Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção Alargada)

13 de novembro de 2024*

«Concorrência — Concentrações — Mercados alemães dos serviços televisivos e serviços de telecomunicações — Decisão que declara a concentração compatível com o mercado interno e com o Acordo EEE — Compromissos — Apreciação dos efeitos horizontais e verticais da operação sobre a concorrência — Relação de concorrência entre as partes na concentração — Alteração específica da concentração — Erro manifesto de apreciação»

No processo T-69/20,

Tele Columbus AG, com sede em Berlim (Alemanha), representada por C. Wagner e J. Hackl, advogados,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por G. Conte, A. Keidel, J. Szczodrowski e C. Vollrath, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

Vodafone Group plc, com sede em Newbury (Reino Unido), representada por V. Vollmann, solicitor, C. Jeffs, A. Chadd e D. Seeliger, advogados,

interveniente,

O TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção Alargada),

composto por: M. van der Woude, presidente, R. da Silva Passos (relator), I. Reine, L. Truchot e M. Sampol Pucurull, juízes,

secretário: S. Jund, administradora,

vistos os autos,

após a audiência de 22 de setembro de 2023,

* Língua do processo: alemão.

profere o presente

Acórdão [1]

1 Por meio do seu recurso interposto ao abrigo do artigo 263.º TFUE, a recorrente, Tele Columbus AG, pede a anulação da Decisão C(2019) 5187 final da Comissão, de 18 de julho de 2019, que declara compatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE a operação de concentração com vista à aquisição pela Vodafone Group plc de determinados ativos da Liberty Global plc (processo COMP/M.8864 — Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (a seguir «decisão recorrida»).

[OMISSIS]

II. Tramitação processual e pedidos das partes

[OMISSIS]

48 A recorrente conclui pedindo ao Tribunal que se digne:

— anular a decisão recorrida;

— condenar a Comissão nas despesas.

49 A Comissão e a Vodafone concluem pedindo ao Tribunal que se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

III. Questão de direito

[OMISSIS]

B. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros manifestos de apreciação e a irregularidades processuais no âmbito do exame dos efeitos horizontais não coordenados no mercado MDU [multi-dwelling-units (unidades multifamiliares)]

[OMISSIS]

2. Quanto à primeira parte, relativa a um erro manifesto de apreciação que afeta a apreciação da existência de concorrência direta entre as partes na concentração

[OMISSIS]

[1] Apenas são reproduzidos os números do presente acórdão cuja publicação o Tribunal Geral considera útil.

82 A este respeito, há que esclarecer que existe concorrência direta entre empresas quando estas disputam os mesmos clientes.

83 No caso, é pacífico que as redes de cabo das partes na concentração não se sobrepõem e que, de facto, quando um cliente MDU pretende celebrar um contrato com um fornecedor de sinais de televisão, só tem, em princípio, a possibilidade de escolher entre a parte na concentração em cuja área de cobertura de cabo se situa o imóvel a ligar e um dos seus concorrentes, como a recorrente. O facto de, antes da operação, o mercado MDU ter sido de dimensão nacional ou limitado às áreas de cobertura de cabo das partes na concentração nada altera, uma vez que esse facto se aplica em ambos os casos.

84 Daí resulta que a Unitymedia não pode ser validamente qualificada de «fornecedor alternativo» para as sociedades de habitação no mercado MDU, que a concentração eliminaria, como sustenta a recorrente. Resulta também do exposto que os produtos comercializados pelas partes na concentração não estavam, na prática, em concorrência, independentemente da delimitação geográfica do mercado MDU, pelo que a primeira parte do presente fundamento não pode ser acolhida.

85 Os outros argumentos apresentados pela recorrente não permitem demonstrar o contrário.

86 Desde logo, no que respeita à alegação da recorrente de que as atividades das partes na concentração se sobrepunham, há que esclarecer que, embora não existisse nenhuma sobreposição entre as redes por cabo da Vodafone e da Unitymedia, o que a recorrente não põe em dúvida, é verdade que, na decisão recorrida, a Comissão considerou que existiam, no entanto, algumas sobreposições entre as suas atividades, uma vez que esses operadores compravam, nesse caso, serviços intermédios de transmissão de sinais de televisão à outra parte ou a outro operador de rede de nível 3 para poderem chegar aos clientes MDU em causa.

87 Ora, há que referir que, embora impugne o seu caráter insignificante, a recorrente não põe em causa os números, enquanto tais, divulgados pela Comissão no processo no Tribunal Geral relativos aos contratos celebrados pelas partes na concentração fora das suas áreas de cobertura de cabo e ao número de clientes em causa. A este respeito, há que observar que estes números mostram que esses contratos representavam um número muito limitado de clientes MDU em termos de residências ligadas e uma quota de mercado, inferior a 1 %, de tal forma negligenciável que não poderia representar uma concorrência residual que devesse ser protegida.

88 Seguidamente, no que respeita, à alegação da recorrente de que a estratégia comercial das partes na concentração poderia evoluir, de modo que poderiam decidir alargar as suas atividades além das respetivas áreas de cobertura de cabo, não se pode deixar de observar que essa asserção diz respeito à existência de concorrência potencial, e não a uma alegada concorrência direta existente, o que a torna inoperante no âmbito da primeira parte do presente fundamento.

89 O mesmo acontece com a alegação da recorrente de que a acumulação de quotas de mercado e o valor do índice Herfindahl-Hirschman no mercado MDU, definido como de dimensão nacional, seriam muito grandes, dado que esses dados não têm por vocação demonstrar a existência de concorrência direta entre duas partes numa concentração antes desta. Mais em particular, no que respeita ao índice Herfindahl-Hirschman, que é igual à soma dos quadrados das quotas de mercado de cada uma das empresas presentes no mercado, não se pode deixar de observar que é utilizado para medir os graus de concentração num mercado e que podia dar uma primeira

indicação das pressões concorrenciais que seriam exercidas no final da operação de concentração (v., neste sentido, Acórdão de 7 de junho de 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Comissão, T-405/08, não publicado, EU:T:2013:306, n.º 65).

90 Resulta do exposto que a recorrente não demonstra que a Comissão tenha considerado de forma manifestamente errada na decisão recorrida que as partes na concentração não eram concorrentes indiretos antes desta. A primeira parte do presente fundamento deve, portanto, ser julgada improcedente.

3. Quanto à quarta parte, relativa a um erro manifesto de apreciação que afeta a apreciação da existência de concorrência indireta entre as partes na concentração

[OMISSIS]

103 A título preliminar, há que precisar que as empresas que não concorrem diretamente podem, no entanto, encontrar-se numa relação de concorrência indireta, nomeadamente quando sofrem pressões concorrenciais semelhantes por parte de outras empresas às quais cada uma delas faz concorrência diretamente ou quando outros fatores, como as exigências impostas pelos clientes, limitem de forma comparável as suas possibilidades de fixar os seus preços e condições comerciais.

104 A este respeito, há que observar que a argumentação da recorrente, acima descrita, no essencial, nos n.os 98 a 101, apresenta um alto nível de generalidade, não é sustentada em nenhuma prova e baseia-se em alegações vagas, o que não basta para pôr em causa as apreciações efetuadas pela Comissão. O único argumento concreto é o dos preços e das características das ofertas agrupadas para a Internet e para o telefone. Ora, uma vez que dizem respeito a outros mercados, os preços e as características das propostas mencionadas pela recorrente não são relevantes para a apreciação da existência de concorrência indireta no mercado MDU, que diz respeito à transmissão do sinal de televisão.

105 Além disso, resulta da decisão recorrida (v., nomeadamente, considerando 697 da decisão recorrida), o que a recorrente não impugna, que muitos contratos com clientes MDU eram o resultado de negociações, de concursos ou de procedimentos formais de concurso. Os contratos celebrados pelas partes na concentração com os seus clientes MDU não são, portanto, contratos-tipo, cujas condições podem ser influenciadas por aquilo que a outra parte oferece na sua área de cobertura de cabo ou por certos operadores com atividade à escala nacional, contrariamente à alegação formulada pela recorrente.

106 Refira-se também que, na decisão recorrida, a Comissão explicou, por um lado, que o exame dos documentos internos das partes na concentração não tinha fornecido nenhum elemento que sugerisse que as referidas partes tinham em conta os respetivos termos e condições nas negociações relativas aos contratos MDU e, por outro, que as partes na concentração tinham apresentado elementos convincentes para contestar o alinhamento dos contratos MDU pela totalidade do território alemão. O facto de a recorrente não considerar «plausíveis» esses factos não basta para os pôr em causa.

107 Consequentemente, a recorrente não demonstra que a Comissão tenha concluído de forma manifestamente errada na decisão recorrida que as partes na concentração não eram concorrentes indiretos.

108 Na medida em que a recorrente não demonstra que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação quando considerou que a operação não levaria à perda de nenhuma concorrência indireta, a presente alegação deve ser rejeitada sem que seja necessário apreciar se cometeu um erro ao considerar que a concorrência indireta devia ser particularmente forte ou que era necessária uma transmissão sistemática das condições.

109 A quarta parte do presente fundamento deve, portanto, ser julgada improcedente.

4. Quanto à terceira parte, relativa a um erro manifesto de apreciação e a uma violação do direito de audiência e do princípio da boa administração que afeta a apreciação da existência de concorrência potencial entre as partes na concentração

[OMISSIS]

b) Quanto ao erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão ao basear-se exclusivamente nos critérios de investimento subjetivos e nos documentos internos das partes na concentração

[OMISSIS]

139 A este respeito, em primeiro lugar, há que lembrar que, em matéria de controlo das concentrações, segundo jurisprudência constante, o exame das condições de concorrência assenta não só na concorrência atual entre as empresas já presentes no mercado em causa mas também na concorrência potencial, a fim de saber se, tendo em conta a estrutura do mercado e o contexto económico e jurídico que rege o seu funcionamento, existem possibilidades reais e concretas de as empresas em causa concorrerem entre si, ou de um novo concorrente poder entrar no mercado em causa e fazer concorrência às empresas estabelecidas (v. Acórdão de 4 de julho de 2006, easyJet/Comissão, T-177/04, EU:T:2006:187, n.º 116 e jurisprudência referida).

140 Para verificar se uma empresa constitui um concorrente potencial no mercado em causa, a Comissão tem que determinar se, sem a concentração em causa, existiriam possibilidades reais e concretas de essa empresa integrar esse mercado e de competir com as empresas nele estabelecidas. Essa demonstração não deve assentar numa simples hipótese, antes devendo ter suporte em elementos de facto ou numa análise das estruturas do mercado relevante. Assim, uma empresa não pode ser qualificada de concorrente potencial se a sua entrada no mercado não corresponder a uma estratégia económica viável (v., por analogia, Acórdão de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 86 e jurisprudência referida).

141 Por outro lado, a viabilidade económica de uma estratégia de entrada no mercado não pode ser equiparada à simples rentabilidade dessa estratégia. Se assim fosse, uma simples capacidade teórica de entrar num mercado poderia ser considerada suficiente para dar por provada a existência de concorrência potencial. Por conseguinte, a Comissão pode ter em conta o interesse comercial ou económico em entrar num mercado da empresa cuja qualidade de concorrente potencial é analisada (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, EU:T:2005:333, n.ºs 177, 185, 187, 188, 191 e 195, e de 4 de julho de 2006, easyJet/Comissão, T-177/04, EU:T:2006:187, n.º 123) e, portanto, basear-se nos seus critérios de investimento. Assim, a Comissão não pode qualificar uma empresa de concorrente potencial

com base em considerações gerais e abstratas sem ter em conta os interesses comerciais dessa empresa, a sua estratégia de desenvolvimento a curto e médio prazo, bem como os critérios de rentabilidade que fixou para esse efeito.

142 Daí resulta que, a Comissão, quando dá por provado, primeiro, que a empresa em causa não efetuou nenhuma diligência para entrar no mercado num período de tempo suficientemente curto calculado à luz das características do mercado, segundo, que a referida empresa não considera que é economicamente racional e interessante para ela entrar no mercado e, portanto, terceiro, que a referida empresa não pretende entrar no mercado de forma significativa no futuro, pode, sem cometer nenhum erro manifesto de apreciação, concluir que a empresa em causa não é um concorrente potencial da outra parte na concentração. Semelhante conclusão é suficiente para rejeitar a primeira alegação da recorrente, segundo a qual, no caso, a Comissão inobservou os critérios relevantes para examinar a concorrência potencial ao basear-se quase exclusivamente nos critérios de investimento subjetivos e em documentos internos das partes na concentração.

143 Em segundo lugar, no que respeita à alegação da recorrente de que a Comissão não se podia basear nos critérios de investimento das partes na concentração, dado que estes poderiam ter sido alterados a qualquer momento, ou mesmo manipulados, e que não correspondem à prática do setor, há que recordar que a viabilidade económica de uma estratégia de entrada no mercado não pode ser equiparada à simples rentabilidade dessa estratégia e que a Comissão se pode basear no interesse comercial ou económico em entrar num mercado da empresa cuja qualidade de concorrente potencial é analisada (v. n.os 140 e 141, *supra*) e, portanto, nos seus critérios de investimento.

144 Por outro lado, tendo em conta o imperativo da celeridade e os prazos estritos que lhe são impostos no âmbito do procedimento de controlo das concentrações, a Comissão não pode, na falta de indícios que apontem para a inexatidão das informações prestadas, ser obrigada a proceder a verificações relativamente a todas as informações que recebe. Com efeito, embora o dever de exame diligente e imparcial que incumbe à Comissão, no âmbito desse procedimento, não lhe permita basear-se em elementos ou informações que não possam ser considerados verídicos, esse imperativo de celeridade pressupõe, porém, que esta não pode verificar por si própria, ao mais ínfimo pormenor, a autenticidade e fiabilidade de todas as comunicações que lhe são enviadas, assentando o procedimento de controlo das concentrações necessariamente, em certa medida, na confiança (Acórdão de 7 de maio de 2009, NVV e o./Comissão, T-151/05, EU:T:2009:144, n.º 184).

145 Além disso, há que sublinhar que na regulamentação aplicável ao controlo das concentrações estão previstas diferentes medidas destinadas a desencorajar e punir a transmissão de informações inexatas ou enganosas. Com efeito, as partes que notificam uma operação de concentração estão sujeitas, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, e do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (JO 2004, L 133, p. 1 e retificação no JO 2004, L 172, p. 9), à obrigação expressa de fornecer à Comissão, de forma verídica e completa, os factos e circunstâncias relevantes para a decisão de compatibilidade, sendo o incumprimento desta obrigação punido no artigo 14.º do Regulamento n.º 139/2004. Por outro lado, a Comissão pode também revogar, com base no artigo 6.º, n.º 3, alínea a), e no artigo 8.º, n.º 6, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004, a decisão de compatibilidade se esta assentar em informações inexatas pelas quais uma das empresas em causa seja responsável ou se tiver sido obtida fraudulentamente (Acórdão de 7 de maio de 2009, NVV e o./Comissão, T-151/05, EU:T:2009:144, n.º 185).

146 Por último, há que observar, por um lado, que resulta nomeadamente do considerando 742 e da nota de rodapé n.º 553 da decisão recorrida que a Comissão verificou as projeções efetuadas pelas partes na concentração, no âmbito das quais estas, tendo em conta os seus critérios de investimento, examinaram a rentabilidade de vários projetos de implantação de infraestruturas e considerou que os resultados destas eram suficientemente robustos e, por outro, que a Comissão não se baseou apenas nos critérios de investimento das partes na concentração para concluir pela inexistência de concorrência potencial entre elas, mas que teve nomeadamente em conta o facto de, na prática, nem a Vodafone nem a Unitymedia terem alguma vez duplicado a rede de cabo da outra parte e que estas partes apenas tinham alargado de forma negligenciável a sua rede no interior da sua própria área de cobertura de cabo, quando tal alargamento interno era mais rentável.

147 Esta segunda alegação da recorrente, relativa à fiabilidade dos critérios de investimento das partes na concentração, não pode, portanto, ser acolhida.

148 Em terceiro lugar, quanto à Decisão da Comissão de 16 de junho de 2011 no processo M.5900 — A LGI/KBW, mencionada pela recorrente, há que esclarecer que, nessa decisão, a Comissão remeteu às autoridades competentes da República Federal da Alemanha a concentração que lhe tinha sido notificada e que tinha por objeto a aquisição da KBW pela LGI, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004, após ter constatado que estavam reunidas as condições para uma remessa nos termos do artigo 9.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 139/2004. Ora, nessa decisão de remessa, a Comissão não se pronuncia sobre a compatibilidade de uma concentração com o mercado interno (v., neste sentido, Acórdãos de 3 de abril de 2003, Royal Philips Electronics/Comissão, T-119/02, EU:T:2003:101, n.º 275, e de 30 de setembro de 2003, Cableuropa e o./Comissão, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, n.º 52). Ora, esse tipo de decisão não tem por objeto pronunciar-se sobre os efeitos da concentração nos mercados em causa objeto da remessa, mas sim transferir a responsabilidade desse exame para as autoridades nacionais que a pediram, para estas decidirem nos termos do seu direito nacional da concorrência (v., neste sentido, Acórdãos de 3 de abril de 2003, Royal Philips Electronics/Comissão, T-119/02, EU:T:2003:101, n.º 276, e de 30 de setembro de 2003, Cableuropa e o./Comissão, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, n.º 53).

149 Por outro lado, numa decisão de remessa, a Comissão não pode, sob pena de privar esse mecanismo da sua substância, proceder a um exame da compatibilidade da concentração suscetível de vincular as autoridades nacionais em causa quanto ao mérito, devendo limitar-se a verificar, no termo de um exame *prima facie*, se, com base nos elementos de que dispõe no momento da apreciação do mérito do pedido de remessa, a concentração em causa ameaça criar ou reforçar uma posição dominante nos mercados em causa (v. Acórdão de 30 de setembro de 2003, Cableuropa e o./Comissão, T-346/02 e T-347/02, EU:T:2003:256, n.º 217 e jurisprudência referida).

150 Por conseguinte, há que considerar que, na Decisão de 16 de junho de 2011 no processo M.5900 — LGI/KBW, a Comissão não fez nenhuma apreciação definitiva sobre a eventual existência de uma relação de concorrência potencial entre as partes na concentração. Esta apreciação é, aliás, confirmada pelas fórmulas hipotéticas utilizadas nessa decisão.

151 Por outro lado, mesmo admitindo que essa asserção da recorrente relativa ao processo M.5900 — LGI/KBW fosse exata, basta lembrar que, de qualquer forma, a Comissão não está vinculada pela sua prática anterior. Com efeito, refira-se que, quando a Comissão decide sobre a compatibilidade de uma concentração com o mercado interno com base numa notificação e num processo

específicos dessa operação, um recorrente não pode pôr em causa as suas considerações pelo facto de diferirem das feitas anteriormente noutro processo, com base numa notificação e num processo diferentes, mesmo admitindo que os mercados em causa nos dois processos sejam semelhantes, ou mesmo idênticos (Acórdãos de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 118, e de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 142).

152 Quanto às decisões da Autoridade Federal da Concorrência invocadas pela recorrente, refira-se que, tendo em conta a repartição precisa das competências em que assenta o Regulamento n.º 139/2004, as decisões das autoridades nacionais não podem vincular a Comissão no quadro dos processos de controlo das concentrações (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, C-202/06 P, EU:C:2007:814, n.º 56, e de 7 de maio de 2009, NVV e o./Comissão, T-151/05, EU:T:2009:144, n.º 139), *a fortiori* quando digam respeito às partes numa outra concentração e num outro período.

153 Resulta do exposto que a Comissão não cometeu nenhum erro manifesto de apreciação ao ter em conta os critérios de investimento e os documentos internos das partes na concentração, para determinar se estas deviam ou não ser consideradas concorrentes potenciais.

c) Quanto ao erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão ao não ter suficientemente em conta outros elementos

[OMISSIS]

160 A este respeito, no que respeita, em primeiro lugar, à opinião das empresas já com atividade no mercado em causa, expressa no decurso do inquérito de mercado, há que sublinhar que a Comissão tem o direito de a ter em conta. No entanto, este critério não pode ser decisivo para fazer uma apreciação sobre a existência de concorrência potencial.

161 Com efeito, embora a opinião dos concorrentes possa constituir uma importante fonte de informações sobre o impacto previsível de uma operação de concentração no mercado, não vincula a Comissão na sua apreciação autónoma do impacto da concentração no mercado [v., neste sentido, Acórdãos de 25 de março de 1999, Gencor/Comissão, T-102/96, EU:T:1999:65, n.ºs 290 e 291, e de 5 de outubro de 2020, HeidelbergCement e Schwenk Zement/Comissão, T-380/17, EU:T:2020:471, n.º 673 (não publicado)].

162 De qualquer forma, há que observar que resulta dos considerandos 727, 728, 752 e 753 da decisão recorrida que a Comissão teve efetivamente em conta a opinião dos operadores concorrentes, uma vez que decorre desses considerandos que procedeu a uma análise aprofundada da existência de concorrência potencial entre as partes na concentração, nomeadamente devido às observações formuladas por estes.

163 Quanto à alegação da recorrente de que as partes na concentração já estavam com atividade na área de cobertura de cabo da outra, que a Vodafone já realizava investimentos na área de cobertura de cabo da Unitymedia ou que essas partes controlavam as respetivas atividades, refira-se que estes elementos dizem respeito à alegada existência de concorrência direta ou indireta real, o que torna tal alegação inoperante no âmbito da presente parte relativa à concorrência potencial. De qualquer forma, resulta do exame da primeira e segunda partes,

supra, que a Comissão não cometeu nenhum erro manifesto de apreciação ao concluir, na decisão recorrida, que as partes na concentração não eram, no mercado MDU, concorrentes diretos nem concorrentes indiretos.

164 Resulta do exposto que a primeira alegação da recorrente deve ser julgada improcedente.

165 Em segundo lugar, quanto à alegação da recorrente de que a Comissão, depois de ter dado por provado que os operadores mais pequenos realizavam investimentos fora das suas zonas de cobertura, deveria ter considerado que a Vodafone e a Unitymedia também estavam em condições de o fazer, não se pode deixar de observar que a Comissão explicou, na decisão recorrida, as razões pelas quais essas estratégias não eram aplicáveis às partes na concentração.

166 No que respeita à Tele Columbus, a prova apresentada no considerando 744, alínea a), e nos considerandos 797 a 799 da decisão recorrida, não impugnada enquanto tal pela recorrente, indica que esta não tinha verdadeiramente empreendido uma duplicação da rede de cabo de outro operador nos anos anteriores à adoção da decisão recorrida. Em particular, a figura 20, incluída no considerando 798 da decisão recorrida, mostra que o número de lares ligados à rede da recorrente Columbus não tinha aumentado significativamente entre 2012 e 2018, a não ser devido à aquisição de ativos preexistentes de outras sociedades.

167 No que respeita à Deutsche Telekom, resulta do considerando 744, alínea c), da decisão recorrida e da resposta desse mesmo operador aí referido, a sua situação era muito diferente da situação das partes na concentração, nomeadamente pelo facto de a Deutsche Telekom já ter uma rede de fibra ótica muito ampla e de utilizar essa rede para fornecer serviços de acesso de alto débito através da tecnologia de linha de assinante digital (Digital Subscriber Line, DSL), o que a recorrente de forma nenhuma impugna. Assim, para alargar a novas zonas a sua oferta a clientes MDU, a Deutsche Telekom podia apoiar-se nas suas próprias linhas de fibra ótica ou nas suas condutas existentes e, em geral, só precisava em geral de construir partes curtas da rede de nível 3 necessária.

168 Daí resulta que os casos de duplicação da redes efetuados por esses operadores permitem pôr em causa as apreciações da Comissão a respeito da concorrência potencial entre as partes na concentração.

169 Por conseguinte, improcede a segunda alegação da recorrente.

170 Em terceiro lugar, quanto ao facto de a Comissão não ter tido em conta a infraestrutura existente da Vodafone, nomeadamente na área de cobertura de cabo da Unitymedia, e ao facto de terem sido necessários custos semelhantes para alargar uma rede por cabo, quer no interior quer no exterior da área de cobertura de cabo das partes na concentração, refira-se que resulta do considerando 740 da decisão recorrida que as projeções efetuadas pela Vodafone e verificadas pela Comissão tinham efetivamente em conta as infraestruturas existentes deste operador e a implantação da 5G, as quais não permitiam, todavia, tornar suficientemente rentável uma duplicação da rede por cabo.

171 Além disso, há que observar que, no considerando 737 da decisão recorrida, a Comissão deu por provado que a duplicação da rede por cabo não era globalmente atrativa para a Vodafone, «em especial em relação ao acréscimo de novos lares na sua própria área de cobertura de cabo que implicava investimentos menores nas infraestruturas e que oferecia maiores oportunidades de rendimento devido à ausência de um operador já instalado». Daí resulta que a Comissão considerou que uma duplicação da rede por cabo fora da sua área de cobertura se revelava menos

rentável do que uma extensão da rede por cabo no seu próprio território, o que a recorrente não impugna. No caso, a recorrente limita-se a alegar que os custos ligados ao desenvolvimento, por um operador de cabo, da sua rede no interior da sua área de cobertura de cabo eram semelhantes aos suportados por uma extensão da sua rede por cabo fora da sua zona de cobertura, sem de forma nenhuma fundamentar tal afirmação, nomeadamente sem impugnar estes elementos apresentados pela Comissão.

172 Por outro lado, há que observar que, nas duas passagens divulgadas pela Comissão, nos termos do Despacho de 30 de março de 2023, dos considerandos 736 e 759 da decisão recorrida, a Comissão indicou que tinha apurado que, ao longo dos últimos cinco anos, as partes na concentração só tinham ampliado de modo negligenciável a sua rede dentro das respetivas áreas de cobertura de cabo ou próximo delas. Este facto, não impugnado pela recorrente nas suas observações de 2 de junho de 2023, corrobora a conclusão da Comissão de que uma extensão das partes na concentração na área de cobertura de cabo da outra parte teria sido improvável sem a operação. Com efeito, se a Vodafone e a Unitymedia apenas tinham alargado de forma negligenciável a sua rede por cabo no interior das respetivas áreas de cobertura de cabo antes da operação, era efetivamente improvável que alargassem a sua rede por cabo além das suas áreas de cobertura, nomeadamente na da outra parte, uma vez que essa extensão era menos rentável do que uma extensão no interior das respetivas áreas de cobertura de cabo.

173 Por conseguinte, esta terceira alegação da recorrente não pode ser acolhida.

174 Em quarto lugar, quanto à alegação da recorrente de que a Comissão não teve em conta o facto de a Vodafone e a Unitymedia poderem ter concorrido com base em meios não ligados à infraestrutura, não se pode deixar de observar que, contrariamente às alegações da recorrente, a Comissão não se limitou a examinar a probabilidade de concorrência potencial através de uma duplicação da rede por cabo, como resulta do considerando 745 da decisão recorrida no que respeita à Vodafone, e do considerando 763 no que respeita à Unitymedia. Neste contexto, a Comissão considerou que também era pouco provável que uma parte penetrasse na área de cobertura de cabo da outra parte a partir de meios não baseados na infraestrutura, como, nomeadamente, as linhas alugadas, a infraestrutura de satélite ou as redes de nível 4.

175 Por outro lado, a Comissão explicou no Tribunal Geral, sem impugnação da recorrente, que, embora fosse teoricamente possível fornecer serviços de transmissão de sinais de televisão a clientes MDU sem utilizar a sua própria infraestrutura de nível 3, não se tratava, na prática, de uma possibilidade interessante do ponto de vista concorrencial. A este respeito, refira-se também que, no considerando 820 da decisão recorrida, no qual a recorrente se baseou várias vezes no presente processo, a Comissão apurou que os operadores de nível 4, incluindo a recorrente, dependiam completamente da vontade das partes de oferecerem serviços de transmissão intermédia de sinais de televisão em condições competitivas, o que a recorrente não impugna. Seguidamente, no considerando 1479 da decisão recorrida, a Comissão referiu que os próprios operadores de nível 4 tinham explicado que tinham a sua atividade num segmento de nicho do mercado, ao passo que as associações de habitação tinham afirmado que os operadores de nível 4 frequentemente não cumpriam os requisitos impostos em matéria de nível de serviço e não estavam em condições de cuidar das adaptações da rede de nível 3, o que a recorrente também não impugna. Ora, estes elementos corroboram a conclusão da Comissão de que era pouco provável as partes na concentração alargarem as suas atividades à área de cobertura de cabo da outra parte baseando-se em meios não assentes na infraestrutura.

176 Por conseguinte, há que julgar improcedente a quarta alegação da recorrente.

[OMISSIS]

e) Quanto à alegada colusão entre as partes na concentração

188 A recorrente alega igualmente que se as partes na concentração não tinham feito concorrência entre si e nunca tinham duplicado as suas redes por cabo, foi porque existia entre elas uma colusão implícita ou tácita. Segundo a recorrente, se a Comissão tivesse procedido de forma correta, deveria ter dado por provado que, na hipótese de nem a Vodafone nem a Unitymedia terem alargado as suas atividades no mercado MDU na área de cobertura de cabo da outra, este facto teria sido unicamente devido a tal colusão.

[OMISSIS]

191 A este respeito, há que observar que a crítica da recorrente não incide sobre a concentração examinada na decisão recorrida nem sobre os seus efeitos no mercado MDU, antes se destinando a tentar explicar a razão pela qual as partes nessa operação não concorriam entre si antes dela.

192 Ora, resulta do seu artigo 21.º, n.º 1, que só o Regulamento n.º 139/2004 é aplicável às concentrações tal como definidas no seu artigo 3.º, às quais, em princípio, não é aplicável o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1). Em contrapartida, só este último regulamento é aplicável aos comportamentos das empresas que, sem constituírem uma operação de concentração na aceção do Regulamento n.º 139/2004, são, no entanto, suscetíveis de levar a uma coordenação entre elas contrária ao artigo 101.º TFUE e que, por esse motivo, estão sujeitas ao controlo da Comissão ou das autoridades de concorrência nacionais (Acórdão de 7 de setembro de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, n.ºs 32 e 33).

193 Daí resulta que a alegação da recorrente de colusão implícita ou tácita entre as partes na concentração antes desta é inoperante, uma vez que não diz respeito ao objeto da decisão recorrida, a saber, uma concentração sujeita ao Regulamento n.º 139/2004, mas antes a práticas que são potencialmente abrangidas pelo âmbito de aplicação dos artigos 101.º ou 102.º TFUE e do Regulamento n.º 1/2003. Assim, mesmo que as alegações da recorrente fossem fundadas, ou seja, mesmo no caso de ter existido, antes da operação, uma colusão implícita ou tácita entre as partes na concentração que explicasse a inexistência de concorrência real ou potencial entre elas no mercado MDU, como alega a recorrente, isso não teria permitido pôr em causa a conclusão a que chegou a Comissão no que respeita a esse mercado, a saber, a inexistência de concorrência entre as partes na concentração cuja eliminação pudesse dar origem a um ESCE [entrave significativo a uma concorrência efetiva].

194 Em todo o caso, há que lembrar que, na decisão recorrida, a Comissão considerou que as alegações de terceiros relativas a uma colusão tácita entre as partes na concentração não eram confirmadas por uma análise dos documentos internos das referidas partes e eram desmentidas pelas provas que figuravam nos autos a respeito da rentabilidade insuficiente da duplicação de redes por cabo (ver notas de rodapé 534 e 566). Os argumentos apresentados pela recorrente, que já foram acima rejeitados, no âmbito do exame da presente parte, não permitem pôr em causa esta conclusão da Comissão. Por outro lado, interrogada na audiência sobre a questão de uma colusão tácita entre as partes na concentração, a recorrente não conseguiu apresentar o menor vislumbre de prova a esse

respeito. Finalmente, no que respeita às duas decisões da Autoridade Federal da Concorrência invocadas, há que recordar que não podem vincular a Comissão, como foi acima recordado no n.º 152.

[OMISSIS]

5. Quanto à segunda parte, relativa a erro manifesto de apreciação e a falta de fundamentação, uma vez que a Comissão não teve em conta o aumento maciço dos recursos da entidade resultante da concentração

[OMISSIS]

b) Quanto ao erro manifesto de apreciação

[OMISSIS]

219 A este respeito, importa sublinhar que o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 menciona efetivamente o poder económico e financeiro entre os elementos a ter em conta para apreciar se uma operação de concentração é ou não compatível com o mercado interno.

220 Contudo, para analisar a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado interno, a Comissão tem em conta um conjunto de elementos como a estrutura dos mercados em causa, a concorrência real ou potencial de empresas, a posição e o poder económico e financeiro das empresas em causa, as possibilidades de escolha dos fornecedores e dos utilizadores, a existência de barreiras à entrada e a evolução da oferta e da procura (Acórdão de 15 de fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, n.º 125). A constatação de um aumento dos recursos da entidade resultante da concentração não permite, portanto, por si só, concluir pela existência de um ESCE.

221 Daí resulta que o facto de uma operação de concentração entre duas empresas causar um aumento dos recursos da entidade resultante da concentração, mesmo que se verifique, não é suficiente, por si só, para declarar a referida operação incompatível com o mercado interno. Com efeito, é necessário ainda demonstrar que esse aumento dos recursos dá origem a um ESCE.

222 Ora, no caso, sem que seja necessário decidir a questão de saber se o aumento dos recursos era «adequado» ou não à concentração, a recorrente não demonstra de que modo poderia tal aumento ter dado lugar a um ESCE.

223 Não é pelo facto de uma concentração dar origem a sinergias ou a reduções de custos a favor da entidade dela resultante que essa operação entrava necessariamente a concorrência. Além disso, também não é por criar ou reforçar uma posição dominante, ou por uma só empresa dominante decidir da estratégia concorrencial e da política de preços da entidade resultante da concentração em todo o território nacional, que uma concentração dá automaticamente origem a um ESCE. Com efeito, o facto de criar ou reforçar uma posição dominante não é, por si só, suficiente para considerar que uma concentração é incompatível com o mercado interno, uma vez que não entrava significativamente uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste (v., neste sentido e por analogia, Acórdão de 20 de outubro de 2021, Polskie Linie Lotnicze «LOT»/Comissão, T-296/18, EU:T:2021:724, n.º 107).

224 Por outro lado, há que sublinhar que a Comissão só pode declarar uma concentração incompatível com o mercado interno se verificar um ESCE que seja consequência direta e imediata da concentração. Esse entrave, que decorreria das decisões futuras da entidade resultante da concentração, só pode ser considerado uma consequência direta e imediata da concentração se esse comportamento futuro for tornado possível e economicamente racional pela alteração das características e da estrutura do mercado causada pela concentração (Acórdão de 11 de dezembro de 2013, Cisco Systems e Messagenet/Comissão, T-79/12, EU:T:2013:635, n.º 118).

225 Ora, no caso, é pacífico que tanto a Vodafone como a Unitymedia já se encontravam em posição dominante no mercado MDU nas respetivas áreas de cobertura de cabo antes da concentração, com a consequência de já terem o poder de se comportarem, em medida apreciável, de forma independente relativamente aos seus concorrentes e aos seus clientes MDU. Por conseguinte, mesmo que, como alega a recorrente, a entidade resultante da concentração pudesse, graças a um aumento dos seus recursos, excluir os seus concorrentes que restassem, nomeadamente através da aplicação de preços predatórios, não se pode deixar de observar que já era esse o caso antes da operação e que esse comportamento futuro não se tornou, portanto, possível e economicamente racional pela modificação das características e da estrutura do mercado causada pela concentração.

226 Em todo o caso, se a entidade resultante da concentração implementasse práticas anticoncorrenciais para excluir a concorrência residual no mercado MDU, continuaria a ser possível os terceiros denunciarem esse abuso potencial às autoridades nacionais da concorrência ou à Comissão, sem prejuízo da possibilidade de estas agirem oficiosamente, em conformidade com o artigo 5.º com o artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 (v., neste sentido, Acórdão de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 250).

227 Por último, a Comissão não está vinculada nem pela Decisão do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldorf) de 14 de agosto de 2013 nem pela sua própria prática decisória.

228 No que respeita à Decisão do Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Dusseldorf), não se pode deixar de observar que foi proferida em 2013, quando a operação foi notificada em 2018. Ora, os mercados das telecomunicações evoluem muito rapidamente. Neste contexto, o decurso de cinco anos pode igualmente justificar a não consideração desta decisão. Refira-se ainda que, tendo em conta a repartição precisa de competências em que assenta o Regulamento n.º 139/2004, as decisões das autoridades nacionais não podem vincular a Comissão no âmbito dos processos de controlo das concentrações (v., neste sentido, Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, C-202/06 P, EU:C:2007:814, n.º 56, e de 7 de maio de 2009, NVV e o./Comissão, T-151/05, EU:T:2009:144, n.º 139).

229 No que respeita à prática decisória anterior da Comissão, refira-se que, quando a Comissão decide sobre a compatibilidade de uma concentração com o mercado interno com base numa notificação e num processo específicos dessa operação, um recorrente não pode pôr em causa as suas considerações pelo facto de diferirem das feitas anteriormente noutro processo, com base numa notificação e num processo diferentes, mesmo admitindo que os mercados em causa nos dois processos sejam semelhantes, ou mesmo idênticos (Acórdãos de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.º 118, e de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 142).

230 Decorre do exposto que a recorrente não demonstra que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao não concluir pela existência de efeitos horizontais não coordenados no mercado MDU devido ao aumento dos recursos resultante da operação de concentração.

[OMISSIS]

D. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a um erro manifesto de apreciação e a irregularidades processuais na análise dos efeitos verticais não coordenados no mercado intermédio e no mercado MDU

[OMISSIS]

3. Quanto à segunda parte, relativa a erros manifestos de apreciação

[OMISSIS]

314 A este respeito, há que observar que resulta do n.º 31 das Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2008, C 265, p. 6, a seguir «orientações para as concentrações não horizontais») que se verifica um encerramento de fatores de produção nos casos em que, após a concentração, a nova entidade é suscetível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração.

315 Nos termos do ponto 32 das referidas orientações, ao apreciar a probabilidade de um cenário de encerramento anticoncorrencial de fatores de produção, a Comissão determina, primeiro, se a entidade resultante da concentração terá, após a concentração, a capacidade de encerrar significativamente o acesso aos fatores de produção, segundo, se terá incentivos para o fazer e, terceiro, se uma estratégia de encerramento do mercado terá um efeito prejudicial significativo a nível da concorrência a jusante.

316 Há que observar que estes três pressupostos são cumulativos, pelo que a falta de um deles é suficiente para excluir o risco de encerramento anticoncorrencial dos fatores de produção (Acórdãos de 23 de maio de 2019, KPN/Comissão, T-370/17, EU:T:2019:354, n.os 118 e 119, e de 27 de janeiro de 2021, KPN/Comissão, T-691/18, não publicado, EU:T:2021:43, n.os 111 e 112). Por outro lado, no que respeita mais especificamente ao terceiro destes pressupostos, refira-se que, para estar preenchido, é necessário demonstrar uma incidência negativa significativa na concorrência a jusante, o que resulta do n.º 32 das Orientações para as concentrações não horizontais.

317 Há que observar que, na decisão recorrida, apesar da inexistência de um novo vínculo vertical entre o mercado intermédio a montante e o mercado MDU a jusante resultante da concentração, a Comissão, nos considerandos 1476 a 1506 da decisão recorrida, examinou esses três pressupostos sem que esse critério fosse, enquanto tal, criticado pela recorrente.

318 No caso, o Tribunal Geral considera oportuno começar por examinar os argumentos apresentados pela recorrente para demonstrar que a Comissão, na decisão recorrida, concluiu de forma manifestamente errada que o terceiro desses pressupostos não estava preenchido, ou seja, a sua terceira alegação, acima resumida no n.º 312.

319 A este respeito, não se pode deixar de observar que, neste âmbito, a recorrente não põe em causa vários dos elementos que levaram a Comissão a concluir que uma eventual estratégia de encerramento do mercado não teria, em todo o caso, um impacto negativo significativo na concorrência a jusante.

320 Assim, a recorrente não nega que essa estratégia não teria afetado a sua atividade principal, uma vez que esta era exercida fora da área de cobertura de cabo da Unitymedia. Por outro lado, embora a recorrente conteste a conclusão da Comissão de que tinha pouca atividade na área de cobertura de cabo da Unitymedia, de modo nenhum fundamenta essa alegação nem põe em causa, nomeadamente, o facto de não poder participar nos concursos que exigissem atualizações da rede de nível 3, o caráter limitado da sua quota de mercado em causa, isto é, [0-5] %, e a sua participação limitada em concursos públicos na área de cobertura de cabo da Unitymedia.

321 Além disso, nenhum dos argumentos apresentados pela recorrente é procedente.

322 No que respeita, primeiro, à alegação da recorrente de que exercia suficiente pressão concorrencial na área de cobertura de cabo da Unitymedia, apesar de se limitar a revender aí o produto desta última, não se pode deixar de observar que esta alegação não é acompanhada de elementos que permitam pôr em causa as explicações que figuram nos considerandos 1501 e 1503 da decisão recorrida, conforme acima recordados nos n.os 283 e 284.

323 Assim, a recorrente de modo nenhum fundamenta a sua alegação de que o desaparecimento dos revendedores, que tinham conseguido ganhar concursos no passado, teria uma incidência negativa significativa na concorrência.

324 Além disso, há que observar que, contrariamente à alegação da recorrente, não parte de um processo de controlo das concentrações assegurar um reforço da recorrente enquanto principal concorrente das partes na concentração e principal fonte de concorrência residual, tanto mais que a recorrente não precisa em que consiste esse reforço nem de que base jurídica deveria decorrer.

325 Por último, a recorrente não pode invocar o facto de, no que respeita aos efeitos horizontais não coordenados no mercado do acesso fixo à Internet, a Comissão ter aceitado uma medida corretiva puramente centrada nos revendedores. Com efeito, como explica a Comissão, existem grandes diferenças entre o mercado MDU e o mercado do acesso fixo à Internet, que tornavam necessária a adoção de uma medida corretiva no caso deste último. Com efeito, as condições de concorrência nos dois mercados eram diferentes (v. considerandos 391 e seguintes, bem como considerandos 700 e seguintes da decisão recorrida). A este respeito, no mercado MDU, a tónica era sobretudo colocada na infraestrutura a disponibilizar (v. considerandos 107 e 699 da decisão recorrida) e os fornecedores de nível 4 não exerciam aí uma pressão concorrencial significativa (v. considerandos 818 a 820 e 1478 a 1480 da decisão recorrida). Em contrapartida, antes da concentração, a Vodafone exercia uma pressão concorrencial considerável no mercado do acesso fixo à Internet (v. considerandos 445 a 499, nomeadamente considerando 454 da decisão recorrida), pelo que era necessária uma medida corretiva (ver, em particular, considerando 1898 da decisão recorrida).

326 Segundo, quanto à alegação da recorrente de que só temporariamente se baseava nos serviços intermediários de transmissão do sinal de televisão fornecidos pela Unitymedia enquanto aguardava a implantação da sua própria rede de nível 3, resulta do considerando 798 e da figura 20 da decisão recorrida, a que se refere a Comissão no considerando 1504 da referida decisão, que as apreciações efetuadas pela Comissão se baseiam simultaneamente na resposta à comunicação de objeções e nos próprios números comunicados pela própria recorrente. As provas apresentadas no considerando 744, alínea a), e nos considerandos 797 a 799 da decisão recorrida revelam que a recorrente não procedeu verdadeiramente à duplicação da rede de cabo de outro operador nos anos anteriores à adoção da decisão recorrida. Em particular, a figura 20 da decisão recorrida, incluída no considerando 798 da referida decisão, mostra que o número de lares ligados à rede da recorrente não tinha aumentado significativamente entre 2012 e 2018, a não ser devido à aquisição de ativos preexistentes de outras sociedades. Ora, a recorrente limita-se a referir-se às suas próprias declarações, mas não apresenta nenhuma prova contra a conclusão de que «só [tinha] desenvolvido muito pouco a sua infraestrutura de nível 3 nos últimos anos».

327 Daí resulta que os argumentos apresentados pela recorrente não demonstram que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação quando considerou que os elementos de que dispunha demonstravam que o enfraquecimento da recorrente na área de cobertura de cabo da Unitymedia não teria efeitos negativos significativos na concorrência no mercado do fornecimento retalhista dos clientes MDU.

328 Por conseguinte, há que rejeitar a terceira alegação formulada pela recorrente em apoio da segunda parte do terceiro fundamento.

329 Tendo em conta o caráter cumulativo dos três pressupostos relativos à existência de um risco de encerramento dos fatores de produção, que, aliás, não é impugnado pela recorrente, o facto de a recorrente não ter demonstrado que a Comissão tinha cometido um erro manifesto de apreciação ao considerar que o terceiro desses pressupostos não estava preenchido basta para excluir esse risco de encerramento, sem que seja necessário ainda examinar se a Comissão considerou, de forma manifestamente errada, que os outros dois pressupostos também não estavam preenchidos. Por conseguinte, não há que conhecer do mérito da primeira e segunda alegações formuladas pela recorrente em apoio da segunda parte do terceiro fundamento, que dizem respeito, em substância, a esses dois primeiros pressupostos.

330 Em face do exposto, há que julgar improcedente o terceiro fundamento, sem que seja necessário examinar se a recorrente tinha interesse em invocá-lo.

E. Quanto ao quarto fundamento, relativo a erro manifesto de apreciação no exame dos efeitos horizontais não coordenados no mercado feed-in de sinais de televisão

[OMISSIS]

2. Quanto ao erro manifesto de apreciação alegado pela recorrente

[OMISSIS]

348 No que respeita, em primeiro lugar, à crítica que faz à Comissão de se ter alegadamente limitado a analisar certos efeitos anticoncorrenciais relativos às tarifas de *feed-in* ou aos serviços OTT e HBBTV, a recorrente limita-se a citar certas funcionalidades técnicas e certos aspetos comerciais que, em seu entender, a Comissão deveria ter examinado, mas de modo nenhum explica como poderiam estes ser afetados pela concentração, e mais particularmente as razões e a forma pelas quais a entidade resultante da concentração teria a capacidade, e sobretudo o interesse, de deteriorar essas funcionalidades e aspetos comerciais nas suas negociações com os organismos de radiodifusão, de que modo, tendo em conta, nomeadamente, a sua importância, isso poderia ter por efeito entravar significativamente uma concorrência efetiva no mercado de *feed-in* de sinais de televisão nem de que modo essa provável deterioração dessas funcionalidades e aspetos comerciais seria específica da concentração, o que permite rejeitar esta primeira alegação.

349 De qualquer modo, como acertadamente alega a Comissão, o simples facto de a Comissão não ter procedido a todos os exames desejados ou considerados úteis pela recorrente não justifica, por si só, a anulação da decisão recorrida.

350 No que respeita, em segundo lugar, à alegação de que a Comissão não teve em conta o facto de a entidade resultante da concentração ter a capacidade e o incentivo para pôr em prática exclusividades parciais para proibir a difusão de conteúdos através de alguns dos seus concorrentes, como ela própria, não se pode deixar de observar que tal alegação é muito geral e não está minimamente fundamentada.

351 Por outro lado, embora a recorrente alegue que a entidade resultante da concentração teria a capacidade e o incentivo para instaurar essa estratégia de exclusividade parcial contra alguns dos seus concorrentes, não se pode deixar de observar que nem sequer tenta demonstrar que essa estratégia teria uma incidência negativa significativa na concorrência a jusante, apoiando-se, por exemplo, em provas que demonstrassem que uma proporção potencialmente significativa de sociedades de habitação no que respeitava ao mercado MDU, ou de telespetadores alemães no que dizia respeito ao mercado SDU [*single-dwelling units* (habitações individuais ou unifamiliares)], estaria disposta a passar à oferta da entidade resultante da concentração pela simples razão de certos canais não terem sido propostos pelo seu fornecedor atual. Ora, como acima resulta dos n.os 315 e 316, e da jurisprudência aí referida, os três pressupostos mencionados no ponto 32 das orientações relativas às concentrações não horizontais são cumulativos, pelo que a inexistência de um deles é suficiente para excluir o risco de encerramento anticoncorrencial dos fatores de produção, o que permite rejeitar esta segunda alegação.

352 Em todo o caso, a celebração, por uma empresa em posição dominante, de acordos exclusivos com um fornecedor destinados a excluir do mercado a jusante um ou mais concorrentes individualmente designados é suscetível de constituir um comportamento contrário ao direito da concorrência (v., neste sentido, Acórdão de 22 de março de 2011, Altstoff Recycling Austria/Comissão, T-419/03, EU:T:2011:102, n.º 51). Interrogada a este respeito na audiência de alegações, a recorrente confirmou, aliás, que se a entidade resultante da concentração celebrasse um acordo de exclusividade total ou parcial com um organismo de radiodifusão, isso constituiria potencialmente uma infração ao artigo 101.º ou 102.º TFUE.

353 Por conseguinte, há que considerar que era pouco provável que a entidade resultante da concentração fosse incentivada a celebrar tais acordos na sequência dessa operação, o que se aplicava igualmente aos organismos de radiodifusão. Com efeito, resulta da jurisprudência que, embora seja adequado ter em conta os incentivos para adotar comportamentos anticoncorrenciais, importa igualmente ter em conta o facto de esses incentivos poderem ser

reduzidos, ou mesmo eliminados, devido à ilegalidade dos comportamentos em questão, à probabilidade da sua deteção, à sua repressão pelas autoridades competentes tanto a nível da União como a nível nacional e às sanções pecuniárias que deles possam resultar (v., neste sentido, Acórdãos de 25 de outubro de 2002, Tetra Laval/Comissão, T-5/02, EU:T:2002:264, n.º 159, e de 14 de dezembro de 2005, General Electric/Comissão, T-210/01, EU:T:2005:456, n.os 303 a 311). Por conseguinte, não se pode criticar a Comissão por não ter tido em conta a possibilidade improvável, em face do seu caráter potencialmente ilícito, de a entidade resultante da concentração celebrar com um organismo de radiodifusão um acordo de exclusividade através do qual um ou mais concorrentes nos mercados a jusante, como a recorrente, fossem privados de acesso a certos conteúdos.

354 Em terceiro lugar, no que respeita à alegação de que a entidade resultante da concentração poderia explorar no mercado MDU as vantagens de que beneficiaria no mercado de *feed-in* de sinais de televisão, há que observar que estes elementos já foram invocados pela recorrente em apoio da segunda parte do seu primeiro fundamento, relativa a um erro manifesto de apreciação e à falta de fundamentação, uma vez que a Comissão, no âmbito da sua análise do mercado MDU, não teve em conta o aumento maciço dos recursos da entidade resultante da concentração. Ora, esta segunda parte foi julgada improcedente pelas razões acima expostas nos n.os 199 a 230, pelo que esta terceira alegação não colhe.

355 De qualquer forma, se as vantagens alegadas de que beneficiaria a entidade resultante da concentração lhe permitissem oferecer preços mais vantajosos aos clientes MDU, como alega a recorrente, há que considerar que, uma vez que era provável que essa redução de preço se repercutisse no montante da renda mensal dos locatários dos imóveis em causa, isso era mais revelador de efeitos positivos para os consumidores do que de um ESCE. Além disso, há que observar que de forma nenhuma a recorrente demonstra que as vantagens que alega, a saber, a cobrança de tarifas de *feed-in* e a aquisição de conteúdos em condições mais vantajosas do que os operadores de cabo mais pequenos, teriam sido específicas da concentração.

356 Assim, a recorrente não demonstra que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação no âmbito do exame dos efeitos horizontais não coordenados no mercado de *feed-in* de sinais de televisão, o que tem como consequência que o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

F. Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro manifesto de apreciação e a uma irregularidade processual no âmbito do exame dos compromissos

[OMISSIS]

2. Quanto à primeira parte, baseada em erro manifesto na apreciação do compromisso WCBA [wholesale cable broadband access (acesso grossista em banda larga por cabo)]

[OMISSIS]

370 Em seguida, quanto à alegação da recorrente de que o compromisso WCBA é ineficaz porque não permite compensar o desaparecimento da pressão concorrencial pelas infraestruturas e pelas inovações exercida pela Unitymedia antes da operação, não se pode deixar de observar que o objetivo principal do compromisso WCBA era resolver o problema concorrencial decorrente do

desaparecimento da pressão concorrencial exercida pela atividade DSL da Vodafone na área de cobertura de cabo da Unitymedia, como resulta, nomeadamente, do considerando 1898 da decisão recorrida.

371 Com efeito, na sequência da operação, a atividade exercida pela Unitymedia através da sua rede por cabo perduraria e seria retomada pela Vodafone. Em contrapartida, a Vodafone previa pôr termo, na área de cobertura de cabo da Unitymedia, à sua atividade DSL, que exercia com base num acesso grossista fornecido pela Deutsche Telekom (v., nomeadamente, considerandos 566, 604 e 605 da decisão recorrida). Daqui resulta que seria a atividade DSL da Vodafone, ou seja, uma atividade de revenda do produto DSL da Deutsche Telekom, a desaparecer posteriormente à operação.

372 O compromisso WCBA não podia, portanto, ser considerado ineficaz visto que previa a entrada de um operador, a Telefónica, que não tinha atividade em matéria de infraestruturas, fazendo unicamente revenda, uma vez que tinha precisamente por objetivo compensar o desaparecimento de um operador, a Vodafone, na área de cobertura de cabo da Unitymedia, que não exercia atividade em matéria de infraestruturas, mas fazia unicamente revenda, pelo que esta primeira alegação não pode ser acolhida.

373 De qualquer forma, resulta nomeadamente do considerando 452 da decisão recorrida que, na sua área de cobertura de cabo, a Vodafone investia e inovava antes da operação. Por outro lado, posteriormente à operação, a atividade por cabo da entidade resultante da concentração continuaria confrontada, na área de cobertura de cabo da Unitymedia, com a concorrência de outros operadores, como a Deutsche Telekom, a United Internet e a Telefónica, o que resulta igualmente desse considerando. Daí resulta que a entidade resultante da concentração seria provavelmente levada, na anterior área de cobertura de cabo da Unitymedia, a ter de efetuar investimentos em termos de infraestruturas e de inovação semelhantes aos que esta última efetuava antes da operação. Em todo o caso, a recorrente não apresenta nenhum elemento que faça prova bastante de que, apesar destas circunstâncias e, mais precisamente, apesar da concorrência exercida pela Deutsche Telekom, pela United Internet e pela Telefónica, a entidade resultante da concentração deixaria de investir e de inovar na antiga área de cobertura de cabo da Unitymedia, com a consequência de a operação implicar o desaparecimento da pressão concorrencial decorrente de tais investimentos e inovações.

374 Em segundo lugar, à alegação da recorrente de que a Comissão não deveria ter aceitado o compromisso WCBA, dado o seu caráter comportamental e não estrutural, é verdade que, como refere a recorrente, a Comissão explica no ponto 15 da comunicação sobre as medidas de correção que os compromissos de caráter estrutural, como o compromisso de alienar uma atividade, são geralmente preferíveis do ponto de vista do objetivo definido no Regulamento n.º 139/2004, já que impedem de forma duradoura os problemas de concorrência resultantes da concentração notificada e não necessitam de medidas de controlo a médio ou longo prazo. Por outro lado, a Comissão sublinha, no n.º 17 da referida comunicação, que os compromissos relativos ao comportamento futuro da entidade resultante da concentração só excecionalmente podem ser admissíveis, em circunstâncias muito específicas.

375 Seguidamente, a Comissão só pode aceitar compromissos suscetíveis de tornar a operação de concentração compatível com o mercado interno. Por outras palavras, os compromissos propostos pelas empresas em causa devem permitir à Comissão concluir que a operação de concentração em causa não entravará significativamente uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste, nomeadamente devido à criação ou ao reforço de uma

posição dominante na aceção do artigo 2.º, n.º 2, desse regulamento (v. Acórdão de 23 de fevereiro de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, T-282/02, EU:T:2006:64, n.º 294 e jurisprudência referida).

376 Os compromissos assumidos na fase II têm, nomeadamente, por objetivo corrigir os problemas de concorrência verificados pela Comissão na fase I e que levaram a Comissão a dar início à fase II. Por conseguinte, quando o Tribunal Geral examina se os compromissos assumidos na fase II são, tendo em conta o seu alcance e o seu conteúdo, suscetíveis de permitir à Comissão adotar uma decisão de aprovação da concentração, cabe-lhe verificar se a Comissão podia, sem cometer um erro manifesto de apreciação, considerar que os referidos compromissos constituíam uma resposta direta e suficiente aos problemas de concorrência verificados na fase I (v., neste sentido, Acórdão de 13 de maio de 2015, Niki Luftfahrt/Comissão, T-162/10, EU:T:2015:283, n.º 298).

377 Segundo o considerando 30 do Regulamento n.º 139/2004, quando as empresas em causa alteram uma concentração notificada, em especial propondo compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado interno, a Comissão poderá declarar a concentração, tal como alterada, compatível com o mercado comum. Esses compromissos deverão ser proporcionais ao problema de concorrência e resolvê-lo integralmente (v., neste sentido, Acórdão de 23 de fevereiro de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, T-282/02, EU:T:2006:64, n.º 307).

378 Por último, os compromissos de comportamento não são, pela sua natureza, insuficientes para impedir um ESCE no mercado interno ou numa parte substancial deste, nomeadamente devido à criação ou ao reforço de uma posição dominante e devem ser apreciados caso a caso, da mesma forma que os compromissos estruturais (v., neste sentido, Acórdão de 21 de setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, EU:T:2005:333, n.º 100 e jurisprudência referida).

379 Assim, no ponto 15 da comunicação sobre as medidas de correção, a Comissão sublinha que não é possível excluir *a priori* a possibilidade de também outros tipos de compromissos diferentes dos compromissos de caráter estrutural impedirem a formação de um ESCE.

380 Resulta do exposto que é certo que, na comunicação sobre as medidas de correção, a Comissão tem preferência pelos compromissos estruturais, em especial devido à sua facilidade de execução. Todavia, há que observar que é principalmente o caráter adequado e suficiente dos compromissos para resolver o problema de concorrência identificado, bem como a certeza de os referidos compromissos poderem ser postos em prática, que rege a sua aceitação.

381 A recorrente não tem, portanto, razão ao sustentar que a Comissão devia ter rejeitado o compromisso WCBA só por incidir unicamente no comportamento da entidade resultante da concentração, o que permite rejeitar a segunda alegação.

382 Em terceiro lugar, no que respeita à alegação da recorrente de incapacidade da Telefónica para exercer uma forte pressão concorrencial no mercado do acesso fixo à Internet, não se pode deixar de observar que o conteúdo do considerando 529 da decisão recorrida, invocado pela recorrente em apoio da presente alegação, diz respeito a uma declaração da Deutsche Telekom sobre a força concorrencial da Telefónica antes da consideração do compromisso WCBA, o que permite rejeitar o argumento da recorrente de que a própria Comissão, nesse considerando, reconheceu essa incapacidade da Telefónica.

383 Por outro lado, quanto ao argumento da recorrente relativo às velocidades alegadamente limitadas que seriam oferecidas à Telefónica nos termos do compromisso WCBA, é verdade que, no considerando 531 da decisão recorrida, a Comissão apurou o seguinte:

«A Telefónica só desde há pouco dispunha de uma oferta de 250 Mbit/s na sua carteira de produtos. Até agora, só propunha velocidades de 10, 50 e 100 Mbit/s, o que os concorrentes consideram um sério limite à sua competitividade. Esta introdução tardia de maiores velocidades na sua carteira de produtos constitui uma prova importante da competitividade limitada da Telefónica no mercado.»

384 Todavia, há que sublinhar que estes factos apurados pela Comissão diziam respeito à situação da Telefónica sem o compromisso WCBA.

385 Por conseguinte, há que considerar que estas considerações, que não têm em conta todas as obrigações subscritas pela Vodafone no âmbito do compromisso WCBA, não permitem extrair nenhuma conclusão sobre a capacidade e o incentivo da Telefónica para operar como força concorrencial viável e ativa uma vez cumprido esse compromisso.

386 Refira-se ainda que, nos considerandos 1896 a 1917 da decisão recorrida, numa secção sob a epígrafe «Alcance», a Comissão examinou detalhadamente o compromisso WCBA. Mais especificamente, nos considerandos 1901 a 1906 da referida decisão, a Comissão examinou as velocidades que seriam oferecidas pela Vodafone à Telefónica. Como sublinha a interveniente no presente processo, a Telefónica dispunha de uma velocidade máxima hipotética de 250 Mbits/s para as suas atividades DSL. Comparativamente, o compromisso WCBA permitir-lhe-ia aceder a débitos até 300 Mbits/s no momento da sua implementação e seguidamente até 500 Mbits/s. Foi assim que, no considerando 1906 da decisão recorrida, a Comissão considerou que as velocidades disponíveis no âmbito do compromisso WCBA oferecem vantagens significativas em relação às disponíveis na infraestrutura DSL da Deutsche Telekom. Em particular, referiu que esse compromisso oferecia velocidades superiores ao produto mais rápido tecnicamente disponível com a infraestrutura DSL e criaria um concorrente mais próximo da Unitymedia do que da atividade DSL da Vodafone em termos de velocidade. De um modo geral, a Comissão considerou que as velocidades disponíveis em aplicação do compromisso WCBA constituíam uma melhoria face à oferta grossista da Deutsche Telekom e que seriam suficientes para permitir à Telefónica exercer uma concorrência efetiva no mercado do acesso fixo à Internet num futuro previsível.

387 Assim, o simples facto de, antes da consideração do compromisso WCBA, a Comissão ter considerado que a introdução tardia de maiores velocidades na sua carteira de produtos constituía uma prova importante da competitividade limitada da Telefónica no mercado não permite extrair nenhuma conclusão sobre a capacidade e o incentivo da Telefónica para operar como força concorrencial viável e ativa, e, portanto, sobre o caráter adequado e suficiente do compromisso WCBA, uma vez aplicado, o que permite rejeitar esta terceira alegação.

388 Resulta do exposto que improcede a primeira parte do quinto fundamento, relativa a um erro manifesto cometido pela Comissão na apreciação do compromisso WCBA.

3. Quanto à segunda parte, relativa a uma irregularidade processual e a um erro manifesto na apreciação dos compromissos relativos ao mercado de feed-in *de sinais de televisão*

389 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que a Comissão cometeu uma irregularidade processual ao aceitar o compromisso relativo às tarifas de *feed-in*, uma vez que este tinha sido apresentado tardiamente, após o termo do prazo previsto no artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 802/2004, e sem consulta dos agentes do mercado.

[OMISSIS]

400 Em segundo lugar, no que respeita, à alegação da recorrente de que o compromisso OTT era insuficiente, dado que os serviços OTT tinham ainda uma importância limitada na Alemanha e porque não protegia os outros operadores de cabo nem os fornecedores IPTV, há que observar, por um lado, que resulta do considerando 1266 da decisão recorrida que o problema de concorrência detetado, para o qual se destinava a encontrar uma solução, consistia na possibilidade acrescida de a entidade resultante da concentração entravar a emergência e o desenvolvimento de certos serviços televisivos inovadores, cuja importância crescente tinha sido constatada, permitindo uma maior interação entre o teledifusor e os telespetadores, entre os quais a OTT.

401 Por conseguinte, independentemente da questão do quadro temporal em que os serviços OTT teriam podido limitar a margem de manobra e o poder de negociação acrescido da entidade resultante da concentração, não se pode deixar de observar que o compromisso OTT, uma vez que impedia a Vodafone, logo desde a data da adoção da decisão recorrida, não só de celebrar ou renovar um acordo com um organismo de radiodifusão que incluísse termos direta ou indiretamente restritivos da capacidade desse organismo de radiodifusão para oferecer um serviço OTT na Alemanha, mas também a obrigava a não aplicar tais cláusulas que existissem e a retirar semelhantes restrições nos contratos existentes (v. n.os 13 e 14 da secção B.II do texto dos compromissos), podia impedir imediatamente a Vodafone de entravar a emergência e o desenvolvimento dos serviços OTT e, portanto, resolver o problema de concorrência detetado relativamente ao qual tinha sido adotado.

402 Refira-se, por outro lado, que, embora a Comissão tenha considerado, na decisão recorrida, que a entidade resultante da concentração teria a capacidade e o incentivo para entravar a emergência e o desenvolvimento de serviços televisivos inovadores como a HBBTV e a OTT e que a Vodafone tinha, para resolver este problema de concorrência, proposto os compromissos OTT e HBBTV, não considerou que fosse esse o caso de outros meios de difusão, como os outros operadores por cabo ou os fornecedores IPTV. No que respeita a este último produto, não se pode deixar de observar que este estava, contrariamente à OTT, em fase de abrandamento, com uma quota de mercado limitada de 8 % (v. considerando 291 da decisão recorrida), o que a recorrente não impugna.

403 Ora, a recorrente não criticou a Comissão por não ter considerado que a entidade resultante da concentração teria tido a capacidade e interesse em entravar a emergência e o desenvolvimento de outros meios de difusão, como os outros operadores de cabo ou os fornecedores IPTV, o que tem como consequência não ser necessário impor um compromisso a este respeito, permitindo, assim, rejeitar esta alegação da recorrente.

404 Terceiro, quanto à alegação da recorrente de que a capacidade existente entre a rede Internet da entidade resultante da concentração e os terceiros fornecedores de serviços de interconectividade Internet prevista no âmbito do compromisso OTT não bastaria para garantir uma velocidade que permitisse a difusão de serviços OTT, mas segundo a qual teria sido necessário fixar em 32 o número de habitações ligadas ao repartidor, não se pode deixar de observar que a recorrente não fundamenta tal alegação em nenhuma prova, pelo que esta terceira alegação não colhe.

405 De qualquer modo, refira-se que resulta do ponto 15 da secção B.II do texto dos compromissos que o objetivo do segundo aspeto do compromisso OTT, relativo à interligação dos serviços OTT, era manter pelo menos três rotas não congestionadas com a rede IP da entidade resultante da concentração na Alemanha. Por outras palavras, o objetivo era proporcionar uma capacidade de interligação suficiente para permitir que os clientes de banda larga da entidade resultante da concentração acedessem a qualquer serviço OTT na Alemanha, quer através dos pontos de interligação descritos no ponto 16 da secção B.II do texto dos compromissos, quer de outro modo.

406 Para o efeito, o ponto 16 da secção B.II do texto dos compromissos previa, nomeadamente, as obrigações que se seguem. Primeiro, a Vodafone asseguraria que a utilização de ponta diária em todos os pontos de interligação da entidade resultante da concentração com cada um dos grupos de pelo menos três fornecedores de interligação reputados que estivessem dispostos a vender serviços de trânsito, por meio de um ou mais pontos de interligação físicos na Alemanha, nos quais o trânsito pudesse circular para os clientes de banda larga, não excederia os 80 %, com a consequência de que haveria pelo menos 20 % de capacidade disponível além da ponta diária. Segundo, a Vodafone garantiria que a capacidade disponível além da ponta diária seria de, pelo menos, 20 Gbit/s. Esse número seria revisto anualmente segundo um procedimento descrito no texto dos compromissos. Ora, a recorrente não explica concretamente de que modo isso era insuficiente.

407 A este respeito, refira-se ainda que a Comissão e a interveniente explicaram, no essencial, sem impugnação, que a entidade resultante da concentração seria fortemente incentivada a minimizar um congestionamento a nível do lacete local pelo facto de esse congestionamento, provocando pontos de estrangulamento «no último quilómetro» (*on the last mile*), comprometer igualmente a atratividade da sua própria oferta fixa de serviços de banda larga e expô-la ao risco de perder clientes em benefício de outros operadores.

408 Além disso, há que observar que, no considerando 1929 da decisão recorrida, a Comissão referiu que a neutralidade da Internet, garantida pelo Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União (JO 2015, L 310, p. 1), deveria impedir a entidade resultante da concentração de adotar práticas unilaterais restritivas destinadas a contornar o compromisso, como a redefinição das prioridades em matéria de tráfego ou a discriminação, o que a recorrente não impugna.

409 Em face do exposto, há que considerar que a recorrente não demonstra que o compromisso OTT tenha sido insuficiente para garantir uma qualidade de receção suficiente aos clientes da televisão OTT, o que permite rejeitar a terceira alegação.

410 Quarto, quanto à alegação da recorrente de que o compromisso OTT e o compromisso HBBTV não teriam impedido a entidade resultante da concentração de abusar da sua posição, prejudicando outras funcionalidades técnicas, há que recordar que resulta dos n.os 348 e 349, *supra*, que, no âmbito do seu quarto fundamento, a recorrente não conseguiu demonstrar que a Comissão não declarou que a entidade resultante da concentração poderia igualmente ter prejudicado outras funcionalidades técnicas, tais como o «CI Plus», a «TVHD», o guia eletrónico de programa ou os serviços de VOD, de televisão de recuperação e de redifusão instantânea, ou seja, os mesmos que refere em apoio da presente alegação.

411 Mais especificamente, a recorrente não demonstra, primeiro, em que medida as referidas funcionalidades poderiam ter sido afetadas pela concentração, nem as razões e a forma pelas quais a entidade resultante da concentração teria tido a capacidade, e sobretudo o interesse, de deteriorar esses aspetos aquando das suas negociações com os organismos de radiodifusão, segundo, de que modo, atendendo nomeadamente à sua importância, isso poderia ter por efeito entravar significativamente uma concorrência efetiva no mercado de *feed-in* de sinais de televisão e, terceiro, em que medida essa provável deterioração dessas funcionalidades teria sido específica da concentração, com a consequência de não ser necessário impor um compromisso a este respeito, o que permite rejeitar esta alegação da recorrente.

412 Quinto, no que respeita à alegação da recorrente de que o compromisso relativo às tarifas de *feed-in* não teria impedido a entidade resultante da concentração de tornar menos favoráveis para os organismos de radiodifusão outras condições além dessas tarifas, há que observar que a recorrente e a interveniente estão de acordo quanto ao facto de as negociações entre os organismos de radiodifusão e as plataformas de televisão não se limitarem aos fluxos de receitas dos organismos de radiodifusão para a entidade resultante da concentração, ou seja, as tarifas *feed-in*, mas também cobrirem os pagamentos relacionados com os conteúdos e os pagamentos a título da qualidade técnica ou das funcionalidades e serviços adicionais, que eram efetuados pela entidade resultante da concentração em benefício dos organismos de radiodifusão.

413 Todavia, não se pode deixar de observar, antes de mais, que, no considerando 1221 da decisão recorrida, a Comissão indicou que as tarifas *feed-in* estavam diretamente ligadas à transmissão de sinais de televisão por cabo e pareciam, portanto, ser o principal elemento do fluxo de pagamento que seria afetado pelo poder de mercado acrescido da entidade resultante da concentração no mercado de *feed-in* de sinais de televisão. Por outro lado, no considerando 1959 da referida decisão, a Comissão explicou que, embora o desenvolvimento recente dos serviços de televisão de valor acrescentado tivesse contribuído para um aumento do fluxo de receitas das plataformas de televisão para os organismos de radiodifusão, as tarifas *feed-in* continuariam a representar um elemento financeiro extremamente relevante na relação contratual entre os organismos de radiodifusão de sinal aberto e as plataformas de televisão por cabo. A Comissão acrescentou que certos elementos do processo sugeriam que o efeito da operação sobre o fluxo de receitas da entidade resultante da concentração para os organismos de radiodifusão era suscetível de ser limitado [v. secção VIII.C.2.11.3.9(ii) da decisão recorrida], quando nenhum elemento do processo sugeria que o mesmo acontecesse com as tarifas de *feed-in* (ver também considerando 1261).

414 Daí resulta que a Comissão podia, sem cometer nenhum erro manifesto, ter em conta o facto de o compromisso de não aumentar as tarifas *feed-in* poder contrabalançar o risco de o alcance e a qualidade da oferta televisiva aos clientes retalhistas serem reduzidos devido a um agravamento significativo das condições contratuais impostas pela entidade resultante da concentração aos organismos de radiodifusão em sinal aberto.

415 Seguidamente, há que considerar que a Comissão tinha razão ao ter em conta o caráter complementar do compromisso relativo às tarifas *feed-in* e do compromisso OTT, pelo facto de o primeiro intervir diretamente na relação financeira entre a entidade resultante da concentração e os organismos de radiodifusão em causa no que dizia respeito às ofertas de televisão tradicional e linear e de o segundo ter efeito no fornecimento de serviços suplementares.

416 Por outro lado, no processo no Tribunal Geral, a Comissão sustentou, sem impugnação da recorrente, que se a entidade resultante da concentração viesse a acrescentar pagamentos consideráveis diferentes das tarifas *feed-in*, isso constituiria um desvio aos compromissos facilmente identificável.

417 Finalmente, admitindo que a sua alegação sobre o contorno dos compromissos se aplica igualmente à televisão por subscrição, a recorrente também não apresentou elementos para contradizer a afirmação da Comissão de que, no que respeita aos canais de televisão por subscrição, qualquer comportamento do tipo por ela descrito seria contrário ao compromisso OTT.

418 Resulta do exposto que a recorrente não está em condições de demonstrar que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao aceitar o compromisso OTT, o compromisso relativo às tarifas de *feed-in* e o compromisso HBBTV, com a consequência de que esta primeira alegação deve ser rejeitada.

419 No que respeita, em segundo lugar, à apresentação tardia do compromisso relativo às tarifas de *feed-in* e à consequente irregularidade processual decorrente da sua aceitação pela Comissão, refira-se que resulta do artigo 19.º, n.º 2, do Regulamento n.º 802/2004, a que se refere a recorrente, que os compromissos que as empresas em causa propõem em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004 devem ser comunicados à Comissão no prazo de 65 dias úteis a contar da data de início do processo. Quando o prazo de adoção de uma decisão adotada nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 139/2004 é prorrogado, o período de 65 dias úteis é automaticamente prorrogado por um número idêntico de dias úteis.

420 Por outro lado, resulta do ponto 94 da comunicação sobre as medidas de correção que, quando as partes alterarem os compromissos propostos após o prazo de 65 dias úteis, a Comissão só aceitará esses compromissos alterados se puder determinar claramente — com base na sua apreciação das informações já obtidas no âmbito do inquérito, nomeadamente os resultados do inquérito anterior junto dos agentes do mercado e sem recorrer a outro inquérito do mesmo tipo — que, uma vez aplicados, esses compromissos eliminarão completamente, removendo qualquer ambiguidade, os problemas em matéria de concorrência identificados e desde que disponha de tempo suficiente para efetuar uma análise adequada e para consultar adequadamente os Estados-Membros. Por outro lado, resulta da nota de rodapé n.º 107 dessa comunicação, relativa ao seu ponto 94, que a consulta dos Estados-Membros pressupõe normalmente que a Comissão esteja em condições de lhes dirigir um projeto de decisão final que inclua uma apreciação dos compromissos alterados pelo menos dez dias úteis antes da reunião do comité consultivo com os Estados-Membros.

421 Refira-se, por último, que a jurisprudência considerou que estas duas condições eram cumulativas e precisou-as, no sentido de que a Comissão pode ter em conta compromissos apresentados tardiamente pelas partes numa operação de concentração notificada, primeiro, se estes resolverem claramente e sem necessidade de inquérito suplementar os problemas de

concorrência previamente identificados e, segundo, se existir tempo suficiente para consultar os Estados-Membros sobre esses compromissos (v. Acórdão de 6 de julho de 2010, Ryanair/Comissão, T-342/07, EU:T:2010:280, n.º 455 e jurisprudência referida).

422 No caso, não se pode deixar de observar que estas duas condições estão preenchidas.

423 No que respeita, em primeiro lugar, à primeira condição, resulta dos n.os 398 a 418, *supra*, que os argumentos da recorrente relativos ao caráter insuficiente do compromisso relativo às tarifas de *feed-in* foram rejeitados. Há que considerar, pois, que a recorrente não demonstrou que a Comissão não podia determinar claramente - com base na sua apreciação das informações já obtidas no âmbito do inquérito, nomeadamente os resultados da consulta anterior dos agentes do mercado — que, uma vez aplicado, o compromisso relativo às tarifas *feed-in* resolveria claramente e sem necessidade de inquérito suplementar os problemas de concorrência previamente identificados.

424 Segundo, no que respeita à segunda condição, refira-se que resulta dos considerandos 25 e 26 da decisão recorrida que a parte que notificou a operação apresentou um projeto revisto de compromissos em 11 de junho de 2019 e que o Comité Consultivo discutiu o projeto de decisão e emitiu uma opinião favorável em 28 de junho. Daí resulta que, no caso, a Comissão podia efetivamente enviar aos Estados-Membros um projeto de decisão final que incluísse uma apreciação dos compromissos alterados pelo menos dez dias úteis antes da reunião do comité consultivo, o que a recorrente não impugna, e, portanto, que beneficiou de tempo suficiente para consultar os Estados-Membros sobre o compromisso relativo às tarifas *feed-in*.

425 Resulta do exposto que a Comissão podia ter em conta o compromisso relativo às tarifas de *feed-in* apesar da sua apresentação tardia, o que tem como consequência que improcede a alegação da recorrente de irregularidade processual e, com ela, a segunda parte do presente fundamento.

426 Em face do exposto, há que julgar improcedente o quinto fundamento.

[OMISSIS]

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sétima Secção Alargada)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Tele Columbus AG é condenada nas despesas.

Van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de novembro de 2024.

Assinaturas