Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata)

13 novembre 2024*

«Concorrenza – Concentrazioni – Mercato tedesco dei servizi televisivi e dei servizi di telecomunicazione – Decisione che dichiara la concentrazione compatibile con il mercato interno e con l'accordo SEE – Impegni – Valutazione degli effetti orizzontali e verticali dell'operazione sulla concorrenza – Rapporto di concorrenza tra le parti della concentrazione – Cambiamento specificamente legato alla concentrazione – Errore manifesto di valutazione»

Nella causa T-69/20,

Tele Columbus AG, con sede in Berlino (Germania), rappresentata da C. Wagner e J. Hackl, avvocati,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata da G. Conte, A. Keidel, J. Szczodrowski e C. Vollrath, in qualità di agenti,

convenuta,

sostenuta da

Vodafone Group plc, con sede in Newbury (Regno Unito), rappresentata da V. Vollmann, solicitor, C. Jeffs, A. Chadd e D. Seeliger, avvocati,

interveniente,

IL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata),

composto da M. van der Woude, presidente, R. da Silva Passos (relatore), I. Reine, L. Truchot e M. Sampol Pucurull, giudici,

cancelliere: S. Jund, amministratrice

vista la fase scritta del procedimento,

in seguito all'udienza del 22 settembre 2023,

* Lingua processuale: il tedesco.

ha pronunciato la seguente

Sentenza [1]

1 Con il suo ricorso fondato sull'articolo 263 TFUE, la Tele Columbus AG, ricorrente, chiede l'annullamento della decisione C(2019) 5187 final della Commissione, del 18 luglio 2019, che dichiara compatibile con il mercato interno e con l'accordo SEE l'operazione di concentrazione diretta all'acquisizione da parte della Vodafone Group plc di talune attività della Liberty Global plc (caso COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (in prosieguo: la «decisione impugnata»).

(*omissis*)

II. Procedimento e conclusioni delle parti

(*omissis*)

48 La ricorrente chiede che il Tribunale voglia:

– annullare la decisione impugnata;

– condannare la Commissione alle spese.

49 La Commissione e la Vodafone chiedono che il Tribunale voglia:

– respingere il ricorso;

– condannare la ricorrente alle spese.

III. In diritto

(*omissis*)

B. Sul primo motivo di ricorso, vertente su errori manifesti di valutazione e su irregolarità procedurali nell'ambito dell'esame degli effetti orizzontali non coordinati sul mercato MDU

(*omissis*)

2. Sulla prima parte, vertente su un errore manifesto di valutazione che inficia la valutazione dell'esistenza di una concorrenza diretta tra le parti della concentrazione

(*omissis*)

82 A tale riguardo, è opportuno precisare che esiste una concorrenza diretta tra imprese quando esse si contendono gli stessi clienti.

[1] Sono riprodotti soltanto i punti della presente sentenza la cui pubblicazione è ritenuta utile dal Tribunale.

83 Nel caso di specie, è pacifico che le reti via cavo delle parti della concentrazione non si sovrappongono e che, di fatto, quando un cliente MDU desidera concludere un contratto con un fornitore di segnali televisivi, esso ha, in linea di principio, solo la possibilità di scegliere tra la parte della concentrazione nella zona servita dalla rete via cavo nella quale è situato l'immobile da collegare e uno dei suoi concorrenti, come la ricorrente. Il fatto che il mercato MDU sia stato, prima dell'operazione, di dimensione nazionale o limitato alle zone servite dalla rete via cavo delle parti della concentrazione è irrilevante, poiché tale constatazione si applica in entrambi i casi.

84 Ne consegue che la Unitymedia non può essere validamente qualificata come «fornitore alternativo» per le società di edilizia residenziale nel mercato MDU, che la concentrazione eliminerebbe, come sostiene la ricorrente. Da quanto precede risulta altresì che i prodotti commercializzati dalle parti della concentrazione non erano, in pratica, in concorrenza, e ciò a prescindere dalla delimitazione geografica del mercato MDU, cosicché la prima parte del presente motivo di ricorso non può essere accolta.

85 Gli altri argomenti dedotti dalla ricorrente non consentono di dimostrare il contrario.

86 Per quanto riguarda, anzitutto, l'affermazione della ricorrente secondo cui le attività delle parti della concentrazione si sovrapponevano, occorre sottolineare che, sebbene non sussistesse alcuna sovrapposizione tra le reti via cavo della Vodafone e della Unitymedia, circostanza che la ricorrente non mette in dubbio, è vero che, nella decisione impugnata, la Commissione ha constatato che esistevano nondimeno talune sovrapposizioni tra le loro attività, dato che tali operatori acquistavano, in tal caso, servizi intermedi di trasmissione di segnali televisivi dall'altra parte o da un altro operatore di rete di livello 3 per poter raggiungere i clienti MDU interessati.

87 Orbene, occorre rilevare che, pur contestando il loro carattere trascurabile, la ricorrente non mette in discussione le cifre in quanto tali divulgate dalla Commissione nel corso del procedimento dinanzi al Tribunale relative ai contratti conclusi dalle parti della concentrazione al di fuori delle zone servite dalla loro rete via cavo e al numero di clienti interessati. A questo proposito, si deve constatare che tali cifre mostrano che detti contratti corrispondevano a un numero molto limitato di clienti MDU in termini di nuclei familiari collegati e a una quota di mercato che, essendo inferiore all'1%, era così trascurabile da non poter rappresentare una concorrenza residua da tutelare.

88 Per quanto riguarda, poi, l'affermazione della ricorrente secondo cui la strategia commerciale delle parti della concentrazione potrebbe evolvere, di modo che esse potrebbero decidere di estendere le loro attività al di fuori delle zone rispettivamente servite dalla propria rete via cavo, è giocoforza constatare che una simile affermazione riguarda l'esistenza di una concorrenza potenziale, piuttosto che un'asserita concorrenza diretta esistente, il che la rende inoperante nell'ambito della prima parte del presente motivo di ricorso.

89 Lo stesso vale per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui il cumulo delle quote di mercato e il valore dell'indice Herfindahl-Hirschman sul mercato MDU, definito come di portata nazionale, sarebbero molto elevati, dato che tali dati non sono destinati a dimostrare l'esistenza di una concorrenza diretta tra due parti di una concentrazione prima di quest'ultima. Per quanto riguarda più in particolare l'indice Herfindahl-Hirschman, che è pari alla somma dei quadrati delle quote di mercato di ciascuna delle imprese presenti sul mercato, si deve constatare che esso è utilizzato per misurare i livelli di concentrazione su un mercato e che poteva fornire una

prima indicazione delle pressioni concorrenziali che sarebbero esercitate a seguito dell'operazione di concentrazione (v., in tal senso, sentenza del 7 giugno 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Commissione, T-405/08, non pubblicata, EU:T:2013:306, punto 65).

90 Da tutto quanto precede risulta che la ricorrente non dimostra che la Commissione, nella decisione impugnata, abbia ritenuto in modo manifestamente errato che le parti della concentrazione non fossero concorrenti diretti prima di quest'ultima. La prima parte del presente motivo di ricorso deve quindi essere respinta.

3. Sulla quarta parte, vertente su un errore manifesto di valutazione che inficia la valutazione dell'esistenza di una concorrenza indiretta tra le parti della concentrazione

(*omissis*)

103 In via preliminare, occorre precisare che imprese che non si fanno concorrenza diretta possono nondimeno trovarsi in un rapporto di concorrenza indiretta, in particolare quando subiscono pressioni concorrenziali analoghe da parte di imprese diverse da ciascuna di esse direttamente in concorrenza o quando altri fattori, come le esigenze imposte dai clienti, limitano in modo comparabile le loro possibilità di fissare i loro prezzi e le loro condizioni commerciali.

104 A tale riguardo, va osservato che l'argomentazione della ricorrente, descritta, in sostanza, ai precedenti punti da 98 a 101, presenta un livello elevato di genericità, non è suffragata da alcun elemento di prova e si fonda su affermazioni vaghe, il che non può essere sufficiente per mettere in discussione le valutazioni effettuate dalla Commissione. L'unico argomento concreto è quello relativo ai prezzi e alle caratteristiche dei pacchetti per Internet e per il telefono. Orbene, poiché riguardano altri mercati, i prezzi e le caratteristiche delle offerte menzionati dalla ricorrente non sono pertinenti ai fini della valutazione dell'esistenza di una concorrenza indiretta sul mercato MDU, che riguarda la trasmissione del segnale televisivo.

105 Inoltre, dalla decisione impugnata risulta (v., segnatamente, punto 697 della decisione impugnata), e la ricorrente non lo contesta, che numerosi contratti con clienti MDU sono il risultato di trattative, procedure di gara o di procedure formali di aggiudicazione di appalti, in linea di principio segrete. I contratti conclusi dalle parti della concentrazione con i loro clienti MDU non sono quindi contratti tipo, le cui condizioni potrebbero essere influenzate da ciò che offre l'altra parte nella zona servita dalla sua rete via cavo o da taluni operatori attivi a livello nazionale, contrariamente all'affermazione formulata dalla ricorrente.

106 Occorre altresì rilevare che, nella decisione impugnata, la Commissione ha spiegato, da un lato, che l'esame dei documenti interni delle parti della concentrazione non aveva fornito alcun elemento che lasciasse intendere che dette parti tenessero conto dei loro termini e delle rispettive condizioni in occasione delle loro trattative relative ai contratti MDU e, dall'altro, che le parti della concentrazione avevano presentato elementi convincenti per contestare l'allineamento dei contratti MDU su tutto il territorio tedesco. Il fatto che la ricorrente non ritenga «plausibili» simili considerazioni non è sufficiente a metterle in discussione.

107 Di conseguenza, la ricorrente non dimostra che la Commissione, nella decisione impugnata, abbia concluso in modo manifestamente errato che le parti della concentrazione non erano concorrenti indiretti.

108 Poiché la ricorrente non dimostra che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione quando ha ritenuto che l'operazione non porterebbe alla perdita di una qualsivoglia concorrenza indiretta, la presente censura deve essere respinta senza che sia necessario valutare se essa sia incorsa in errore ritenendo che la concorrenza indiretta dovesse essere particolarmente forte o che fosse necessaria una trasmissione sistematica delle condizioni.

109 La quarta parte del presente motivo di ricorso deve, pertanto, essere respinta.

4. Sulla terza parte, vertente su un errore manifesto di valutazione e su una violazione del diritto di essere ascoltato e del principio di buona amministrazione che inficia la valutazione dell'esistenza di una concorrenza potenziale tra le parti della concentrazione

(*omissis*)

b) Sull'errore manifesto di valutazione in cui sarebbe incorsa la Commissione nel basarsi esclusivamente sui criteri di investimento soggettivi e sui documenti interni delle parti della concentrazione

(*omissis*)

139 A tale riguardo, in primo luogo, occorre ricordare che, in materia di controllo delle concentrazioni, secondo una giurisprudenza costante, l'esame delle condizioni di concorrenza si fonda non solo sulla concorrenza attuale tra le imprese già presenti sul mercato di cui trattasi, ma anche sulla concorrenza potenziale, onde accertare se, in considerazione della struttura del mercato e del contesto economico e giuridico che ne determina il funzionamento, sussistano possibilità reali e concrete che le imprese interessate si facciano concorrenza reciproca o che un nuovo concorrente possa inserirsi sul mercato di cui trattasi e fare concorrenza alle imprese già impiantate (v. sentenza del 4 luglio 2006, easyJet/Commissione, T-177/04, EU:T:2006:187, punto 116 e giurisprudenza ivi citata).

140 Per stabilire se un'impresa costituisca un concorrente potenziale sul mercato, la Commissione deve verificare se, in mancanza della concentrazione di cui trattasi, vi sarebbero state possibilità reali e concrete che questa entrasse in detto mercato e facesse concorrenza alle imprese che vi sono stabilite. Una dimostrazione del genere non deve basarsi su una semplice ipotesi, ma deve essere suffragata da elementi di fatto o da un'analisi delle strutture del mercato pertinente. Pertanto, un'impresa non può essere qualificata un potenziale concorrente se il suo ingresso sul mercato non corrisponde a una strategia economica efficace (v., per analogia, sentenza del 29 giugno 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Commissione, T-360/09, EU:T:2012:332, punto 86 e giurisprudenza ivi citata).

141 Peraltro, la sostenibilità economica di una strategia di ingresso sul mercato non può essere assimilata alla semplice redditività di una siffatta strategia. Se così fosse, una semplice capacità teorica di entrare in un mercato potrebbe essere considerata sufficiente per constatare l'esistenza di una concorrenza potenziale. Pertanto, la Commissione può tener conto dell'interesse commerciale o economico ad entrare in un mercato dell'impresa di cui viene analizzata la qualità di concorrente potenziale (v., in tal senso, sentenze del 21 settembre 2005, EDP/Commissione, T-87/05, EU:T:2005:333, punti 177, 185, 187, 188, 191 e 195, e del 4 luglio 2006, easyJet/Commissione, T-177/04, EU:T:2006:187, punto 123) e, quindi, basarsi sui suoi criteri di investimento. La Commissione non può dunque qualificare un'impresa come concorrente

potenziale sulla base di considerazioni generali e astratte senza tener conto degli interessi commerciali di tale impresa, della sua strategia di sviluppo a breve e medio termine nonché dei criteri di redditività che quest'ultima si è fissata a tal fine.

142 Ne consegue che, quando la Commissione constata, sotto un primo profilo, che l'impresa interessata non ha compiuto alcuna iniziativa per entrare nel mercato in un lasso di tempo sufficientemente breve calcolato alla luce delle caratteristiche del mercato, sotto un secondo profilo, che la detta impresa non ritiene che sia economicamente razionale e interessante per essa entrare nel mercato e quindi, sotto un terzo profilo, che la detta impresa non intende entrare nel mercato in futuro in modo significativo, essa può, senza incorrere in un errore manifesto di valutazione, concludere che l'impresa di cui trattasi non è un concorrente potenziale dell'altra parte della concentrazione. Una simile constatazione è sufficiente per respingere la prima censura della ricorrente, secondo la quale la Commissione, nel caso di specie, avrebbe violato i criteri pertinenti per esaminare la concorrenza potenziale basandosi quasi esclusivamente sui criteri di investimento soggettivi e su documenti interni delle parti della concentrazione.

143 In secondo luogo, per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione non avrebbe potuto basarsi sui criteri di investimento delle parti della concentrazione, dato che questi ultimi avrebbero potuto essere modificati in qualsiasi momento, se non addirittura manipolati, e che essi non corrisponderebbero alla prassi del settore, occorre ricordare che la redditività economica di una strategia di ingresso nel mercato non può essere assimilata alla semplice redditività di una siffatta strategia e che la Commissione può basarsi sull'interesse commerciale o economico ad entrare in un mercato dell'impresa di cui viene analizzata la qualità di concorrente potenziale (v. punti 140 e 141 *supra*) e, pertanto, sui suoi criteri di investimento.

144 Inoltre, tenuto conto dell'esigenza di celerità e dei termini rigorosi che s'impongono alla Commissione nell'ambito del procedimento di controllo delle concentrazioni, detta istituzione, in mancanza di indizi nel senso dell'inesattezza delle informazioni fornite, non può essere tenuta ad effettuare verifiche riguardo a tutte le informazioni che riceve. Peraltro, sebbene l'obbligo di esame diligente ed imparziale che incombe alla Commissione, nell'ambito di un procedimento del genere, non le consenta di basarsi su elementi o informazioni che non possono essere considerati veritieri, la menzionata esigenza di celerità presuppone, ciò nondimeno, che l'istituzione in parola non possa verificare essa stessa, nei minimi dettagli, l'autenticità e l'affidabilità di tutte le comunicazioni che le pervengono, in quanto il procedimento di controllo delle concentrazioni si basa necessariamente e in certa misura sulla fiducia (sentenza del 7 maggio 2009, NVV e a./Commissione, T-151/05, EU:T:2009:144, punto 184).

145 Occorre poi sottolineare che diverse misure volte a scoraggiare e punire la trasmissione di informazioni inesatte o ingannevoli sono previste dalla normativa applicabile al controllo delle concentrazioni. Infatti, le parti che notificano un'operazione di concentrazione sono soggette, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento n. 802/2004, all'obbligo espresso di fornire alla Commissione in modo veritiero e completo i fatti e le circostanze rilevanti per la decisione di compatibilità, obbligo sanzionato all'articolo 14 del regolamento n. 139/2004. Inoltre, la Commissione può anche revocare, sulla base dell'articolo 6, paragrafo 3, lettera a), e dell'articolo 8, paragrafo 6, lettera a), del regolamento n. 139/2004, la decisione di compatibilità quando questa sia fondata su indicazioni inesatte di cui sia responsabile una delle imprese interessate, o quando sia stata ottenuta con frode (sentenza del 7 maggio 2009, NVV e a./Commissione, T-151/05, EU:T:2009:144, punto 185).

146 Infine, occorre constatare, da un lato, che risulta in particolare dal punto 742 e dalla nota a piè di pagina n. 553 della decisione impugnata che la Commissione ha verificato le proiezioni effettuate dalle parti della concentrazione, nell'ambito delle quali queste ultime hanno esaminato la redditività, alla luce dei loro criteri di investimento, di diversi progetti di realizzazione di infrastrutture, e ha ritenuto che i risultati di queste ultime fossero sufficientemente solidi e, dall'altro, che la Commissione non si è basata unicamente sui criteri di investimento delle parti della concentrazione per concludere nel senso dell'assenza di concorrenza potenziale tra le stesse, ma ha tenuto conto, in particolare, del fatto che, in pratica, né la Vodafone né la Unitymedia avevano mai duplicato la rete via cavo dell'altra parte e che tali parti avevano esteso solo in misura trascurabile la loro rete all'interno della zona servita dalla propria rete via cavo, benché tale estensione interna fosse più redditizia.

147 Questa seconda censura della ricorrente relativa all'affidabilità dei criteri di investimento delle parti della concentrazione non può, pertanto, essere accolta.

148 In terzo luogo, per quanto riguarda la decisione della Commissione del 16 giugno 2011 nel caso M.5900 – LGI/KBW, menzionata dalla ricorrente, va precisato che, in tale decisione, la Commissione ha rinviato la concentrazione che le era stata notificata e che verteva sull'acquisizione della KBW da parte della LGI alle autorità competenti della Repubblica federale di Germania, conformemente all'articolo 9, paragrafo 3, lettera b), del regolamento n. 139/2004, dopo aver constatato che le condizioni di un rinvio ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 139/2004 erano soddisfatte. Orbene, in una siffatta decisione di rinvio, la Commissione non si pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno (v., in tal senso, sentenze del 3 aprile 2003, Royal Philips Electronics/Commissione, T-119/02, EU:T:2003:101, punto 275, e del 30 settembre 2003, Cableuropa e a./Commissione, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, punto 52). Infatti, tale tipo di decisione non ha ad oggetto la determinazione degli effetti della concentrazione nei mercati interessati di cui trattasi nel rinvio, bensì il trasferimento della responsabilità di tale esame alle autorità nazionali competenti che ne hanno fatto domanda, affinché queste ultime decidano in applicazione del proprio diritto nazionale della concorrenza (v., in tal senso, sentenze del 3 aprile 2003, Royal Philips Electronics/Commissione, T-119/02, EU:T:2003:101, punto 276, e del 30 settembre 2003, Cableuropa e a./Commissione, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, punto 53).

149 Inoltre, in una decisione di rinvio, la Commissione non può, senza privare siffatto meccanismo della sua sostanza, dedicarsi a un esame della compatibilità della concentrazione tale da vincolare nel merito le autorità nazionali interessate, ma deve limitarsi a verificare, mediante un esame *prima facie*, se, sulla base degli elementi di cui dispone al momento della valutazione della fondatezza della domanda di rinvio, la concentrazione di cui trattasi minacci di creare o rafforzare una posizione dominante nei mercati interessati (v. sentenza del 30 settembre 2003, Cableuropa e a./Commissione, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, punto 217 e giurisprudenza ivi citata).

150 Pertanto, si deve considerare che, nella decisione del 16 giugno 2011 nel caso M.5900 – LGI/KBW, la Commissione non abbia effettuato alcuna valutazione definitiva sull'eventuale esistenza di un rapporto di concorrenza potenziale tra le parti della concentrazione. Tale valutazione è peraltro confermata dalle formule ipotetiche utilizzate nella suddetta decisione.

151 Del resto, anche supponendo che una siffatta affermazione della ricorrente relativa al caso M.5900 – LGI/KBW sia esatta, è sufficiente ricordare che la Commissione non è in ogni caso vincolata dalla sua prassi precedente. Infatti, occorre rilevare che, quando la Commissione si

pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno sulla base di una notificazione e di un fascicolo specifici per tale operazione, un ricorrente non ha il diritto di mettere in discussione le sue affermazioni sostenendo che sono diverse da quelle effettuate in precedenza in un'altra causa, sulla base di una notificazione e di un fascicolo differenti, anche supponendo che i mercati in esame nelle due cause siano analoghi o addirittura identici (sentenze del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, EU:T:2005:456, punto 118, e del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 142).

152 Quanto alle decisioni dell'Autorità federale garante della concorrenza, occorre rilevare che, tenuto conto della precisa ripartizione delle competenze su cui si basa il regolamento n. 139/2004, le decisioni delle autorità nazionali non possono vincolare la Commissione nell'ambito dei procedimenti di controllo delle concentrazioni (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punto 56, e del 7 maggio 2009, NVV e a./Commissione, T-151/05, EU:T:2009:144, punto 139), a maggior ragione quando riguardano le parti di un'altra concentrazione e un altro periodo.

153 Da quanto precede risulta che la Commissione non è incorsa in alcun errore manifesto di valutazione tenendo conto dei criteri di investimento e dei documenti interni delle parti della concentrazione, al fine di determinare se queste ultime dovessero o meno essere considerate concorrenti potenziali.

c) Sull'errore manifesto di valutazione in cui sarebbe incorsa la Commissione per non aver tenuto sufficientemente conto di altri elementi

(*omissis*)

160 A questo proposito, per quanto riguarda, in primo luogo, l'opinione delle imprese già attive sul mercato di cui trattasi, espressa nel corso dell'indagine di mercato, occorre sottolineare che la Commissione è legittimata a tenerne conto. Tuttavia, tale criterio non può essere decisivo per valutare l'esistenza di una concorrenza potenziale.

161 Infatti, benché l'opinione dei concorrenti possa costituire un'importante fonte d'informazione sull'impatto prevedibile di un'operazione di concentrazione sul mercato, essa non può vincolare la Commissione nella sua autonomia di valutazione dell'impatto della concentrazione su tale mercato [v., in tal senso, sentenze del 25 marzo 1999, Gencor/Commissione, T-102/96, EU:T:1999:65, punti 290 e 291, e del 5 ottobre 2020, HeidelbergCement e Schwenk Zement/Commissione, T-380/17, EU:T:2020:471, punto 673 (non pubblicata)].

162 In ogni caso, si deve constatare che dai punti 727, 728, 752 e 753 della decisione impugnata emerge che la Commissione ha effettivamente tenuto conto dell'opinione degli operatori concorrenti, poiché da tali punti risulta che essa ha avviato un esame approfondito dell'esistenza di una concorrenza potenziale tra le parti della concentrazione, in particolare a causa delle osservazioni formulate da questi ultimi.

163 Quanto all'affermazione della ricorrente secondo cui le parti della concentrazione erano già attive nella zona servita dalla rete via cavo dell'altra, che la Vodafone effettuava già investimenti nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia o che tali parti sorvegliavano le loro rispettive attività, occorre rilevare che tali elementi riguardano l'asserita esistenza di una concorrenza diretta o indiretta reale, il che rende tale affermazione inoperante nell'ambito della presente parte

vertente sulla concorrenza potenziale. In ogni caso, dall'esame della prima e della seconda parte di cui sopra risulta che la Commissione non è incorsa in un errore manifesto di valutazione nel concludere, nella decisione impugnata, che le parti della concentrazione non erano, sul mercato MDU, né concorrenti diretti né concorrenti indiretti.

164 Da quanto precede risulta che la prima censura della ricorrente deve essere respinta.

165 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione, dopo aver constatato che operatori più piccoli realizzavano investimenti al di fuori delle loro aree di copertura, avrebbe dovuto ritenere che anche la Vodafone e la Unitymedia fossero in grado di farlo, è giocoforza rilevare che la Commissione ha spiegato, nella decisione impugnata, le ragioni per le quali tali strategie non erano applicabili alle parti della concentrazione.

166 Per quanto riguarda più in particolare il caso della ricorrente, gli elementi di prova esposti al punto 744, lettera a), e ai punti da 797 a 799 della decisione impugnata, non contestati in quanto tali dalla ricorrente, indicano che quest'ultima non aveva effettivamente intrapreso una duplicazione della rete via cavo negli anni precedenti l'adozione della decisione impugnata. In particolare, la figura 20 contenuta al punto 798 della decisione impugnata mostra che il numero di nuclei familiari collegati alla rete della ricorrente non era sensibilmente aumentato tra il 2012 e il 2018, se non a seguito dell'acquisizione di attività preesistenti di altre società.

167 Per quanto riguarda la Deutsche Telekom, dal punto 744, lettera c), della decisione impugnata e dalla risposta di tale operatore ivi citata, risulta che la sua situazione era molto diversa da quella delle parti della concentrazione, in particolare per il motivo che la Deutsche Telekom possedeva già una rete in fibra ottica molto estesa e che utilizzava tale rete per fornire servizi di accesso a banda larga attraverso la tecnologia di linea digitale di abbonato («Digital Subscriber Line», DSL), circostanze non contestate in alcun modo dalla ricorrente. Pertanto, al fine di estendere a nuove zone la sua offerta a clienti MDU, la Deutsche Telekom poteva basarsi sulle proprie linee in fibra ottica o sulle sue condotte esistenti e, in generale, aveva bisogno di costruire solo brevi tratti della rete di livello 3 necessaria.

168 Ne consegue che i casi di duplicazioni della rete effettuate da tali operatori non consentono di mettere in discussione le valutazioni della Commissione in merito alla concorrenza potenziale tra le parti della concentrazione.

169 Di conseguenza, la seconda censura della ricorrente deve essere respinta.

170 Per quanto riguarda, in terzo luogo, il fatto che la Commissione non avrebbe tenuto conto dell'infrastruttura esistente della Vodafone, in particolare nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, e del fatto che costi analoghi sarebbero stati necessari per estendere una rete via cavo, all'interno o all'esterno della zona servita dalla rete via cavo delle parti della concentrazione, si deve rilevare che dal punto 740 della decisione impugnata risulta che le proiezioni effettuate dalla Vodafone e verificate dalla Commissione tenevano effettivamente conto delle infrastrutture esistenti di tale operatore nonché dell'installazione del 5G, le quali non consentivano tuttavia di rendere sufficientemente redditizia una duplicazione della rete via cavo.

171 Inoltre, occorre rilevare che, al punto 737 della decisione impugnata, la Commissione ha constatato che la duplicazione della rete via cavo non era complessivamente attraente per la Vodafone, «in particolare rispetto all'aggiunta di nuovi nuclei familiari nella zona servita dalla

propria rete via cavo, che implicava minori investimenti nelle infrastrutture e che offriva maggiori opportunità di reddito a causa dell'assenza di un operatore già esistente». Ne consegue che la Commissione ha constatato che una duplicazione della rete via cavo al di fuori della zona servita dalla propria rete via cavo si rivelava meno redditizia di un'estensione della rete via cavo nel proprio territorio, circostanza che la ricorrente non contesta. Nel caso di specie, la ricorrente si limita a sostenere che i costi connessi allo sviluppo, da parte di un operatore via cavo, della sua rete all'interno della zona servita dalla sua rete via cavo sarebbero stati simili a quelli sostenuti per un'estensione della sua rete via cavo al di fuori della sua zona di copertura, senza minimamente suffragare tale affermazione, e in particolare senza contestare tali elementi dedotti dalla Commissione.

172 Peraltro, occorre osservare che, in due passaggi divulgati dalla Commissione, in applicazione dell'ordinanza del 30 marzo 2023, dei punti 736 e 759 della decisione impugnata, la Commissione ha indicato di aver constatato che, nel corso degli ultimi cinque anni, le parti della concentrazione avevano esteso solo in misura trascurabile la loro rete all'interno delle zone rispettivamente servite dalla loro rete via cavo o in prossimità di queste ultime. Tale constatazione, che non viene messa in discussione dalla ricorrente nelle sue osservazioni del 2 giugno 2023, corrobora la conclusione della Commissione secondo cui un'estensione delle parti della concentrazione nella zona servita dalla rete via cavo dell'altra parte sarebbe stata improbabile in assenza dell'operazione. Infatti, se la Vodafone e la Unitymedia avevano esteso solo in misura trascurabile la loro rete via cavo all'interno delle zone rispettivamente servite dalla loro rete via cavo prima dell'operazione, era effettivamente improbabile che esse estendessero la loro rete via cavo al di fuori delle zone servite dalla propria rete, in particolare in quella dell'altra parte, poiché tale estensione era meno redditizia di un'estensione all'interno delle zone rispettivamente servite dalla loro rete via cavo.

173 Di conseguenza, questa terza censura dedotta dalla ricorrente non può essere accolta.

174 Per quanto riguarda, in quarto luogo, l'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione avrebbe omesso di tener conto del fatto che la Vodafone e la Unitymedia avrebbero potuto farsi concorrenza sulla base di motivi non connessi all'infrastruttura, è giocoforza rilevare che, contrariamente alle affermazioni della ricorrente, la Commissione non si è limitata ad esaminare la probabilità di una concorrenza potenziale mediante una duplicazione di reti via cavo, come risulta dal punto 745 della decisione impugnata per quanto riguarda la Vodafone, e dal punto 763 per quanto riguarda la Unitymedia. In tale contesto, la Commissione ha ritenuto che fosse parimenti poco probabile che una parte penetrasse nella zona servita dalla rete via cavo dell'altra parte a partire da motivi non fondati sull'infrastruttura, quali, in particolare, le linee affittate, l'infrastruttura satellitare o le reti di livello 4, cosicché questa quarta censura non può essere accolta.

175 In ogni caso, la Commissione ha spiegato dinanzi al Tribunale, senza essere contraddetta dalla ricorrente, che, sebbene fosse teoricamente possibile fornire servizi di trasmissione di segnali televisivi a clienti MDU senza utilizzare la propria infrastruttura di livello 3, non si trattava, in pratica, di una possibilità interessante da un punto di vista concorrenziale. A tale riguardo, occorre altresì rilevare che, al punto 820 della decisione impugnata, cui la ricorrente ha fatto più volte riferimento nell'ambito del presente procedimento, la Commissione ha constatato che gli operatori di livello 4, tra cui la ricorrente, dipendevano completamente dalla volontà delle parti di offrire servizi di trasmissione intermedia del segnale televisivo a condizioni competitive, circostanza che la ricorrente non contesta. Inoltre, al punto 1479 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che gli operatori di livello 4 avevano spiegato essi stessi di essere attivi in un segmento di nicchia del mercato, mentre le associazioni di edilizia residenziale avevano

affermato che gli operatori di livello 4 spesso non soddisfacevano i requisiti richiesti in materia di livello di servizio e non erano in grado di farsi carico dell'ammodernamento della rete di livello 3, circostanza anch'essa non contestata dalla ricorrente. Orbene, tali elementi corroborano la constatazione della Commissione secondo cui era poco probabile che le parti della concentrazione estendessero le loro attività nella zona servita dalla rete via cavo dell'altra parte basandosi su motivi non fondati sull'infrastruttura.

176 Di conseguenza, occorre respingere la quarta censura dedotta dalla ricorrente.

(*omissis*)

e) Sull'asserita collusione tra le parti della concentrazione

188 La ricorrente sostiene altresì che se le parti della concentrazione non si erano fatte concorrenza e non avevano mai duplicato le loro reti via cavo, ciò era dovuto al fatto che esisteva tra loro una collusione implicita o tacita. Secondo la ricorrente, se la Commissione avesse proceduto correttamente, essa avrebbe dovuto constatare che, se né la Vodafone né la Unitymedia avevano esteso le loro attività sul mercato MDU nella zona servita dalla rete via cavo dell'altra, ciò doveva attribuirsi unicamente a una simile collusione.

(*omissis*)

191 A tale riguardo, occorre osservare che la censura della ricorrente non verte sulla concentrazione esaminata nella decisione impugnata, né sugli effetti di quest'ultima sul mercato MDU, ma mira piuttosto a tentare di spiegare la ragione per cui le parti di tale operazione non si facevano concorrenza prima di quest'ultima.

192 Orbene, dall'articolo 21, paragrafo 1, del regolamento n. 139/2004 risulta che quest'ultimo è il solo applicabile alle concentrazioni come definite dall'articolo 3 del medesimo regolamento, alle quali non si applica, in linea di principio, il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1). Quest'ultimo regolamento è invece il solo applicabile ai comportamenti delle imprese che, senza costituire un'operazione di concentrazione ai sensi del regolamento n. 139/2004, possono cionondimeno dar luogo a un coordinamento tra dette imprese contrario all'articolo 101 TFUE e che, per questo motivo, sono soggetti al controllo della Commissione o delle autorità di concorrenza nazionali (sentenza del 7 settembre 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punti 32 e 33).

193 Ne consegue che la censura della ricorrente vertente su un'asserita collusione implicita o tacita tra le parti della concentrazione prima di quest'ultima è inoperante, poiché non riguarda l'oggetto della decisione impugnata, vale a dire una concentrazione soggetta al regolamento n. 139/2004, ma riguarda piuttosto pratiche potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione degli articoli 101 o 102 TFUE e del regolamento n. 1/2003. Pertanto, anche laddove le affermazioni della ricorrente fossero state fondate, vale a dire anche nell'ipotesi in cui fosse esistita, prima dell'operazione, una collusione implicita o tacita tra le parti della concentrazione che spiegasse l'assenza di concorrenza reale o potenziale tra le stesse sul mercato MDU, come sostiene la ricorrente, ciò non avrebbe consentito di mettere in discussione la conclusione cui è giunta la Commissione per quanto riguarda tale mercato, vale a dire l'assenza di concorrenza tra le parti della concentrazione la cui eliminazione avrebbe potuto dar luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

194 In ogni caso, occorre ricordare che, nella decisione impugnata, la Commissione ha considerato che le affermazioni di terzi relative a una collusione tacita tra le parti della concentrazione non erano confermate da un esame dei documenti interni di dette parti ed erano contraddette dalle prove che figuravano nel fascicolo in merito all'insufficiente redditività della duplicazione di reti via cavo (v. note à piè di pagina n. 534 e 566). Gli argomenti dedotti dalla ricorrente, tutti già respinti sopra, nell'ambito dell'esame della presente parte, non consentono di mettere in discussione tale constatazione della Commissione. Peraltro, interrogata in udienza sulla questione di una collusione tacita tra le parti della concentrazione, la ricorrente non è stata in grado di presentare il minimo principio di prova al riguardo. Infine, per quanto riguarda le due decisioni dell'Autorità federale garante della concorrenza invocate, occorre ricordare che esse non possono vincolare la Commissione, come è stato ricordato al precedente punto 152.

(*omissis*)

5. Sulla seconda parte, vertente su un errore manifesto di valutazione e su un difetto di motivazione, in cui la Commissione sarebbe incorsa avendo omesso di tener conto del considerevole aumento delle risorse dell'entità risultante dalla concentrazione

(*omissis*)

b) Sull'errore manifesto di valutazione

(*omissis*)

219 A tale riguardo, occorre sottolineare che l'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 139/2004 menziona effettivamente il potere economico e finanziario tra gli elementi di cui occorre tener conto per valutare se un'operazione di concentrazione sia o meno compatibile con il mercato interno.

220 Tuttavia, per valutare la compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato interno, la Commissione tiene conto di un complesso di elementi quali la struttura dei mercati di cui trattasi, la concorrenza reale o potenziale di imprese, la posizione e il potere economico e finanziario delle imprese interessate, le possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, l'esistenza di ostacoli all'entrata e l'andamento dell'offerta e della domanda (sentenza del 15 febbraio 2005, Commissione/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punto 125). La constatazione di un aumento delle risorse dell'entità risultante dalla concentrazione non consente, pertanto, di per sé, di ravvisare un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

221 Ne consegue che la circostanza che un'operazione di concentrazione tra due imprese determini un aumento delle risorse dell'entità risultante dalla concentrazione, anche se accertata, non è di per sé sufficiente per dichiarare detta operazione incompatibile con il mercato interno. Infatti, occorre ancora dimostrare che tale aumento delle risorse dà luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

222 Orbene, nel caso di specie, senza che sia necessario risolvere la questione se l'aumento delle risorse fosse o meno «specificamente legato» alla concentrazione, la ricorrente non dimostra in che modo tale aumento avrebbe potuto dar luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

223 Il fatto che una concentrazione dia luogo a sinergie o a riduzioni dei costi a favore dell'entità risultante non significa che tale operazione ostacoli necessariamente la concorrenza. Inoltre, nemmeno il fatto che una concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante, o che una sola impresa dominante decida la strategia concorrenziale e la politica dei prezzi dell'entità risultante dalla concentrazione su tutto il territorio nazionale, fa sì che una concentrazione dia automaticamente luogo a un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Infatti, la circostanza che una concentrazione crei o rafforzi una posizione dominante non è, di per sé, sufficiente per ritenere che tale concentrazione sia incompatibile con il mercato interno, dal momento che essa non ostacola in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una parte sostanziale di quest'ultimo (v., in tal senso e per analogia, sentenza del 20 ottobre 2021, Polskie Linie Lotnicze "LOT"/Commissione, T-296/18, EU:T:2021:724, punto 107).

224 Peraltro, occorre sottolineare che la Commissione può dichiarare una concentrazione incompatibile con il mercato interno solo se constata un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva che è la conseguenza diretta e immediata della concentrazione. Siffatto ostacolo, che deriverebbe dalle decisioni future dell'entità risultante dalla concentrazione, può soltanto essere considerato come una conseguenza diretta e immediata della concentrazione se tale comportamento futuro è reso possibile e economicamente razionale dalla modifica delle caratteristiche e della struttura del mercato causata dalla concentrazione (sentenza dell'11 dicembre 2013, Cisco Systems e Messagenet/Commissione, T-79/12, EU:T:2013:635, punto 118).

225 Orbene, nel caso di specie, è pacifico che tanto la Vodafone quanto la Unitymedia si trovavano già in posizione dominante sul mercato MDU nelle zone rispettivamente servite dalla loro rete via cavo prima della concentrazione, con la conseguenza che esse avevano già entrambe il potere di comportarsi, in misura apprezzabile, in modo indipendente rispetto ai loro concorrenti e ai loro clienti MDU. Di conseguenza, anche se, come dedotto dalla ricorrente, l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe potuto, grazie a un aumento delle sue risorse, estromettere i suoi restanti concorrenti applicando, in particolare, prezzi predatori, è giocoforza constatare che ciò si era già verificato prima dell'operazione e che tale comportamento futuro non è, pertanto, reso possibile ed economicamente razionale dalla modifica delle caratteristiche e della struttura del mercato causata dalla concentrazione.

226 In ogni caso, se l'entità risultante dalla concentrazione mettesse in atto pratiche anticoncorrenziali al fine di escludere la concorrenza residua sul mercato MDU, i terzi potrebbero denunciare un simile potenziale abuso presso le autorità nazionali garanti della concorrenza o presso la Commissione, fatta salva la possibilità per queste ultime di agire d'ufficio, conformemente all'articolo 5 e all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 250).

227 Infine, la Commissione non è vincolata né dalla decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) del 14 agosto 2013, né dalla propria prassi decisionale.

228 Per quanto riguarda la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf), si deve peraltro constatare che essa è stata emessa nel 2013, mentre l'operazione era stata notificata nel 2018. Orbene, i mercati delle telecomunicazioni si evolvono molto rapidamente. In tale contesto, il decorso di cinque anni potrebbe anche giustificare la mancata presa in considerazione di tale decisione. Occorre altresì rilevare che, tenuto conto della precisa ripartizione delle competenze su cui si basa il regolamento n. 139/2004, le decisioni delle autorità

nazionali non possono vincolare la Commissione nell'ambito dei procedimenti di controllo delle concentrazioni (v., in tal senso, sentenze del 18 dicembre 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punto 56, e del 7 maggio 2009, NVV e a./Commissione, T-151/05, EU:T:2009:144, punto 139).

229 Infatti, per quanto riguarda la prassi decisionale anteriore della Commissione, si deve osservare che, quando la Commissione si pronuncia sulla compatibilità di una concentrazione con il mercato interno sulla base di una notificazione e di un fascicolo specifici per tale operazione, un ricorrente non ha il diritto di mettere in discussione le sue affermazioni sostenendo che sono diverse da quelle effettuate in precedenza in un'altra causa, sulla base di una notificazione e di un fascicolo differenti, anche supponendo che i mercati in esame nelle due cause siano analoghi o addirittura identici (sentenze del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, EU:T:2005:456, punto 118, e del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 142).

230 Da quanto precede risulta che la ricorrente non dimostra che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione nel ritenere che non sussistessero effetti orizzontali non coordinati sul mercato MDU a causa dell'aumento delle risorse derivante dall'operazione di concentrazione.

(*omissis*)

D. Sul terzo motivo di ricorso, vertente su un errore manifesto di valutazione e su irregolarità procedurali nell'ambito dell'esame degli effetti verticali non coordinati sul mercato intermedio e sul mercato MDU

(*omissis*)

3. Sulla seconda parte, vertente su errori manifesti di valutazione

(*omissis*)

314 A tale riguardo, occorre constatare che dal punto 31 degli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (GU 2008, C 265, pag. 6; in prosieguo: gli «orientamenti sulle concentrazioni non orizzontali») risulta che si verifica una preclusione dell'accesso al mercato degli input quando, a seguito della concentrazione in questione, la nuova entità può limitare l'accesso ai prodotti o ai servizi che avrebbe fornito se detta concentrazione non avesse avuto luogo, in particolare quando tale entità può aumentare i costi dei suoi concorrenti situati a valle, rendendo più difficile per loro l'approvvigionamento dei fattori di produzione a prezzi e condizioni simili a quelli che vi sarebbero stati in mancanza della concentrazione.

315 Ai sensi del punto 32 degli orientamenti sulle concentrazioni non orizzontali, nel valutare la probabilità di uno scenario anticoncorrenziale di preclusione a livello dei fattori di produzione, la Commissione valuta, sotto un primo profilo, se il soggetto risultante dalla concentrazione avrebbe, dopo l'operazione, la capacità di precludere in maniera significativa l'accesso ai fattori di produzione, sotto un secondo profilo, se avrebbe un incentivo ad agire in tal senso e, sotto un terzo profilo, se una strategia di preclusione avrebbe un effetto negativo significativo sulla concorrenza a valle.

316 Occorre osservare che queste tre condizioni sono cumulative, cosicché l'assenza di una di esse è sufficiente per escludere il rischio di preclusione degli input anticoncorrenziale (sentenze del 23 maggio 2019, KPN/Commissione, T-370/17, EU:T:2019:354, punti 118 e 119, e del 27 gennaio 2021, KPN/Commissione, T-691/18, non pubblicata, EU:T:2021:43, punti 111 e 112). Peraltro, per quanto riguarda più in particolare la terza di tali condizioni, occorre rilevare che, affinché detta condizione sia soddisfatta, occorre dimostrare un'incidenza negativa significativa sulla concorrenza a valle, come risulta dal punto 32 degli orientamenti sulle concentrazioni non orizzontali.

317 Si deve constatare che, nella decisione impugnata, nonostante l'assenza di un nuovo legame verticale tra il mercato intermedio a monte e il mercato MDU a valle risultante dalla concentrazione, la Commissione, ai punti da 1476 a 1506 della decisione impugnata, ha esaminato queste tre condizioni senza che tale approccio fosse, in quanto tale, criticato dalla ricorrente.

318 Nel caso di specie, il Tribunale ritiene opportuno iniziare esaminando gli argomenti dedotti dalla ricorrente al fine di dimostrare che la Commissione, nella decisione impugnata, avrebbe concluso in modo manifestamente errato che la terza di tali condizioni non era soddisfatta, vale a dire la sua terza censura, sintetizzata al precedente punto 312.

319 A tale riguardo, è giocoforza constatare che, in tale contesto, la ricorrente non mette in discussione vari elementi che hanno indotto la Commissione a concludere che un'eventuale strategia di preclusione del mercato non avrebbe in ogni caso un'incidenza negativa significativa sulla concorrenza a valle.

320 Pertanto, la ricorrente non contesta il fatto che una siffatta strategia non avrebbe inciso sulla sua attività principale, poiché quest'ultima si svolgeva al di fuori della zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia. Peraltro, sebbene la ricorrente contesti la conclusione della Commissione secondo cui essa era poco attiva nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, essa non suffraga tuttavia in alcun modo tale affermazione e non mette in discussione, in particolare, il fatto che essa non poteva partecipare alle gare d'appalto che richiedevano aggiornamenti della rete di livello 3, il carattere limitato, poiché pari a [0-5]%, della sua quota di mercato interessata e la sua partecipazione limitata a gare d'appalto nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia.

321 Inoltre, nessuno degli argomenti dedotti dalla ricorrente è fondato.

322 Per quanto riguarda, sotto un primo profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui essa esercitava un vincolo concorrenziale sufficiente nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, nonostante il fatto che essa si limitasse a rivendervi il prodotto di quest'ultima, è giocoforza constatare che una simile affermazione non è accompagnata da elementi che consentano di mettere in discussione le spiegazioni che figurano ai punti 1501 e 1503 della decisione impugnata, come richiamate ai precedenti punti 283 e 284.

323 Pertanto, la ricorrente non suffraga affatto la sua affermazione secondo cui la scomparsa dei rivenditori, che sarebbero riusciti a vincere gare d'appalto in passato, avrebbe un'incidenza negativa significativa sulla concorrenza.

324 Inoltre, occorre constatare che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, lo scopo di un procedimento di controllo delle concentrazioni non è quello di garantire un rafforzamento della ricorrente in quanto principale concorrente delle parti della concentrazione e principale fonte di concorrenza residua, tanto più che la ricorrente non precisa in cosa consisterebbe un siffatto rafforzamento, né da quale base giuridica esso dovrebbe derivare.

325 Infine, la ricorrente non può fondatamente invocare il fatto che, per quanto riguarda gli effetti orizzontali non coordinati sul mercato dell'accesso fisso a Internet, la Commissione ha accettato una misura correttiva puramente incentrata sui rivenditori. Infatti, come spiegato dalla Commissione, esistono notevoli differenze tra il mercato MDU e il mercato dell'accesso fisso a Internet, che rendevano necessaria l'adozione di una misura correttiva nel caso di quest'ultimo. Infatti, le condizioni di concorrenza sui due mercati erano diverse (v. punti 391 e seguenti nonché punti 700 e seguenti della decisione impugnata). A tale riguardo, sul mercato MDU, l'accento era posto soprattutto sull'infrastruttura da mettere a disposizione (v. punti 107 e 699 della decisione impugnata) e i fornitori di livello 4 non vi esercitavano una pressione concorrenziale significativa (v. punti da 818 a 820 e da 1478 a 1480 della decisione impugnata). Per contro, prima della concentrazione, la Vodafone esercitava una notevole pressione concorrenziale sul mercato dell'accesso fisso a Internet (v. punti da 445 a 499, e in particolare punto 454, della decisione impugnata), di modo che era necessaria una misura correttiva (v., in particolare, punto 1898 della decisione impugnata).

326 Per quanto riguarda, sotto un secondo profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui essa si sarebbe basata solo temporaneamente sui servizi intermedi di trasmissione del segnale televisivo forniti dalla Unitymedia in attesa di installare la propria rete di livello 3, dal punto 798 e dalla figura 20 della decisione impugnata, ai quali fa riferimento la Commissione al punto 1504 di detta decisione, risulta che le valutazioni effettuate dalla Commissione si basano tanto sulla risposta alla comunicazione degli addebiti quanto sulle cifre proprie comunicate dalla ricorrente stessa. Gli elementi di prova esposti al punto 744, lettera a), e ai punti da 797 a 799 della decisione impugnata dimostrano che la ricorrente non aveva realmente intrapreso una duplicazione della rete via cavo di un altro operatore negli anni precedenti l'adozione della decisione impugnata. In particolare, la figura 20 della decisione impugnata, inclusa al punto 798 di detta decisione, mostra che il numero di nuclei familiari collegati alla rete della ricorrente non era sensibilmente aumentato tra il 2012 e il 2018, se non a seguito dell'acquisizione di attività preesistenti di altre società. Orbene, la ricorrente si limita a fare riferimento alle proprie dichiarazioni, ma non produce alcun elemento di prova che contraddica la conclusione secondo la quale essa «negli ultimi anni [aveva] sviluppato in misura molto limitata la sua infrastruttura di livello 3».

327 Ne consegue che gli argomenti dedotti dalla ricorrente non dimostrano che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione quando ha ritenuto che gli elementi di cui disponeva dimostrassero che l'indebolimento della ricorrente sulla zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia non avrebbe un impatto negativo significativo sulla concorrenza sul mercato della fornitura al dettaglio dei clienti MDU.

328 Pertanto, occorre respingere la terza censura formulata dalla ricorrente a sostegno della seconda parte del terzo motivo di ricorso.

329 Tenuto conto del carattere cumulativo delle tre condizioni relative all'esistenza di un rischio di preclusione degli input, peraltro non contestato dalla ricorrente, il fatto che la ricorrente non abbia dimostrato che la Commissione fosse incorsa in un errore manifesto di valutazione nel ritenere che la terza di tali condizioni non fosse soddisfatta è sufficiente per escludere un siffatto

rischio di preclusione, senza che occorra ancora esaminare se la Commissione abbia ritenuto, in modo manifestamente errato, che neppure le altre due condizioni fossero soddisfatte. Di conseguenza, non occorre esaminare la fondatezza della prima e della seconda censura formulate dalla ricorrente a sostegno della seconda parte del terzo motivo di ricorso, che vertono, in sostanza, su queste prime due condizioni.

330 Alla luce di quanto precede, occorre respingere il terzo motivo di ricorso, senza che sia necessario esaminare se la ricorrente avesse un interesse ad invocarlo.

E. Sul quarto motivo di ricorso, vertente su un errore manifesto di valutazione nell'ambito dell'esame degli effetti orizzontali non coordinati sul mercato del feed-in di segnali televisivi

(*omissis*)

2. Sull'errore manifesto di valutazione dedotto dalla ricorrente

(*omissis*)

348 Per quanto riguarda, in primo luogo, la censura da essa mossa alla Commissione di essersi asseritamente limitata ad analizzare taluni effetti anticoncorrenziali riguardanti le royalty di feed-in o i servizi OTT e HBBTV, la ricorrente si limita a citare talune funzionalità tecniche e taluni aspetti commerciali che la Commissione, a suo avviso, avrebbe dovuto esaminare, ma non spiega affatto in che modo questi ultimi potrebbero essere interessati dalla concentrazione, e più in particolare le ragioni per le quali, e il modo in cui, l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe la capacità, e soprattutto l'interesse, di deteriorare tali funzionalità ed aspetti commerciali durante le trattative con le emittenti televisive, in che modo, tenuto conto in particolare dell'importanza di questi ultimi, ciò potrebbe avere l'effetto di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva sul mercato del feed-in di segnali televisivi e in che modo un siffatto probabile deterioramento di tali funzionalità ed aspetti commerciali sarebbe specificamente legato alla concentrazione, il che consente di respingere tale prima censura.

349 In ogni caso, come giustamente sostenuto dalla Commissione, il semplice fatto che la Commissione non abbia proceduto a tutte le verifiche desiderate o ritenute utili dalla ricorrente non giustifica, di per sé, l'annullamento della decisione impugnata.

350 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'affermazione secondo cui la Commissione non avrebbe tenuto conto del fatto che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe la capacità e l'incentivo a porre in essere esclusive parziali al fine di vietare la diffusione di contenuti tramite alcuni dei suoi concorrenti, come essa stessa, è giocoforza constatare che una simile affermazione è molto generica e non è affatto suffragata da prove.

351 Peraltro, sebbene la ricorrente sostenga che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe la capacità e l'incentivo di instaurare una siffatta strategia di esclusiva parziale nei confronti di alcuni dei suoi concorrenti, si deve rilevare che essa non tenta neppure di dimostrare che una siffatta strategia avrebbe un impatto negativo significativo sulla concorrenza a valle, basandosi ad esempio su elementi di prova tali da dimostrare che una percentuale potenzialmente importante di società di edilizia residenziale per quanto riguardava il mercato MDU, o di telespettatori tedeschi per quanto riguardava il mercato SDU, sarebbe stata disposta a passare all'offerta dell'entità risultante dalla concentrazione per la sola ragione che taluni canali non sarebbero stati

proposti dal loro fornitore attuale. Orbene, come risulta dai precedenti punti 315 e 316 e dalla giurisprudenza ivi citata, le tre condizioni menzionate al punto 32 degli orientamenti sulle concentrazioni non orizzontali sono cumulative, cosicché l'assenza di una di esse è sufficiente ad escludere il rischio di preclusione degli input anticoncorrenziale, il che consente di respingere questa seconda censura.

352 In ogni caso, la conclusione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di accordi di esclusiva con un fornitore diretti a estromettere dal mercato a valle uno o più concorrenti designati individualmente può costituire un comportamento contrario al diritto della concorrenza (v., in tal senso, sentenza del 22 marzo 2011, Altstoff Recycling Austria/Commissione, T-419/03, EU:T:2011:102, punto 51). Interrogata al riguardo all'udienza di discussione, la Commissione ha peraltro confermato che se l'entità risultante dalla concentrazione avesse concluso un accordo di esclusiva totale o parziale con un'emittente televisiva, ciò avrebbe costituito potenzialmente una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE.

353 Di conseguenza, si deve considerare che era poco probabile che l'entità risultante dalla concentrazione fosse incentivata a concludere siffatti accordi al termine di tale operazione, il che si applicava anche alle emittenti televisive. Infatti, dalla giurisprudenza risulta che, sebbene sia opportuno tener conto degli incentivi ad adottare comportamenti anticoncorrenziali, occorre altresì tener conto del fatto che detti incentivi potrebbero essere ridotti, o addirittura eliminate, a motivo dell'illegittimità dei comportamenti in questione, dell'eventualità di individuarli, della possibilità per le autorità competenti, sia a livello dell'Unione sia nazionale, di perseguirli e delle sanzioni pecuniarie che potrebbero derivarne (v., in tal senso, sentenze del 25 ottobre 2002, Tetra Laval/Commissione, T-5/02, EU:T:2002:264, punto 159, e del 14 dicembre 2005, General Electric/Commissione, T-210/01, EU:T:2005:456, punti da 303 a 311). Non si può quindi addebitare alla Commissione di non aver tenuto conto dell'eventualità improbabile, considerata la sua potenziale illegittimità, che l'entità risultante dalla concentrazione concludesse con un'emittente televisiva un accordo di esclusiva in virtù del quale uno o più concorrenti sui mercati a valle, come la ricorrente, sarebbero stati privati dell'accesso a taluni contenuti.

354 Per quanto riguarda, in terzo luogo, l'affermazione secondo cui l'entità risultante dalla concentrazione potrebbe sfruttare sul mercato MDU i vantaggi di cui beneficerebbe sul mercato del feed-in di segnali televisivi, si deve constatare che tali elementi sono già stati invocati dalla ricorrente a sostegno della seconda parte del suo primo motivo di ricorso, vertente su un errore manifesto di valutazione e su un difetto di motivazione, dovuti al fatto che la Commissione, nell'ambito del suo esame del mercato MDU, avrebbe omesso di tener conto del considerevole aumento delle risorse dell'entità risultante dalla concentrazione. Orbene, questa seconda parte è stata respinta per le ragioni esposte ai precedenti punti da 199 a 230, cosicché tale terza censura non può essere accolta.

355 In ogni caso, se gli asseriti vantaggi di cui beneficerebbe l'entità risultante dalla concentrazione le consentissero di offrire prezzi più vantaggiosi ai clienti MDU, come sostiene la ricorrente, si deve ritenere che ciò sarebbe rivelatore di effetti positivi per i consumatori, essendo probabile che una siffatta riduzione di prezzo inciderebbe sull'importo del canone mensile dei locatari degli immobili interessati, anziché di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva. Inoltre, occorre constatare che la ricorrente non dimostra affatto che i vantaggi da essa dedotti, vale a dire la riscossione di royalty di feed-in e l'acquisizione di contenuti a condizioni più vantaggiose rispetto ai più piccoli operatori via cavo, sarebbero stati specificamente legati alla concentrazione.

356 Pertanto, la ricorrente non dimostra che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione nell'ambito dell'esame degli effetti orizzontali non coordinati sul mercato del feed-in di segnali televisivi, con la conseguenza che il quarto motivo di ricorso deve essere respinto.

F. Sul quinto motivo di ricorso, vertente su un errore manifesto di valutazione e su un'irregolarità procedurale nell'ambito dell'esame degli impegni

(*omissis*)

2. Sulla prima parte, vertente su un errore manifesto nella valutazione dell'impegno WCBA

(*omissis*)

370 Inoltre, per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui l'impegno WCBA sarebbe inefficace in quanto non consentirebbe di compensare la scomparsa della pressione concorrenziale da parte delle infrastrutture e delle innovazioni esercitata dalla Unitymedia prima dell'operazione, è giocoforza constatare che l'obiettivo principale dell'impegno WCBA era quello di porre rimedio al problema concorrenziale derivante dalla scomparsa della pressione concorrenziale esercitata dall'attività DSL della Vodafone nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, come risulta in particolare dal punto 1898 della decisione impugnata.

371 Infatti, a seguito dell'operazione, l'attività esercitata dalla Unitymedia attraverso la sua rete via cavo perdurerebbe e sarebbe rilevata dalla Vodafone. Per contro, la Vodafone prevedeva di porre fine, nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, alla sua attività DSL, che essa esercitava sulla base di un accesso all'ingrosso fornito dalla Deutsche Telekom (v., in particolare, punti 566, 604 e 605 della decisione impugnata). Ne consegue che sarebbe l'attività DSL della Vodafone, vale a dire un'attività di rivendita del prodotto DSL della Deutsche Telekom, a scomparire successivamente all'operazione.

372 L'impegno WCBA non avrebbe potuto, pertanto, essere considerato inefficace nella parte in cui prevedeva l'ingresso di un operatore, la Telefónica, che non sarebbe stato attivo in materia di infrastrutture, ma si sarebbe occupato unicamente della rivendita, avendo precisamente lo scopo di compensare la scomparsa di un operatore, la Vodafone, nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, che non era attivo in materia di infrastrutture, ma effettuava unicamente la rivendita, cosicché tale prima censura non può essere accolta.

373 In ogni caso, risulta segnatamente dal punto 452 della decisione impugnata che, nella zona servita dalla sua rete via cavo, la Vodafone investiva e innovava prima dell'operazione. Peraltro, successivamente all'operazione, l'attività via cavo dell'entità risultante dalla concentrazione continuerebbe a confrontarsi, nella zona servita dalla rete via cavo della Unitymedia, con la concorrenza di altri operatori, quali la Deutsche Telekom, la United Internet e la Telefónica, il che emerge parimenti da tale punto. Ne consegue che l'entità risultante dalla concentrazione sarebbe probabilmente indotta, nella zona precedentemente servita dalla rete via cavo della Unitymedia, a dover effettuare investimenti in termini di infrastrutture e di innovazione simili a quelli effettuati da quest'ultima prima dell'operazione. In ogni caso, la ricorrente non produce alcuna prova sufficiente a dimostrare che, nonostante tali circostanze e, più precisamente, nonostante la concorrenza esercitata dalla Deutsche Telekom, dalla United Internet e dalla Telefónica, l'entità risultante dalla concentrazione cesserebbe di investire e di innovare nella

zona precedentemente servita dalla rete via cavo della Unitymedia, con la conseguenza che l'operazione comporterebbe una scomparsa della pressione concorrenziale derivante da tali investimenti e innovazioni.

374 In secondo luogo, per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo cui la Commissione non avrebbe potuto accettare l'impegno WCBA a causa del suo carattere comportamentale e non strutturale, è vero che, come constatato dalla ricorrente, la Commissione spiega al punto 15 della comunicazione concernente le misure correttive che gli impegni a carattere strutturale, come l'impegno di cedere un'attività, sono generalmente preferibili dal punto di vista dell'obiettivo definito nel regolamento n. 139/2004, in quanto impediscono durevolmente i problemi di concorrenza che deriverebbero dalla concentrazione notificata e non necessitano di misure di sorveglianza a medio o a lungo termine. Peraltro, la Commissione sottolinea, al punto 17 della detta comunicazione, che gli impegni relativi al comportamento futuro dell'entità risultante dalla concentrazione possono essere ricevibili solo eccezionalmente, in circostanze molto specifiche.

375 Inoltre, la Commissione è autorizzata ad accettare solo impegni tali da rendere l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato interno. In altri termini, gli impegni proposti dalle imprese interessate devono consentire alla Commissione di concludere che l'operazione di concentrazione di cui trattasi non ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato interno o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, di tale regolamento (v. sentenza del 23 febbraio 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, T-282/02, EU:T:2006:64, punto 294 e giurisprudenza ivi citata).

376 Gli impegni assunti nel corso della fase II hanno, in particolare, lo scopo di porre rimedio ai problemi di concorrenza constatati dalla Commissione nel corso della fase I e che hanno indotto la Commissione ad avviare la fase II. Pertanto, quando il Tribunale è chiamato a esaminare se gli impegni assunti nel corso della fase II siano, in considerazione della loro portata e del loro contenuto, tali da consentire alla Commissione di adottare una decisione di approvazione della concentrazione, deve verificare se la Commissione abbia potuto ritenere, senza commettere un manifesto errore di valutazione, che detti impegni costituissero una risposta diretta e sufficiente ai problemi di concorrenza constatati nella fase I (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2015, Niki Luftfahrt/Commissione, T-162/10, EU:T:2015:283, punto 298).

377 Ai sensi del considerando 30 del regolamento n. 139/2004, quando le imprese interessate modificano un progetto di concentrazione notificato, in particolare offrendo di assumere impegni per rendere la concentrazione compatibile con il mercato interno, la Commissione dovrebbe poter dichiarare la concentrazione, così modificata, compatibile con il mercato interno. Gli impegni dovrebbero essere proporzionati al problema sotto il profilo della concorrenza e risolverlo interamente (v., in tal senso, sentenza del 23 febbraio 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissione, T-282/02, EU:T:2006:64, punto 307).

378 Infine, gli impegni comportamentali non sono, per loro natura, insufficienti ad impedire un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva sul mercato interno o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, e devono essere esaminati caso per caso al pari degli impegni strutturali (v., in tal senso, sentenza del 21 settembre 2005, EDP/Commissione, T-87/05, EU:T:2005:333, punto 100 e giurisprudenza ivi citata).

379 Così, al punto 15 della comunicazione concernente le misure correttive, la Commissione sottolinea che non è possibile escludere *a priori* che anche altri tipi di impegni, diversi dagli impegni a carattere strutturale, possano impedire la formazione di un ostacolo significativo ad una concorrenza effettiva.

380 Da quanto precede risulta che, certamente, nella comunicazione concernente le misure correttive, la Commissione esprime una preferenza per gli impegni strutturali, in particolare a causa della facilità della loro attuazione. Tuttavia, occorre constatare che sono principalmente il carattere appropriato e sufficiente degli impegni a risolvere il problema di concorrenza individuato, nonché la certezza che detti impegni potranno essere attuati, a determinare l'accettazione di questi ultimi.

381 La ricorrente non può quindi fondatamente sostenere che la Commissione avrebbe dovuto rifiutare l'impegno WCBA per il solo motivo che esso verteva unicamente sul comportamento dell'entità risultante dalla concentrazione, il che consente di respingere la seconda censura.

382 In terzo luogo, per quanto attiene all'affermazione della ricorrente relativa all'asserita incapacità della Telefónica di esercitare una forte pressione concorrenziale sul mercato dell'accesso fisso a Internet, è giocoforza rilevare che il contenuto del punto 529 della decisione impugnata, invocato dalla ricorrente a sostegno della presente censura, riguarda una dichiarazione della Deutsche Telekom sulla forza concorrenziale della Telefónica anteriormente alla presa in considerazione dell'impegno WCBA, il che consente di respingere l'argomento della ricorrente secondo cui la Commissione stessa avrebbe riconosciuto, in tale punto, detta incapacità della Telefónica.

383 Peraltro, per quanto riguarda l'argomento della ricorrente relativo alle asserite velocità limitate che sarebbero offerte alla Telefónica in applicazione dell'impegno WCBA, è vero che, al punto 531 della decisione impugnata, la Commissione ha proceduto alle seguenti constatazioni:

«Telefónica disponeva solo da poco di un'offerta a 250 Mbit/s nel suo portafoglio di prodotti. Fino ad oggi, essa proponeva solo velocità di 10, 50 e 100 Mbit/s, cosa che i concorrenti considerano un serio limite alla sua competitività. Tale introduzione tardiva di velocità più elevate nel suo portafoglio di prodotti costituisce una prova importante della limitata competitività della Telefónica sul mercato».

384 Tuttavia, si deve sottolineare che simili constatazioni effettuate dalla Commissione vertevano sulla situazione della Telefónica in assenza dell'impegno WCBA.

385 Pertanto, si deve ritenere che tali rilievi, che non tengono conto di tutti gli obblighi sottoscritti dalla Vodafone nell'ambito dell'impegno WCBA, non consentano di trarre alcuna conclusione in ordine alla capacità e all'incentivo della Telefónica ad operare quale forza concorrenziale redditizia e attiva una volta attuato tale impegno.

386 Inoltre, occorre rilevare che, ai punti da 1896 a 1917 della decisione impugnata, in una sezione intitolata «Portata», la Commissione ha esaminato in modo dettagliato l'impegno WCBA. Più in particolare, ai punti da 1901 a 1906 di detta decisione, la Commissione ha esaminato le velocità che sarebbero offerte dalla Vodafone alla Telefónica. Come sottolineato dall'interveniente nell'ambito del presente procedimento, la Telefónica disponeva di una velocità massima ipotetica di 250 Mbit/s per le sue attività DSL. In confronto, l'impegno WCBA le consentirebbe di accedere a velocità fino a 300 Mbit/s al momento della sua attuazione e fino a 500 Mbit/s successivamente. Così, al punto 1906 della decisione impugnata, la Commissione ha ritenuto che le velocità

disponibili nell'ambito dell'impegno WCBA offrirebbero vantaggi significativi rispetto a quelli disponibili sull'infrastruttura DSL della Deutsche Telekom. In particolare, essa ha rilevato che tale impegno offrirebbe velocità superiori al prodotto più rapido tecnicamente disponibile con l'infrastruttura DSL e creerebbe un concorrente più vicino alla Unitymedia che all'attività DSL della Vodafone in termini di velocità. In generale, la Commissione ha ritenuto che le velocità disponibili in applicazione dell'impegno WCBA costituirebbero un miglioramento rispetto all'offerta all'ingrosso della Deutsche Telekom e che sarebbero sufficienti per consentire alla Telefónica di esercitare una concorrenza effettiva sul mercato dell'accesso fisso a Internet in un futuro prevedibile.

387 Pertanto, la mera circostanza che, prima di prendere in considerazione l'impegno WCBA, la Commissione abbia ritenuto che l'introduzione tardiva di velocità più elevate nel suo portafoglio di prodotti costituisse una prova importante della limitata competitività della Telefónica sul mercato non consente di trarre alcuna conclusione circa la capacità e l'incentivo della Telefónica ad operare quale forza concorrenziale redditizia e attiva, e quindi sull'adeguatezza e sufficienza dell'impegno WCBA, una volta attuato, il che consente di respingere tale terza censura.

388 Da tutto quanto precede deriva che la prima parte del quinto motivo di ricorso, vertente su un errore manifesto in cui sarebbe incorsa la Commissione nella valutazione dell'impegno WCBA, deve essere respinta.

3. Sulla seconda parte, vertente su un'irregolarità procedurale e su un errore manifesto nella valutazione degli impegni relativi al mercato del feed-in di segnali televisivi

389 In primo luogo, la ricorrente sostiene che la Commissione ha commesso un'irregolarità procedurale accettando l'impegno relativo alle royalty di feed-in, dato che quest'ultimo era stato presentato tardivamente, dopo la scadenza del termine previsto all'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento n. 802/2004, e senza consultazione degli operatori del mercato.

(*omissis*)

400 Per quanto riguarda, sotto un secondo profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui l'impegno OTT sarebbe stato insufficiente, dato che i servizi OTT avrebbero avuto ancora un'importanza limitata in Germania e perché non avrebbe tutelato gli altri operatori via cavo e i fornitori IPTV, è giocoforza constatare, da un lato, che dal punto 1266 della decisione impugnata risulta che il problema di concorrenza constatato, al quale tale rimedio mirava a fornire una soluzione, consisteva nella maggiore possibilità che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe di ostacolare la nascita e lo sviluppo di taluni servizi televisivi innovativi, la cui importanza era stata constatata, che permettono una maggiore interazione tra l'emittente televisiva e i telespettatori, tra cui l'OTT.

401 Di conseguenza, indipendentemente dalla questione del contesto temporale nel quale i servizi OTT sarebbero stati in grado di limitare il margine di manovra e il maggiore potere contrattuale dell'entità risultante dalla concentrazione, si deve constatare che l'impegno OTT, imponendo alla Vodafone, sin dalla data di adozione della decisione impugnata, non solo di non concludere o rinnovare un accordo con un'emittente televisiva che avesse incluso termini restrittivi direttamente o indirettamente la capacità di tale emittente di offrire un servizio OTT in Germania, ma anche di non attuare siffatte clausole eventualmente presenti e di rimuovere simili restrizioni nei contratti esistenti (v. punti 13 e 14 della sezione B.II del testo degli impegni), era

immediatamente in grado di far sì che la Vodafone non ostacolasse l'emergere e lo sviluppo dei servizi OTT e, pertanto, era idoneo a eliminare il problema di concorrenza constatato per il quale era stato adottato.

402 Dall'altro lato, occorre rilevare che, sebbene la Commissione abbia considerato, nella decisione impugnata, che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe la capacità e l'incentivo di ostacolare la nascita e lo sviluppo di servizi televisivi innovativi quali la HBBTV e l'OTT e che la Vodafone, per rimediare a tale problema di concorrenza, aveva proposto gli impegni OTT e HBBTV, essa non ha ritenuto che ciò si sarebbe verificato nel caso di altri mezzi di diffusione, quali gli altri operatori via cavo o i fornitori IPTV. Per quanto riguarda quest'ultimo prodotto, si deve constatare che esso, contrariamente all'OTT, era in fase di rallentamento, con una quota di mercato limitata dell'8% (v. punto 291 della decisione impugnata), circostanza che la ricorrente non contesta.

403 Orbene, la ricorrente non ha addebitato alla Commissione di non aver ritenuto che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe avuto la capacità e l'intenzione di ostacolare l'emergere e lo sviluppo di altri mezzi di diffusione, quali gli altri operatori via cavo o i fornitori IPTV, con la conseguenza che non era necessario imporre un impegno al riguardo, il che consente di respingere tale affermazione della ricorrente.

404 Per quanto riguarda, sotto un terzo profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui la capacità esistente tra la rete Internet dell'entità risultante dalla concentrazione e i fornitori terzi di servizi di interconnessione Internet prevista nell'ambito dell'impegno OTT non sarebbe stata sufficiente per garantire una velocità tale da consentire la diffusione di servizi OTT, ma secondo la quale sarebbe stato piuttosto necessario fissare a 32 il numero di nuclei familiari collegati per permutatore, è giocoforza constatare che la ricorrente non suffraga con alcuna prova un'affermazione del genere, cosicché tale terza censura non può essere accolta.

405 In ogni caso, occorre rilevare che dal punto 15 della sezione B.II del testo degli impegni risulta che l'obiettivo del secondo aspetto dell'impegno OTT, relativo all'interconnessione per i servizi OTT, era di mantenere almeno tre rotte non congestionate verso la rete IP dell'entità risultante dalla concentrazione in Germania. In altri termini, l'obiettivo era quello di fornire una capacità di interconnessione sufficiente per consentire ai clienti a banda larga dell'entità risultante dalla concentrazione di accedere a qualsiasi servizio OTT in Germania, sia attraverso i punti di interconnessione descritti al punto 16 della sezione B.II del testo degli impegni, sia altrimenti.

406 A tal fine, il punto 16 della sezione B.II del testo degli impegni prevedeva, in particolare, i seguenti obblighi. Sotto un primo profilo, la Vodafone assicurerebbe che l'utilizzo giornaliero di punta in tutti i punti di interconnessione dell'entità risultante dalla concentrazione con ciascuno dei gruppi di almeno tre fornitori di interconnettività considerati disposti a vendere servizi di transito, attraverso uno o più punti di interconnessione fisici in Germania, sui quali il traffico poteva circolare verso i clienti a banda larga, non superi l'80%, con la conseguenza che vi sarebbe almeno il 20% di capacità disponibile oltre la punta giornaliera. Sotto un secondo profilo, la Vodafone avrebbe vigilato affinché la capacità disponibile al di là della punta giornaliera fosse di almeno 20 Gbit/s. Tale cifra sarebbe stata rivista ogni anno secondo una procedura descritta nel testo degli impegni. Orbene, la ricorrente non spiega concretamente in che modo ciò sarebbe stato insufficiente.

407 A tale riguardo, occorre altresì rilevare che la Commissione e l'interveniente hanno spiegato, in sostanza, senza essere contraddette, che l'entità risultante dalla concentrazione sarebbe stata fortemente incentivata a minimizzare una congestione a livello della rete locale per il motivo che una siffatta congestione, provocando strozzature «sull'ultimo chilometro» («on the last mile»), avrebbe compromesso anche l'attrattiva della propria offerta fissa di servizi a banda larga e l'avrebbe esposta al rischio di perdere clienti a vantaggio di altri operatori.

408 Inoltre, occorre constatare che, al punto 1929 della decisione impugnata, la Commissione ha rilevato che la neutralità di Internet, garantita dal regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione (GU 2015, L 310, pag. 1), avrebbe dovuto impedire all'entità risultante dalla concentrazione di adottare pratiche unilaterali restrittive volte ad eludere l'impegno, quali la ridefinizione delle priorità in materia di traffico o la discriminazione, circostanza che la ricorrente non contesta.

409 Alla luce di quanto precede, si deve considerare che la ricorrente non dimostra che l'impegno OTT sarebbe stato insufficiente per garantire una qualità di ricezione sufficiente ai clienti della televisione OTT, il che consente di respingere la terza censura.

410 Per quanto riguarda, sotto un quarto profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui l'impegno OTT e l'impegno HBBTV non avrebbero impedito all'entità risultante dalla concentrazione di abusare della sua posizione, pregiudicando altre funzionalità tecniche, occorre ricordare che dai precedenti punti 348 e 349 risulta che, nell'ambito del suo quarto motivo di ricorso, la ricorrente non è riuscita a dimostrare che la Commissione abbia omesso di constatare che l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe potuto pregiudicare anche altre funzionalità tecniche, quali il «CI Plus», la «TVHD», la guida elettronica del programma o i servizi di VOD, la catch-up TV e l'instant replay, vale a dire gli stessi che cita a sostegno della presente affermazione.

411 Più in particolare, la ricorrente non dimostra, innanzitutto, in che modo dette funzionalità avrebbero potuto essere interessate dalla concentrazione, così come le ragioni per le quali, e il modo in cui, l'entità risultante dalla concentrazione avrebbe avuto la capacità, e soprattutto l'interesse, di deteriorare tali aspetti durante le trattative con le emittenti televisive, poi, in che modo, tenuto conto in particolare dell'importanza di questi ultimi, ciò avrebbe potuto avere l'effetto di ostacolare in modo significativo una concorrenza effettiva sul mercato del feed-in di segnali televisivi e, infine, in che modo un siffatto probabile deterioramento di tali funzionalità sarebbe stato specificamente legato alla concentrazione, con la conseguenza che non era necessario imporre un impegno al riguardo, il che consente di respingere tale affermazione della ricorrente.

412 Per quanto concerne, sotto un quinto profilo, l'affermazione della ricorrente secondo cui l'impegno relativo alle royalty di feed-in non avrebbe impedito all'entità risultante dalla concentrazione di rendere meno favorevoli, nei confronti delle emittenti televisive, condizioni diverse da tali royalty, si deve constatare che la ricorrente e l'interveniente concordano sul fatto che le trattative tra le emittenti e le piattaforme televisive non si limitavano ai flussi di reddito delle emittenti televisive verso l'entità risultante dalla concentrazione, vale a dire alle royalty di

feed-in, ma coprivano anche i pagamenti connessi ai contenuti e i pagamenti a titolo della qualità tecnica o delle funzionalità e servizi supplementari, effettuati dall'entità risultante dalla concentrazione a favore delle emittenti televisive.

413 Tuttavia, è giocoforza constatare, anzitutto, che, al punto 1221 della decisione impugnata, la Commissione ha indicato che le royalty di feed-in erano direttamente connesse alla trasmissione di segnali televisivi via cavo e sembravano quindi essere il principale elemento del flusso di pagamento che sarebbe stato pregiudicato dall'accresciuto potere di mercato dell'entità risultante dalla concentrazione sul mercato del feed-in di segnali televisivi. Peraltro, al punto 1959 di detta decisione, la Commissione ha spiegato che, sebbene il recente sviluppo dei servizi televisivi a valore aggiunto avesse contribuito a un aumento del flusso di introiti dalle piattaforme televisive verso le emittenti televisive, le royalty di feed-in rappresentavano sempre un elemento finanziario estremamente pertinente nel rapporto contrattuale tra le emittenti televisive in chiaro e le piattaforme televisive via cavo. La Commissione ha aggiunto che alcuni elementi del fascicolo suggerivano che l'effetto dell'operazione sul flusso di ricavi dell'entità risultante dalla concentrazione verso le emittenti televisive poteva essere limitato [v. sezione VIII.C.2.11.3.9(ii) della decisione impugnata], mentre nessun elemento nel fascicolo suggeriva che lo stesso valesse per le royalty di feed-in (v. anche punto 1261).

414 Ne consegue che la Commissione ha potuto, senza incorrere in un errore manifesto, tener conto della circostanza che l'impegno di non aumentare le royalty di feed-in poteva controbilanciare il rischio che la portata e la qualità dell'offerta televisiva ai clienti al dettaglio fossero ridotte, a causa di un aggravamento significativo delle condizioni contrattuali imposte dall'entità risultante dalla concentrazione alle emittenti televisive in chiaro.

415 Inoltre, si deve considerare che la Commissione poteva fondatamente tener conto del carattere complementare dell'impegno relativo alle royalty di feed-in e dell'impegno OTT, in quanto il primo interveniva direttamente sul rapporto finanziario tra l'entità risultante dalla concentrazione e le emittenti televisive di cui trattasi per quanto riguardava le offerte di televisione tradizionale e via cavo e il secondo avrebbe un effetto per la fornitura di servizi supplementari.

416 Peraltro, nel corso del procedimento dinanzi al Tribunale, la Commissione ha sostenuto, senza essere contestata dalla ricorrente, che qualora l'entità risultante dalla concentrazione aggiungesse pagamenti considerevoli diversi dalle royalty di feed-in, ciò costituirebbe un'elusione degli impegni facilmente individuabile.

417 Infine, anche supponendo che la sua affermazione sull'elusione degli impegni si applichi anche alla televisione a pagamento, la ricorrente non ha neppure fornito elementi per contraddire l'affermazione della Commissione secondo cui, per quanto riguardava i canali televisivi a pagamento, qualsiasi comportamento del tipo di quello che essa descriveva sarebbe contrario all'impegno OTT.

418 Da quanto precede risulta che la ricorrente non è in grado di dimostrare che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione accettando l'impegno OTT, l'impegno relativo alle royalty di feed-in e l'impegno HBBTV, con la conseguenza che tale prima censura deve essere respinta.

419 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la presentazione tardiva dell'impegno relativo alle royalty di feed-in e l'irregolarità procedurale che sarebbe derivata, pertanto, dalla sua accettazione da parte della Commissione, occorre rilevare che dall'articolo 19, paragrafo 2, del regolamento n. 802/2004, al quale fa riferimento la ricorrente, risulta che gli impegni che le imprese interessate propongono conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 139/2004 devono essere comunicati alla Commissione entro un termine di 65 giorni lavorativi a decorrere dalla data di avvio del procedimento. Qualora il termine per l'adozione di una decisione adottata a norma dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento n. 139/2004 sia prorogato, il termine di 65 giorni lavorativi è prorogato dello stesso numero di giorni lavorativi.

420 Inoltre, dal punto 94 della comunicazione concernente le misure correttive risulta che, qualora le parti modifichino gli impegni proposti dopo il termine di 65 giorni lavorativi, la Commissione accetterà tali impegni modificati solo se è in grado di stabilire chiaramente – sulla base della sua valutazione delle informazioni già ottenute nell'ambito dell'indagine, in particolare dei risultati della precedente consultazione degli operatori del mercato e senza ricorrere ad un'altra consultazione dello stesso tipo – che, una volta attuati, siffatti impegni elimineranno completamente, fugando ogni ambiguità, i problemi di concorrenza constatati, e a condizione che essa disponga di un tempo sufficiente per effettuare un'analisi adeguata e per consultare in modo adeguato gli Stati membri. Peraltro, dalla nota a piè di pagina n. 107 di tale comunicazione, relativa al suo punto 94, risulta che la consultazione degli Stati membri presuppone normalmente che la Commissione sia in grado di inviare a tali fondi un progetto di decisione finale comprendente una valutazione degli impegni modificati almeno dieci giorni lavorativi prima della riunione del comitato consultivo con gli Stati membri.

421 Infine, occorre rilevare che la giurisprudenza ha considerato che queste due condizioni erano cumulative e le ha precisate, nel senso che la Commissione può tener conto di impegni presentati tardivamente dalle parti di un'operazione di concentrazione notificata, da un lato, se questi ultimi risolvono chiaramente e senza necessità di indagini supplementari i problemi concorrenziali previamente individuati e, dall'altro lato, se sussiste tempo sufficiente per consultare gli Stati membri in merito a tali impegni (v. sentenza del 6 luglio 2010, Ryanair/Commissione, T-342/07, EU:T:2010:280, punto 455 e giurisprudenza ivi citata).

422 Nel caso di specie, è giocoforza constatare che queste due condizioni sono soddisfatte.

423 Per quanto riguarda, sotto un primo profilo, la prima condizione, dai precedenti punti da 398 a 418 risulta che le argomentazioni del ricorrente in merito all'inadeguatezza dell'impegno relativo alle royalty di feed-in sono state respinte. Pertanto, si deve ritenere che la ricorrente non abbia dimostrato che la Commissione non poteva stabilire chiaramente – sulla base della sua valutazione delle informazioni già ottenute nell'ambito dell'indagine, in particolare dei risultati del precedente test degli operatori del mercato – che, una volta attuato, l'impegno relativo alle royalty di feed-in avrebbe risolto chiaramente e senza necessità di un'indagine supplementare i problemi concorrenziali previamente individuati.

424 Per quanto attiene, sotto un secondo profilo, alla seconda condizione, occorre rilevare che dai punti 25 e 26 della decisione impugnata risulta che la parte che ha notificato l'operazione ha presentato un progetto riveduto di impegni l'11 giugno 2019 e che il comitato consultivo ha discusso del progetto di decisione e ha espresso un'opinione favorevole il 28 giugno. Ne consegue che, nel caso di specie, la Commissione è stata effettivamente in grado di inviare agli Stati membri un progetto di decisione finale comprendente una valutazione degli impegni modificati almeno

dieci giorni lavorativi prima della riunione del comitato consultivo, circostanza che la ricorrente non contesta e, pertanto, che essa ha beneficiato di un tempo sufficiente per consultare gli Stati membri sull'impegno relativo alle royalty di feed-in.

425 Da quanto precede deriva che la Commissione poteva tener conto dell'impegno relativo alle royalty di feed-in nonostante la sua presentazione tardiva, con la conseguenza che la censura della ricorrente relativa a un'asserita irregolarità procedurale deve essere respinta, al pari della seconda parte del presente motivo di ricorso.

426 Alla luce di quanto precede, occorre respingere il quinto motivo di ricorso.

(*omissis*)

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Settima Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

1) Il ricorso è respinto.

2) La Tele Columbus AG è condannata alle spese.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 13 novembre 2024.

Firme