza, ki temelji na analizi GUPPI (*gross upward pricing pressure index*, v slovenščini bruto pritisk na zvišanje cen), bolj dodelana od preproste analize UPP, saj je v njej mogoče upoštevati verjetni odziv konkurentov na enostransko zvišanje cen združenega subjekta, kot je to navedeno v točkah 253 in 254 obrazložitve Priloge A k izpodbijanemu sklepu.
- 259 Ta očitek torej ni utemeljen.

2) Analiza UPP v obravnavani zadevi

- 260 Na drugem mestu tožeča stranka meni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji tudi v zvezi z ugotovitvami, izpeljanimi iz analize UPP, saj naj bi ta predvidevala zvišanje cen v vseh horizontalnih koncentracijah in naj bi lahko dala koristne rezultate le, če bi bil določen prag, nad katerim bi bilo mogoče zvišanje cen, predvideno po koncentraciji, šteti za dovolj bistveno. Komisija naj v izpodbijanem sklepu ne bi upoštevala nobenega od teh elementov.
- 261 Rezultat analize UPP naj bi kljub njenim pomanjkljivostim kazal, da naj bi koncentracija povzročala le malo konkurenčnih pomislekov, zlasti v primerjavi z rezultati iz predhodnih zadev.
- 262 Glede trditve tožeče stranke, da naj bi bili učinki na cene, predvideni v kvantitativni analizi, manjši kot v predhodnih zadevah, Komisija navaja, da je nanjo odgovorila v točkah od 3056 do 3058 obrazložitve izpodbijanega sklepa, tako da je pokazala, da se učinki na cene v tem konkretnem primeru umeščajo med učinke, ki so bili določeni v irski in nemški zadevi (glej točko 164 zgoraj).
- 263 Komisija poleg tega meni, da dejstvo, da se s kvantitativno analizo, če ni povečanja učinkovitosti ali drugih izravnalnih kvalitativnih dejavnikov, vedno napove zvišanje cen, včasih tudi zelo majhno, ne preprečuje njene uporabe v okviru celovite presoje vrste dokazov v zvezi z verjetnostjo, da bo koncentracija povzročila bistveno oviranje učinkovite konkurence.

- 264 Prvič, Splošno sodišče ugotavlja, da Komisija priznava, da temelji njena kvantitativna analiza na omejenem številu ključnih podatkov, še zlasti koeficientih odklona in maržah, vendar hkrati trdi, da gre za bistvene tržne indice, kot je to pojasnjeno v točki 1195 obrazložitve izpodbijanega sklepa in točki 246 obrazložitve Priloge A k temu sklepu.
- 265 Zato se zdi, da je Komisija v izpodbijanem sklepu glede dokazne moči njene kvantitativne analize tudi sama nekoliko previdna.
- 266 Komisija namreč po eni strani po kvalitativni analizi, predstavljeni v točkah od 1175 do 1190 obrazložitve izpodbijanega sklepa, ugotavlja, da naj bi koncentracija povzročila odstranitev pomembnih konkurenčnih pritiskov na maloprodajnem trgu, ki bi „verjetno“ privedla do zvišanja cen. Ta kvalitativna analiza je dopolnjena s kvantitativno analizo, povzeto v točkah od 1191 do 1225 obrazložitve izpodbijanega sklepa in podrobno pojasnjeno v Prilogi A k navedenemu sklepu, iz katere je Komisija izpeljala enako ugotovitev.
- 267 Komisija po drugi strani v točki 250 obrazložitve Priloge A k izpodbijanemu sklepu v bistvu pojasnjuje, da dobljenega rezultata ne smemo obravnavati kot točno in natančno količinsko opredelitev zvišanja cen, do katerega bi lahko prišlo po koncentraciji, ampak prej kot „indic verjetnosti“, da bo do zvišanja prišlo.
- 268 To pomeni – kot izhaja iz samega izpodbijanega sklepa – da se kvantitativna analiza ne obravnava kot odločilen dokaz. Zato ta analiza ne more zadostovati kot dokaz v skladu z dokaznimi standardi, na katere je bilo opozorjeno v točki 118 zgoraj, za to, da bi odstranitev pomembnih konkurenčnih pritiskov, ki je pred tem obstajal med strankama, povzročila bistveno zvišanje cen in s tem bistveno oviranje učinkovite konkurence.
- 269 Drugič, tožeča stranka trdi, da je treba opredeliti prag, nad katerim se bo predvideno zvišanje cen obravnavalo kot dovolj pomembno.
- 270 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da Komisija v točki 252 obrazložitve Priloge A k izpodbijanemu sklepu priznava, da se bo z analizo UPP, če ni povečanja učinkovitosti, vedno napovedalo določeno zvišanje cen po horizontalni koncentraciji, ki povzroči izgubo konkurence med strankami koncentracije.
- 271 Vendar Komisija v točki 252 obrazložitve Priloge A k izpodbijanemu sklepu trdi, da se kvantitativna analiza v zvezi z zvišanji cen in dokazna moč, ki jo je taki analizi mogoče pripisati, od primera do primera razlikujeta.
- 272 Poleg tega naj bi bil obseg zvišanja cen le eden od upoštevnihih elementov celovite presoje, ki jo je izvedla Komisija, zlasti v primerih, kakršen je obravnavani, ko se bistvena škoda ugotovi v okviru ločenih teorij škode kot posledice izgube horizontalne konkurence med strankami koncentracije. Komisija pojasnjuje, da je iz tega razloga menila, da ni treba opredeliti praga, nad katerim bi bilo zvišanje cen, na katerega kaže posamezen dokaz, bistveno.
- 273 Vendar ta trditev Splošnega sodišča ne prepriča, saj naj bi v obravnavani zadevi po trditvah tožeče stranke – ki ji Komisija v zvezi s tem ne nasprotuje – predvideno zvišanje cen znašalo [zaupno], medtem ko predvideno zvišanje cen v višini 6,6 % v irski zadevi in 9,5 % v nemški zadevi Komisiji še ni preprečilo odobritve teh koncentracij ob upoštevanju določenih pogojev.

- 274 Tretjič, tudi če bi Komisija v izpodbijanem sklepu pravno zadostno dokazala, da bi lahko koncentracija združeni subjekt spodbudila k zvišanju cen in bi to zvišanje v izpodbijanem sklepu tudi količinsko opredelila, v obravnavani zadevi vsekakor ni dokazala, da bi bilo tako količinsko opredeljeno zvišanje cen bistveno.
- 275 Komisiji sicer res ni treba naložiti, da v zvezi z zvišanjem cen v okviru dokazovanja morebitnih protikonkurenčnih učinkov koncentracije sprejme pravilo „*de minimis*“ ali „varno območje“ („*safe harbour*“), vsekakor pa mora to zvišanje dokazati z zadostno stopnjo verjetnosti. Ko se odloči, da bo v ta namen uporabila kvantitativne analize, kot so tiste iz Priloge A k izpodbijanemu sklepu, mora upoštevati vse upoštevne dejavnike, ki lahko vplivajo na raven cen.
- 276 Ugotoviti je treba, da koncentracije na oligopolnem trgu zaradi pogojev konkurence, ki vladajo na takem trgu, skoraj samodejno povzročijo kratkoročno zvišanje cen zaradi odprave konkurenčnega razmerja med strankami koncentracije. Novi subjekt bo prisiljen znižati cene šele srednjeročno zaradi zunanje konkurence, ki jo bodo nanj izvajali udeleženci, ki so na trgu že prisotni, ali – glede na to, kako velike so ovire za vstop – novi udeleženci.
- 277 Prav tako bo kakršna koli koncentracija povzročila povečanje učinkovitosti, katerega obseg je prav tako odvisen od zunanjega konkurenčnega pritiska. To povečanje izhaja zlasti iz racionalizacije in integracije proizvodnih in distribucijskih procesov združenega subjekta. Ta bo namreč običajno odpravil dvojne ali odvečne strukture v proizvodni ali distribucijski verigi in prerazporedil zaposlene ali jih nekaj odpustil. Ta prizadevanja za racionalizacijo lahko glede na okoliščine privedejo do tega, da združeni subjekt zniža cene.
- 278 Vendar je treba ugotoviti, da Komisija v svojo kvantitativno analizo ni vključila tega standardnega povečanja učinkovitosti, saj je v točkah 1197 in 1223 obrazložitve izpodbijanega sklepa menila, da bi morala njegov obstoj dokazati stranka priglasiteljica, pri čemer je v zvezi s tem napotila na oddelek 8.5 izpodbijanega sklepa v zvezi z učinkovitostjo.
- 279 Komisija tako meša dve vrsti učinkovitosti, in sicer učinkovitost iz oddelka VII Smernic in učinkovitost, lastno vsaki koncentraciji. Učinkovitost v smislu Smernic je treba namreč upoštevati pri celoviti konkurenčni presoji koncentracije, da se tako preveri, ali je mogoče z njo uravnotežiti omejevalne učinke koncentracije. Nasprotno pa je kategorija učinkovitosti, za katero gre v obravnavani zadevi, zgolj sestavni del kvantitativnega modela, katerega namen je ugotoviti, ali lahko koncentracija povzroči takšne omejevalne učinke. Torej gre za vprašanje dokazovanja obstoja omejevalnih učinkov, ki se postavi pred celovito konkurenčno presoj o v smislu točke 76 Smernic.
- 280 Splošno sodišče poleg tega ugotavlja, da je iz dokazov, predloženih v upravnem postopku, razvidno, da je med koncentracijami, pri katerih se število operaterjev v sektorju mobilnih telekomunikacij s štirih zmanjša na tri, in zvišanjem cen sicer mogoče dokazati pozitivno korelacijo, vendar je mogoče hkrati dokazati tudi korelacijo med navedenimi koncentracijami in povečanjem naložb v omrežja s strani operaterja mobilnega omrežja (glej zlasti študijo Centre on Regulation in Europe (CERRE) avtorjev Genakos, C., Valletti, T., in Verboven, F., CERRE, Bruselj, 2015, naslovljeno „Evaluating Market Consolidation in Mobile Communications“, ki je omenjena zlasti v točkah 1, od 64 do 68, 71, 72, od 76 do 80 in 108 Priloge B k izpodbijanemu sklepu).
- 281 Čeprav to, da operater poveča naložbe, ne pomeni nujno izboljšanja kakovosti omrežja, kot poudarja Komisija v točki 79 Priloge B k izpodbijanemu sklepu, je takšna korelacija verjetnejša kot nasprotna predpostavka, ki bi vključevala poslabšanje kakovosti omrežja. Komisija, ki nosi

dokazno breme, svoje teze o poslabšanju kakovosti omrežja, na kateri delno temelji njena druga teorija škode, katere namen je dokazati bistveno oviranje učinkovite konkurence, v izpodbijanem sklepu ni dokazala v skladu z upoštevnimi dokaznimi standardi.

282 Torej je treba ugotoviti, da kvantitativni analizi, opravljeni v obravnavani zadevi, manjka dokazna moč, saj Komisija ni z zadostno verjetnostjo dokazala, da se bodo cene po odstranitvi pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankama koncentracije, „bistveno“ zvišale.

283 Na podlagi navedenega je treba peti del prvega tožbenega razloga sprejeti.

e) Celovita presoja neusklajenih učinkov

284 S sedmim delom prvega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da Komisija ni opravila celovite presoje obstoja neusklajenih učinkov, s čimer naj bi napačno uporabila pravo in storila očitno napako pri presoji. Prav tako naj ne bi pojasnila, na kakšni podlagi je v točkah 1226 in 1227 obrazložitve izpodbijanega sklepa menila, da so domnevni pritiski, ki naj bi bili s koncentracijo odpravljeni, pomembni v smislu točke 25 Smernic in da naj bi bile domnevne ovire za konkurenco, nastale zaradi koncentracije, bistvene v smislu člena 2(3) Uredbe št. 139/2004, s čimer naj bi mešala med zmanjšanjem konkurence med družbama Three in O2 ter odstranitvijo pomembnih konkurenčnih pritiskov.

285 Komisija odgovarja, da je opravila celovito presojo verjetnih neusklajenih učinkov koncentracije, saj je na prvem mestu v točkah od 1175 do 1190 obrazložitve izpodbijanega sklepa predstavila svojo kvalitativno analizo, na drugem mestu v točkah od 1191 do 1225 obrazložitve izpodbijanega sklepa celovito presojo kvantitativne analize ter na tretjem mestu v točkah 1226 in 1227 obrazložitve izpodbijanega sklepa splošno ugotovitev.

286 V zvezi s tem je treba preučiti, ali je Komisija v izpodbijanem sklepu konkretno navedla ali pojasnila, v kakšnem obsegu naj bi bili neusklajeni učinki tako zelo pomembni, da je mogoče na njihovi podlagi ugotoviti, da bi koncentracija „bistveno“ ovirala učinkovito konkurenco, kot se to zahteva s členom 2(3) Uredbe št. 139/2004.

287 Komisija je, da bi dokazala obstoj neusklajenih učinkov na maloprodajnem trgu, v točkah od 330 do 1174 obrazložitve izpodbijanega sklepa zaporedoma preučila različne dejavnike, nato pa je v točkah od 1175 do 1225 obrazložitve navedenega sklepa povzela svoji kvalitativno in kvantitativno analizo. Nato je v točkah 1226 in 1227 obrazložitve izpodbijanega sklepa opravila celovito presojo, pri čemer je ugotovila, da obstaja bistveno oviranje učinkovite konkurence. Tako izpodbijani sklep – v nasprotju s trditvijo tožeče stranke – dejansko vsebuje celovito presojo obstoja takih neusklajenih učinkov.

288 Vendar pa je ta celovita presoja omejena na površno napotilo na vrsto dokazov in okoliščin, ki se nanašajo zlasti na odstranitev pomembnega gonila konkurence zaradi koncentracije, bližino konkurenčnega razmerja in velik tržni delež novega subjekta, kar pomeni, da je njihov namen dokazati obstoj neusklajenih učinkov.

289 Neodvisno od dokazne moči te vrste dokazov in okoliščin je treba ugotoviti, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni nikjer pojasnila, ali bi bili opredeljeni neusklajeni učinki „bistveni“ oziroma bi v obravnavani zadevi privedli do bistvenega oviranja učinkovite konkurence, kot je zatrnila v točki 1227 obrazložitve izpodbijanega sklepa.

- 290 Torej je treba sprejeti trditev tožeče stranke, da Komisija ni pojasnila, na kakšni podlagi je menila, da so domnevne ovire za konkurenco, nastale zaradi koncentracije, bistvene.
- 291 Glede na vse navedeno je treba prvi tožbeni razlog sprejeti, ne da bi bilo treba preučiti njegov šesti in sedmi del.

D. Druga teorija škode, ki se nanaša na neusklajene učinke zaradi spremembe sporazumov o skupni rabi omrežja

1. Povzetek izpodbijanega sklepa

- 292 Tožeča stranka je med postopkom pred Komisijo zlasti predložila dva načrta konsolidacije omrežij: „načrt [A]“ in „načrt [B]“. Ta načrta sta temeljila na obstoju dveh sporazumov o skupni rabi omrežja, in sicer na eni strani med družbama BT/EE in Three, torej MBNL, na drugi strani pa med družbama Vodafone in O2, torej Beacon.
- 293 MBNL vključuje „pasivno“ skupno rabo, ki zajema omrežje približno [zaupno] lokacij, in aktivno skupno rabo samo tehnologije 3G, [zaupno]. MBNL je torej večinoma sporazum o pasivni skupni rabi. Dovoljuje enostranske spremembe.
- 294 Kar se tiče Beacon, ta sporazum vključuje skupno rabo znotraj družbe Cornerstone Telecommunications Infrastructure Ltd, ki naj bi zajemala približno [zaupno], in aktivno skupno rabo, v okviru katere vsaka stranka zagotavlja aktivno omrežje v polovici države (družba Vodafone pokriva zahod, družba O2 pa vzhod države), v drugi polovici države pa se opira na omrežje druge stranke. Aktivna skupna raba se nanaša na tehnologije 2G, 3G in 4G [zaupno]. Beacon je torej [zaupno]. Vsebuje nekaj določb o ekskluzivnosti.
- 295 Komisija v točkah od 1229 do 1234 obrazložitve izpodbijanega sklepa navaja svoji podteoriji škode v zvezi s sporazumoma o skupni rabi omrežja.
- 296 Po mnenju Komisije so partnerji vsakega od obeh sporazumov o skupni rabi omrežja danes spodbujeni, da skupaj razvijejo elemente v skupni rabi v svojih omrežjih, da bi bilo skupno omrežje boljše od omrežja drugih operaterjev mobilnih omrežij, še zlasti pa operaterjev mobilnih omrežij, ki so stranke drugega sporazuma o skupni uporabi omrežja. V obdobju po koncentraciji naj bi ta konkurenčna dinamika izginila, ker naj bi bil združen subjekt stranka obeh sporazumov, družbi Vodafone in BT/EE pa naj v družbah Beacon in MBNL ne bi več imeli popolnoma predanega partnerja.
- 297 Ena od škod se nanaša na slabitev konkurenčnega položaja obeh zadevnih partnerjev sporazumov o skupni rabi omrežja, ki zavezujeta stranki koncentracije. Komisija v točki 1231 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da so mobilna omrežja bistvena infrastruktura, da lahko operaterji mobilnih omrežij svojim strankam ponujajo storitve mobilne telekomunikacije.
- 298 Vendar Komisija meni, da je kakovost teh storitev za konkurenco odločilni dejavnik. Zato se ena od podteorij škode, povzeta v točki 1232 obrazložitve izpodbijanega sklepa, nanaša na zmanjšanje konkurence, ki jo izvajata en ali drug ali oba preostala operaterja mobilnih omrežij, ki sta na stranki koncentracije vezana prek sporazumov o skupni rabi omrežja, kar bi lahko privedlo do bistvenega oviranja učinkovite konkurence na oligopolnem trgu z omejenim številom akterjev in pomembnimi ovirami za vstop.

- 299 Drugo potencialno škodo naj bi po mnenju Komisije povzročilo to, da bi položaj skupne rabe omrežja, ki bi nastal zaradi koncentracije, privedel do zmanjšanja naložb na ravni sektorja infrastrukture omrežij. Komisija v točki 1233 obrazložitve izpodbijanega sklepa namreč trdi, da bi lahko koncentracija privedla do zmanjšanja sinergij, ki bi vplivalo na partnerje sporazumov o skupni rabi omrežja in bi omogočilo oportunistično naložbeno ravnanje združenega subjekta, s čimer bi se zmanjšale naložbe na ravni sektorja, posledično pa tudi stopnja učinkovite konkurence, ki naj bi prevladovala v primeru neobstoja koncentracije. Koncentracija naj bi tudi iz tega razloga lahko privedla do bistvenega oviranja učinkovite konkurence na oligopolnem trgu z omejenim številom udeležencev in pomembnimi ovirami za vstop.
- 300 Komisija je p ob upoštevanju teh dveh podteorij škode v točkah od 1244 do 1784 obrazložitve izpodbijanega sklepa preučila načrte za konsolidacijo omrežij tožeče stranke, potem ko je v točkah od 1235 do 1243 obrazložitve navedenega sklepa podrobno pojasnila pomen približevanja interesov med strankami sporazuma o skupni rabi omrežja.
- 301 V okviru načrta [A] naj bi združeni subjekt pristal na [zaupno] (točke od 1373 do 1381 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 302 V okviru načrta [B], naj bi združeni subjekt [zaupno] (točke od 1382 do 1385 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 303 Oba načrta [zaupno].
- 304 Komisija je v točki 1246 obrazložitve izpodbijanega sklepa navedla osrednjo tezo, ki je podlaga za njeno presojo mogočih sprememb na trgu po koncentraciji, to je, da bi lahko trajna sprememba dobrega delovanja sporazuma o skupni rabi omrežja pomenila oviranje konkurence, ki jo izvaja partner takega sporazuma.
- 305 V zvezi s tem je Komisija v točki 1229 obrazložitve izpodbijanega sklepa navedla, da lahko skupna raba omrežja na splošno ugodno učinkuje na konkurenco, saj se dosežejo sinergije glede stroškov za razvoj in delovanja mobilnih omrežij, te pa lahko operaterjem mobilnih omrežij omogočijo boljšo pokritost in boljšo kakovost omrežja, s čimer se spodbudi učinkovita konkurenca v korist državljanov in družbe na splošno.
- 306 Komisija v točki 1230 obrazložitve izpodbijanega sklepa navaja, da je treba – ker so bili ti cilji doseženi s sporazumoma o skupni rabi omrežja, sklenjenima med strankama koncentracije z drugim operaterjem – preučiti, koliko bi lahko koncentracija vplivala na prizadevanje za uresničitev cilja učinkovite konkurence v korist potrošnikov.
- 307 Glede načrta [A] je Komisija v točkah 1567 in 1778 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da bi ta načrt, ki sta ga predložili stranki koncentracije, zelo negativno vplival na konkurenčni položaj družbe BT/EE, saj bi se povečali njeni stroški za vzdrževanja omrežja MBNL in njegove izboljšave ter zmanjšala kakovost omrežja MBNL, zlasti z odlogom ali oviranjem naložb družbe BT/EE. Komisija je v točki 1778 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da bi načrt [A] lahko povzročil znatno škodo v zvezi s sposobnostjo družbe BT/EE, da konkurira na trgih mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu.
- 308 Učinek takega zmanjšanja konkurenčnega pritiska bi bil po mnenju Komisije verjetno bistveno oviranje učinkovite konkurence na oligopolnem trgu z omejenim številom akterjev in pomembnimi ovirami za vstop.

- 309 Ta ugotovitev naj bi bila podkrepljena zlasti s točko 1247 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v kateri je navedeno, da bi lahko povečanje stroškov vzdrževanja in širitve sedanjega omrežja ali izvedbe standarda prihodnjega omrežja bistveno oviralo konkurenčni položaj družb Vodafone in BT/EE. Povečanje prirastnih stroškov (*incremental costs*) bi lahko povzročilo zvišanje cen in škodo za potrošnike. Povečanje fiksnih stroškov bi po mnenju Komisije verjetno povzročilo zmanjšanje naložb, saj bi višji fiksni stroški povzročili nedonosnost naložb, ki bi bile v primeru nižjih fiksnih stroškov donosne. Zmanjšanje naložb v kakovost omrežja bi torej lahko povzročilo poslabšanje kakovosti omrežja v primerjavi s položajem, v katerem koncentracije ne bi bilo.
- 310 Komisija v točki 1679 obrazložitve izpodbijanega sklepa priznava, da povečanje stroškov za konkurenčnega operaterja ne privede nujno do oviranja konkurence. Če pa povečanje stroškov privede do manj naložb ali do poslabšanja kakovosti storitev, ponujenih na trgu, ali če se to povečanje stroškov z zvišanjem cen prevali na potrošnike, se s tem po mnenju Komisije zmanjša konkurenčni pritisk takega operaterja na trgu.
- 311 Višji prirastni stroški bi verjetno povzročili višje cene, višji fiksni stroški pa bi verjetno povzročili poslabšanje kakovosti omrežja. V okviru oligopolnih trgov z omejenim številom akterjev naj bi bilo zelo verjetno, da se bo izguba konkurenčnega pritiska enega od operaterjev pokazala v splošni izgubi konkurence na tem trgu.
- 312 Glede načrta [B] je Komisija ugotovila, da bi lahko povzročil resno oviro z vidika sposobnosti družbe Vodafone in v manjši meri družbe BT/EE, da konkurirata na trgih mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu (točke od 1568 do 1749 in 1779 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 313 Komisija zlasti meni [*zaupno*] (točke od 1605 do 1652 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Poleg tega naj bi tvegali poslabšanje kakovosti omrežja družbe Vodafone po morebitni začasni zasičenosti omrežja [*zaupno*] (točke od 1660 do 1667 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Nazadnje Komisija preučuje še morebitno povečanje stroškov in njihov vpliv na [*zaupno*] (točke od 1668 do 1724 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 314 Komisija meni, da bi se lahko zaradi načrta [B] tudi povečala preglednost glede naložb v omrežje, s čimer bi tvegali znižanje splošne ravni naložb v omrežno infrastrukturo v Združenem kraljestvu (točke od 1725 do 1742 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 315 Komisija je predvidela tudi pet drugih integracijskih možnosti in ugotovila, da bi koncentracija tudi v primeru vseh drugih možnosti, ki jih je pregledala, škodovala konkurenčnemu položaju enega ali obeh partnerjev strank koncentracije v sporazumih o skupni rabi omrežja (točke od 1386 do 1389 in od 1750 do 1776 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 316 Komisija zato v točkah od 1777 do 1784 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da bo koncentracija verjetno zmanjšala konkurenčni pritisk, ki ga izvajata eden ali oba partnerja strank koncentracije v sporazumih o skupni uporabi omrežja.
- 317 Komisija v točki 1777 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da bi izvajanje načrtov za konsolidacijo omrežij, kakršna sta ji predložili stranki priglasiateljici, po zmanjšanju števila operaterjev mobilnih omrežij bistveno škodovalo konkurenčnemu položaju enega ali drugega ali obeh partnerjev v sporazumih o skupni rabi omrežja, torej družbama BT/EE ali Vodafone.

- 318 Poleg tega Komisija še navaja, da v nobenem od teh načrtov konsolidacije – kot ji je bilo to predstavljeno – ni zaveze o izvedbi. Tudi ob upoštevanju vseh petih mogočih preostalih možnosti integracije, navedenih v točki 315 zgoraj, v točki 1780 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da bi koncentracija v vseh primerih škodovala konkurenčnemu položaju enega ali drugega ali obeh operaterjev mobilnih omrežij partnerjev strank koncentracije v sporazumih o skupni rabi omrežja.
- 319 Zato Komisija v točki 1781 obrazložitve izpodbijanega sklepa meni, da bi se lahko zaradi koncentracije zmanjšal konkurenčni pritisk, ki ga izvaja družba BT/EE ali družba Vodafone ali ga izvajata oba operaterja mobilnih omrežij, ki sta partnerja strank koncentracije v sporazumih o skupni rabi omrežja.
- 320 Komisija v zvezi s svojo drugo podteorijo škode, predstavljeno v točki 299 zgoraj in točki 1233 obrazložitve izpodbijanega sklepa, meni tudi, da bi položaj skupne rabe omrežja, ki bi nastal zaradi koncentracije v skladu z načrtom [B], verjetno privedel do zmanjšanja naložb na ravni sektorja infrastrukture omrežij, zaradi česar bi se znižala stopnja učinkovite konkurence, ki bi prevladovala v primeru neobstoja koncentracije.
- 321 Zato Komisija v točki 1783 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da bi lahko koncentracija zaradi zmanjšane konkurenčnega pritiska, ki ga izvaja eden od preostalih operaterjev mobilnih omrežij ali ga izvajata oba ta operaterja in ki bi ga povzročila nižja raven naložb na ravni celotne panoge v omrežno infrastrukturo zaradi nekaterih načrtov konsolidacije omrežja, ki jih je preučila, povzročila neusklajene protikonkurenčne učinke na maloprodajnem trgu mobilnih telekomunikacijskih storitev v Združenem kraljestvu.
- 322 Komisija v točki 1784 obrazložitve izpodbijanega sklepa v bistvu ugotavlja, da bi koncentracija – ker takih učinkov ni mogoče izravnati s kupno močjo, vstopom na trg ali učinkovitostjo, ki bi jo povzročila – bistveno škodovala konkurenci na oligopolnem trgu z omejenim številom konkurentov in visokimi ovirami za vstop.

2. Tretji tožbeni razlog: napake v zvezi z neusklajenimi horizontalnimi učinki zaradi skupne rabe omrežja

- 323 S tretjim tožbenim razlogom tožeča stranka trdi, da je Komisija v izpodbijanem sklepu storila napake pri ugotovitvi dejanskega stanja in pri uporabi prava, očitne napake pri presoji in bistvene kršitve postopka v zvezi z neusklajenimi učinki, ki naj bi jih povzročila skupna raba omrežja, še zlasti v zvezi s potrebo po usklajenosti med strankami sporazumov o skupni rabi omrežja in obsegom te usklajenosti (prvi del), spremembami obeh obstoječih sporazumov o skupni rabi omrežja po hipotetični možnosti (drugi del), sposobnostjo družbe Three za oviranje enostranskih ukrepov družbe BT/EE ali njihov odlog (tretji del), morebitnim negativnim vplivom koncentracije na konkurente, ne pa na konkurenco (četrti del), škodo konkurenčnemu položaju družb BT/EE in Vodafone (peti del), vplivom okrepljene preglednosti na globalne naložbe v omrežja (šesti del) in presojo zavez v zvezi s skupno rabo omrežja (sedmi del).
- 324 Komisija ob podpori Združenega kraljestva in družbe BT/EE izpodbija trditve tožeče stranke.

a) Usklajenost med strankami sporazumov o skupni rabi omrežja

- 325 Tožeča stranka v okviru prvega dela tretjega tožbenega razloga trdi, da je teorija usklajenosti hkrati nova, saj ni bilo pri predhodnih koncentracijah v sektorju telekomunikacij nikoli napoteno nanjo, in paradoksalna, saj naj bi pomenila, da bi bila usklajenost med strankami sporazumov o skupni rabi omrežja bolj zaželeno kot konkurenca, ki izhaja iz koncentracije, kar naj bi bilo v nasprotju s pojmom konkurence in tudi z ugotovitvami Komisije v zvezi s korektivnimi ukrepi, ki jih je predlagala tožeča stranka.
- 326 Komisija v zvezi z domnevno novostjo teorije usklajenosti trdi, da je mogoče dejstvo, da podobnih pomislekov v predhodnih zadevah še ni omenila, pojasniti s posebnostjo sporazumov o skupni rabi omrežja iz obravnavane zadeve. V zvezi s tem družba BT/EE dodaja, da je bila teorija usklajenosti že opredeljena v zadevi COMP/M.5650 – T-Mobile/Orange, v kateri naj bi Komisija ugotovila, da bi lahko družba T-Mobile po koncentraciji poskusila poslabšati kakovost radijskega dostopnega omrežja (*radio access network*, RAN) družbe Three v okviru MBNL.
- 327 Glede domnevne paradoksalnosti teorije usklajenosti Komisija, ki jo v zvezi s tem podpira Združeno kraljestvo, trdi, da njena presoja usklajenosti interesov nikakor ni paradoksalna. Čeprav obstoj sporazumov o skupni rabi omrežja učinkuje tako, da se med strankami navedenih sporazumov ustvarijo skupne točke, ki so lahko ugodne za konkurenco, če sporazumi povzročijo zlasti sinergije stroškov ali izboljšanje omrežja, naj bi stranke navedenih sporazumov na splošno ohranile svojo sposobnost, da druga z drugo konkurirajo glede preostalih bistvenih parametrov, vključno s cenami. V izpodbijanem sklepu naj ne bi bilo napoteno na približevanje ali usklajevanje ravnanj, ampak na približevanje interesov v zvezi z dejstvom, da se razpolaga z omrežjem, ki omogoča izvajanje učinkovite konkurence.

1) Novost teorije škode, kar zadeva sporazuma o skupni rabi omrežja

- 328 Splošno sodišče v zvezi z novostjo teorije škode v zvezi s sporazumoma o skupni rabi omrežja, ki je bila uvodoma podana v okviru prvega dela tretjega tožbenega razloga, ugotavlja, da je iz točk 1242 in 1243 obrazložitve izpodbijanega sklepa razvidno, da je na potrebo in pomen približevanja interesov med strankami sporazuma o skupni rabi omrežja napotila družba 3UK v postopku pred Komisijo v svojih pripombah o koncentraciji, priglašeni v zadevi M.5650 – T-Mobile/Orange.
- 329 Vendar teorija škode, ki jo je Komisija razvila v zadevi M.5650 – T-Mobile/Orange, ni temeljila na približevanju ali prekinitvi interesov med strankami sporazuma o skupni rabi omrežja, ampak na potrebi po zagotovitvi dostopa določenega podjetja do omrežja, ki ga je uporabljalo skupaj z drugim podjetjem, medtem ko je zadnjenavedeno s tretjim podjetjem sklenilo koncentracijo, ki bi lahko škodovala dostopu prvonavedenega do tega omrežja. Iz tega razloga sta stranki koncentracije, da bi ovrgli večje dvome, ki jih je imela Komisija, v skladu s členom 6(2) Uredbe št. 139/2004 do družbe 3UK sprejeli zaveze v zvezi s trajanjem sporazuma o skupni rabi omrežja MBNL, s katerim je bilo podaljšano [*zaupno*], in o vzpostavitvi mehanizma za hitro reševanje sporov.
- 330 Torej je teorija škode, ki jo je Komisija razvila v tej zadevi in ki temelji na potrebi po preprečitvi spremembe približevanja interesov strank vsakega sporazuma o skupni rabi omrežja in ohranitvi stabilnosti navedenih sporazumov, z vidika predhodne prakse odločanja nova.

331 Vendar zgolj dejstvo, da je teorija škode, ki jo Komisija poda v sklepu, nova, še ne pomeni, da ni verjetna ali utemeljena. Kot upravičeno poudarja družba BT/EE, se Komisiji pri njeni analizi ni treba omejiti na teorije škode, ki jih je razvila v predhodnih sklepih.

332 Kot poleg tega izhaja iz točke 111 zgoraj, bolj kot je analiza usmerjena v podajanje napovedi, niz razlogov in učinkov pa komaj opazen, nezanesljiv in težko ugotovljiv, bolj mora biti sodišče Unije zahtevno pri konkretni preučitvi dokazov, ki jih v zvezi s tem predloži Komisija.

2) Domnevna paradoksalnost in napačnost teorije usklajenosti interesov ter sprememba sporazumov o skupni rabi omrežja

333 Tožeča stranka trdi, da je Komisija pri ugotovitvi iz točk 1238 in 1239 obrazložitve izpodbijanega sklepa, da naj bi MBNL in Beacon „temeljila na določeni stopnji usklajenosti interesov“, ki bi jo koncentracija lahko spremenila, storila napake.

334 Tožeča stranka zlasti trdi, da bi lahko zrahljanje vezi v MBNL in Beacon po koncentraciji spodbudilo večjo konkurenco med strankami teh sporazumov in okrepilo konkurenco med omrežjema.

335 Komisija te trditve izpodbija in v bistvu trdi, da imajo sporazumi o skupni rabi omrežja pomembno vlogo v sektorju mobilnih telekomunikacij, zlasti v Združenem kraljestvu, kjer naj presoja usklajevanja interesov nikakor ne bi bila paradoksalna. V izpodbijanem sklepu naj ne bi bilo napoteno na približevanje ali usklajevanje ravnanja, ampak na približevanje interesov v zvezi z dejstvom, da se razpolaga z omrežjem, ki omogoča izvajanje učinkovite konkurence.

336 Splošno sodišče v zvezi s tem uvodoma ugotavlja, da se je mogoče že takoj strinjati z delom teorije škode, ki jo je razvila Komisija in je povzeta v točki 1232 obrazložitve izpodbijanega sklepa, in sicer v zvezi s trditvijo, da bi zmanjšanje konkurence, ki jo izvaja operater mobilnega omrežja, ki je s strankama koncentracije povezan prek sporazumov o skupni rabi omrežja, v nekaterih primerih lahko privedlo do bistvenega oviranja konkurence. To bi se na primer zgodilo v primeru podjetja motilca, ki bi bilo odvisno od sporazuma o skupni rabi omrežja, da bi lahko vstopilo na trg, na katerem bi lahko ponujalo svoje storitve, in ki bi bilo lahko po koncentraciji izključeno s trga.

337 Kot je bilo že navedeno v točki 296 zgoraj, imajo po mnenju Komisije partnerji vsakega od obeh obstoječih sporazumov o skupni uporabi omrežja, in sicer družbi BT/EE in Vodafone, danes dober razlog, da skupaj razvijejo elemente v skupni rabi v svojih omrežjih, da bi bilo skupno omrežje boljše od omrežja drugih operaterjev mobilnih omrežij, še zlasti pa operaterjev mobilnih omrežij, ki so stranke drugega sporazuma o skupni uporabi omrežja. Po mnenju Komisije bi v obdobju po koncentraciji ta konkurenčna dinamika s tem izginila, saj bi bil združen subjekt vsekakor kratkoročno ali srednjeročno stranka obeh sporazumov, družbi Vodafone in BT/EE pa v družbah Beacon in MBNL ne bi več imeli popolnoma predanega partnerja.

338 Skratka, prva podteorija škode, ki jo je razvila Komisija, predpostavlja – kot je ta tudi sama navedla v točkah od 1777 do 1783 obrazložitve izpodbijanega sklepa – da bi koncentracija škodovala konkurenčnemu položaju enega ali drugega ali obeh operaterjev mobilnih omrežij in bi se zaradi nje lahko zmanjšal konkurenčni pritisk, ki ga izvaja bodisi družba BT/EE bodisi družba Vodafone bodisi ga izvajata oba operaterja mobilnih omrežij, ki sta partnerja strank koncentracije v sporazumih o skupni rabi omrežja. Splošno sodišče v zvezi s tem opozarja, da je lahko konkurenca, ki temelji na infrastrukturah, pomemben element za zagotavljanje kakovosti storitev na trgu mobilnih komunikacij.

- 339 V skladu s prakso odločanje Komisije v zvezi s členom 101(1) in (3) PDEU sporazumi o skupni rabi omrežja, ki vključujejo združitev nekaterih infrastruktur, s tega vidika pomenijo različna konkurenčna tveganja glede na okoliščine in vrsto aktivne ali pasivne skupne rabe. Glede na izbrani način sodelovanja sta avtonomija operaterjev in tveganje tajnega dogovarjanja bolj ali manj resna, tveganja škodovanja konkurenci pa večja ali manjša. Hkrati pa lahko sporazumi o skupni rabi omrežja povzročijo bistvene gospodarske prednosti, kar se tiče ekonomije stroškov, boljše pokritosti in hitrejša vzpostavitev omrežja (glej zlasti Odločbo Komisije 2003/570/ES z dne 30. aprila 2003 v zvezi s postopkom uporabe člena 81 Pogodbe ES in člena 53 Sporazuma EGS – Zadeva COMP/38.370 – O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited („UK Network Sharing Agreement“) (UL 2003, L 200, str. 59) in Odločbo Komisije 2004/207/ES z dne 16. julija 2003 v zvezi s postopkom uporabe člena 81 Pogodbe ES in člena 53 Sporazuma EGS (Zadeva COMP/38.369 – T-Mobile Deutschland in O2 Germany: okvirni sporazum o skupni rabi omrežja) (UL 2004, L 75, str. 32)).
- 340 Splošno sodišče ugotavlja, da dejstvo, da lahko sporazum o skupni rabi omrežja, ko je sklenjen, povzroči učinke, ugodne za konkurenco, s čimer se izravnavajo omejitve, ki jih vključuje, še ne pomeni nujno, da je mogoče njegovo odpoved, ponovno pogajanje o njem ali vsako nadaljnjo spremembo v njegovem ravnotežju po koncentraciji nujno opredeliti kot bistveno oviranje učinkovite konkurence.
- 341 Taka presoja novega konkurenčnega ravnotežja na trgu zlasti zaradi obstoja tovrstnih sporazumov o skupni rabi omrežja je namreč odvisna od mogočih učinkov, ugodnih za konkurenco, ali protikonkurenčnih učinkov novega položaja, ki ga lahko ločeno in posamično preučijo Komisija ali nacionalni organi za varstvo konkurence, zlasti ob upoštevanju sprememb na trgu, kar je poleg tega med upravnim postopkom pred Komisijo večkrat izpostavil Ofcom, kot je to razvidno iz prilog k intervencijski vlogi Združenega kraljestva, predloženih Splošnemu sodišču.
- 342 Kot tožeča stranka poudarja v odgovoru na intervencijsko vlogo Združenega kraljestva v zvezi s tem, konkurenčna sposobnost in spodbude za naložbe družb BT/EE in Vodafone niso odločilno odvisne od naložbenih odločitev družbe Three ali od povečanja stroškov, temveč zlasti od ravni konkurence, s katero se soočata, ter njunih finančnih sredstev in strategij. Zmanjšanje spodbud družbi Three za naložbe v eno ali drugo od omrežij ne more privedi samo do oslabitve – in to bistvene – konkurenčne sposobnosti druge stranke sporazuma o skupni rabi omrežja.
- 343 Komisija meni, da bi se to zgodilo zlasti takrat, kadar bi se združeni subjekt odločil izstopiti iz enega od obeh sporazumov o skupni rabi omrežja, da bi se osredotočil izključno na drugo, kot je menila v obeh dodatnih hipotezah o konsolidaciji omrežij, in sicer v prvi, predstavljeni v točkah od 1752 do 1756 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v kateri je predpostavljeno, da bo združeni subjekt odvisen zgolj od MBNL, in v drugi, predstavljeni v točkah od 1757 do 1759 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v kateri je predpostavljeno, da bo združeni subjekt odvisen zgolj od Beacon. Komisija v teh dveh primerih v točkah 1755 in 1759 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da zmanjšanje naložb na ravni sektorja ne bi bilo verjetno.
- 344 Čeprav pa bi se priznalo, da bi lahko takšni možnosti dejansko škodovali konkurenčnemu položaju bodisi družbe BT/EE bodisi družbe Vodafone, je treba ugotoviti, da teh protikonkurenčnih učinkov v obravnavani zadevi ni mogoče opredeliti kot bistvene ovire za učinkovito konkurenco na trgu mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu.

- 345 V primeru nasprotne ugotovitve bi Komisiji namreč omogočili, da načelno in že zgolj na tej podlagi prepove kakršno koli koncentracijo, pri kateri bi se število operaterjev zmanjšalo s štirih na tri, razen tistih, ki bi bile morda izvedene med partnerji sporazumov o skupni rabi omrežja.
- 346 Kot v zvezi s tem upravičeno poudarja tožeča stranka, bi lahko zrahljanje vezi v MBNL in Beacon po koncentraciji prav toliko spodbudilo večjo konkurenco na infrastrukturah med strankami teh sporazumov in okrepiło konkurenco med omrežjema.
- 347 Zato je treba ugotoviti, da morebitna neusklajenost interesov partnerjev v sporazumu o skupni rabi omrežja, sprememba obstoječih sporazumov o skupni rabi omrežja, katerih trajanje je bilo podaljšano v korist družbe Three, ali celo njihova odpoved v obravnavani zadevi ne pomenijo bistvenega oviranja učinkovite konkurence v okviru teorije škode, ki temelji na neusklajenih učinkih.
- 348 V teh okoliščinah je treba prvi del tretjega tožbenega razloga v zvezi z delom, v katerem je Komisija napačno ugotovila, da bi lahko trajna sprememba sporazuma o skupni rabi omrežja pomenila bistveno oviranje konkurence, ki jo izvaja partner takega sporazuma, sprejeti.

b) Učinki koncentracije na konkurente

- 349 V okviru tretjega dela tretjega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da je Komisija pri ugotovitvi iz točke 1522 obrazložitve izpodbijanega sklepa, v skladu s katero bi lahko združeni subjekt bistveno škodoval družbi BT/EE, ker bi oviral njene naložbe v omrežja ali bi povzročil njihov odlog, storila napake.
- 350 Komisija naj bi tako v točki 1512 obrazložitve izpodbijanega sklepa napačno trdila, [*zaupno*].
- 351 V okviru četrtega dela tretjega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da je Komisija napačno uporabila pravo ali storila očitno napako pri presoji, ker je – da bi dokazala bistveno oviranje učinkovite konkurence – preučila vplive koncentracije na konkurente, ne pa na konkurenco (točka 1231 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 352 V okviru petega dela tretjega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da ugotovitev, da bi koncentracija škodovala konkurenčnemu položaju družb BT/EE in Vodafone, ne temelji na dokazih, ampak na preprostih domnevah. Komisija naj bi storila napako pri uporabi prava in očitne napake pri presoji, ki izhajajo iz neobstoja dokazov za škodo konkurenčnemu položaju družb BT/EE in Vodafone.
- 353 Komisija trdi, da tožeča stranka v nekaterih točkah obrazložitve izpodbijanega sklepa ni upoštevala njihovega konteksta, na primer tisto v zvezi s prekinitvijo sporazuma o skupni rabi omrežja (točka 1246 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Dalje, čeprav naj bi na začetku res predstavila kategorije škode, ki sta jih navedli družbi BT/EE in Vodafone (točke od 1249 do 1285 obrazložitve izpodbijanega sklepa), naj bi jih nato analizirala z vidika pripomb tožeče stranke v okviru načrta [A] (točke od 1391 do 1567 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in načrta [B] (točke od 1568 do 1748 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 354 Združeno kraljestvo v zvezi s tem trdi, da je ugotovitev Komisije v zvezi s prekinitvijo sporazuma o skupni rabi omrežja (točka 1246 obrazložitve izpodbijanega sklepa) neločljivo povezana z naravo in delovanjem sporazumov o skupni rabi omrežja. Trdi tudi, da je Komisija ob tem, da je

poglobljeno presodila potencialni vpliv koncentracije, upravičeno upoštevala stališče, ki ga je glede obstoječih sporazumov o skupni rabi omrežja podal Ofcom (točka 1722 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

- 355 Poleg tega Komisija še trdi, da je bil maloprodajni trg zelo koncentriran in da bi lahko, ker konkurence med družbama Three in O2 po koncentraciji ne bi bilo več, kakršno koli znižanje ravni učinkovite konkurence, ki bi jo lahko izvajala družba BT/EE ali družba Vodafone, negativno vplivalo na konkurenco na splošno, kot je bilo to ugotovljeno v točki 1679 obrazložitve izpodbijanega sklepa, še zlasti če bi se verjetna škoda pokazala v poslabšanju kakovosti njunega omrežja. Družba BT/EE v zvezi s tem trdi – kot je razvidno iz točk 1230 in od 1529 do 1546 obrazložitve izpodbijanega sklepa – da je Komisijo skrbela možnost, da bi lahko družba Three oslabilala konkurenčni položaj družbe BT/EE, ker naj bi zadnjenavedena bistveno prispevala h konkurenci.
- 356 Splošno sodišče meni, da so tretji, četrti in peti del tretjega tožbenega razloga soodvisni in jih je mogoče učinkovito preučiti skupaj. Uvodoma ugotavlja tudi, da je tožeča stranka v istem petem delu zbrala več očitkov v zvezi s presojo učinkov koncentracije na družbi BT/EE in Vodafone, ne da bi jasno razlikovala med načrtom [A] in načrtom [B].
- 357 Zato bo Splošno sodišče zaporedoma preučilo učinke na družbo BT/EE in na družbo Vodafone, pri čemer je treba upoštevati, da se učinki na družbo BT/EE, ki izhajajo iz načrta [A], ugotovljeni v točkah od 362 do 379 v nadaljevanju, pojavijo tudi – čeprav v manjšem obsegu – za družbo BT/EE v okviru načrta [B].
- 358 Uvodoma je treba ugotoviti, da neusklajeni učinki koncentracije v zvezi z morebitnim uveljavljanjem tržne moči, in sicer tako, da bi združeni subjekt poslabšal ponujene storitve ali kakovost lastnega omrežja, v izpodbijanem sklepu niso bili analizirani.
- 359 V skladu z uvodno izjavo 25 Uredbe 139/2004 je presoja morebitne odstranitve pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami koncentracije, in morebitnega zmanjšanja konkurenčnega pritiska na preostale konkurente v središču presoje neusklajenih učinkov koncentracije, kot je bilo ugotovljeno že v točkah 96 in 97 zgoraj.
- 360 Do oviranja konkurence in torej oškodovanja potrošnikov naj bi namreč prišlo zaradi odprave konkurenčnega razmerja med strankama koncentracije in dejstva, da nobeden od preostalih ali potencialnih novih konkurentov ne bi mogel učinkovito konkurirati združenemu subjektu. Poleg vpliva koncentracije na cene, ker združeni subjekt ne bi bil več podvržen nekdanjim pritiskom med strankama koncentracije, naj bi koncentracija vplivala tudi na kakovost ponudbe in izbiro, ki jo imajo stranke na voljo (glej v tem smislu sodbo z dne 6. julija 2010, Ryanair/Komisija, T-342/07, EU:T:2010:280, točka 224).
- 361 Dejstvo, da ta problematika ni bila poglobljeno preučena, pomeni pomanjkljivost analize, ki jo je opravila Komisija v izpodbijanem sklepu, zato bi morala biti ta analiza, da bi se lahko sprejela, podkrepljena s posebej trdnim in prepričljivim razlogovanjem glede učinkov na konkurente.

1) Učinki na družbo BT/EE

- 362 Prvič, pravila Unije o konkurenci so večinoma namenjena zavarovanju konkurenčnega procesa kot takega, ne pa konkurentov. V zvezi s tem je Komisija v Smernicah o presoji nehorizontalnih združitvev na podlagi uredbe Sveta o nadzoru koncentracij podjetij (UL 2008, C 265, str. 6)

upravičeno opozorila, da dejstvo, da združitev vpliva na konkurente, samo po sebi ni problematično. Zlasti dejstvo, da so lahko konkurenti oškodovani, saj združitev ustvarja povečanje učinkovitosti, samo po sebi ne more povzročiti težav glede konkurence.

- 363 To razlogovanje se po analogiji uporablja v okviru horizontalne koncentracije, pa tudi v okviru omejenega oligopola, kakršen je ta iz obravnavane zadeve.
- 364 V obravnavani zadevi Komisija v točki 1265 obrazložitve izpodbijanega sklepa pojasnjuje, da bi bil eden od načinov oslabitve konkurenčnega položaja enega od partnerjev v sporazumih o skupni rabi omrežja ta, da se poslabša kakovost omrežja, na katerega se nanaša eden ali drugi od teh dveh sporazumov. To se zdi Komisiji še posebej upoštevno za partnerja v sporazumu o skupni rabi omrežja, ki ne bo podlaga za konsolidirano omrežje združenega subjekta.
- 365 Iz točk 1430 in 1431 obrazložitve izpodbijanega sklepa na primer izhaja, da je po načrtu [A] združen subjekt predvidel neuporabo [zaupno] lokacij MBNL. Vendar naj bi bil še naprej zavezan k delitvi stroškov za te lokacije zaradi zavez, ki jih je sprejel do družbe Three leta 2009 v okviru koncentracije T-Mobile/Orange (zadeva COMP/M.5650), katerih namen je bil odprava bojazni, ki jih je izrazila družba Three, [zaupno].
- 366 Ohranitev obveznosti delitve stroškov v zvezi z lokacijami, ki so v okviru obravnavane koncentracije postale odvečne, pa bi ugodno vplivala na konkurenčni položaj družbe BT/EE, čeprav je Komisija upravičeno menila, da bi se s tem povečale spodbude strankama koncentracije k zmanjšanju takih stroškov. Vendar morebitno zmanjšanje spodbude strankama koncentracije, da bi še naprej vlagali v te odvečne lokacije, nima nesorazmernega vpliva na konkurenčni položaj družbe BT/EE niti ne pomeni bistvenega oviranja učinkovite konkurence.
- 367 Kot je v zvezi s tem pravilno ugotovila Komisija v točki 1679 obrazložitve izpodbijanega sklepa, čeprav povečanje stroškov konkurenčnega operaterja ne povzroči nujno oviranja konkurence, pa mora Komisija vsekakor dokazati, da njena teorija škode temelji na vzročni zvezi med domnevnim zvišanjem fiksnih stroškov in zvišanjem prirastnih stroškov, ki bi povzročilo zmanjšanje števila naložb, poslabšanje kakovosti storitev, ponujenih na trgu, ali, če bi se stroški z zvišanjem cen prevalili na potrošnike, zmanjšanje konkurenčnega pritiska družb BT/EE in Vodafone na trgu.
- 368 V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni predložila dokaza o takšni vzročni zvezi, s katerim bi zadostila dokaznim standardom, ki se uporabljajo v obravnavani zadevi in so bili navedeni v točki 111 zgoraj.
- 369 V zvezi s tem iz ničesar v izpodbijanem sklepu ni mogoče sklepati, da bi se v okviru oligopolnega trga v telekomunikacijskem sektorju, na katerem deluje omejeno število operaterjev, izguba konkurenčnega pritiska enega samega operaterja „zelo verjetno“ pokazala v splošni izgubi konkurence na tem trgu, kot trdi Komisija v točki 1679 obrazložitve izpodbijanega sklepa.
- 370 Drugič, Splošno sodišče ugotavlja – ker je bilo v točki 96 zgoraj že navedeno, da mora v okviru teorije škode, ki temelji na neusklajenih učinkih, koncentracija vključevati „odstranitev pomembnega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankami koncentracije“ – da zgolj učinek zmanjšanja konkurenčnega pritiska, ki so ga izvajali preostali konkurenti na trgu, kar se tiče kakovosti, sam zase ne zadostuje kot dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence.

- 371 Vendar je Komisija v svojih ugotovitvah zgolj navedla, da bo zaradi zmanjšanja udeležbe družbe Three družba BT/EE verjetno nosila – ali vsaj pričakuje, da bo nosila – višje stroške za vzdrževanje obstoječega omrežja (točke od 1445 do 1455 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in njegovo izboljšanje (točka 1530 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 372 Drugače povedano, Komisija v izpodbijanem sklepu ni pravno zadostno dokazala, da se bo zaradi mogočega povečanja stroškov zmanjšala sposobnost družbe BT/EE za naložbe. Prav tako ni navedla, katere vrste naložb bi bile prizadete ali bi se lahko delile v nasprotju s tistimi, za katere to ne bi veljalo. Zdi se namreč, da izpodbijani sklep temelji na bolj ali manj neverjetnih hipotezah o tem, da se družba BT/EE sploh ne bi nikakor odzvala in bi po povečanju svojih stroškov preprosto prenehala vlagati.
- 373 Dalje, kot je Splošno sodišče že ugotovilo v točki 280 zgoraj, je iz dokazov, predloženih v upravnem postopku, razvidno, da je sicer mogoče dokazati pozitivno korelacijo med koncentracijami, pri katerih se število operaterjev v sektorju mobilnih telekomunikacij s štirih zmanjša na tri, in zvišanjem cen, vendar je mogoče hkrati dokazati tudi korelacijo med navedenimi koncentracijami in povečanjem naložb v omrežja s strani operaterja mobilnega omrežja.
- 374 Tretjič, glede možnosti, da bi lahko družba Three ovirala enostranske ukrepe družbe BT/EE, navedene v točkah od 1473 do 1522 obrazložitve izpodbijanega sklepa, je treba ugotoviti, da to razlogovanje, ki se nanaša zlasti na pripombe družbe BT/EE in izpodbijano razlago MBNL, kot tako ne zadostuje za to, da bi z njim dokazali obstoj bistvenega oviranja učinkovite konkurence v obravnavani zadevi v zvezi z načrtom [A].
- 375 Prvič, taka morebitna škoda za konkurenco namreč ne bi smela temeljiti na možnosti, da se stranki koncentracije enostransko odločita za poslabšanje kakovosti lastnega omrežja, ampak na mogočih učinkih koncentracije na drugega partnerja sporazuma o skupni rabi omrežja.
- 376 Drugič, niz razlogov in učinkov po tej hipotezi je še posebej šibek. Predvsem teza Komisije temelji na trditvi, da bi za to, da bi se lahko mehanizem oviranja naložb družbe BT/EE sprožil na pobudo družbe Three, [zaupno].
- 377 [zaupno].
- 378 Poleg tega bi teza Komisije pomenila, da je mogoče mehanizem, ki sta ga stranki določili v okviru odnosa poslovnega sodelovanja, preprosto zlorabiti, te zlorabe pa bi resno škodovali enemu ali obema partnerjema. Nazadnje, pomenila bi, da družba BT/EE v odnosu do družbe Three nima nobene možnosti za učinkovite povračilne ukrepe z odpovedjo sporazuma MBNL ali ponovnimi pogajanjmi o njem ali s tem, da pri Komisiji vloži zahtevo za revizijo zavez, ki jih je sprejela družba Three in so bile navedene v točki 329 zgoraj.
- 379 Dejstvo, da je tak razvoj s teoretičnega vidika mogoč, še ne pomeni, da je morebitni pojav takega zaporedja dogodkov dovolj realističen in verodostojen ter da bi povzročil nezmožnost družbe BT/EE, da ponudi raven storitev, ki bi ji omogočila učinkovito konkuriranje z združenim subjektom.

2) Učinki na družbo Vodafone

- 380 Splošno sodišče uvodoma ugotavlja, da bi bil očitek glede učinkov na družbo Vodafone upošteven le, če bi bil v obravnavani zadevi najverjetnejši načrt konsolidacije alternativnega omrežja, kar pa tožeča stranka izpodbija.
- 381 Prvič, Splošno sodišče meni – kot je bilo že ugotovljeno v zvezi z družbo BT/EE – da zgolj dejstvo, da bi družba Vodafone po koncentraciji izvajala manjši konkurenčni pritisk, še ne zadostuje kot dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence v obravnavani zadevi.
- 382 Drugič, Splošno sodišče v zvezi z učinki na omrežje družbe Vodafone ugotavlja, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni dokazala, da bi povečanje stroškov učinkovalo na spodbude družbi Vodafone k vlaganju v svoje omrežje.
- 383 Kot je bilo ugotovljeno v točkah 1680 in 1681 obrazložitve izpodbijanega sklepa, namreč drži, da [*zaupno*].
- 384 Vendar taki učinki koncentracije, ki bi povzročili [*zaupno*], za kar je *a priori* manj verjetno, da bi spodbudilo tajno dogovarjanje, ne bi nujno pomenili zmanjšanja naložb družbe Vodafone. Predvsem Komisija v točki 1643 obrazložitve izpodbijanega sklepa priznava, da bi bila družba Vodafone zmožna absorbirati povečanje stroškov, ki bi ga povzročila koncentracija.
- 385 Kot v zvezi s tem ugotavlja Komisija v točki 1683 obrazložitve izpodbijanega sklepa, poslabšanje kakovosti omrežja ni posledica potencialne ali zatrevane nezmožnosti družbe Vodafone, da sama izvede potrebne naložbe [*zaupno*], ampak bi bila to posledica ekonomske odločitve, ki bi jo morala ta družba sprejeti [*zaupno*] po simulacijskem modelu, ki ga je predložila v upravnem postopku.
- 386 Vendar teorija škode Komisije temelji zlasti na spodbudah družbi Vodafone, da omeji naložbe v lastno omrežje na podlagi modeliranja te družbe, kar napeljuje na to, da bi bilo [*zaupno*] utemeljeno z ekonomskega vidika (točka 1643 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 387 V obravnavani zadevi Komisija v točki 1645 obrazložitve izpodbijanega sklepa v bistvu trdi, da bo „[*zaupno*] pokritosti na trgu, na katerem vsi operaterji zagotavljajo [*zaupno*], bistveno zmanjšalo konkurenčnost tarif, ki jih ponuja družba Vodafone“.
- 388 Čeprav se lahko podvomi o tem, da bi bilo mogoče tak učinek, ki ne bi izhajal iz prihodnjih odločitev združenega subjekta, ampak enega od njegovih konkurentov, obravnavati kot neposredno in takojšnjo posledico koncentracije, Komisija v izpodbijanem sklepu vsekakor ni pravno zadostno in v skladu z dokaznim standardom, ki se uporablja, dokazala, da bi bila taka odločitev družbe Vodafone dovolj realistična in verodostojna posledica koncentracije, da bi spremenila dejavnike, ki določajo stanje konkurence na prizadetih trgih, in da bi v obravnavani zadevi pomenila „bistveno“ oviranje učinkovite konkurence na zadevnem trgu.
- 389 V zvezi s tem Komisija v izpodbijanem sklepu ni uspela dokazati, na kakšni podlagi bi se družba Vodafone, čeprav se njena zmožnost kritja povečanja stroškov ne izpodbija, prostovoljno odločila za poslabšanje kakovosti lastnega omrežja ali za to, da vanj ne bi vlagala.
- 390 Pa tudi če bi bilo tako, je presoja kakovosti kot enega od nosilcev konkurence pogosto zapletena in nenatančna naloga, pri kateri je treba v vsakem posameznem primeru uravnotežiti načine dojemanja različnih potrošnikov, kar še zlasti velja za visokotehnološke panoge.

- 391 Celo če bi se torej družba Vodafone prostovoljno – na podlagi donosnosti svojih lokacij – odločila zmanjšati [zaupno] svojo stopnjo pokritosti omrežja na trgu, na katerem bi morali vsi operaterji zagotavljati stopnjo pokritosti omrežja [zaupno], se v obravnavani zadevi zdi verjetneje, da bi se ta družba umaknila in poslabšala kakovost svojega omrežja samo v najmanj naseljenih regijah, ki so torej najmanj donosne.
- 392 Tudi če bi po poslovni odločitvi družbe Vodafone, da ne bo več vlagala v slabo donosne lokacije [zaupno], in sicer še zlasti na redko poseljenih območjih, moralo priti do poslabšanja kakovosti omrežja, kot trdi Komisija, bi tak učinek koncentracije lahko učinkovito odpravili regulacijski organi Združenega kraljestva.
- 393 Tretjič, še drugi dejavniki vzbuja dvome o verjetnosti analize, ki jo je opravila Komisija v izpodbijanem sklepu. Po eni strani, ker je Komisija v točki 1736 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da bi združeni subjekt vlagal v svojo infrastrukturo [zaupno], se zdi verjetno, da bi podobne naložbe lahko izvedla [zaupno] tudi družba Vodafone.
- 394 Po drugi strani [zaupno] so stranke tega sporazuma že predvidele možnost, da se bodo stroški, ki jih nosijo stranke, povečali po [zaupno].
- 395 Ker je bila možnost take spremembe sporazuma o skupni rabi omrežja že predvidena, si je težko zamisliti, da bi izvedba take pogodbene možnosti dejansko bistveno škodovala družbi Vodafone.
- 396 Ugotoviti je torej treba, da Komisija v izpodbijanem sklepu ni pravno zadostno dokazala nezmožnosti družbe Vodafone za učinkovito izvajanje konkurence niti tega, da bi se kakršno koli povečanje stroškov te družbe preneslo na potrošnike v obliki zvišanja cene.
- 397 Iz tega sledi, da je treba tretjemu, četrtemu in petemu delu tretjega tožbenega razloga, ki so bili obravnavani skupaj, ugoditi.

c) Vpliv okrepljene preglednosti na globalne naložbe v omrežja

- 398 V okviru šestega dela tretjega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da je Komisija napačno uporabila pravo in storila očitne napake pri presoji, ker je učinke koncentracije na naložbe v omrežja analizirala v okviru načrta [B] in načrta [A].
- 399 Tožeča stranka zlasti trdi, da spada mehanizem, zaradi katerega bi se lahko v okviru načrta [B] zaradi povečane preglednosti naložb med operaterji mobilnih omrežij zmanjšala spodbuda tem operaterjem za vlaganje v omrežja (točke od 1732 do 1742 obrazložitve izpodbijanega sklepa), v skladu s točko 22 Smernic med usklajene, ne pa neusklajene učinke.
- 400 Komisija ob podpori Združenega kraljestva navaja, da ni trdila, da bi družbi BT/EE in Vodafone uskladili svoja ravnanja in se torej tajno dogovorili, da ne bosta vlagali, ali da bi sprejeli povračilne ukrepe, če bi ena od njiju vlagala, ampak je menila, da ne bi bil ob neobstoju pobude za vlaganje s strani združenega subjekta noben drug operater mobilnih omrežij enostransko spodbujen k naložbam v nove tehnologije. Komisija naj bi se torej oprla na zmanjšanje konkurenčnega pritiska in enostranskih spodbud za naložbe v omrežje, kar naj bi bilo v skladu s točko 24 Smernic dejansko enostranski ali neusklajeni učinek koncentracije.

- 401 Družba BT/EE trdi, da Komisija ni opravila analize usklajenih učinkov, ampak je zgolj priznala, da je maloprodajni trg oligopolni trg. Na takem trgu pa naj bi bili vsi dobavitelji običajno pozorni na ravnanja svojih konkurentov in naj bi se nanje razumno odzivali.
- 402 Splošno sodišče uvidoma ugotavlja, da je Komisija v točki 1562 obrazložitve izpodbijanega sklepa menila, da je malo verjetno, da bi lahko povečana preglednost naložb med operaterji mobilnih omrežij bistveno negativno vplivala na naložbe v okviru načrta [A] (točka 1564 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 403 Komisija je v točki 1735 obrazložitve izpodbijanega sklepa poleg tega menila, da bi lahko načrt [B] bistveno negativno vplival na naložbe v omrežja na ravni sektorja, saj bi bil lahko združen subjekt obveščen o naložbah družbe BT/EE.
- 404 Poleg tega – in kot je priznala tudi sama tožeča stranka v svoji analizi konsolidacijskih možnosti – možnost [zaupno], navedena v točkah 1388 in 1389 obrazložitve izpodbijanega sklepa, ob upoštevanju predvidljivih pridržkov organov za varstvo konkurence in majhne verjetnosti, da bi bila taka možnost odobrena, ni bila sprejeta.
- 405 V obravnavni zadevi je Komisija v točki 1389 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da bi koncentracija neposredno kljub vsemu povzročila položaj negotovosti, saj naj novi subjekt ne bi mogel takoj izvesti niti načrta [B] niti načrta [A]. V vmesnem obdobju in kratkoročno [zaupno].
- 406 Združen subjekt bi bil lahko kvečjemu spodbujen k izvedbi enakih naložb tako na vzhodu kot tudi na zahodu države, kar naj bi družbama BT/EE in Vodafone navsezadnje omogočilo seznanitev z naložbami vsake od njiju (točki 1735 in 1736 obrazložitve izpodbijanega sklepa). Zaradi te povečane preglednosti naj bi tako nastalo tveganje, da bi družbi BT/EE in Vodafone čakali, da bo združen subjekt izvedel nekatere naložbe, večinoma povezane z razvojem novih tehnologij, in šele nato tudi sami vlagali (točke 1737, 1739 in 1740 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 407 Drugače povedano, Komisije meni, da njeni pomisleki v okviru druge teorije škode temeljijo na zmanjšanju spodbud vsakemu operaterju mobilnega omrežja k proaktivnemu vlaganju in izboljšanju svojega omrežja ter na zmanjšanju konkurenčnega pritiska, ki bi iz tega nujno izhajal. To zmanjšanje naj bi bilo posledica strukture trga, ki bi prevladovala v okviru načrta [B], [zaupno], in povečane preglednosti nad naložbenimi strategijami vsakega operaterja mobilnega omrežja, ki bi jo ta struktura prinesla.
- 408 Splošno sodišče v zvezi s tem v obravnavani zadevi ugotavlja posebno težavo v zvezi s sodnim nadzorom, ki ga mora opraviti nad izpodbijanem sklepom, in sicer to, da Komisija ni navedla ustreznega časovnega okvira, v katerem želi dokazati bistveno oviranje učinkovite konkurence. Komisija je namreč v izpodbijanem sklepu analizirala takojšnje učinke koncentracije, ki bi jih tako kratko- kot srednjeročno povzročil učinek začasnega delnega prekrivanja obeh sporazumov o skupni rabi omrežij, ter srednje- in dolgoročne učinke v zvezi z načrti za konsolidacijo omrežja, ne da bi jasno navedla, katera od številnih obstoječih možnosti bi bila najverjetnejša ali z vidika katere možnosti ali katerih možnosti bi bilo treba prednostno preučiti učinke koncentracije na konkurenco.
- 409 Zato je Splošno sodišče stranki med pripravami na obravnavo pozvalo, naj izoblikujeta svoji stališči o ustreznem časovnem okviru za presojo učinkov koncentracije na konkurenco.

- 410 Splošno sodišče ugotavlja, da je zlasti v točkah 1239 in 1244 obrazložitve izpodbijanega sklepa dokazano, da stranki koncentracije v obravnavani zadevi – ne glede na to, kateri načrt konsolidacije omrežja bi konec koncev uresničili – dolgoročno ne bi ohranili dveh ločenih omrežij in ne zdi se, da bi bil dolgoročni položaj v izpodbijanem sklepu obravnavan kot ustrezni časovni okvir za presojo učinkov koncentracije.
- 411 V zvezi s tem je iz točke 1244 obrazložitve izpodbijanega sklepa razvidno, da združeni subjekt po načrtih tožeče stranke dolgoročno ne bi še naprej ohranjal dveh ločenih omrežij. Združeni subjekt bi se moral dolgoročno osredotočiti na enega od obeh sporazumov o skupni rabi omrežja.
- 412 Komisija je poleg tega v točki 1239 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotovila, da bi bila po koncentraciji približevanje interesov in vzajemna odvisnost verjetno prekinjena v obeh obstoječih sporazumih o skupni rabi omrežja na trgu mobilnih telekomunikacij v Združenem kraljestvu. Ugotovila je, da bi se združeni subjekt sicer opiral na obe omrežji, da bi tako še naprej zagotavljal mobilne telekomunikacijske storitve strankam družb Three in O2, vendar bi bil spodbujen k temu, da dolgoročno ne bi več ohranil dveh omrežij. Po mnenju Komisije bo to neizogibno zmotilo približevanje interesov z vsaj enim od obeh partnerjev sporazumov o skupni rabi omrežja.
- 413 Komisija je v opombi št. 1012 k izpodbijanemu sklepu navedla, da se zdi delovanje dveh ločenih omrežij z nacionalno pokritostjo iz več razlogov zelo neverjetno. Prvič, oba načrta konsolidacije omrežja, ki ju je tožeča stranka predložila kot edini realistični možnosti, predvidevata izoblikovanje enega konsolidiranega omrežja. Drugič, z ekonomskega vidika se zdi nespametno izkoriščati dve ločeni omrežji tako po koncentraciji kot tudi na samostojni osnovi, še zlasti kar se tiče prihodnjih naložb. Komisija navaja, da bi moral združeni subjekt v tem primeru podvojiti naložbe, da bi jih lahko ponudil vsem svojim strankam.
- 414 Družba BT/EE je Splošno sodišče opozorila na to, da je Komisija v nekaterih zadevah v zvezi s koncentracijami kot osnovo uporabila analizo dolgoročnih učinkov, pri čemer je navedla zadevo COMP M.2375, Shell/Enterprise Oil (2002), v kateri je za analizo učinkov koncentracije upoštevala več kot desetletno obdobje.
- 415 Splošno sodišče ugotavlja, da je analiza učinkov koncentracije na oligopolnem trgu v telekomunikacijskem sektorju, za katerega so potrebne dolgoročne naložbe in na katerem so potrošniki pogosto vezani z večletnimi pogodbami, dinamična napovedi, v okviru katere je treba upoštevati morebitne usklajene ali enostranske učinke v relativno dolgem časovnem obdobju v prihodnosti.
- 416 Ne glede na to, za kakršen načrt konsolidacije omrežja bi se stranki koncentracije navsezadnje odločili, pa dolgoročno ne bi ohranili dveh ločenih omrežij. Torej je treba tezo Komisije v zvezi z vplivom okrepljene preglednosti na globalne naložbe v omrežja zavrnil, saj temelji na hipotezi, po kateri bi obstajali dve ločeni omrežji.
- 417 Zato je treba šestemu delu tretjega tožbenega razloga ugoditi, saj je Komisija napačno uporabila pravo s tem, da je vpliv okrepljene preglednosti na globalne naložbe v omrežja opredelila kot neusklajen učinek.
- 418 Zato je treba v zvezi z drugo teorijo škode tretjemu tožbenemu razlogu ugoditi, ne da bi bilo treba preučiti njegove preostale dele.

E. Tretja teorija škode, ki se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov na veleprodajnem trgu

- 419 Tretja teorija škode, ki je bila razvita v točkah od 1815 do 2314 obrazložitve izpodbijanega sklepa, se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov na veleprodajnem trgu, povezanih z odstranitvijo pomembnih konkurenčnih pritiskov. Štirje operaterji mobilnega omrežja na tem trgu zagotavljajo storitve gostovanja ponudnikom mobilnih storitev brez lastnega mobilnega omrežja, ki nato ponujajo maloprodajne storitve naročnikom. Zaradi koncentracije bi se po mnenju Komisije število operaterjev mobilnih omrežij, ki bi želeli gostiti ponudnike mobilnih storitev brez lastnega mobilnega omrežja, zmanjšalo.
- 420 Natančneje, Komisija meni, da je bila družba Three pred koncentracijo „pomembno gonilo konkurence“ na veleprodajnem trgu. V zvezi s tem je Komisija zlasti ugotovila, da družba Three kljub zgodovinsko majhnemu deležu, ki je v letih 2014 in 2015 znašal [med 0 in 5 %] (točke od 1856 do 1867 obrazložitve izpodbijanega sklepa), beleži bruto prirast strank, večji od svojega tržnega deleža (točke od 1868 do 1920 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 421 Za to je Komisija izračunala vrednost pogodb s strankami med letoma 2012 in 2015. Po njenem izračunu naj bi bil delež, ki ga je pridobila družba Three, med [zaupno] po ponderiranju glede na pričakovano vrednost teh strank leta 2018. Komisija še ugotavlja, da je družba Three bistveno izboljšala svoj položaj na veleprodajnem trgu, da je sodelovala v več razpisnih postopkih, zlasti za največje ponudnike mobilnih storitev brez lastnega mobilnega omrežja, in da je sklenila več naročil s takimi ponudniki s potencialom rasti. Pri tem navaja, da njena navzočnost vpliva na konkurenco v pogajanjih na veleprodajnem trgu, tudi če ne dobi naročila, da ponuja konkurenčne veleprodajne cene za nove tehnologije, kakršna je 4G, in da se šteje za pomembno konkurentko (točke od 1921 do 2125 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 422 Komisija poleg tega v točki 2210 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da, prvič, bi se s koncentracijo zmanjšale spodbude združenemu subjektu za vzdrževanje konkurence, saj bi imel ta subjekt širši bazen strank na maloprodajnem trgu, s čimer bi se povečala tveganja za „kanibalizacijo“ (točka 2209 obrazložitve izpodbijanega sklepa), in drugič, bi imela koncentracija negativne učinke na sposobnost in spodbude družbama BT/EE in Vodafone za vzdrževanje konkurence (točka 2291 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 423 Komisija v točki 2313 obrazložitve izpodbijanega sklepa ugotavlja, da bi koncentracija lahko povzročila pomembne neusklajene učinke na veleprodajnem trgu zaradi zmanjšanja števila operaterjev mobilnih omrežij s štirih na tri, izključitve družbe Three kot pomembnega gonila konkurence v skladu s točko 37 Smernic, odprave velikega konkurenčnega pritiska, ki je pred tem obstajal med strankama, in zmanjšanja konkurenčnih pritiskov na preostale udeležence. Poleg tega naj operaterji mobilnih omrežij, ki si konkurirajo, ne bi imeli niti sposobnosti niti potrebnih spodbud za zoperstavljanje neusklajenim protikonkurenčnim učinkom koncentracije.
- 424 S četrtem tožbenim razlogom tožeča stranka trdi, da je Komisija v izpodbijanem sklepu pri obravnavanju neusklajenih učinkov na veleprodajnem trgu storila napake pri uporabi prava in očitne napake pri presoji ter bistvene kršitve postopka, in sicer zlasti zaradi njenih ugotovitev, v skladu s katerimi, prvič, naj bi koncentracija bistveno ovirala učinkovito konkurenco na veleprodajnem trgu (prvi del), drugič, je družba Three „pomembno gonilo konkurence“ na veleprodajnem trgu (drugi in tretji del), tretjič, bi imel združen subjekt manjšo spodbudo za kljubovanje konkurenci (četrti del), in četrtič, njegovi konkurenti ne bi imeli niti sposobnosti niti

potrebnih spodbud za konkuriranje z njim (peti del), pa tudi ker je Komisija upoštevala trditve tretjih oseb (šesti del). Tožeča stranka meni, da bi bilo treba izpodbijani sklep zaradi vsake od teh napak razglasiti za ničen.

- 425 Najprej je treba skupaj preučiti prve tri dele četrtega tožbenega razloga, ki se nanašajo na napake pri ugotovitvi, da bi koncentracija bistveno ovirala učinkovito konkurenco na veleprodajnem trgu, in na očitno napako pri presoji v zvezi z ugotovitvijo, da je družba Three „pomembno gonilo konkurence“.
- 426 S prvim delom četrtega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da koncentracija – ker je delež družbe Three na veleprodajnem trgu leta 2014 znašal [med 0 in 5 %] in tega praga ni nikoli presegel, česar naj Komisija ne bi izpodbijala (točka 1856 obrazložitve izpodbijanega sklepa) – ne bi imela bistvenega učinka na konkurenco. V zvezi s tem naj bi izpodbijani sklep temeljil izključno na ugotovitvah v zvezi z izključitvijo družbe Three kot „pomembnega gonila konkurence“.
- 427 Z drugim in tretjim delom četrtega tožbenega razloga tožeča stranka trdi, da Komisija ni pojasnila, zakaj naj bi bila konkurenca, ki jo na veleprodajnem trgu izvaja družba Three, še posebej zmogljiva v primerjavi s konkurenco, ki jo izvajajo preostali operaterji, katerih predvidljivi tržni delež ni bil preučen. Ne samo da naj bi bili vsi preostali akterji na trgu precej močnejši od družbe Three, ampak naj bi bil ta položaj tudi trajen, majhna pridobitev tržnih deležev, ki jo je v zadnjem času zabeležila družba Three, pa naj bi ostala postranska in brez vpliva na konkurenčno strukturo ali dinamiko trga. Poleg tega naj bi Komisija s tem, da je družbo Three štela za „pomembno gonilo konkurence“ storila napake tako pri analizi tržnih deležev kot tudi pri analizi bruto deleža novih strank družbe Three in kvalitativni analizi pomena družbe Three na veleprodajnem trgu.
- 428 Natančneje, glede zadnjenavedenega vidika tožeča stranka trdi, da diagram št. 125 iz izpodbijanega sklepa, ki ponazarja deleže vseh štirih operaterjev mobilnih omrežij na veleprodajnem trgu, kot jih je ocenila Komisija, jasno kaže na šibkost položaja družbe Three v primerjavi z njenimi konkurenti.[*zaupno*]
- 429 Komisija naj bi v točki 1920 obrazložitve izpodbijanega sklepa prav tako napačno trdila, da tržni delež družbe Three ne odraža sedanje konkurenčne moči te družbe niti njene teže v prihodnjem konkurenčnem procesu, in sicer na podlagi projekcije njenega bruto deleža novih strank, večjega od podatkov na sedanjem trgu.
- 430 Nazadnje, po navedbah tožeče stranke je dejstvo, da družba Three ni sodelovala [*zaupno*] na sedmih velikih razpisih, naslovljenih na širšo javnost, v treh predhodnih letih, pa tudi [*zaupno*], v nasprotju s trditvijo, da bi bila lahko družba Three verodostojna tekmica in „pomembno gonilo konkurence“ na veleprodajnem trgu.
- 431 Komisija te trditve izpodbija.
- 432 Komisija zlasti trdi, da dajejo tržni deleži in njihovo povečevanje samo prve podatke o tržni moči (točka 27 Smernic) in da je v Smernicah predlaganih več položajev, v katerih naj majhni tržni deleži ne bi bili v nasprotju s tem, da koncentracija povzroči težave glede konkurence, na primer kadar ima zadevno podjetje večjo vlogo, kakor bi nakazovali njegovi tržni deleži (glej točko 37 Smernic). Torej dejstvo, da ima družba Three na veleprodajnem trgu le majhne tržne deleže, ne more samodejno privedi do ugotovitve, da koncentracija ne more povzročiti bistvenega oviranja učinkovite konkurence.

- 433 Poleg tega Komisija meni, da so tržni deleži, njihovo povečevanje in rast stopnje koncentracije, čeprav so zgolj prvi podatek o tržni moči, elementi, ki se lahko upoštevajo na oligopolnih trgih, na katerih ima to, da je podjetje „pomembno gonilo konkurence“, bistveno vlogo.
- 434 Splošno sodišče ugotavlja, da samo z zmanjšanjem števila operaterjev na veleprodajnem trgu s štirih na tri v obravnavani zadevi ni mogoče dokazati bistvenega oviranja konkurence na veleprodajnem trgu. Kot je namreč razvidno iz uvodne izjave 25 Uredbe št. 139/2004, mnogi oligopolni trgi izkazujejo stopnjo konkurence, ki jo je mogoče opredeliti kot zdravo.
- 435 Splošno sodišče glede tržnih deležev ugotavlja, da ni sporno, da je bil tržni delež družbe Three na veleprodajnem trgu v letih 2014 in 2015 zelo majhen, in sicer [med 0 in 5 %].
- 436 V zvezi s tem je Komisija poleg tega med postopkom pred Splošnim sodiščem priznala, da dajejo v skladu s točko 27 Smernic tržni deleži in njihovo povečevanje samo prve podatke o tržni moči, saj je splošno sprejeto – tudi v njeni praksi odločanja – da so majhni tržni deleži na splošno dober pokazatelj neobstoja velike tržne moči.
- 437 Tako kot je namreč obstoj velikih tržnih deležev izjemno pomemben, pri čemer je razmerje med tržnimi deleži, ki jih imajo stranke, udeležene pri koncentraciji, in njihovi konkurenti, upoštevni pokazatelj obstoja prevladujočega položaja ali bistvenega oviranja učinkovite konkurence, saj omogoča presojo konkurenčne sposobnosti konkurentov zadevnega podjetja (sodba z dne 23. februarja 2006, Cementbouw Handel Industrie/Komisija, T-282/02, EU:T:2006:64, točka 201), posebej majhen tržni delež, ki ga ima ena od strank koncentracije, na prvi pogled kaže na neobstoje bistvenega oviranja učinkovite konkurence, še zlasti če imajo drugi subjekti bistveno večje tržne deleže.
- 438 Čeprav ni mogoče izključiti možnosti, da kljub sorazmerno majhnemu tržnemu deležu ene od strank koncentracije ta bistveno vpliva na učinkovito konkurenco, mora prepričljive dokaze za to predložiti Komisija.
- 439 Prvič, skupni tržni delež, ki znaša [med 30 in 40 %], v obravnavani zadevi ne kaže na nastanek ali krepitev prevladujočega položaja ali kot tak celo na bistveno oviranje učinkovite konkurence.
- 440 Drugič, Splošno sodišče ugotavlja, da je Komisija v točki 1865 obrazložitve izpodbijanega sklepa navedla, da bi indeks HHI, ki bi ga ustvarila koncentracija, presegel prag, določen v Smernicah.
- 441 Glede izračuna indeksa HHI je v točki 14 Smernic določeno, da tržni deleži ali stopnja koncentracije pogosto zagotavljajo koristen prvi podatek o strukturi trga ter pomembnosti udeležencev združitve. Iz točke 16 Smernic tudi izhaja, da lahko celotna stopnja koncentracije na trgu zagotovi koristne podatke o stanju na področju konkurence.
- 442 Točke od 19 do 21 Smernic opredeljujejo mejne vrednosti indeksa HHI, pod katerimi koncentracija najverjetneje ne povzroča težav glede konkurence. Komisija tako meni, da je malo verjetno, da bi združitev povzročila težave glede horizontalne konkurence na trgu, kadar je indeks HHI po združitvi med 1000 in 2000 in delta pod 250, ali kadar je indeks HHI po združitvi nad 2000 in delta pod 150, razen v posebnih okoliščinah.

- 443 Tožeča stranka je pred Splošnim sodiščem trdila – Komisija pa tega ni ovrgla – da bi bila delta v obravnavani zadevi le [zaupno]. Splošno sodišče ugotavlja, da ta vrednost sicer presega mejno vrednost, pod katero je načeloma izključeno, da bi koncentracija povzročala težave glede konkurence. Vendar je v drugem stavku točke 21 Smernic natančno opredeljeno, da preseganje teh mejnih vrednosti še ne pomeni, da je treba predpostaviti obstoj težav glede konkurence.
- 444 Ugotoviti pa je treba, da bolj kot je izrazito to preseganje, bolj te vrednosti kažejo na težave glede konkurence (glej v zvezi s tem sodbo z dne 9. julija 2007, Sun Chemical Group in drugi/Komisija, T-282/06, EU:T:2007:203, točka 138), ter da je v tej zadevi delta le [zaupno] nad pragom, določenim v Smernicah o horizontalnih združitvah.
- 445 V obravnavani zadevi Splošno sodišče ugotavlja, da se Komisija pri ugotovitvi, da je družba Three „pomembno gonilo konkurence“ na veleprodajnem trgu, ni oprla na zgodovinske tržne deleže te družbe in stopnjo koncentracije, ampak na bruto deleže novih strank (točka 1857 obrazložitve izpodbijanega sklepa) in svojo kvalitativno analizo pomena družbe Three na veleprodajnem trgu.
- 446 Vendar to, da je Komisija določila, da ima družba Three v konkurenci pomembnejšo vlogo, kakor bi nakazoval njen tržni delež, še ni zadosten dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence v obravnavani zadevi.
- 447 Čeprav namreč ni izključeno, da lahko v nekaterih primerih že uporaba enega samega dejavnika iz Smernic zadostuje kot dokaz obstoja bistvenega oviranja učinkovite konkurence, Komisija v izpodbijanem sklepu ni verodostojno pojasnila, zakaj so bruto tržni deleži novih strank v obravnavani zadevi tako zelo odločilni. Drži sicer, da Komisiji ni treba v vseh primerih preučiti vseh meril, ki si jih je sama določila v Smernicah, vendar prav tako ni mogoče ugotoviti, da eno samo merilo brez podrobne preučitve dejstev zadostuje, da se dokaže bistveno oviranje učinkovite konkurence.
- 448 Tretjič, Komisija v zvezi z bruto deležem novih strank navaja, da naj bi Three pridobila približno med [zaupno] skupne vrednosti izpodbojnih pogodb v zvezi z veleprodajnimi strankami. Po navedbah Komisije bi bil – tudi ob sprejetju vseh prilagoditev, ki jih je predlagala tožeča stranka – preostali delež bruto pridobitev veleprodajnih strank veliko večji od zgodovinskega tržnega deleža družbe Three (točki 1896 in 1917 obrazložitve izpodbijanega sklepa).
- 449 Vendar zgolj to, da je bruto delež novih strank družbe Three večji od njenega tržnega deleža, v obravnavani zadevi še ne zadostuje kot dokaz bistvenega oviranja učinkovite konkurence v okoliščinah, ko je tržni delež družbe Three dejansko zelo majhen in je celo njen bruto delež novih strank na trgu, na katerem delujejo le štirje operaterji, omejen.
- 450 Ugotoviti je treba, da je na podlagi teh elementov sicer mogoče ugotoviti, da družba Three lahko tekmuje s preostalimi udeleženci na veleprodajnem trgu, da je verodostojna konkurentka in da vpliva na konkurenco, tudi kadar ne pridobi ponudb, ter da je okrepila svoj položaj na trgu, vendar pa nikakor še ne zadostujejo za to, da se ta družba šteje za „pomembno gonilo konkurence“.
- 451 Četrto in nazadnje, Komisije je glede kvalitativne analize, ki jo je opravila v zvezi s pomenom družbe Three na veleprodajnem trgu, ugotovila, da se navedena družba obravnava kot verodostojna grožnja na trgu in da je sodelovala na precej razpisih (točke od 1936 do 1987 obrazložitve izpodbijanega sklepa).

- 452 Kot pa upravičeno poudarja tožeča stranka, Komisija ni dokazala, da se merila, ki si jih je sama določila v točkah 37 in 38 Smernic, uporabljajo za družbo Three. Ugotovitve Komisije v zvezi s prihodnjim deležem družbe Three, njeno verodostojnostjo in konkurenčnimi pogoji njenih ponudb ali učinki njenega sodelovanja na razpisih (točki 2294 in 2295 obrazložitve izpodbijanega sklepa) – tudi če bi bile utemeljene – namreč ne dokazujejo, da bi se družba Three razlikovala od preostalih udeležencev na veleprodajnem trgu.
- 453 Dalje, tudi če bi bilo mogoče na podlagi elementov, ki jih je upoštevala Komisija, družbo Three šteti za „pomembno gonilo konkurence“, z njimi še ni mogoče dokazati, da je med družbama Three in O2 pred tem obstajal pomemben konkurenčni pritisk, ki ga po koncentraciji ne bi bilo več.
- 454 Zato je treba prvim trem delom četrtega tožbenega razloga ugoditi, ne da bi moralo Splošno sodišče preučiti četrti, peti in šesti del četrtega tožbenega razloga.
- 455 To pomeni, da je treba izpodbijani sklep razglasiti za ničen, ne da bi se bilo treba Splošnemu sodišču izreči o neodvisnosti ali medsebojni odvisnosti treh teorij škode ali o preostalih trditvah in tožbenih razlogih tožeče stranke.

Stroški

- 456 V skladu s členom 134(1) Poslovnika se plačilo stroškov na predlog naloži neuspeli stranki. Ker Komisija ni uspela, se ji v skladu s predlogi tožeče stranke naloži, da nosi svoje stroške in stroške tožeče stranke. Združeno kraljestvo in družba EE nosita svoje stroške na podlagi določb člena 138 Poslovnika.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (prvi razširjeni senat)

razsodilo:

- 1. Sklep Komisije C(2016) 2796 final z dne 11. maja 2016, s katerim je bila koncentracija v zvezi s prevzemom družbe Telefónica Europe plc s strani družbe Hutchison 3G UK Investments Ltd razglašena za nezdružljivo z notranjim trgov (zadeva COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), se razglasi za nič.**
- 2. Evropska komisija nosi svoje stroške in stroške družbe CK Telecoms UK Investments Ltd.**
- 3. Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter družba EE Ltd nosita svoje stroške.**

Van der Woude

Buttigieg

Nihoul

Svenningsen

Öberg

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourg, 28. maja 2020.

Podpisi

Kazalo

I.	Dejansko stanje	2
II.	Izpodbijani sklep	4
III.	Postopek	5
IV.	Predlogi strank	8
V.	Pravo	9
A.	Pravni okvir	9
1.	Intenzivnost sodnega nadzora na področju koncentracij	9
2.	Obseg spremembe, vpeljane z Uredbo št. 139/2004	10
3.	Dokazno breme in dokazni standard na področju koncentracij	13
4.	Obrazložitev	15
B.	Povzetek tožbenih razlogov in strukture tožbe	15
C.	Prva teorija škode, ki se nanaša na neusklajene učinke na maloprodajnem trgu	16
1.	Povzetek izpodbijanega sklepa	16
2.	Povzetek prvega tožbenega razloga in glavnih dokazov, predloženih v podporo prvi teoriji škode	17
a)	Analiza tržnih deležev	18
b)	Oprelitev družbe Three kot „pomembnega gonila konkurence“	19
1)	Izkrivljanje pojma „pomembno gonilo konkurence“	20
2)	Stopnja konkurenčnega pritiska družbe Three na maloprodajnem trgu	22
i)	Bruto prirast naročnikov	23
ii)	Rast naročnikov družbe Three	24
iii)	Cenovna politika družbe Three	25
iv)	Zgodovinska vloga, ki jo je družba Three odigrala na trgu	27
c)	Presoja bližine konkurenčnega razmerja	28
d)	Presoja kvantitativnih učinkov koncentracije na cene	31

1) Dokazna moč analize UPP kot prvega „sita“	32
2) Analiza UPP v obravnavani zadevi	32
e) Celovita presoja neusklajenih učinkov	35
D. Druga teorija škode, ki se nanaša na neusklajene učinke zaradi spremembe sporazumov o skupni rabi omrežja	36
1. Povzetek izpodbijanega sklepa	36
2. Tretji tožbeni razlog: napake v zvezi z neusklajenimi horizontalnimi učinki zaradi skupne rabe omrežja	39
a) Usklajenost med strankami sporazumov o skupni rabi omrežja	40
1) Novost teorije škode, kar se tiče sporazuma o skupni rabi omrežja	40
2) Domnevna paradoksalnost in napačnost teorije usklajenosti interesov ter sprememba sporazumov o skupni rabi omrežja	41
b) Učinki koncentracije na konkurente	43
1) Učinki na družbo BT/EE	44
2) Učinki na družbo Vodafone	47
c) Vpliv okrepljene preglednosti na globalne naložbe v omrežja	48
E. Tretja teorija škode, ki se nanaša na obstoj neusklajenih učinkov na veleprodajnem trgu ..	51
Stroški	55