



# Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DE LA COUR (grande chambre)

13 juillet 2023\*

## Table des matières

Le cadre juridique . . . . .	4
Le règlement (CE) n° 139/2004 . . . . .	4
Le règlement n° 802/2004 . . . . .	9
Les lignes directrices sur les concentrations horizontales . . . . .	10
Les antécédents du litige et la décision litigieuse . . . . .	12
La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué . . . . .	14
La procédure devant la Cour . . . . .	15
Les conclusions des parties . . . . .	16
Sur le pourvoi . . . . .	16
Sur le premier moyen . . . . .	17
Argumentation des parties . . . . .	17
Appréciation de la Cour . . . . .	18
Sur le deuxième moyen . . . . .	22
Sur la première branche . . . . .	22
– Argumentation des parties . . . . .	22
– Appréciation de la Cour . . . . .	22
Sur la seconde branche . . . . .	23
– Argumentation des parties . . . . .	23

\* Langue de procédure : l'anglais.

– Appréciation de la Cour . . . . .	24
Sur le troisième moyen . . . . .	26
Sur la première branche . . . . .	26
– Argumentation des parties . . . . .	26
– Appréciation de la Cour . . . . .	27
Sur la deuxième branche . . . . .	28
– Argumentation des parties . . . . .	28
– Appréciation de la Cour . . . . .	30
Sur la troisième branche . . . . .	33
– Argumentation des parties . . . . .	33
– Appréciation de la Cour . . . . .	34
Sur le quatrième moyen . . . . .	37
Sur la première branche . . . . .	37
– Argumentation des parties . . . . .	37
– Appréciation de la Cour . . . . .	38
Sur la seconde branche . . . . .	40
– Argumentation des parties . . . . .	40
– Appréciation de la Cour . . . . .	41
Sur le cinquième moyen . . . . .	43
Argumentation des parties . . . . .	43
Appréciation de la Cour . . . . .	44
Sur le sixième moyen . . . . .	46
Sur le caractère opérant du sixième moyen . . . . .	46
– Argumentation des parties . . . . .	46
– Appréciation de la Cour . . . . .	47
Sur la première branche . . . . .	47
– Argumentation des parties . . . . .	47

– Appréciation de la Cour . . . . .	49
Sur la seconde branche . . . . .	51
– Argumentation des parties . . . . .	51
– Appréciation de la Cour . . . . .	52
Sur le renvoi de l’affaire au Tribunal . . . . .	54
Sur les dépens . . . . .	55
« Pourvoi – Concurrence – Règlement (CE) n° 139/2004 – Contrôle des concentrations d’entreprises – Services de télécommunications mobiles – Décision déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur – Marché oligopolistique – Entrave significative à une concurrence effective – Effets non coordonnés – Niveau de preuve – Marge d’appréciation de la Commission européenne en matière économique – Limites du contrôle juridictionnel – Lignes directrices sur les concentrations horizontales – Facteurs pertinents pour démontrer une entrave significative à une concurrence effective – Notions d’“important moteur de la concurrence” et de “concurrents proches” – Proximité de concurrence entre les parties à la concentration – Analyse quantitative des effets de la concentration projetée sur les prix – Gains d’efficacité – Dénaturation – Grief soulevé d’office par le Tribunal de l’Union européenne – Annulation »	

Dans l’affaire C-376/20 P,

ayant pour objet un pourvoi au titre de l’article 56 du statut de la Cour de justice de l’Union européenne, introduit le 7 août 2020,

**Commission européenne**, représentée initialement par MM. G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski et C. Urraca Caviedes, puis par MM. F. Castillo de la Torre, G. Conte, M. Farley, J. Szczodrowski et C. Urraca Caviedes, en qualité d’agents,

partie requérante,

soutenue par :

**Autorité de surveillance AELE**, représentée initialement par M<sup>me</sup> C. Simpson, MM. M. Sánchez Rydelski et C. Zatschler, puis par M<sup>me</sup> C. Simpson et M. M. Sánchez Rydelski, en qualité d’agents,

partie intervenante au pourvoi,

les autres parties à la procédure étant :

**CK Telecoms UK Investments Ltd**, établie à Londres (Royaume-Uni), représentée initialement par MM. J. Aitken, K. Asakura, M<sup>mes</sup> A. Coe, M. Davis, S. Prichard, solicitors, M<sup>e</sup> O. W. Brouwer, advocaat, M. B. Kennelly, SC, M<sup>e</sup> A. Müller, advocate, et M<sup>e</sup> T. Wessely, Rechtsanwalt, puis par MM. J. Aitken, K. Asakura, M<sup>mes</sup> A. Coe, M. Davis, solicitors, M<sup>e</sup> O. W. Brouwer, advocaat, M. B. Kennelly, SC, M<sup>e</sup> A. Müller, advocate, et M<sup>e</sup> T. Wessely, Rechtsanwalt,

partie demanderesse en première instance,

**Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord**, représenté initialement par M. S. Brandon, puis par M. F. Shibli, en qualité d'agents,

**EE Ltd**, établie à Hatfield (Royaume-Uni),

parties intervenantes en première instance,

LA COUR (grande chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président, M. L. Bay Larsen, vice-président, M. A. Arabadjiev (rapporteur), M<sup>me</sup> A. Prechal, MM. M. Safjan, P. G. Xuereb, D. Gratsias et M<sup>me</sup> M. L. Arastey Sahún, présidents de chambre, MM. J.-C. Bonichot, S. Rodin, F. Biltgen, J. Passer et Z. Csehi, juges,

avocat général : M<sup>me</sup> J. Kokott,

greffier : M. M. Longar, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 14 juin 2022,

ayant entendu l'avocate générale en ses conclusions à l'audience du 20 octobre 2022,

rend le présent

### Arrêt

- 1 Par son pourvoi, la Commission européenne demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 28 mai 2020, CK Telecoms UK Investments/Commission (T-399/16, ci-après l'« arrêt attaqué », EU:T:2020:217), par lequel celui-ci a annulé la décision C(2016) 2796 final de la Commission, du 11 mai 2016, déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur (affaire COMP/M.7612 – Hutchison 3G UK/Telefónica UK), publiée sous forme de résumé au *Journal officiel de l'Union européenne* du 29 septembre 2016 (JO 2016, C 357, p. 15, ci-après la « décision litigieuse »).

### Le cadre juridique

#### *Le règlement (CE) n° 139/2004*

- 2 Les considérants 5, 6, 24, 25, 28 et 29 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») (JO 2004, L 24, p. 1), énoncent :  
  
« (5) Il convient [...] de s'assurer que le processus de restructuration n'entraîne pas de préjudice durable pour la concurrence. Par conséquent, le droit communautaire doit comporter des dispositions applicables aux concentrations susceptibles d'entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci.

- (6) Un instrument juridique spécifique est donc nécessaire sous la forme d'un règlement qui permette un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans la Communauté et qui soit le seul applicable à de telles concentrations. Le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, [du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO 1989, L 395, p. 1)], a permis de développer une politique communautaire dans ce domaine. Il convient toutefois aujourd'hui, à la lumière de l'expérience acquise, de refondre ce règlement par des dispositions législatives adaptées aux défis d'un marché plus intégré et de l'élargissement futur de l'Union européenne. Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés à l'article 5 [TUE], le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif, qui est de faire en sorte que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché commun, conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.

[...]

- (24) Pour garantir un régime dans lequel la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, aux fins d'une politique menée conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, le présent règlement doit permettre un contrôle effectif de toutes les concentrations du point de vue de leur effet sur la concurrence dans la Communauté. En conséquence, le règlement [n° 4064/89] a établi le principe selon lequel les concentrations de dimension communautaire qui créent ou renforcent une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci serait entravée de manière significative devraient être déclarées incompatibles avec le marché commun.
- (25) Eu égard aux conséquences possibles des concentrations réalisées dans le cadre de structures de marché oligopolistiques, il est d'autant plus nécessaire de maintenir une concurrence effective sur ces marchés. Un grand nombre de marchés oligopolistiques montrent un sain degré de concurrence. Toutefois, dans certaines circonstances, les concentrations impliquant l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ainsi qu'une réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, peuvent, même en l'absence de probabilité de coordination entre les membres de l'oligopole, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective. Toutefois, les juridictions communautaires n'ont pas, à ce jour, expressément interprété le règlement [n° 4064/89] comme exigeant que soient déclarées incompatibles avec le marché commun les concentrations donnant lieu à des effets non coordonnés de ce type. Il convient donc, par souci de sécurité juridique, de préciser que le présent règlement prévoit un contrôle effectif de toutes ces concentrations en établissant que toute concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, devrait être déclarée incompatible avec le marché commun. La notion d'"entrave significative à une concurrence effective" figurant à l'article 2, paragraphes 2 et 3, devrait être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné.

[...]

- (28) Afin de clarifier et d'expliquer l'appréciation des concentrations faite par la Commission au regard du présent règlement, il convient que la Commission publie des orientations qui devraient établir un cadre économique solide pour l'appréciation des concentrations en vue de déterminer si elles peuvent ou non être déclarées compatibles avec le marché commun.
- (29) Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. La Commission devrait publier des orientations sur les conditions dans lesquelles elle peut prendre en considération des gains d'efficacité dans l'appréciation d'une concentration. »

3 L'article 2 de ce règlement, intitulé « Appréciation des concentrations », dispose :

« 1. Les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.

Dans cette appréciation, la Commission tient compte :

- a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ;
- b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

2. Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

3. Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

4. Pour autant que la création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3 ait pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de

l'article [101], paragraphes 1 et 3, [TFUE] en vue d'établir si la concentration est compatible ou non avec le marché commun.

5. Dans cette appréciation, la Commission tient notamment compte de :

- la présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié à ce marché,
- la possibilité donnée aux entreprises concernées par leur coordination résultant directement de la création de l'entreprise commune d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause. »

4 L'article 3 dudit règlement, intitulé « Définition de la concentration », énonce, à son paragraphe 1, sous b) :

« Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :

[...]

b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen. »

5 L'article 4 du même règlement, intitulé « Notification préalable des concentrations et renvoi en prénotification à la demande des parties notifiantes », prévoit, à son paragraphe 1, premier alinéa :

« Les concentrations de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle. »

6 L'article 6 du règlement n° 139/2004, intitulé « Examen de la notification et engagement de la procédure », dispose, à ses paragraphes 1 et 2 :

« 1. La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception.

a) Si elle aboutit à la conclusion que la concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision.

b) Si elle constate que la concentration notifiée, bien que relevant du présent règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun.

La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.

c) Sans préjudice du paragraphe 2, si la Commission constate que la concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure. Sans préjudice de l'article 9, cette procédure sera close par voie de décision conformément à l'article 8, paragraphes 1 à 4, à moins que les entreprises concernées n'aient démontré, à la satisfaction de la Commission, qu'elles ont abandonné la concentration.

2. Si la Commission constate que, après modifications apportées par les entreprises concernées, une concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1, point c), elle déclare la concentration compatible avec le marché commun, conformément au paragraphe 1, point b).

La Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du paragraphe 1, point b), de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun. »

7 L'article 7 de ce règlement, intitulé « Suspension de la concentration », énonce, à son paragraphe 1 :

« Une concentration de dimension communautaire [...] ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée ni avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun par une décision prise en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point b), ou de l'article 8, paragraphes 1 ou 2, ou sur la base de la présomption établie à l'article 10, paragraphe 6. »

8 L'article 8 dudit règlement, intitulé « Pouvoirs de décision de la Commission », prévoit, à ses paragraphes 1 à 3 :

« 1. Lorsque la Commission constate qu'une concentration notifiée répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 2, et, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, aux critères de l'article [101], paragraphe 3, [TFUE], elle prend une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.

La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.

2. Lorsque la Commission constate qu'une concentration notifiée, après modifications apportées par les entreprises concernées, répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 2, et, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, aux critères définis à l'article [101], paragraphe 3, [TFUE], elle prend une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.

La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées se conforment aux engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun.

La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration.

3. Lorsque la Commission constate qu'une concentration répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 3, ou, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, ne répond pas aux critères de l'article

[101], paragraphe 3, [TFUE], elle prend une décision déclarant la concentration incompatible avec le marché commun. »

- 9 L'article 10 du même règlement, intitulé « Délais d'engagement de la procédure et des décisions », dispose, à son paragraphe 6 :

« Si la Commission n'a pas pris de décision au titre de l'article 6, paragraphe 1, points b) ou c), ou au titre de l'article 8, paragraphes 1, 2 ou 3, dans les délais respectivement déterminés aux paragraphes 1 et 3, la concentration est réputée déclarée compatible avec le marché commun [...] »

- 10 L'article 21 du règlement n° 139/2004, intitulé « Application du règlement et compétence », prévoit, à son paragraphe 2 :

« Sous réserve du contrôle de la Cour de justice, la Commission a compétence exclusive pour arrêter les décisions prévues au présent règlement. »

### ***Le règlement n° 802/2004***

- 11 L'article 3 du règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, du 21 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement n° 139/2004 (JO 2004, L 133, p. 1, et rectificatif JO 2004, L 172, p. 9), tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 de la Commission, du 5 décembre 2013 (JO 2013, L 336, p. 1) (ci-après le « règlement n° 802/2004 »), prévoit que, aux fins du contrôle des concentrations, les notifications sont déposées de la manière prescrite dans le formulaire CO figurant à l'annexe I de ce règlement.

- 12 La section 9 de cette annexe I, intitulée « Gains d'efficacité », est libellée comme suit :

« Si vous souhaitez que la Commission examine spécifiquement, dès le départ [...], si les gains d'efficacité induits par la concentration sont susceptibles d'améliorer la capacité de la nouvelle entité de favoriser la concurrence au profit des consommateurs ainsi que son incitation à le faire, veuillez fournir une description de chaque gain d'efficacité (y compris les économies de coûts, les introductions de nouveaux produits et les améliorations apportées aux produits ou services) qui, selon les parties, devrait résulter du projet de concentration pour chaque produit en cause et fournir les documents annexes correspondants [...]

Pour chaque gain d'efficacité allégué, veuillez fournir :

- i) une explication détaillée de la façon dont le projet de concentration permettrait à la nouvelle entité d'obtenir le gain d'efficacité. Précisez les mesures que les parties envisagent de prendre à cette fin, les risques que cela implique ainsi que le temps et les coûts requis ;
- ii) lorsque cela est raisonnablement possible, une quantification du gain d'efficacité et une explication détaillée du mode de calcul de cette quantification. Le cas échéant, veuillez fournir également une estimation de l'importance des gains d'efficacité liés à l'introduction de nouveaux produits ou aux améliorations de la qualité. Pour les gains d'efficacité supposant des économies de coûts, veuillez indiquer séparément les économies de coûts fixes ponctuelles, récurrentes et variables (en euros par unité et en euros par an) ;
- iii) la mesure dans laquelle les clients sont susceptibles de bénéficier du gain d'efficacité et une explication détaillée des éléments permettant d'aboutir à cette conclusion ; et

- iv) la raison pour laquelle la ou les parties ne peuvent obtenir le gain d'efficacité dans une mesure analogue par un moyen autre que le projet de concentration et d'une manière qui n'est pas susceptible de soulever des problèmes de concurrence. »

### *Les lignes directrices sur les concentrations horizontales*

- 13 La communication de la Commission, intitulée « Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises » (JO 2004, C 31, p. 5, ci-après les « lignes directrices sur les concentrations horizontales »), dans une section relative aux effets non coordonnés, énonce :

#### **« Effets non coordonnés [...] »**

24. Une concentration peut entraver de manière significative la concurrence effective sur un marché en supprimant d'importantes pressions concurrentielles sur un ou plusieurs vendeurs, dont le pouvoir de marché se trouve en conséquence accru. L'effet le plus direct de l'opération sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration. Par exemple, si, avant l'opération, l'une des parties avait majoré ses prix, elle aurait enregistré un recul d'une partie de ses ventes au profit de l'autre partie à l'opération. Or, la concentration supprime cette contrainte particulière. Les entreprises présentes sur le même marché qui ne sont pas parties à la concentration peuvent, elles aussi, tirer profit de l'affaiblissement de la pression concurrentielle que provoque l'opération, dès lors que l'augmentation des prix des parties peut orienter une partie de la demande vers les entreprises rivales, lesquelles peuvent, à leur tour, trouver profitable d'augmenter leurs prix [...]. La diminution de ces contraintes concurrentielles peut déboucher sur des augmentations sensibles des prix sur le marché en cause.
25. D'une manière générale, une opération de concentration donnant lieu à de tels effets non coordonnés entraverait de manière significative la concurrence effective en créant ou en renforçant la position dominante d'une seule entreprise, laquelle, typiquement, aurait à l'issue de la concentration une part de marché sensiblement plus grande que celle de son concurrent immédiat. En outre, les concentrations sur des marchés oligopolistiques [...] qui entraînent l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à ces opérations exerçaient auparavant l'une sur l'autre ainsi que la réduction des pressions concurrentielles pesant sur les autres concurrents peuvent, même si une coordination entre les membres de l'oligopole est peu probable, avoir également pour effet d'entraver de manière significative la concurrence. Le règlement sur les concentrations précise que toutes les concentrations qui donnent lieu à de tels effets non coordonnés doivent aussi être déclarées incompatibles avec le marché commun [...]
26. Un certain nombre de facteurs qui, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants, peuvent influencer sur la probabilité qu'une opération de concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs. Tous ces facteurs ne doivent pas forcément être réunis pour que de tels effets soient probables. De plus, la liste de facteurs qui suit ne doit pas être considérée comme exhaustive.

### *Les parties à la concentration détiennent des parts de marché élevées*

27. Plus sa part de marché est élevée, plus une entreprise a de chances de posséder un pouvoir de marché. Plus l'addition des parts de marché est importante, plus les risques que l'opération entraîne une augmentation significative du pouvoir de marché sont élevés. Plus est importante l'augmentation de la clientèle sur laquelle sera dégagée une plus grande marge bénéficiaire après une augmentation des prix, plus il est probable que les parties à l'opération trouveront une telle augmentation des prix profitable, même si elle s'accompagne d'une réduction de la production. Bien que les parts de marché et leur progression ne constituent que de premières indications d'un pouvoir de marché et d'une augmentation de celui-ci, ce sont généralement des facteurs importants pour l'appréciation d'une opération [...]

*Les parties à la concentration sont des concurrents proches*

28. Sur un même marché en cause, les produits peuvent être différenciés [...] de telle sorte que certains produits sont des substituts plus proches que d'autres [...]. Plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix [...]. À titre d'exemple, une opération de concentration entre deux producteurs qui offrent des produits qu'un très grand nombre de clients considèrent comme leur premier ou leur second choix pourrait engendrer d'importantes augmentations de prix. Ainsi, le fait que la rivalité entre les parties ait été une source de concurrence importante sur le marché peut constituer un facteur clé dans l'analyse [...]. L'existence, avant la concentration, de marges élevées [...] peut aussi rendre plus probables des augmentations de prix significatives. L'incitation des parties à la concentration à augmenter les prix a plus de chances d'être limitée lorsque leurs concurrents produisent des substituts proches de leurs produits que lorsqu'ils proposent des substituts moins proches [...]. Il y a donc moins de risques qu'une opération de concentration entrave de manière significative la concurrence effective, notamment par création ou renforcement d'une position dominante, s'il existe un degré de substituabilité élevé entre les produits des parties à la concentration et ceux de producteurs rivaux.

29. Lorsque ces données sont disponibles, le degré de substituabilité peut être calculé sur la base des études menées sur les préférences de la clientèle, de l'analyse de la structure des achats, de l'estimation des élasticités des prix croisées des produits concernés [...] ou des ratios de diversion [...]. Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres, il peut être possible de mesurer si, par le passé, les offres présentées par l'une des parties à la concentration ont subi une pression concurrentielle du fait de la présence de l'autre partie à l'opération [...].

30. Sur certains marchés, il peut être relativement facile et peu coûteux pour les entreprises présentes de repositionner leurs produits ou d'étendre l'éventail des produits qu'elles proposent. En particulier, la Commission examine si les possibilités qu'ont les concurrents ou les parties à l'opération, de repositionner leurs produits ou d'élargir leur gamme de produits, peuvent influencer sur l'incitation de l'entité issue de la concentration à augmenter les prix. Cependant, un repositionnement des produits ou un élargissement de la gamme de produits comporte souvent des risques, génère des coûts irrécupérables [...] et peut être moins profitable que l'offre de la gamme existante.

[...]

*L'opération de concentration élimine un important moteur de la concurrence*

37. Certaines entreprises ont un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne laisseraient supposer leurs parts de marché ou tout autre indicateur similaire. Toute opération à laquelle serait partie une entreprise de ce type pourrait modifier la dynamique de la concurrence de manière significative et préjudiciable à celle-ci, en particulier si le marché est déjà concentré [...]. Par exemple, il se peut qu'une entreprise soit récemment entrée sur le marché et qu'il soit prévu qu'elle exercerait à l'avenir une forte pression concurrentielle sur les autres entreprises présentes sur le marché.
38. Sur les marchés où l'innovation est un important moteur de la concurrence, une opération de concentration peut accroître la capacité et l'incitation des entreprises à apporter de nouvelles innovations sur le marché et, partant, la pression concurrentielle sur les entreprises rivales pour innover sur ce marché. Inversement, la concurrence effective peut être entravée de manière significative par une concentration entre deux entreprises innovantes importantes, par exemple entre deux entreprises ayant des produits en cours de développement pour un marché de produits spécifique. De même, une entreprise dont la part de marché est relativement faible peut néanmoins constituer un important moteur de la concurrence si ses produits en cours de développement sont prometteurs [...] »

### **Les antécédents du litige et la décision litigieuse**

- 14 Les antécédents du litige sont exposés aux points 1 à 25 de l'arrêt attaqué et peuvent être résumés comme suit.
- 15 Le 11 septembre 2015, la Commission a reçu notification, conformément à l'article 4 du règlement n° 139/2004, d'un projet de concentration (ci-après la « concentration projetée ») par lequel CK Hutchison Holdings Ltd, par l'intermédiaire de sa filiale indirecte Hutchison 3G UK Investments Ltd, laquelle est devenue CK Telecoms UK Investments Ltd (ci-après « CK Telecoms »), devait acquérir, au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), dudit règlement, le contrôle exclusif de Telefónica Europe plc (ci-après « O2 »).
- 16 Quatre opérateurs de réseau mobile étaient alors présents sur le marché de détail des services de télécommunications mobiles au Royaume-Uni (ci-après le « marché de détail »), à savoir EE Ltd, une filiale de BT Group plc, acquise par cette dernière en 2016 (ci-après « BT/EE »), O2, Vodafone et Hutchison 3G UK Ltd (ci-après « Three »), filiale indirecte de CK Hutchison Holdings, dont les parts de marché en termes d'abonnés étaient respectivement d'environ entre 30 % et 40 %, entre 20 % et 30 %, entre 10 % et 20 % et entre 10 % et 20 %. À l'issue de la concentration projetée, Three et O2 auraient représenté environ entre 30 % et 40 % du marché de détail et pu devenir ainsi le principal acteur de ce marché, devant l'ancien opérateur historique BT/EE et Vodafone.
- 17 Le marché de détail comptait également plusieurs opérateurs de réseaux mobiles virtuels qui n'étaient pas propriétaires d'un réseau mobile, tels que Tesco Mobile, une société détenue à parts égales par Tesco et O2, Virgin Mobile et TalkTalk. Ces opérateurs avaient conclu des accords avec des opérateurs de réseau mobile afin d'avoir accès à leurs réseaux à des prix de gros. Le marché de détail comptait également des revendeurs et des détaillants indépendants, tels que Dixons.
- 18 Le marché de détail avait pour caractéristique que BT/EE et Three, d'une part, et Vodafone et O2, d'autre part, avaient conclu des accords de partage de réseau, respectivement dénommés MBNL et Beacon, leur permettant de partager les coûts de déploiement de leurs réseaux tout en continuant à se faire concurrence sur le marché de détail.

- 19 Le 2 octobre 2015, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a demandé à la Commission, par l'intermédiaire de la Competition and Markets Authority (autorité de la concurrence et des marchés, Royaume-Uni), que la concentration projetée lui soit renvoyée, sur la base de l'article 9, paragraphe 2, sous a), du règlement n° 139/2004. Le Royaume-Uni faisait valoir que cette concentration risquait d'entraver de manière significative la concurrence sur le marché de détail ainsi que sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles publics au Royaume-Uni (ci-après le « marché de gros »). Le Royaume-Uni soutenait, en outre, être le mieux placé pour traiter ladite concentration.
- 20 Par la décision C(2015) 8534 final de la Commission, du 4 décembre 2015, concernant l'article 9 du règlement n° 139/2004 dans l'affaire M.7612 Hutchison 3G UK/Telefónica UK, cette demande de renvoi a été rejetée. Au soutien de cette décision, la Commission a invoqué, notamment, la nécessité de faire preuve de cohérence et d'uniformité lors de l'appréciation des concentrations dans le secteur des télécommunications dans différents États membres ainsi que l'expérience considérable qu'elle avait acquise lors de l'appréciation des concentrations sur les marchés européens des télécommunications mobiles.
- 21 En raison de sérieux doutes quant à la compatibilité de la concentration projetée avec le marché intérieur, la Commission a, le 30 octobre 2015, décidé d'engager la procédure prévue à l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 139/2004.
- 22 Le 4 février 2016, la Commission a émis une communication des griefs. Le 26 février 2016, CK Telecoms a présenté ses observations écrites sur cette communication des griefs.
- 23 Le 2 mars 2016, afin de résoudre les problèmes de concurrence exposés dans la communication des griefs, CK Telecoms a présenté une première série d'engagements.
- 24 À la demande de CK Telecoms, une audition a eu lieu le 7 mars 2016.
- 25 Le 15 mars 2016, CK Telecoms a présenté des engagements modifiés (ci-après la « deuxième série d'engagements »).
- 26 Les 17 et 23 mars 2016, la Commission a adressé à CK Telecoms des lettres dans lesquelles elle mettait en lumière de nouveaux éléments de preuve figurant dans son dossier et rejoignant les conclusions préliminaires de la communication des griefs. Les 29 mars et 4 avril 2016, CK Telecoms a présenté des observations écrites en réponse à ces lettres.
- 27 Le 6 avril 2016, CK Telecoms a soumis une troisième série d'engagements.
- 28 Le 27 avril 2016, le comité consultatif en matière de concentrations a émis un avis favorable à l'égard du projet de décision de la Commission.
- 29 Le 11 mai 2016, la Commission a adopté la décision litigieuse, laquelle repose sur l'identification de deux marchés pertinents, à savoir le marché de détail et le marché de gros.
- 30 La Commission a développé trois théories du préjudice, reposant toutes sur l'existence d'effets non coordonnés sur un marché oligopolistique.

- 31 La première théorie du préjudice est relative à l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail résultant de l'élimination de fortes contraintes concurrentielles. En substance, selon la Commission, la forte diminution de la concurrence qui aurait résulté de la concentration projetée aurait vraisemblablement entraîné une hausse des prix des services de télécommunications mobiles au Royaume-Uni et une limitation du choix pour les consommateurs.
- 32 La deuxième théorie du préjudice concerne l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail liés au partage de réseau. Selon la Commission, la concentration projetée aurait été susceptible d'influer négativement sur la qualité des services pour les consommateurs en entravant le développement de l'infrastructure de réseau mobile au Royaume-Uni.
- 33 La troisième théorie du préjudice concerne l'existence d'effets non coordonnés résultant de l'élimination de fortes contraintes concurrentielles sur le marché de gros. Sur ce marché, les quatre opérateurs de réseau mobile fournissent des services d'hébergement aux opérateurs qui ne sont pas propriétaires d'un réseau mobile qui, à leur tour, proposent des services de détail aux abonnés. En particulier, la concentration projetée risquait, selon la décision litigieuse, d'avoir des effets non coordonnés significatifs sur le marché de gros résultant d'une réduction du nombre d'opérateurs de réseau mobile de quatre à trois, de l'élimination de Three en tant qu'« important moteur de la concurrence », de la suppression des contraintes concurrentielles importantes que les parties exerçaient auparavant l'une sur l'autre et d'une réduction des pressions concurrentielles sur les acteurs restants.
- 34 Quant aux gains d'efficacité allégués par CK Telecoms, la Commission a estimé qu'ils n'étaient ni vérifiables, ni spécifiques à la concentration, ni susceptibles de profiter aux consommateurs.
- 35 Dans la dernière section de la décision litigieuse, la Commission a examiné les engagements proposés par CK Telecoms. Elle a considéré, en substance, que les deuxième et troisième séries d'engagements ne supprimeraient pas, ou pas complètement, tous les problèmes de concurrence recensés.
- 36 En conséquence, la Commission a déclaré la concentration projetée incompatible avec le marché intérieur.

### **La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué**

- 37 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 25 juillet 2016, CK Telecoms a introduit un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse.
- 38 À l'appui de ce recours, CK Telecoms a invoqué cinq moyens.
- 39 Les premier et quatrième moyens portaient sur la première et la troisième théorie du préjudice, relatives à la suppression de la concurrence entre Three et O2, respectivement, sur le marché de détail et sur le marché de gros. Le deuxième moyen portait sur l'évaluation du scénario contrefactuel effectuée par la Commission, sur lequel reposait l'évaluation des marchés de détail et de gros. Le troisième moyen portait sur la deuxième théorie du préjudice concernant le marché de détail, relative au partage de réseau, et sur les engagements relatifs au partage de réseau. Le cinquième moyen concernait les autres engagements soumis par CK Telecoms.

- 40 Le Tribunal a, dans un premier temps, examiné successivement les premier, troisième et quatrième moyens et, dans un second temps, les deuxième et cinquième moyens.
- 41 Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a, tout d'abord, accueilli, en substance, la première branche du premier moyen relative à l'intensité du contrôle juridictionnel en matière de concentrations, au cadre juridique applicable à la suite de l'adoption du règlement n° 139/2004, à la charge de la preuve et aux exigences de preuve qui incombent à la Commission lorsqu'elle doit prouver une entrave significative à une concurrence effective, conformément à l'article 2, paragraphe 3, de ce règlement. Il a, en outre, accueilli la deuxième branche du premier moyen, relative à la qualification de Three d'« important moteur de la concurrence » ainsi que les troisième et cinquième branches de ce moyen, relatives respectivement à l'évaluation de la proximité de la concurrence et à l'évaluation des effets quantitatifs de la concentration projetée sur les prix. En outre, le Tribunal a accueilli l'argumentation de CK Telecoms faisant partie de la septième branche dudit moyen selon laquelle la Commission n'a pas précisé dans sa décision sur quelle base elle a conclu que les prétendues entraves à la concurrence résultant de la concentration seraient significatives. Ensuite, il a accueilli les première, troisième, quatrième, cinquième et sixième branches du troisième moyen, tiré d'erreurs eu égard aux effets horizontaux non coordonnés produits par le partage de réseau. Enfin, le Tribunal a accueilli les trois premières branches du quatrième moyen portant sur les effets non coordonnés sur le marché de gros. En conséquence, le Tribunal a annulé la décision litigieuse.

### **La procédure devant la Cour**

- 42 Par acte déposé au greffe de la Cour le 7 août 2020, la Commission a introduit le présent pourvoi.
- 43 Par acte séparé déposé à cette date, la Commission a demandé à la Cour de réserver, à l'égard de EE, une des deux parties intervenantes en première instance, un traitement confidentiel à certains passages du pourvoi qui contenaient des informations couvertes par le secret des affaires et correspondaient à des informations pour lesquelles le Tribunal avait accordé un traitement confidentiel. Par ordonnance du 1<sup>er</sup> octobre 2020, Commission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2020:789), le président de la Cour a fait droit à cette demande. Ainsi, seule une version non confidentielle dudit pourvoi a été signifiée à EE.
- 44 Par acte déposé au greffe de la Cour le 20 novembre 2020, CK Telecoms a demandé à la Cour de réserver, à l'égard de EE, un traitement confidentiel à certaines informations figurant dans son mémoire en réponse qui étaient couvertes par le secret des affaires, et, à ce titre, ne devaient pas être communiquées à son concurrent EE, et qui correspondaient à des informations pour lesquelles le Tribunal avait accordé un traitement confidentiel à l'égard de EE. Par ordonnance du 26 janvier 2021, Commission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:81), le président de la Cour a réservé, à l'égard de EE, un traitement confidentiel à ce mémoire, seule une version non confidentielle de celui-ci lui ayant été signifiée.
- 45 Par acte déposé au greffe de la Cour le 24 mars 2021 sur le fondement de l'article 40, troisième alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 130 du règlement de procédure de la Cour, applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 190, paragraphe 1, de ce règlement, l'Autorité de surveillance AELE a demandé à être admise à intervenir dans la présente affaire au soutien des conclusions de la Commission. Par ordonnance

du 4 juin 2021, Commission/CK Telecoms UK Investments (C-376/20 P, EU:C:2021:488), le président de la Cour a fait droit à cette demande, l'autorisant à présenter ses observations lors de l'audience de plaidoiries. Une copie de tous les actes de procédure a été signifiée à cette autorité.

- 46 À la suite d'une demande de la Commission du 12 février 2021, le président de la Cour l'a autorisée à déposer une réplique.
- 47 Après le dépôt du mémoire en duplique de CK Telecoms, la phase écrite de la procédure dans la présente affaire a été close le 19 mai 2021.

### **Les conclusions des parties**

- 48 La Commission demande à la Cour :
- d'annuler l'arrêt attaqué ;
  - de renvoyer l'affaire devant le Tribunal ;
  - de condamner CK Telecoms aux dépens afférents au présent pourvoi, et
  - de réserver les dépens de la procédure en première instance.
- 49 CK Telecoms demande à la Cour :
- de rejeter le pourvoi et
  - de condamner la Commission et les parties intervenantes aux dépens tant devant le Tribunal que devant la Cour.

### **Sur le pourvoi**

- 50 À l'appui de son pourvoi, la Commission soulève six moyens. Le premier est tiré d'une erreur de droit en ce que le Tribunal aurait appliqué une exigence de preuve plus stricte que celle résultant de la jurisprudence de la Cour en matière de concentrations. Le deuxième moyen est pris d'une interprétation erronée de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004. Le troisième moyen est tiré de ce que le Tribunal aurait outrepassé les limites du contrôle juridictionnel en interprétant les notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », retenu une interprétation erronée de ces notions et procédé à une dénaturation tant de la décision litigieuse que du mémoire en défense de la Commission. Le quatrième moyen est pris d'une dénaturation de l'argumentation de la Commission concernant l'analyse quantitative des effets de la concentration projetée sur les prix et d'erreurs de droit commises par le Tribunal dans son appréciation de cette analyse et, le cinquième moyen, de ce que le Tribunal n'aurait pas apprécié l'ensemble des facteurs pertinents. Le sixième moyen est tiré d'erreurs concernant le partage de réseau.

## *Sur le premier moyen*

### *Argumentation des parties*

- 51 Par son premier moyen, la Commission fait valoir que, en considérant, au point 118 de l'arrêt attaqué, qu'elle est tenue de produire suffisamment de preuves pour démontrer avec une probabilité sérieuse l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective, le Tribunal a appliqué une exigence de preuve particulièrement élevée, allant au-delà de celle résultant de la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle des concentrations, et, ce faisant, a commis une erreur de droit. Cette erreur aurait conduit le Tribunal à constater, aux points 119, 172, 216, 268, 281 et 396 de l'arrêt attaqué, que la Commission n'a pas prouvé à suffisance de droit que la concentration entraînerait une entrave significative à une concurrence effective.
- 52 À cet égard, il ressortirait du point 52 de l'arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), que, lorsqu'elle est saisie d'une opération de concentration, la Commission est, en principe, tenue de prendre position soit dans le sens de l'autorisation de cette opération, soit dans celui de l'interdiction de celle-ci, selon son appréciation de l'évolution économique attribuable à la concentration notifiée dont la probabilité est la plus forte.
- 53 Or, le niveau de preuve requis par le Tribunal au point 118 de l'arrêt attaqué pour établir l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective conférerait nécessairement un caractère asymétrique à l'exigence de preuve qui pourrait être déduite de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004, cette disposition n'établissant ni une présomption générale de compatibilité ni une présomption générale d'incompatibilité avec le marché intérieur d'une concentration notifiée.
- 54 CK Telecoms rétorque, en premier lieu, que le premier moyen est inopérant.
- 55 En effet, il ressortirait notamment de l'arrêt attaqué que la Commission a commis des erreurs de droit relatives à l'interprétation des notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches » à un stade de son appréciation antérieur à l'examen des éléments de preuve qui l'ont amené à constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective. Ces erreurs ne seraient donc pas affectées par le niveau de preuve prétendument erroné exigé par le Tribunal.
- 56 En outre, la Commission n'aurait pas démontré qu'un niveau de preuve moins élevé que celui exigé par le Tribunal aurait abouti à un résultat différent.
- 57 En second lieu, CK Telecoms soutient que le niveau de preuve exigé par le Tribunal est conforme à la jurisprudence de la Cour.
- 58 Elle fait valoir que, dans l'arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), la Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocate générale Kokott et n'a pas adopté la « mise en balance des probabilités » comme niveau de preuve requis pour constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective.

- 59 Un tel niveau de preuve impliquerait qu'il suffirait pour la Commission de s'appuyer sur des éléments de preuve qui ne sont pas particulièrement cohérents ou solides pour démontrer que l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective est plus probable qu'improbable.
- 60 Or, il ressortirait des points 27, 39, 41 et 45 de l'arrêt du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), que, pour constater une entrave significative à une concurrence effective, les preuves doivent être solides afin de convaincre du bien-fondé de la thèse figurant dans une décision en matière de contrôle des concentrations, ce qui suppose de vérifier l'exactitude matérielle, la fiabilité et la cohérence de ces preuves.
- 61 CK Telecoms fait valoir que si la Commission doit appliquer le même niveau de preuve tant pour autoriser que pour interdire une concentration, il n'en reste pas moins que le fait d'imposer à cette institution un niveau de preuve plus élevé que la simple « mise en balance des probabilités » pour démontrer l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective ne porterait pas atteinte à la neutralité établie à l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004.
- 62 Dans ces conditions, CK Telecoms fait valoir que, en renvoyant, au point 118 de l'arrêt attaqué, à une lecture a contrario des points 209 à 211 des conclusions de l'avocate générale Kokott dans l'affaire Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2007:790), et en considérant que l'exigence de preuve applicable à la Commission était plus stricte que la simple « mise en balance des probabilités », le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit.

### *Appréciation de la Cour*

- 63 S'agissant de l'argumentation de CK Telecoms selon laquelle ce premier moyen est inopérant, il convient de relever qu'il ressort, notamment, des points 119, 172, 216, 281, 282, 372 et 396 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a statué sur l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective, en ayant notamment recours aux notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », au regard du niveau de preuve énoncé au point 118 de cet arrêt. Ainsi, indépendamment de la question de savoir si, comme le prétend la Commission dans le cadre de son troisième moyen, l'interprétation de ces notions est entachée d'erreurs de droit, cette institution peut également utilement reprocher au Tribunal d'avoir exigé un niveau de preuve plus élevé que celui résultant de la jurisprudence de la Cour en matière de concentrations.
- 64 Par ailleurs, doit être rejeté l'argument de CK Telecoms selon lequel, la Commission n'aurait pas établi qu'un niveau de preuve différent de celui appliqué par le Tribunal aurait abouti à un résultat différent. En effet, d'une part, c'est en principe à CK Telecoms qu'il incombe de démontrer que le premier moyen est inopérant. Or, d'autre part, dès lors que, comme le font apparaître les points 118 et 119 de l'arrêt attaqué, l'exigence d'une probabilité sérieuse tenant à l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective a été appliquée par le Tribunal à l'ensemble des éléments de preuve examinés par celui-ci, il ne saurait être exclu a priori que l'application d'un niveau de preuve moins exigeant aurait pu aboutir au rejet du recours en première instance.
- 65 Il convient, en conséquence, de rejeter l'argumentation de CK Telecoms tirée du caractère inopérant du premier moyen et d'examiner le bien-fondé de ce moyen.

- 66 À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'il ressort, notamment, du considérant 5 du règlement n° 139/2004 que celui-ci vise à assurer que les restructurations des entreprises n'entraînent pas de préjudice durable pour la concurrence.
- 67 Il convient, en outre, de rappeler que, d'une part, l'article 2, paragraphe 2, de ce règlement prévoit qu'une opération de concentration qui n'entraverait pas de manière significative une concurrence effective doit être déclarée compatible avec le marché intérieur. D'autre part, il résulte de l'article 2, paragraphe 3, dudit règlement que, dans l'hypothèse inverse, une opération de concentration qui aurait un tel effet doit être déclarée incompatible avec le marché intérieur.
- 68 Le législateur de l'Union a en conséquence prévu, à l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004, que, lorsque la Commission constate qu'une concentration notifiée répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 2, de ce règlement, elle prend une décision déclarant cette concentration compatible avec le marché intérieur. En revanche, ainsi qu'il ressort de l'article 8, paragraphe 3, dudit règlement, lorsque la Commission constate qu'une concentration répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 3, du même règlement, elle prend une décision déclarant ladite concentration incompatible avec le marché intérieur.
- 69 Il découle donc du libellé tant de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004 que de l'article 8, paragraphes 1 et 3, de celui-ci que ces dispositions revêtent un caractère symétrique s'agissant des exigences de preuve imposées à la Commission afin de démontrer qu'une concentration notifiée entraverait ou non de manière significative une concurrence effective et doit ainsi être déclarée incompatible ou compatible avec le marché intérieur.
- 70 À cet égard, il convient, en premier lieu, de relever qu'il ne ressort pas des termes de ces dispositions que le règlement n° 139/2004 impose des exigences de preuve différentes en matière de décisions autorisant une opération de concentration, d'une part, et de décisions interdisant une telle opération, d'autre part (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 46).
- 71 Dans ce contexte, aucune présomption générale de compatibilité ou d'incompatibilité avec le marché intérieur d'une opération de concentration notifiée ne saurait être déduite de ce règlement (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 48).
- 72 Si certes, l'article 10, paragraphe 6, dudit règlement prévoit qu'une opération de concentration notifiée est réputée compatible avec le marché intérieur lorsque la Commission n'a pas pris dans le délai pertinent une décision statuant sur la compatibilité de cette opération, il n'en demeure pas moins que cette disposition, d'une part, est une expression spécifique de l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement et, d'autre part, constitue une exception à l'économie générale du règlement suivant laquelle la Commission statue expressément sur les opérations de concentration qui lui sont notifiées (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 49).
- 73 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la Commission n'est pas obligée de se conformer à des exigences de preuve plus élevées en matière de décisions interdisant des opérations de concentration qu'en matière de décisions autorisant de telles opérations (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 51).

- 74 Il s'ensuit que les exigences en matière d'administration de la preuve, y compris le niveau de preuve, ne varient pas selon le type de décision adoptée par la Commission en matière de contrôle des concentrations.
- 75 En deuxième lieu, il ressort de la jurisprudence que les décisions de la Commission sur la compatibilité des opérations de concentration avec le marché intérieur doivent être étayées par des éléments suffisamment significatifs et concordants (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 50 et jurisprudence citée).
- 76 Certes, la Cour a jugé que, dans le contexte de l'analyse d'une opération de concentration de type « conglomérat », la qualité des éléments de preuve produits par la Commission pour établir la nécessité d'une décision déclarant cette opération incompatible avec le marché intérieur est particulièrement importante (arrêt du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, point 44).
- 77 Cependant, la Cour a précisé que cette jurisprudence ne reflète que la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en matière de contrôle des concentrations, de conforter les appréciations qui sous-tendent les décisions de la Commission (voir, en ce sens, arrêts du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, point 41, et du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 51 ainsi que jurisprudence citée). Les exigences particulières relatives à la qualité des éléments de preuve n'ont donc pas, en principe, d'incidence sur le niveau de preuve requis.
- 78 Par ailleurs, la Cour a également précisé que la complexité intrinsèque d'une thèse d'entrave à la concurrence postulée à l'égard d'une opération de concentration notifiée constitue un élément dont il convient de tenir compte lors de l'appréciation de la plausibilité des diverses conséquences de cette opération, en vue d'identifier celle dont la probabilité est la plus forte, mais qu'une telle complexité n'a pas, en tant que telle, d'influence sur le niveau de preuve exigé (arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 51).
- 79 Ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé au point 59 de ses conclusions, il y a donc lieu de constater que le niveau de preuve, aux fins de l'application de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004, ne varie ni selon le type d'opération de concentration examinée par la Commission ni selon la complexité intrinsèque d'une thèse d'entrave à la concurrence postulée à l'égard d'une concentration notifiée.
- 80 En troisième et dernier lieu, il ressort de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004, qui impose de notifier une concentration avant sa réalisation, et de l'article 7, paragraphe 1, de ce règlement, qui prévoit une obligation de ne pas réaliser cette concentration avant sa notification et son autorisation, que ledit règlement instaure un système de contrôle préventif des concentrations.
- 81 Ce contrôle se distingue par conséquent du contrôle ex post des accords entre entreprises, des décisions d'associations d'entreprises et des pratiques concertées visés à l'article 101 TFUE ainsi que des abus de position dominante visés à l'article 102 TFUE.

- 82 Dans le cadre de l'exercice de ce contrôle ex ante des concentrations, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique aux fins de l'application des règles de fond du règlement n° 139/2004, en particulier de son article 2 (arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 144), dès lors qu'elle se livre à des analyses économiques prospectives visant à déterminer la probabilité de certaines évolutions du marché pertinent dans un laps de temps prévisible.
- 83 Or, ces analyses prospectives, présentant le plus souvent un caractère complexe, sont nécessairement plus incertaines que les analyses ex post.
- 84 En effet, l'analyse prospective nécessaire en matière de contrôle des concentrations, qui consiste à examiner en quoi une telle opération pourrait modifier les paramètres de la concurrence sur les marchés affectés afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective, requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir celui dont la probabilité est la plus forte (arrêts du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, point 43 ; du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 47, ainsi que du 16 janvier 2019, Commission/United Parcel Service, C-265/17 P, EU:C:2019:23, point 32). Cette analyse prospective relève de la marge d'appréciation en matière économique dont dispose la Commission aux fins de l'application des règles de fond du règlement n° 139/2004, en particulier de son article 2, justifiant que le contrôle par le juge de l'Union d'une décision de la Commission en matière d'opérations de concentration soit limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 144 ainsi que jurisprudence citée).
- 85 Certes, une telle analyse nécessite d'être effectuée avec une grande attention, dès lors qu'il s'agit non pas d'examiner des événements du passé, au sujet desquels on dispose souvent de nombreux éléments permettant d'en comprendre les causes, ni même des événements présents, mais bien de prévoir les événements qui se produiront dans l'avenir, selon une probabilité plus ou moins forte, si aucune décision interdisant ou précisant les conditions de la concentration envisagée n'est adoptée (voir, en ce sens, arrêt du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, point 42).
- 86 Cependant, la nature prospective de l'analyse économique que doit effectuer la Commission s'oppose à ce que cette institution, afin de démontrer qu'une concentration entraverait ou, au contraire, n'entraverait pas, de manière significative une concurrence effective, soit tenue de respecter un niveau de preuve particulièrement élevé.
- 87 Dans ces conditions, compte tenu, notamment, de la structure symétrique de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004 et du caractère prospectif des analyses économiques de la Commission en matière de contrôle des concentrations, il y a lieu de considérer que, afin de déclarer qu'une opération de concentration est incompatible ou compatible avec le marché intérieur, il suffit que la Commission démontre, au moyen d'éléments suffisamment significatifs et concordants, qu'il est plus probable qu'improbable que la concentration concernée entraverait ou non de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.
- 88 Partant, en considérant, au point 118 de l'arrêt attaqué, que la Commission est tenue de démontrer avec une « probabilité sérieuse l'existence d'entraves significatives » à une concurrence effective à la suite de la concentration et que « l'exigence de preuve applicable dans

le cas d'espèce est, par conséquent, plus stricte que celle en vertu de laquelle une entrave significative à une concurrence effective serait "plus probable qu'improbable" », le Tribunal a appliqué une exigence de preuve ne découlant pas du règlement n° 139/2004, tel qu'interprété par la Cour, et a ainsi commis une erreur de droit.

89 Dès lors, il y a lieu d'accueillir le premier moyen.

### *Sur le deuxième moyen*

90 Le deuxième moyen comporte deux branches, par lesquelles la Commission conteste l'interprétation que le Tribunal a faite de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 dans l'arrêt attaqué.

#### *Sur la première branche*

##### *– Argumentation des parties*

91 Par la première branche de son deuxième moyen, la Commission soutient que, au point 90 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a assimilé les conditions requises pour considérer qu'une concentration peut produire des effets non coordonnés à celles requises pour démontrer l'existence d'une position dominante.

92 La Commission précise qu'elle ne conteste pas que le degré de préjudice requis pour démontrer une éventuelle entrave significative à une concurrence effective en raison d'effets non coordonnés est le même que celui requis pour démontrer une telle entrave en raison de la création ou du renforcement d'une position dominante. Cela étant, par l'expression « par elle-même », utilisée au point 90 de l'arrêt attaqué en association avec l'expression « entité issue de la concentration », le Tribunal aurait considéré que la Commission ne peut interdire une concentration que si elle peut établir que cette entité bénéficiera d'un pouvoir de marché équivalent à celui qu'assure une position dominante.

93 CK Telecoms rétorque que la Commission conteste une observation générale du Tribunal qui n'aurait pas servi de fondement à une analyse in concreto et que, partant, la première branche du deuxième moyen de la Commission est inopérante.

##### *– Appréciation de la Cour*

94 Au point 90 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a jugé que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 « permet à la Commission d'interdire, dans certaines circonstances, sur des marchés oligopolistiques, des concentrations qui, bien que ne donnant pas lieu à la création ou au renforcement d'une position dominante individuelle ou collective, sont susceptibles d'affecter les conditions de concurrence sur le marché dans une mesure comparable à celle attribuable à de telles positions, en conférant à l'entité issue de la concentration un pouvoir lui permettant de déterminer, par elle-même, les paramètres de la concurrence et, notamment, de fixer les prix au lieu de les accepter ».

- 95 Or, il convient de relever que, comme l'a fait observer CK Telecoms, ledit point 90 comporte une considération générale du Tribunal, sans établir de lien avec une erreur qu'aurait commise la Commission dans l'application de la notion d'« entrave significative à une concurrence effective », au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004. En outre, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 70 de ses conclusions, la Commission n'identifie aucun point de l'arrêt attaqué qui reposerait sur cette considération.
- 96 À cet égard, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que des griefs dirigés contre des motifs surabondants d'une décision du Tribunal ne sauraient entraîner l'annulation de cette décision et sont donc inopérants (arrêt du 23 mars 2023, PV/Commission, C-640/20 P, EU:C:2023:232, point 191 et jurisprudence citée). Or, à supposer même que la première branche du deuxième moyen soit fondée, celle-ci ne serait pas de nature à invalider l'arrêt attaqué, dès lors que cette branche vise un motif de celui-ci dont il n'a pas été établi qu'il contribue à soutenir le dispositif dudit arrêt.
- 97 Il s'ensuit que la première branche du deuxième moyen doit être rejetée comme étant inopérante.

*Sur la seconde branche*

*– Argumentation des parties*

- 98 Par la seconde branche de son deuxième moyen, la Commission fait valoir que, aux points 95 et 96 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a considéré que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, lu à la lumière du considérant 25 de celui-ci, doit être interprété en ce sens que, en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante à la suite d'une opération de concentration, une entrave significative à une concurrence effective ne peut être établie que si les deux conditions cumulatives prévues à ce considérant sont remplies, à savoir, d'une part, l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre et, d'autre part, la réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents.
- 99 Selon la Commission, une telle interprétation compromet l'objectif d'un contrôle effectif des concentrations énoncé au considérant 24 de ce règlement et aurait pour effet, notamment, de l'empêcher de développer des théories du préjudice qui ne remplissent pas les conditions énoncées au point 96 de l'arrêt attaqué, telles que, par exemple, la deuxième théorie du préjudice avancée en l'espèce, reposant sur une réduction de la pression concurrentielle exercée par les autres concurrents sur l'entité issue de ladite opération, en raison de la position sur le marché de cette entité à la suite de la concentration.
- 100 CK Telecoms rétorque qu'il ressort du libellé du considérant 25 du règlement n° 139/2004, notamment de la conjonction « ainsi que », lequel a été repris dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales ainsi que dans la décision litigieuse, que ledit considérant énonce deux conditions cumulatives. Une interprétation contraire permettrait à la Commission d'interdire toutes les concentrations horizontales, puisque celles-ci entraînent nécessairement une réduction de la concurrence entre les parties concernées.

– *Appréciation de la Cour*

- 101 Le Tribunal a, en substance, considéré, au point 96 de l'arrêt attaqué, que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 doit être interprété à la lumière du considérant 25 de ce règlement. Il est, à cet égard, parti de la prémisse que ce considérant prévoit deux conditions cumulatives pour que des effets non coordonnés résultant d'une concentration puissent, dans certaines circonstances, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective, à savoir, d'une part, l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre et, d'autre part, la réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents.
- 102 Au point 97 dudit arrêt, le Tribunal en a déduit que « le seul effet de réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents n'est, en principe, pas, à lui seul, suffisant afin de démontrer une entrave significative à une concurrence effective dans le cadre d'une théorie du préjudice fondée sur des effets non coordonnés ».
- 103 C'est à la lumière de cette interprétation de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 que le Tribunal a examiné les premier, troisième et quatrième moyens du recours, ainsi qu'il ressort du point 105 de l'arrêt attaqué.
- 104 À cet égard, il convient de rappeler, d'emblée, que le préambule d'un acte de l'Union est susceptible de préciser le contenu des dispositions de cet acte et que les considérants d'un tel acte constituent, en effet, des éléments d'interprétation importants, qui sont de nature à éclairer sur la volonté de l'auteur dudit acte (arrêt du 19 décembre 2019, Puppinck e.a./Commission, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, point 75 ainsi que jurisprudence citée).
- 105 Cela étant, le préambule d'un acte de l'Union n'a pas de valeur juridique contraignante et ne saurait être invoqué ni pour déroger aux dispositions mêmes de l'acte concerné ni pour interpréter ces dispositions dans un sens manifestement contraire à leur libellé (arrêt du 19 décembre 2019, Puppinck e.a./Commission, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, point 76 ainsi que jurisprudence citée).
- 106 Ainsi qu'il ressort des considérants 6 et 24 du règlement n° 139/2004, celui-ci vise à instaurer un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans l'Union, notamment, pour garantir une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur et pour assurer une politique menée conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.
- 107 À cet égard, il ressort, en substance, du considérant 25 de ce règlement que celui-ci vise également l'incompatibilité avec le marché intérieur d'une concentration entre entreprises opérant sur un marché oligopolistique lorsque cette concentration constituerait une entrave significative à une concurrence effective sans que l'entité issue de cette concentration détienne une position dominante.
- 108 En particulier, il ressort dudit considérant 25 que si « [u]n grand nombre de marchés oligopolistiques montrent un sain degré de concurrence [il n'en reste pas moins que], dans certaines circonstances, les concentrations impliquant l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ainsi qu'une

réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, peuvent, même en l'absence de probabilité de coordination entre les membres de l'oligopole, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective ».

- 109 Or, il ressort, en substance, de l'avant-dernière phrase du même considérant 25 que le contrôle effectif prévu par le règlement n° 139/2004 s'étend à toute concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective, dans le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci, y compris aux concentrations donnant lieu à des effets non coordonnés. Ce contrôle effectif s'inscrit dans l'objectif général du règlement n° 139/2004, reflété au considérant 5 de celui-ci, consistant à éviter qu'un processus de restructuration entraîne un préjudice durable pour la concurrence dans le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.
- 110 Pour garantir une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur et pour assurer une politique menée conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, le règlement n° 139/2004 vise à instaurer un contrôle effectif de toutes les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective, y compris de celles entraînant des effets non coordonnés dans des marchés oligopolistiques. Ainsi, outre la circonstance qu'un considérant de ce règlement ne peut, en tout état de cause, pas limiter la portée des dispositions dudit règlement, il ne saurait être considéré que le contrôle effectif des concentrations effectuées sur de tels marchés qui peuvent donner lieu à des effets non coordonnés doit être limité aux situations qui relèvent simultanément des deux cas de figure énoncés au considérant 25 du même règlement.
- 111 Ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé aux points 74 à 76 de ses conclusions, la conjonction « ainsi que » ne suffit pas à infirmer cette interprétation. En effet, interpréter l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, lu à la lumière du considérant 25 de ce règlement, en ce sens que ces deux cas de figure sont des conditions cumulatives pour constater une entrave significative à une concurrence effective résultant d'une concentration ayant des effets non coordonnés dans un marché oligopolistique aurait pour conséquence de réduire l'effectivité du contrôle de ce type de concentrations aux seuls cas dans lesquels la Commission peut démontrer que la concentration concernée est susceptible à la fois d'éliminer des fortes contraintes concurrentielles entre les parties à cette opération et de réduire des pressions concurrentielles sur les autres concurrents agissant sur le marché concerné.
- 112 Ainsi, une telle interprétation impliquerait que l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre et l'augmentation unilatérale des prix qui pourraient en résulter ne seraient jamais, à elles seules, suffisantes afin de démontrer une entrave significative à une concurrence effective.
- 113 Or, une telle interprétation restrictive de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004 serait incompatible avec l'objectif de ce règlement, rappelé au point 109 du présent arrêt, d'instaurer un contrôle effectif de toutes les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective, dans le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci, y compris celles donnant lieu à des effets non coordonnés.
- 114 Dans ces conditions, en jugeant, au point 96 de l'arrêt attaqué, que l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, lu à la lumière du considérant 25 de ce règlement, doit être interprété en ce sens que, en l'absence de création ou de renforcement d'une position dominante à la suite d'une opération de concentration sur un marché oligopolistique, une entrave significative à une

concurrence effective ne peut être établie que si la Commission démontre que deux conditions cumulatives sont remplies, à savoir, d'une part, l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre et, d'autre part, la réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, le Tribunal a commis une erreur de droit.

- 115 Eu égard aux considérations qui précèdent, la seconde branche du deuxième moyen doit être accueillie.
- 116 Il s'ensuit que le deuxième moyen, pris d'une interprétation erronée de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, est fondé.

### *Sur le troisième moyen*

- 117 Le troisième moyen comporte quatre branches, tirées, la première, de ce que le Tribunal aurait outrepassé les limites du contrôle juridictionnel lui incombant en interprétant les notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », la deuxième, d'une dénaturation tant de la décision litigieuse que du mémoire en défense de la Commission ainsi que d'une interprétation erronée de la notion d'« important moteur de la concurrence », la troisième, d'une interprétation erronée de la notion de « concurrents proches » et d'une dénaturation de la décision litigieuse et, la quatrième, qui est invoquée à titre subsidiaire, d'une violation de l'obligation de motivation en ce qui concerne l'éventuelle incompatibilité des lignes directrices sur les concentrations horizontales avec le règlement n° 139/2004.

### *Sur la première branche*

#### *– Argumentation des parties*

- 118 Par la première branche de son troisième moyen, la Commission fait valoir, en substance, que, en procédant, aux points 174 et 242 de l'arrêt attaqué, à une interprétation des notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », le Tribunal s'est écarté des définitions de ces notions économiques figurant dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales ainsi que du cadre économique qui y est établi. Il aurait, en conséquence, méconnu la marge d'appréciation de la Commission en matière économique et substitué sa propre appréciation économique à celle de la Commission. Ce faisant, cette juridiction aurait outrepassé les limites du contrôle juridictionnel de décisions de la Commission déclarant une concentration compatible ou incompatible avec le marché intérieur.
- 119 En particulier, la Commission fait valoir que le Tribunal n'a ni la compétence ni l'expertise pour s'écarter des notions économiques figurant dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales et pour suivre une approche économique différente de celle qui y est énoncée. Selon cette institution, la compétence du Tribunal est limitée au contrôle de la légalité desdites lignes directrices.
- 120 CK Telecoms rétorque que le Tribunal n'a pas excédé les limites du contrôle juridictionnel lors de son interprétation et son application des notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches ». Il aurait, au contraire, dans l'arrêt attaqué, apprécié les éléments de

preuve en appliquant le critère découlant d'une jurisprudence bien établie, selon lequel la marge d'appréciation de la Commission en matière économique est sans préjudice de la compétence du juge de l'Union pour contrôler l'interprétation par celle-ci de données de nature économique.

– *Appréciation de la Cour*

- 121 Aux termes du considérant 28 du règlement n° 139/2004, afin de clarifier et d'expliquer l'appréciation des concentrations faite par la Commission au regard de ce règlement, il convient que la Commission publie des orientations qui devraient établir un cadre économique solide pour l'appréciation des concentrations en vue de déterminer si elles peuvent ou non être déclarées compatibles avec le marché intérieur.
- 122 La Commission a dès lors adopté les lignes directrices sur les concentrations horizontales, qui déterminent la méthodologie que la Commission s'est imposée aux fins de son appréciation relative à l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective, au sens du règlement n° 139/2004.
- 123 Toutefois, bien que la Commission ne puisse se départir de telles lignes directrices sans justification, sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, celles-ci ne sauraient être qualifiées de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue et ne constituent pas le fondement juridique des décisions prises par la Commission dans la matière concernée (voir, en ce sens, arrêt du 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, EU:C:2005:408, points 209, 211 et 213). Le juge de l'Union reste néanmoins compétent pour les interpréter, notamment, lorsque, dans ses décisions autorisant ou interdisant une opération de concentration, la Commission s'est appuyée sur lesdites lignes directrices pour déterminer si l'opération de concentration concernée entraînerait ou non une entrave significative à une concurrence effective.
- 124 Certes, ainsi qu'il a été rappelé au point 84 du présent arrêt, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique aux fins de l'application des règles de fond du règlement n° 139/2004, en particulier de son article 2 justifiant que le contrôle par le juge de l'Union d'une décision de la Commission en matière d'opérations de concentration soit limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits et à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.
- 125 Toutefois, cela n'implique pas que le juge de l'Union doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union, qui, ainsi que l'a rappelé M<sup>me</sup> l'avocate générale aux points 73 et 85 des conclusions, ne saurait être lié par les lignes directrices sur les concentrations horizontales en tant que telles, doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées (voir, en ce sens, arrêt du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 145 ainsi que jurisprudence citée).
- 126 Ladite marge d'appréciation de la Commission n'implique pas non plus que le juge de l'Union doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de notions du droit de l'Union nécessitant une analyse économique lors de leur mise en œuvre.

- 127 À cet égard, il convient de rappeler que, dans le domaine du droit de la concurrence, le juge de l'Union a déjà à plusieurs occasions interprété des notions nécessitant une analyse économique lors de leur mise en œuvre, telles que la notion de « position dominante » (arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, points 65 et 66), la notion de « marché pertinent » (arrêts du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, EU:C:1983:313, point 37, et du 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, EU:T:1994:246, point 63) et la notion de « compression des marges des concurrents » (arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 73 et jurisprudence citée).
- 128 Or, les notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », auxquelles il est fait référence dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales, figurent parmi les facteurs qui peuvent influencer sur la probabilité qu'une opération de concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs et, en conséquence, sur le constat de l'existence éventuelle d'une « entrave significative à une concurrence effective », au sens de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004.
- 129 Il s'ensuit que, bien que les notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches » nécessitent une analyse économique lors de leur mise en œuvre, le juge de l'Union est compétent pour les interpréter dans le cadre de l'exercice de son contrôle sur les décisions de la Commission prises en matière de contrôle des concentrations.
- 130 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, en l'espèce, le Tribunal, en procédant à une interprétation des notions d'« important moteur de la concurrence » et de « concurrents proches », n'a pas outrepassé les limites de son contrôle juridictionnel.
- 131 Il s'ensuit que la première branche du troisième moyen de la Commission doit être rejetée comme étant non fondée.

### *Sur la deuxième branche*

#### *– Argumentation des parties*

- 132 Par la deuxième branche de son troisième moyen, la Commission invoque trois griefs, tirés, le premier, d'une dénaturation de la décision litigieuse, le deuxième, d'une dénaturation de son mémoire en défense et, le troisième, d'une interprétation erronée de la notion d'« important moteur de la concurrence ».
- 133 Par son premier grief, la Commission reproche au Tribunal d'avoir erronément constaté, au point 171 de l'arrêt attaqué, qu'il ressortait de la décision litigieuse que le fait qu'une partie à la concentration est qualifiée d'« important moteur de la concurrence » sur un marché oligopolistique suffit pour considérer que la concentration donnerait lieu à une entrave significative à une concurrence effective. Ce constat du Tribunal serait contredit par le point 155 de cet arrêt selon lequel il ressortirait des termes de la décision litigieuse, notamment du considérant 777 de celle-ci, que le fait que « Three constitue un important moteur de la concurrence sur le marché de détail [...], au sens du point 37 des lignes directrices, ou exerce en tout état de cause une forte contrainte concurrentielle sur ce marché » n'est qu'un des facteurs utilisés par la Commission pour conclure que la concentration donnerait lieu à des effets non coordonnés significatifs.

- 134 Par son deuxième grief, la Commission fait valoir que, au point 170 dudit arrêt, le Tribunal a dénaturé le point 39 de son mémoire en défense, ce qui a amené cette juridiction à créer sa propre définition de la notion d'« important moteur de la concurrence », qui diffère de celle établie au point 37 des lignes directrices sur les concentrations horizontales. Or, il ressortirait, notamment, dudit point 39 du mémoire en défense ainsi que du point 13 du mémoire en duplicata de la Commission que cette dernière n'aurait donné dans ceux-ci qu'un exemple, sans affirmer qu'un « important moteur de la concurrence » doit nécessairement se livrer à une concurrence particulièrement agressive et forcer ses concurrents à suivre ce comportement.
- 135 Cela étant, il ressortirait des points 170 et 216 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a repris cet exemple et l'a converti en une définition de la notion d'« important moteur de la concurrence ».
- 136 Par son troisième et dernier grief, la Commission reproche au Tribunal de lui avoir erronément imposé, aux points 170 et 216 de l'arrêt attaqué, des exigences excessives aux fins de la qualification d'une entreprise d'« important moteur de la concurrence », selon lesquelles l'entreprise concernée doit se distinguer de ses concurrents en termes d'impact sur la concurrence et, en particulier, se livrer à une concurrence particulièrement agressive en termes de prix et forcer les autres acteurs sur le marché à s'aligner sur ses prix.
- 137 S'agissant du premier grief de la Commission, CK Telecoms rétorque que, dans sa pratique antérieure et notamment dans les affaires mentionnées au point 164 de l'arrêt attaqué, la Commission a qualifié une ou deux des parties aux concentrations examinées d'« important(s) moteur(s) de la concurrence », ce constat ayant suffi pour considérer que la concentration concernée pourrait entraîner une entrave significative à une concurrence effective.
- 138 En ce qui concerne le deuxième grief de la Commission, CK Telecoms fait valoir que le point 39 du mémoire en défense de la Commission ne se limitait pas à donner un exemple d'un « important moteur de la concurrence ».
- 139 Quant au troisième et dernier grief de la Commission, CK Telecoms fait valoir que le Tribunal ne s'est pas écarté des lignes directrices sur les concentrations horizontales et a constaté à bon droit qu'un « important moteur de la concurrence » devait se démarquer de ses concurrents en termes d'impact sur la concurrence.
- 140 En effet, exiger qu'un « important moteur de la concurrence » se distingue de ses concurrents en termes d'impact sur la concurrence serait le minimum requis pour considérer que, dans un marché oligopolistique, une entreprise puisse relever de cette notion. Si tel n'était pas le cas, tout concurrent qui agit sur un marché oligopolistique pourrait être qualifié d'« important moteur de la concurrence » et la Commission serait en mesure de s'opposer à presque toutes les concentrations horizontales.
- 141 Ainsi, afin de qualifier une entreprise d'« important moteur de la concurrence » dans un marché oligopolistique, il faudrait démontrer qu'elle exerce des contraintes particulièrement fortes sur les autres concurrents.

– *Appréciation de la Cour*

- 142 En ce qui concerne le premier grief, tiré d'une dénaturation de la décision litigieuse, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante de la Cour, une dénaturation doit apparaître de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves (arrêt du 25 juillet 2018, *Orange Polska/Commission*, C-123/16 P, EU:C:2018:590, point 75).
- 143 En l'occurrence, le Tribunal a constaté, au point 171 de l'arrêt attaqué, qu'« [i]l ressort de la décision [litigieuse] que, s'agissant de l'élimination d'un "important moteur de la concurrence", la Commission est d'avis que la simple baisse de la pression concurrentielle qui résulterait, notamment, de la disparition d'une entreprise ayant un rôle plus important que ses parts de marché ne le laisseraient entendre suffirait, en elle-même, à prouver une entrave significative à une concurrence effective ».
- 144 Le Tribunal a fondé ce constat sur une lecture de l'ensemble des considérants de la décision litigieuse consacrés, notamment, à la nature de la notion d'« important moteur de la concurrence ».
- 145 Or, contrairement à ce que le Tribunal a constaté audit point 171, il ne ressort pas de la décision litigieuse que la Commission a considéré que l'élimination d'un « important moteur de la concurrence » suffirait en l'espèce, en elle-même, à prouver une entrave significative à une concurrence effective.
- 146 Au contraire, il ressort des principaux éléments figurant dans les sections intitulées « Appréciation concurrentielle » et « Critère de fond », et, plus particulièrement, des considérants 313 et 321 de la décision litigieuse, que les lignes directrices sur les concentrations horizontales énoncent plusieurs facteurs pertinents afin de déterminer si une concentration peut entraîner des effets non coordonnés.
- 147 Il est vrai que, dans ces deux considérants, la Commission a notamment précisé que tous ces facteurs ne doivent pas forcément être réunis pour que de tels effets soient probables. Toutefois, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocate générale au point 97 de ses conclusions, la Commission n'en a pas déduit que la présence d'un seul de ces facteurs suffit pour constater que la concentration examinée pourrait entraîner une entrave significative à une concurrence effective.
- 148 En effet, dans la note en bas de page 263 afférente au considérant 313 de la décision litigieuse, la Commission a fait une référence explicite au point 26 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, selon lequel la circonstance qu'une des parties à la concentration peut être qualifiée d'« important moteur de la concurrence » est l'un des facteurs mentionnés par ces lignes directrices comme pouvant être pris en compte afin de déterminer si cette concentration peut entraîner une entrave significative à une concurrence effective.
- 149 Par ailleurs, comme la Commission le relève, le Tribunal, au point 155 de l'arrêt attaqué, fait lui-même observer qu'il ressort de la décision litigieuse que la qualification de Three d'« important moteur de la concurrence » est un des facteurs utilisés par la Commission pour conclure que la concentration donnerait lieu à des effets non coordonnés.
- 150 Il s'ensuit que le Tribunal a dénaturé cette décision au point 171 de l'arrêt attaqué.

- 151 Il y a donc lieu d'accueillir le premier grief de la deuxième branche du troisième moyen.
- 152 En ce qui concerne le deuxième grief, tiré de ce que le Tribunal aurait dénaturé, au point 170 de l'arrêt attaqué, le point 39 du mémoire en défense de la Commission, ce qui aurait amené cette juridiction à ériger un exemple d'« important moteur de la concurrence » en une définition de cette notion, il suffit de constater que, à supposer même que, audit point 170, le Tribunal ait dénaturé le mémoire en défense de la Commission, une telle dénaturation ne saurait conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué, notamment parce que les observations écrites de la Commission présentées dans le cadre de la procédure devant le Tribunal et portant sur la notion d'« important moteur de la concurrence » ne sauraient être considérées comme étant décisives pour déterminer le contenu de cette notion.
- 153 Il s'ensuit que le deuxième grief de la deuxième branche du troisième moyen doit être rejeté comme étant inopérant.
- 154 En ce qui concerne le troisième et dernier grief, tiré de ce que le Tribunal aurait commis une erreur de droit parce qu'il a imposé des exigences excessives pour qualifier une entreprise d'« important moteur de la concurrence », il convient de rappeler que, aux points 170 et 216 de l'arrêt attaqué, cette juridiction a retenu une définition de la notion d'« important moteur de la concurrence » selon laquelle l'entreprise concernée doit se distinguer de ses concurrents en termes d'impact de sa politique de prix sur les dynamiques concurrentielles sur le marché concerné et, en particulier, doit se livrer à une concurrence particulièrement agressive en termes de prix et forcer les autres acteurs sur le marché à s'aligner sur ses prix.
- 155 Le Tribunal a précisé aux points 173 et 175 dudit arrêt que l'approche suivie par la Commission dans la décision litigieuse reviendrait en pratique à confondre la notion d'« entrave significative à une concurrence effective », visée à l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, la notion d'« élimination d'une forte contrainte concurrentielle », figurant au considérant 25 de ce règlement, ainsi que la notion d'élimination d'un « important moteur de la concurrence ». Une telle confusion aboutirait à une interprétation large de cet article 2, paragraphe 3, selon laquelle toute élimination d'un « important moteur de la concurrence » équivaldrait à l'élimination d'une forte contrainte concurrentielle qui, à son tour, justifierait de conclure à l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective.
- 156 En outre, au point 174 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré, en substance, que, s'il n'était pas requis qu'une entreprise se distingue de ses concurrents en termes d'impact sur la concurrence pour pouvoir être qualifiée d'« important moteur de la concurrence », toute entreprise sur un marché oligopolistique exerçant une pression concurrentielle pourrait relever de cette notion.
- 157 Dans ce contexte, le Tribunal a constaté, au point 216 de cet arrêt, que la Commission n'avait pas démontré à suffisance de droit que Three relève de ladite notion.
- 158 À cet égard, il convient, premièrement, de rappeler que, ainsi qu'il ressort des considérants 6, 24 et 25 du règlement n° 139/2004, celui-ci vise à instaurer un contrôle effectif de toutes les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective, dans le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci, y compris des concentrations donnant lieu à des effets non coordonnés.

- 159 Deuxièmement, ainsi que le confirme le point 24 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, l'effet le plus direct d'une opération de concentration sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration.
- 160 Troisièmement, selon une lecture combinée des points 26, 37 et 38 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, l'élimination d'un « important moteur de la concurrence » est, en principe, l'un des facteurs qui peuvent influencer sur la probabilité qu'une concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs et qui permettent ainsi d'apprécier, notamment, si cette concentration entraînerait l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre.
- 161 Dans ce contexte, il convient de considérer que les exigences requises pour qualifier une entreprise d'« important moteur de la concurrence », qui ont une incidence directe sur l'utilisation de cette qualification en tant que facteur pertinent pour conclure à l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective, ne devraient pas être de nature à exclure la possibilité, pour la Commission, de déclarer incompatible avec le marché intérieur des concentrations qui pourraient donner lieu à des effets non coordonnés significatifs et, en conséquence, nuire de manière significative à une concurrence effective. En effet, dans le cas contraire, la pleine efficacité de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004 et, en particulier, l'effet utile de ces dispositions pourraient être remis en cause.
- 162 À cet égard, le fait qu'une partie à une concentration dans un marché oligopolistique ne se démarque pas de ses concurrents en se montrant « particulièrement agressive » en termes de prix n'implique pas qu'une concentration à laquelle serait partie une telle entreprise ne pourrait modifier la dynamique de la concurrence de manière significative et préjudiciable. En effet, il est constant que le contrôle des concentrations vise précisément à examiner en quoi une concentration pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective, sans qu'il soit déterminant à cet égard qu'une entreprise relevant de ladite concentration soit une entreprise « particulièrement agressive » sur ce marché.
- 163 D'ailleurs, ainsi que le confirme, en substance, le point 38 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, il ne saurait être exclu que, sur un marché oligopolistique donné, plusieurs entreprises puissent être qualifiées d'« important moteur de la concurrence ».
- 164 Par ailleurs, il convient de rappeler que la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne sert pas de cadre juridique applicable en matière de contrôle des concentrations et n'a qu'un caractère indicatif (voir, par analogie, arrêt du 24 septembre 2009, Erste Group Bank e.a./Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, EU:C:2009:576, point 233 ainsi que jurisprudence citée). Ainsi, le fait que la Commission a, dans des décisions antérieures, qualifié d'« important moteur de la concurrence » certaines entreprises qui étaient uniques dans leur « agressivité » sur le marché concerné et avaient accru leur présence sur ce marché de manière plus rapide que tout autre concurrent n'implique pas que ce sont les seuls cas de figure susceptibles de donner lieu à une telle qualification.
- 165 Enfin, le prix ne constitue souvent pas le seul paramètre important pour apprécier les dynamiques concurrentielles, notamment, sur des marchés de produits différenciés dans lesquels la qualité et l'innovation pourraient jouer un rôle primordial pour le positionnement des produits concernés. Dès lors, serait nécessairement incomplète une approche exclusivement centrée sur les prix aux fins de la qualification d'une entreprise d'« important moteur de la concurrence ».

- 166 En conséquence, la notion d'« important moteur de la concurrence » ne saurait être exclusivement appliquée à des entreprises qui se livrent à une concurrence particulièrement agressive en matière de prix et qui forceraient leurs concurrents sur le marché à s'aligner sur leurs prix ou à des entreprises dont la politique de prix serait susceptible de modifier de manière significative les dynamiques concurrentielles sur le marché concerné.
- 167 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que, pour qualifier une entreprise d'« important moteur de la concurrence », il suffit, ainsi que cela est exposé au point 37 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, qu'elle joue un rôle plus important dans le jeu de la concurrence que ne le laisseraient supposer ses parts de marché ou tout autre indicateur similaire.
- 168 Ainsi, en l'espèce, en considérant, aux points 170 et 216 de l'arrêt attaqué, que, afin de qualifier Three d'« important moteur de la concurrence », la Commission doit démontrer que cette entreprise se livrait à une concurrence particulièrement agressive en termes de prix et qu'elle forçait les autres acteurs sur le marché à s'aligner sur ses prix ou que sa politique de prix était susceptible de modifier, d'une manière significative, les dynamiques concurrentielles sur le marché, le Tribunal a commis une erreur de droit.
- 169 Eu égard aux constatations effectuées aux points 151 et 168 du présent arrêt, la deuxième branche du troisième moyen doit être accueillie.

### *Sur la troisième branche*

#### *– Argumentation des parties*

- 170 Par la troisième branche de son troisième moyen, la Commission invoque deux griefs.
- 171 Par son premier grief, la Commission fait valoir que, en lui imposant, au point 242 de l'arrêt attaqué, de démontrer que les parties à la concentration sont non pas des « concurrents proches », mais des « concurrents particulièrement proches », le Tribunal a posé une exigence excessive en ce qui concerne l'évaluation de la proximité de la relation de concurrence entre lesdites parties.
- 172 Selon la Commission, le Tribunal a erronément présumé, au point 247 de l'arrêt attaqué, que sur un marché oligopolistique tel que celui des télécommunications mobiles au Royaume-Uni, comptant quatre opérateurs de réseau mobile, tous ces opérateurs seraient, par définition, des concurrents plus ou moins proches.
- 173 Or, à cet égard, la Commission souligne que chaque marché a une dynamique qui lui est propre. Ainsi, sur un marché oligopolistique caractérisé par une offre de produits différenciés, il serait possible que les produits offerts par deux entreprises de ce marché présentent un degré de substituabilité relativement faible ou soient dirigés presque exclusivement vers des segments de marché différents. Ces deux entreprises ne pourraient donc pas être considérées comme des concurrents proches. Dès lors, en cas de concentration entre elles, la Commission ne pourrait pas s'appuyer sur la proximité de la concurrence comme facteur pertinent pour conclure à l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective. En revanche, selon la Commission, si ces deux entreprises sont en concurrence étroite sur les mêmes segments de ce marché oligopolistique, montrant ainsi que « la rivalité entre [elles] a été une source de concurrence importante sur le marché », au sens du point 28 des lignes directrices sur les

concentrations horizontales, la Commission ne saurait être tenue de démontrer que les parties à la concentration sont les « concurrents les plus proches » ou des « concurrents particulièrement proches ».

- 174 Par son second grief, la Commission reproche au Tribunal d'avoir dénaturé la décision litigieuse en considérant, notamment au point 249 de l'arrêt attaqué, qu'elle s'était fondée sur la prémisse selon laquelle la proximité de la concurrence entre Three et O2 était suffisante pour considérer que la concentration projetée donnerait lieu à une entrave significative à une concurrence effective. En effet, ainsi que le Tribunal l'a relevé au point 227 de l'arrêt attaqué, la proximité de la concurrence entre Three et O2 ne serait qu'un des facteurs utilisés dans la décision litigieuse pour conclure que la concentration projetée donnerait lieu à des effets non coordonnés.
- 175 CK Telecoms rétorque que le premier grief de la Commission procède d'une lecture isolée et erronée de l'arrêt attaqué. En effet, le Tribunal aurait dûment tenu compte des lignes directrices sur les concentrations horizontales et du fait que la proximité de la concurrence entre Three et O2 est un facteur important en l'espèce.
- 176 Cela étant, ces lignes directrices ne détermineraient pas avec précision le degré de proximité nécessaire pour qualifier les entreprises concernées de « concurrents proches ».
- 177 En outre, la Commission n'aurait pas appliqué dans la décision litigieuse les critères établis dans lesdites lignes directrices afin d'examiner la proximité de la concurrence entre Three et O2.
- 178 Selon CK Telecoms, l'exigence d'une proximité « particulière » est conforme au critère général d'interdiction d'une entrave significative à une concurrence effective. Seul un degré particulier de proximité de la concurrence pourrait constituer la preuve d'une telle entrave.
- 179 Pour ce qui est du second grief, CK Telecoms estime que le Tribunal n'a pas dénaturé la décision litigieuse au point 249 de l'arrêt attaqué.

– *Appréciation de la Cour*

- 180 En ce qui concerne le premier grief, tiré de ce que le Tribunal a erronément exigé de la Commission, notamment, au point 242 de l'arrêt attaqué, de démontrer que, en l'espèce, les parties à la concentration sont des « concurrents particulièrement proches », il y a lieu de relever que l'appréciation du Tribunal portant sur le degré de proximité de la concurrence entre les parties à la concentration fait partie de l'examen de la première théorie du préjudice, avancée par la Commission dans la décision litigieuse, relative aux effets non coordonnés sur le marché de détail.
- 181 Au point 128 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a fait observer que, dans le cadre de cette théorie, la Commission s'est fondée sur la forte contrainte concurrentielle exercée par Three et O2, sur la proximité de concurrence entre ces deux entreprises, sur leurs parts de marché et sur les incitations pour l'entité issue de la concentration projetée à augmenter les prix ainsi que sur la capacité de concurrence de ses concurrents, pour conclure, au considérant 1226 de la décision litigieuse, que la concentration projetée était « susceptible de produire des effets anticoncurrentiels non coordonnés sur le marché de détail ».

- 182 Dans ce contexte, le Tribunal a, premièrement, constaté, au point 234 de l'arrêt attaqué, que la notion de « concurrent proche » figure non pas dans le règlement n° 139/2004, mais seulement dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales.
- 183 Deuxièmement, aux points 235 et 241 de cet arrêt, le Tribunal a, en substance, considéré que l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, lu à la lumière du considérant 25 de ce règlement, requiert l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ce qui constitue l'effet unilatéral le plus direct d'une concentration sur un marché oligopolistique.
- 184 Troisièmement, aux points 242, 247 et 249 dudit arrêt, le Tribunal a, en substance, considéré que la Commission devait démontrer, s'agissant d'un marché oligopolistique sur lequel tous les opérateurs sont, par définition, plus ou moins proches, non pas que ces parties sont des concurrents proches, mais des concurrents « particulièrement proches ».
- 185 Enfin, aux points 249 et 250 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a accueilli l'argumentation de CK Telecoms relative à la faible force probante de l'analyse de la proximité de la concurrence entre Three et O2. Le Tribunal a motivé cette position par le fait que Three et O2 n'étaient que des concurrents relativement proches sur une partie des segments d'un marché concentré comptant quatre opérateurs de réseau mobile. Or, selon cette juridiction, ce seul élément ne saurait suffire à prouver, en l'espèce, l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration projetée exerçaient l'une sur l'autre et pour établir une entrave significative à une concurrence effective, à moins d'interdire, par principe, toute concentration résultant en un passage de quatre opérateurs à trois.
- 186 À cet égard, ainsi qu'il a été rappelé au point 159 du présent arrêt, l'effet le plus direct d'une opération de concentration sur un marché oligopolistique sera l'élimination de la concurrence entre les parties à la concentration.
- 187 Or, ainsi que le confirment les points 26 et 28 à 30 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, si la proximité de la concurrence entre les parties à une concentration est un indice important pour apprécier l'éventuelle élimination des fortes contraintes concurrentielles exercées entre ces parties, cette proximité n'est qu'un des facteurs permettant d'apprécier la probabilité qu'une opération de concentration entraînerait des effets non coordonnés significatifs.
- 188 À cet égard, c'est à juste titre que la Commission a indiqué, au point 28 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, que, sur un même marché en cause, les produits peuvent être différenciés de telle sorte que certains produits sont des substituts plus proches que d'autres et, que plus le degré de substituabilité entre les produits des parties à une opération de concentration est élevé, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix après la concentration. Dès lors, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé au point 121 de ses conclusions, un degré de proximité de la concurrence plus élevé entre les parties à une opération de concentration peut constituer un indice qu'il est plus probable qu'improbable que celle-ci entravera de manière significative une concurrence effective dans le marché intérieur ou une partie significative de celui-ci, tandis qu'un degré moindre de proximité de la concurrence entre ces parties peut constituer un indice en sens contraire.
- 189 Dans ce contexte, exiger, aux fins de l'appréciation de la proximité de la concurrence entre les parties à une concentration, que celles-ci soient des concurrents « particulièrement proches » implique l'existence d'un très haut niveau de substituabilité entre les produits desdites parties sur

un marché de produits différenciés. Or, un tel niveau de substituabilité n'est pas nécessairement requis. En effet, même lorsque la substituabilité entre les produits des parties à la concentration n'est pas particulièrement élevée, un niveau moindre de substituabilité peut également exister entre les produits de ces parties et ceux des entreprises non parties à l'opération de concentration, ce qui est susceptible d'inciter les parties à ladite opération à augmenter les prix de leurs produits.

- 190 En outre, ainsi que l'énonce, en substance, le point 28 des lignes directrices sur les concentrations horizontales, l'existence, avant la concentration, de marges élevées peut aussi rendre plus probables des augmentations de prix significatives après la concentration. Or, ces marges peuvent également indiquer que les parties à la concentration concernée ne sont pas les concurrents les plus proches ni des concurrents particulièrement proches.
- 191 Dès lors, il ne saurait être conclu que seule une concentration entre des concurrents qui sont particulièrement proches pourrait entraver de manière significative une concurrence effective sur le marché concerné.
- 192 Partant, en imposant à la Commission, notamment aux points 242 et 247 de l'arrêt attaqué, de démontrer que les parties à la concentration sont non pas des concurrents proches, mais des concurrents « particulièrement proches », le Tribunal a commis une erreur de droit.
- 193 Il s'ensuit que le premier grief de la troisième branche du troisième moyen doit être accueilli.
- 194 En ce qui concerne le second grief, la Commission, par celui-ci, reproche au Tribunal d'avoir dénaturé la décision litigieuse en considérant, notamment au point 249 de l'arrêt attaqué, que, dans cette décision, elle s'était fondée sur la prémisse selon laquelle la proximité de la concurrence entre Three et O2 sur le marché oligopolistique en cause était suffisante, à elle seule, pour considérer que la concentration donnerait lieu à une entrave significative à une concurrence effective.
- 195 À cet égard, il convient de relever que, audit point 249, le Tribunal a jugé que « [s]'il peut, certes, être établi que Three et O2 sont des concurrents relativement proches sur une partie des segments d'un marché concentré comptant quatre opérateurs de réseau mobile, ce seul élément ne saurait suffire à prouver, dans le cas d'espèce, l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre et ne saurait suffire pour établir une entrave significative à une concurrence effective, à moins d'interdire, par principe, toute concentration résultant en un passage de quatre opérateurs à trois ».
- 196 Ainsi que le soutient la Commission, la décision litigieuse ne contient aucun élément affirmant que la proximité de la concurrence entre Three et O2 était suffisante, à elle seule, pour considérer que la concentration projetée était susceptible de donner lieu à une entrave significative à une concurrence effective. Au contraire, ainsi qu'il a été rappelé au point 146 du présent arrêt, la Commission a relevé, aux considérants 313 et 321 de la décision litigieuse, que les lignes directrices sur les concentrations horizontales énoncent plusieurs facteurs, parmi lesquels figurent celui de la proximité de la concurrence, pertinents afin de savoir si une concentration peut entraîner des effets non coordonnés.
- 197 Il y a donc lieu d'accueillir le second grief et, en conséquence, la troisième branche du troisième moyen dans son ensemble.

198 Il convient donc d'accueillir le troisième moyen pris en ses deuxième et troisième branches, sans qu'il soit besoin d'examiner la quatrième branche de celui-ci, présentée à titre subsidiaire.

### *Sur le quatrième moyen*

199 Le quatrième moyen comporte deux branches. La première branche est tirée, d'une part, d'une dénaturation de l'argumentation de la Commission concernant son analyse quantitative des effets de la concentration projetée sur les prix et, d'autre part, de ce que le Tribunal aurait erronément considéré que, en l'espèce, la hausse des prix n'aurait pas été significative. La seconde branche est tirée de ce que le Tribunal aurait imposé à tort à la Commission d'inclure, dans son analyse, des gains d'efficacité dits « standards ».

### *Sur la première branche*

#### *– Argumentation des parties*

200 Par la première branche de son quatrième moyen, la Commission invoque deux griefs.

201 Par son premier grief, la Commission reproche au Tribunal d'avoir dénaturé ses mémoires en considérant, au point 273 de l'arrêt attaqué, qu'il était constant que la hausse des prix pouvant résulter de la concentration projetée serait de [confidentiel]<sup>1</sup> %, alors qu'il ressortirait tant du point 157 du mémoire en défense que du point 61 du mémoire en duplique que cette institution a contesté ce chiffre devant le Tribunal. En effet, il ressortirait clairement de ces points que la Commission contestait les chiffres avancés par CK Telecoms et soutenait, devant le Tribunal, que cette hausse des prix était de [confidentiel] %.

202 Par son second grief, la Commission reproche au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit, au point 273 de l'arrêt attaqué, en laissant entendre que la hausse des prix pouvant résulter de la concentration projetée n'était pas significative parce qu'elle était inférieure à celles qui avaient été escomptées dans certaines décisions antérieures autorisant, sous conditions, des concentrations.

203 À cet égard, la Commission fait valoir que le Tribunal n'aurait pas dû comparer la concentration projetée à celles ayant donné lieu, d'une part, à la décision C(2014) 3561 final de la Commission, du 28 mai 2014, déclarant une concentration compatible avec le marché intérieur et l'accord EEE (affaire M.6992 – Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland), publiée sous forme de résumé au *Journal officiel de l'Union européenne* du 13 août 2014 (JO 2014, C 264, p. 6, ci-après l'« affaire irlandaise ») et, d'autre part, à la décision C(2014) 4443 de la Commission, du 2 juillet 2014, déclarant une concentration compatible avec le marché intérieur et avec le fonctionnement de l'accord EEE (affaire M.7018 – Telefónica Deutschland/E-Plus), publiée sous forme de résumé au *Journal officiel de l'Union européenne* du 13 mars 2015 (JO 2015, C 86, p. 10, ci-après l'« affaire allemande »). La comparaison à laquelle se serait livré le Tribunal serait fondée sur une lecture manifestement erronée des décisions de la Commission dans ces deux affaires. En effet, à la différence de la présente affaire, la Commission aurait autorisé les concentrations concernées par l'affaire irlandaise et par l'affaire allemande, car les parties dans celles-ci avaient proposé des mesures correctives considérées comme étant suffisantes pour éliminer une entrave significative à une concurrence effective.

<sup>1</sup> Données confidentielles occultées.

- 204 CK Telecoms rétorque, en premier lieu, que, par sa première branche du quatrième moyen, la Commission critique des éléments de fait et que, en conséquence, ladite branche est irrecevable.
- 205 En deuxième lieu, CK Telecoms soutient que la première branche du quatrième moyen est inopérante. Aux points 264 à 281 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait effectué une appréciation qui l'a amené à considérer, au point 282 de cet arrêt, que l'analyse quantitative effectuée dans le cas d'espèce manque de force probante, la Commission n'ayant pas démontré que les prix subiraient une hausse significative à la suite de l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre. CK Telecoms précise que, au point 268 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait rejeté la valeur probante de l'analyse quantitative de la Commission, ce que la Commission ne contesterait pas.
- 206 En troisième et dernier lieu, CK Telecoms fait valoir que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit dans son appréciation de l'analyse quantitative de la Commission. Il aurait à cet égard justifié la nécessité de définir un seuil au-delà duquel le résultat de cette analyse pourrait indiquer qu'une opération de concentration est susceptible d'entraîner des augmentations de prix significatives.

– *Appréciation de la Cour*

- 207 Par son premier grief, la Commission critique non pas des éléments de fait, mais invoque la dénaturation du contenu de ses mémoires en première instance. Dès lors, ce grief ne saurait être rejeté comme étant irrecevable [voir, en ce sens, arrêt du 29 novembre 2018, Alcohol Countermeasure Systems (International)/EUIPO, C-340/17 P, EU:C:2018:965, point 39].
- 208 S'agissant de la recevabilité du second grief, il suffit de constater que, par celui-ci, la Commission soulève une question de droit dans la mesure où elle reproche au Tribunal d'avoir comparé, à tort, la hausse des prix pouvant résulter de l'opération de concentration projetée, à celles identifiées dans les affaires irlandaise et allemande dans lesquelles la Commission a autorisé les opérations de concentration en cause sous réserve du respect de certaines conditions. Ledit grief est donc recevable.
- 209 S'agissant du caractère opérant de la première branche du quatrième moyen, le Tribunal a certes considéré, au point 268 de l'arrêt attaqué, que l'analyse quantitative n'est pas un élément de preuve déterminant pour démontrer l'existence éventuelle d'une entrave significative à une concurrence effective. Toutefois, il n'a pas jugé que cette analyse était, en principe, dépourvue de force probante. En effet, le Tribunal a constaté que cette analyse n'était pas suffisante pour démontrer une entrave significative à une concurrence effective.
- 210 Or, pour arriver au constat figurant au point 282 de l'arrêt attaqué, selon lequel la Commission n'a pas démontré que les prix subiraient une hausse significative à la suite de la concentration projetée, le Tribunal a, en premier lieu, relevé au point 273 de cet arrêt, que, dans la présente affaire, la hausse des prix pouvant résulter de cette concentration serait de [confidentiel] % et que ce chiffre n'avait pas été contesté par la Commission. En second lieu, afin de vérifier si cette hausse peut être qualifiée de significative, le Tribunal l'a comparée aux hausses des prix escomptées dans les affaires irlandaise et allemande, qui étaient de 6,6 % et de 9,5 %, respectivement. Or, le Tribunal a constaté que, dans ces affaires, la Commission a autorisé les concentrations concernées sous réserve du respect de certaines conditions.

- 211 Dès lors, il y a lieu de considérer que la Commission peut utilement reprocher au Tribunal, d'une part, d'avoir dénaturé son argumentation relative à la valeur exacte de la hausse des prix pouvant résulter de la concentration projetée et, d'autre part, d'avoir erronément comparé le cas d'espèce à des décisions antérieures de la Commission dans d'autres affaires de concentration. En effet, ces reproches ne sauraient être rejetés comme étant inopérants, puisque, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 141 de ses conclusions, chacun de ces arguments pourrait affecter le constat du Tribunal figurant au point 282 de l'arrêt attaqué. Il convient donc d'écarter l'argumentation de CK Telecoms selon laquelle la première branche du quatrième moyen est inopérante et d'examiner le bien-fondé de cette branche.
- 212 À cet égard, en ce qui concerne le premier grief de cette branche, tiré de ce que, au point 273 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait dénaturé les arguments de la Commission figurant au point 157 de son mémoire en défense et au point 61 de son mémoire en duplique, il convient de rappeler que, lorsqu'il allègue une dénaturation de ses propres arguments, un requérant doit, en application de l'article 256 TFUE, de l'article 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 168, paragraphe 1, sous d), du règlement de procédure de la Cour, indiquer de façon précise les éléments qui auraient été dénaturés par celui-ci et démontrer les erreurs d'analyse qui, dans son appréciation, auraient conduit le Tribunal à cette dénaturation (voir, en ce sens, arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, Knauf Gips/Commission, C-407/08 P, EU:C:2010:389, point 31 et jurisprudence citée).
- 213 En l'occurrence, il ressort du point 273 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a constaté que, « dans la présente affaire, la hausse des prix prévue serait, selon [CK Telecoms], non contredite sur ce point par la Commission, de [confidentiel] %, alors qu'une hausse des prix prévue de 6,6 % dans l'affaire irlandaise et de 9,5 % dans l'affaire allemande n'a pas empêché à la Commission d'autoriser ces opérations sous réserve du respect de certaines conditions ».
- 214 Or, il ressort clairement du point 157 du mémoire en défense de la Commission que celle-ci avait effectivement contesté en première instance le chiffre proposé par CK Telecoms et avait avancé que, en l'espèce, l'augmentation de prix pouvant résulter de la concentration projetée était de [confidentiel] %. Ce constat est également corroboré par les points 159 et 160 de ce mémoire ainsi que par le point 61 du mémoire en duplique de la Commission.
- 215 Il ressort donc des pièces du dossier que le Tribunal a, au point 273 de l'arrêt attaqué, dénaturé les écritures de la Commission en première instance.
- 216 Le premier grief de la première branche du quatrième moyen du pourvoi doit donc être accueilli.
- 217 En ce qui concerne le second grief de la première branche du quatrième moyen du pourvoi, tiré de ce que le Tribunal aurait erronément comparé la présente affaire aux affaires irlandaise et allemande et, en conséquence, considéré, à tort, au point 273 de l'arrêt attaqué, que la hausse des prix pouvant résulter de la concentration projetée, de [confidentiel] %, n'était pas significative parce qu'elle était inférieure à celles escomptées dans les affaires irlandaise et allemande, il convient, d'une part, de relever que cette appréciation du Tribunal repose, ainsi qu'il ressort du point 215 du présent arrêt, sur la dénaturation par le Tribunal du mémoire en défense de la Commission relative à la valeur exacte de cette hausse des prix.

- 218 D'autre part, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé au point 147 de ses conclusions, les affaires irlandaise et allemande n'étaient pas comparables à la présente affaire sur un point essentiel, dès lors que, à la différence de cette dernière, les parties aux concentrations en cause dans ces premières affaires avaient offert des engagements qui ont été considérés comme étant suffisants pour écarter les préoccupations concurrentielles de la Commission.
- 219 En tout état de cause, ainsi qu'il a été relevé au point 164 du présent arrêt, la pratique décisionnelle antérieure de la Commission ne sert pas de cadre juridique applicable en matière de contrôle des concentrations et n'a qu'un caractère indicatif.
- 220 Le Tribunal a donc commis une erreur de droit, lorsque, au point 273 de l'arrêt attaqué, il a considéré que la hausse des prix de [confidentiel] % pouvant résulter de la concentration n'était pas significative parce qu'elle était inférieure à celles escomptées dans les affaires irlandaise et allemande.
- 221 Il s'ensuit que le second grief de la première branche du quatrième moyen du pourvoi doit être accueilli.
- 222 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu d'accueillir la première branche du quatrième moyen dans son ensemble.

### *Sur la seconde branche*

#### *– Argumentation des parties*

- 223 Par la seconde branche du quatrième moyen, la Commission fait valoir que le Tribunal a considéré à tort, aux points 277 à 279 de l'arrêt attaqué, qu'elle aurait dû inclure dans son analyse quantitative les gains d'efficacité « standards » qui seraient « propres à chaque concentration ».
- 224 La Commission souligne que, selon le considérant 29 du règlement n° 139/2004, il incombe aux entreprises concernées de fournir une description de chacun des gains d'efficacité allégués, ainsi que des pièces justificatives y relatives.
- 225 Contrairement à ce que le Tribunal aurait constaté au point 277 de l'arrêt attaqué, le législateur de l'Union n'aurait pas établi une présomption selon laquelle toute concentration donnerait nécessairement lieu à des gains d'efficacité qui devraient systématiquement être pris en considération dans le cadre de l'analyse quantitative effectuée par la Commission. En effet, il découlerait, en substance, des points 77 à 87 des lignes directrices sur les concentrations horizontales que les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiables.
- 226 En outre, la Commission estime que le règlement n° 139/2004 n'opère pas de distinction entre différents types de gains d'efficacité.
- 227 En tout état de cause, la Commission fait valoir que dans son analyse quantitative, elle a tenu compte des gains d'efficacité qui pouvaient relever de la notion de « gains d'efficacité standards », retenue par le Tribunal au point 277 de l'arrêt attaqué, et les a exclus, au motif qu'ils n'étaient pas susceptibles d'affecter les incitations sur l'entité issue de la concentration projetée à augmenter les prix.

- 228 CK Telecoms rétorque, en premier lieu, que l'argumentation de la Commission est inopérante, la conclusion du Tribunal selon laquelle l'analyse quantitative, dans la décision litigieuse, était erronée ne reposant pas exclusivement sur le constat que la Commission n'avait pas dûment tenu compte des gains d'efficacité générés par la concentration projetée.
- 229 En second lieu, CK Telecoms fait valoir, tout d'abord, que l'argumentation de la Commission procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué. En effet, le Tribunal aurait estimé, en substance, que la valeur probante d'une analyse quantitative est réduite si celle-ci ne prend pas en compte également les facteurs compensatoires, y compris les gains d'efficacité. Le Tribunal aurait conclu que la valeur probante de l'analyse quantitative serait accrue si la Commission supposait un certain niveau de gains d'efficacité susceptibles de résulter de la concentration projetée.
- 230 Ensuite, selon CK Telecoms, l'appréciation du Tribunal répond à la nature de l'analyse quantitative, qui a été conçue dans le but de mesurer tant les effets restrictifs que les effets pro-concurrentiels des concentrations. Il faudrait donc prendre en compte les gains d'efficacité prouvés ou supposés.
- 231 En outre, le règlement n° 139/2004 prendrait en compte le fait que les concentrations entraînent généralement des effets pro-concurrentiels ainsi que des effets anticoncurrentiels. Le constat du Tribunal selon lequel les conclusions de l'analyse quantitative de la Commission ont une valeur probante limitée parce que cette analyse ne prend pas en compte les gains d'efficacité « standards », serait donc conforme aux principes qui sous-tendent ce règlement.
- 232 Enfin, CK Telecoms soutient que, étant donné que les lignes directrices sur les concentrations horizontales ne prescrivent pas la manière dont l'analyse quantitative de la Commission doit être effectuée, il ne saurait être considéré que les constats du Tribunal sur la valeur probante de cette analyse sont en contradiction avec ces lignes directrices.

– *Appréciation de la Cour*

- 233 En ce qui concerne le caractère opérant de la seconde branche du quatrième moyen, il ressort, en substance, du point 279 de l'arrêt attaqué que, selon le Tribunal, les gains d'efficacité « standards » sont « propres à chaque concentration » et constituent « une composante d'un modèle quantitatif qui vise à établir si une concentration est susceptible de produire [des] effets restrictifs ».
- 234 Ainsi, compte tenu de l'importance que le Tribunal a accordée à cette catégorie de gains d'efficacité aux fins de l'analyse quantitative, il y a lieu de considérer que la Commission peut utilement reprocher au Tribunal de lui avoir imposé, aux points 277 à 279 de l'arrêt attaqué, d'inclure dans cette analyse les gains d'efficacité « standards » qui, selon le Tribunal, sont propres à chaque concentration.
- 235 L'argumentation de CK Telecoms selon laquelle la seconde branche du quatrième moyen est inopérante doit donc être écartée.
- 236 Quant au bien-fondé de cette branche, il y a lieu de rappeler que, au point 277 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que toute concentration entraîne des gains d'efficacité dont l'ampleur dépend également de la pression concurrentielle externe. Selon le Tribunal, ces gains découlent, notamment, de la rationalisation et de l'intégration des processus de production et de distribution par l'entité issue de la concentration, ce qui pourrait amener cette entité à baisser ses prix.

- 237 Aux points 278 et 279 de cet arrêt, le Tribunal a différencié deux types de gains d'efficacité, à savoir, d'une part, ceux mentionnés dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales dont l'existence doit être démontrée par la partie notifiante et qui doivent être pris en considération dans l'appréciation concurrentielle globale de la concentration, afin de vérifier s'ils sont susceptibles de contrebalancer les effets restrictifs de la concentration et, d'autre part, ceux, mentionnés au point 277 de cet arrêt, qui sont propres à chaque concentration et qui sont « une composante d'un modèle quantitatif qui vise à établir si une concentration est susceptible de produire de tels effets restrictifs ». Ainsi qu'il ressort du point 278 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré, en substance, que la Commission est tenue, dans le cadre de son analyse quantitative, de prendre en compte d'office cette dernière catégorie de gains d'efficacité « standards ».
- 238 Or, il ressort du considérant 29 du règlement n° 139/2004 que pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché intérieur, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées.
- 239 Il ressort également de la section 9 de l'annexe I du règlement n° 802/2004 qu'il incombe à l'entreprise concernée de fournir une description de chacun des gains d'efficacité allégués, ainsi que des pièces justificatives.
- 240 Les critères relatifs à la prise en compte des gains d'efficacité sont visés aux points 76 à 88 des lignes directrices sur les concentrations horizontales.
- 241 Ainsi, il y a lieu de constater, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 153 de ses conclusions, que ni le règlement n° 139/2004, ni le règlement n° 802/2004, ni les lignes directrices sur les concentrations horizontales ne visent une catégorie de gains d'efficacité « standards », telle que celle mentionnée aux points 277 à 279 de l'arrêt attaqué, ou n'établissent une présomption selon laquelle toute concentration entraîne de tels gains d'efficacité.
- 242 Certes, certaines opérations de concentration peuvent entraîner des gains d'efficacité qui leur sont propres. Toutefois, cette possibilité n'implique aucunement que toutes les concentrations entraînent de tels gains d'efficacité. En tout état de cause, il incombe aux parties notifiantes de les démontrer afin que la Commission puisse les prendre en compte lors de son contrôle.
- 243 Par ailleurs, reconnaître que toute concentration entraîne des gains d'efficacité « standards » reviendrait à créer une présomption, et par conséquent un renversement de la charge de la preuve, pour une catégorie particulière de gains d'efficacité, alors que, ainsi qu'il ressort des points 238 et 239 du présent arrêt, cette charge pèse sur les entreprises.
- 244 Un tel renversement de la charge de la preuve serait susceptible de réduire l'effectivité du contrôle des concentrations et, en conséquence, de remettre en cause l'effet utile de l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement n° 139/2004. En effet, l'objectif de contrôle effectif des concentrations poursuivi par ce règlement, tel que rappelé au point 106 du présent arrêt, en particulier celui d'éviter, d'une part, d'interdire des concentrations qui ne présenteraient pas de risques d'effets anticoncurrentiels et, d'autre part, d'autoriser des concentrations qui nuiraient à une concurrence effective, est garanti, notamment, par la répartition de la charge de la preuve en matière de contrôle de concentrations établie par le législateur de l'Union.
- 245 Le renversement de la charge de la preuve qu'impliquerait la reconnaissance d'une présomption selon laquelle toute concentration entraîne de tels gains d'efficacité nuirait à cet équilibre.

- 246 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant, aux points 277 à 279 de l'arrêt attaqué, que la Commission aurait dû inclure dans son analyse quantitative les gains d'efficacité « standards » propres à toutes les concentrations.
- 247 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu d'accueillir également la seconde branche du quatrième moyen et, en conséquence, le quatrième moyen dans son ensemble.

### *Sur le cinquième moyen*

#### *Argumentation des parties*

- 248 Par son cinquième moyen, la Commission reproche au Tribunal de ne pas avoir analysé si l'ensemble des facteurs pertinents permettaient de considérer qu'elle avait réussi, en l'espèce, à établir que la concentration projetée aboutirait à une entrave significative à une concurrence effective. Le Tribunal aurait erronément limité son examen à certains facteurs étayant la première théorie du préjudice et au point de savoir si, pris séparément, ces facteurs étaient suffisants pour établir une telle entrave. Ce faisant, le Tribunal aurait dénaturé la décision litigieuse, substitué son appréciation économique à celle de la Commission, appliqué erronément les critères juridiques pertinents et violé son obligation de motivation.
- 249 La Commission fait valoir, plus précisément, que le Tribunal n'a examiné que quatre des facteurs qui étayaient la première théorie du préjudice avancée dans la décision litigieuse. Plus particulièrement, le Tribunal aurait examiné la taille et l'évolution des parts de marché, la qualification de Three d'« important moteur de concurrence », la proximité de la concurrence entre Three et O2 et l'analyse quantitative des effets de la concentration.
- 250 En limitant ainsi son examen et en annulant sur ce seul fondement la décision litigieuse, le Tribunal n'aurait pas apprécié si ces quatre facteurs, combinés aux autres facteurs et constatations figurant dans la décision litigieuse, permettaient de conclure que la concentration projetée donnerait lieu à une entrave significative à une concurrence effective.
- 251 Aux points 149, 171 à 173, 249 et 268 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait examiné ces quatre facteurs séparément pour déterminer si chacun d'eux suffirait, à lui seul, pour établir une telle entrave. Or, la Commission n'aurait nullement considéré dans la décision litigieuse que chacun de ces facteurs, pris séparément, suffisait à établir une entrave significative à une concurrence effective.
- 252 Il ressortirait d'ailleurs du point 26 des lignes directrices sur les concentrations horizontales que, pris séparément, les facteurs visés aux points 27 à 38 de ces lignes directrices ne sont pas nécessairement déterminants.
- 253 CK Telecoms fait valoir, tout d'abord, qu'il incombe non pas au Tribunal, mais à la Commission de procéder à une évaluation globale de tous les facteurs pertinents qui peuvent influencer sur la probabilité que l'opération de concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs. Ainsi, le cinquième moyen serait irrecevable et inopérant, notamment, parce que, par ce moyen, la Commission demande, en substance, de considérer que le Tribunal doit combler les lacunes de la décision litigieuse et réexaminer la concentration projetée, ce qui ne serait pas compatible avec la portée de son contrôle juridictionnel.

- 254 Ensuite, CK Telecoms fait valoir que le Tribunal a examiné tous les facteurs pertinents relatifs à la première théorie du préjudice énoncée dans la décision litigieuse. À cet égard, elle souligne que, au point 139 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté, à juste titre, que, lors de l'audience de plaidoiries, la Commission a précisé que cette première théorie reposait essentiellement sur trois facteurs, à savoir le fait que Three constitue un « important moteur de la concurrence », la proximité de la concurrence entre Three et O2 et l'analyse quantitative des effets de la concentration projetée sur les prix. Selon CK Telecoms, il était donc légitime et logique que le Tribunal concentre son examen sur ces éléments.
- 255 Enfin, le Tribunal n'aurait pas estimé que chacun des facteurs relatifs à la première théorie du préjudice de la Commission, pris séparément, devait suffire pour établir une entrave significative à une concurrence effective. En effet, il aurait considéré que la Commission n'a pas démontré que ces facteurs sont suffisants pour considérer que la concentration projetée entraînerait une telle entrave.

### *Appréciation de la Cour*

- 256 S'agissant de l'argumentation de CK Telecoms selon laquelle le cinquième moyen est irrecevable et inopérant, il y a lieu de constater que, par ce moyen, la Commission soulève une question de droit dont la réponse est susceptible d'avoir une incidence sur le bien-fondé du constat du Tribunal selon lequel cette institution n'a pas réussi à établir, à suffisance de droit, l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective. En effet, par ledit moyen, la Commission reproche, en substance, au Tribunal d'avoir annulé la décision litigieuse sans avoir procédé à une analyse globale ou à une pondération de l'ensemble des facteurs pertinents pris en compte dans la décision litigieuse, mais de s'être borné à examiner certains facteurs étayant, notamment, la première théorie du préjudice et leur caractère suffisant aux fins de cette analyse.
- 257 Il convient en conséquence d'examiner le bien-fondé de ce cinquième moyen.
- 258 À cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il ressort de l'article 2, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 139/2004, dans le cadre de son contrôle d'une concentration, la Commission doit tenir compte de la position sur le marché des parties à cette concentration ainsi que de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.
- 259 Il y a lieu de rappeler également que les points 26 à 38 des lignes directrices sur les concentrations horizontales énoncent des facteurs pouvant effectivement influencer sur la probabilité qu'une opération de concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs.
- 260 Le point 26 de ces lignes directrices indique à cet égard, à juste titre, que ces facteurs, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants. En outre, tous ces facteurs ne doivent pas forcément être réunis pour que des effets non coordonnés significatifs soient probables.
- 261 Dans ce contexte, il convient de considérer que lesdits facteurs peuvent, en principe, constituer des indices qu'une opération de concentration entraînerait des effets non coordonnés significatifs, qui doivent faire l'objet d'une appréciation globale.

- 262 Ainsi, afin de pouvoir effectuer un contrôle juridictionnel effectif des décisions de la Commission déclarant une concentration incompatible avec le marché intérieur, il incombe au juge de l'Union, après avoir examiné le bien-fondé des griefs dirigés contre l'évaluation par la Commission des facteurs pertinents et au vu du résultat qui en découle, d'évaluer si tous les facteurs et éléments pertinents sur lesquels la Commission s'est appuyée et qui peuvent être considérés comme établis, y compris ceux qui n'ont pas été contestés, suffisent à démontrer l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective. Cette appréciation globale n'implique pas que le juge de l'Union soit tenu de procéder à un examen d'office du bien-fondé de l'appréciation de facteurs ou autres éléments qui n'ont pas été remis en cause par les parties à la procédure.
- 263 En l'espèce, en ce qui concerne la première théorie du préjudice avancée par la Commission, les points 128 à 136 de l'arrêt attaqué comportent un résumé de la décision litigieuse.
- 264 Aux points 141 à 283 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné les arguments de CK Telecoms soulevés dans le cadre du premier moyen du recours en première instance et portant, en substance, sur les facteurs pouvant influencer sur la probabilité que la concentration projetée entraînerait des effets non coordonnés significatifs, à savoir l'analyse des parts de marché, la qualification de Three d'« important moteur de la concurrence », l'évaluation de la proximité de la relation de concurrence entre les parties à la concentration projetée ainsi que l'analyse quantitative des effets de cette concentration sur les prix.
- 265 Au point 154 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté la quatrième branche du premier moyen du recours en première instance. Ainsi qu'il ressort, en substance, du point 152 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que, contrairement à ce qu'avancait la requérante en première instance, la Commission a estimé, dans la décision litigieuse, que la taille et l'évolution des parts de marché de Three et de O2 étaient une première indication de la forte contrainte concurrentielle exercée par celles-ci, qui serait éliminée par la concentration projetée.
- 266 En revanche, aux points 176, 190, 198, 216, 226, 250 et 283 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a accueilli certains griefs et branches du premier moyen portant sur la qualification de Three d'« important moteur de la concurrence », sur l'évaluation de la proximité de la relation de concurrence entre Three et O2 et sur l'analyse quantitative des effets de la concentration projetée sur les prix.
- 267 Enfin, aux points 284 à 291 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné et accueilli la septième branche du premier moyen du recours en première instance selon laquelle la Commission, d'une part, n'aurait pas procédé à une évaluation globale de l'existence d'effets non coordonnés et, d'autre part, n'aurait pas précisé sur quelle base elle a conclu que les prétendues entraves à la concurrence résultant de la concentration projetée seraient significatives.
- 268 Or, s'agissant du point de savoir si la Commission a procédé, en l'espèce, à une évaluation globale de l'existence d'effets non coordonnés, le Tribunal a constaté, au point 287 de l'arrêt attaqué, que, dans la décision litigieuse, la Commission a effectué une telle appréciation. Le Tribunal a précisé que, afin de démontrer l'existence d'effets non coordonnés sur le marché de détail, cette institution a examiné successivement différents facteurs pertinents.
- 269 Cela étant, le Tribunal n'a pas examiné, lui-même, si, au vu, d'une part, du résultat de son examen de l'argumentation de CK Telecoms en première instance portant sur certains des facteurs pertinents et, d'autre part, des autres facteurs et constatations pertinents qui ont fait partie de l'analyse globale de la Commission, lesquels, n'ayant pas été contestés pouvaient donc être considérés comme étant établis, tels que, par exemple, l'appréciation spécifique de la contrainte

concurrentielle exercée par O2, le comportement probable de l'entité issue de la concentration projetée ainsi que l'appréciation de la position concurrentielle tant des opérateurs de réseau mobile que des opérateurs de réseaux mobiles virtuels figurant aux considérants 778 à 1174 de la décision litigieuse, il pouvait être considéré que la Commission avait démontré à suffisance de droit l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective.

270 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que, en n'ayant pas procédé, à la suite de son examen du bien-fondé des facteurs et des constatations contestés par CK Telecoms en première instance et au vu du résultat qui en découle, à une appréciation globale des facteurs et des constatations pertinents pour vérifier si la Commission avait démontré l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective, le Tribunal a commis une erreur de droit.

271 Il y a donc lieu d'accueillir le cinquième moyen.

### *Sur le sixième moyen*

272 Le sixième moyen comporte deux branches. Par sa première branche, la Commission reproche au Tribunal d'avoir dénaturé la décision litigieuse en concluant, aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué, que cette institution n'avait pas examiné une éventuelle dégradation de la qualité du réseau de l'entité issue de la concentration projetée. Par la seconde branche de ce moyen, la Commission fait valoir que le Tribunal a soulevé, d'office, un grief qui ne figurait pas dans la sixième branche du troisième moyen de la requête en première instance.

### *Sur le caractère opérant du sixième moyen*

#### *– Argumentation des parties*

273 CK Telecoms fait valoir que le sixième moyen est inopérant parce que la Commission ne remet pas en cause les principales considérations du Tribunal qui l'ont amené à rejeter la deuxième théorie du préjudice de la Commission relative aux accords de partage de réseau.

274 D'une part, dans le cadre du présent pourvoi, la Commission n'aurait pas remis en cause les considérations exposées aux points 325, 330, 340, 344 et 346 à 348 de l'arrêt attaqué, par lesquelles le Tribunal a considéré, en substance, que c'était à tort que la Commission avait conclu qu'un possible désalignement des intérêts entre les partenaires à un accord de partage de réseau et le bouleversement durable des accords de partage de réseau étaient susceptibles de constituer, en eux-mêmes, une entrave significative à une concurrence effective, selon une théorie du préjudice fondée sur des effets non coordonnés.

275 D'autre part, dans le cadre de son pourvoi, la Commission n'aurait pas contesté l'analyse du Tribunal figurant aux points 362 à 397 de l'arrêt attaqué, relative aux effets de la concentration en cause sur BT/EE et sur Vodafone.

276 Or, toutes ces considérations non contestées auraient amené le Tribunal à rejeter la deuxième théorie du préjudice.

277 La Commission fait valoir que le sixième moyen est opérant.

– *Appréciation de la Cour*

- 278 En premier lieu, il convient de rappeler que, aux points 325, 330, 340, 344 et 346 à 348 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a examiné la question de savoir si le bouleversement durable du bon fonctionnement des accords de partage de réseau en raison, notamment, d'un éventuel désalignement des intérêts entre les partenaires à ces accords serait susceptible de constituer, en soi, une entrave significative à une concurrence effective.
- 279 Or, la Commission n'a pas conclu à l'existence d'une telle entrave exclusivement sur la base d'un tel désalignement des intérêts, ce désalignement des intérêts n'étant qu'un des facteurs pris en compte dans la décision litigieuse.
- 280 Ainsi, le fait que la Commission ne conteste pas le constat du Tribunal selon lequel le désalignement des intérêts entre les partenaires aux accords de partage de réseau, en tant que tel, était insuffisant pour établir une entrave significative à une concurrence effective ne saurait rendre inopérant le sixième moyen du pourvoi de la Commission.
- 281 En second lieu, en ce qui concerne l'argumentation de CK Telecoms selon laquelle le sixième moyen est inopérant au motif que la Commission n'a pas contesté l'analyse du Tribunal figurant aux points 362 à 397 de l'arrêt attaqué, relative aux effets de la concentration projetée sur BT/EE et Vodafone, il y a lieu de relever, ainsi qu'il ressort, notamment, du point 361 de cet arrêt, que le Tribunal a examiné si l'analyse de la Commission concernant les effets de la concentration sur BT/EE et Vodafone était particulièrement solide et convaincante. Or, le Tribunal a estimé nécessaire de procéder à cet examen, à partir de la prémisse, exposée aux points 358 à 361 dudit arrêt et contestée dans le cadre de la première branche du présent moyen de pourvoi, selon laquelle la décision litigieuse ne comportait pas d'analyse d'« une dégradation des services offerts ou de la qualité de son propre réseau par l'entité fusionnée ».
- 282 Dans ces conditions, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé au point 181 de ses conclusions, dès lors que les considérations du Tribunal figurant aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué constituent le fondement de l'appréciation des effets de la concentration projetée sur BT/EE et Vodafone, effectuée aux points 362 à 397 de cet arrêt, le fait que la Commission ne conteste pas directement cette appréciation du Tribunal ne saurait rendre le sixième moyen inopérant.
- 283 Il y a donc lieu de rejeter l'argumentation de CK Telecoms tirée du caractère inopérant du sixième moyen et, partant, d'examiner le bien-fondé de celui-ci.

*Sur la première branche*

– *Argumentation des parties*

- 284 Par la première branche de son sixième moyen, la Commission fait valoir que, en considérant aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué que la Commission n'a pas procédé à l'appréciation d'une possible dégradation de la qualité du réseau de l'entité issue de la concentration projetée, le Tribunal a dénaturé la décision litigieuse et a conclu, à tort, que la deuxième théorie du préjudice devait être rejetée.

- 285 À cet égard, la Commission souligne que la réduction probable des incitations des opérateurs de réseau mobile, y compris l'entité issue de la concentration projetée, à investir dans l'amélioration de la qualité des réseaux du fait de cette concentration constitue un élément fondamental de l'analyse figurant dans la décision litigieuse.
- 286 En premier lieu, il ressortirait des considérants 1293 à 1297 de la décision litigieuse que la Commission a examiné l'hypothèse principale d'une probable réduction de l'incitation de l'entité issue de la concentration projetée à investir dans l'amélioration de la qualité de son réseau par rapport à la situation antérieure à cette concentration.
- 287 En second lieu, la Commission aurait examiné plusieurs scénarios possibles, principalement fondés sur les plans de consolidation des réseaux postulés par Three. D'une part, il ressortirait des considérants 1558 à 1562 de la décision litigieuse que la Commission a examiné la réduction des incitations de l'entité issue de la concentration projetée à investir dans le cadre du plan [A]. D'autre part, il ressortirait des considérants 1732 à 1742 de cette décision que la Commission a examiné, dans le cadre du plan [B], une réduction de l'investissement global dans les réseaux en raison de la transparence accrue des investissements réalisés par chaque opérateur de réseau mobile, y compris les investissements de l'entité issue de la concentration projetée.
- 288 Dans ce contexte, la Commission fait valoir qu'elle a apprécié le risque de réduction de la qualité du réseau de l'entité issue de la concentration projetée ainsi que la réduction de la pression concurrentielle sur les autres opérateurs de réseau mobile qui en résulterait.
- 289 CK Telecoms rétorque que le Tribunal n'a pas dénaturé le contenu de la décision litigieuse et qu'il n'a pas ignoré les considérants de cette décision auxquels la Commission fait référence.
- 290 Cette société souligne que, afin de comprendre les arguments de la Commission, il faut tenir compte de la structure de la deuxième théorie du préjudice.
- 291 À cet égard, ladite société rappelle que cette théorie du préjudice comporte deux sous-théories relatives aux accords de partage de réseau. La première concernerait l'éventuelle réduction de la pression concurrentielle exercée par les autres concurrents (BT/EE et/ou Vodafone) sur l'entité issue de la concentration projetée (Three) tandis que la seconde sous-théorie porterait sur la situation de partage de réseau résultant de cette concentration qui augmenterait la transparence globale et réduirait les investissements à l'échelle du secteur de l'infrastructure des réseaux.
- 292 La Commission aurait examiné ces deux sous-théories du préjudice au regard des plans de consolidation du réseau présentés par CK Telecoms.
- 293 Dans ce contexte, selon cette société, les considérants de la décision litigieuse auxquels la Commission renvoie et qui, selon cette institution, comprennent une analyse de la dégradation du réseau de l'entité issue de la concentration projetée se rapportent non pas à la première sous-théorie du préjudice, mais à la seconde.
- 294 Or, les points 358 à 361 de l'arrêt attaqué feraient partie de l'analyse par le Tribunal de la première sous-théorie du préjudice, relative à une réduction de la pression concurrentielle exercée par les autres concurrents, à savoir BT/EE et/ou Vodafone, sur l'entité issue de la concentration projetée.

295 Dès lors, il ne saurait être reproché au Tribunal de ne pas avoir tenu compte, dans lesdits points, des considérants de la décision litigieuse auxquels la Commission renvoie et d'avoir ainsi dénaturé cette décision.

296 Dans ces conditions, CK Telecoms précise que le Tribunal a examiné et rejeté la seconde sous-théorie du préjudice non pas aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué, mais aux points 398 à 418 de cet arrêt et qu'il a tenu compte précisément des considérants de la décision litigieuse auxquels la Commission renvoie notamment aux points 400 à 403 dudit arrêt.

– *Appréciation de la Cour*

297 Par la première branche du sixième moyen, la Commission fait valoir, en substance, que, en considérant aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué, que la Commission n'a pas procédé à l'appréciation d'une possible dégradation de la qualité du réseau de l'entité issue de la concentration projetée, le Tribunal a dénaturé la décision litigieuse et a conclu, à tort, que la deuxième théorie du préjudice devait être rejetée.

298 À titre liminaire, il importe de rappeler que, ainsi qu'il ressort du point 292 de l'arrêt attaqué, au cours de la procédure administrative, Three a présenté deux plans de consolidation des réseaux, à savoir le « plan [A] » et le « plan [B] ». Ces plans étaient fondés sur les deux accords de partage de réseau mentionnés au point 18 du présent arrêt, à savoir, d'une part, l'accord MBNL, conclu entre BT/EE et Three, et, d'autre part, l'accord Beacon, conclu entre Vodafone et O2. Par ces accords, ces opérateurs avaient consolidé leurs réseaux respectifs afin de pouvoir partager les coûts de déploiement tout en continuant à se faire concurrence sur le marché de détail. Selon ces plans, l'entité issue de la concentration projetée n'était pas censée maintenir deux réseaux séparés à long terme, mais il était envisagé de créer un seul réseau consolidé.

299 Au point 295 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a précisé que, dans le cadre de la deuxième théorie du préjudice relative aux accords de partage de réseau, la Commission a développé deux sous-théories.

300 Il ressort du point 298 de cet arrêt que la première sous-théorie consiste, en substance, à considérer que, à la suite de la concentration projetée, il y aurait une réduction de la pression concurrentielle exercée par les autres concurrents (BT/EE et/ou Vodafone) sur l'entité issue de cette concentration (Three).

301 En ce qui concerne la seconde sous-théorie, il ressort du point 299 dudit arrêt que cette sous-théorie consiste, en substance, à considérer que la situation de partage de réseau qui résulterait de la concentration projetée mènerait à une baisse des investissements à l'échelle du secteur de l'infrastructure des réseaux. En effet, au considérant 1233 de la décision litigieuse, la Commission fait valoir que cette concentration pourrait conduire à une baisse des synergies qui affecterait les partenaires des accords de partage de réseau et permettrait un comportement d'investissement opportuniste de l'entité issue de celle-ci, ce qui réduirait les investissements à l'échelle du secteur, et, par conséquent, le degré de concurrence effective qui aurait prévalu en l'absence de ladite concentration.

302 Dans ce contexte, il y a lieu de relever que, après avoir souligné, aux considérants 1235 à 1243 de la décision litigieuse, l'importance d'un alignement des intérêts entre les parties à un accord de partage de réseau, c'est à la lumière de ces deux sous-théories du préjudice que la Commission a examiné, aux considérants 1244 à 1784 de cette décision, les plans de consolidation des réseaux.

- 303 Aux considérants 1293 à 1297 de ladite décision, la Commission a ensuite examiné l'hypothèse principale d'une probable réduction de l'incitation de l'entité issue de la concentration projetée à investir dans l'amélioration de la qualité de son réseau par rapport à la situation antérieure à cette concentration.
- 304 Les développements potentiels du marché à la suite de la concentration projetée sont exposés aux considérants 1368 à 1784 de la décision litigieuse, dont les considérants 1391 à 1567 visent les effets du plan [A] et les considérants 1598 à 1749 visent ceux du plan [B]. Ainsi, la Commission a examiné les effets de ces plans, tout d'abord, sur BT/EE et notamment sur le réseau MBNL, ensuite, sur Vodafone et notamment sur le réseau Beacon et, enfin, sur l'investissement global dans les réseaux concernés.
- 305 Dans le cadre de son analyse de l'incidence desdits plans sur l'investissement global dans les réseaux mobiles, la Commission a souligné, notamment, aux considérants 1556 à 1562 et 1732 à 1742 de la décision litigieuse, que la transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile pourrait réduire leur incitation à investir dans les réseaux et pourrait donc avoir une incidence négative significative sur les investissements dans ces réseaux à l'échelle du secteur.
- 306 En particulier, d'une part, aux considérants 1559 à 1561 et 1734 de la décision litigieuse, la Commission a constaté, en substance, que, en raison de cette transparence accrue, l'entité issue de la concentration projetée pouvait être informée d'investissements de la part de BT/EE dans une technologie au profit du réseau MBNL et ainsi décider de mettre en œuvre elle-même une telle technologie au profit du réseau Beacon [*confidentiel*]. Selon la décision litigieuse, Vodafone pourrait prendre connaissance du fait que l'entité issue de la concentration projetée envisage de mettre en œuvre cette technologie et donc être incitée à renoncer à procéder à de tels investissements technologiques jusqu'à ce que cette entité le fasse.
- 307 D'autre part, aux considérants 1735 et 1736 de cette décision, la Commission a estimé que, en vertu du plan [B], l'entité issue de la concentration projetée pourrait être informée des investissements envisagés par BT/EE ou par Vodafone et être incitée à procéder à des investissements analogues, tant dans l'est que dans l'ouest du Royaume-Uni [*confidentiel*]. Au considérant 1737 de ladite décision, elle a conclu que la transparence accrue entraînerait le risque de voir BT/EE et Vodafone attendre que l'entité issue de la concentration projetée procède à de tels investissements dans le développement de nouvelles technologies importantes, avant d'y investir à leur tour.
- 308 Dans ce contexte, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a, en substance, relevé au point 189 de ses conclusions, il y a lieu de considérer que la Commission a effectué une analyse de la possible dégradation de la qualité tant du réseau MBNL que du réseau Beacon. En effectuant cette analyse, la Commission est partie de la prémisse, énoncée au considérant 1275 de la décision litigieuse, selon laquelle un autre moyen de réduire la pression concurrentielle exercée par un partenaire à un accord de partage de réseau consiste à dégrader la qualité du réseau en empêchant ou en retardant des investissements dans le réseau par un autre partenaire à cet accord. Il s'ensuit que la Commission a considéré dès le départ que la réduction de la pression concurrentielle pourrait consister, notamment, en une telle dégradation par l'entité issue de la concentration projetée de la qualité de son propre réseau.

- 309 Dans ces conditions, il y a lieu de constater qu'il ressort de la décision litigieuse que la Commission a procédé à l'appréciation d'une possible dégradation de la qualité du réseau de l'entité issue de la concentration projetée.
- 310 Ainsi, en constatant, aux points 358 à 361 de l'arrêt attaqué, que la Commission n'avait pas procédé à une telle appréciation, le Tribunal a dénaturé cette décision.
- 311 Ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 191 de ses conclusions, ce constat ne saurait être infirmé par l'argument de CK Telecoms selon lequel, eu égard à la structure de la décision litigieuse, la Commission a apprécié les effets des plans [A] et [B] sur l'investissement global dans les réseaux respectifs sous deux intitulés distincts.
- 312 Certes, dès lors que les appréciations de la Commission portant sur les effets du plan [A] et du plan [B] sur l'investissement global dans les réseaux respectifs ont été effectuées dans deux sections de cette décision, intitulées, respectivement, « Les effets du plan [A] sur l'investissement global dans les réseaux » et « Les effets du plan [B] sur l'investissement global dans les réseaux », elles peuvent sembler plus étroitement liées à la seconde sous-théorie du préjudice. En outre, les points 358 à 361 de l'arrêt attaqué, contestés par la Commission, exposent des considérations générales du Tribunal ayant trait à la première sous-théorie du préjudice, selon laquelle une réduction des pressions concurrentielles exercées sur les concurrents de l'entité issue de la concentration projetée pourrait être observée. Toutefois, dans son analyse des effets des deux plans de consolidation des réseaux sur BT/EE et sur Vodafone ainsi que sur l'investissement global dans ces réseaux, la Commission n'a pas opéré de distinction en fonction de la sous-théorie avancée, mais a, au contraire, procédé à des références croisées aux différentes parties pertinentes de la décision litigieuse.
- 313 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu d'accueillir la première branche du sixième moyen.

### *Sur la seconde branche*

#### *– Argumentation des parties*

- 314 Par la seconde branche de son sixième moyen, la Commission, tout en invoquant un défaut de motivation, fait valoir, en substance, que, pour accueillir, au point 417 de l'arrêt attaqué, la sixième branche du troisième moyen du recours en première instance de CK Telecoms, le Tribunal a examiné d'office une question qui n'a pas été soulevée par cette société et que, en conséquence, le raisonnement figurant aux points 408 à 416 de l'arrêt attaqué ne correspond pas aux griefs de CK Telecoms formulés dans le cadre de cette branche.
- 315 À cet égard, la Commission rappelle que, par la sixième branche de son troisième moyen du recours en première instance, CK Telecoms avait fait valoir, d'une part, que la Commission a commis une erreur de droit en qualifiant d'effet non coordonné l'éventuelle réduction des investissements globaux résultant d'une transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile et, d'autre part, que la Commission n'a pas pleinement tenu compte des engagements soumis par CK Telecoms.

- 316 Selon la Commission, les motifs exposés aux points 398 à 416 de l'arrêt attaqué ne permettraient pas de comprendre les raisons pour lesquelles le Tribunal a jugé, au point 417 de cet arrêt, que la Commission a commis une erreur de droit en qualifiant l'éventuelle réduction des investissements globaux résultant d'une transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile d'effet non coordonné.
- 317 La Commission précise que, aux points 408 à 416 dudit arrêt, le Tribunal a abordé d'office une autre question, non soulevée par CK Telecoms en première instance, portant sur le point de savoir si la Commission a omis d'énoncer, dans la décision litigieuse, le cadre temporel approprié dans lequel elle entendait démontrer une entrave significative à une concurrence effective.
- 318 Dans ces conditions, la Commission fait valoir que le raisonnement du Tribunal exposé aux points 404 à 416 de l'arrêt attaqué ne correspond pas au constat auquel il a abouti au point 417 de l'arrêt attaqué. Cet arrêt ne contiendrait donc aucun raisonnement relatif à la question de savoir si la Commission a erronément qualifié l'éventuelle réduction des investissements globaux résultant d'une transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile d'effet non coordonné et si elle a commis des erreurs manifestes d'appréciation dans son analyse de l'incidence de la concentration sur les investissements à l'échelle du secteur.
- 319 CK Telecoms rétorque que le Tribunal a exposé de manière claire et exhaustive le raisonnement qui l'a amené à rejeter la seconde sous-théorie du préjudice, permettant aux intéressés de connaître les motifs de la décision du Tribunal, et à la Cour d'exercer son contrôle.
- 320 À cet égard, CK Telecoms fait valoir, en premier lieu, que, au point 408 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a considéré que la Commission n'avait pas précisé la période dans laquelle elle estimait qu'une entrave significative à une concurrence effective se produirait. Pour aboutir à ce constat, au point 415 de cet arrêt, le Tribunal aurait estimé que l'analyse des effets d'une concentration sur un marché oligopolistique dans le secteur des télécommunications, qui nécessite des investissements à long terme et où les consommateurs sont souvent liés par des contrats sur plusieurs années, est une analyse prospective dynamique qui nécessite la prise en compte d'éventuels effets coordonnés ou unilatéraux sur un laps de temps relativement étendu dans l'avenir.
- 321 En second lieu, le Tribunal aurait considéré que la Commission n'a pas non plus précisé lequel des multiples scénarios de consolidation des réseaux envisagés dans la décision litigieuse serait le plus probable.
- 322 À cet égard, aux points 410 à 413 de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait établi que, quel que soit le plan de consolidation des réseaux finalement retenu par les parties à la concentration projetée, l'entité issue de cette concentration ne maintiendrait pas sur le long terme deux réseaux séparés. Cette entité se concentrerait donc à long terme sur l'un des deux accords de partage de réseau.
- 323 Dans ces conditions, le Tribunal aurait estimé, à juste titre, que la seconde sous-théorie du préjudice devait être rejetée parce qu'elle était fondée sur l'hypothèse – contraire aux faits constatés par le Tribunal – de l'existence à long terme de deux réseaux séparés.

– *Appréciation de la Cour*

- 324 Il résulte des règles régissant la procédure devant les juridictions de l'Union, notamment de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que de l'article 76 et de l'article 84, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal, que le litige est en principe

déterminé et circonscrit par les parties et que le juge de l'Union ne peut statuer *ultra petita* (voir, en ce sens, arrêt du 10 décembre 2013, *Commission/Irlande e.a.*, C-272/12 P, EU:C:2013:812, point 27).

- 325 Si certains moyens peuvent, voire doivent, être relevés d'office, tel un défaut ou une insuffisance de motivation de la décision en cause, qui relève des formes substantielles, un moyen portant sur la légalité au fond de ladite décision, qui relève de la violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, au sens de l'article 263 TFUE, ne peut, en revanche, être examiné par le juge de l'Union que s'il est invoqué par le requérant (arrêt du 10 décembre 2013, *Commission/Irlande e.a.*, C-272/12 P, EU:C:2013:812, point 28).
- 326 En l'occurrence, il convient de constater que, par la sixième branche de son troisième moyen du recours en première instance, CK Telecoms avait fait valoir, d'une part, que la Commission a commis une erreur de droit en qualifiant l'éventuelle réduction des investissements globaux résultant d'une transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile d'effet non coordonné et, d'autre part, que la Commission n'a pas pleinement tenu compte des engagements soumis par CK Telecoms.
- 327 Aux points 398 à 401 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rappelé, en substance, cette sixième branche du troisième moyen ainsi que l'argumentation de la Commission. Aux points 402 à 407 de cet arrêt, le Tribunal a examiné les considérants de la décision litigieuse qui portent sur l'éventuelle réduction des investissements globaux dans les réseaux en raison de la transparence accrue des investissements entre les opérateurs de réseau mobile qui résulterait de la concentration projetée.
- 328 Or, dans ce contexte, au lieu d'examiner si la Commission a erronément qualifié cette éventuelle réduction des investissements d'effet non coordonné et si elle n'a pas pleinement tenu compte des engagements soumis par CK Telecoms, le Tribunal a considéré, au point 408 de l'arrêt attaqué, que, en l'espèce, il faisait face à « une difficulté particulière » relative au contrôle juridictionnel qu'il doit exercer sur la décision litigieuse, la Commission ayant omis d'énoncer le cadre temporel approprié dans lequel elle entendait établir une entrave significative à une concurrence effective.
- 329 Au point 410 de l'arrêt attaqué, cette juridiction a constaté, en substance, que, dans la décision litigieuse, le long terme n'a pas été considéré par la Commission comme étant le cadre temporel approprié pour évaluer les effets de la concentration projetée.
- 330 À cet égard, le Tribunal a précisé, au point 415 de cet arrêt, que l'analyse des effets d'une opération de concentration sur un marché oligopolistique dans le secteur des télécommunications, qui nécessite des investissements à long terme et où les consommateurs sont souvent liés par des contrats sur plusieurs années, est une analyse prospective dynamique qui nécessite la prise en compte d'éventuels effets coordonnés ou unilatéraux sur un laps de temps relativement étendu dans l'avenir.
- 331 Le Tribunal a conclu, en substance, aux points 416 et 417 de l'arrêt attaqué, que, eu égard au fait que les parties à la concentration ne maintiendraient pas deux réseaux séparés sur le long terme, la Commission avait commis une erreur de droit en qualifiant l'incidence d'une transparence renforcée sur l'investissement global dans les réseaux d'effet non coordonné, « dans la mesure où [la seconde sous-théorie] est fondée sur l'hypothèse [erronée] de l'existence de deux réseaux séparés ».

- 332 Or, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocate générale l'a relevé au point 200 de ses conclusions, force est de constater que, dans le cadre de ses mémoires en première instance, CK Telecoms n'a pas reproché à la Commission d'avoir omis de préciser ou d'analyser le cadre temporel approprié dans lequel cette institution entendait établir l'existence d'effets non coordonnés et d'une entrave significative à une concurrence effective.
- 333 Il y a donc lieu de constater que, sans examiner les griefs qu'avait présentés CK Telecoms dans le cadre du moyen concerné, le Tribunal a soulevé d'office le grief tiré de l'absence de précision du cadre temporel et de l'analyse des effets non coordonnés sur le long terme.
- 334 Or, il est manifeste que ce grief ne saurait être qualifié de moyen d'ordre public au sens de la jurisprudence de la Cour rappelée au point 325 du présent arrêt.
- 335 Ainsi, dès lors que, pour accueillir, au point 417 de l'arrêt attaqué, la sixième branche du troisième moyen du recours en première instance de CK Telecoms, le Tribunal a soulevé d'office, aux points 408 à 416 de l'arrêt attaqué, un grief qui ne saurait être qualifié de moyen d'ordre public et, en conséquence, le raisonnement qui figure à ces points ne correspond pas aux griefs de CK Telecoms formulés dans le cadre de cette branche, il convient de considérer que cette juridiction a commis une erreur de droit.
- 336 Par conséquent, la seconde branche du sixième moyen est fondée et le sixième moyen doit dès lors être accueilli dans son ensemble.
- 337 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent et compte tenu de l'ampleur, de la nature et de la portée des erreurs commises par le Tribunal, identifiées dans le présent arrêt, qui affectent le raisonnement du Tribunal dans son ensemble, il y a lieu d'annuler l'arrêt attaqué.

### **Sur le renvoi de l'affaire au Tribunal**

- 338 Conformément à l'article 61 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue.
- 339 En l'espèce, il ressort des points 291, 397, 417, 418, 454 et 455 de l'arrêt attaqué que, dès lors qu'il a accueilli les moyens du recours en première instance énumérés au point 41 du présent arrêt, le Tribunal a annulé la décision litigieuse et a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la sixième branche du premier moyen, tirée de ce que la Commission aurait erronément considéré que les incitations de l'entité issue de la concentration projetée à entrer en concurrence seraient probablement moindres que celles de Three et de O2 avant cette concentration. Il n'a pas non plus examiné le deuxième moyen concernant l'évaluation du scénario contrefactuel effectuée par la Commission, sur lequel reposerait l'évaluation des marchés de détail et de gros ni les deuxième et septième branches du troisième moyen portant, d'une part, sur l'évolution des deux accords de partage de réseau existants dans le scénario contrefactuel et, d'autre part, sur l'évaluation des engagements relatifs au partage de réseau. Le Tribunal ne s'est pas non plus prononcé sur les quatrième, cinquième et sixième branches du quatrième moyen, portant, respectivement, sur l'appréciation de la Commission selon laquelle l'entité issue de la concentration projetée aurait été moins incitée à affronter la concurrence, sur l'appréciation de cette institution selon laquelle les concurrents de cette entité n'auraient eu ni la capacité ni les incitations nécessaires pour

entrer en concurrence avec elle, ainsi que sur la prise en compte par la Commission de certaines affirmations de tiers. Enfin, le Tribunal n'a pas statué sur le cinquième moyen du recours en première instance, par lequel CK Telecoms a contesté l'appréciation par la Commission de certains de ses engagements.

- 340 Les moyens qui n'ont pas été examinés par le Tribunal impliquent l'examen de plusieurs questions factuelles et juridiques sur la base d'éléments qui, d'une part, n'ont pas été appréciés par le Tribunal dans l'arrêt attaqué et, d'autre part, n'ont pas été débattus devant la Cour. En outre, la nature et la portée des erreurs commises par le Tribunal, identifiées dans le présent arrêt, sont telles que l'examen des moyens invoqués en première instance, vicié par ces erreurs, requiert que le Tribunal procède, pour l'essentiel, à une nouvelle analyse de ces moyens, qui diffère substantiellement de celle contenue dans l'arrêt attaqué.
- 341 Dans ce contexte, il y a lieu de constater que, en l'occurrence, la Cour ne dispose pas des éléments nécessaires pour statuer définitivement sur l'ensemble des moyens invoqués en première instance.
- 342 Dans ces conditions, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Tribunal et de réserver les dépens.

### **Sur les dépens**

- 343 L'affaire étant renvoyée devant le Tribunal, il convient de réserver les dépens.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête :

- 1) L'arrêt du 28 mai 2020, CK Telecoms UK Investments/Commission (T-399/16, EU:T:2020:217), est annulé.**
- 2) L'affaire est renvoyée devant le Tribunal de l'Union européenne.**
- 3) Les dépens sont réservés.**

Signatures