ARREST VAN HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

13 november 2024*

„Mededinging – Concentraties – Duitse markten voor televisie- en telecommunicatiediensten – Besluit waarbij de concentratie verenigbaar met de interne markt en de EER-Overeenkomst wordt verklaard – Verbintenissen – Beoordeling van de horizontale en verticale effecten van de transactie op de mededinging – Concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie – Concentratiespecifieke wijziging – Kennelijk onjuiste beoordeling”

In zaak T-69/20,

Tele Columbus AG, gevestigd te Berlijn (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Wagner en J. Hackl, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte, A. Keidel, J. Szczodrowski en C. Vollrath als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Vodafone Group plc, gevestigd te Newbury (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door V. Vollmann, solicitor, C. Jeffs, A. Chadd en D. Seeliger, advocaten,

interveniënte,

wijst

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. van der Woude, president, R. da Silva Passos (rapporteur), I. Reine, L. Truchot en M. Sampol Pucurull, rechters,

griffier: S. Jund, administrateur,

gezien de stukken,

* Procestaal: Duits.

na de terechtzitting op 22 september 2023,

het navolgende

Arrest [1]

1 Met haar beroep krachtens artikel 263 VWEU vordert verzoekster, Tele Columbus AG, nietigverklaring van besluit C(2019) 5187 final van de Commissie van 18 juli 2019 waarbij de concentratie met het oog op de verwerving door Vodafone Group plc van bepaalde activa van Liberty Global plc (zaak COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) verenigbaar is verklaard met de interne markt en de EER-Overeenkomst (hierna: „bestreden besluit").

[*omissis*]

II. Procedure en conclusies van partijen

[*omissis*]

48 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– het bestreden besluit nietig te verklaren;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

49 De Commissie en Vodafone verzoeken het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

III. In rechte

[*omissis*]

B. Eerste middel: kennelijke beoordelingsfouten en procedurele onregelmatigheden bij het onderzoek van de niet-gecoördineerde horizontale gevolgen op de MDU-markt

[*omissis*]

2. Eerste onderdeel: kennelijke beoordelingsfout met betrekking tot de vraag of er tussen de partijen bij de concentratie directe concurrentie bestaat

[*omissis*]

[1] Enkel de punten van dit arrest waarvan het Gerecht publicatie nuttig acht, worden weergegeven.

82 In dit verband moet worden gepreciseerd dat er directe concurrentie tussen ondernemingen is wanneer zij concurreren om dezelfde klanten.

83 In casu wordt niet betwist dat de kabelnetwerken van de partijen bij de concentratie elkaar niet overlappen en dat wanneer een MDU-klant in de praktijk een overeenkomst wenst te sluiten met een aanbieder van televisiesignalen, hij in beginsel slechts kan kiezen tussen de partij bij de concentratie in het kabelgebied waarin het aan te sluiten gebouw zich bevindt en een van haar concurrenten, zoals verzoekster. Of de MDU-markt vóór aan de transactie nu nationaal was dan wel beperkt was tot de kabelgebieden van de partijen bij de concentratie, verandert daar niets aan, aangezien die vaststelling voor beide gevallen geldt.

84 Hieruit volgt dat Unitymedia niet kan worden aangemerkt als „alternatieve leverancier" voor woningcorporaties op de MDU-markt die door de concentratie zou verdwijnen, zoals verzoekster stelt. Hieruit volgt ook dat de door de partijen bij de concentratie verhandelde producten in de praktijk niet met elkaar concurreerden, ongeacht de geografische afbakening van de MDU-markt, zodat het eerste onderdeel van het onderhavige middel niet kan slagen.

85 Hieraan wordt niet afgedaan door de andere argumenten van verzoekster.

86 Wat om te beginnen haar bewering betreft dat de activiteiten van de partijen bij de concentratie elkaar overlapten, moet worden benadrukt dat er weliswaar geen overlapping was tussen de kabelnetwerken van Vodafone en Unitymedia, wat verzoekster niet betwist, maar dat de Commissie in het bestreden besluit inderdaad heeft vastgesteld dat er wel enige overlapping was tussen hun activiteiten, in welk geval zij intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten bij de andere partij of een andere niveau-3-netwerkoperator aankochten om de desbetreffende MDU-klanten te kunnen bedienen.

87 Daarbij zij er echter op gewezen dat verzoekster weliswaar betwist dat de cijfers die de Commissie tijdens de procedure bij het Gerecht openbaar heeft gemaakt over de overeenkomsten die de partijen bij de concentratie buiten hun kabelgebieden hadden gesloten en over het aantal klanten waarover het daarbij ging, als te verwaarlozen kunnen worden beschouwd, maar zij die cijfers als zodanig niet in twijfel trekt. Uit deze cijfers blijkt dat deze overeenkomsten een zeer beperkt aantal MDU-klanten vertegenwoordigden in termen van aangesloten huishoudens en een marktaandeel dat zo verwaarloosbaar was, namelijk minder dan 1 %, dat het geen residuele mededinging kon vertegenwoordigen die moest worden beschermd.

88 Wat vervolgens verzoeksters bewering betreft dat de commerciële strategie van de partijen bij de concentratie kon evolueren en dat zij dus bijvoorbeeld konden beslissen om hun activiteiten uit te breiden buiten hun respectieve kabelgebieden, moet worden geconstateerd dat een dergelijke bewering betrekking heeft op potentiële mededinging, en niet op rechtstreekse mededinging die er beweerdelijk zou zijn, en dus niet ter zake dienend is in het kader van het eerste onderdeel van het onderhavige middel.

89 Hetzelfde geldt voor verzoeksters bewering dat de gecombineerde marktaandelen en de waarde van de Herfindahl-Hirschman-index op de als nationaal gedefinieerde MDU-markt zeer hoog zouden zijn. Deze gegevens dienen namelijk niet om aan te tonen dat er tussen twee partijen bij een concentratie vóór die concentratie directe concurrentie was. Wat meer bepaald de Herfindahl-Hirschman-index betreft, die gelijk is aan de som van de kwadraten van de marktaandelen van elke onderneming op de markt, moet worden vastgesteld dat deze index wordt gebruikt om het concentratieniveau op een markt te meten en dat deze een eerste indicatie

kon geven van de concurrentiedruk die na de concentratie zou ontstaan (zie in die zin arrest van 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Commissie, T-405/08, niet gepubliceerd, EU:T:2013:306, punt 65).

90 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk onjuist heeft geoordeeld dat de partijen bij de concentratie vóór de concentratie geen directe concurrenten waren. Het eerste onderdeel van het onderhavige middel moet dan ook worden afgewezen.

3. Vierde onderdeel: kennelijk onjuiste beoordeling van het bestaan van indirecte concurrentie tussen de partijen bij de concentratie

[*omissis*]

103 Om te beginnen is het passend te verduidelijken dat ondernemingen die niet direct met elkaar concurreren, niettemin in een verhouding van indirecte concurrentie tot elkaar kunnen staan, met name wanneer zij vergelijkbare concurrentiedruk voelen van andere ondernemingen waarmee elk van hen direct concurreert of wanneer andere factoren – zoals de eisen van afnemers – hun mogelijkheden om hun prijzen en commerciële voorwaarden vast te stellen op vergelijkbare wijze beperken.

104 In dit verband moet worden opgemerkt dat het argument van verzoekster, dat wordt samengevat in de punten 98 tot en met 101 hierboven, zeer algemeen is, niet wordt gestaafd door enig bewijs en gebaseerd is op vage beweringen, die niet kunnen volstaan om de beoordelingen van de Commissie in twijfel te trekken. Het enige concrete argument is het argument over de prijzen en de kenmerken van de pakketaanbiedingen voor internet en telefoon. De prijzen en de kenmerken van de door verzoekster genoemde aanbiedingen betreffen echter andere markten en zijn dus irrelevant voor de beoordeling van het bestaan van indirecte concurrentie op de MDU-markt – een markt voor televisiesignaaltransmissie.

105 Bovendien blijkt uit het bestreden besluit (zie onder meer overweging 697) – en verzoekster betwist dit niet – dat vele van de overeenkomsten met MDU-klanten het resultaat waren van onderhandelingen, oproepen tot mededinging of formele aanbestedingsprocedures, die in principe geheim zijn. De overeenkomsten die de partijen bij de concentratie met hun MDU-klanten sluiten, zijn dus, anders dan verzoekster stelt, geen standaardovereenkomsten waarvan de voorwaarden zouden kunnen worden beïnvloed door hetgeen de andere partij in haar kabelgebied aanbiedt of door bepaalde op nationaal niveau actieve operatoren.

106 Ook zij erop gewezen dat de Commissie in het bestreden besluit heeft uitgelegd dat het onderzoek van de interne documenten van de partijen bij de concentratie niets had opgeleverd dat erop wees dat de partijen bij hun onderhandelingen over de MDU-overeenkomsten rekening hielden met elkaars contractvoorwaarden, en dat zij overtuigende elementen hadden aangevoerd om de stelling dat de MDU-overeenkomsten over het gehele Duitse grondgebied op elkaar werden afgestemd onderuit te halen. Het feit dat verzoekster deze bevindingen niet „plausibel” acht, volstaat niet om ze in twijfel te trekken.

107 Bijgevolg toont verzoekster niet aan dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk onjuist heeft geoordeeld dat de partijen bij de concentratie geen indirecte concurrenten waren.

108 Aangezien verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de concentratie geen enkele indirecte concurrentie zou uitschakelen, moet de onderhavige grief worden afgewezen zonder dat hoeft te worden nagegaan of de Commissie een fout heeft gemaakt door te oordelen dat de indirecte concurrentie bijzonder sterk moest zijn of sprake moest zijn van het systematisch overnemen van elkaars voorwaarden.

109 Derhalve moet het vierde onderdeel van het onderhavige middel worden afgewezen.

4. Derde onderdeel: kennelijke beoordelingsfout en schending van het recht om te worden gehoord en van het beginsel van behoorlijk bestuur bij de beoordeling van het bestaan van potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie

[*omissis*]

b) Kennelijke beoordelingsfout van de Commissie doordat zij zich uitsluitend heeft gebaseerd op subjectieve investeringscriteria en interne documenten van de partijen bij de concentratie

[*omissis*]

139 In dit verband zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak op het gebied van concentratiecontrole bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden niet enkel moet worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, doch ook op de potentiële mededinging, teneinde vast te stellen of er, gelet op de marktstructuur en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent de betrokken markt kan penetreren en met de daarop gevestigde ondernemingen kan concurreren (zie arrest van 4 juli 2006, easyJet/Commissie, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 116 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

140 Om na te gaan of een onderneming een potentiële concurrent is op een markt, moet de Commissie onderzoeken of er, zonder de concentratie in kwestie, een reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de genoemde markt kon toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kon concurreren. Om dit aan te tonen mag de Commissie niet afgaan op een loutere veronderstelling, maar moet zij dit met feiten of met een onderzoek van de structuur van de relevante markt onderbouwen. Zo mag een onderneming niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie (zie naar analogie arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

141 Bovendien kan de economische levensvatbaarheid van een strategie voor markttoegang niet worden gelijkgesteld met enkel de winstgevendheid van een dergelijke strategie. Anders zou een louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden als voldoende kunnen worden beschouwd om van potentiële concurrentie te spreken. Bijgevolg mag de Commissie rekening houden met het commerciële of economische belang dat de onderneming waarvan de hoedanigheid van potentiële concurrent wordt onderzocht heeft bij het betreden van een markt (zie in die zin arresten van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, EU:T:2005:333, punten 177, 185, 187, 188, 191 en 195, en 4 juli 2006, easyJet/Commissie, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 123) en dus met haar investeringscriteria. De Commissie kan een onderneming dus niet op basis van algemene en abstracte overwegingen als potentiële

concurrent kwalificeren zonder rekening te houden met haar commerciële belangen, haar ontwikkelingsstrategie op korte en middellange termijn en de rentabiliteitscriteria die zij daarvoor hanteert.

142 Hieruit volgt dat wanneer de Commissie vaststelt dat een onderneming, ten eerste, geen stappen heeft ondernomen om binnen een voldoende kort tijdsbestek – berekend in het licht van de kenmerken van de markt – de markt te betreden, ten tweede, het niet economisch rationeel en interessant acht om de markt te betreden en, ten derde, niet overweegt om de markt in de toekomst op significante wijze te betreden, zij zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken daaruit kan afleiden dat die onderneming geen potentiële concurrent van de andere partij bij de concentratie is. Een dergelijke vaststelling volstaat voor de afwijzing van verzoeksters eerste grief volgens welke de Commissie in casu is voorbijgegaan aan de criteria die relevant zijn om de potentiële concurrentie te onderzoeken doordat zij zich nagenoeg uitsluitend heeft gebaseerd op de subjectieve investeringscriteria en op de interne documenten van de partijen bij de concentratie.

143 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat de Commissie zich niet had mogen baseren op de investeringscriteria van de partijen bij de concentratie omdat deze op elk moment konden worden gewijzigd en zelfs gemanipuleerd en omdat zij niet overeenkwamen met de praktijken in de sector, zij eraan herinnerd dat de economische levensvatbaarheid van een strategie om de markt te betreden niet simpelweg kan worden gelijkgesteld met de winstgevendheid van een dergelijke strategie, en dat de Commissie zich mag baseren op het commerciële of economische belang dat de onderneming waarvan de hoedanigheid van potentiële concurrent wordt onderzocht heeft bij het betreden van een markt (zie de punten 140 en 141 hierboven), en dus op haar investeringscriteria.

144 Gelet op de dwingende eis om snel te handelen en de strikte termijnen die de Commissie dient te eerbiedigen in het kader van de procedure voor de controle op concentraties, kan bovendien, wanneer er geen aanwijzingen zijn dat de verstrekte informatie onjuist is, niet van de Commissie worden verlangd dat zij alle door haar ontvangen informatie controleert. Hoewel de in het kader van een dergelijke procedure op de Commissie rustende verplichting om een zorgvuldig en onafhankelijk onderzoek te verrichten, haar niet toestaat om zich te baseren op elementen of inlichtingen die niet kunnen worden geacht met de waarheid overeen te stemmen, veronderstelt de dwingende eis om snel te handelen echter dat zij de juistheid en de betrouwbaarheid van de inlichtingen die zij ontvangt niet zelf tot in detail kan controleren, zodat de concentratiecontroleprocedure noodzakelijkerwijs in zekere mate op vertrouwen berust (arrest van 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 184).

145 Ook moet worden benadrukt dat de toepasselijke wetgeving op het gebied van de controle op concentraties voorziet in verschillende maatregelen om de verstrekking van onjuiste of misleidende informatie tegen te gaan en te bestraffen. De partijen die een concentratie aanmelden zijn namelijk uitdrukkelijk verplicht om de Commissie volledig en naar waarheid in te lichten over de feiten en omstandigheden die relevant zijn voor het besluit over de verenigbaarheid [artikel 4, lid 1, en artikel 6, lid 2, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening nr. 139/2004 (PB 2004, L 133, blz. 1, met rectificatie in PB 2004, L 172, blz. 9)], waarbij artikel 14 van verordening nr. 139/2004 sancties aan die verplichting verbindt. De Commissie kan het besluit houdende vaststelling van de verenigbaarheid overigens eveneens intrekken indien het berust op verkeerde informatie

waarvoor een van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is of wanneer het met bedrog is verkregen [artikel 6, lid 3, onder a), en artikel 8, lid 6, onder a), van verordening nr. 139/2004] (arrest van 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 185).

146 Tot slot moet worden vastgesteld dat met name uit overweging 742 en voetnoot 553 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie heeft onderzocht of de prognoses van de partijen bij de concentratie – waarin zij de rentabiliteit van verschillende infrastructuurprojecten hebben getoetst aan hun investeringscriteria – juist waren, en zich op het standpunt heeft gesteld dat de resultaten ervan voldoende betrouwbaar waren, en dat de Commissie niet alleen op basis van de investeringscriteria van die partijen heeft besloten dat er tussen hen geen potentiële concurrentie bestond, maar met name rekening heeft gehouden met het feit dat in de praktijk noch Vodafone noch Unitymedia elkaars kabelnetwerk al ooit had gedupliceerd en dat deze partijen hun netwerk amper hadden uitgebreid binnen hun eigen kabelgebied, terwijl een dergelijke interne uitbreiding rendabeler was.

147 Deze tweede grief van verzoekster, betreffende de betrouwbaarheid van de investeringscriteria van de partijen bij de concentratie, kan dus niet worden aanvaard.

148 Wat in de derde plaats het door verzoekster vermelde besluit van de Commissie van 16 juni 2011 in zaak M.5900 – LGI/KBW betreft, dient te worden gepreciseerd dat de Commissie in dat besluit de bij haar aangemelde concentratie, die betrekking had op de verwerving van KBW door LGI, overeenkomstig artikel 9, lid 3, onder b), van verordening nr. 139/2004 heeft terugverwezen naar de bevoegde autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland, na te hebben vastgesteld dat de voorwaarden voor een verwijzing krachtens artikel 9, lid 2, onder a), van verordening nr. 139/2004 waren vervuld. In een dergelijke verwijzingsbeslissing spreekt de Commissie zich echter niet uit over de verenigbaarheid van de concentratie met de interne markt (zie in die zin arresten van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, EU:T:2003:101, punt 275, en 30 september 2003, Cableuropa e.a./Commissie, T-346/02 en T-347/02, EU:T:2003:256, punt 52). Dit soort beslissing beoogt namelijk niet het geven van een beslissing over de gevolgen voor de betrokken markten van de concentratie die het voorwerp vormt van de verwijzing, maar het overdragen van de verantwoordelijkheid voor het onderzoek van deze concentratie aan de nationale autoriteiten die om de verwijzing hebben verzocht teneinde overeenkomstig hun nationale mededingingsrecht te beslissen (zie in die zin arresten van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, EU:T:2003:101, punt 276, en 30 september 2003, Cableuropa e.a./Commissie, T-346/02 en T-347/02, EU:T:2003:256, punt 53).

149 Bovendien kan de Commissie in een verwijzingsbesluit geen onderzoek naar de verenigbaarheid van de concentratie verrichten dat de betrokken nationale autoriteiten zou binden bij hun inhoudelijke toetsing van de zaak, zo niet zou zij dit mechanisme beroven van zijn essentie. Zij dient enkel vast te stellen of, bij een prima facie beoordeling van de gegevens waarover zij beschikt op het tijdstip van de beoordeling van de gegrondheid van het verwijzingsverzoek, de betrokken concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken (zie arrest van 30 september 2003, Cableuropa e.a./Commissie, T-346/02 en T-347/02, EU:T:2003:256, punt 217 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

150 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat de Commissie in het besluit van 16 juni 2011 in zaak M.5900 – LGI/KBW geen definitieve beoordeling heeft gegeven van het eventuele bestaan van een potentiële concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie. Dit wordt trouwens bevestigd door de hypothetische formuleringen die in dat besluit worden gebruikt.

151 Zelfs indien verzoeksters bewering over zaak M.5900 – LGI/KBW juist zou zijn, hoeft er voorts slechts aan te worden herinnerd dat de Commissie hoe dan ook niet gebonden is aan haar vroegere praktijk. Wanneer de Commissie namelijk beslist over de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt op basis van een aanmelding en een dossier die specifiek voor die operatie zijn, een verzoeker de vaststellingen van de Commissie niet kan betwisten op grond dat zij verschillen van de vaststellingen die de Commissie eerder in een andere zaak op basis van een andere aanmelding en een ander dossier heeft gedaan, ook niet indien het in die twee zaken om vergelijkbare of zelfs identieke markten gaat (arresten van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 118, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 142).

152 Wat de beslissingen van de federale mededingingsautoriteit betreft, waarnaar verzoekster verwijst, moet worden opgemerkt dat de Commissie, gelet op de nauwkeurige bevoegdheidsverdeling waarop verordening nr. 139/2004 is gebaseerd, in de procedures voor de controle op concentraties niet gebonden kan zijn door de beslissingen van nationale autoriteiten (zie in die zin arresten van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 56, en 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 139), a fortiori wanneer deze betrekking hebben op de partijen bij een andere concentratie en op een andere periode.

153 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door met betrekking tot de vraag of de partijen bij de concentratie als potentiële concurrenten moesten worden beschouwd, rekening te houden met hun investeringscriteria en interne documenten.

c) Kennelijke beoordelingsfout van de Commissie doordat zij onvoldoende rekening heeft gehouden met andere elementen

[*omissis*]

160 Wat in de eerste plaats de meningen betreft die de reeds op de betrokken markt actieve ondernemingen te kennen hebben gegeven bij het marktonderzoek, moet worden benadrukt dat de Commissie daar rekening mee mág houden maar dat deze niet beslissend zijn voor de vraag of er potentiële concurrentie is.

161 Ofschoon de mening van concurrenten een belangrijke informatiebron kan zijn omtrent het voorzienbare effect van de concentratie op de markt, kan deze de Commissie niet binden in haar autonome beoordeling van het effect van de concentratie op deze markt [zie in die zin arresten van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, EU:T:1999:65, punten 290 en 291, en 5 oktober 2020, HeidelbergCement en Schwenk Zement/Commissie, T-380/17, EU:T:2020:471, punt 673 (niet gepubliceerd)].

162 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat uit de overwegingen 727, 728, 752 en 753 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie wel degelijk rekening heeft gehouden met de mening van de concurrerende marktdeelnemers, aangezien uit die overwegingen naar voren komt dat zij met name wegens hun opmerkingen in detail is gaan onderzoeken of de partijen bij de concentratie potentiële concurrenten waren.

163 Wat verzoeksters bewering betreft dat de partijen bij de concentratie reeds actief waren in elkaars kabelgebieden, dat Vodafone reeds investeringen deed in het kabelgebied van Unitymedia en dat deze partijen elkaars activiteiten in de gaten hielden, moet worden opgemerkt dat deze elementen

verband houden met de beweerde daadwerkelijke directe of indirecte concurrentie, zodat deze bewering niet ter zake dienend is in het onderhavige onderdeel over potentiële concurrentie. Hoe dan ook blijkt uit het onderzoek van het eerste en het tweede onderdeel hierboven dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in het bestreden besluit te concluderen dat de partijen bij de concentratie op de MDU-markt noch directe noch indirecte concurrenten waren.

164 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters eerste grief moet worden afgewezen.

165 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat de Commissie, na te hebben vastgesteld dat kleinere operatoren investeringen deden buiten hun dekkingsgebied, had moeten oordelen dat Vodafone en Unitymedia daar óók toe in staat waren, moet worden geconstateerd dat de Commissie in het bestreden besluit heeft uitgelegd waarom deze strategieën niet konden worden toegepast op de partijen bij de concentratie.

166 Wat meer in het bijzonder verzoeksters geval betreft, blijkt uit de in overweging 744, onder a), en de overwegingen 797 tot en met 799 van het bestreden besluit gepresenteerde bewijzen – die verzoekster als zodanig niet betwist – dat die onderneming in de jaren vóór de vaststelling van het bestreden besluit niet daadwerkelijk is overgegaan tot duplicering van het kabelnetwerk. In het bijzonder blijkt uit figuur 20, die in overweging 798 van het bestreden besluit is weergegeven, dat het aantal huishoudens dat op het netwerk van verzoekster was aangesloten tussen 2012 en 2018 niet aanzienlijk was gestegen, behalve dan na overnames van bestaande activa van andere ondernemingen.

167 De situatie van Deutsche Telekom verschilde, zoals uit overweging 744, onder c), van het bestreden besluit en haar daarin geciteerd antwoord blijkt, sterk van die van de partijen bij de concentratie, met name omdat zij reeds over een zeer uitgebreid glasvezelnetwerk beschikte en dit netwerk gebruikte om breedbandtoegangsdiensten aan te bieden via de digitale abonneelijntechnologie (*Digital Subscriber Line*, DSL), wat verzoekster geenszins betwist. Om haar aanbod voor MDU-klanten uit te breiden naar nieuwe gebieden, kon Deutsche Telekom dus haar eigen glasvezellijnen of bestaande buizen gebruiken en diende zij over het algemeen slechts korte stukken op het niveau-3-netwerk aan te leggen.

168 Hieruit volgt dat de gevallen waarin die operatoren het netwerk hebben gedupliceerd, niet kunnen afdoen aan de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie.

169 De twee grief van verzoekster moet dan ook worden afgewezen.

170 Wat in de derde plaats de bewering betreft dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de bestaande infrastructuur van Vodafone, met name in het kabelgebied van Unitymedia, en met het feit dat soortgelijke kosten noodzakelijk zouden zijn geweest om een kabelnetwerk – zowel binnen als buiten het kabelgebied van de partijen bij de concentratie – uit te breiden, moet worden opgemerkt dat uit overweging 740 van het bestreden besluit blijkt dat in de door Vodafone opgestelde en door de Commissie geverifieerde prognoses rekening werd gehouden met de bestaande infrastructuur van deze operator en met de uitrol van 5G, maar dat dit een duplicering van het kabelnetwerk echter nog niet voldoende rendabel maakte.

171 Bovendien moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 737 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat het dupliceren van het kabelnetwerk over het algemeen niet interessant was voor Vodafone, „vooral in vergelijking met het toevoegen van nieuwe huishoudens aan haar eigen kabelgebied, wat minder infrastructuurinvesteringen vergde en hogere inkomsten genereerde omdat er niet reeds een operator gevestigd was". Hieruit blijkt dat de Commissie heeft vastgesteld dat voor Vodafone een duplicering van het kabelnetwerk buiten haar kabelgebied minder rendabel was dan een uitbreiding van het kabelnetwerk op haar eigen grondgebied, wat verzoekster niet betwist. Verzoekster voert dienaangaande enkel aan dat de kosten voor de uitrol door een kabeloperator van haar netwerk binnen haar kabelgebied vergelijkbaar zijn met die voor een uitbreiding van haar kabelnetwerk buiten haar dekkingsgebied, zonder deze bewering op enigerlei wijze te staven, en met name zonder de door de Commissie aangevoerde elementen te betwisten.

172 Voorts moet worden opgemerkt dat de Commissie in twee passages van de overwegingen 736 en 759 van het bestreden besluit, die zij overeenkomstig de beschikking van 30 maart 2023 openbaar heeft gemaakt, heeft verklaard dat zij had vastgesteld dat de partijen bij de concentratie de afgelopen vijf jaar hun netwerk slechts in geringe mate hadden uitgebreid binnen of in de buurt van hun kabelgebied. Deze vaststelling, die verzoekster in haar opmerkingen van 2 juni 2023 niet heeft betwist, ondersteunt de conclusie van de Commissie dat het onwaarschijnlijk was dat de partijen bij de concentratie zonder de transactie zouden uitbreiden naar elkaars kabelgebied. Zo Vodafone en Unitymedia vóór de transactie hun kabelnetwerk slechts in geringe mate hadden uitgebreid in hun eigen kabelgebied, was het inderdaad onwaarschijnlijk dat zij hun kabelnetwerk zouden uitbreiden buiten hun gebied – en met name in elkaars gebied –, aangezien een dergelijke operatie minder rendabel was dan een uitbreiding binnen hun eigen gebied.

173 Bijgevolg kan deze derde grief van verzoekster niet slagen.

174 Wat in de vierde plaats haar bewering betreft dat de Commissie er geen rekening mee heeft gehouden dat Vodafone en Unitymedia elkaar konden beconcurreren met middelen die niet aan de infrastructuur gelinkt waren, moet worden geconstateerd dat de Commissie, anders dan verzoekster beweert, niet enkel heeft onderzocht of potentiële concurrentie waarschijnlijk was via de duplicatie van het kabelnetwerk, zoals blijkt uit punt 745 van het bestreden besluit wat Vodafone betreft en uit punt 763 van dat besluit wat Unitymedia betreft. Zij heeft in dit verband geoordeeld dat het eveneens onwaarschijnlijk was dat de ene partij het kabelgebied van de andere partij zou binnendringen met middelen die niet aan de infrastructuur gelinkt waren, zoals met name huurlijnen, satellietinfrastructuur of niveau-4-netwerken. Deze vierde grief kan dus niet worden aanvaard.

175 Hoe dan ook heeft de Commissie voor het Gerecht verklaard – zonder door verzoekster te zijn tegengesproken – dat hoewel het theoretisch mogelijk was om televisiesignaaltransmissiediensten aan MDU-klanten aan te bieden zonder de eigen niveau-3-infrastructuur te gebruiken, die mogelijkheid in de praktijk uit mededingingsoogpunt niet interessant was. Dienaangaande moet ook worden opgemerkt dat de Commissie in punt 820 van het bestreden besluit – waarnaar verzoekster in de onderhavige procedure meermaals verwijst – heeft vastgesteld dat niveau-4-operatoren volledig afhankelijk waren van de bereidheid van de partijen om intermediairetransmissiediensten voor televisiesignalen tegen concurrerende voorwaarden aan te bieden, wat verzoekster niet betwist. Vervolgens heeft de Commissie in overweging 1479 van dat besluit opgemerkt dat de niveau-4-operatoren, waaronder verzoekster, zelf hadden aangegeven dat zij actief waren in een nichesegment van de markt, en dat de woningverenigingen hadden verklaard dat deze operatoren vaak niet voldeden aan de vereisten

op het gebied van dienstverlening en niet in staat waren het niveau-3-netwerk te verbeteren, wat verzoekster evenmin betwist. Deze elementen bevestigen de vaststelling van de Commissie dat het weinig waarschijnlijk was dat de partijen bij de concentratie hun activiteiten naar het kabelgebied van de andere partij zouden uitbreiden met middelen die niet aan de infrastructuur gelinkt waren.

176 Bijgevolg moet de vierde grief van verzoekster worden afgewezen.

[*omissis*]

e) Vermeende stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie

188 Verzoekster betoogt tevens dat indien de partijen bij de concentratie niet met elkaar concurreerden en nog nooit elkaars kabelnetwerken hadden gedupliceerd, dit kwam omdat er tussen hen impliciete of stilzwijgende afspraken bestonden. Indien de Commissie correct had gehandeld, had zij moeten vaststellen dat, indien noch Vodafone noch Unitymedia hun activiteiten op de MDU-markt hadden uitgebreid naar elkaars kabelgebied, dit uitsluitend het gevolg was van dergelijke afspraken.

[*omissis*]

191 In dit verband moet worden opgemerkt dat verzoeksters kritiek geen betrekking heeft op de in het bestreden besluit onderzochte concentratie of op de gevolgen daarvan voor de MDU-markt, maar dat zij veeleer tracht te verklaren waarom de partijen bij de concentratie elkaar niet beconcurreerden vóór de concentratie.

192 Uit artikel 21, lid 1, van verordening nr. 139/2004 blijkt dat deze verordening uitsluitend van toepassing is op concentraties zoals omschreven in artikel 3 ervan, waarop verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1) in beginsel niet van toepassing is. Laatstgenoemde verordening is daarentegen als enige van toepassing op de gedragingen van ondernemingen die, zonder dat zij een concentratie vormen in de zin van verordening nr. 139/2004, niettemin kunnen leiden tot een onderlinge coördinatie die indruist tegen artikel 101 VWEU en die om die reden onderworpen zijn aan de toetsing van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten (arrest van 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punten 32 en 33).

193 Hieruit volgt dat verzoeksters grief dat er vóór de concentratie impliciete of stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie waren, niet ter zake dienend is, aangezien die grief geen betrekking heeft op het voorwerp van het bestreden besluit, te weten een concentratie waarop verordening nr. 139/2004 van toepassing is, maar veeleer op praktijken die mogelijkerwijs binnen de werkingssfeer van de artikelen 101 of 102 VWEU en verordening nr. 1/2003 vallen. Zelfs indien verzoeksters beweringen gegrond zouden zijn, dat wil zeggen zelfs indien er vóór de concentratie impliciete of stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie zouden zijn geweest die verklaren waarom er op de MDU-markt geen daadwerkelijke of potentiële concurrentie tussen hen bestond, zoals verzoekster stelt, kan dit dus niet afdoen aan de door de Commissie met betrekking tot die markt getrokken conclusie, namelijk dat er tussen de partijen bij de concentratie geen concurrentie was waarvan de uitschakeling een SBDM had kunnen creëren.

194 Hoe dan ook zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat de beweringen van derden dat er tussen de partijen bij de concentratie stilzwijgende afspraken waren gemaakt, niet werden bevestigd door het onderzoek van de interne documenten van deze partijen en werden weersproken door de bewijzen in het dossier over de onvoldoende rentabiliteit van de duplicatie van de kabelnetwerken (zie de voetnoten 534 en 566). Verzoeksters argumenten, die in het kader van het onderzoek van het onderhavige onderdeel reeds alle zijn afgewezen, laten deze vaststelling van de Commissie onverlet. Toen verzoekster ter terechtzitting is ondervraagd over de kwestie van de stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie, heeft zij hiervan trouwens niet eens een begin van bewijs kunnen overleggen. Wat ten slotte de twee aangevoerde beslissingen van de federale mededingingsautoriteit betreft, moet eraan worden herinnerd dat deze de Commissie niet kunnen binden, zoals hierboven in punt 152 in herinnering is gebracht.

[*omissis*]

5. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfout en ontoereikende motivering waar de Commissie geen rekening heeft gehouden met de enorme toename van de middelen van de uit de concentratie ontstane entiteit

[*omissis*]

b) Kennelijke beoordelingsfout

[*omissis*]

219 In dit verband moet worden benadrukt dat artikel 2, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 de economische en financiële macht inderdaad vermeldt als een van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden bij de vraag of een concentratie verenigbaar is met de interne markt.

220 Bij haar beoordeling van de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt houdt de Commissie evenwel rekening met een aantal elementen zoals de structuur van de betrokken markten, de bestaande of potentiële mededinging van ondernemingen, de positie en de economische en financiële macht van de betrokken ondernemingen, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, en de ontwikkeling van vraag en aanbod (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 125). Uit de vaststelling dat de middelen van de uit de concentratie ontstane entiteit toenemen, kan op zich dus niet worden afgeleid dat er sprake is van een SBDM.

221 Bijgevolg volstaat de omstandigheid dat een concentratie tussen twee ondernemingen leidt tot een toename van de middelen van de uit de concentratie ontstane entiteit, zelfs indien deze wordt bewezen, op zich niet om die transactie onverenigbaar met de interne markt te verklaren. Er moet namelijk ook worden aangetoond dat die toename een SBDM creëert.

222 Welnu, zonder dat hoeft te worden uitgemaakt of de toename van de middelen al dan niet „concentratiespecifiek” was, moet worden opgemerkt dat verzoekster niet aantoont hoe die toename een SBDM kon creëren.

223 Het is niet omdat een concentratie synergieën of kostenbesparingen oplevert ten gunste van de uit de concentratie ontstane entiteit, dat deze transactie noodzakelijkerwijs de mededinging belemmert. Het is ook niet omdat een concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt, of dat één enkele onderneming met een machtspositie op het gehele nationale grondgebied beslist over de mededingingsstrategie en het prijsbeleid van de uit de concentratie ontstane entiteit, dat die concentratie automatisch een SBDM creëert. De omstandigheid dat een concentratie een machtspositie in het leven zou roepen of versterken, volstaat op zich immers niet voor de vaststelling dat die concentratie onverenigbaar is met de interne markt, indien zij de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze belemmert (zie in die zin en naar analogie arrest van 20 oktober 2021, Polskie Linie Lotnicze „LOT”/Commissie, T-296/18, EU:T:2021:724, punt 107).

224 Ook moet worden benadrukt dat de Commissie een concentratie slechts onverenigbaar met de interne markt kan verklaren indien zij een SBDM vaststelt die het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van de concentratie. Een dergelijke belemmering die zou voortvloeien uit de toekomstige beslissingen van de uit de concentratie ontstane entiteit, kan enkel als een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de concentratie worden beschouwd indien dit toekomstige gedrag mogelijk wordt gemaakt en economisch gezien rationeel is door de wijziging van de kenmerken en de structuur van de markt ten gevolge van de concentratie (arrest van 11 december 2013, Cisco Systems en Messagenet/Commissie, T-79/12, EU:T:2013:635, punt 118).

225 In casu staat vast dat zowel Vodafone als Unitymedia reeds vóór de concentratie een machtspositie in hun respectieve kabelgebieden hadden op de MDU-markt, zodat zij beide reeds de mogelijkheid hadden om zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten en hun MDU-klanten te gedragen. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat, zelfs indien de uit de concentratie ontstane entiteit, zoals verzoekster betoogt, dankzij de toename van haar middelen haar resterende concurrenten kon verdrijven door met name afbraakprijzen toe te passen, dit reeds vóór de transactie het geval was, en dit latere gedrag dus niet mogelijk en economisch rationeel zou zijn gemaakt door de wijzigingen van de kenmerken en de structuur van de markt ingevolge de concentratie.

226 Mocht de uit de concentratie ontstane entiteit zich schuldig maken aan concurrentiebeperkende praktijken om de resterende concurrentie op de MDU-markt uit te schakelen, dan staat het derden hoe dan ook vrij om een dergelijk potentieel misbruik te melden bij de nationale mededingingsautoriteiten of bij de Commissie, onverminderd de mogelijkheid voor deze autoriteiten of de Commissie om overeenkomstig artikel 5 en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 ambtshalve op te treden (zie in die zin arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 250).

227 Ten slotte is de Commissie niet gebonden aan de beslissing van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) van 14 augustus 2013, noch aan haar eigen beslissingspraktijk.

228 Wat de beslissing van het Oberlandesgericht Düsseldorf betreft, moet overigens worden vastgesteld dat deze is gewezen in 2013, terwijl de transactie is aangemeld in 2018. Telecommunicatiemarkten evolueren zeer snel. In deze context kan het verstrijken van vijf jaar eveneens rechtvaardigen dat de beslissing niet in aanmerking is genomen. Tevens zij erop gewezen dat de Commissie, gelet op de nauwkeurige bevoegdheidsverdeling waarop verordening nr. 139/2004 is gebaseerd, in de procedures voor de controle op concentraties niet gebonden kan

zijn door de beslissingen van nationale autoriteiten (zie in die zin arresten van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 56, en 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 139).

229 Wat de vroegere beslissingspraktijk van de Commissie betreft, moet worden opgemerkt dat wanneer zij beslist over de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt op basis van een voor die operatie specifieke aanmelding en dossier, een verzoeker de vaststellingen van de Commissie niet kan betwisten op grond dat zij verschillen van de vaststellingen die de Commissie eerder in een andere zaak op basis van een andere aanmelding en een ander dossier heeft gedaan, ook niet indien het in die twee zaken om vergelijkbare of zelfs identieke markten gaat (arresten van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 118, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 142).

230 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door niet te oordelen dat er op de MDU-markt sprake was van niet-gecoördineerde horizontale effecten als gevolg van de door de concentratie veroorzaakte toename van de middelen.

[*omissis*]

D. Derde middel: kennelijke beoordelingsfout en procedurele onregelmatigheden bij het onderzoek van de niet-gecoördineerde verticale effecten op de intermediaire en de MDU-markt

[*omissis*]

3. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten

[*omissis*]

314 In dit verband moet worden geconstateerd dat uit punt 31 van de richtsnoeren voor de beoordeling van niet-horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen (PB 2008, C 265, blz. 6; hierna: „richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies") blijkt dat zich bronafscherming voordoet wanneer het waarschijnlijk is dat de nieuwe entiteit na de concentratie de toegang tot de producten en diensten zal beperken die zij zonder de concentratie zou hebben geleverd respectievelijk verricht, en met name de kosten voor de concurrerende benedenwaartse onderneming zal verhogen doordat deze grotere moeite heeft om zich tegen vergelijkbare prijzen en onder vergelijkbare voorwaarden als zonder de concentratie het geval zou zijn geweest, van voorzieningsbronnen te voorzien.

315 Punt 32 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies bepaalt dat de Commissie, bij de beoordeling van de waarschijnlijkheid dat een concurrentieverstorende vorm van bronafscherming zich zal voordoen, moet onderzoeken, ten eerste, of de uit de concentratie ontstane entiteit na de concentratie de mogelijkheid zou hebben om de toegang tot voorzieningsbronnen in hoge mate af te schermen, ten tweede, of zij de prikkel zou hebben om dit te doen en, ten derde, of een afschermingsstrategie de concurrentie benedenwaarts aanzienlijk zou schaden.

316 Benadrukt moet worden dat het daarbij gaat om drie cumulatieve voorwaarden, zodat het niet voldoen aan een van die voorwaarden voldoende is om het risico op concurrentieverstorende bronafscherming uit te sluiten (arresten van 23 mei 2019, KPN/Commissie, T-370/17, EU:T:2019:354, punten 118 en 119, en 27 januari 2021, KPN/Commissie, T-691/18, niet gepubliceerd, EU:T:2021:43, punten 111 en 112). Wat voorts meer in het bijzonder de derde voorwaarde betreft, blijkt uit punt 32 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies dat deze vereist dat wordt aangetoond dat de schade voor de concurrentie benedenwaarts aanzienlijk is.

317 Vastgesteld moet worden dat de Commissie deze drie voorwaarden in de punten 1476 tot en met 1506 van het bestreden besluit heeft onderzocht, niettegenstaande het ontbreken van een nieuwe verticale band tussen de bovenwaartse intermediaire markt en de benedenwaartse MDU-markt, en dat die aanpak als zodanig niet wordt bekritiseerd door verzoekster.

318 In casu acht het Gerecht het opportuun om eerst de argumenten te onderzoeken die verzoekster heeft aangevoerd om aan te tonen dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk ten onrechte heeft geconcludeerd dat niet was voldaan aan de derde van die voorwaarden, wat overeenkomt met haar derde grief, die in punt 312 hierboven is samengevat.

319 In dit verband moet worden geconstateerd dat verzoekster geen vraagtekens plaatst bij verschillende van de elementen die de Commissie hebben doen besluiten dat een eventuele afschermingsstrategie hoe dan ook niet zeer schadelijk zou zijn voor de concurrentie benedenwaarts.

320 Aldus betwist verzoekster niet dat die strategie geen invloed zou hebben op haar hoofdactiviteit, aangezien deze werd uitgeoefend buiten het kabelgebied van Unitymedia. Voorts betwist zij weliswaar de conclusie van de Commissie dat zij slechts in beperkte mate actief was in het kabelgebied van Unitymedia, maar onderbouwt zij deze bewering op geen enkele wijze en betwist zij met name niet dat zij wegens haar beperkte marktaandeel van [0-5] % en haar beperkte deelname aan aanbestedingen in het kabelgebied van Unitymedia niet kon deelnemen aan aanbestedingen die upgrades van het niveau-3-netwerk vereisten.

321 Bovendien is geen enkel van verzoeksters argumenten gegrond.

322 Wat ten eerste haar bewering betreft dat zij voldoende concurrentiedruk in het kabelgebied van Unitymedia uitoefende, ondanks het feit dat zij daar niet méér deed dan het product van Unitymedia door te verkopen, moet worden vastgesteld dat naast deze eenvoudige bewering niets wordt aangevoerd dat kan afdoen aan de in de punten 283 en 284 hierboven in herinnering gebrachte uitleg die in de overwegingen 1501 en 1503 van het bestreden besluit is verstrekt.

323 Zo onderbouwt verzoekster geenszins haar stelling dat het verdwijnen van de wederverkopers, die er in het verleden in geslaagd waren aanbestedingen binnen te halen, aanzienlijke negatieve gevolgen zou hebben voor de mededinging.

324 Verder moet worden vastgesteld dat, anders dan verzoekster beweert, het niet binnen het bestek van een concentratiecontroleprocedure valt om te verzekeren dat verzoekster er sterker uitkomt als voornaamste concurrent van de partijen bij de concentratie en voornaamste bron van resterende concurrentie, te meer daar zij niet preciseert waarin een dergelijke versterking zou bestaan en wat daarvoor de rechtsgrondslag zou zijn.

325 Tot slot kan verzoekster niet op goede gronden stellen dat de Commissie, wat de niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor vaste internettoegang betreft, een louter op de wederverkopers gerichte corrigerende maatregel heeft aanvaard. Zoals de Commissie uitlegt, zijn er namelijk grote verschillen tussen de MDU-markt en de markt voor vaste internettoegang, die het noodzakelijk maakten om voor laatstgenoemde markt een corrigerende maatregel vast te stellen. Op de twee markten heersten immers andere mededingingsvoorwaarden (zie de overwegingen 391 en volgende en de overwegingen 700 en volgende van het bestreden besluit). Op de MDU-markt lag de nadruk vooral op de infrastructuur die beschikbaar moest worden gesteld (zie de overwegingen 107 en 699 van het bestreden besluit) en oefenden de niveau-4-aanbieders geen aanzienlijke concurrentiedruk uit (zie de overwegingen 818-820 en 1478-1480 van het bestreden besluit). Daarentegen oefende Vodafone vóór de concentratie aanzienlijke concurrentiedruk uit op de markt voor vaste internettoegang (zie de overwegingen 445-499 en met name overweging 454 van het bestreden besluit), zodat een corrigerende maatregel noodzakelijk was (zie in het bijzonder overweging 1898 van het bestreden besluit).

326 Wat ten tweede verzoeksters bewering betreft dat zij slechts tijdelijk – in afwachting van de uitrol van haar eigen niveau-3-netwerk – gebruikmaakte van de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten van Unitymedia, blijkt uit overweging 798 en figuur 20 van het bestreden besluit, waarnaar de Commissie in overweging 1504 van dat besluit verwijst, dat haar beoordelingen zowel op het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar als op de cijfers van verzoekster zelf zijn gebaseerd. Uit het bewijs dat in overweging 744, onder a), en in de overwegingen 797 tot en met 799 van het bestreden besluit wordt gepresenteerd, blijkt dat verzoekster in de jaren vóór de vaststelling van dat besluit niet daadwerkelijk is overgegaan tot duplicering van het kabelnetwerk van een andere operator. In het bijzonder blijkt uit figuur 20 van het bestreden besluit, die is opgenomen in overweging 798 daarvan, dat het aantal huishoudens dat tussen 2012 en 2018 werd aangesloten op haar netwerk niet aanzienlijk is toegenomen, behalve dan als gevolg van overnames van reeds bestaande activa van andere ondernemingen. Verzoekster legt geen enkel bewijs over ter weerlegging van de conclusie dat zij „de laatste jaren zeer weinig [had] gedaan om haar niveau-3-infrastructuur te ontwikkelen”.

327 Hieruit volgt dat de door verzoekster aangevoerde argumenten niet aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de gegevens waarover zij beschikte aangaven dat de verzwakking van verzoekster in het kabelgebied van Unitymedia geen aanzienlijke gevolgen zou hebben voor de mededinging op de retailmarkt voor MDU-klanten.

328 Bijgevolg moet de derde grief die verzoekster ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het derde middel aanvoert, worden afgewezen.

329 Gelet op het cumulatieve karakter van de drie voorwaarden voor het bestaan van een risico op bronafscherming – dat verzoekster trouwens niet betwist – volstaat het feit dat zij niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de derde voorwaarde niet was vervuld, om een dergelijk risico op afscherming uit te sluiten, zonder dat ook nog moet worden onderzocht of de Commissie kennelijk onjuist heeft geoordeeld dat de twee andere voorwaarden evenmin waren vervuld. Bijgevolg hoeft de gegrondheid van de eerste en de tweede grief die verzoekster ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het derde middel aanvoert en die in wezen deze eerste twee voorwaarden betreffen, niet te worden onderzocht.

330 Gelet op het voorgaande moet het derde middel worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden onderzocht of verzoekster er belang bij had dit aan te voeren.

E. Vierde middel: kennelijke beoordelingsfout bij het onderzoek van de niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen

[*omissis*]

2. Door verzoekster gestelde kennelijke beoordelingsfout

[*omissis*]

348 Wat in de eerste plaats verzoeksters verwijt betreft dat de analyse van de Commissie beperkt bleef tot bepaalde mededingingsbeperkende gevolgen voor de terugkoopvergoedingen of de OTT- en HBBTV-diensten, moet worden opgemerkt dat verzoekster louter verwijst naar een aantal technische functionaliteiten en commerciële aspecten die de Commissie volgens haar had moeten onderzoeken, maar dat zij geenszins uitlegt in welk opzicht de concentratie een impact daarop kon hebben, en in het bijzonder niet waarom en in welke zin de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en vooral de prikkel had om die functionaliteiten en commerciële aspecten in haar onderhandelingen met de televisieomroepen te verslechteren, hoe dit, met name gelet op hun belang, de daadwerkelijke mededinging op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen op significante wijze kon belemmeren, en waarom die waarschijnlijke verslechtering specifiek was voor de concentratie. Bijgevolg moet deze eerste grief worden afgewezen.

349 Hoe dan ook rechtvaardigt het enkele feit dat de Commissie niet alle door verzoekster gewenste of nuttig geachte onderzoeken heeft verricht, op zich niet de nietigverklaring van het bestreden besluit, zoals de Commissie terecht stelt.

350 Wat in de tweede plaats de bewering betreft dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat de uit de concentratie ontstane entiteit in staat was en er belang bij had gedeeltelijke exclusiviteit te creëren teneinde verspreiding van content via bepaalde van haar concurrenten, zoals zijzelf, te verbieden, moet worden vastgesteld dat deze bewering zeer algemeen is en geenszins wordt gestaafd.

351 Bovendien moet worden opgemerkt dat verzoekster weliswaar betoogt dat de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om ten aanzien van sommige van haar concurrenten een dergelijke gedeeltelijke-exclusiviteitsstrategie te volgen, maar dat zij zelfs niet tracht aan te tonen dat een dergelijke strategie een significant negatief effect op de concurrentie benedenwaarts zou hebben, door zich bijvoorbeeld te baseren op bewijsmateriaal waaruit zou blijken dat een potentieel groot deel van de woningcorporaties in het geval van de MDU-markt, of van de Duitse kijkers in het geval van de SDU-markt, bereid waren om naar die entiteit over te gaan om de enkele reden dat bepaalde zenders niet door hun huidige aanbieder werden aangeboden. Zoals uit de punten 315 en 316 hierboven en de aldaar geciteerde rechtspraak blijkt, zijn de drie voorwaarden in de punt 32 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies echter cumulatieve voorwaarden, zodat het niet vervuld zijn van een van die voorwaarden voldoende is om het risico op concurrentieverstorende bronafscherming uit te sluiten. Dit volstaat om deze tweede grief af te wijzen.

352 Hoe dan ook kan het sluiten door een onderneming met een machtspositie van exclusiviteitsovereenkomsten met een leverancier om een of meer individueel aangewezen concurrenten van de benedenwaartse markt te verdrijven, een met het mededingingsrecht strijdige gedraging vormen (zie in die zin arrest van 22 maart 2011, Altstoff Recycling

Austria/Commissie, T-419/03, EU:T:2011:102, punt 51). Toen de Commissie daarover ter terechtzitting werd ondervraagd, heeft zij trouwens bevestigd dat indien de uit de concentratie ontstane entiteit een volledige- of gedeeltelijke-exclusiviteitsovereenkomst met een televisieomroep zou sluiten, dit mogelijkerwijs een inbreuk op artikel 101 of artikel 102 VWEU zou vormen.

353 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat het weinig waarschijnlijk was dat de uit de concentratie ontstane entiteit na deze transactie de prikkel zou hebben om dergelijke overeenkomsten te sluiten, wat ook gold voor de televisieomroepen. Uit de rechtspraak blijkt namelijk dat, hoewel rekening kan worden gehouden met omstandigheden die een prikkel tot mededingingsbeperkende praktijken kunnen zijn, ook moet worden gekeken in hoeverre die prikkels minder sterk worden of zelfs volledig verdwijnen door de onwettigheid van de betrokken gedragingen, de kans dat deze door de bevoegde nationale of Unie-autoriteiten worden ontdekt en vervolgd, en de geldelijke sancties die eruit kunnen voortvloeien (zie in die zin arresten van 25 oktober 2002, Tetra Laval/Commissie, T-5/02, EU:T:2002:264, punt 159, en 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punten 303-311). Bijgevolg kan de Commissie niet worden verweten geen rekening te hebben gehouden met de onwaarschijnlijke mogelijkheid – gelet op het potentieel onwettige karakter ervan – dat de uit de concentratie ontstane entiteit een exclusiviteitsovereenkomst met een televisieomroep zou sluiten waardoor een of meer individueel geviseerde concurrenten op de benedenwaartse markten, zoals verzoekster, geen toegang meer zouden hebben tot bepaalde content.

354 Wat in de derde plaats het verwijt betreft dat de uit de concentratie ontstane entiteit op de MDU-markt de voordelen kon uitbuiten die zij op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen genoot, zij erop gewezen dat verzoekster deze elementen reeds heeft aangevoerd ter ondersteuning van het tweede onderdeel van haar eerste middel, waarin zij de Commissie een kennelijke beoordelingsfout en een ontoereikende motivering verwijt door bij haar onderzoek van de MDU-markt geen rekening te hebben gehouden met de enorme toename van de middelen van die entiteit. Dit tweede onderdeel is echter afgewezen om de in de punten 199 tot en met 230 hierboven uiteengezette redenen, zodat deze derde grief niet kan slagen.

355 Hoe dan ook moet worden geoordeeld dat indien die entiteit, wegens de vermeende voordelen die zij genoot, voordeligere prijzen kon aanbieden aan MDU-afnemers, zoals verzoekster stelt, dit op positieve gevolgen voor de consumenten wijst, aangezien die prijsverlaging dan waarschijnlijk tot uiting zou komen in de door de huurders van de betrokken gebouwen betaalde maandelijkse huur, veeleer dan op een SBDM. Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster geenszins aantoont dat de vermeende voordelen – de inning van terugkoopvergoedingen en de aankoop van content tegen gunstigere voorwaarden dan de kleinere kabelexploitanten – concentratiespecifiek waren.

356 Bijgevolg toont verzoekster niet aan dat de Commissie bij het onderzoek van de niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, zodat het vierde middel moet worden afgewezen.

F. Vijfde middel: kennelijke beoordelingsfout en procedurele onregelmatigheid bij het onderzoek van de verbintenissen

[*omissis*]

2. Eerste onderdeel: kennelijk onjuiste beoordeling van de WCBA-verbintenis

[*omissis*]

370 Wat vervolgens verzoeksters bewering betreft dat de WCBA-verbintenis ondoeltreffend was omdat deze geen compensatie kon bieden voor het wegvallen van de concurrentiedruk die vóór de transactie uitging van Unitymedia's infrastructuur en innovaties, moet worden geconstateerd dat het hoofddoel van de WCBA-verbintenis erin bestond het mededingingsprobleem te verhelpen dat voortvloeide uit het wegvallen van de concurrentiedruk die uitging van de DSL-activiteiten van Vodafone in het kabelgebied Unitymedia, zoals met name uit overweging 1898 van het bestreden besluit blijkt.

371 Na de transactie zou de activiteit die Unitymedia met haar kabelnetwerk uitoefende, immers blijven bestaan en door Vodafone worden overgenomen. Vodafone was daarentegen van plan om in het kabelgebied van Unitymedia een einde te maken aan haar DSL-activiteit, die zij uitoefende op basis van door Deutsche Telekom verleende wholesaletoegang (zie met name de overwegingen 566, 604 en 605 van het bestreden besluit). Het is bijgevolg de DSL-activiteit van Vodafone – de wederverkoop van het DSL-product van Deutsche Telekom – die na de transactie zou verdwijnen.

372 De WCBA-verbintenis kon dus niet als ondoeltreffend worden beschouwd omdat zij voorzag in de toetreding van een operator, Telefónica, die niet actief was op het gebied van infrastructuur maar zich uitsluitend bezighield met wederverkoop, aangezien zij juist tot doel had het verdwijnen van een operator, Vodafone, in het kabelgebied van Unitymedia, die niet actief was op het gebied van infrastructuur maar enkel doorverkocht, te compenseren. Bijgevolg kan deze eerste grief niet worden aanvaard.

373 Hoe dan ook blijkt uit overweging 452 van het bestreden besluit dat Vodafone vóór de transactie in haar kabelgebied investeerde en innoveerde. Bovendien zou de kabelactiviteit van de uit de concentratie ontstane entiteit na de concentratie in het kabelgebied van Unitymedia nog steeds worden geconfronteerd met concurrentie van andere operatoren, zoals Deutsche Telekom, United Internet en Telefónica, zoals ook uit die overweging blijkt. Hieruit volgt dat die eenheid op het gebied van infrastructuur en innovatie waarschijnlijk soortgelijke investeringen in Unitymedia's voormalige kabelgebied zou moeten doen als Unitymedia reeds vóór de transactie deed. Verzoekster legt hoe dan ook geen enkel bewijs over waaruit blijkt dat die entiteit, ondanks deze omstandigheden en meer bepaald de concurrentie van Deutsche Telekom, United Internet en Telefónica, niet langer zou investeren en innoveren in Unitymedia's voormalige kabelgebied, zodat de transactie de concurrentiedruk die uitgaat van dergelijke investeringen en innovaties zou uitschakelen.

374 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat de Commissie de WCBA-verbintenis niet mocht aanvaarden omdat het een niet structurele, gedragsverbintenis betrof, is het juist dat de Commissie, zoals verzoekster constateert, in punt 15 van de mededeling corrigerende maatregelen aangeeft dat verbintenissen van structurele aard, zoals de verbintenis om een bedrijfsonderdeel te verkopen, vanuit de doelstelling van verordening nr. 139/2004 in de regel te verkiezen zijn, voor zover zij de mededingingsbezwaren die de concentratie in haar aangemelde vorm zou doen rijzen, duurzaam voorkomen en geen toezichtmaatregelen op middellange of lange termijn vergen. Bovendien benadrukt de Commissie in punt 17 van die mededeling dat verbintenissen met betrekking tot het toekomstige handelen van de nieuw geconcentreerde onderneming alleen uitzonderlijk, in zeer specifieke omstandigheden acceptabel kunnen zijn.

375 Voorts is de Commissie enkel bevoegd om verbintenissen te aanvaarden die de concentratie verenigbaar met de interne markt kunnen maken. Met andere woorden, de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen moeten de Commissie in staat stellen te concluderen dat de betrokken concentratie geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een aanzienlijk deel daarvan zou creëren, onder meer door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken in de zin van artikel 2, lid 2, van deze verordening (zie arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 294 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

376 Verbintenissen die tijdens fase II worden aangegaan, hebben met name tot doel om de door de Commissie tijdens fase I vastgestelde concurrentieproblemen die haar ertoe hebben aangezet om fase II in te leiden, op te lossen. Wanneer het Gerecht moet onderzoeken of de Commissie, gelet op de inhoud en de strekking van de tijdens fase II aangegane verbintenissen, op basis van deze verbintenissen een goedkeuringsbesluit kon geven, moet het derhalve nagaan of de Commissie zich, zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, op het standpunt kon stellen dat deze verbintenissen een rechtstreeks en toereikend antwoord vormden op de tijdens fase I vastgestelde concurrentieproblemen (zie in die zin arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 298).

377 Overweging 30 van verordening nr. 139/2004 preciseert dat indien de betrokken ondernemingen een aangemelde concentratie wijzigen, met name door het aanbieden van verbintenissen om de concentratie verenigbaar te maken met de interne markt, de Commissie de gewijzigde concentratie verenigbaar moet kunnen verklaren met de interne markt. Dergelijke verbintenissen dienen in verhouding te staan tot het mededingingsprobleem en dit probleem volledig weg te werken (zie in die zin arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 307).

378 Tot slot zijn gedragsverbintenissen niet naar hun aard onvoldoende om een SBDM op de interne markt of een aanzienlijk deel ervan – met name als gevolg van de creatie of versterking van een machtspositie – te verhinderen, en moeten zij evenals de structuurverbintenissen per geval worden beoordeeld (zie in die zin arrest van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, EU:T:2005:333, punt 100 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

379 Aldus heeft de Commissie in punt 15 van de mededeling corrigerende maatregelen onderstreept dat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat ook andere soorten verbintenissen dan verbintenissen van structurele aard kunnen beletten dat een daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd.

380 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in de mededeling corrigerende maatregelen inderdaad de voorkeur geeft aan structurele verbintenissen, met name omdat deze gemakkelijk ten uitvoer kunnen worden gelegd. Niettemin moet worden vastgesteld dat vooral de geschiktheid en de toereikendheid van de verbintenissen om het vastgestelde mededingingsprobleem op te lossen, alsmede de zekerheid dat de verbintenissen zullen kunnen worden uitgevoerd, bepalend zijn voor de aanvaarding ervan.

381 Verzoekster kan dus niet op goede gronden stellen dat de Commissie de WCBA-verbintenis had moeten afwijzen om de enkele reden dat deze uitsluitend het gedrag van de uit de concentratie ontstane entiteit betrof, zodat de tweede grief moet worden afgewezen.

382 Wat in de derde plaats verzoeksters bewering betreft dat Telefónica niet in staat was sterke concurrentiedruk uit te oefenen op de markt voor vaste internettoegang, moet worden opgemerkt dat overweging 529 van het bestreden besluit, waarop verzoekster zich ter ondersteuning van deze grief beroept, betrekking heeft op een verklaring van Deutsche Telekom over het concurrentievermogen van Telefónica vóór de inaanmerkingneming van de WCBA-verbintenis, zodat verzoeksters argument dat de Commissie in die overweging zelf het onvermogen van Telefónica om te concurreren heeft erkend, moet worden verworpen.

383 Wat voorts verzoeksters argument betreft dat de snelheden die Telefónica op grond van de WCBA-verbintenis zouden worden aangeboden, beperkt waren, heeft de Commissie in overweging 531 van het bestreden besluit inderdaad het volgende vastgesteld:

„Telefónica beschikte pas onlangs over een aanbod van 250 Mbit/s in haar productenportefeuille. Tot nu toe bood zij alleen snelheden van 10, 50 en 100 Mbit/s aan, wat door concurrenten als een ernstige beperking van haar concurrentievermogen wordt gezien. Deze late invoering van hogere snelheden in haar productportfolio is een belangrijk bewijs van het beperkte concurrentievermogen van Telefónica op de markt."

384 Daarbij zij evenwel benadrukt dat de Commissie soortgelijke vaststellingen over de situatie van Telefónica heeft gedaan los van de WCBA-verbintenis.

385 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat uit deze vaststellingen, waarbij geen rekening wordt gehouden met het geheel van de verplichtingen die Vodafone in het kader van de WCBA-verbintenis is aangegaan, niets kan worden afgeleid over de mogelijkheid en de prikkel van Telefónica om een levensvatbare en actieve concurrentiekracht te vormen zodra die verbintenis zou worden uitgevoerd.

386 Bovendien moet erop worden gewezen dat de Commissie in de overwegingen 1896 tot en met 1917 van het bestreden besluit, in een onderdeel met het opschrift „Omvang", de WCBA-verbintenis uitvoerig heeft onderzocht. Zij heeft meer in het bijzonder in de overwegingen 1901 tot en met 1906 onderzocht welke snelheden Vodafone aan Telefónica zou aanbieden. Zoals interveniënte in de onderhavige procedure benadrukt, beschikte Telefónica voor haar DSL-activiteiten over een hypothetische maximumsnelheid van 250 Mbit/s. Ter vergelijking: de WCBA-verbintenis bood haar toegang tot snelheden tot 300 Mbit/s op het moment van de uitvoering daarvan en tot 500 Mbit/s daarna. Aldus heeft de Commissie zich in punt 1906 van het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat de dankzij de WCBA-verbintenis beschikbare snelheden aanzienlijke voordelen zouden bieden ten opzichte van de op de DSL-infrastructuur van Deutsche Telekom beschikbare snelheden. Zij heeft met name opgemerkt dat de verbintenis hogere snelheden zou bieden dan het snelste product dat met DSL-infrastructuur technisch beschikbaar was, en een concurrent zou creëren die zich qua snelheid dichter bij Unitymedia bevond dan bij de DSL-activiteiten van Vodafone. Zij was in het algemeen van mening dat de dankzij de WCBA-verbintenis beschikbare snelheden een verbetering vormden ten opzichte van het groothandelsaanbod van Deutsche Telekom en voldoende waren opdat Telefónica binnen afzienbare tijd daadwerkelijk kon concurreren op de markt voor vaste internettoegang.

387 Uit de enkele omstandigheid dat de Commissie vóór de inaanmerkingneming van de WCBA-verbintenis van mening was dat de late invoering van hogere snelheden in haar productportfolio een belangrijk bewijs was van Telefónica's beperkte concurrentievermogen op de markt, kan dus niets worden afgeleid over haar mogelijkheid en prikkel, eens de

WCBA-verbintenis ten uitvoer zou worden gelegd, om een levensvatbare en actieve concurrentiekracht te zijn, en dus over de vraag of die verbintenis passend en toereikend zou zijn, zodat deze derde grief moet worden afgewezen.

388 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het vijfde middel, betreffende een kennelijke fout van de Commissie bij de beoordeling van de WCBA-verbintenis, moet worden afgewezen.

3. Derde onderdeel: procedurele onregelmatigheid en kennelijke beoordelingsfout wat betreft de verbintenissen voor de terugkoop van televisiesignalen

389 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat de Commissie een procedurele onregelmatigheid heeft begaan door de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen te aanvaarden, aangezien deze te laat was ingediend, na het verstrijken van de in artikel 19, lid 2, van verordening nr. 802/2004 gestelde termijn en zonder de marktdeelnemers te raadplegen.

[*omissis*]

400 Wat ten tweede verzoeksters bewering betreft dat de OTT-verbintenis ontoereikend was omdat OTT-diensten in Duitsland nog slechts een beperkt belang hadden en omdat die de andere kabelexploitanten en IPTV-aanbieders niet beschermde, moet ten eerste worden geconstateerd dat uit overweging 1266 van het bestreden besluit blijkt dat het vastgestelde mededingingsprobleem, waarvoor deze corrigerende maatregel een oplossing moest bieden, bestond in de toegenomen mogelijkheid voor de uit de concentratie ontstane entiteit om de opkomst en de ontwikkeling van bepaalde innovatieve televisiediensten te belemmeren, waarvan het toenemende belang was vastgesteld en die een grotere interactie tussen de omroep en de kijker mogelijk maakten, met inbegrip van OTT.

401 Ongeacht de vraag vanaf welk tijdstip de OTT-diensten de manoeuvreerruimte en de grotere onderhandelingsmacht van die entiteit hadden kunnen inperken, moet bijgevolg worden geconstateerd dat de OTT-verbintenis, doordat deze vanaf de datum van vaststelling van het bestreden besluit Vodafone niet alleen zou beletten om een overeenkomst met een televisieomroep te sluiten of te verlengen die voorwaarden bevatte die direct of indirect de mogelijkheid van die televisieomroep beperkten om een OTT-dienst in Duitsland aan te bieden, maar haar ook zou verplichten om dergelijke reeds bestaande clausules niet verder uit te voeren en soortgelijke beperkingen te verwijderen uit bestaande overeenkomsten (zie de punten 13 en 14 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen), van dien aard was dat daarmee Vodafone onmiddellijk kon worden verhinderd om de opkomst en de ontwikkeling van OTT-diensten te belemmeren, en dus het vastgestelde mededingingsprobleem waarvoor die verbintenis was aangegaan, kon worden verholpen.

402 Ten tweede zij erop gewezen dat de Commissie in het bestreden besluit weliswaar heeft geoordeeld dat de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om de opkomst en de ontwikkeling van innovatieve televisiediensten zoals HBBTV en OTT te belemmeren en dat Vodafone OTT- en HBBTV-verbintenissen had aangeboden om dit mededingingsprobleem op te lossen, maar dat dit volgens haar niet het geval zou zijn voor aanbieders van andere distributiewijzen, zoals andere kabelexploitanten of IPTV-aanbieders. Dit laatste product was, anders dan OTT, met een beperkt marktaandeel van 8 % (zie overweging 291 van het bestreden besluit), haars inziens op de terugweg, hetgeen verzoekster niet betwist.

403 Verzoekster verwijt de Commissie niet dat deze niet heeft overwogen dat de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en het belang had om de opkomst en de ontwikkeling van andere verspreidingen, zoals die van andere kabelexploitanten of IPTV-aanbieders, te belemmeren, zodat het niet nodig was om hiervoor een verbintenis op te leggen. Die bewering van verzoekster moet dan ook worden afgewezen.

404 Wat ten derde verzoeksters bewering betreft dat de capaciteit tussen het internetnetwerk van de uit de concentratie ontstane entiteit en derde aanbieders van internetinterconnectiediensten waarin de OTT-verbintenis voorzag, niet volstond om een snelheid te garanderen die de verspreiding van OTT-diensten mogelijk maakte, en dat het aantal per verdeler aangesloten woningen veeleer op 32 had moeten worden vastgesteld, dient te worden geconstateerd dat zij geen enkel bewijs voor deze bewering aandraagt, zodat deze derde grief moet worden afgewezen.

405 Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat uit punt 15 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen blijkt dat die toezegging ertoe strekte in Duitsland minstens drie ongehinderde routes naar het IP-netwerk van de uit de concentratie ontstane entiteit in stand te houden. Hetgeen werd beoogd was met andere woorden het bieden van voldoende interconnectiecapaciteit om de breedbandklanten van die entiteit in Duitsland toegang te geven tot alle OTT-diensten, hetzij via de interconnectiepunten beschreven in punt 16 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen, hetzij op een andere manier.

406 Daartoe bevatte punt 16 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen met name de volgende verplichtingen. Ten eerste moest Vodafone ervoor zorgen dat het dagelijkse piekgebruik op alle interconnectiepunten van de uit de concentratie ontstane entiteit met elk van de groepen van minstens drie bekende interconnectieaanbieders die bereid waren transitdiensten te verkopen, via een of meer fysieke interconnectiepunten in Duitsland, waarop het verkeer kon circuleren naar breedbandklanten, niet meer dan 80 % bedroeg, zodat er bovenop de dagelijkse piek minstens 20 % capaciteit beschikbaar bleef. Ten tweede moest Vodafone ervoor zorgen dat er bovenop de dagelijkse piek minstens 20 Gbit/s capaciteit beschikbaar zou zijn. Dit cijfer zou jaarlijks worden herzien volgens een in de tekst van de verbintenissen beschreven procedure. Verzoekster legt niet concreet uit waarom dit ontoereikend zou zijn geweest.

407 In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de Commissie en interveniënte hebben uitgelegd – zonder te zijn tegengesproken – dat de uit de concentratie ontstane entiteit in essentie een grote prikkel zou hebben om congestie op het niveau van het aansluitnetwerk tot een minimum te beperken omdat een dergelijke congestie, die knelpunten „op de laatste kilometer” (*on the last mile*) veroorzaakt, haar eigen vast aanbod van breedbanddiensten minder aantrekkelijk zou maken en het risico zou inhouden dat zij klanten zou verliezen aan andere aanbieders.

408 Voorts moet worden geconstateerd dat de Commissie in overweging 1929 van het bestreden besluit heeft opgemerkt dat de netneutraliteit, die gewaarborgd wordt door verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB 2015, L 310, blz. 1), de uit de concentratie ontstane entiteit moest beletten eenzijdige beperkende praktijken te hanteren die tot doel hadden de verbintenis te omzeilen, zoals de herprioritering van het verkeer of discriminatie, wat verzoekster niet betwist.

409 Gelet op het voorgaande moet worden geoordeeld dat verzoekster niet aantoont dat de verbintenis in verband met de interconnectie voor OTT-diensten ontoereikend was om de klanten van OTT-televisie voldoende ontvangstkwaliteit te garanderen, zodat de derde grief kan worden afgewezen.

410 Wat ten vierde verzoeksters bewering betreft dat de OTT-verbintenis en de HBBTV-verbintenis de uit de concentratie ontstane entiteit niet beletten haar positie te misbruiken door andere technische functionaliteiten te ondermijnen, zij eraan herinnerd dat uit de punten 348 en 349 hierboven blijkt dat verzoekster er in haar vierde middel niet in is geslaagd aan te tonen dat de Commissie ten onrechte niet heeft vastgesteld dat die entiteit ook andere technische functionaliteiten had kunnen aantasten, zoals „CI Plus", „TVHD", de elektronische programmagids of VOD, inhaalkijken en *instant replay*, d.w.z. dezelfde als die welke zij ter ondersteuning van deze bewering aanhaalt.

411 Meer in het bijzonder toont verzoekster niet aan, ten eerste, in welk opzicht de concentratie afbreuk kon doen aan die functionaliteiten, en legt zij niet uit waarom en in welke zin de uit de concentratie ontstane entiteit in staat was en vooral het belang had om die aspecten terug te schroeven bij haar onderhandelingen met de televisieomroepen, ten tweede, hoe dit de daadwerkelijke mededinging op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen op significante wijze kon belemmeren, met name gelet op de omvang daarvan, en, ten derde, waarom de eventuele verslechtering van die functionaliteiten inherent zou zijn aan de concentratie, met als gevolg dat hiervoor geen verbintenis hoefde te worden opgelegd. Bijgevolg moet deze bewering van verzoekster worden afgewezen.

412 Wat ten vijfde verzoeksters bewering betreft dat de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen de uit de concentratie ontstane entiteit niet zou beletten om andere voorwaarden dan deze vergoedingen minder gunstig voor de televisieomroepen te maken, dient te worden geconstateerd dat verzoekster en interveniënte het erover eens zijn dat de onderhandelingen tussen de televisieomroepen en de televisieplatformen niet beperkt waren tot de inkomstenstromen van die omroepen naar de uit de concentratie ontstane entiteit – de zogenaamde terugkoopvergoedingen – maar ook zagen op betalingen voor content en betalingen voor technische kwaliteit of extra functionaliteiten en diensten die deze entiteit verrichtte ten behoeve van de televisieomroepen.

413 Om te beginnen dient evenwel te worden vastgesteld dat de Commissie in overweging 1221 van het bestreden besluit heeft aangegeven dat de terugkoopvergoedingen rechtstreeks verband hielden met de transmissie van televisiesignalen via kabel en dus het belangrijkste element van de betalingsstroom leken dat zou worden beïnvloed door de toegenomen marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen. Bovendien heeft de Commissie in overweging 1959 van dat besluit uitgelegd dat hoewel de recente ontwikkeling van televisiediensten met toegevoegde waarde had bijgedragen tot een toename van de inkomstenstroom van de televisieplatformen naar de televisieomroepen, de terugkoopvergoedingen nog steeds een uiterst relevant financieel element waren in de contractuele relatie tussen de televisieomroepen van vrij te ontvangen zenders en de kabeltelevisieplatformen. De Commissie heeft daaraan toegevoegd dat het dossier elementen bevatte die erop wezen dat het effect van de transactie op de inkomstenstroom van die entiteit naar de televisieomroepen waarschijnlijk beperkt zou zijn [zie deel VIII.C.2.11.3.9(ii) van het bestreden besluit], terwijl niets in het dossier erop wees dat hetzelfde gold voor de terugkoopvergoedingen (zie ook overweging 1261).

414 Hieruit volgt dat de Commissie, zonder een kennelijke fout te begaan, rekening mocht houden met de omstandigheid dat de verbintenis om de terugkoopvergoedingen niet te verhogen het risico kon compenseren dat de omvang en de kwaliteit van het televisieaanbod voor de retailklanten zouden verminderen wegens een aanzienlijke verslechtering van de contractuele voorwaarden die de uit de concentratie ontstane entiteit zou opleggen aan de vrij te ontvangen omroepen.

415 Vervolgens moet worden geoordeeld dat de Commissie terecht rekening ermee heeft gehouden dat de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen en de OTT-verbintenis elkaar aanvulden, aangezien de eerste verbintenis rechtstreeks inwerkte op de financiële relatie tussen de uit de concentratie ontstane entiteit en de betrokken televisieomroepen wat het traditionele en lineaire televisieaanbod betrof, en de tweede verbintenis gevolgen zou hebben voor het aanbieden van aanvullende diensten.

416 Bovendien heeft de Commissie in de loop van de procedure bij het Gerecht betoogd, zonder door verzoekster te zijn tegengesproken, dat indien de uit de concentratie ontstane entiteit andere substantiële betalingen dan de terugkoopvergoedingen zou toevoegen, dit een gemakkelijk herkenbare omzeiling van de verbintenissen zou vormen.

417 Tot slot heeft verzoekster, gesteld dat haar bewering over de omzeiling van de verbintenissen ook zou gelden voor betaaltelevisie, evenmin gegevens aangevoerd ter weerlegging van de stelling van de Commissie dat, wat betaaltelevisiezenders betreft, elk gedrag van het door verzoekster beschreven type in strijd zou zijn met de OTT-verbintenis.

418 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet in staat is om aan te tonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door de OTT-verbintenis, de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen en de HBBTV-verbintenis te aanvaarden, zodat deze eerste grief moet worden afgewezen.

419 Betreffende in de tweede plaats de laattijdige indiening van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen en de procedurele onregelmatigheid die daardoor uit de aanvaarding ervan door de Commissie zou voortvloeien, moet worden opgemerkt dat uit artikel 19, lid 2, van verordening nr. 802/2004 blijkt dat de verbintenissen die de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 voorstellen, binnen 65 werkdagen na de datum van inleiding van de procedure bij de Commissie moeten worden ingediend. Wanneer de periode voor het nemen van een besluit overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 wordt verlengd, wordt de termijn van 65 werkdagen automatisch met hetzelfde aantal werkdagen verlengd.

420 Verder blijkt uit punt 94 van de mededeling corrigerende maatregelen dat wanneer de partijen de voorgestelde verbintenissen na de termijn van 65 werkdagen wijzigen, de Commissie deze gewijzigde verbintenissen alleen accepteert indien zij – op basis van haar beoordeling van de gegevens die zij in de loop van het onderzoek reeds heeft ontvangen, daaronder begrepen de uitkomsten van eerdere markttests, en zonder dat een verdere markttest hoeft plaats te vinden – duidelijk kan vaststellen dat met de tenuitvoerlegging van deze verbintenissen de geconstateerde mededingingsbezwaren zonder twijfel en volledig worden weggenomen, én wanneer er voldoende tijd wordt gelaten voor een passende beoordeling door de Commissie en een passend overleg met lidstaten. Ook blijkt uit voetnoot 107 van die mededeling, die bij punt 94 hoort, dat

deze raadpleging normaal gesproken vereist dat de Commissie een ontwerp van het eindbesluit, daaronder begrepen een beoordeling van de gewijzigde verbintenissen, aan de lidstaten moet kunnen zenden uiterlijk 10 werkdagen vóór de bijeenkomst van het Raadgevend comité.

421 Tot slot zij erop gewezen dat in de rechtspraak is geoordeeld dat deze twee voorwaarden cumulatief zijn en deze voorwaarden in die zin zijn uitgelegd dat de Commissie te laat ingediende verbintenissen nog mag overwegen op voorwaarde dat, ten eerste, die verbintenissen, zonder dat nader onderzoek nodig is, duidelijk een oplossing voor de eerder vastgestelde mededingingsproblemen bieden en, ten tweede, er voldoende tijd is voor overleg met de lidstaten over die verbintenissen (zie arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie, T-342/07, EU:T:2010:280, punt 455 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

422 In casu moet worden geconstateerd dat aan deze twee voorwaarden is voldaan.

423 Wat de eerste voorwaarde betreft, blijkt uit de punten 398 tot en met 418 hierboven dat de argumenten van verzoekster over de ontoereikendheid van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen zijn afgewezen. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie op basis van haar beoordeling van de gegevens die zij in de loop van het onderzoek reeds had ontvangen, daaronder begrepen de uitkomsten van eerdere markttests, en zonder dat een verdere markttest hoefde plaats te vinden, niet duidelijk kon vaststellen dat met de tenuitvoerlegging van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen de geconstateerde mededingingsbezwaren zonder twijfel en volledig zouden worden weggenomen.

424 Wat de tweede voorwaarde betreft, moet worden opgemerkt dat uit de overwegingen 25 en 26 van het bestreden besluit blijkt dat de partij die de concentratie heeft aangemeld, op 11 juni 2019 een herzien verbintenissenontwerp heeft ingediend en dat het Raadgevend comité het ontwerpbesluit heeft besproken en op 28 juni een gunstig advies heeft uitgebracht. Hieruit volgt dat de Commissie de lidstaten in casu wel degelijk minstens 10 werkdagen vóór de bijeenkomst van het Raadgevend comité een ontwerp-eindbesluit heeft kunnen doen toekomen met daarin een beoordeling van de gewijzigde verbintenissen, wat verzoekster niet betwist, en dat zij dus voldoende tijd heeft gehad om de lidstaten te raadplegen over de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen.

425 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie rekening mocht houden met de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen ondanks de tardieve indiening ervan, zodat verzoeksters grief inzake een vermeende procedurele onregelmatigheid, en dus het tweede onderdeel van het onderhavige middel, moet worden afgewezen.

426 Gelet op het voorgaande dient het vijfde middel te worden afgewezen.

[*omissis*]

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Tele Columbus AG wordt verwezen in de kosten.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 november 2024.

ondertekeningen