



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 13 juli 2023 *

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	5
Förordning (EG) nr 139/2004	5
Förordning nr 802/2004	9
Riktlinjerna för horisontella koncentrationer	10
Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet	12
Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen	14
Förfarandet vid domstolen	15
Parternas yrkanden	16
Prövning av överklagandet	16
Den första grunden	17
Parternas argument	17
Domstolens bedömning	18
Den andra grunden	21
Den första delgrunden	22
– Parternas argument	22
– Domstolens bedömning	22
Den andra delgrunden	23
– Parternas argument	23

* Rättegångsspråk: engelska.

– Domstolens bedömning	23
Den tredje grunden	25
Den första delgrunden	26
– Parternas argument	26
– Domstolens bedömning	26
Den andra delgrunden	28
– Parternas argument	28
– Domstolens bedömning	29
Den tredje delgrunden	32
– Parternas argument	32
– Domstolens bedömning	33
Den fjärde grunden	36
Den första delgrunden	36
– Parternas argument	36
– Domstolens bedömning	37
Den andra delgrunden	39
– Parternas argument	39
– Domstolens bedömning	40
Den femte grunden	42
Parternas argument	42
Domstolens bedömning	43
Den sjätte grunden	45
Huruvida den sjätte grunden är verkningslös	45
– Parternas argument	45
– Domstolens bedömning	46
Den första delgrunden	47
– Parternas argument	47

– Domstolens bedömning	48
Den andra delgrunden	50
– Parternas argument	50
– Domstolens bedömning	52
Återförvisning av målet till tribunalen	53
Rättegångskostnader	54

”Överklagande – Konkurrens – Förordning (EG) nr 139/2004 – Kontroll av företagskoncentrationer – Mobila telekommunikationstjänster – Beslut varigenom en koncentration förklaras vara oförenlig med den inre marknaden – Oligopolmarknad – Påtagligt hinder för en effektiv konkurrens – Icke-samordnade effekter – Beviskrav – Europeiska kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor – Gränser för domstolsprövningen – Riktlinjerna för horisontella koncentrationer – Relevanta faktorer för att påvisa förekomsten av ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens – Begreppen ’viktig konkurrensfaktor’ och ’nära konkurrenter’ – Huruvida parterna i koncentrationen är nära konkurrenter – Kvantitativ analys av den planerade koncentrationens pris effekter – Effektivitetsvinster – Missuppfattning – Invändning som Europeiska unionens tribunal prövat ex officio – Upphävande”

I mål C-376/20 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i stadgan för Europeiska unionens domstol, som ingavs den 7 augusti 2020,

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski och C. Urraca Caviedes, därefter av F. Castillo de la Torre, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski och C. Urraca Caviedes, samtliga i egenskap av ombud,

klagande,

med stöd av

Eftas övervakningsmyndighet, inledningsvis företrädd av C. Simpson, M. Sánchez Rydelski och C. Zatschler, därefter av C. Simpson och M. Sánchez Rydelski, samtliga i egenskap av ombud,

intervenient i målet om överklagande,

i vilket de andra parterna är:

CK Telecoms UK Investments Ltd, London (Förenade kungariket), inledningsvis företrädd av J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis, S. Prichard, solicitors, O.W. Brouwer, advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, advocate, och T. Wessely, Rechtsanwalt, därefter av J. Aitken, K. Asakura, A. Coe, M. Davis, solicitors, O.W. Brouwer, advocaat, B. Kennelly, SC, A. Müller, advocate, och T. Wessely, Rechtsanwalt,

sökande i första instans

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, inledningsvis företrätt av S. Brandon, därefter av F. Shibli, båda i egenskap av ombud,

EE Ltd, Hatfield (Förenade kungariket),

intervenienter i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen),

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice-ordföranden L. Bay Larsen, avdelningsordförandena A. Arabadjiev (referent), A. Prechal, M. Safjan, P.G. Xuereb, D. Gratsias och M.L. Arastey Sahún, samt domarna J.–C. Bonichot, S. Rodin, F. Biltgen, J. Passer och Z. Csehi,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: handläggaren M. Longar,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 juni 2022,

och efter att den 20 oktober 2022 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 28 maj 2020 i mål T-399/16, CK Telecoms UK Investments/kommissionen (nedan kallad den överklagade domen, EU:T:2020:217). Genom denna dom ogiltigförklarade tribunalen kommissionens beslut C(2016) 2796 av den 11 maj 2016 om att en koncentration är oförenlig med den inre marknaden (ärende COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), publicerat i form av en sammanfattning i *Europeiska unionens officiella tidning* av den 29 september 2016 (EUT C 357, 2016, s. 15, nedan kallat det omtvistade beslutet).

Tillämpliga bestämmelser

Förordning (EG) nr 139/2004

2 I skälen 5, 6, 24, 25, 28 och 29 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, 2004, s. 1) anges följande:

- ”(5) Åtgärder måste ... vidtas för att säkerställa att omstruktureringsprocessen inte på längre sikt skadar konkurrensen. Gemenskapsrätten bör därför innehålla bestämmelser om sådana koncentrationer som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den.
- (6) Det är därför nödvändigt med en särskild rättsakt som möjliggör en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen inom gemenskapen. Den skall vara den enda rättsakt som är tillämplig på sådana koncentrationer. Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 [av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1)] har gjort det möjligt att utveckla en gemenskapspolitik på detta område. Mot bakgrund av de erfarenheter som har gjorts bör emellertid denna förordning omarbetas till en lagstiftning som är anpassad till de utmaningar som en mer integrerad marknad och den framtida utvidgningen av Europeiska unionen medför. I enlighet med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna i artikel 5 [FEU] går denna förordning inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet att se till att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids.

...

- (24) För att säkerställa ett system där det inte förekommer någon snedvridning av konkurrensen inom den gemensamma marknaden, för att främja en politik som förs i enlighet med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, måste denna förordning medge en effektiv kontroll av alla koncentrationer med utgångspunkt från deras verkningar på konkurrensen inom gemenskapen. I förordning [nr 4064/89] fastställs därför principen att om en koncentration med en gemenskapsdimension som skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, bör den förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.
- (25) Mot bakgrund av de konsekvenser som koncentrationer inom oligopolistiska marknadstrukturer kan ha, är det i ännu högre grad nödvändigt att upprätthålla en effektiv konkurrens på sådana marknader. Många oligopolistiska marknader uppvisar en sund konkurrens. Under vissa omständigheter kan dock koncentrationer som innebär att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar, leda till att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas, även när det inte är sannolikt att det förekommer samordning mellan medlemmarna i oligopolet. Gemenskapsdomstolarna har dock hittills inte uttryckligen tolkat det så att det enligt förordning [nr 4064/89] krävs att koncentrationer som ger upphov till sådana icke-samordnade effekter skall förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden. För rättssäkerhetens skull bör det därför klargöras, att denna förordning medger effektiv kontroll av alla sådana koncentrationer genom att det föreskrivs att varje koncentration, som medför att en effektiv konkurrens

inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, bör förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. Begreppet 'påtagligt hinder för effektiv konkurrens' i artikel 2.2 och 2.3 bör tolkas så, att det, utöver begreppet 'dominerande ställning', endast sträcker sig till en koncentrations konkurrenshämmande effekter till följd av ett icke-samordnat beteende hos företag som inte skulle få någon dominerande ställning på den berörda marknaden.

...

- (28) För att klargöra och förklara hur kommissionen bedömer koncentrationer enligt denna förordning bör kommissionen offentliggöra en vägledning, som bör ge en sund ekonomisk ram för bedömningen av koncentrationer när det gäller att fastställa huruvida de kan förklaras förenliga med den gemensamma marknaden eller inte.
- (29) För att fastställa en koncentrations påverkan på konkurrensen inom den gemensamma marknaden är det lämpligt att beakta alla välgrundade och sannolika effektivitetsvinster som de berörda företagen framför. Det är möjligt att de effektivitetsvinster som följer av en koncentration motverkar dess inverkan på konkurrensen och särskilt den skada för konsumenterna som den annars skulle ha kunnat medföra och att koncentrationen därför inte medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas, särskilt till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Kommissionen bör offentliggöra en vägledning om under vilka förutsättningar den kan ta hänsyn till effektivitetsvinster vid bedömningen av en koncentration.”

3 I artikel 2 i denna förordning, med rubriken ”Bedömning av koncentrationer”, föreskrivs följande:

”1. Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas i enlighet med målen i denna förordning och på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den beakta

- a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bland annat strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,
- b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, konsumentintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

2. En koncentration som inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

3. En koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

4. I den utsträckning bildandet av ett gemensamt företag som utgör en koncentration enligt artikel 3 har till syfte eller resultat att samordna konkurrensbeteendet hos företag som förblir självständiga, skall samordningen bedömas enligt kriterierna i artikel [101.1 och 101.3 FEUF], i syfte att fastställa om koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

5. Vid denna bedömning skall kommissionen särskilt beakta

- om två eller flera moderföretag samtidigt och i betydande utsträckning förblir närvarande på samma marknad som det gemensamma företaget eller i ett tidigare eller senare marknadsled i förhållande till denna marknad eller på en angränsande marknad som har nära anknytning till denna marknad,
- om den samordning som är ett direkt resultat av bildandet av det gemensamma företaget ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna eller tjänsterna i fråga.”

4 I artikel 3 i förordningen, med rubriken ”Definition av en koncentration”, föreskrivs följande i punkt 1 b:

”En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att

...

b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.”

5 I artikel 4 i samma förordning, med rubriken ”Förhandsanmälan av koncentrationer och hänskjutande före anmälan på begäran av de anmälade parterna”, anges följande i punkt 1 första stycket:

”Koncentrationer med en gemenskapsdimension enligt definitionen i denna förordning skall anmälas till kommissionen innan de genomförs och efter ingåendet av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel.”

6 I artikel 6 i förordning nr 139/2004, med rubriken ”Prövning av anmälan och inledande av förfaranden”, föreskrivs följande i punkterna 1 och 2:

”1. Kommissionen skall pröva anmälan så snart den har mottagits.

a) Om kommissionen finner att den anmälda koncentrationen inte omfattas av denna förordning skall den fastslå detta genom beslut.

- b) Om kommissionen finner att den anmälda koncentrationen omfattas av denna förordning men inte ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den besluta att inte göra invändningar mot den och skall förklara den förenlig med den gemensamma marknaden.

Ett beslut genom vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden skall anses omfatta begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande.

- c) Utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2 skall kommissionen, om den finner att den anmälda koncentrationen omfattas av denna förordning och ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, besluta att inleda ett förfarande. Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 9 skall sådana förfaranden avslutas genom ett beslut enligt artikel 8.1–8.4, om inte de berörda företagen på ett för kommissionen tillfredsställande sätt visat att de har avbrutit koncentrationen.

2. Om kommissionen sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar finner att en anmäld koncentration inte längre ger anledning till allvarliga tvivel enligt punkt 1 c, skall den förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden enligt punkt 1 b.

Kommissionen får förena det beslut som den fattar enligt punkt 1 b med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.”

- 7 I artikel 7 i denna förordning, med rubriken ”Uppskjutande av genomförandet av koncentrationer”, anges följande i punkt 1:

”En koncentration som har en gemenskapsdimension ... får varken genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den gemensamma marknaden genom ett beslut enligt artikel 6.1 b, artikel 8.1 eller 8.2 eller på grundval av en presumtion enligt artikel 10.6.”

- 8 I artikel 8 i förordningen, med rubriken ”Kommissionens befogenhet att fatta beslut”, föreskrivs följande i punkterna 1–3:

”1. Om kommissionen finner att en anmäld koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.2 och, i de fall som avses i artikel 2.4, kriterierna i artikel [101.3 FEUF], skall den fatta ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

Ett beslut genom vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden skall anses omfatta begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande.

2. Om kommissionen sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar finner att en anmäld koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.2 och, i de fall som avses i artikel 2.4, kriterierna i artikel [101.3 FEUF], skall den fatta ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen får förena sitt beslut med villkor och ålägganden för att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.

Ett beslut genom vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden skall anses omfatta begränsningar som har direkt anknytning till och är nödvändiga för koncentrationens genomförande.

3. Om kommissionen finner att en koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.[3] eller, i de fall som avses i artikel 2.[4] inte uppfyller kriterierna i artikel [101.3 FEUF], skall den fatta ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

- 9 I artikel 10 i samma förordning, med rubriken ”Tidsfrister för inledande av förfaranden och för beslut”, anges följande i punkt 6:

”Om kommissionen inte har fattat ett beslut enligt artikel 6.1 b eller c eller artikel 8.1, 8.2 eller 8.3 inom de tidsfrister som anges i punkt 1 respektive punkt 3, skall koncentrationen anses ha förklarats förenlig med den gemensamma marknaden ...”

- 10 I artikel 21 i förordning nr 139/2004, med rubriken ”Tillämpning av förordningen och behörighet” föreskrivs följande i punkt 2:

”Med förbehåll för domstolens prövningsrätt är kommissionen ensam behörig att fatta beslut enligt denna förordning.”

Förordning nr 802/2004

- 11 I artikel 3 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 21 april 2004 om tillämpning av förordning nr 139/2004 (EUT L 133, 2004, s. 1, och rättelse i EUT L 172, 2004, s. 9), i dess lydelse enligt kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 1269/2013 av den 5 december 2013 (EUT L 336, 2013, s. 1) (nedan kallad förordning nr 802/2004), föreskrivs att anmälningar ska lämnas in på det sätt som anges i det CO-formulär som återfinns i bilaga I till denna förordning.

- 12 Avsnitt 9 i denna bilaga I, med rubriken ”Effektivitetsvinster”, har följande lydelse:

”Om ni vill att kommissionen från början särskilt ska ta hänsyn till ... om de effektivitetsvinster koncentrationen ger upphov till sannolikt främjar den nya enhetens möjligheter och incitament att agera på ett konkurrensfrämjande sätt till nytta för konsumenterna, ge i så fall en beskrivning samt styrkande handlingar av varje effektivitetsvinst (inklusive kostnadsbesparingar, lansering av nya produkter samt förbättringar av tjänster eller produkter) som parterna väntar sig att den planerade koncentrationen ska leda till avseende någon relevant produkt ...

Ge följande upplysningar om varje effektivitetsvinst som påstås föreligga:

- i) En detaljerad beskrivning av hur den planerade koncentrationen skulle göra det möjligt för den nya enheten att uppnå effektivitetsvinsten. Ange vilka steg parterna räknar med att ta för att uppnå effektivitetsvinsten, vilka risker det är förknippat med att uppnå effektivitetsvinsten och hur mycket tid och kostnader som krävs för att uppnå den.

- ii) Om möjligt, kvantifiera effektivitetsvinsten och förklara i detalj hur kvantifieringen beräknades. Om det är relevant, ge en uppskattning av betydelsen av effektivitetsvinster som gäller lansering av nya produkter eller kvalitetsförbättringar. För effektivitetsvinster som omfattar kostnadsbesparingar, ange separat fasta kostnadsbesparingar av engångskaraktär, återkommande fasta kostnadsbesparingar och rörliga kostnadsbesparingar (i EUR per enhet och EUR per år).
- iii) Ange i vilken utsträckning det är troligt att konsumenterna kommer att gynnas av effektivitetsvinsten och förklara hur denna slutsats har nåtts.
- iv) Ange varför parten eller parterna inte skulle kunna uppnå effektivitetsvinsten i motsvarande omfattning på något annat sätt än genom den planerade koncentrationen, och på ett sätt som inte är troligt att orsaka konkurrensproblem.”

Riktlinjerna för horisontella koncentrationer

- 13 I kommissionens tillkännagivande ”Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer” (EUT C 31, 2004, s. 5, nedan kallade riktlinjerna för horisontella koncentrationer), anges följande i avsnittet om icke-samordnade effekter:

”Icke-samordnade effekter ...

24. En koncentration kan påtagligt hämma den effektiva konkurrensen på en marknad genom att den eliminerar ett betydande konkurrensstryck som en eller flera säljare varit utsatta för, varvid dessa följaktligen har en ökad marknadsinflytande. Den mest direkta effekten av en koncentration är att konkurrensen mellan de samgående företagen försvinner. Exempelvis om det ena av de samgående företagen hade höjt sitt pris före genomförandet av koncentrationen, skulle det ha förlorat en viss försäljning till det andra samgående företaget. Genom koncentrationen försvinner detta specifika konkurrensstryck. Företag på samma marknad som inte går samman kan också dra nytta av det minskade konkurrensstryck som följer av koncentrationen, eftersom de samgående företagens prishöjning kan styra en del av efterfrågan till de konkurrerande företagen, som i sin tur kan finna det lönsamt att höja sina priser ... Minskningen av detta konkurrensstryck skulle kunna leda till betydande prishöjningar på den relevanta marknaden.
25. I regel skulle en koncentration som ger upphov till sådana icke-samordnade effekter påtagligt hämma den effektiva konkurrensen genom att skapa eller stärka en dominerande ställning som innehas av ett enskilt företag, som i regel skulle ha en betydligt större marknadsandel än den största konkurrenten efter genomförandet av koncentrationen. Dessutom kan koncentrationer på oligopolistiska marknader ... som omfattar en eliminering av ett betydande konkurrensstryck som de samgående parterna tidigare utövade på varandra tillsammans med en minskning av konkurrensstrycket på de återstående konkurrenterna på ett påtagligt sätt hämma konkurrensen även om en samordning mellan oligopolmedlemmarna är föga sannolik. I koncentrationsförordningen förtydligas det att alla koncentrationer som orsakar sådana icke-samordnade effekter också skall förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden ...

26. Ett antal faktorer, som inte nödvändigtvis är avgörande var och en för sig, kan ha betydelse för huruvida det är troligt att en koncentration orsakar betydande icke-samordnade effekter. Alla dessa faktorer måste inte föreligga för att sådana effekter skall vara sannolika, och förteckningen skall inte heller uppfattas som uttömmande.

Samgående företag har stora marknadsandelar

27. Ju större marknadsandel, desto troligare är det att ett företag har marknadsinflytande. Dessutom, ju mer marknadsandelen ökar, desto troligare är det att en koncentration kommer att leda till en betydande ökning av marknadsinflytandet. Ju större ökningen är av den försäljningsbas som skall ligga till grund för större marginaler efter en prishöjning, desto sannolikare är det att de samgående företagen kommer att finna en sådan prishöjning lönsam trots den åtföljande produktionsminskningen. Marknadsandelar och ökningar av marknadsandelar ger visserligen bara en första indikation på marknadsinflytande och ökningar av marknadsinflytande, men de är ändå i regel viktiga faktorer vid bedömningen ...

Samgående företag är nära konkurrenter

28. Produkter kan differentieras ... inom en relevant marknad på ett sådant sätt att vissa produkter är närmare substitut än andra ... Ju högre graden av utbytbarhet är mellan de samgående företagens produkter, desto troligare är det att de samgående företagen kommer att höja sina priser betydligt ... Till exempel en koncentration mellan två tillverkare som tillhandahåller produkter som ett stort antal kunder betraktar som sitt första och andra val skulle kunna leda till en betydande prishöjning. Det faktum att konkurrensen mellan parterna har varit en viktig källa till konkurrens på marknaden kan således vara en central faktor i analysen ... Stora marginaler före koncentrationen ... kan också göra betydande prishöjningar mer sannolika. Det är mer sannolikt att incitamentet för de samgående företagen att höja sina priser är begränsat när konkurrerande företag tillverkar substitut som ligger nära de samgående företagens produkter än när de erbjuder mindre närliggande substitut ... Det är därför mindre troligt att en koncentration påtagligt kommer att hämma den effektiva konkurrensen, särskilt genom att en dominerande ställning skapas eller förstärks, om det finns en hög grad av utbytbarhet mellan de samgående företagens produkter och de produkter som levereras av konkurrerande tillverkare.
29. När uppgifter finns tillgängliga kan graden av utbytbarhet bedömas genom undersökningar av kundpreferenser, analys av inköpsmönster, beräkning av korspriselasticiteten för de berörda produkterna ... eller med hjälp av diversionskvoter ... På anbudsmarknader kan det vara möjligt att mäta om den ena samgående partens närvaro tidigare har verkat återhållande på de anbud som den andra samgående parten lämnat ...
30. På vissa marknader kan det vara relativt lätt och inte alltför kostsamt för de verksamma företagen att positionera om sina produkter eller utvidga sin produktportfölj. Kommissionen undersöker särskilt om möjligheten att konkurrenterna eller de samgående parterna positionerar om sina produkter eller utvidgar sin produktlinje kan påverka incitamentet för den sammanslagna enheten att höja sina priser. Att positionera om produkter eller utvidga en produktlinje medför dock ofta risker och stora icke-återvinningsbara kostnader ... och kan vara mindre lönsamt än den nuvarande linjen.

...

Koncentrationen sätter en viktig konkurrensfaktor ur spel

37. Vissa företag har ett större inflytande över konkurrensprocessen än deras marknadsandelar eller liknande mått ger vid handen. En koncentration som omfattar ett sådant företag kan ändra konkurrensdynamiken på ett betydande, konkurrensbegränsande sätt, särskilt när marknaden redan är koncentrerad ... Ett företag kan till exempel vara en aktör som nyligen kommit in på marknaden och som i framtiden väntas utöva ett betydande konkurrenstryck på andra företag på marknaden.
38. På marknader där innovation är en viktig konkurrensfaktor kan en koncentration öka företagets möjligheter och incitament att föra in nya innovationer på marknaden och därmed öka trycket på konkurrenter att bedriva innovation på den marknaden. Alternativt kan en effektiv konkurrens hämmas avsevärt av en koncentration mellan två viktiga innovatörer, till exempel mellan två företag med nyutvecklade produkter som gäller en viss produktmarknad. På samma sätt kan ett företag med en relativt liten marknadsandel ändå vara en viktig konkurrensfaktor om det har lovande nyutvecklade produkter ...”

Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet

- 14 Bakgrunden till tvisten återges i punkterna 1–25 i den överklagade domen och kan sammanfattas enligt följande.
- 15 Den 11 september 2015 mottog Europeiska kommissionen, i enlighet med artikel 4 i förordning nr 139/2004, en anmälan om en planerad koncentration (nedan kallad den planerade koncentrationen), varigenom CK Hutchison Holdings Ltd, genom sitt indirekta dotterbolag Hutchison 3G UK Investments Ltd, sedermera CK Telecoms UK Investments Ltd (nedan kallat CK Telecoms), avsåg att förvärva ensam kontroll över Telefónica Europe plc (nedan kallat O2), i den mening som avses i artikel 3.1 b i den förordningen.
- 16 Vid den tidpunkten fanns det fyra mobilnätoperatörer på detaljhandelsmarknaden för mobila telekommunikationstjänster i Förenade kungariket (nedan kallad detaljhandelsmarknaden), närmare bestämt EE Ltd, som efter ett förvärv 2016 är ett dotterbolag till BT Group plc (nedan kallat BT/EE), O2, Vodafone och Hutchison 3G UK Ltd (nedan kallat Three), som är ett indirekt dotterbolag till CK Hutchison Holdings, vars marknadsandelar i fråga om abonnenter uppgick till ungefär 30–40 procent, 20–30 procent, 10–20 procent, respektive 10–20 procent. Efter den planerade koncentrationen skulle Three och O2 inneha ungefär 30–40 procent av detaljhandelsmarknaden och därmed bli den största aktören på denna marknad, framför den tidigare statliga monopoloperatören BT/EE och Vodafone.
- 17 Förutom dessa mobilnätoperatörer omfattade detaljhandelsmarknaden även flera virtuella mobilnätoperatörer som inte ägde något eget nät, däribland Tesco Mobile, Virgin Mobile och TalkTalk. Dessa operatörer hade ingått avtal med någon av mobilnätoperatörerna för att få tillgång till dess nät till grossistpriser. Detaljhandelsmarknaden omfattade även återförsäljare och oberoende detaljhandlare, däribland Dixons.
- 18 Marknaden utmärktes bland annat av att BT/EE och Three å ena sidan, och Vodafone och O2 å den andra, hade sammankopplat sina nät genom nätdelningsavtal, kallade MBNL respektive Beacon, vilka gjorde det möjligt för avtalsparterna att dela kostnaderna för utbyggnaden av sina nät, samtidigt som de fortsatte att konkurrera på detaljhandelsnivå.

- 19 Den 2 oktober 2015 begärde Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, genom Competition and Markets Authority (konkurrens- och marknadsmyndigheten, Förenade kungariket), att kommissionen skulle hänskjuta den planerade koncentrationen till denna medlemsstat i enlighet med artikel 9.2 a i förordning nr 139/2004. Förenade kungariket uppgav att koncentrationen riskerade att påtagligt hämma konkurrensen på såväl detalj- som grossistmarknaden för tillträde till och samtalsoriginering i de allmänna mobilnäten i Förenade kungariket (nedan kallad grossistmarknaden). Förenade kungariket uppgav även att det ansåg sig bäst lämpat att hantera koncentrationen.
- 20 Den 4 december 2015 antog kommissionen beslut C(2015) 8534 final, angående artikel 9 i förordning nr 139/2004 i ärende M.7612 Hutchinson 3G UK/Telefónica UK och avslag denna begäran om hänskjutande. I beslutet hänvisade kommissionen bland annat till vikten av att koncentrationer på medlemsstaternas telekommunikationsmarknader prövas på ett konsekvent och enhetligt sätt, samt till kommissionens betydande erfarenhet av att bedöma koncentrationer på de europeiska marknaderna för mobil telekommunikation.
- 21 Kommissionen ansåg att den planerade koncentrationen gav upphov till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den inre marknaden, och antog den 30 oktober 2015 ett beslut om att inleda ett förfarande i enlighet med artikel 6.1 c i förordning 139/2004.
- 22 Den 4 februari 2016 utfärdade kommissionen ett meddelande om invändningar. Den 26 februari 2016 inkom CK Telecoms med skriftliga synpunkter på detta meddelande om invändningar.
- 23 För att åtgärda de konkurrensproblem som påtalats i meddelandet om invändningar ingav CK Telecoms, den 2 mars 2016, en första uppsättning åtaganden.
- 24 CK Telecoms hördes på egen begäran den 7 mars 2016.
- 25 Den 15 mars 2016 ingav CK Telecoms reviderade åtaganden (nedan kallade den andra uppsättningen åtaganden).
- 26 Den 17 och 23 mars 2016 sände kommissionen skrivelser till CK Telecoms, vari kommissionen påtalade ytterligare omständigheter som styrkte de preliminära slutsatserna i meddelandet om invändningar. Den 29 mars respektive 4 april 2016 inkom CK Telecoms med skriftliga synpunkter på dessa båda skrivelser.
- 27 Den 6 april 2016 ingav CK Telecoms in en tredje uppsättning åtaganden.
- 28 Den 27 april 2016 avgav den rådgivande kommittén för koncentrationer ett positivt yttrande avseende kommissionens förslag till beslut.
- 29 Den 11 maj 2016 antog kommissionen det omtvistade beslutet, där två relevanta marknader identifierades, närmare bestämt detaljhandelsmarknaden och grossistmarknaden.
- 30 Kommissionen utvecklade tre skadeteorier, som samtliga grundade sig på förekomsten av icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad.

- 31 Den första skadeteorin avsåg förekomsten av icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden till följd av att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle upphöra. Kommissionen ansåg i huvudsak att den kraftigt minskade konkurrens som den planerade koncentrationen skulle ge upphov till sannolikt skulle medföra en höjning av priserna på mobiltelefonitjänster i Förenade kungariket och en begränsning av konsumenternas valmöjligheter.
- 32 Den andra skadeteorin avsåg förekomsten av icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden beträffande nätdelningen. Kommissionen ansåg att den planerade koncentrationen skulle kunna inverka negativt på kvaliteten på tjänsterna till konsumenterna i Förenade kungariket, genom att hindra utvecklingen av mobilnätinfrastrukturen där.
- 33 Den tredje skadeteorin avsåg förekomsten av icke-samordnade effekter till följd av att ett rådande betydande konkurrenstryck skulle upphöra på grossistmarknaden. På denna marknad tillhandahåller de fyra mobilnätoperatörerna värdtjänster till operatörer som inte äger något eget nät, vilka i sin tur erbjuder detaljhandelstjänster till abonnenterna. Enligt det omtvistade beslutet riskerade den planerade koncentrationen i synnerhet att ge upphov till betydande icke-samordnade effekter på grossistmarknaden på grund av att antalet mobilnätoperatörer skulle minska från fyra till tre, Three skulle undanröjas som viktig konkurrensfaktor, det betydande konkurrenstryck som parterna tidigare utövat på varandra skulle upphöra och konkurrenstrycket på de återstående aktörerna skulle minska.
- 34 Angående de effektivitetsvinster som CK Telecoms hänvisat till ansåg kommissionen att de varken var kontrollerbara, koncentrationsspecifika eller skulle gynna konsumenterna.
- 35 I den sista delen av det omtvistade beslutet undersökte kommissionen de åtaganden som CK Telecoms föreslagit. Kommissionen ansåg i huvudsak att den andra och den tredje uppsättningen åtaganden inte, eller inte till fullo, kunde undanröja alla de konkurrensproblem som konstaterats vara för handen.
- 36 Kommissionen förklarade därför den berörda koncentrationen oförenlig med den inre marknaden.

Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

- 37 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 25 juli 2016 väckte CK Telecoms talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 38 Till stöd för sin talan åberopade CK Telecoms fem grunder.
- 39 Den första och den fjärde grunden avsåg kommissionens första och tredje skadeteori, avseende att konkurrensen mellan Three och O2 skulle upphöra på detaljhandelsmarknaden respektive grossistmarknaden. Den andra grunden avsåg kommissionens bedömning av det kontrafaktiska scenario som låg till grund för analysen av detaljhandels- och grossistmarknaderna. Den tredje grunden avsåg den andra skadeteorin för detaljhandelsmarknaden, angående nätdelningen och åtagandena för nätdelningen. Den femte grunden avsåg de övriga åtaganden som CK Telecoms föreslagit.

- 40 Tribunalen prövade inledningsvis den första, den tredje och den fjärde grunden, därefter den andra och den femte grunden.
- 41 I den överklagade domen biföll tribunalen talan såvitt avsåg den första grundens första del, avseende omfattningen av domstolsprövningen av koncentrationer, det regelverk som är tillämpligt sedan förordning nr 139/2004 trätt i kraft, samt den bevisbörda och de beviskrav som åligger kommissionen när den ska visa att fråga är om en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen i enlighet med artikel 2.3 i denna förordning. Vidare biföll tribunalen talan såvitt avsåg den första grundens andra del, avseende bedömningen att Three utgjorde en "viktig konkurrensfaktor", samt den tredje och den femte delen av denna grund, avseende bedömningen av konkurrensförhållandets närhet, respektive bedömningen av den planerade koncentrationens kvantitativa pris effekter. Tribunalen godtog dessutom de argument som CK Telecom framfört inom ramen för den första grundens sjunde del, avseende att kommissionen inte hade preciserat av vilken anledning den dragit slutsatsen att de konkurrenshinder som koncentrationen skulle ge upphov till skulle vara betydande. Tribunalen biföll därefter talan såvitt avsåg den första, den tredje, den fjärde, den femte och den sjätte delen av den tredje grunden, avseende felaktigheter beträffande nätindelningens icke-samordnade horisontella effekter. Slutligen biföll tribunalen de tre första delarna av den fjärde grunden, avseende icke-samordnade effekter på grossistmarknaden. Tribunalen ogiltigförklarade följaktligen det omtvistade beslutet.

Förfarandet vid domstolen

- 42 Genom skrivelse som inkom till domstolens kansli den 7 augusti 2020 ingav kommissionen förevarande överklagande.
- 43 Genom en särskild handling som ingavs samma dag begärde kommissionen att i förhållande till EE, en av de båda intervenienterna i första instans, skulle vissa delar av överklagandet behandlas konfidentiellt, närmare bestämt de delar som innehöll uppgifter som utgjorde affärshemligheter och uppgifter för vilka tribunalen beviljat konfidentiell behandling. Genom beslut av den 1 oktober 2020, kommissionen/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2020:789), biföll domstolens ordförande denna ansökan. Således delgavs EE endast en icke-konfidentiell version av överklagandet.
- 44 Genom skrivelse som inkom till domstolens kansli den 20 november 2020 begärde CK Telecoms att vissa uppgifter i dess svarsskrivelse som utgjorde affärshemligheter, och beträffande vilka tribunalen beviljat konfidentiell behandling, skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till EE, och således inte delges detta bolag. Genom beslut av den 26 januari 2021, kommissionen/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:81), beslutade domstolens ordförande att CK Telecoms svarsskrivelse skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till EE, och EE delgavs därför endast en icke-konfidentiell version av denna skrivelse.
- 45 Genom handling som inkom till domstolens kansli den 24 mars 2021, med stöd av artikel 40 tredje stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol och artikel 130 i domstolens rättegångsregler, som enligt artikel 190.1 i rättegångsreglerna är tillämplig i mål om överklagande, ansökte Eftas övervakningsmyndighet om att få intervensera i förevarande mål till stöd för kommissionens yrkanden. Genom beslut av den 4 juni 2021, kommissionen/CK Telecoms UK Investments

(C-376/20 P, EU:C:2021:488), biföll domstolens ordförande denna ansökan och tillät övervakningsmyndigheten att yttra sig vid den muntliga förhandlingen. En kopia av samtliga inlagor delgavs denna myndighet.

- 46 På kommissionens begäran av den 12 februari 2021 tillät domstolens ordförande övervakningsmyndigheten att inge en replik.
- 47 Sedan CK Telecoms inkommit med sin duplik avslutades den skriftliga delen av förfarandet i förevarande mål den 19 maj 2021.

Parternas yrkanden

- 48 Kommissionen har yrkat att domstolen ska
- upphäva den överklagade domen,
 - återförvisa målet till tribunalen, och
 - förplikta CK Telecoms att ersätta rättegångskostnaderna avseende överklagandet, och
 - förordna att frågan om rättegångskostnaderna i första instans ska anstå.
- 49 CK Telecoms har yrkat att domstolen ska
- ogilla överklagandet, och
 - förplikta kommissionen och intervenienterna att ersätta rättegångskostnaderna i såväl första som andra instans.

Prövning av överklagandet

- 50 Till stöd för överklagandet har kommissionen åberopat sex grunder. Den första grunden avser att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa ett strängare beviskrav än det som följer av domstolens praxis i fråga om koncentrationer. Den andra grunden avser en felaktig tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004. Genom den tredje grunden har kommissionen gjort gällande att tribunalen överskred gränserna för sin prövning såtillvida att den felaktigt tolkade begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”, samt missuppfattade såväl det omtvistade beslutet som kommissionens svaromål. Den fjärde grunden avser att tribunalen missuppfattade kommissionens argument avseende den kvantitativa analysen av den planerade koncentrationens pris effekter och gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid sin bedömning av denna analys. Genom den femte grunden har kommissionen hävdade att tribunalens prövning inte omfattade samtliga relevanta faktorer. Den sjätte grunden avser felaktigheter beträffande nätdelningen.

Den första grunden

Parternas argument

- 51 Kommissionen har genom sin första grund gjort gällande att punkt 118 i den överklagade domen innehåller en felaktig rättstillämpning, såtillvida att tribunalen slog fast att kommissionen är skyldig att lägga fram tillräcklig bevisning för att koncentrationen med stor sannolikhet kommer att ge upphov till ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, och således tillämpade ett för högt beviskrav än det som följer av domstolens praxis på området för kontroll av företagskoncentrationer. Denna felaktiga rättstillämpning föranledde tribunalen att i punkterna 119, 172, 216, 268, 281 och 396 i den överklagade domen konstatera att kommissionen inte hade styrkt att koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen.
- 52 I detta avseende framgår det av punkt 52 i domen av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), att när kommissionen prövar en företagskoncentration är den i princip skyldig att antingen godkänna koncentrationen eller förbjuda den, beroende på vilken ekonomisk utveckling den bedömer vara den troligaste följden av den anmälda koncentrationen.
- 53 Det beviskrav som tribunalen tillämpade i punkt 118 i den överklagade domen, för att det skulle anses styrkt att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, medför med nödvändighet att det beviskrav som kan härledas ur artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 blir asymmetriskt, eftersom denna bestämmelse inte uppställer någon allmän presumtion om att en anmäld koncentration ska anses vara vare sig förenlig eller oförenlig med den inre marknaden.
- 54 CK Telecoms har för det första genmält att den första grunden är verkningslös.
- 55 Av den överklagade domen framgår nämligen att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning vid sin tolkning av begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”, i ett skede av bedömningen som föregick prövningen av den bevisning som låg till grund för konstaterandet att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas. Dessa fel påverkas således inte av det påstått felaktiga beviskrav som tribunalen tillämpade.
- 56 Kommissionen har inte heller visat att ett lägre beviskrav än det som tribunalen tillämpade skulle ha lett till ett annat resultat.
- 57 För det andra har CK Telecoms gjort gällande att det beviskrav som tribunalen tillämpade är förenligt med domstolens rättspraxis.
- 58 CK Telecoms har härvidlag gjort gällande att i domen av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), valde domstolen att inte följa generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande, och tillämpade därför inte en ”sannolikhetsavvägning” som erforderligt beviskrav för att konstatera att det förelåg ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.
- 59 Ett sådant beviskrav skulle innebära att det vore tillräckligt för kommissionen att grunda sig på bevisning som vare sig är särskilt konsekvent eller solid, för att visa att det är mer sannolikt än osannolikt att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas.

- 60 Det framgår emellertid av punkterna 27, 39, 41 och 45 i domen av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), att för att det ska kunna konstateras att det föreligger ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, så krävs det att den uppfattning som framgår av beslutet att kontrollera en företagskoncentration stöds av övertygande bevisning, vilket förutsätter en prövning av att bevisningen är materiellt riktig, tillförlitlig och konsekvent.
- 61 CK Telecoms har gjort gällande att även om kommissionen måste tillämpa samma beviskrav för att godkänna och för att förbjuda en koncentration, förhåller det sig likväl så, att neutraliteten i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 inte undergrävs av det förhållandet att kommissionen måste uppfylla ett högre beviskrav än en "sannolikhetsavvägning" för att visa att det eventuellt föreligger ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.
- 62 Under dessa omständigheter har CK Telecoms gjort gällande att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 118 i den överklagade domen hänvisade till en e contrario-tolkning av punkterna 209–211 i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i målet Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), och fann att kommissionen måste uppfylla ett strängare beviskrav än en "sannolikhetsavvägning".

Domstolens bedömning

- 63 Vad gäller CK Telecoms argument att den första grunden är verkningslös, ska det påpekas att det bland annat framgår av punkterna 119, 216, 172, 281, 282, 372 och 396 i den överklagade domen att tribunalen prövade huruvida den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, bland annat med hänvisning till begreppen "viktig konkurrensfaktor" och "nära konkurrenter", mot bakgrund av de beviskrav som uppställts i punkt 118 i den domen. Oberoende av frågan huruvida tolkningen av dessa begrepp utgör felaktig rättstillämpning, vilket kommissionen har gjort gällande inom ramen för sin tredje grund, kan nämnda institution även med framgång kritisera tribunalen för att ha uppställt högre beviskrav än vad som följer av domstolens praxis på området för koncentrationer.
- 64 CK Telecom kan inte heller vinna framgång med sitt argument att kommissionen inte har visat att ett annat beviskrav än det som tribunalen tillämpade skulle ha lett till ett annat resultat. Det ankommer nämligen i princip på CK Telecoms att visa att den första grunden är verkningslös. I punkterna 118 och 119 i den överklagade domen tillämpade tribunalen kravet på betydande sannolikhet för att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas med avseende på all bevisning, vilket innebär att det inte på förhand kan uteslutas att om ett lägre beviskrav hade tillämpats skulle det ha kunnat leda till att talan ogillades i första instans.
- 65 CK Telecoms argument att den första grunden är verkningslös kan följaktligen inte godtas och denna grund ska därför prövas i sak.
- 66 Härvidlag ska det erinras om att det följer av bland annat skäl 5 i förordning nr 139/2004 att denna förordning särskilt till syftar till att säkerställa att omstruktureringar av företag inte på lång sikt skadar konkurrensen.
- 67 Det ska dessutom erinras om att i artikel 2.2 i denna förordning föreskrivs att en koncentration som inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen ska anses vara förenlig med den inre marknaden. Vidare följer det av artikel 2.3 i nämnda förordning att i det motsatta fallet ska en koncentration som skulle ha en sådan verkan anses oförenlig med den inre marknaden.

- 68 I artikel 8.1 i förordning nr 139/2004 har unionslagstiftaren följaktligen föreskrivit att om kommissionen finner att en anmäld koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.2 i denna förordning ska den fatta ett beslut där koncentrationen förklaras förenlig med den inre marknaden. Omvänt följer det av artikel 8.3 i nämnda förordning att om kommissionen finner att en koncentration uppfyller kriteriet i artikel 2.3 i förordningen ska den fatta ett beslut där koncentrationen förklaras oförenlig med den inre marknaden.
- 69 Det följer således av ordalydelsen i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, samt av artikel 8.1 och 8.3 i samma förordning, att dessa bestämmelser är symmetriska vad gäller de beviskrav som kommissionen måste uppfylla för att visa att en anmäld koncentration påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens och således ska förklaras oförenlig eller förenlig med den inre marknaden.
- 70 I detta hänseende ska det inledningsvis påpekas att det inte följer av ordalydelsen i artikel 2.2 och 2.3 i förordningen att olika beviskrav skulle gälla för beslut om att godkänna en företagskoncentration respektive beslut om att förbjuda en sådan koncentration (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 46).
- 71 I detta sammanhang ska det noteras att förordningen inte uppställer någon presumtion om att en anmäld koncentration är vare sig förenlig eller oförenlig med den inre marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 48).
- 72 I artikel 10.6 i nämnda förordning föreskrivs visserligen att en anmäld företagskoncentration ska anses vara förenlig med den inre marknaden om kommissionen inte inom den fastställda fristen har fattat ett beslut om huruvida koncentrationen är förenlig med denna marknad eller ej, men det ska likväl noteras att denna bestämmelse dels är ett specifikt uttryck för det krav på skyndsamhet som präglar den allmänna systematiken i förordningen, dels utgör ett undantag från denna allmänna systematik med innebörden att kommissionen uttryckligen ska fatta beslut avseende de företagskoncentrationer som anmäls till den (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 49).
- 73 Under dessa omständigheter kan det konstateras att kommissionen inte är skyldig att uppfylla högre beviskrav vid beslut om att förbjuda en företagskoncentration än vid beslut om att godkänna en företagskoncentration (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).
- 74 Härav följer att kraven i fråga om bevisupptagning, inklusive beviskraven, inte varierar beroende på vilken typ av beslut som kommissionen fattar vid sin kontroll av företagskoncentrationer.
- 75 Vidare följer det av rättspraxis att kommissionens beslut om företagskoncentrationers förenlighet med den inre marknaden ska stödjas av tillräckligt väsentliga och samstämmiga uppgifter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 50).
- 76 Domstolen har visserligen slagit fast att vid bedömningen av en koncentration av konglomerattyp är kvalitén på de bevis som kommissionen åberopar för att visa att det krävs ett beslut om att koncentrationen är oförenlig med den inre marknaden särskilt viktig (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 44).

- 77 Domstolen har emellertid preciserat att denna rättspraxis endast återspeglar bevisningens grundläggande uppgift, som är att visa att ett antagande är riktigt eller, som när det gäller kontroll av företagskoncentrationer, att styrka den bedömning som ligger till grund för kommissionens beslut (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 41, och dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51 och där angiven rättspraxis). De särskilda kraven i fråga om bevisningens kvalitet påverkar således i princip inte det tillämpliga beviskravet.
- 78 Domstolen har även preciserat att den inneboende komplexiteten i ett antagande om att en anmäld koncentration kan hämma konkurrensen förvisso utgör en faktor som ska beaktas vid bedömningen av koncentrationens konsekvenser, för att identifiera de konsekvenser som är troligast, men denna komplexitet påverkar inte i sig de krav som ställs på bevisningen (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 51).
- 79 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 59 i sitt förslag till avgörande, kan det således konstateras att beviskraven vid tillämpningen av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 inte varierar, vare sig beroende på vilken typ av koncentration som kommissionen har undersökt eller den inneboende komplexiteten i ett antagande om att den anmälda koncentrationen skulle hämma konkurrensen.
- 80 Slutligen framgår det av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004, där det föreskrivs att en koncentration ska anmälas innan den genomförs, och av artikel 7.1 i denna förordning, som uppställer en skyldighet att inte genomföra koncentrationen innan den har anmälts och godkänts, att förordningen inför ett system för förebyggande kontroll av koncentrationer.
- 81 Denna kontroll skiljer sig följaktligen från en efterhandskontroll av sådana avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som avses i artikel 101 FEUF, samt missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF.
- 82 Vid utövandet av denna förhandskontroll av koncentrationer förfogar kommissionen över ett utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor vid tillämpningen av de materiella reglerna i förordning nr 139/2004, särskilt dess artikel 2 (dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 144), eftersom den måste göra ekonomiska framåtblickande analyser för att inom en förutsebar tidsperiod fastställa sannolikheten för en viss utveckling på den relevanta marknaden.
- 83 Dessa framåtblickande analyser, som ofta är komplexa, är med nödvändighet osäkrare än efterhandsanalyser.
- 84 En sådan framåtblickande analys som måste göras vid förhandskontroll av koncentrationer – genom att undersöka hur koncentrationen i fråga skulle påverka konkurrensfaktorerna på de aktuella marknaderna och därigenom fastställa om den skulle ge upphov till påtagliga hinder för en effektiv konkurrens – innebär nämligen att det är nödvändigt att föreställa sig olika händelseförlopp med beaktande av orsak och verkan för att kunna fastställa vilka förlopp som är troligast (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 43, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 47 och dom av den 16 januari 2019, kommissionen/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, punkt 32). Denna framåtblickande analys omfattas av

det utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor som kommissionen förfogar över vid tillämpningen av de materiella reglerna i förordning nr 139/2004, i synnerhet dess artikel 2, där det föreskrivs att unionsdomstolens prövning av ett kommissionsbeslut avseende en företagskoncentration ska begränsas till en kontroll av att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga och att beslutet inte är behäftat med någon uppenbart oriktig bedömning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 144 och där angiven rättspraxis).

- 85 En sådan analys måste visserligen genomföras med stor försiktighet, eftersom det inte är fråga om att undersöka tidigare händelser, avseende vilka det ofta förekommer ett stort antal uppgifter som gör det möjligt att förstå orsakerna, eller ens rådande omständigheter, utan om att förutse framtida händelser, vilka med större eller mindre sannolikhet kan inträffa, såvida det inte antas ett beslut som förbjuder den planerade koncentrationen eller fastställer villkor för dess genomförande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 42).
- 86 Det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra är av framåtblickande natur innebär emellertid att den bevisnivå denna institution måste iaktta – för att visa att en koncentration påtagligt skulle hämma, eller tvärtom inte skulle hämma den effektiva konkurrensen – inte är alltför hög.
- 87 Under dessa omständigheter och med beaktande av bland annat den symmetriska strukturen i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, samt det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra i fråga om företagskoncentrationer är av framåtblickande natur, räcker det att kommissionen, med hjälp av tillräckligt väsentliga och samstämmiga uppgifter, visar att det är mer sannolikt än osannolikt att koncentrationen i fråga påtagligt skulle – eller inte skulle – hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, för att nämnda institution ska kunna förklara att koncentrationen är oförenlig respektive förenlig med den inre marknaden.
- 88 Tribunalen tillämpade således ett beviskrav som inte följer av förordning nr 139/2004, såsom den tolkats av domstolen, när den i punkt 118 i den överklagade domen fann att kommissionen är skyldig att lägga fram tillräcklig bevisning för att koncentrationen i fråga ”med stor sannolikhet kommer ge upphov till ett ... påtagligt hinder” för den effektiva konkurrensen, och att ”det beviskrav som är tillämpligt i förevarande fall ... således är strängare än det som innebär att det ... ska visas att det är ’mer sannolikt än osannolikt’ att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas”.
- 89 Överklagandet ska därför bifallas såvitt avser den första grunden.

Den andra grunden

- 90 Den andra grunden består av två delar, varigenom kommissionen har invänt mot tribunalens tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 i den överklagade domen.

Den första delgrunden

– Parternas argument

- 91 Genom den andra grundens första del har kommissionen gjort gällande att i punkt 90 i den överklagade domen likställde tribunalen de villkor som ska vara uppfyllda för att en koncentration ska anses medföra icke-samordnade effekter med de villkor som krävs för att styrka en dominerande ställning.
- 92 Kommissionen har preciserat att den inte bestrider att den grad av skada som krävs för att styrka ett eventuellt påtagligt hinder för en effektiv konkurrens på grund av icke-samordnade effekter är densamma som den som krävs för att visa att ett sådant hinder föreligger på grund av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Genom att förena begreppet "själv" med uttrycket "den sammanslagna enheten" i punkt 90 i den överklagade domen, kom tribunalen emellertid till slutsatsen att det endast är för det fall att kommissionen kan visa att den sammanslagna enheten kommer att ha ett marknadsinflytande motsvarande vad som följer av en dominerande ställning som kommissionen får förbjuda koncentrationen i fråga.
- 93 CK Telecoms har genmält att kommissionen har bestridit ett av tribunalens allmänna påståenden, vilket inte låg till grund för någon konkret bedömning och att den första delen av kommissionens andra grund därför är verkningslös.

– Domstolens bedömning

- 94 I punkt 90 i den överklagade domen fann tribunalen att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 tolkas så, att "kommissionen med stöd av denna bestämmelse, under vissa omständigheter, får förbjuda de koncentrationer på oligopolistiska marknader som – trots att de inte ger upphov till eller förstärker en individuell eller gemensam dominerande ställning – kan påverka konkurrensvillkoren på marknaden i en utsträckning som är jämförbar med vad som följer av en sådan ställning, genom att den sammanslagna enheten ensam kan bestämma konkurrensfaktorerna och i synnerhet – i stället för att vara tvungen att acceptera priser – själv kan sätta dessa".
- 95 Såsom CK Telecoms har påpekat kan det konstateras att denna punkt 90 endast ger uttryck för ett allmänt övervägande från tribunalens sida, men den har inte något samband med en påstådd felaktighet från kommissionens sida vid tillämpningen av begreppet "påtagligt hinder för en effektiv konkurrens", i den mening som avses i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004. Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 70 i sitt förslag till avgörande, har kommissionen inte heller identifierat någon punkt i den överklagade domen som grundar sig på detta övervägande.
- 96 I detta avseende framgår det av domstolens fasta praxis att grunder som riktar sig mot domskäl i en av tribunalens domar vilka angetts för fullständighetens skull inte kan leda till att domen upphävs och att sådana grunder således saknar verkan (dom av den 23 mars 2023, Pv/kommissionen, C-640/20 P, EU:C:2023:232, punkt 191 och där angiven rättspraxis). Även om det antas att överklagandet kan vinna bifall såvitt avser den andra grundens första del, kan den inte medföra att den överklagade domen ska upphävas, eftersom denna delgrund avser ett skäl i domen beträffande vilket det inte har visats att det bidrar till att stödja domslutet i nämnda dom.
- 97 Härav följer att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den andra grundens första del.

Den andra delgrunden

– Parternas argument

- 98 Genom den andra grundens andra del har kommissionen gjort gällande att i punkterna 95 och 96 i den överklagade domen gjorde tribunalen sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, mot bakgrund av skäl 25 i samma förordning, ska tolkas så, att för det fall att en dominerande ställning inte skapas eller förstärks till följd av koncentrationen i fråga, kan ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens endast anses föreligga om de två kumulativa villkor som anges i detta skäl är uppfyllda, nämligen att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar.
- 99 Kommissionen anser att denna tolkning äventyrar det syfte med en effektiv kontroll av koncentrationer som anges i skäl 24 i förordningen och bland annat leder till att kommissionen hindras från att utveckla sådana skadeteorier som inte uppfyller de villkor som anges i punkt 96 i den överklagade domen, såsom exempelvis den andra skadeteorin i förevarande fall, vilken bygger på att konkurrenstrycket på den sammanslagna enheten minskar från de övriga konkurrenterna, på grund av den marknadsställning som den sammanslagna enheten får till följd av koncentrationen.
- 100 CK Telecoms har genmält att det framgår av ordalydelsen i skäl 25 i förordning nr 139/2004, bland annat av konjunktionen ”och”, som också förekommer i riktlinjerna för horisontella koncentrationer och i det omtvistade beslutet, att detta skäl uppställer två kumulativa villkor. En motsatt tolkning skulle göra det möjligt för kommissionen att förbjuda alla horisontella koncentrationer, eftersom de oundgängligen leder till att konkurrensen mellan de sammanhängande parterna minskar.

– Domstolens bedömning

- 101 I punkt 96 i den överklagade domen fann tribunalen i huvudsak att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 ska tolkas mot bakgrund av skäl 25 i denna förordning. Härvidlag utgick tribunalen från antagandet att det i detta skäl föreskrivs två kumulativa villkor för att icke-samordnade effekter till följd av en koncentration, under vissa omständigheter, ska anses medföra att den effektiva konkurrensen påtagligt hämmas, nämligen att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör å ena sidan, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar å den andra.
- 102 Tribunalen drog härav slutsatsen, i punkt 97 i den överklagade domen, att ”enbart den effekten att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar, i princip, inte i sig är tillräcklig för att visa att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, inom ramen för en skadeteori som grundar sig på icke-samordnade effekter”.
- 103 Mot bakgrund av denna tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 prövade tribunalen den första, den tredje och den fjärde grunden för talan, såsom framgår av punkt 105 i den överklagade domen.

- 104 I detta avseende ska det inledningsvis erinras om att ingressen till en unionsrättsakt kan precisera innehållet i bestämmelserna i denna rättsakt, och att skälen i en unionsrättsakt utgör viktiga tolkningsdata som kan belysa lagstiftarens avsikt (dom av den 19 december 2019, Puppinck m.fl./kommissionen, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, punkt 75 och där angiven rättspraxis).
- 105 Ingressen till en unionsrättsakt är emellertid inte juridiskt bindande och kan inte åberopas för att göra avsteg från själva bestämmelserna i rättsakten eller för att tolka dessa bestämmelser på ett sätt som uppenbart strider mot deras lydelse (dom av den 19 december 2019, Puppinck m.fl./kommissionen, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, punkt 76 och där angiven rättspraxis).
- 106 Såsom framgår av skälen 6 och 24 i förordning nr 139/2004 syftar denna förordning till att införa en effektiv kontroll av alla koncentrationer med utgångspunkt från deras verkningar på konkurrensen inom unionen, i synnerhet för att säkerställa att det inte förekommer någon snedvridning av konkurrensen inom den inre marknaden, och för att främja en politik som förs i enlighet med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.
- 107 Det framgår av skäl 25 i nämnda förordning att den även avser en situation där en koncentration mellan företag som är verksamma på en oligopolistisk marknad är oförenlig med den inre marknaden till följd av att koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen utan att den sammanslagna enheten får en dominerande ställning.
- 108 Det framgår särskilt av nyssnämnda skäl 25 att "[m]ånga oligopolistiska marknader uppvisar en sund konkurrens. Under vissa omständigheter kan dock koncentrationer som innebär att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar, leda till att en effektiv konkurrens påtagligt hämmas, även när det inte är sannolikt att det förekommer samordning mellan medlemmarna i oligopolet".
- 109 Det framgår av den näst sista meningen i detta skäl att den effektiva kontroll som avses i förordning nr 139/2004 omfattar alla koncentrationer som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, inbegripet koncentrationer som ger upphov till icke-samordnade effekter. Denna effektiva kontroll utgör en del av det allmänna syfte med förordning nr 139/2004 som återspeglas av dess skäl 5, nämligen att undvika att en omstruktureringsprocess på längre sikt skadar konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den.
- 110 För att säkerställa en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden och för att främja en politik som förs i enlighet med principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, syftar förordning nr 139/2004 till att införa en effektiv kontroll över alla koncentrationer som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen, inbegripet sådana koncentrationer som leder till icke-samordnade effekter på oligopolistiska marknader. Bortsett från den omständigheten att ett skäl i förordningen i vilket fall som helst inte kan begränsa räckvidden av dess bestämmelser, kan det inte anses förhålla sig så, att den effektiva kontrollen av koncentrationer på oligopolistiska marknader som kan ge upphov till icke-samordnade effekter ska begränsas till de situationer som samtidigt omfattas av båda de typfall som anges i skäl 25 i förordningen.
- 111 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkterna 74–76 i sitt förslag till avgörande, är konjunktionen "och" inte tillräcklig för att vederlägga denna tolkning. Om artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, jämförd med skäl 25 i samma förordning, tolkades så, att dessa båda typfall är

kumulativa villkor som ska vara uppfyllda för att en koncentration med icke-samordnade effekter på en oligopolistisk marknad ska anses påtagligt hämma den effektiva konkurrensen, skulle detta nämligen leda till att den effektiva kontrollen av denna typ av koncentrationer skulle begränsas till de fall där kommissionen kan visa dels att den berörda koncentrationen kan undanröja det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, dels att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar på den aktuella marknaden minskar.

- 112 En sådan tolkning skulle innebära att den omständigheten att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och den ensidiga prishöjning som skulle kunna bli följderna härav, aldrig i sig skulle vara tillräcklig för att visa att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas.
- 113 En sådan restriktiv tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004 skulle vara oförenlig med förordningens syfte, som det erinrats om i punkt 109 ovan, det vill säga att införa en effektiv kontroll över alla koncentrationer som påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den, inbegripet koncentrationer som ger upphov till icke-samordnade effekter.
- 114 Under dessa omständigheter gjorde tribunalen sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 96 i den överklagade domen slog fast att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, jämförd med skäl 25 i samma förordning, ska tolkas så, att för det fall att en dominerande ställning inte skapas eller förstärks på en oligopolistisk marknad till följd av koncentrationen i fråga, kan ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens endast anses föreligga om kommissionen visar att de två kumulativa villkor som anges i detta skäl är uppfyllda; nämligen att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, och att konkurrenstrycket på de konkurrenter som blir kvar minskar.
- 115 Det följer av ovanstående att överklagandet ska vinna bifall såvitt avser den andra grundens andra del.
- 116 Överklagandet ska följaktligen bifallas såvitt avser den andra grunden, avseende en felaktig tolkning av artikel 2.3 i förordning nr 139/2004.

Den tredje grunden

- 117 Den tredje grunden består av fyra delar. Den första delgrunden avser att tribunalen överskred gränserna för sin prövning när den tolkade begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”. Genom den andra delgrunden har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade såväl det omtvistade beslutet som kommissionens svaromål, samt felaktigt tolkade begreppet ”viktig konkurrensfaktor”. Genom den tredje delgrunden har kommissionen hävdade att tribunalen felaktigt tolkade begreppet ”nära konkurrenter” och missuppfattade det omtvistade beslutet. Den fjärde delgrunden har åberopats i andra hand och avser att tribunalen inte uppfyllde sin motiveringsskyldighet beträffande det förhållandet att riktlinjerna för horisontella koncentrationer eventuellt är oförenliga med förordning nr 139/2004.

Den första delgrunden

– Parternas argument

- 118 Genom den tredje grundens första del har kommissionen i huvudsak gjort gällande att i punkterna 174 och 242 i den överklagade domen tolkade tribunalen begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter” på ett sätt som inte är förenligt med hur dessa ekonomiska begrepp definieras i riktlinjerna för horisontella koncentrationer och de ekonomiska ramar som fastställs där. Tribunalen felbedömde följaktligen kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor och ersatte kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen. Tribunalen överskred därigenom gränserna för den domstolsprövning som ska göras av kommissionens beslut att förklara en koncentration förenlig eller oförenlig med den inre marknaden.
- 119 Kommissionen har särskilt gjort gällande att tribunalen varken har behörighet eller tillräcklig sakkunskap för att avvika från de ekonomiska begrepp som förekommer i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, eller att inta ett annat ekonomiskt synsätt än det som följer av dessa riktlinjer. Enligt kommissionen är tribunalen endast behörig att pröva huruvida riktlinjerna är lagenliga.
- 120 CK Telecoms har genmält att tribunalen inte överskred gränserna för sin prövning vid tolkningen och tillämpningen av begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”. I den överklagade domen bedömde tribunalen tvärtom bevisningen med tillämpning av det kriterium som följer av fast rättspraxis, med innebörden att kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor inte påverkar unionsdomstolens behörighet att pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter.

– Domstolens bedömning

- 121 Det framgår av skäl 28 förordning 139/2004 att för att klargöra och förklara hur kommissionen bedömer koncentrationer enligt denna förordning bör kommissionen offentliggöra en vägledning, som bör ge en sund ekonomisk ram för bedömningen av koncentrationer när det gäller att fastställa huruvida de kan förklaras förenliga med den inre marknaden eller inte.
- 122 Kommissionen har i enlighet härmed antagit riktlinjerna för horisontella koncentrationer, och där fastställt den metod som denna institution ska tillämpa vid sin bedömning av huruvida den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, i den mening som avses i förordning nr 139/2004.
- 123 Även om kommissionen inte utan motivering kan avvika från dessa riktlinjer, utan att riskera att bli föremål för sanktionsåtgärder på grund av att den har åsidosatt allmänna rättsprinciper, så kan riktlinjerna emellertid inte anses utgöra rättsregler som administrationen under alla omständigheter är skyldig att iaktta och de utgör inte heller den rättsliga grunden för de beslut som kommissionen fattar på det aktuella området (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkterna 209, 211 och 213). Unionsdomstolen är emellertid behörig att tolka dessa riktlinjer, i synnerhet när kommissionen i ett beslut att godkänna eller förbjuda en företagskoncentration har grundat sig på dem för att avgöra huruvida koncentrationen i fråga påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen.

- 124 Såsom det har erinrats om i punkt 84 ovan har kommissionen visserligen ett utrymme för skönsmässig bedömning i ekonomiska frågor vid tillämpningen av de materiella reglerna i förordning nr 139/2004, i synnerhet dess artikel 2, där det föreskrivs att unionsdomstolens prövning av ett kommissionsbeslut i fråga om företagskoncentrationer ska begränsas till en kontroll av att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga och att det beslutet inte är behäftat med någon uppenbart oriktig bedömning.
- 125 Detta innebär emellertid inte att unionsdomstolen helt ska avstå från överprövning av kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Såsom generaladvokaten har erinrat om, i punkterna 73 och 85 i sitt förslag till avgörande, kan unionsdomstolen inte vara bunden av riktlinjerna för horisontella koncentrationer som sådana, eftersom den inte bara ska pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även fastställa huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits därav (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 145 och där angiven rättspraxis).
- 126 Den omständigheten att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning innebär inte heller att unionsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av unionsrättsliga begrepp vars tillämpning kräver en ekonomisk analys.
- 127 I detta avseende ska det erinras om att unionsdomstolen vid flera tillfällen redan har tolkat ekonomiska begrepp på det konkurrensrättsliga området, däribland begreppen ”dominerande ställning” (dom av den 14 februari 1978, United Brands och United Brands Continentaal/kommissionen, 27/76, EU:C:1978:22, punkterna 65 och 66), ”relevant marknad” (dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 37, och dom av den 6 oktober 1994, Tetra Pak/kommissionen, T-83/91, EU:T:1994:246, punkt 63) och ”marginalpress för konkurrenter” (dom av den 25 mars 2021, Slovak Telekom/kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, punkt 73 och där angiven rättspraxis).
- 128 Begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”, som det hänvisas till i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, återfinns bland de faktorer som kan påverka sannolikheten för att en koncentration medför betydande icke-samordnade effekter och de kan följaktligen även påverka slutsatsen att det eventuellt föreligger ett ”påtagligt hinder för en effektiv konkurrens” i den mening som avses i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004.
- 129 Detta innebär att även om begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter” är av ekonomisk karaktär, är unionsdomstolen behörig att tolka dem inom ramen för sin kontroll av de beslut kommissionens antar i fråga om kontroll av företagskoncentrationer.
- 130 Under dessa omständigheter konstaterar domstolen att i förevarande fall överskred inte tribunalen gränserna för sin prövning när den tolkade begreppen ”viktig konkurrensfaktor” och ”nära konkurrenter”.
- 131 Härav följer att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den tredje grundens första del.

Den andra delgrunden

– Parternas argument

- 132 Inom ramen för den tredje grundens andra del har kommissionen anfört tre anmärkningar. Den första anmärkningen avser att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet, den andra att tribunalen missuppfattade kommissionens svaromål, och den tredje att tribunalen felaktigt tolkade begreppet ”viktig konkurrensfaktor”.
- 133 Genom sin första anmärkning har kommissionen kritiserat tribunalen för att i punkt 171 i den överklagade domen felaktigt ha konstaterat att det framgick av det omtvistade beslutet att den omständigheten att en part i koncentrationen anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor” på en oligopolistisk marknad är tillräcklig för att styrka att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens är för handen. Tribunalens konstaterande motsägs av punkt 155 i den överklagade domen, där det anges att det framgår av det omtvistade beslutet, bland annat dess skäl 777, att den omständigheten att ”Three utgör en viktig konkurrensfaktor på detaljhandelsmarknaden ..., i den mening som avses i punkt 37 i riktlinjerna, eller i vilket fall utövar ett betydande konkurrenstryck på denna marknad” endast är en av de faktorer som kommissionen lagt till grund för sin slutsats att koncentrationen skulle ge upphov till betydande icke-samordnade effekter.
- 134 Genom sin andra anmärkning har kommissionen gjort gällande att i punkt 170 i den överklagade domen missuppfattade tribunalen punkt 39 i kommissionens svaromål, vilket resulterade i att tribunalen gjorde en egen definition av begreppet ”viktig konkurrensfaktor”, vilken skiljer sig från definitionen i punkt 37 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer. Det framgår bland annat av nämnda punkt 39 i svaromålet och av punkt 13 i dupliken att kommissionen i dessa inlagor endast gav ett exempel, utan att påstå att en ”viktig konkurrensfaktor” nödvändigtvis måste ägna sig åt särskilt aggressiv konkurrens och tvinga sina konkurrenter att följa detta beteende.
- 135 I punkterna 170 och 216 i den överklagade domen att återgav tribunalen emellertid detta exempel och omvandlade det till en definition av begreppet ”viktig konkurrensfaktor”.
- 136 Genom sin tredje och sista anmärkning har kommissionen kritiserat tribunalen för att i punkterna 170 och 216 i den överklagade domen felaktigt ha uppställt orimliga krav för att kommissionen ska kunna beteckna ett företag som en ”viktig konkurrensfaktor”, närmare bestämt att det berörda företaget ska utmärka sig i förhållande till sina konkurrenter i fråga om dess inverkan på konkurrensen och, i synnerhet, bedriva en särskilt aggressiv konkurrens i fråga om prissättning och tvinga de övriga aktörerna på marknaden att samordna sina priser.
- 137 Vad gäller kommissionens första anmärkning har CK Telecoms genmält att i sin tidigare praxis, och särskilt i de ärenden som nämns i punkt 164 i den överklagade domen, har kommissionen ansett att en eller två av parterna i de undersökta koncentrationerna utgjorde ”viktiga konkurrensfaktorer”, och att detta konstaterande varit tillräckligt för att den berörda koncentrationen skulle kunna medföra ett påtagligt hinder för den effektiva konkurrensen.
- 138 Vad gäller kommissionens andra anmärkning har CK Telecoms hävdatt att punkt 39 i kommissionens svaromål inte endast ger ett exempel på en ”viktig konkurrensfaktor”.

- 139 Angående kommissionens tredje och sista anmärkning har CK Telecoms gjort gällande att tribunalen inte avvek från riktlinjerna för horisontella koncentrationer och med rätta konstaterade att en "viktig konkurrensfaktor" måste utmärka sig i förhållande till sina konkurrenter i fråga om inverkan på konkurrensen.
- 140 Att kräva att en "viktig konkurrensfaktor" ska utmärka sig i förhållande till sina konkurrenter i fråga om inverkan på konkurrensen är nämligen det minimum som krävs för att ett företag som är verksamt på en oligopolistisk marknad ska anses omfattas av detta begrepp. I annat fall skulle varje konkurrent på en oligopolistisk marknad kunna anses vara "viktig konkurrensfaktor", och kommissionen skulle kunna motsätta sig nästan alla horisontella koncentrationer.
- 141 För att ett företag ska anses utgöra en "viktig konkurrensfaktor" på en oligopolistisk marknad måste det således vara styrkt att företaget utövar ett betydande tryck på de övriga konkurrenterna.

– *Domstolens bedömning*

- 142 Vad gäller den första anmärkningen, avseende att tribunalen missuppfattat det omtvistade beslutet, erinrar domstolen om att det följer av fast rättspraxis att det utifrån handlingarna i målet ska vara uppenbart att tribunalen missuppfattat bevisningen eller de faktiska omständigheterna, utan att domstolen ska behöva göra en ny bedömning därav (dom av den 25 juli 2018, Orange Polska/kommissionen, C-123/16 P, EU:C:2018:590, punkt 75).
- 143 I förevarande fall konstaterade tribunalen, i punkt 171 i den överklagade domen, att "[a]ngående undanröjandet av en 'viktig konkurrensfaktor', framgår det av det[omtvistade] beslutet att kommissionen är av uppfattningen att blott den omständigheten att ett företag som spelar än större roll än vad dess marknadsandelar ger anledning att tro upphör att existera, och att konkurrensstrycket till följd därav skulle minska, i sig är tillräcklig för att styrka att fråga är om ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens".
- 144 Tribunalen grundade detta konstaterande på en sammantagen bedömning av samtliga skäl i det omtvistade beslutet som i synnerhet avsåg begreppet "viktig konkurrensfaktor".
- 145 I motsats till vad tribunalen konstaterade i nämnda punkt 171 framgår det inte av det omtvistade beslutet att kommissionen ansåg att undanröjandet av en "viktig konkurrensfaktor" i sig var tillräcklig för att styrka förekomsten av ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.
- 146 Tvärtom framgår det av de väsentliga uppgifterna i avsnitten med rubrikerna "Konkurrensbedömning" och "Materiellt kriterium", och närmare bestämt av skälen 313 och 321 i det omtvistade beslutet, att riktlinjerna för horisontella koncentrationer anger flera faktorer som är relevanta för att avgöra huruvida en koncentration kan medföra icke-samordnade effekter.
- 147 Det är riktigt att kommissionen i dessa två skäl bland annat har preciserat att alla dessa faktorer inte måste föreligga för att sådana effekter ska vara sannolika. Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 97 i sitt förslag till avgörande, har kommissionen emellertid inte därav dragit slutsatsen att förekomsten av endast en av dessa faktorer räcker för att det ska vara möjligt att komma till slutsatsen att den undersökta koncentrationen påtagligt skulle kunna hämma en effektiv konkurrens.

- 148 I fotnot 263 till skäl 313 i det omtvistade beslutet hänvisade kommissionen nämligen uttryckligen till punkt 26 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, där det anges att den omständigheten att en av parterna i koncentrationen kan betecknas som en ”viktig konkurrensfaktor” är en av de faktorer som enligt riktlinjerna kan beaktas vid bedömningen av huruvida koncentrationen påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen.
- 149 Såsom kommissionen har påpekat noterade tribunalen själv, i punkt 155 i den överklagade domen, att det framgår av det omtvistade beslutet att det förhållandet att Three ansågs utgöra en ”viktig konkurrensfaktor” var en av de faktorer som kommissionen lade till grund för sin slutsats att koncentrationen skulle ge upphov till icke-samordnade effekter.
- 150 Härav följer att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet i punkt 171 i den överklagade domen.
- 151 Domstolen godtar således den första anmärkning som anförts inom ramen för den tredje grundens andra del.
- 152 När det gäller den andra anmärkningen, att tribunalen i punkt 170 i den överklagade domen missuppfattade punkt 39 i kommissionens svaromål, med följden att tribunalen omvandlade ett exempel på begreppet ”viktig konkurrensfaktor” till en definition av detta begrepp, räcker det att konstatera att även om tribunalen skulle ha missuppfattat kommissionens svaromål i nyssnämnda punkt 170, kan en sådan missuppfattning inte leda till att den överklagade domen ska upphävas, bland annat av det skälet att de skriftliga yttranden som kommissionen inkommit med under förfarandet vid tribunalen avseende begreppet ”viktig konkurrensfaktor” inte kan anses vara avgörande för att fastställa innebörden av detta begrepp.
- 153 Härav följer att den andra anmärkning som anförts inom ramen för den tredje grundens andra del är verkningslös.
- 154 Vad gäller den tredje och sista anmärkningen, att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att uppställa orimliga krav för att ett företag ska kunna anses vara en ”viktig konkurrensfaktor”, erinrar domstolen om att tribunalen i punkterna 170 och 216 i den överklagade domen tillämpade en definition av begreppet ”viktig konkurrensfaktor” med innebörden att det berörda företaget ska utmärka sig genom en prispolitik som på ett påtagligt sätt kan påverka konkurrensdynamiken på marknaden och, i synnerhet, bedriva en särskilt aggressiv konkurrens i fråga om prissättning och tvinga de övriga aktörerna på marknaden att samordna sina priser.
- 155 Tribunalen preciserade i punkterna 173 och 175 i den överklagade domen att kommissionens synsätt i det omtvistade beslutet i praktiken resulterar i en sammanblandning av begreppet ”påtagligt hinder för en effektiv konkurrens” i artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, begreppet ”ett viktigt konkurrenstryck upphör” i skäl 25 i samma förordning, samt begreppet ”eliminering av ett betydande konkurrenstryck”. Denna sammanblandning ger upphov till en extensiv tolkning av nämnda artikel 2.3, med innebörden att varje undanröjande av en ”viktig konkurrensfaktor” medför att ett viktigt konkurrenstryck upphör, vilket i sin tur föranleder slutsatsen att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens är för handen.

- 156 I punkt 174 i den överklagade domen fann tribunalen dessutom att om det inte uppställs något krav på att en "viktig konkurrensfaktor" ska skilja sig från sina konkurrenter i fråga om dess inverkan på konkurrensen, skulle varje företag på en oligopolistisk marknad som utövar ett konkurrenstryck kunna omfattas av detta begrepp.
- 157 I detta sammanhang konstaterade tribunalen, i punkt 216 i den överklagade domen, att kommissionen inte hade styrkt att Three omfattas av detta begrepp.
- 158 Härvidlag ska det för det första erinras om att såsom framgår av skälen 6, 24 och 25 i förordning nr 139/2004 syftar denna förordning till att införa en effektiv kontroll över alla koncentrationer som påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den, inbegripet koncentrationer som ger upphov till icke-samordnade effekter.
- 159 För det andra bekräftas det i punkt 24 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer att den mest direkta effekten av en koncentration är att konkurrensen mellan de samgående företagen försvinner.
- 160 För det tredje framgår det av punkterna 26, 37 och 38 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer att undanröjandet av en "viktig konkurrensfaktor" i princip är en av de faktorer som kan ha betydelse för huruvida det är troligt att en koncentration orsakar betydande icke-samordnade effekter, och som således gör det möjligt att bedöma bland annat huruvida den aktuella koncentrationen skulle leda till att det betydande konkurrenstryck som koncentrationsparterna utövat på varandra skulle upphöra.
- 161 I detta sammanhang ska det noteras att de krav som ska vara uppfyllda för att ett företag ska anses utgöra en "viktig konkurrensfaktor", och som har en direkt inverkan på användningen av denna bedömning som relevant faktor för att komma till slutsatsen att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens eventuellt skulle uppstå, inte bör vara sådana att det blir omöjligt för kommissionen att förklara koncentrationer som kan ge upphov till betydande icke-samordnade effekter – och följaktligen påtagligt hindra en effektiv konkurrens – oförenliga med den inre marknaden. I annat fall skulle nämligen effektiviteten av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, och i synnerhet dessa bestämmelsers ändamålsenliga verkan, äventyras.
- 162 Den omständigheten att en part i en koncentration på en oligopolistisk marknad inte särskiljer sig från sina konkurrenter genom att bedriva en "särskilt aggressiv" konkurrens i fråga om prissättning innebär inte att en koncentration som ett sådant företag är part i inte kan förändra konkurrensdynamiken på ett påtagligt och skadligt sätt. Det är nämligen vedertaget att kontrollen av koncentrationer syftar just till att undersöka på vilket sätt en koncentration skulle kunna ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på en viss marknad, för att fastställa huruvida koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen, utan att det därvid är avgörande att ett företag som ingår i koncentrationen är ett "särskilt aggressivt" företag på denna marknad.
- 163 Såsom för övrigt bekräftas i punkt 38 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer kan det inte uteslutas att flera företag på en viss oligopolistisk marknad anses utgöra "viktiga konkurrensfaktorer".
- 164 Det ska även erinras om att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ram som ska tillämpas i fråga om kontroll av företagskoncentrationer, utan är endast vägledande (se, analogt, dom av den 24 september 2009, Erste Group Bank m.fl./kommissionen, C-125/07 P,

C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, EU:C:2009:576, punkt 233 och där angiven rättspraxis). Den omständigheten att kommissionen i tidigare beslut har definierat vissa företag som varit unika i sin "aggressivitet" på den aktuella marknaden och ökat sin närvaro på denna marknad snabbare än alla andra konkurrenter som en "viktig konkurrensfaktor", innebär således inte att detta är det enda typfall där denna definition kan tillämpas.

- 165 Slutligen ska det noteras att ofta är priset inte den enda viktiga parametern för att bedöma konkurrensdynamiken på olika produktmarknader där kvalitet och innovation kan spela en avgörande roll för de aktuella produkternas positionering. Ett synsätt som innebär att man uteslutande ska grunda sig på priser för att anse att ett företag utgör en "viktig konkurrensfaktor" är således ofullständigt.
- 166 Begreppet "viktig konkurrensfaktor" kan följaktligen inte förbehållas företag som bedriver en särskilt aggressiv konkurrens i fråga om prissättning och tvingar de övriga aktörerna på marknaden att samordna sina priser, eller företag vars prispolitik på ett påtagligt sätt kan påverka konkurrensdynamiken på den aktuella marknaden.
- 167 I likhet med vad som anges i punkt 37 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, kan det under dessa omständigheter konstateras att för att ett företag ska kunna anses utgöra en "viktig konkurrensfaktor" räcker det att företaget har ett större inflytande över konkurrensprocessen än deras marknadsandelar eller liknande mått ger vid handen.
- 168 I förevarande fall gjorde tribunalen sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 170 och 216 i den överklagade domen fann att för att kommissionen, skulle kunna definiera Three som en "viktig konkurrensfaktor", var den tvungen att visa att Three bedrev en särskilt aggressiv konkurrens i fråga om prissättning och tvingade de övriga aktörerna på marknaden att samordna sina priser, eller att Threes prispolitik på ett påtagligt sätt kunde påverka konkurrensdynamiken på marknaden.
- 169 Mot bakgrund av vad som konstaterats i punkterna 151 och 168 ovan ska överklagandet bifallas såvitt avser den tredje grundens andra del.

Den tredje delgrunden

– Parternas argument

- 170 Inom ramen för den tredje grundens tredje del har kommissionen anfört två anmärkningar.
- 171 Genom sin första anmärkning har kommissionen gjort gällande att i punkt 242 i den överklagade domen ålade tribunalen kommissionen att visa att koncentrationsparterna är "särskilt nära konkurrenter" i stället för "nära konkurrenter", vilket är ett orimligt krav att ställa inom ramen för bedömningen av närheten i koncentrationsparternas konkurrensförhållande.
- 172 Kommissionen anser att i punkt 247 i den överklagade domen förutsatte tribunalen felaktigt att på en sådan oligopolistisk marknad som marknaden för mobiltelefoni i Förenade kungariket, med fyra mobilnätoperatörer, har dessa operatörer per definition ett mer eller mindre nära konkurrensförhållande.

- 173 I detta avseende har kommissionen understrukit att varje marknad har sin egen dynamik. På en oligopolistisk marknad som kännetecknas av ett utbud med differentierade produkter är det således möjligt att de produkter som erbjuds av två företag på denna marknad har en relativt låg grad av utbytbarhet, eller nästan uteslutande riktas mot olika marknadssegment. Dessa två företag ska således inte betraktas som nära konkurrenter. I händelse av en koncentration mellan dessa företag kan kommissionen således inte åberopa ett nära konkurrensförhållande som en relevant faktor till stöd för slutsatsen att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas. Om dessa två företag däremot är nära konkurrenter inom samma segment av denna oligopolistiska marknad, och det således är styrkt att "konkurrensen mellan [dem] har varit en viktig källa till konkurrens på marknaden" i den mening som avses i punkt 28 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, är kommissionen inte skyldig att visa att koncentrationsparterna är varandras "närmaste konkurrenter" eller "särskilt nära konkurrenter".
- 174 Genom sin andra anmärkning har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet när den, bland annat i punkt 249 i den överklagade domen, fann att kommissionen hade utgått från antagandet att Three och O2 hade ett tillräckligt nära konkurrensförhållande för att den planerade koncentrationen skulle medföra att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens. Såsom tribunalen påpekade i punkt 227 i den överklagade domen var nämligen det nära konkurrensförhållandet mellan Three och O2 endast en av de faktorer som det hänvisades till i det omtvistade beslutet såsom grund för slutsatsen att den planerade koncentrationen skulle ge upphov till icke-samordnade effekter.
- 175 CK Telecoms har genmält att kommissionens första anmärkning bygger på en isolerad och felaktig tolkning av den överklagade domen. Tribunalen beaktade nämligen i vederbörlig ordning riktlinjerna för horisontella koncentrationer, och den omständigheten att Three och O2 har ett nära konkurrensförhållande är en viktig faktor i förevarande fall.
- 176 I riktlinjerna preciseras emellertid inte vilken grad av närhet som krävs för att de berörda företagen ska anses vara "nära konkurrenter".
- 177 I det omtvistade beslutet tillämpade kommissionen inte heller de kriterier som fastställts i riktlinjerna för att undersöka närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2.
- 178 Enligt CK Telecoms är kravet på att koncentrationsparterna ska vara "särskilt nära konkurrenter" förenligt med det allmänna kriterium som förbjuder påtagliga hinder mot en effektiv konkurrens. Endast ett särskilt nära konkurrensförhållande kan styrka förekomsten av ett sådant hinder.
- 179 Vad gäller den andra anmärkningen anser CK Telecoms att tribunalen inte missuppfattade det omtvistade beslutet i punkt 249 i den överklagade domen.

– *Domstolens bedömning*

- 180 När det gäller den första anmärkningen, att tribunalen – bland annat i punkt 242 i den överklagade domen – felaktigt krävt att kommissionen i förevarande fall var tvungen att visa att koncentrationsparterna är "särskilt nära konkurrenter", ska det påpekas att tribunalens bedömning av närheten i koncentrationsparternas konkurrensförhållande omfattas av prövningen av den första skadeteori som kommissionen lade fram i det omtvistade beslutet, avseende icke-samordnade effekter på detaljhandelsmarknaden.

- 181 I punkt 128 i den överklagade domen noterade tribunalen att inom ramen för denna skadeteori grundade sig kommissionen på det betydande konkurrenstryck som Three och O2 utövade på varandra, deras nära konkurrensförhållande och deras marknadsandelar, incitamenten för den sammanslagna enheten att höja priserna, samt de övriga konkurrenternas konkurrensförmåga, för att i skäl 1226 i det omtvistade beslutet komma till slutsatsen att koncentrationen ”kunde ge upphov till icke-samordnade konkurrenshämmande effekter på detaljhandelsmarknaden”.
- 182 I detta sammanhang konstaterade tribunalen för det första, i punkt 234 i den överklagade domen, att begreppet ”nära konkurrent” inte förekommer i förordning nr 139/2004, utan endast i riktlinjerna för horisontella koncentrationer.
- 183 För det andra erinrade tribunalen, i punkterna 235 och 241 i nämnda dom, om att för att artikel 2.3 i förordning nr 139/2004, jämförd med skäl 25 i samma förordning, ska vara tillämplig krävs att det viktiga konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövat på varandra upphör, vilket utgör den mest direkta ensidiga verkan av en koncentration på en oligopolistisk marknad.
- 184 För det tredje fann tribunalen, i punkterna 242, 247 och 249 i den överklagade domen, att när fråga är om en oligopolistisk marknad, där alla aktörer per definition har ett mer eller mindre nära konkurrensförhållande, måste kommissionen visa att koncentrationsparterna är ”särskilt nära konkurrenter”, och inte bara ”nära konkurrenter”.
- 185 Slutligen ska det noteras att i punkterna 249 och 250 i den överklagade domen godtog tribunalen CK Telecoms argumentation avseende det låga bevisvärdet av analysen av närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2. Tribunalen motiverade denna ståndpunkt med hänvisning till att Three och O2 endast är relativt nära konkurrenter inom vissa segment på en koncentrerad marknad som omfattar fyra mobilnätoperatörer. Tribunalen fann att blott denna omständighet inte var tillräcklig för att det i förevarande fall skulle anses styrkt att koncentrationsparterna utövar ett betydande konkurrenstryck på varandra, vilket skulle upphöra om den planerade koncentrationen genomfördes, och denna omständighet var således inte tillräcklig för att visa att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå, såvida inte varje koncentration där fyra aktörer blir tre, av princip, ska förbjudas.
- 186 Såsom det har erinrats om i punkt 159 ovan ska det i detta hänseende noteras att den mest direkta effekten av en koncentration är att konkurrensen mellan de samgående företagen försvinner.
- 187 Det förhåller sig emellertid så, att även om närheten i koncentrationsparternas konkurrensförhållande är ett viktigt indicium vid bedömningen av huruvida det betydande konkurrenstryck som utövats mellan dessa parter kommer att upphöra, är denna närhet endast en av de faktorer som gör det möjligt att bedöma sannolikheten för att en koncentration kommer att medföra betydande icke-samordnade effekter, vilket även bekräftas i punkterna 26 och 28–30 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer.
- 188 I punkt 28 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer har kommissionen således med rätta påpekat att produkter kan differentieras inom en relevant marknad på ett sådant sätt att vissa produkter är närmare substitut än andra, och ju högre graden av utbytbarhet är mellan de samgående företagens produkter, desto troligare är det att företagen kommer att höja sina priser betydligt när koncentrationen väl har genomförts. Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 121 i sitt förslag till avgörande, kan en högre grad av närhet i koncentrationsparternas konkurrensförhållande utgöra en indikation på att det är mer sannolikt än osannolikt att

koncentrationen påtagligt kommer att hämma den effektiva konkurrensen på den inre marknaden eller en betydande del av den, medan en lägre grad av närhet i koncentrationsparternas konkurrensförhållande kan tyda på motsatsen.

- 189 Att uppställa ett krav på att koncentrationsparterna ska vara ”särskilt nära konkurrenter”, inom ramen för bedömningen av närheten i deras konkurrensförhållande, innebär i detta sammanhang att parternas produkter är mycket utbytbara på en marknad med differentierade produkter. En sådan grad av utbytbarhet krävs emellertid inte nödvändigtvis. Även när utbytbarheten mellan koncentrationsparternas produkter inte är särskilt hög kan det nämligen finnas en lägre grad av utbytbarhet mellan dessa parternas produkter och produkterna som erbjuds av de företag som inte är parter i koncentrationen, vilket kan ge koncentrationsparterna incitament att höja priserna på sina varor.
- 190 Dessutom anges i punkt 28 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer att stora marginaler före koncentrationen också kan göra betydande prishöjningar mer sannolika. Dyliga marginaler kan även tyda på att parterna i den aktuella koncentrationen varken är varandras närmaste konkurrenter eller särskilt nära konkurrenter.
- 191 Således är det inte endast en koncentration mellan särskilt nära konkurrenter som påtagligt kan hämma en effektiv konkurrens på den aktuella marknaden.
- 192 Tribunalen gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den, bland annat i punkterna 242 och 247 i den överklagade domen, ålade kommissionen att visa att koncentrationsparterna inte bara är nära konkurrenter utan ”särskilt nära konkurrenter”.
- 193 Överklagandet ska följaktligen bifallas såvitt avser den första anmärkning som anförts inom ramen för den tredje grundens tredje del.
- 194 Genom den andra anmärkningen har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet när den, bland annat i punkt 249 i den överklagade domen, fann att kommissionen i detta beslut hade utgått från antagandet att närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2 på den aktuella oligopolistiska marknaden i sig räckte för att anse att koncentrationen påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens.
- 195 Härvidlag ska det noteras att i denna punkt 249 slog tribunalen fast att ”[ä]ven om det visserligen kan fastställas att Three och O2 är relativt nära konkurrenter inom vissa segment på en koncentrerad marknad som omfattar fyra mobilnätoperatörer, är blott denna omständighet inte tillräcklig för att det i förevarande fall ska anses styrkt att koncentrationsparterna utövar ett betydande konkurrenstryck på varandra, vilket skulle upphöra om koncentrationen genomfördes, och denna omständighet är således inte tillräcklig för att visa att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens är för handen, såvida inte varje koncentration där fyra aktörer blir tre, av princip, ska förbjudas”.
- 196 Såsom kommissionen har gjort gällande innehåller det omtvistade beslutet inte någon uppgift som bekräftar att närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2 i sig var tillräcklig för att den planerade koncentrationen skulle kunna medföra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens. Såsom det erinrats om i punkt 146 ovan påtalade kommissionen tvärtom, i skälen 313 och 321 i det omtvistade beslutet, att riktlinjerna för horisontella koncentrationer hänvisar till flera faktorer, däribland närheten i konkurrensförhållandet, som relevanta för att avgöra huruvida en koncentration kan medföra icke-samordnade effekter.

- 197 Domstolen godtar således den andra anmärkningen, och därigenom den tredje grundens tredje del i dess helhet.
- 198 Överklagandet ska således bifallas såvitt avser den tredje grundens andra och tredje del, utan att det är nödvändigt att pröva den fjärde delen av denna grund, som åberopats i andra hand.

Den fjärde grunden

- 199 Den fjärde grunden består av två delar. Den första delen avser dels att tribunalen missuppfattade kommissionens argument angående dess kvantitativa analys av den planerade koncentrationens priseffekter, dels att tribunalen felaktigt kom till slutsatsen att prishöjningen inte skulle vara relevant förevarande fall. Den andra delen avser att tribunalen felaktigt ålade kommissionen att i sin bedömning inkludera så kallade ”standardmässiga” effektivitetsvinster.

Den första delgrunden

– Parternas argument

- 200 Genom den fjärde grundens första del har kommissionen anfört två anmärkningar.
- 201 Genom sin första anmärkning har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade dess inlagor, när den i punkt 273 i den överklagade domen fann att det var ostridigt att den planerade koncentrationen förväntades leda till en prishöjning på [*konfidentiell uppgift*]¹, trots att det framgår såväl av punkt 157 i svaromålet som av punkt 61 i dupliken att kommissionen bestred denna siffra vid tribunalen. Det framgår nämligen tydligt av dessa punkter att kommissionen bestred CK Telecoms sifferuppgifter och hävdade vid tribunalen att denna prishöjning skulle uppgå till [*konfidentiell uppgift*].
- 202 Genom sin andra anmärkning har kommissionen gjort gällande att tribunalen, i punkt 273 i den överklagade domen, gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att antyda att den prishöjning som förväntades följa av den planerade koncentrationen inte var relevant, eftersom den var lägre än vad som förväntats i vissa tidigare beslut om villkorligt godkännande av koncentrationer.
- 203 I detta avseende anser kommissionen att tribunalen inte borde ha jämfört den föreslagna koncentrationen med de koncentrationer som gav upphov till kommissionens beslut C(2014) 3561 final av den 28 maj 2014 om att förklara en koncentration förenlig med den inre marknaden och EES-avtalet (ärende M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland), publicerat i sammanfattad form i *Europeiska unionens officiella tidning* den 13 augusti 2014 (EUT C 264, 2014, s. 6, nedan kallat det irländska ärendet) å ena sidan, och kommissionens beslut C(2014) 4443 av den 2 juli 2014 om att förklara en koncentration förenlig med den inre marknaden och EES-avtalets funktion (ärende M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus), publicerat i sammanfattad form i *Europeiska unionens officiella tidning* den 13 mars 2015 (EUT C 86, 2015, s. 10, nedan kallat det tyska ärendet) å den andra. Tribunalens jämförelse grundar sig på en uppenbart felaktig tolkning av kommissionens beslut i dessa två ärenden. Till skillnad från vad

¹ Konfidentiella uppgifter har utelämnats.

som nu är fallet godkände kommissionen de koncentrationer som var aktuella i det irländska och det tyska ärendet eftersom parterna i dessa hade föreslagit korrigerande åtgärder som ansågs tillräckliga för att kunna undanröja påtagliga hinder för en effektiv konkurrens.

- 204 CK Telecoms har för det första genmält att genom den fjärde grundens första del har kommissionen kritiserat tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och att denna delgrund följaktligen inte kan tas upp till sakprövning.
- 205 För det andra har CK Telecoms gjort gällande att den fjärde grundens första del är verkningslös. I punkterna 264–281 i den överklagade domen gjorde tribunalen en bedömning som föranledde den att i punkt 282 i nämnda dom slå fast att den kvantitativa analys som gjorts i förevarande fall saknade bevisvärde, av det skälet att kommissionen inte med tillräcklig sannolikhet hade visat att betydande prishöjningar skulle genomföras till följd av att det betydande konkurrenstryck som de samgående parterna tidigare utövade på varandra skulle upphöra. Härvidlag har CK Telecoms preciserat att i punkt 268 i den överklagade domen underkände tribunalen bevisvärdet av kommissionens kvantitativa analys, vilket kommissionen inte har bestridit.
- 206 För det tredje och sista har CK Telecoms gjort gällande att tribunalen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid sin bedömning av kommissionens kvantitativa analys. Tribunalen motiverade i detta avseende behovet av att fastställa ett tröskelvärde som resultatet av denna analys måste överskrida för att den ska anses tyda på att koncentrationen i fråga kan medföra betydande prishöjningar.

– *Domstolens bedömning*

- 207 Genom sin första anmärkning har kommissionen inte kritiserat tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna, utan har gjort gällande att tribunalen missuppfattade innehållet i de inlagor som ingivits i första instans. Denna anmärkning kan således inte avvisas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 november 2018, Alcohol Countermeasure Systems (International)/EUIPO, C-340/17 P, EU:C:2018:965, punkt 39).
- 208 Vad gäller frågan huruvida den andra anmärkningen kan tas upp till prövning, räcker det att konstatera att kommissionen genom denna anmärkning har tagit upp en rättsfråga i den mån den har klandrat tribunalen för att felaktigt ha jämfört den prishöjning som kunde följa av den föreslagna koncentrationen med de prishöjningar som förväntades i det irländska och det tyska ärendet, där kommissionen godkände företagskoncentrationerna i fråga under förutsättning att vissa villkor uppfylldes. Den andra anmärkningen kan således tas upp till prövning.
- 209 Vad gäller frågan huruvida den första delen av den fjärde grunden är verkningslös eller ej, fann tribunalen visserligen, i punkt 268 i den överklagade domen, att den kvantitativa analysen inte utgjorde ett avgörande bevis för ett eventuellt påtagligt hinder för en effektiv konkurrens. Tribunalen fann emellertid inte att denna analys i princip saknade bevisvärde. Tribunalen konstaterade nämligen att denna analys inte var tillräcklig för att visa att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens skulle uppkomma.
- 210 För att komma till slutsatsen – i punkt 282 i den överklagade domen – att kommissionen inte hade visat att betydande prishöjningar skulle genomföras till följd av den planerade koncentrationen, konstaterade tribunalen inledningsvis, i punkt 273 i den överklagade domen, att den förväntade prishöjningen i förevarande fall uppgick till [*konfidentiell uppgift*], en uppgift som kommissionen vitsordade. Därefter, för att kontrollera om denna höjning kunde anses vara betydande, jämförde

tribunalen den förväntade prishöjningen i förevarande fall med de förväntade prishöjningarna i det irländska och det tyska ärendet, på 6,6 procent respektive 9,5 procent. Tribunalen konstaterade emellertid att i dessa ärenden hade kommissionen godkänt de aktuella koncentrationerna under förutsättning att vissa villkor uppfylldes.

- 211 Det kan följaktligen konstateras att kommissionen har skäl att kritisera tribunalen för att ha missuppfattat dess argument avseende den exakta prishöjning som kunde förväntas följa av den planerade koncentrationen, och för att felaktigt ha jämfört förevarande fall med kommissionens tidigare beslut i andra koncentrationsärenden. Denna kritik kan nämligen inte underkännas som verkningslös, eftersom vart och ett av dessa argument skulle kunna påverka tribunalens slutsats i punkt 282 i den överklagade domen, vilket även generaladvokaten har påpekat, i punkt 141 i sitt förslag till avgörande. CK Telecoms argument att den fjärde grundens första del är verkningslös kan följaktligen inte godtas och denna grund ska därför prövas i sak.
- 212 Vad gäller den första anmärkning som anförts inom ramen för denna delgrund, att tribunalen i punkt 273 i den överklagade domen missuppfattade kommissionens argument i punkt 157 i svaromålet och i punkt 61 i dupliken, erinrar domstolen om att när en klagande hävdar att dennes argument har missuppfattats är vederbörande, i enlighet med artiklarna 256 FEUF, 58 första stycket i domstolens stadga och 168.1 d domstolens rättegångsregler, skyldig att ange exakt vilka omständigheter som tribunalen påstås ha missuppfattat och visa de bedömningsfel som klaganden anser har orsakat denna missuppfattning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 213 I förevarande fall framgår det av punkt 273 i den överklagade domen att tribunalen funnit att ”den förväntade prishöjningen i förevarande mål enligt [CK Telecoms], vilket inte har bestridits av kommissionen, skulle uppgå till [*konfidentiell uppgift*], medan en förväntad prishöjning på 6,6 procent i det irländska ärendet och 9,5 procent i det tyska ärendet inte hindrade kommissionen från att godkänna de transaktionerna under förutsättning att vissa villkor var uppfyllda”.
- 214 Det framgår emellertid tydligt av punkt 157 i kommissionens svaromål att inom ramen för förfarandet i första instans hade kommissionen bestridit den siffra som CK Telecoms uppgett, och anfört att den förväntade prishöjningen av den planerade koncentrationen i förevarande fall uppgick till [*konfidentiell uppgift*]. Denna slutsats stöds även av punkterna 159 och 160 i kommissionens svaromål och av punkt 61 i dess duplik.
- 215 Det framgår således av handlingarna i målet att tribunalen i punkt 273 i den överklagade domen missuppfattade kommissionens inlagor i första instans.
- 216 Överklagandet ska således bifallas såvitt avser den första anmärkning som anförts inom ramen för den fjärde grundens första del.
- 217 När det gäller den andra anmärkning som anförts inom ramen för den första delen av den fjärde grunden, varigenom kommissionen har gjort gällande att tribunalen felaktigt jämförde förevarande ärende med det irländska och det tyska ärendet och därför felaktigt fann, i punkt 273 i den överklagade domen, att den prishöjning på [*konfidentiell uppgift*] som förväntades följa av den planerade koncentrationen inte var relevant, eftersom den var lägre än den som förväntades i

det irländska och det tyska ärendet, ska det noteras att, såsom framgår av punkt 215 ovan, tribunalens bedömning i detta avseende grundar sig på en missuppfattning av kommissionens svaromål avseende det exakta värdet av denna prishöjning.

- 218 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 147 i sitt förslag till avgörande, skiljer sig det irländska och det tyska ärendet från det förevarande på en väsentlig punkt, nämligen att parterna i de koncentrationer som då var aktuella, till skillnad från vad som nu är fallet, hade erbjudit åtaganden som ansågs tillräckliga för att undanröja kommissionens betänkligheter om konkurrensproblem.
- 219 Under alla omständigheter, och såsom det har erinrats om i punkt 164 ovan, utgör kommissionens tidigare beslutspraxis inte den rättsliga ram som ska tillämpas i fråga om kontroll av koncentrationer, utan är endast vägledande.
- 220 Tribunalen gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 273 i den överklagade domen fann att den prishöjning på [*konfidentiell uppgift*] som förväntades följa av den planerade koncentrationen inte var relevant, eftersom den var lägre än vad som förväntades i det irländska och det tyska ärendet.
- 221 Härav följer att överklagandet ska bifallas såvitt avser den andra anmärkning som anförts inom ramen för den fjärde grundens första del.
- 222 Mot bakgrund av det ovan anförda ska överklagandet bifallas såvitt avser den fjärde grundens första del i dess helhet.

Den andra delgrunden

– Parternas argument

- 223 Genom den fjärde grundens andra del har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den i punkterna 277–279 i den överklagade domen fann att kommissionen i sin kvantitativa analys borde ha inkluderat ”standardmässiga” effektivitetsvinster, med hänsyn till ”varje koncentrations specifika effektivitet”.
- 224 Härvidlag har kommissionen understrukt att enligt skäl 29 i förordning nr 139/2004 ankommer det på de berörda företagen att inge en beskrivning av varje effektivitetsvinst, jämte bestyrkande handlingar.
- 225 I motsats till vad tribunalen konstaterade i punkt 277 i den överklagade domen har unionslagstiftaren inte uppställt någon presumtion för att varje koncentration nödvändigtvis ger upphov till effektivitetsvinster som systematiskt ska beaktas inom ramen för kommissionens kvantitativa analys. Det följer nämligen av punkterna 77–87 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer att effektivitetsvinsterna ska vara till nytta för konsumenterna, vara specifika för en viss koncentration och möjliga att kontrollera.
- 226 Kommissionen anser dessutom att det i förordning nr 139/2004 inte görs någon åtskillnad mellan olika typer av effektivitetsvinster.

- 227 Kommissionen har under alla omständigheter gjort gällande att i sin kvantitativa analys tog den hänsyn till sådana effektivitetsvinster som enligt tribunalens definition i punkt 277 i den överklagade domen kunde anses vara ”standardmässiga”, men bortsåg från dessa av det skälet att de inte kunde påverka incitamenten för den sammanslagna enheten att höja priserna.
- 228 CK Telecoms har för det första genmält att kommissionens argument är verkningslöst, eftersom tribunalens slutsats att den kvantitativa analysen i det omtvistade beslutet var felaktig inte enbart grundar sig på konstaterandet att kommissionen inte i vederbörlig ordning beaktade de effektivitetsvinster som den planerade koncentrationen skulle ge upphov till.
- 229 CK Telecoms har för det andra gjort gällande att kommissionens argument grundar sig på en felaktig tolkning av den överklagade domen. Tribunalen fann nämligen att bevisvärdet av en kvantitativ analys minskar om den inte också tar hänsyn till utjämnande faktorer, inbegripet effektivitetsvinster. Tribunalen drog härav slutsatsen att bevisvärdet av den kvantitativa analysen skulle öka om kommissionen förutsatte att en viss grad av effektivitetsvinster skulle uppstå till följd av den planerade koncentrationen.
- 230 Vidare anser CK Telecoms att tribunalens bedömning till sin natur motsvarar en kvantitativ analys, då denna har utformats i syfte att mäta såväl koncentrationers konkurrensbegränsande effekter som deras konkurrensfrämjande effekter. Hänsyn ska således tas till bevisade eller förmodade effektivitetsvinster.
- 231 I förordning nr 139/2004 beaktas dessutom den omständigheten att koncentrationer i allmänhet medför både konkurrensfrämjande effekter och konkurrensbegränsande effekter. Tribunalens konstaterande att slutsatserna i kommissionens kvantitativa analys har ett begränsat bevisvärde, eftersom den inte omfattar ”standardmässiga” effektivitetsvinster, är således förenligt med de principer som ligger till grund för denna förordning.
- 232 CK Telecoms har slutligen gjort gällande att eftersom det inte anges i riktlinjerna för horisontella koncentrationer hur kommissionen ska genomföra sin kvantitativa analys, kan tribunalens slutsatser avseende bevisvärdet av denna analys inte anses strida mot riktlinjerna.

– *Domstolens bedömning*

- 233 När det gäller frågan huruvida den fjärde grundens andra del har verkan, framgår det av punkt 279 i den överklagade domen att ”standardmässiga” effektivitetsvinster enligt tribunalen ingår i ”varje koncentrations specifika effektivitet” och utgör ”... en del av en kvantitativ modell som syftar till att fastställa huruvida en koncentration kan ha ... begränsande effekter”.
- 234 Med hänsyn till den betydelse som tribunalen tillmätte denna typ av effektivitetsvinster inom ramen för den kvantitativa analysen, har kommissionen skäl att kritisera tribunalen för att i punkterna 277–279 i den överklagade domen ha ålagt denna institution en skyldighet att i denna analys, mot bakgrund av ”varje koncentrations specifika effektivitet”, inkludera ”standardmässiga” effektivitetsvinster.
- 235 CK Telecoms argument att den fjärde grundens andra del är verkningslös kan således inte godtas.

- 236 Vad gäller frågan huruvida denna delgrund är välgrundad erinrar domstolen om att tribunalen i punkt 277 i den överklagade domen konstaterade att alla koncentrationer kommer att leda till effektivitetsvinster vars omfattning också beror på det externa konkurrenstrycket. Enligt tribunalen följer dessa vinster bland annat av att den sammanslagna enheten kan rationalisera och integrera produktions- och distributionsprocessen, vilket kan leda till att priserna sänks.
- 237 I punkterna 278 och 279 i den överklagade domen gjorde tribunalen åtskillnad mellan två typer av effektivitetsvinster; dels de som nämns i riktlinjerna för horisontella koncentrationer, som den anmälade parten ska styrka är för handen och som ska beaktas vid helhetsbedömningen av koncentrationens inverkan på konkurrensen, för att undersöka huruvida sådana vinster kan uppväga koncentrationens konkurrensbegränsande effekter, dels de som nämns i punkt 277 nämnda dom, avseende varje koncentrationens specifika effektivitet, vilka utgör ”en del av en kvantitativ modell som syftar till att fastställa huruvida en koncentration kan ha sådana begränsande effekter”. Såsom framgår av punkt 278 i den överklagade domen fann tribunalen att kommissionen i sin kvantitativa analys är skyldig att ex officio beakta den sistnämnda typen, så kallade ”standardmässiga” effektivitetsvinster.
- 238 Det framgår emellertid av skäl 29 i förordning nr 139/2004 att för att fastställa en koncentrationens inverkan på konkurrensen inom den inre marknaden är det lämpligt att beakta alla välgrundade och sannolika effektivitetsvinster som de berörda företagen framför.
- 239 Det framgår även av avsnitt 9 i bilaga I till förordning nr 802/2004 att det åligger det berörda företaget att inge en beskrivning jämte bestyrkande handlingar av varje effektivitetsvinst.
- 240 Slutligen tas de relevanta kriterierna för att beakta dylika effektivitetsvinster upp i punkterna 76–88 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer.
- 241 I likhet med vad generaladvokaten har påpekat, i punkt 153 i sitt förslag till avgörande, kan domstolen således konstatera att varken förordning nr 139/2004, förordning nr 802/2004 eller riktlinjerna för horisontella koncentrationer hänvisar till en typ av ”standardmässiga” effektivitetsvinster, såsom den tribunalen hänvisat till i punkterna 277–279 i den överklagade domen, eller uppställer en presumtion för att varje koncentration medför sådana effektivitetsvinster.
- 242 Vissa koncentrationer kan visserligen leda till effektivitetsvinster som är specifika för just dem. Att så är fallet innebär emellertid inte på något sätt att alla koncentrationer medför sådana effektivitetsvinster. Det ankommer under alla omständigheter på de anmälade parterna att styrka dylika vinster för att kommissionen ska kunna beakta dem vid sin kontroll.
- 243 Om varje koncentration ansågs medföra ”standardmässiga” effektivitetsvinster skulle det dessutom skapa en presumtion, och därmed en omvänd bevisbörda, för en viss typ av effektivitetsvinster, trots att denna bevisbörda åvilar företagen, såsom påtalats i punkterna 238 och 239 ovan.
- 244 En sådan omvänd bevisbörda skulle göra kontrollen av koncentrationer mindre effektiv, och följaktligen äventyra den ändamålsenliga verkan av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004. Förordningens mål som det erinrats om i punkt 106 ovan, bestående i att möjliggöra en effektiv kontroll av koncentrationer – i genom att motverka att koncentrationer som inte medför någon

risk för konkurrensbegränsande verkningar förbjuds och att koncentrationer som skadar den effektiva konkurrensen tillåts – säkerställs bland annat genom den fördelning av bevisbördan på området för kontroll av koncentrationer som unionslagstiftaren har fastställt.

- 245 Att kasta om bevisbördan genom att uppställa en presumtion för att varje koncentration medför sådana effektivitetsvinster skulle rubba denna jämvikt.
- 246 Under dessa omständigheter kan det konstateras att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 277–279 i den överklagade domen fann att kommissionen i sin kvantitativa analys borde ha inkluderat sådana ”standardmässiga” effektivitetsvinster som ingår i varje koncentrations specifika effektivitet.
- 247 Mot bakgrund av det ovan anförda ska överklagandet bifallas även såvitt avser den fjärde grundens andra del och följaktligen såvitt avser den fjärde grunden i dess helhet.

Den femte grunden

Parternas argument

- 248 Genom den femte grunden för överklagandet har kommissionen kritiserat tribunalen för att inte ha prövat om samtliga relevanta faktorer kunde föranleda slutsatsen att i förevarande fall hade kommissionen lyckats styrka att den planerade koncentrationen påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens. Tribunalen begränsade felaktigt sin prövning till enbart vissa av de faktorer som låg till grund för den första skadeteorin, och till frågan huruvida dessa faktorer var för sig räckte för att styrka ett sådant hinder. Därigenom missuppfattade tribunalen det omtvistade beslutet, ersatte kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen, tillämpade de relevanta rättsliga kriterierna felaktigt och åsidosatte sin motiveringsskyldighet.
- 249 Kommissionen har närmare bestämt gjort gällande att tribunalen endast prövade fyra av de faktorer som låg till grund för den första skadeteori som framförts i det omtvistade beslutet. Tribunalen undersökte särskilt storleken på och utvecklingen av marknadsandelarna, den omständigheten att Three ansågs utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”, närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2, samt den kvantitativa analysen av koncentrationens effekter.
- 250 Genom att göra en sådan begränsad prövning och enbart på grundval därav ogiltigförklara det omtvistade beslutet, tog tribunalen inte ställning till huruvida dessa fyra faktorer – jämte de övriga faktorer och slutsatser som framhållits i det omtvistade beslutet – kunde föranleda slutsatsen att den planerade koncentrationen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen.
- 251 I punkterna 149, 171–173, 249 och 268 i den överklagade domen prövade tribunalen dessa fyra faktorer separat för att avgöra om var och en av dem var tillräcklig i sig för att påvisa att ett sådant hinder var för handen. Det följer emellertid inte av det omtvistade beslutet att kommissionen funnit att var och en av dessa faktorer, var för sig, var tillräcklig för att styrka förekomsten av ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.
- 252 Det framgår för övrigt av punkt 26 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer att de faktorer som avses i punkterna 27–38 i dessa riktlinjer inte nödvändigtvis är avgörande var och en för sig.

- 253 CK Telecoms har för det första gjort gällande att det inte ankommer på tribunalen utan på kommissionen att göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta faktorer som kan påverka sannolikheten för att koncentrationen kommer att medföra betydande icke-samordnade effekter. Den femte grunden kan således inte tas upp till prövning och är verkningslös, bland annat på grund av att kommissionen genom denna grund i sak har gjort gällande att tribunalen borde ha avhjälpt bristerna i det omtvistade beslutet och omprövat den planerade koncentrationen, vilket inte faller inom ramarna för omfattningen av dess prövning.
- 254 Vidare har CK Telecoms hävdatt att tribunalen prövade samtliga relevanta faktorer avseende den första skadeteori som framförts i det omtvistade beslutet. I detta avseende har CK Telecoms understrukt att tribunalen gjorde en riktig bedömning i punkt 139 i den överklagade domen, där den konstaterade att kommissionen vid förhandlingen gjort gällande att den första skadeteorin i huvudsak grundades på följande tre omständigheter: det förhållandet att Three utgjorde en ”viktig konkurrensfaktor”, det nära konkurrensförhållandet mellan Three och O2, samt den kvantitativa analysen av koncentrationens pris effekter. Enligt CK Telecoms var det således riktigt och logiskt att tribunalen fokuserade sin prövning på dessa omständigheter.
- 255 Slutligen ansåg tribunalen inte att var och en av de faktorer som kommissionen hänvisat till inom ramen för sin första skadeteori, betraktade var för sig, måste vara tillräckliga för att styrka förekomsten av ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens. Tribunalen ansåg nämligen att kommissionen inte hade visat att dessa faktorer var tillräckliga för slutsatsen att den planerade koncentrationen skulle medföra ett sådant hinder.

Domstolens bedömning

- 256 Vad gäller CK Telecoms argument att den femte grunden inte kan tas upp till prövning och är verkningslös, konstaterar domstolen att kommissionen genom denna grund har tagit upp en rättsfråga vars svar kan påverka tribunalens bedömning att kommissionen inte lyckats styrka förekomsten av ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens. Genom denna grund har kommissionen i huvudsak kritiserat tribunalen för att ha ogiltigförklarat det omtvistade beslutet utan att ha gjort en helhetsbedömning eller en avvägning av samtliga relevanta faktorer som beaktats i det omtvistade beslutet, utan endast ha prövat vissa av de faktorer som låg till grund för bland annat den första skadeteorin och huruvida de var tillräckliga i detta avseende.
- 257 Det ska följaktligen prövas huruvida det finns fog för den femte grunden.
- 258 I detta hänseende ska det erinras om att i enlighet med artikel 2.1 b i förordning nr 139/2004 ska kommissionen, vid sin kontroll av en koncentration, beakta koncentrationsparternas marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras tillgång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, konsumentintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.
- 259 Det ska även erinras om att punkterna 26–38 i riktlinjerna för horisontella koncentrationer hänvisar till faktorer som faktiskt kan påverka sannolikheten för att en koncentration ger upphov till betydande icke-samordnade effekter.

- 260 I punkt 26 i riktlinjerna anges således med rätta att dessa faktorer var och en för sig inte nödvändigtvis är avgörande. Alla dessa faktorer måste inte heller föreligga för att sådana effekter ska vara sannolika.
- 261 Domstolen finner i detta sammanhang att nämnda faktorer i princip kan tyda på att en koncentration kommer att medföra betydande icke-samordnade effekter, och att dessa faktorer ska bli föremål för en helhetsbedömning.
- 262 För att kunna göra en effektiv domstolsprövning av kommissionens beslut att förklara en koncentration oförenlig med den inre marknaden ankommer det således på unionsdomstolen att, efter att ha prövat huruvida invändningarna mot kommissionens bedömning av relevanta faktorer – mot bakgrund av resultatet av denna prövning – är välgrundade, bedöma huruvida alla relevanta faktorer och omständigheter som kommissionen har grundat sig på och som kan anses styrkta, inbegripet sådana som inte har bestridits, räcker för att visa att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas. Denna helhetsbedömning innebär inte att unionsdomstolen är skyldig att ex officio pröva huruvida bedömningen av sådana faktorer eller andra omständigheter som inte har ifrågasatts av parterna i förfarandet är välgrundad.
- 263 Vad i förevarande fall gäller kommissionens första skadeteori innehåller punkterna 128–136 i den överklagade domen en sammanfattning av det omtvistade beslutet.
- 264 I punkterna 141–283 i den överklagade domen prövade tribunalen de argument som CK Telecoms hade anfört inom ramen för den första grunden för talan i första instans. Dessa argument avsåg i huvudsak de faktorer som kunde påverka sannolikheten för att den planerade koncentrationen skulle medföra betydande icke-samordnade effekter, närmare bestämt analysen av marknadsandelarna, huruvida Three ska anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”, närheten i konkurrensförhållandet mellan parterna i den planerade koncentrationen, samt en kvantitativ analys av koncentrationens förväntade pris effekter.
- 265 I punkt 154 i den överklagade domen underkände tribunalen den fjärde delen av den första grunden för talan i första instans. I punkt 152 i den överklagade domen konstaterade tribunalen nämligen, i motsats till vad CK Telecoms gjort gällande i första instans, att kommissionen anfört i det omtvistade beslutet att storleken på och utvecklingen av Threes och O2:s marknadsandelar var en första indikation på att dessa företag utövade ett betydande konkurrenstryck, vilket skulle upphöra genom den planerade koncentrationen.
- 266 I punkterna 176, 190, 198, 216, 226, 250 och 283 i den överklagade domen godtog tribunalen däremot vissa invändningar och delar av den första grunden avseende det förhållandet att Three skulle anses utgöra en ”viktig konkurrensfaktor”, bedömningen av närheten i konkurrensförhållandet mellan Three och O2, samt den kvantitativa analysen av den planerade koncentrationens pris effekter.
- 267 Slutligen prövade och biföll tribunalen, i punkterna 284–291 i den överklagade domen, den sjunde delen av den första grunden för talan i första instans, avseende att kommissionen dels inte hade gjort en helhetsbedömning av förekomsten av icke-samordnade effekter, dels inte hade preciserat av vilken anledning den kommit till slutsatsen att de konkurrenshinder som koncentrationen påstods ge upphov till skulle vara påtagliga.

- 268 Vad gäller frågan huruvida kommissionen gjort en helhetsbedömning av förekomsten av icke-samordnade effekter i förevarande fall, konstaterade tribunalen i punkt 287 i den överklagade domen att kommissionen hade gjort en sådan bedömning i det omtvistade beslutet. Tribunalen preciserade härvidlag att kommissionen i tur och ordning hade undersökt olika relevanta faktorer för att visa att icke-samordnade effekter skulle uppstå på detaljhandelsmarknaden.
- 269 Däremot gjorde tribunalen ingen egen analys av huruvida kommissionen kunde anses ha styrkt att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas, grundad dels på resultatet av dess prövning av CK Telecoms argument i första instans avseende vissa relevanta faktorer, dels på andra relevanta faktorer och konstateranden som kommissionen inkluderat i sin helhetsbedömning och som således kunde anses styrkta, däribland den specifika bedömningen av det konkurrenstryck som O2 utövade, det förväntade beteendet hos den sammanslagna enheten och bedömningen i skälen 778–1174 i det omtvistade beslutet avseende konkurrensställningen för såväl mobilnätoperatörer som virtuella mobilnätoperatörer.
- 270 Under dessa omständigheter finner domstolen att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, efter sin prövning av huruvida det fanns fog för de faktorer och konstateranden som CK Telecoms bestridit i första instans och med hänsyn till resultatet därav, inte gjorde en helhetsbedömning av relevanta faktorer och konstateranden för att kontrollera huruvida kommissionen hade lyckats styrka att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå.
- 271 Överklagandet ska därför bifallas såvitt avser den femte grunden.

Den sjätte grunden

- 272 Den sjätte grunden innehåller två delar. Genom den första delgrunden har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet när den i punkterna 358–361 i den överklagade domen fann att nämnda institution inte hade undersökt en eventuell försämring av kvaliteten på den sammanslagna enhetens nät. Genom den andra delen av denna grund har kommissionen hävdade att tribunalen ex officio prövade en invändning som inte framställdes inom ramen för den sjätte delen av den tredje grunden för ansökan i första instans.

Huruvida den sjätte grunden är verkningslös

– Parternas argument

- 273 CK Telecoms har gjort gällande att den sjätte grunden är verkningslös, eftersom kommissionen inte har ifrågasatt de huvudsakliga överväganden som föranledde tribunalens underkännande av kommissionens andra skadeteori avseende nätdelningsavtalen.
- 274 CK Telecoms har härvidlag hävdade att inom ramen för förevarande överklagande har kommissionen inte ifrågasatt övervägandena i punkterna 325, 330, 340, 344 och 346–348 i den överklagade domen, där tribunalen fann att kommissionen felaktigt kommit till slutsatsen att varken eventuella intressekonflikter mellan parterna i nätdelningsavtalen eller varaktiga störningar av nätdelningsavtalen i sig kunde anses medföra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens, enligt en skadeteori grundad på icke-samordnade effekter.

- 275 Inom ramen för sitt överklagande har kommissionen inte heller bestridit tribunalens bedömning i punkterna 362–397 i den överklagade domen, avseende den aktuella koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone.
- 276 Samtliga av dessa oemotsagda överväganden föranledde tribunalen att underkänna den andra skadeteorin.
- 277 Kommissionen har gjort gällande att den sjätte grunden har verkan.

– *Domstolens bedömning*

- 278 För det första ska det erinras om att i punkterna 325, 330, 340, 344 och 346–348 i den överklagade domen prövade tribunalen frågan huruvida bestående störningar i de välfungerande nätdelningsavtalen, bland annat till följd av intressekonflikter mellan parterna i dessa avtal, i sig kunde utgöra ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens.
- 279 Kommissionen drog emellertid inte slutsatsen att ett sådant hinder kunde uppstå enbart på grundval av en dylik intressekonflikt, eftersom denna konflikt endast var en av de faktorer som beaktades i det omtvistade beslutet.
- 280 Den omständigheten att kommissionen inte har bestridit tribunalens konstaterande att en intressekonflikt mellan parterna i nätdelningsavtalen inte i sig var tillräcklig för att visa att det förelåg ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens kan således inte medföra att kommissionens sjätte grund för överklagandet blir verkningslös.
- 281 Vad för det andra gäller CK Telecoms argument att den sjätte grunden är verkningslös av det skälet att kommissionen inte har bestridit tribunalens bedömning i punkterna 362–397 i den överklagade domen avseende den planerade koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone, ska det noteras att i punkt 361 i nämnda dom prövade tribunalen huruvida kommissionens resonemang kring koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone var särskilt gediget och övertygande. Tribunalen ansåg emellertid att det var nödvändigt att göra denna prövning med utgångspunkt i den premiss som det redogjorts för i punkterna 358–361 i nämnda dom och som har bestridits inom ramen för den första delen av förevarande grund för överklagandet, nämligen att det omtvistade beslutet inte innehöll någon analys av en eventuell ”försämring av det egna nätet eller de tjänster som den sammanslagna enheten skulle komma att erbjuda”.
- 282 Under dessa omständigheter kan, såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 181 i sitt förslag till avgörande, det förhållandet att kommissionen inte direkt har bestridit tribunalens bedömning av den planerade koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone inte medföra att den sjätte grunden blir verkningslös, eftersom tribunalens överväganden i punkterna 358–361 i den överklagade domen ligger till grund för bedömningen i punkterna 362–397 i nämnda dom, avseende den planerade koncentrationens effekter på BT/EE och Vodafone.
- 283 CK Telecoms argument att den sjätte grunden är verkningslös kan följaktligen inte godtas och denna grund ska därför prövas i sak.

Den första delgrunden

– Parternas argument

- 284 Genom den sjätte grundens första del har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet när den i punkterna 358–361 i den överklagade domen fann att kommissionen inte hade beaktat en eventuell försämring av kvaliteten på den sammanslagna enhetens nät, och felaktigt kom till slutsatsen att den andra skadeteorin inte kunde godtas.
- 285 Kommissionen har i detta avseende understrukit att den omständigheten att den planerade koncentrationen sannolikt skulle resultera i minskade incitament för mobilnätoperatörerna, inklusive den sammanslagna enheten, att investera i förbättringar av nätkvaliteten, var avgörande för bedömningen i det omtvistade beslutet.
- 286 För det första framgår det av skälen 1293–1297 i det omtvistade beslutet att kommissionen undersökte det grundläggande antagandet att den sammanslagna enheten sannolikt skulle ha mindre incitament att investera i förbättrad nätkvalitet, jämfört med vad som var fallet i den situation som rådde före koncentrationen.
- 287 För det andra undersökte kommissionen flera möjliga scenarier, huvudsakligen grundade på de nätkonsolideringsplaner som Three lagt fram. Å ena sidan framgår det av skälen 1558–1562 i det omtvistade beslutet att kommissionen undersökte den sammanslagna enhetens minskade incitament att investera inom ramen för plan [A]. Å andra sidan framgår det av skälen 1732–1742 i detta beslut att inom ramen för plan [B] undersökte kommissionen det förhållandet att en ökad insyn i var och en av mobilnätoperatörernas investeringar, inbegripet den sammanslagna enhetens investeringar, skulle kunna minska deras totala incitament att investera i näten.
- 288 Kommissionen har i detta sammanhang gjort gällande att den bedömde risken för att kvaliteten på den sammanslagna enhetens nät skulle minska och att detta skulle leda till ett reducerat konkurrenstryck på de resterande mobilnätoperatörerna.
- 289 CK Telecoms har genmält att tribunalen varken missuppfattade innehållet i det omtvistade beslutet eller bortsåg från de överväganden i beslutet som kommissionen har hänvisat till.
- 290 CK Telecoms har understrukit att för att förstå kommissionens argument måste man beakta den andra skadeteorins struktur.
- 291 Härvidlag har CK Telecoms framhållit att den andra skadeteorin omfattar två underkategorier avseende nätdelningsavtalen. Den första underkategorin avser en eventuell minskning av det konkurrenstryck som de övriga konkurrenterna (BT/EE och/eller Vodafone) utövar på den sammanslagna enheten (Three), medan den andra underteorin avser den nätdelningsituation som skulle uppstå till följd av koncentrationen, där den allmänna insynen skulle öka och investeringarna på nätinfrastrukturområdet därför skulle minska.
- 292 Kommissionen prövade dessa två underkategorier mot bakgrund av de nätkonsolideringsplaner som CK Telecoms presenterat.

- 293 I detta sammanhang har CK Telecoms gjort gällande att de skäl i det omtvistade beslutet som kommissionen har hänvisat till, och som enligt denna institution utgör en analys av den sammanslagna enhetens sänkta nätkvalitet, inte hänför sig till den första underkategorin av denna skadeteori, utan till den andra.
- 294 Punkterna 358–361 i den överklagade domen ingår emellertid i tribunalens bedömning av den första underkategorin av den andra skadeteorin, avseende en minskning av det konkurrenstryck som de övriga konkurrenterna, det vill säga BT/EE och/eller Vodafone, utövar på den sammanslagna enheten.
- 295 Tribunalen kan således inte klandras för att i nämnda punkter inte ha beaktat de skäl i det omtvistade beslutet som kommissionen har hänvisat till och för att därigenom ha missuppfattat detta beslut.
- 296 I detta sammanhang har CK Telecoms preciserat att tribunalen inte prövade och underkände den första underkategorin av den andra skadeteorin i punkterna 358–361 i den överklagade domen, utan i punkterna 398–418 i denna dom, och att den beaktade just de skäl i det omtvistade beslutet som kommissionen hänvisat till i bland annat punkterna 400–403 i den överklagade domen.

– *Domstolens bedömning*

- 297 Genom den sjätte grundens första del har kommissionen i huvudsak gjort gällande att tribunalen missuppfattade det omtvistade beslutet när den i punkterna 358–361 i den överklagade domen fann att nämnda institution inte hade beaktat en eventuell försämring av kvaliteten på den sammanslagna enhetens nät, och felaktigt kom till slutsatsen att den andra skadeteorin inte kunde godtas.
- 298 Härvidlag ska det inledningsvis erinras om att Three, såsom framgår av punkt 292 i den överklagade domen, under det administrativa förfarandet presenterade två planer på nätkonsolidering, plan [A] och plan [B]. Dessa planer grundades på de två nätdelningsavtal som det redogjorts för i punkt 18 ovan, det vill säga MBNL mellan BT/EE och Three å ena sidan, och Beacon mellan Vodafone och O2 å den andra. Genom dessa avtal hade operatörerna konsoliderat sina respektive nät, för att kunna dela kostnaderna för utbyggnaden av näten samtidigt som de fortsatte att konkurrera på detaljhandelnivå. Enligt båda dessa planer skulle den sammanslagna enheten inte bibehålla två separata nät på lång sikt, utan avsikten var att skapa ett enda konsoliderat nät.
- 299 I punkt 295 i den överklagade domen preciserade tribunalen att kommissionen hade utvecklat två underteorier inom ramen för den andra skadeteorin avseende nätdelningsavtalen.
- 300 Det framgår av punkt 298 i nämnda dom att den första underteorin i huvudsak avser det förhållandet att den planerade koncentrationen skulle leda till en minskning av konkurrenstrycket från de övriga konkurrenterna (BT/EE och/eller Vodafone) på den sammanslagna enheten (Three).
- 301 När det gäller den andra underkategorin framgår det av punkt 299 i samma dom att den i huvudsak avser den omständigheten att den nätdelningssituation som skulle uppstå om koncentrationen genomfördes skulle leda till färre investeringar i nätinfrastrukturen på branschnivå. I skäl 1233 i det omtvistade beslutet gjorde kommissionen nämligen gällande att

koncentrationen skulle kunna leda till minskade synergieffekter, vilket skulle påverka parterna i nätdelningsavtalen och göra det möjligt för den sammanslagna enheten att göra opportunistiska investeringar, vilket i sin tur skulle minska investeringarna på branschnivå och därmed den grad av effektiv konkurrens som skulle bestå om koncentrationen inte genomfördes.

- 302 I detta sammanhang ska det påpekas att sedan kommissionen i skälen 1235–1243 i det omtvistade beslutet hade understrukt vikten av en intressesamordning mellan parterna i ett nätdelningsavtal, prövade den mot bakgrund av de ovannämnda underkategorierna inom denna skadeteori, i skälen 1244–1784 i nämnda beslut, planerna på nätkonsolidering.
- 303 Därefter undersökte kommissionen, i skälen 1293–1297 i det omtvistade beslutet, det grundläggande antagandet att den sammanslagna enheten sannolikt skulle ha mindre incitament att investera i förbättrad nätkvalitet, jämfört med vad som var fallet i den situation som rådde före koncentrationen.
- 304 Den potentiella marknadsutvecklingen till följd av den planerade koncentrationen behandlas i skälen 1368–1784 i det omtvistade beslutet, varvid skälen 1391–1567 avser effekterna av plan [A] och skälen 1598–1749 effekterna av plan [B]. Kommissionen undersökte således effekterna av respektive plan, först på BT/EE och särskilt på MBNL-nätet, och därefter på Vodafone och särskilt på Beacon-nätet, och slutligen på de totala investeringarna i de aktuella näten.
- 305 Inom ramen för sin analys av planernas inverkan på de totala investeringarna i mobilnäten framhöll kommissionen, särskilt i skälen 1556–1562 och 1732–1742 i det omtvistade beslutet, att den ökade insynen i mobilnätoperatörernas investeringar skulle kunna minska deras incitament att investera i näten och således få en betydande negativ inverkan på investeringarna i dessa nät på branschnivå.
- 306 För det första konstaterade kommissionen, i skälen 1559–1561 och 1734 i det omtvistade beslutet, att på grund av denna ökade insyn kunde den sammanslagna enheten informeras om BT/EE:s tekniska investeringar i MBNL-nätet och sålunda besluta att själv implementera sådan teknik i Beacon-nätet [*konfidentiell uppgift*]. I det omtvistade beslutet påpekade kommissionen också att Vodafone skulle kunna få kännedom om huruvida den sammanslagna enheten planerade att tillämpa sådan teknik och således välja att avstå från sådana tekniska investeringar till dess att den sammanslagna enheten gör dem.
- 307 För det andra fann kommissionen, i skälen 1735 och 1736 i det omtvistade beslutet, att enligt plan [B] skulle den sammanslagna enheten kunna få kännedom om de investeringar som BT/EE eller Vodafone planerade och stimuleras till liknande investeringar i såväl den östra som den västra delen av Förenade kungariket [*konfidentiell uppgift*]. I skäl 1737 i nämnda beslut konstaterade kommissionen att den ökade insynen skulle kunna medföra en risk för att BT/EE och Vodafone inväntar att den sammanslagna enheten gör sådana investeringar i utvecklingen av ny betydelsefull teknik innan de i sin tur investerar.
- 308 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 189 i sitt förslag till avgörande, ska kommissionen i detta sammanhang anses ha analyserat den möjliga försämringen av kvaliteten på såväl MBNL-nätet som Beacon-nätet. I denna analys utgick kommissionen från antagandet i skäl 1275 i det omtvistade beslutet att ett annat sätt att minska konkurrenstrycket från en part i ett nätdelningsavtal är att försämma nätkvaliteten genom att hindra eller försena investeringar i nätet

från en annan part i avtalet. Härav följer att kommissionen redan från början ansåg att minskningen av konkurrenstrycket bland annat skulle kunna bestå i att den sammanslagna enheten på så sätt skulle försämra kvaliteten i sitt eget nät.

- 309 Under dessa omständigheter kan det konstateras att det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen gjorde en bedömning av det förhållandet att kvaliteten på den sammanslagna enhetens nät eventuellt skulle försämrats.
- 310 Tribunalen missuppfattade således det omtvistade beslutet när den i punkterna 358–361 i den överklagade domen konstaterade att kommissionen inte hade gjort någon sådan bedömning.
- 311 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 191 i sitt förslag till avgörande, påverkas inte denna slutsats av CK Telecoms argument att mot bakgrund av det omtvistade beslutets struktur hade kommissionen bedömt effekterna av planerna [A] och [B] på de totala investeringarna i respektive nät under två olika rubriker.
- 312 Eftersom kommissionens bedömning av effekterna av plan [A] och plan [B] på de totala investeringarna i näten förekommer i avsnitt som rubricerats ”Effekterna av plan [A] på de totala nätinvesteringarna” respektive ”Effekterna av plan [B] på de totala nätinvesteringarna”, kan den visserligen anses ha ett närmare samband med den andra underkategorin av den aktuella skadeteorin. Dessutom redovisas i punkterna 358–361 i den överklagade domen, vilka har bestridits av kommissionen, tribunalens allmänna överväganden angående den första underkategorin, enligt vilken en minskning av konkurrenstrycket på konkurrenterna till den sammanslagna enheten skulle kunna påvisas. I sin analys av effekterna av de båda konsolideringsplanerna på BT/EE och Vodafone samt på de totala investeringarna i näten, såsom framhållits i punkterna ovan, gjorde kommissionen emellertid inte någon formell åtskillnad beroende på vilken underkategori inom denna skadeteori det var fråga om, utan hänvisade tvärtom korsvis till de olika relevanta delarna av det omtvistade beslutet.
- 313 Mot bakgrund av det ovan anförda ska överklagandet bifallas såvitt avser den sjätte grundens första del.

Den andra delgrunden

– Parternas argument

- 314 Genom den sjätte grundens andra del har kommissionen åberopat en bristfällig motivering, och samtidigt gjort gällande att när tribunalen i punkt 417 i den överklagade domen biföll CK Telecoms talan såvitt avsåg den sjätte delen av den tredje grunden för talan i första instans, prövade den ex officio en fråga som nämnda bolag inte hade tagit upp, och att resonemanget i punkterna 408–416 i den överklagade domen således inte bemöter de invändningar som CK Telecoms framfört inom ramen för denna delgrund.
- 315 I detta avseende har kommissionen erinrat om att inom ramen för den sjätte delen av den tredje grunden för talan i första instans gjorde CK Telecoms gällande dels att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att en icke-samordnad effekt utgjordes av den omständigheten att en ökad insyn i mobilnätoperatörernas investeringar eventuellt skulle minska de totala investeringarna i näten, dels att kommissionen inte fullt ut hade beaktat CK Telecoms åtaganden.

- 316 Kommissionen anser att de skäl som anges i punkterna 398–416 i den överklagade domen inte gör det möjligt att förstå varför tribunalen, i punkt 417 i den överklagade domen, slog fast att kommissionen hade gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den fann att en ökad insyn i de totala investeringarna i näten utgjorde en icke-samordnad effekt.
- 317 Kommissionen har härvidlag preciserat att i punkterna 408–416 i den överklagade domen prövade tribunalen ex officio en fråga som CK Telecoms inte hade tagit upp i första instans, nämligen huruvida kommissionen hade underlåtit att i det omtvistade beslutet ange en lämplig tidsram inom vilken den avsåg att visa att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå.
- 318 Under dessa omständigheter har kommissionen gjort gällande att tribunalens resonemang i punkterna 404–416 i den överklagade domen inte svarar mot tribunalens konstaterande i punkt 417 i denna dom. Nämnda dom innehåller således inte något resonemang om huruvida kommissionen felaktigt kom till slutsatsen att den omständigheten att en ökad insyn i mobilnätoperatörernas investeringar eventuellt skulle minska de totala investeringarna i näten utgjorde en icke-samordnad effekt, och huruvida nämnda institution gjorde en uppenbart oriktig bedömning vid sin prövning av koncentrationens inverkan på investeringarna på branschnivå.
- 319 CK Telecoms har genmält att tribunalen på ett klart och uttömmande sätt redogjorde för det resonemang som låg till grund för slutsatsen att den andra underkategorin av den andra skadeteorin inte kunde godtas, och att detta resonemang gör det möjligt för de berörda parterna att få kännedom om skälen till tribunalens avgörande och för domstolen att utföra sin prövning.
- 320 CK Telecoms har i detta avseende för det första gjort gällande att i punkt 408 i den överklagade domen slog tribunalen fast att kommissionen inte hade preciserat under vilken tidsperiod den ansåg att ett påtagligt hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå. För att komma till denna slutsats konstaterade tribunalen, i punkt 415 i den överklagade domen, att analysen av en koncentrations effekter på en oligopolistisk marknad inom telekommunikationssektorn, som kräver långsiktiga investeringar och där konsumenterna ofta är bundna av avtal som löper över flera år, är en dynamisk framåtblickande analys som kräver att eventuella samordnade eller ensidiga effekter över en relativt lång framtida period beaktas.
- 321 För det andra ansåg tribunalen att kommissionen inte heller hade preciserat vilket av de olika scenarier för konsolidering som behandlats i det omtvistade beslutet som var det mest sannolika.
- 322 I punkterna 410–413 i den överklagade domen slog tribunalen fast att oavsett vilken nätkonsolideringsplan som koncentrationsparterna slutligen skulle välja, så skulle den sammanslagna enheten inte behålla två separata nät på lång sikt. I ett längre perspektiv skulle denna enhet således välja att fokusera på ett av de två nätdelningsavtalen.
- 323 Under dessa omständigheter gjorde tribunalen en riktig bedömning när den fann att den andra underkategorin av den andra skadeteorin inte kunde godtas, eftersom den – i strid med de faktiska omständigheter som tribunalen konstaterat var för handen – grundades på antagandet att två separata nät skulle bibehållas på lång sikt.

– Domstolens bedömning

- 324 Det framgår av de bestämmelser som reglerar förfarandet vid unionsdomstolarna, bland annat av artikel 21 i stadgan för Europeiska unionens domstol samt artiklarna 76 och 84.1 i tribunalens rättegångsregler, att parterna i princip avgör och begränsar tvisten och att unionsdomstolarna inte får döma utöver vad som har yrkats av parterna (*ultra petita*) (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl., C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 27).
- 325 Vissa grunder kan, eller till och med bör, tas upp på eget initiativ, såsom exempelvis är fallet med en felaktig eller otillräcklig motivering av det beslut som är i fråga, vilket är en omständighet som omfattas av väsentliga formföreskrifter. En grund som rör beslutets materiella lagenlighet, vilket är en omständighet som är knuten till åsidosättande av fördragen eller av en rättsregel som gäller deras tillämpning, i den mening som avses i artikel 263 FEUF, kan däremot endast prövas av unionsdomstolen om den har åberopats av sökanden (dom av den 10 december 2013, kommissionen/Irland m.fl., C-272/12 P, EU:C:2013:812, punkt 28 och där angiven rättspraxis).
- 326 I förevarande fall kan det konstateras att inom ramen för den sjätte delen av den tredje grunden för talan i första instans gjorde CK Telecoms gällande dels att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att en icke-samordnad effekt utgjordes av den omständigheten att en ökad insyn i mobilnätoperatörernas investeringar eventuellt skulle minska de totala investeringarna i näten, dels att kommissionen inte fullt ut hade beaktat CK Telecoms åtaganden.
- 327 I punkterna 398–401 i den överklagade domen erinrade tribunalen i huvudsak om denna sjätte del av den tredje grunden och om kommissionens argument. I punkterna 402–407 i den överklagade domen prövade tribunalen de skäl i det omtvistade beslutet som avsåg en eventuell minskning av de totala investeringarna i näten på grund av den ökade insyn i mobilnätoperatörernas investeringar som skulle följa av den planerade koncentrationen.
- 328 I stället för att pröva huruvida kommissionen gjort en felaktig bedömning när den kom till slutsatsen att denna eventuella minskning av investeringar utgjorde en icke-samordnad effekt och huruvida nämnda institution inte fullt ut hade beaktat de åtaganden som CK Telecoms föreslagit, fann tribunalen i punkt 408 i den överklagade domen att dess prövning av det omtvistade beslutet i förevarande fall omfattade ”en särskild svårighet”, eftersom kommissionen inte hade angett någon lämplig tidsram inom vilken den avsåg visa att påtagliga hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå.
- 329 I punkt 410 i den överklagade domen konstaterade tribunalen i huvudsak att i det omtvistade beslutet tycks kommissionen ha ansett att en långsiktig tidsram inte var lämplig för att bedöma koncentrationens effekter.
- 330 Härvidlag preciserade tribunalen, i punkt 415 i nämnda dom, att analysen av en koncentrations effekter på en oligopolistisk marknad inom telekommunikationssektorn, som kräver långsiktiga investeringar och där konsumenterna ofta är bundna av avtal som löper över flera år, är en dynamisk framåtblickande analys i vilken eventuella samordnade eller ensidiga effekter över en relativt lång framtida period måste beaktas.

- 331 I punkterna 416 och 417 i den överklagade domen konstaterade tribunalen i huvudsak att med hänsyn till att koncentrationsparterna inte kommer att bibehålla två separata nät på lång sikt, gjorde kommissionen sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att betydelsen av ökad insyn i de totala investeringarna i näten utgjorde en icke-samordnad effekt ”eftersom [den andra underkategorin] grundar sig på [det felaktiga] antagandet att det finns två separata nät”.
- 332 Såsom generaladvokaten har påpekat, i punkt 200 i sitt förslag till avgörande, kan det emellertid konstateras att i sina inlagor i första instans riktade CK Telecoms inte någon kritik mot kommissionen för att inte ha angett eller bedömt den lämpliga tidsram inom vilken den avsåg påvisa förekomsten av icke-samordnade effekter och påtagliga hinder för en effektiv konkurrens.
- 333 Det förhåller sig följaktligen så, att tribunalen ex officio prövade invändningen att kommissionen inte hade angett någon tidsram och inte hade analyserat de icke-samordnade effekterna på lång sikt, och således underlät att pröva de invändningar som CK Telecoms framställt inom ramen för den aktuella grunden.
- 334 Det är uppenbart att denna invändning inte kan anses utgöra en grund avseende tvingande rätt i den mening som avses i den praxis från domstolen som det erinrats om i punkt 325 ovan.
- 335 Tribunalen gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 417 i den överklagade domen biföll CK Telecoms talan såvitt avsåg den sjätte delen av den tredje grunden i första instans, genom att i punkterna 408–416 i den överklagade domen ex officio pröva en invändning som inte kan anses utgöra tvingande rätt, vilket innebär att resonemanget i dessa punkter inte bemöter de invändningar som CK Telecoms anfört inom ramen för denna delgrund.
- 336 Överklagandet ska således bifallas såvitt avser den sjätte grundens andra del och denna grund ska därmed bifallas i sin helhet.
- 337 Mot bakgrund av det ovan anförda och med hänsyn till omfattningen, arten och innebörden av de fel som domstolen i förevarande dom har konstaterat att tribunalen gjort sig skyldig till, och som påverkar tribunalens resonemang i dess helhet, ska den överklagade domen upphävas.

Återförvisning av målet till tribunalen

- 338 Enligt artikel 61 i stadgan för Europeiska unionens domstol ska domstolen, om överklagandet är välgrundat, upphäva tribunalens avgörande. Domstolen kan själv slutligt avgöra ärendet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa ärendet till tribunalen för avgörande.
- 339 I förevarande fall framgår det av punkterna 291, 397, 417, 418, 454 och 455 i den överklagade domen att sedan tribunalen bifallit talan på de grunder i första instans som det hänvisats till i punkt 41 i ovan, ogiltigförklarade den det omtvistade beslutet och fann att det saknades anledning att pröva den första grundens sjätte del, avseende att kommissionen felaktigt kommit till slutsatsen att incitamenten för den sammanslagna enheten att konkurrera troligen var mindre än Threes och O2:s incitament att konkurrera med varandra före koncentrationen. Tribunalen prövade inte heller den andra grunden avseende kommissionens bedömning av det kontrafaktiska scenario som låg till grund för analysen av detaljhandels- och grossistmarknaderna, och inte heller den tredje grundens andra och sjunde del, avseende utvecklingen av de två befintliga nätdelningsavtalen i detta kontrafaktiska scenario, respektive bedömningen av åtagandena i fråga om nätindelning. Tribunalen prövade inte heller den fjärde,

den femte och den sjätte delen av den fjärde grunden, avseende kommissionens bedömning att den sammanslagna enheten skulle vara mindre benägen att konkurrera, denna institutions uppfattning att den sammanslagna enhetens konkurrenter varken skulle ha erforderlig kapacitet eller nödvändiga incitament att konkurrera med denna enhet, respektive den omständigheten att kommissionen hade beaktat påståenden från tredje part. Slutligen prövade tribunalen inte den femte grunden för talan i första instans, varigenom CK Telecoms ifrågasatt kommissionens bedömning av vissa av bolagets åtaganden.

- 340 De grunder som tribunalen inte prövat kräver en analys av flera faktiska och rättsliga frågor på grundval av omständigheter som varken har prövats av tribunalen i den överklagade domen eller har avhandlats vid domstolen. Arten och omfattningen av de fel som tribunalen gjort sig skyldig till och som domstolen identifierat i förevarande dom, är dessutom sådan att prövningen av de grunder som åberopades i första instans, behäftad med dessa brister, kräver att tribunalen gör en i allt väsentligt ny bedömning av dessa grunder och att denna bedömning skiljer sig avsevärt från den som gjordes i den överklagade domen.
- 341 Domstolen kan således konstatera att den i förevarande fall inte förfogar över de upplysningar som krävs för att slutligt kunna avgöra målet avseende samtliga grunder som åberopats i första instans.
- 342 Målet ska därför återförvisas till tribunalen och frågan om rättegångskostnader anstå.

Rättegångskostnader

- 343 Eftersom målet återförvisas till tribunalen ska frågan om rättegångskostnader anstå.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) Den dom som meddelades den 28 maj 2020 i mål T-399/16, CK Telecoms UK Investments/kommissionen (T-399/16, EU:T:2020:217), upphävs.**
- 2) Målet återförvisas till Europeiska unionens tribunal.**
- 3) Frågan om rättegångskostnader anstår.**

Underskrifter