Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

den 13 november 2024*

”Konkurrens – Koncentrationer – Tyska marknader för tv-tjänster och telekommunikationstjänster – Beslut i vilket en koncentration förklaras förenlig med den inre marknaden och EES-avtalet – Åtaganden – Bedömning av transaktionens horisontella och vertikala effekter på konkurrensen – Konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen – Ändring som beror specifikt på koncentrationen – Uppenbart oriktig bedömning”

I mål T-69/20,

Tele Columbus AG, Berlin (Tyskland), företrädd av advokaterna C. Wagner och J. Hackl,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av G. Conte, A. Keidel, J. Szczodrowski och C. Vollrath, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Vodafone Group plc, Newbury (Förenade kungariket), företrätt av V. Vollmann, solicitor, och advokaterna C. Jeffs, A. Chadd och D. Seeliger,

intervenient,

meddelar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. van der Woude samt domarna R. da Silva Passos (referent), I. Reine, L. Truchot och M. Sampol Pucurull,

justitiesekreterare: handläggaren S. Jund,

efter den skriftliga delen av förfarandet,

* Rättegångsspråk: tyska.

efter förhandlingen den 22 september 2023,

följande

Dom [1]

1 Sökanden, Tele Columbus AG, har med stöd av artikel 263 FEUF yrkat ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2019) 5187 final av den 18 juli 2019 i vilket koncentrationen avseende Vodafone Group plc:s förvärv av vissa av Liberty Global plc:s tillgångar (ärende COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (nedan kallat det angripna beslutet) förklaras förenlig med den inre marknaden och EES-avtalet.

[*utelämnas*]

II. Förfarande och parternas yrkanden

[*utelämnas*]

48 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

49 Kommissionen och intervenienten har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, och

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

III. Rättslig bedömning

[*utelämnas*]

B. Den första grunden: Uppenbart oriktiga bedömningar och förfarandefel vid prövningen av horisontella icke-samordnade effekter på fastighetsägarmarknaden

[*utelämnas*]

2. Den första delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning vid bedömningen av huruvida det föreligger direkt konkurrens mellan parterna i koncentrationen

[*utelämnas*]

[1] Endast de punkter i denna dom som tribunalen anser det vara relevanta att offentliggöra återges.

82 Det ska i detta avseende preciseras att det föreligger direkt konkurrens mellan företag när de konkurrerar om samma kunder.

83 I förevarande fall har det inte bestritts att kabelnäten hos parterna i koncentrationen inte överlappar varandra och att en fastighetsägarkund i praktiken, när denne önskar ingå ett avtal med en leverantör av tv-signaler, i princip endast har möjlighet att välja mellan den part i koncentrationen i vars kabelnäts täckningsområde den fastighet som ska anslutas är belägen och en av denna parts konkurrenter, såsom sökanden. Detta påverkas inte av att fastighetsägarmarknaden före koncentrationen var nationell eller var begränsad till täckningsområdena för kabelnäten hos parterna i koncentrationen, eftersom detta konstaterande gäller i båda fallen.

84 Härav följer att Unitymedia inte med giltig verkan kan betecknas som en ”alternativ leverantör” för bostadsbolagen på fastighetsägarmarknaden, som koncentrationen skulle undanröja, såsom sökanden har gjort gällande. Av det ovan anförda följer även att de produkter som saluFördes av parterna i koncentrationen i praktiken inte konkurrerade med varandra, oavsett den geografiska avgränsningen av fastighetsägarmarknaden, varför talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första delen av denna grund.

85 Sökandens andra argument gör det inte möjligt att bevisa motsatsen.

86 Vad för det första gäller sökandens påstående att verksamheterna hos parterna i koncentrationen överlappade varandra, framhåller tribunalen att även om det inte förelåg någon överlappning mellan Vodafones och Unitymedias kabelnät, vilket sökanden inte har ifrågasatt, är det riktigt att kommissionen i det angripna beslutet konstaterade att deras verksamheter i viss mån överlappade varandra, eftersom dessa operatörer i detta fall köpte förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler av den andra parten eller av en annan nätoperatör på nivå 3 för att kunna nå de berörda fastighetsägarkunderna.

87 Även om sökanden har bestritt att de är försumbara, har sökanden inte ifrågasatt sifferuppgifterna som kommissionen lämnade ut under förfarandet vid tribunalen avseende de avtal som parterna i koncentrationen hade ingått utanför täckningsområdena för sina kabelnät och avseende antalet berörda kunder. Det ska i detta hänseende påpekas att dessa siffror visar att dessa avtal avsåg ett mycket begränsat antal fastighetsägarkunder i fråga om anslutna hushåll och en marknadsandel så obetydlig, eftersom den var mindre än 1 procent, att den inte skulle kunna återspegla en återstående konkurrens som borde skyddas.

88 Vad därefter gäller sökandens påstående att affärsstrategin hos parterna i koncentrationen skulle kunna ändras, så att de beslutar att utvidga sin verksamhet utanför sina respektive kabelområdens täckningsområden, ska det påpekas att ett sådant påstående avser förekomsten av potentiell konkurrens, snarare än påstådd befintlig direkt konkurrens, vilket gör att det saknar verkan inom ramen för den första delen av förevarande grund.

89 Detsamma gäller sökandens påstående att de kombinerade marknadsandelarna och värdet av Herfindahl-Hirschman-indexet på fastighetsägarmarknaden, som definieras som nationell, är mycket höga, eftersom dessa uppgifter inte är avsedda att visa att det förekommit direkt konkurrens mellan två parter i en koncentration före koncentrationen. Vad särskilt gäller Herfindahl-Hirschman-indexet, som är lika med summan av kvadraterna av marknadsandelarna för vart och ett av de företag som är verksamma på marknaden, bör det noteras att detta index används för att mäta graden av koncentration på en marknad och att det kunde ge en första

indikation på det konkurrenstryck som kommer att utövas efter koncentrationen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/kommissionen, T-405/08, ej publicerad, EU:T:2013:306, punkt 65).

90 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att parterna i koncentrationen inte var direkta konkurrenter före koncentrationen. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den första delen av förevarande grund.

3. Den fjärde delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning vid bedömningen av huruvida det föreligger indirekt konkurrens mellan parterna i koncentrationen

[*utelämnas*]

103 Det ska inledningsvis preciseras att företag som inte direkt konkurrerar med varandra ändå kan befinna sig i ett indirekt konkurrensförhållande, bland annat när de utsätts för liknande konkurrenstryck från andra företag som vart och ett av dem direkt konkurrerar med eller när andra faktorer, såsom de krav som kunderna ställer, på ett jämförbart sätt begränsar deras möjligheter att fastställa sina priser och affärsvillkor.

104 Det ska i detta hänseende påpekas att sökandens argument, som i huvudsak beskrivs i punkterna 98–101 ovan, är mycket allmänt hållna, inte stöds av någon bevisning och grundar sig på vaga påståenden, vilket inte räcker för att ifrågasätta kommissionens bedömningar. Det enda konkreta argumentet är det avseende priserna och egenskaperna hos paketerbjudandena för internet och telefon. Eftersom de avser andra marknader är de priser och de egenskaper hos erbjudandena som sökanden har nämnt inte relevanta för bedömningen av huruvida det föreligger indirekt konkurrens på fastighetsägarmarknaden, som avser överföring av tv-signaler.

105 Det framgår vidare av det angripna beslutet (se särskilt skäl 697 i det angripna beslutet), och sökanden har inte bestritt detta, att många avtal med fastighetsägarkunder är resultatet av förhandlingar, konkurrensutsättning eller formella anbudsförfaranden, som i regel är hemliga. De avtal som parterna i koncentrationen har ingått med sina fastighetsägarkunder är således inte standardavtal vars villkor skulle kunna påverkas av vad den andra parten erbjuder i täckningsområdet för sitt kabelnät eller av vissa operatörer som är verksamma på nationell nivå, i motsats till vad sökanden har gjort gällande.

106 Det ska även påpekas att kommissionen i det angripna beslutet förklarade dels att granskningen av de interna handlingarna från parterna i koncentrationen inte hade visat på några uppgifter som tydde på att nämnda parter beaktade varandras villkor vid sina förhandlingar avseende fastighetsägaravtalen, dels att parterna i koncentrationen hade lagt fram övertygande uppgifter för att bestrida anpassningen av fastighetsägaravtalen till hela Tyskland. Den omständigheten att sökanden inte anser att sådana konstateranden är ”sannolika” räcker inte för att ifrågasätta dem.

107 Sökanden har följaktligen inte visat att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att parterna i koncentrationen inte var indirekta konkurrenter.

108 Eftersom sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att transaktionen inte skulle leda till förlust av någon som helst indirekt konkurrens, kan denna invändning inte godtas. Det är härvidlag inte nödvändigt att bedöma huruvida kommissionen gjorde fel när den ansåg att den indirekta konkurrensen måste vara särskilt stark eller att det var nödvändigt att systematiskt överföra villkoren.

109 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser denna grunds fjärde del.

4. Den tredje delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning och åsidosättande av rätten att yttra sig och av principen om god förvaltningssed som påverkar bedömningen av förekomsten av potentiell konkurrens mellan parterna i koncentrationen

[*utelämnas*]

b) Huruvida kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att uteslutande grunda sin bedömning på subjektiva investeringskriterier och interna handlingar från parterna i koncentrationen

[*utelämnas*]

139 När det gäller kontroll av koncentrationer, ska det här inledningsvis erinras om att enligt fast rättspraxis ska bedömningen av konkurrensvillkoren inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den relevanta marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (se dom av den 4 juli 2006, easyJet/kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, punkt 116 och där angiven rättspraxis).

140 För att undersöka om ett företag utgör en potentiell konkurrent på en marknad, ska kommissionen pröva huruvida företaget skulle ha haft faktiska och konkreta möjligheter att inträda på nämnda marknad och konkurrera med där etablerade företag om den aktuella koncentrationen inte hade förelegat. En sådan bevisning får inte enbart vila på ett antagande utan måste ha stöd i de faktiska omständigheterna eller en analys av den relevanta marknadens struktur. Således kan ett företag inte kvalificeras som en potentiell konkurrent om inte dess marknadsinträde åtföljs av en hållbar ekonomisk strategi (se, analogt, dom av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, punkt 86 och där angiven rättspraxis).

141 Den ekonomiska bärkraften av en strategi för inträde på marknaden kan inte heller likställas med den rena lönsamheten hos en sådan strategi. Om så vore fallet skulle en rent teoretisk förmåga att träda in på en marknad kunna anses vara tillräcklig för att det ska anses föreligga en potentiell konkurrens. Kommissionen kan således beakta det kommersiella eller ekonomiska intresset av att träda in på en marknad för ett företag vars egenskap av potentiell konkurrent analyseras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 2005, EDP/kommissionen, T-87/05, EU:T:2005:333, punkterna 177, 185, 187, 188, 191 och 195, och dom av den 4 juli 2006, easyJet/kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, punkt 123) och följaktligen grunda sin bedömning på dess investeringskriterier. Kommissionen kan således inte kvalificera ett företag

som en potentiell konkurrent på grundval av allmänna och abstrakta överväganden utan att beakta företagets affärsintressen, dess utvecklingsstrategi på kort och medellång sikt samt de lönsamhetskriterier som kommissionen har fastställt i detta avseende.

142 Härav följer att när kommissionen konstaterar, för det första, att det berörda företaget under en tillräckligt kort tidsperiod som beräknas mot bakgrund av marknadens särdrag inte har vidtagit några åtgärder för att träda in på marknaden, och, för det andra, att nämnda företag inte anser att det är ekonomiskt rationellt och intressant att träda in på marknaden, och, för det tredje, att nämnda företag inte har för avsikt att i framtiden ge sig in på marknaden på ett påtagligt sätt, kan kommissionen, utan att göra en uppenbart oriktig bedömning, dra slutsatsen att företaget i fråga inte är en potentiell konkurrent till den andra parten i koncentrationen. Detta konstaterande räcker för att underkänna sökandens första invändning, enligt vilken kommissionen i förevarande fall åsidosatte de relevanta kriterierna för att undersöka den potentiella konkurrensen genom att nästan uteslutande grunda sin bedömning på subjektiva investeringskriterier och på interna handlingar från parterna i koncentrationen.

143 Vad för det andra gäller sökandens påstående att kommissionen inte kunde grunda sin bedömning på koncentrationens parters investeringskriterier, eftersom dessa hade kunnat ändras när som helst, eller rentav manipuleras, och att dessa inte motsvarade praxis inom sektorn, ska det erinras om att den ekonomiska lönsamheten för en strategi för inträde på marknaden inte kan likställas med den rena lönsamheten för en sådan strategi, och att kommissionen kan grunda sin bedömning på det kommersiella eller ekonomiska intresset av att träda in på en marknad för det företag vars egenskap av potentiell konkurrent analyseras (se punkterna 140 och 141 ovan) och således på dess investeringskriterier.

144 Det ska vidare anges att kommissionen, med hänsyn till kravet på skyndsamhet och de strikta frister som den måste iaktta i samband med förfarandet för kontroll av koncentrationer, inte kan anses skyldig att kontrollera samtliga upplysningar som lämnas till den om det inte finns några tecken på att de lämnade upplysningarna är oriktiga. Kommissionens skyldighet att göra en omsorgsfull och opartisk utredning i samband med ett sådant förfarande lämnar den visserligen inte utrymme för att grunda sin bedömning på omständigheter eller upplysningar som inte kan anses vara sanningsenliga. Det ovannämnda kravet på skyndsamhet innebär emellertid att kommissionen inte själv i minsta detalj kan kontrollera att samtliga meddelanden som sänds till den är äkta och trovärdiga (dom av den 7 maj 2009, NVV m.fl./kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, punkt 184).

145 Det ska dessutom understrykas att de bestämmelser som är tillämpliga på kontroll av koncentrationer föreskriver olika åtgärder för att avskräcka från och beivra lämnande av oriktiga eller vilseledande uppgifter. De parter som anmäler en företagskoncentration omfattas nämligen, enligt artiklarna 4.1 och 6.2 i förordning nr 802/2004, av en uttrycklig skyldighet att fullständigt och korrekt redovisa för kommissionen de sakförhållanden och omständigheter som är relevanta för beslutet om förenlighet, eftersom sanktionsåtgärder föreskrivs i artikel 14 i förordning nr 139/2004. Kommissionen får dessutom, enligt artiklarna 6.3 a och 8.6 a i förordning nr 139/2004, återkalla ett beslut om att koncentrationen är förenlig med den inre marknaden, om detta grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om beslutet har utverkats på ett bedrägligt sätt (dom av den 7 maj 2009, NVV m.fl./kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, punkt 185 och där angiven rättspraxis).

146 Slutligen konstaterar tribunalen dels att det framgår av bland annat skäl 742 och fotnot 553 i det angripna beslutet att kommissionen kontrollerade de prognoser som gjorts av parterna i koncentrationen, inom ramen för vilka dessa parter undersökte lönsamheten, mot bakgrund av sina investeringskriterier, för flera infrastrukturprojekt, och fann att resultaten av dessa projekt var tillräckligt robusta, dels att kommissionen inte enbart grundade sin bedömning på koncentrationens parters investeringskriterier för att dra slutsatsen att det inte förelåg någon potentiell konkurrens dem emellan. Kommissionen beaktade nämligen bland annat den omständigheten att varken Vodafone eller Unitymedia i praktiken någonsin hade byggt över den andra partens kabelnät och att dessa parter endast i obetydlig omfattning hade utvidgat sitt nät inom täckningsområdet för sitt eget kabelnät, trots att en sådan intern utvidgning var mer lönsam.

147 Sökandens andra invändning avseende tillförlitligheten av de investeringskriterier som parterna i koncentrationen tillämpat kan således inte godtas.

148 Vad för det tredje gäller kommissions beslut av den 16 juni 2011 i ärendet M.5900 – LGI/KBW, som sökanden har hänvisat till, ska det preciseras att kommissionen i detta beslut hänsköt den koncentration som anmälts till kommissionen och som avsåg LGI:s förvärv av KBW till de behöriga myndigheterna i Förbundsrepubliken Tyskland, i enlighet med artikel 9.3 b i förordning nr 139/2004, efter att ha konstaterat att villkoren för ett hänskjutande enligt artikel 9.2 a i förordning nr 139/2004 var uppfyllda. I ett sådant beslut om hänskjutande ska kommissionen emellertid inte pröva huruvida en koncentration är förenlig med den inre marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2003, Royal Philips Electronics/kommissionen, T-119/02, EU:T:2003:101, punkt 275, och dom av den 30 september 2003, Cableuropa m.fl./kommissionen, T-346/02 och T-347/02, EU:T:2003:256, punkt 52). Denna typ av beslut har nämligen inte till föremål ett uttalande om verkningarna av koncentrationen på de berörda marknader som är föremål för hänskjutandet, utan ett överlåtande av ansvaret för undersökningen till de behöriga nationella myndigheter som begär detta för att dessa ska fatta beslut med tillämpning av sin nationella konkurrensrätt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 april 2003, Royal Philips Electronics/kommissionen, T-119/02, EU:T:2003:101, punkt 276, och dom av den 30 september 2003, Cableuropa m.fl./kommissionen, T-346/02 och T-347/02, EU:T:2003:256, punkt 53).

149 I ett beslut om hänskjutande kan kommissionen inte heller ägna sig åt en undersökning av huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden som kan binda de berörda nationella myndigheterna i sakfrågan. Om den gjorde det skulle den riskera att en sådan mekanism förlorade sitt innehåll. Kommissionen ska i stället inskränka sig till att kontrollera om, vid första påseendet, och på grundval av uppgifter som den förfogar över vid tidpunkten för bedömningen av huruvida begäran om hänskjutandet är välgrundad, den aktuella koncentrationen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning på de berörda marknaderna (se dom av den 30 september 2003, Cableuropa m.fl./kommissionen, T-346/02 och T-347/02, EU:T:2003:256, punkt 217 och där angiven rättspraxis).

150 Det ska således anses att kommissionen, i beslutet av den 16 juni 2011 i ärende M.5900, inte gjorde någon definitiv bedömning av den eventuella förekomsten av ett potentiellt konkurrensförhållande mellan parterna i koncentrationen. Denna bedömning bekräftas för övrigt av de hypotetiska formuleringar som användes i detta beslut.

151 Även om det antogs att ett sådant påstående från sökanden avseende ärende M.5900 – LGI/KBW var riktigt, räcker det att erinra om att kommissionen under alla omständigheter inte är bunden av sin tidigare praxis. När kommissionen beslutar huruvida en koncentration är förenlig med den

inre marknaden på grundval av en anmälan och handlingar som rör denna koncentration, har en sökande inte rätt att ifrågasätta kommissionens konstateranden med motiveringen att de skiljer sig från konstateranden som tidigare gjorts i ett annat ärende på grundval av en annan anmälan och andra handlingar, även om de aktuella marknaderna i de båda ärendena är likartade eller till och med identiska (dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 118, och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 142).

152 Vad gäller de beslut av Federala kartellmyndigheten som sökanden har åberopat, ska det påpekas att de nationella myndigheternas beslut, mot bakgrund av den tydliga kompetensfördelning på vilken förordning nr 139/2004 grundas, inte kan vara bindande för kommissionen i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 56, och dom av den 7 maj 2009, NVV m.fl. mot kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, punkt 139), i synnerhet inte när de avser parterna i en koncentration och en annan tidsperiod.

153 Av det ovan anförda följer att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den beaktade investeringskriterierna och de interna handlingarna från parterna i koncentrationen för att avgöra huruvida dessa parter skulle betraktas som potentiella konkurrenter.

c) Huruvida kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte i tillräcklig utsträckning ha beaktat andra omständigheter

[*utelämnas*]

160 Vad för det första gäller den uppfattning som de företag som redan var verksamma på den relevanta marknaden gav uttryck för under marknadsundersökningen, ska det påpekas att kommissionen har rätt att beakta den. Detta kriterium kan emellertid inte vara avgörande vid bedömningen av om det föreligger en potentiell konkurrens.

161 Även om konkurrenternas uppfattningar kan vara en viktig informationskälla när det gäller en koncentrations förutsebara inverkan på marknaden, kan de nämligen inte vara bindande för kommissionen vid dess självständiga bedömning av koncentrationens inverkan på marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 1999, Gencor/kommissionen, T-102/96, EU:T:1999:65, punkterna 290 och 291, och dom av den 5 oktober 2020, HeidelbergCement och Schwenk Zement/kommissionen, T-380/17, EU:T:2020:471, punkt 673 (ej publicerad)).

162 Under alla omständigheter framgår det av skälen 727, 728, 752 och 753 i det angripna beslutet att kommissionen faktiskt beaktade de konkurrerande aktörernas uppfattning, eftersom det framgår av dessa skäl att den inledde en fördjupad undersökning av huruvida det förelåg potentiell konkurrens mellan parterna i koncentrationen, bland annat på grundval av dessa aktörers yttranden.

163 Vad gäller sökandens påstående att parterna i koncentrationen redan var verksamma i täckningsområdet för den andra partens kabelnät, att Vodafone redan investerade i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät eller att dessa parter övervakade varandras verksamheter, ska det påpekas att dessa omständigheter avser den påstådda direkta eller indirekta faktiska konkurrensen, vilket innebär att ett sådant påstående är verkningslöst inom ramen för förevarande delgrund avseende potentiell konkurrens. Under alla omständigheter

framgår det av prövningen av den första och den andra delgrunden ovan att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den i det angripna beslutet drog slutsatsen att parterna i koncentrationen varken var direkta eller indirekta konkurrenter på fastighetsägarmarknaden.

164 Av det ovan anförda följer att sökandens första invändning inte kan godtas.

165 Vad för det andra gäller sökandens påstående att kommissionen, efter att ha konstaterat att de mindre aktörerna gjorde investeringar utanför sina täckningsområden, borde ha ansett att även Vodafone och Unitymedia var i stånd att göra detta, konstaterar tribunalen att kommissionen i det angripna beslutet förklarade varför dessa strategier inte var tillämpliga på parterna i koncentrationen.

166 Vad, närmare bestämt, gäller sökandens situation, framgår det av den bevisning som lagts fram i skäl 744 a och i skälen 797–799 i det angripna beslutet, vilken inte har bestritts som sådan av sökanden, att detta bolag under åren före antagandet av det angripna beslutet i realiteten inte hade byggt något parallellt kabelnät. I synnerhet framgår det av figur 20, som återges i skäl 798 i det angripna beslutet, att antalet hushåll som var anslutna till sökandens nät inte hade ökat nämnvärt mellan åren 2012 och 2018, förutom på grund av förvärv av redan befintliga tillgångar i andra bolag.

167 Vad gäller Deutsche Telekom var dess situation, såsom framgår av skäl 744 c i det angripna beslutet och det svar från denna operatör som citeras där, mycket annorlunda jämfört med situationen för parterna i koncentrationen, bland annat eftersom Deutsche Telekom redan hade ett mycket omfattande fibernät och använde detta nät för att tillhandahålla bredbandstjänster via tekniken för digital abonnentanslutning (Digital Subscriber Line, DSL), vilket sökanden inte på något sätt har bestritt. För att utvidga sitt utbud till fastighetsägarkunder till nya områden kunde Deutsche Telekom följaktligen stödja sig på sina egna fiberanslutningar eller befintliga ledningar och behövde i allmänhet endast bygga korta delar av det nödvändiga nätet på nivå 3.

168 Härav följer att de fall där dessa operatörer har byggt kabelnät parallellt inte gör det möjligt att ifrågasätta kommissionens bedömningar av den potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen.

169 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser sökandens andra invändning.

170 Vad för det tredje gäller den omständigheten att kommissionen inte beaktade Vodafones befintliga infrastruktur, bland annat i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, och den omständigheten att liknande kostnader skulle vara nödvändiga för att utvidga ett kabelnät, oavsett om det är inom eller utanför täckningsområdet för kabelnätet hos parterna i koncentrationen, framgår det av skäl 740 i det angripna beslutet att de prognoser som Vodafone gjorde och som kommissionen kontrollerade faktiskt beaktade denna operatörs befintliga infrastruktur och utbyggnaden av 5G, vilka emellertid inte gjorde det möjligt att göra byggandet av ett parallellt kabelnät tillräckligt lönsamt.

171 Det ska dessutom påpekas att kommissionen, i skäl 737 i det angripna beslutet, konstaterade att byggandet av ett parallellt kabelnät i stort sett inte var attraktivt för Vodafone, ”särskilt jämfört med att lägga till nya hushåll i täckningsområdet för dess egna kabelnät, vilket innebar mindre investeringar i infrastrukturen och erbjöd större inkomstmöjligheter på grund av att det inte redan fanns en operatör på plats”. Av detta följer att kommissionen konstaterade att det var

mindre lönsamt att bygga ett parallellt kabelnät utanför täckningsområdet för dess kabelnät än att bygga ut kabelnätet inom det egna området, vilket sökanden inte har bestritt. I förevarande fall har sökanden nöjt sig med att göra gällande att en kabeloperatörs kostnader för att utveckla sitt nät inom täckningsområdet för sitt kabelnät liknar kostnaderna för att utvidga operatörens kabelnät utanför dess täckningsområde, utan att på något sätt styrka detta påstående, och i synnerhet utan att bestrida dessa uppgifter som kommissionen lagt fram.

172 Tribunalen konstaterar vidare att kommissionen, i två avsnitt som den, med tillämpning av beslutet av den 30 mars 2023, lämnade ut av skälen 736 och 759 i det angripna beslutet, angav att den hade konstaterat att parterna i koncentrationen under de senaste fem åren endast i försumbart liten utsträckning hade utvidgat sitt nät inom sina respektive kabelnäts täckningsområden eller i närheten av dessa. Detta konstaterande, som sökanden inte har ifrågasatt i sitt yttrande av den 2 juni 2023, bekräftar kommissionens slutsats att det skulle ha varit osannolikt att parterna i koncentrationen skulle ha utvidgats inom den andra partens kabelnäts täckningsområde om koncentrationen inte hade ägt rum. Om Vodafone och Unitymedia endast i försumbart stor utsträckning hade utvidgat sitt kabelnät inom sina respektive kabelnäts täckningsområden före koncentrationen, var det mycket riktigt osannolikt att de skulle utvidga sitt kabelnät utanför sina täckningsområden, och i synnerhet i den andra partens täckningsområde, eftersom en sådan utvidgning var mindre lönsam än en utvidgning inom deras egna respektive kabelnäts täckningsområden.

173 Sökanden kan följaktligen inte vinna framgång med den tredje invändningen.

174 Vad för det fjärde gäller sökandens påstående att kommissionen underlät att beakta att Vodafone och Unitymedia hade kunnat konkurrera med varandra på grunder som inte hade något samband med infrastrukturen, konstaterar tribunalen att kommissionen, i motsats till vad sökanden har påstått, inte begränsade sig till att undersöka sannolikheten för en potentiell konkurrens genom byggandet av ett parallellt kabelnät, såsom framgår av skäl 745 i det angripna beslutet vad gäller Vodafone och av skäl 763 vad gäller Unitymedia. Kommissionen ansåg i detta sammanhang att det även var osannolikt att en part skulle ta sig in på den andra partens kabelnäts täckningsområde med medel som inte var baserade på infrastruktur, såsom bland annat hyrda förbindelser, satellitinfrastruktur eller nät på nivå 4, vilket innebär att den fjärde invändningen inte kan godtas.

175 Kommissionen har under alla omständigheter vid tribunalen, utan att motsägas av sökanden, förklarat att även om det teoretiskt sett var möjligt att tillhandahålla tjänster för överföring av tv-signaler till fastighetsägarkunder utan att använda sin egen infrastruktur på nivå 3, var det i praktiken inte någon intressant möjlighet ur konkurrenssynpunkt. Det ska i detta hänseende även påpekas att kommissionen, i skäl 820 i det angripna beslutet, som sökanden har hänvisat till flera gånger under förevarande förfarande, konstaterade att operatörerna på nivå 4, bland annat sökanden, var helt beroende av parternas vilja att erbjuda förmedlingstjänster för överföring av tv-signalen på konkurrenskraftiga villkor, vilket sökanden inte har bestritt. I skäl 1479 i det angripna beslutet påpekade kommissionen vidare att operatörerna på nivå 4 själva hade förklarat att de var verksamma inom ett nischsegment på marknaden, medan bostadsföreningarna hade hävdat att operatörerna på nivå 4 ofta inte uppfyllde kraven på servicenivå och inte var i stånd att ta ansvar för att förbättra nätet på nivå 3, vilket sökanden inte heller har bestritt. Dessa omständigheter ger stöd för kommissionens konstaterande att det var föga troligt att parterna i koncentrationen skulle utvidga sin verksamhet till täckningsområdet för den andra partens kabelnät med hjälp av medel som inte var baserade på infrastruktur.

176 Sökandens fjärde invändning kan följaktligen inte godtas.

[*utelämnas*]

e) Påståendet om samverkan mellan parterna i koncentrationen

188 Sökanden har även gjort gällande att anledningen till att parterna i koncentrationen inte konkurrerade med varandra och aldrig hade byggt parallella kabelnät var att det förelåg en underförstådd eller tyst samverkan dem emellan. Om kommissionen hade agerat på ett korrekt sätt, borde den enligt sökanden ha konstaterat att om varken Vodafone eller Unitymedia hade utvidgat sin verksamhet på fastighetsägarmarknaden till det andra företagets kabelnäts täckningsområde, skulle det endast ha varit på grund av en sådan samverkan.

[*utelämnas*]

191 Sökandens kritik avser varken den koncentration som undersöktes i det angripna beslutet eller dess effekter på fastighetsägarmarknaden, utan snarare att försöka förklara varför parterna i denna transaktion inte konkurrerade med varandra före transaktionen.

192 Det följer av artikel 21.1 i förordning nr 139/2004 att den bestämmelsen är den enda bestämmelse som är tillämplig på koncentrationer såsom de definieras i artikel 3 i denna förordning. Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 FEUF (EGT L 1, 2003, s. 1) är i princip inte tillämplig på sådana koncentrationer. Däremot är sistnämnda förordning den enda som är tillämplig på ageranden från företag som, utan att leda till att företagskoncentrationer uppstår i den mening som avses i förordning nr 139/2004, kan resultera i en samordning dem emellan som strider mot artikel 101 FEUF och som kommissionen eller nationella konkurrensmyndigheter därför ska kontrollera (dom av den 7 september 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, punkterna 32 och 33).

193 Härav följer att sökandens invändning om påstått implicit eller tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen före koncentrationen är verkningslös, eftersom den inte rör föremålet för det angripna beslutet, det vill säga en koncentration som omfattas av förordning nr 139/2004, utan snarare förfaranden som potentiellt omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 101 eller 102 FEUF och förordning nr 1/2003. Även om det fanns grund för sökandens påståenden, det vill säga även om det före koncentrationen hade förelegat en underförstådd eller tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen som förklarade att det inte förelåg någon faktisk eller potentiell konkurrens mellan parterna på fastighetsägarmarknaden, såsom sökanden har gjort gällande, skulle detta inte ha kunnat påverka kommissionens slutsats avseende denna marknad, det vill säga att det inte förelåg konkurrens mellan parterna i koncentrationen vars undanröjande skulle ha kunnat ge upphov till ett påtagligt hinder för effektiv konkurrens.

194 Det ska under alla omständigheter erinras om att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att tredje mans påståenden om tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen inte bekräftades av en undersökning av nämnda parters interna handlingar och att de motsades av de bevis som fanns i handlingarna i målet angående den otillräckliga lönsamheten av att bygga kabelnäten parallellt (se fotnoterna 534 och 566). Sökandens argument, vilka samtliga redan har underkänts ovan inom ramen för prövningen av denna delgrund, kan inte påverka kommissionens konstaterande. När sökanden vid förhandlingen tillfrågades om frågan om ett tyst samförstånd mellan parterna i koncentrationen, kunde sökanden för övrigt inte lägga fram ens den minsta *prima facie*-bevisning

i detta avseende. Vad slutligen gäller de två åberopade besluten från Federala kartellmyndigheten, ska det erinras om att de inte kan vara bindande för kommissionen, såsom det har erinrats om i punkt 152 ovan.

[*utelämnas*]

5. Den andra delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning och bristande motivering genom att kommissionen underlät att beakta den mycket stora ökningen av den sammanslagna enhetens resurser

[*utelämnas*]

b) Uppenbart oriktig bedömning

[*utelämnas*]

219 Det ska i detta sammanhang påpekas att i artikel 2.1 b i förordning nr 139/2004 anges den ekonomiska och finansiella styrkan bland de omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av huruvida en koncentration är förenlig med den inre marknaden.

220 Kommissionen ska dock, när den bedömer huruvida en koncentration är förenlig med den inre marknaden, ta hänsyn till flera faktorer såsom strukturen på alla de berörda marknaderna, den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag, de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, hinder för inträde på marknaden och utvecklingen av tillgång och efterfrågan (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 125). Konstaterandet att den sammanslagna enhetens resurser har ökat kan följaktligen inte i sig leda till slutsatsen att det föreligger ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

221 Härav följer att den omständigheten att en koncentration mellan två företag orsakar en ökning av den sammanslagna enhetens resurser, även om den visar sig föreligga, inte i sig är tillräcklig för att förklara koncentrationen oförenlig med den inre marknaden. Det ska nämligen även visas att denna ökning av resurserna ger upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

222 I förevarande fall har sökanden, utan att det är nödvändigt att ta ställning till frågan huruvida ökningen av medlen var ”specifik” för koncentrationen, inte visat på vilket sätt en sådan ökning skulle ha kunnat ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

223 Det är inte på grund av att en koncentration ger upphov till synergieffekter eller kostnadsminskningar till förmån för den enhet som blir resultatet av koncentrationen som transaktionen nödvändigtvis hämmar konkurrensen. Det är inte heller så att det förhållandet att en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning, eller att ett enda dominerande företag beslutar om den sammanslagna enhetens konkurrensstrategi och prispolitik inom hela landet, automatiskt ger upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens. Den omständigheten att en koncentration skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning är nämligen inte i sig tillräcklig för att anse att koncentrationen i fråga är oförenlig med den inre marknaden, när den inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre

marknaden eller en väsentlig del av den (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 20 oktober 2021, Polskie Linie Lotnicze ”LOT”/kommissionen, T-296/18, EU:T:2021:724, punkt 107).

224 Det ska vidare påpekas att kommissionen endast kan förklara en koncentration oförenlig med den inre marknaden om den konstaterar att det föreligger ett betydande hinder för en effektiv konkurrens som är en direkt och omedelbar följd av koncentrationen. Ett sådant hinder, som följer av den sammanslagna enhetens framtida beslut, kan anses utgöra en direkt och omedelbar konsekvens av koncentrationen om det framtida beteendet görs möjligt och blir ekonomiskt rationellt genom att koncentrationen medför en förändring av den relevanta marknadens struktur (dom av den 11 december 2013, Cisco Systems och Messagenet/kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, punkt 118).

225 I förevarande fall är det utrett att såväl Vodafone som Unitymedia redan hade en dominerande ställning på fastighetsägarmarknaden i sina respektive kabelnäts täckningsområden före koncentrationen, vilket innebär att både Vodafone och Unitymedia redan hade möjlighet att i betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter och sina fastighetsägarkunder. Även om den sammanslagna enheten, såsom sökanden har gjort gällande, tack vare en ökning av sina resurser kunde tränga ut sina kvarvarande konkurrenter genom att bland annat tillämpa underprissättning, måste det följaktligen konstateras att så var fallet redan före koncentrationen och att detta framtida beteende följaktligen inte blir möjligt och ekonomiskt rationellt genom ändringen av de egenskaper och den marknadsstruktur som koncentrationen leder till.

226 Om den sammanslagna enheten genomförde konkurrensbegränsande förfaranden i syfte att tränga ut den kvarvarande konkurrensen på fastighetsägarmarknaden, skulle tredje man under alla omständigheter ha rätt att anmäla detta agerande till de nationella konkurrensmyndigheterna eller till kommissionen, utan att detta för den delen påverkar myndigheternas möjligheter att ingripa ex officio i enlighet med artiklarna 5 och 7.1 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 250).

227 Slutligen är kommissionen varken bunden av avgörandet från Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfs regionala överdomstol) av den 14 augusti 2013 eller av sin egen beslutspraxis.

228 När det gäller avgörandet från Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfs regionala överdomstol) kan det dessutom konstateras att det meddelades år 2013, medan transaktionen anmäldes år 2018. Telekommunikationsmarknaderna utvecklas emellertid mycket snabbt. I detta sammanhang skulle den omständigheten att fem år förflutit kunna motivera att beslutet inte beaktats. Det ska även påpekas att de nationella myndigheternas beslut, mot bakgrund av den tydliga kompetensfördelning på vilken förordning nr 139/2004 grundas, inte kan vara bindande för kommissionen i ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 56, och dom av den 7 maj 2009, NVV m.fl. mot kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, punkt 139).

229 När det gäller kommissionens tidigare beslutspraxis har sökanden, när kommissionen beslutar huruvida en koncentration är förenlig med den inre marknaden på grundval av en anmälan och handlingar som rör denna koncentration, inte rätt att ifrågasätta kommissionens konstateranden med motiveringen att de skiljer sig från konstateranden som tidigare gjorts i ett annat ärende på

grundval av en annan anmälan och andra handlingar, även om de aktuella marknaderna i de båda ärendena är likartade eller till och med identiska (dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 118, och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 142).

230 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den inte drog slutsatsen att det förelåg horisontella icke-samordnade effekter på fastighetsägarmarknaden på grund av ökningen av resurserna till följd av koncentrationen.

[*utelämnas*]

D. Den tredje grunden: Uppenbart oriktig bedömning och förfarandefel vid prövningen av de vertikala icke-samordnade effekterna på mellanmarknaden och fastighetsägarmarknaden

[*utelämnas*]

3. Den andra grunden: Uppenbart oriktiga bedömningar

[*utelämnas*]

314 Tribunalen konstaterar att det framgår av punkt 31 i riktlinjerna för bedömning av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 265, 2008, s. 6) (nedan kallade riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer) att en avskärmning av insatsprodukter äger rum när den nya enheten till följd av koncentrationen kan begränsa tillgången till de varor eller tjänster som den skulle ha tillhandahållit om koncentrationen inte hade ägt rum.

315 Enligt punkt 32 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer ska kommissionen när den bedömer sannolikheten för att en koncentration ska leda till konkurrenshämmande avskärmning av insatsprodukter först granska om det sammanslagna företaget efter koncentrationen skulle ha möjlighet att på ett påtagligt sätt avskärma insatsprodukter. Därefter granskar kommissionen om den nya enheten skulle ha någon drivfjäder att göra detta. Slutligen undersöker kommissionen om en avskärmningsstrategi skulle ha en betydande negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led.

316 Det innebär att det är tillräckligt att ett av dem inte är uppfyllt för att risken för konkurrenshämmande avskärmning av insatsprodukter ska kunna uteslutas (dom av den 23 maj 2019, KPN/kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, punkterna 118 och 119, och dom av den 27 januari 2021, KPN/kommissionen, T-691/18, ej publicerad, EU:T:2021:43, punkterna 111 och 112). Vad särskilt gäller det tredje av dessa villkor ska det påpekas att för att ett sådant villkor ska vara uppfyllt måste det visas att det föreligger en betydande negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led, vilket framgår av punkt 32 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer.

317 Det ska noteras att kommissionen i det angripna beslutet, trots att det inte fanns någon ny vertikal länk mellan mellanmarknaden i föregående led och fastighetsägarmarknaden i efterföljande led till följd av koncentrationen, i skälen 1476–1506 undersökte dessa tre villkor och att sökanden inte har kritiserat detta tillvägagångssätt som sådant.

318 I förevarande fall anser tribunalen att det är lämpligt att börja med att pröva de argument som sökanden har anfört för att visa att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att det tredje av dessa villkor inte var uppfyllt, det vill säga sökandens tredje invändning, vilken sammanfattas i punkt 312 ovan.

319 Tribunalen konstaterar att sökanden i detta sammanhang inte har ifrågasatt flera av de omständigheter som föranledde kommissionen att dra slutsatsen att en eventuell avskärmningsstrategi i vart fall inte skulle ha någon betydande negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led.

320 Sökanden har således inte bestritt att en sådan strategi inte skulle påverka dess huvudsakliga verksamhet, eftersom denna bedrevs utanför täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Även om sökanden har bestritt kommissionens slutsats att sökanden endast var föga aktiv i Unitymedias kabelnäts täckningsområde, har den emellertid inte på något sätt styrkt detta påstående och har i synnerhet inte ifrågasatt den omständigheten att sökanden inte kunde delta i de anbudsförfaranden som krävde uppdateringar av nätet på nivå 3, den att sökanden hade en begränsad marknadsandel, på (0–5) procent, och dess begränsade deltagande i anbudsförfaranden i Unitymedias kabelnäts täckningsområde.

321 Inget av de argument som sökanden har anfört är heller välgrundat.

322 Vad för det första gäller sökandens påstående att sökanden utövade ett tillräckligt konkurrenstryck i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, trots att företaget endast sålde Unitymedias produkt vidare där, konstaterar tribunalen att detta påstående inte har åtföljts av några omständigheter som gör det möjligt att ifrågasätta förklaringarna i skälen 1501 och 1503 i det angripna beslutet, vilka det har erinrats om i punkterna 283 och 284 ovan.

323 Sökanden har således inte på något sätt styrkt sitt påstående att det skulle ha en betydande negativ inverkan på konkurrensen om återförsäljare, som tidigare hade lyckats vinna anbudsförfaranden, försvann.

324 Tribunalen konstaterar vidare att det, i motsats till vad sökanden har påstått, inte ankommer på en kontroll av koncentrationer att säkerställa ett stärkande av sökanden i egenskap av främsta konkurrent till parterna i koncentrationen och främsta källa till kvarvarande konkurrens, särskilt som sökanden inte har preciserat vad en sådan förstärkning skulle bestå i eller av vilken rättslig grund en sådan ska följa.

325 Slutligen kan sökanden inte med framgång åberopa den omständigheten att kommissionen, vad gäller horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för fast internetanslutning, godtog en korrigerande åtgärd som uteslutande var inriktad på återförsäljare. Såsom kommissionen har förklarat finns det nämligen betydande skillnader mellan fastighetsägarmarknaden och marknaden för fast internetanslutning, som gjorde det nödvändigt att vidta en korrigerande åtgärd i det sistnämnda fallet. Konkurrensvillkoren på de två marknaderna var nämligen olika (se skäl 391 och följande skäl samt skäl 700 och följande skäl i det angripna beslutet). På fastighetsägarmarknaden fästes härvidlag framför allt vikt vid den tillhandahållna infrastrukturen (se skälen 107 och 699 i det angripna beslutet) och tillhandahållarna på nivå 4 utövade inget betydande konkurrenstryck (se skälen 818–820 och 1478–1480 i det angripna beslutet). Före koncentrationen utövade Vodafone däremot ett betydande konkurrenstryck på marknaden för fast internetanslutning (se skälen 445–499, och särskilt skäl 454, i det angripna beslutet), varför det var nödvändigt att vidta rättelse (se, särskilt, skäl 1898 i det omtvistade beslutet).

326 Vad för det andra gäller sökandens påstående att den endast tillfälligt stödde sig på de förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler som Unitymedia tillhandahöll i väntan på att bygga ut sitt eget nät på nivå 3, framgår det av skäl 798 och figur 20 i det angripna beslutet, till vilka kommissionen hänvisar i skäl 1504 i nämnda beslut, att kommissionens bedömningar grundar sig både på svaret på meddelandet om invändningar och på de siffror som sökanden själv lämnat. Den bevisning som lagts fram i skäl 744 a och i skälen 797–799 i det angripna beslutet visar att sökanden under åren före antagandet av det angripna beslutet egentligen inte hade byggt ett kabelnät parallellt med kabelnätet tillhörande en annan operatör. I synnerhet framgår det av figur 20 i det angripna beslutet, som ingår i skäl 798 i det beslutet, att antalet hushåll som är anslutna till sökandens nät inte hade ökat nämnvärt mellan åren 2012 och 2018, förutom på grund av förvärv av redan befintliga tillgångar i andra bolag. Sökanden har endast hänvisat till sina egna förklaringar och har inte lagt fram någon bevisning som motsäger slutsatsen att sökanden ”endast i mycket liten utsträckning [hade] utvecklat sin infrastruktur på nivå 3 under de senaste åren”.

327 Härav följer att sökandens argument inte visar att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att de uppgifter som den förfogade över visade att en försvagning av sökanden i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät inte skulle få någon betydande negativ inverkan på konkurrensen på detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster till fastighetsägarkunder.

328 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser sökandens tredje invändning till stöd för den tredje grundens andra del.

329 Med hänsyn till att de tre villkoren för att det ska föreligga en risk för avskärmning av insatsprodukter är kumulativa, vilket sökanden för övrigt inte har bestritt, räcker den omständigheten att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att det tredje av dessa villkor inte var uppfyllt för att utesluta en sådan risk för avskärmning, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida kommissionen på ett uppenbart felaktigt sätt skulle ha ansett att de två andra villkoren inte heller var uppfyllda. Det saknas följaktligen anledning att pröva sökandens första och andra invändningar till stöd för den tredje grundens andra del, vilka i huvudsak avser de två första villkoren.

330 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden. Det saknas skäl att pröva huruvida sökanden hade ett intresse av att åberopa den.

E. Den fjärde grunden: Uppenbart oriktig bedömning vid prövningen av de vertikala icke-samordnade effekterna på marknaden för inmatning av tv-signaler

[*utelämnas*]

2. Sökandens påstående om en uppenbart oriktig bedömning

[*utelämnas*]

348 Vad för det första gäller den kritik som sökanden har riktat mot kommissionen för att ha begränsat sig till att analysera vissa konkurrensbegränsande effekter av inmatningsavgifterna eller OTT- och HbbTV-tjänsterna, har sökanden begränsat sig till att ange vissa tekniska funktioner och vissa kommersiella aspekter som kommissionen, enligt sökanden, borde ha undersökt, men

har inte på något sätt förklarat på vilket sätt dessa skulle kunna påverkas av koncentrationen. Närmare bestämt har sökanden inte förklarat skälen till att, och på vilket sätt, den sammanslagna enheten skulle ha möjlighet, och i synnerhet intresse, att försämra dessa funktioner och kommersiella aspekter vid sina förhandlingar med programföretagen, på vilket sätt detta, särskilt med hänsyn till deras betydelse, skulle kunna leda till att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle kunna hämmas på marknaden för inmatning av tv-signaler, och på vilket sätt en sådan sannolik försämring av dessa funktioner och kommersiella aspekter skulle bero specifikt på koncentrationen. Den första invändningen kan således inte godtas.

349 Under alla omständigheter kan, såsom kommissionen helt riktigt har gjort gällande, enbart den omständigheten att kommissionen inte har genomfört alla undersökningar som sökanden har önskat eller ansett vara till nytta inte i sig motivera en ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

350 Vad för det andra gäller påståendet att kommissionen inte beaktade att den sammanslagna enheten hade förmåga och incitament att få till stånd partiell ensamrätt för att förbjuda spridning av innehåll via vissa av sina konkurrenter, såsom sökanden, konstaterar tribunalen att ett sådant påstående är mycket allmänt och saknar stöd.

351 Även om sökanden har gjort gällande att den sammanslagna enheten har kapacitet och incitament att införa en sådan strategi med partiell ensamrätt gentemot vissa av sina konkurrenter, konstaterar tribunalen att sökanden inte ens har försökt visa att en sådan strategi skulle ha en betydande negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led, genom att till exempel stödja sig på bevisning som visar att en potentiellt betydande andel av bostadsbolagen på fastighetsägarmarknaden, eller av tyska tv-tittare på privatmarknaden, skulle ha varit beredd att övergå till den sammanslagna enhetens utbud enbart av det skälet att deras nuvarande leverantör inte erbjöd vissa kanaler. Såsom framgår av punkterna 315 och 316 ovan och av där angiven rättspraxis är de tre villkor som nämns i punkt 32 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer kumulativa, vilket innebär att om ett av dem inte är uppfyllt är detta tillräckligt för att utesluta risken för avskärmning av konkurrensbegränsande insatsprodukter, vilket innebär att den andra invändningen inte kan godtas.

352 Under alla omständigheter kan den omständigheten att ett företag i dominerande ställning ingår avtal om ensamrätt med en leverantör i syfte att tränga ut en eller flera individuellt utpekade konkurrenter från marknaden i efterföljande led utgöra ett beteende som strider mot konkurrensrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 mars 2011, Altstoff Recycling Austria/kommissionen, T-419/03, EU:T:2011:102, punkt 51). När sökanden fick frågor om detta vid förhandlingen bekräftade kommissionen för övrigt att om den sammanslagna enheten ingick ett avtal om fullständig eller partiell ensamrätt med ett programföretag, skulle detta potentiellt utgöra en överträdelse av artikel 101 eller 102 FEUF.

353 Det var följaktligen föga troligt att den sammanslagna enheten skulle ha ett incitament att ingå sådana avtal efter koncentrationen, vilket även gällde för programföretagen. Det följer nämligen av rättspraxis att även om det är lämpligt att beakta vilka incitamenten är för konkurrensbegränsande beteenden, ska det även beaktas att dessa incitament skulle kunna minska eller till och med undanröjas på grund av att ifrågavarande beteenden är rättsstridiga, sannolikt blir upptäckta, blir föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl unionsnivå som nationell nivå och på grund av de ekonomiska sanktioner som skulle kunna bli följden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2002, Tetra Laval/kommissionen, T-5/02, EU:T:2002:264, punkt 159, och dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkterna 303–311). Kommissionen

kan således inte klandras för att inte ha beaktat den osannolika möjligheten, med hänsyn till dess potentiellt rättsstridiga karaktär, att den sammanslagna enheten skulle ingå ett avtal om ensamrätt med ett programföretag, genom vilket en eller flera konkurrenter på marknaderna i efterföljande led, såsom sökanden, skulle ha berövats tillgång till visst innehåll.

354 Vad för det tredje gäller påståendet att den sammanslagna enheten på fastighetsägarmarknaden skulle kunna utnyttja de fördelar som den skulle åtnjuta på marknaden för inmatning av tv-signaler, konstaterar tribunalen att dessa omständigheter redan har åberopats av sökanden till stöd för den första grundens andra del, avseende en uppenbart oriktig bedömning och bristande motivering genom att kommissionen vid sin undersökning av fastighetsägarmarknaden underlät att beakta den kraftiga ökningen av den sammanslagna enhetens resurser. Denna andra delgrund har emellertid underkänts av de skäl som anges i punkterna 199–230 ovan, varför den tredje invändningen inte kan godtas.

355 Även om de påstådda fördelar som den sammanslagna enheten skulle ha åtnjutit skulle göra det möjligt för den att erbjuda fastighetsägarkunderna mer förmånliga priser, såsom sökanden har gjort gällande, ska det under alla omständigheter anses att detta visade på positiva effekter för konsumenterna, eftersom det var sannolikt att en sådan prissänkning skulle återspeglas månadshyrorna för hyresgästerna i de berörda fastigheterna, snarare än som ett betydande hinder för en effektiv konkurrens. Vidare kan det konstateras att sökanden inte på något sätt har visat att de fördelar som den har gjort gällande, det vill säga uttag av inmatningsavgifter och förvärv av innehåll på villkor som är förmånligare än hos de minsta kabeloperatörerna, skulle ha berott specifikt på koncentrationen.

356 Sökanden har således inte visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning vid prövningen av horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för inmatning av tv-signaler, vilket innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

F. Den femte grunden: Uppenbart oriktig bedömning och förfarandefel vid prövningen av åtagandena

[*utelämnas*]

2. Den första delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning av åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet

[*utelämnas*]

370 När det sedan gäller sökandens påstående att åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet är ineffektivt, eftersom det inte kan kompensera för försvinnandet av konkurrenstrycket från Unitymedias infrastruktur och innovationer före koncentrationen, konstaterar tribunalen att det huvudsakliga syftet med åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet var att åtgärda det konkurrensproblem som uppstod genom Vodafones DSL-verksamhet på täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, såsom framgår av bland annat skäl 1898 i det angripna beslutet.

371 Till följd av koncentrationen skulle nämligen Unitymedias verksamhet via dess kabelnät fortsätta och övertas av Vodafone. Vodafone planerade däremot att i Unitymedias kabelnäts täckningsområde upphöra med sin DSL-verksamhet, som bolaget bedrev på grundval av ett tillträde i grossistledet som tillhandahölls av Deutsche Telekom (se särskilt skälen 566, 604

och 605 i det angripna beslutet). Härav följer att det är Vodafones DSL-verksamhet, det vill säga en verksamhet för återförsäljning av Deutsche Telekoms DSL-produkt, som skulle försvinna efter transaktionen.

372 Åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet kunde därför inte anses vara ineffektivt, eftersom det innebar att en operatör, Telefónica, som inte var aktiv på infrastrukturområdet, utan endast sålde den vidare, eftersom syftet med det just var att kompensera för försvinnandet av en operatör, Vodafone, i Unitymedias kabelnäts täckningsområde, som inte var aktiv på infrastrukturområdet utan bedrev vidareförsäljning. Den första invändningen kan således inte godtas.

373 Under alla omständigheter framgår det bland annat av skäl 452 i det angripna beslutet att Vodafone, i sitt kabelnäts täckningsområde, investerade och kom med innovationer före koncentrationen. Dessutom skulle den sammanslagna enhetens kabelverksamhet efter koncentrationen, i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, fortfarande utsättas för konkurrens från andra operatörer, såsom Deutsche Telekom, United Internet och Telefónica, vilket också framgår av detta skäl. Härav följer att den sammanslagna enheten, i Unitymedias gamla täckningsområde, sannolikt skulle behöva göra investeringar i infrastruktur och innovation liknande dem som Unitymedia gjorde före transaktionen. Sökanden har i vart fall inte lagt fram någon bevisning som styrker att den sammanslagna enheten, trots dessa omständigheter och närmare bestämt trots konkurrensen från Deutsche Telekom, United Internet och Telefónica, skulle upphöra att investera och komma med innovationer i Unitymedias gamla täckningsområde, med följden att det konkurrenstryck som följer av sådana investeringar och innovationer skulle försvinna.

374 Vad för det andra gäller sökandens påstående att kommissionen inte hade kunnat godta åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet på grund av att det var ett beteendemässigt och inte strukturellt åtagande, är det riktigt, såsom sökanden har konstaterat, att kommissionen i punkt 15 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder förklarat att strukturella åtaganden, såsom åtagandet att överlåta en verksamhet, i allmänhet är att föredra med hänsyn till det mål som fastställs i förordning nr 139/2004, eftersom de varaktigt förhindrar de konkurrensproblem som skulle uppstå till följd av den anmälda koncentrationen och inte kräver några övervakningsåtgärder på medellång eller lång sikt. Vidare har kommissionen i punkt 17 i nämnda tillkännagivande påpekat att åtagandena avseende den sammanslagna enhetens framtida beteende endast undantagsvis kan tillåtas, under mycket specifika omständigheter.

375 Vidare kan kommissionen endast godta åtaganden som kan göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden. Med andra ord ska de åtaganden som företagen åtar sig göra det möjligt för kommissionen att dra slutsatsen att koncentrationstransaktionen i fråga inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks i den mening som avses i artikel 2.2 i denna förordning (se dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 294 och där angiven rättspraxis).

376 Åtagandena under etapp 2 har bland annat till syfte att åtgärda de konkurrensproblem som kommissionen konstaterade under etapp 1 och som föranledde den att inleda etapp 2. När tribunalen har anledning att undersöka om de åtaganden som gjordes under etapp 2, med hänsyn till sin räckvidd och sitt innehåll, kunde medge att kommissionen antog ett beslut som innebar ett godkännande av koncentrationen, ankommer det följaktligen på tribunalen att kontrollera

huruvida kommissionen utan att göra en uppenbart felaktig bedömning kunde betrakta nämnda åtaganden som en direkt och tillräcklig åtgärd på de konkurrensproblem som konstaterats under etapp 1 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 298).

377 I skäl 30 i förordning nr 139/2004 anges att om de berörda företagen ändrar en anmäld koncentration, särskilt genom att erbjuda åtaganden för att göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden, bör kommissionen kunna förklara koncentrationen i dess ändrade form förenlig med den inre marknaden. Sådana åtaganden bör stå i proportion till konkurrensproblemet och helt lösa detta (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 307).

378 Slutligen är beteendeinriktade åtaganden inte till sin natur otillräckliga för att hindra ett betydande hinder för en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den, bland annat på grund av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, och de måste bedömas från fall till fall på samma sätt som strukturella åtaganden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 september 2005, EDP/kommissionen, T-87/05, EU:T:2005:333, punkt 100 och där angiven rättspraxis).

379 Kommissionen påpekade således i punkt 15 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder att det inte är möjligt att på förhand utesluta att även andra typer av åtaganden än strukturella åtaganden skulle kunna hindra uppkomsten av ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

380 Av det ovan anförda följer att kommissionen visserligen i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder visar att den föredrar strukturella åtaganden, särskilt på grund av att de kan genomföras på ett enkelt sätt. Tribunalen konstaterar emellertid att det huvudsakligen är frågan huruvida åtagandena är lämpliga och tillräckliga för att lösa det identifierade konkurrensproblemet och säkerheten att åtagandena kan genomföras, som styr godtagandet av dem.

381 Sökanden saknar således grund för sitt påstående att kommissionen borde ha förkastat åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet enbart på grund av att det endast avsåg den sammanslagna enhetens beteende, vilket innebär att den första invändningen inte kan godtas.

382 Vad för det tredje gäller sökandens påstående att Telefónica saknar förmåga att utöva ett starkt konkurrenstryck på marknaden för fast internetanslutning, konstaterar tribunalen att innehållet i skäl 529 i det angripna beslutet, vilket åberopats av sökanden till stöd för förevarande invändning, avser ett uttalande från Deutsche Telekom om Telefónicas konkurrensstyrka innan åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet beaktades, vilket gör det möjligt att underkänna sökandens argument att kommissionen själv i detta skäl erkände Telefónicas oförmåga.

383 När det gäller sökandens argument avseende de påstått begränsade hastigheter som Telefónica skulle erbjudas enligt Åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet, är det riktigt att kommissionen i skäl 531 i det angripna beslutet konstaterade följande:

”Telefónica hade bara sedan kort tid tillbaka ett bud på 250 Mbit/s i sin produktportfölj. Hittills har Telefonica endast föreslagit hastigheter på 10, 50 och 100 Mbit/s, vilket konkurrenterna anser utgöra en allvarlig begränsning av dess konkurrenskraft. Detta sena införande av högre hastigheter i sin produktportfölj är ett viktigt bevis för Telefónicas begränsade konkurrenskraft på marknaden.”

384 Det ska emellertid understrykas att sådana konstateranden som kommissionen gjorde avsåg Telefónicas situation utan åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet.

385 Tribunalen finner således att dessa konstateranden, som inte beaktar Vodafones samtliga skyldigheter inom ramen för åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet, inte gör det möjligt att dra några slutsatser om Telefónicas förmåga och incitament att verka som en hållbar och aktiv konkurrensstyrka när åtagandet väl har genomförts.

386 Det ska dessutom påpekas att kommissionen, i skälen 1896–1917 i det angripna beslutet, i ett avsnitt med rubriken ”Räckvidd”, gjorde en ingående prövning av åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet. I skälen 1901–1906 i beslutet undersökte kommissionen närmare bestämt de hastigheter som Vodafone skulle erbjuda Telefónica. Såsom intervenienten har påpekat i förevarande förfarande förfogade Telefónica över ett hypotetiskt maximiflöde på 250 Mbit/s för sin DSL-verksamhet. Som jämförelse skulle åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet ge företaget tillgång till hastigheter på upp till 300 Mbit/s vid tidpunkten för dess genomförande och upp till 500 Mbit/s därefter. Kommissionen fann således, i skäl 1906 i det angripna beslutet, att de hastigheter som fanns tillgängliga inom ramen för åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet skulle ge betydande fördelar jämfört med dem som fanns tillgängliga på Deutsche Telekoms DSL-infrastruktur. Kommissionen påpekade särskilt att detta åtagande skulle erbjuda högre hastigheter än den snabbaste produkt som var tekniskt tillgänglig med DSL-infrastrukturen och skapa en konkurrent som låg närmare Unitymedia än Vodafones DSL-verksamhet i fråga om hastighet. Rent allmänt ansåg kommissionen att de hastigheter som fanns tillgängliga enligt åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet skulle utgöra en förbättring i förhållande till Deutsche Telekoms grossistutbud och att de var tillräckliga för att Telefónica inom överskådlig framtid skulle kunna konkurrera effektivt på marknaden för fast internetanslutning.

387 Enbart den omständigheten att kommissionen, innan den beaktade åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet, ansåg att det sena införandet av högre hastigheter i dess produktutbud utgjorde ett viktigt bevis för Telefónicas begränsade konkurrenskraft på marknaden gör det således inte möjligt att dra några slutsatser om Telefónicas förmåga och incitament att verka som en livskraftig och aktiv konkurrenskraft, och således om huruvida åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet var lämpligt och tillräckligt när det väl hade genomförts, vilket innebär att den tredje invändningen inte kan godtas.

388 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den femte grundens första del, avseende att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av åtagandet om bredbandstillträde för grossistledet.

3. Den andra delgrunden: Förfarandefel och uppenbart oriktig bedömning av åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler

389 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till ett förfarandefel genom att godta åtagandet avseende inmatningsavgifter, eftersom åtagandet lämnades in för sent, efter utgången av den frist som föreskrivs i artikel 19.2 i förordning nr 802/2004, och utan samråd med marknadsaktörerna.

[*utelämnas*]

400 Vad för det andra gäller sökandens påstående att OTT-åtagandet skulle ha varit ineffektivt, eftersom OTT-tjänsterna ännu endast fått en begränsad omfattning i Tyskland och för att det inte hade skyddat de andra kabeloperatörerna och tillhandahållare av IPTV, ska det konstateras dels att det framgår av skäl 1266 i det angripna beslutet att det konstaterade konkurrensproblemet, som detta var avsett att lösa, bestod i den ökade möjligheten för den sammanslagna enheten att hindra uppkomsten och utvecklingen av vissa innovativa tv-tjänster, vars växande betydelse hade konstaterats, och som möjliggjorde ett större samspel mellan programföretaget och tv-tittarna, däribland OTT.

401 Oberoende av frågan om inom vilken tidsram OTT-tjänsterna skulle ha kunnat begränsa den sammanslagna enhetens handlingsutrymme och förhandlingsstyrka, konstaterar tribunalen följaktligen att OTT-åtagandet, genom att det från och med dagen för antagandet av det angripna beslutet skulle hindra Vodafone inte bara från att ingå eller förnya ett avtal med ett programföretag som innehåller villkor som direkt eller indirekt begränsar detta programföretags möjligheter att tillhandahålla en OTT-tjänst i Tyskland, utan även kräver att Vodafone inte tillämpar sådana villkor som skulle ha funnits och drar tillbaka liknande begränsningar i befintliga avtal (se punkterna 13 och 14 i avsnitt B-II i handlingen om åtagandena), omedelbart kunde hindra Vodafone från att hindra uppkomsten och utvecklingen av OTT-tjänster och följaktligen avhjälpa det konkurrensproblem som konstaterats för vilket det hade antagits.

402 Det ska vidare påpekas att även om kommissionen i det angripna beslutet ansåg att den sammanslagna enheten skulle ha kapacitet och incitament att hindra uppkomsten och utvecklingen av innovativa tv-tjänster såsom HbbTV och OTT och att Vodafone, för att lösa detta konkurrensproblem, hade föreslagit OTT- och HbbTV-åtagandena, ansåg den inte att så skulle ha varit fallet med andra sändningssätt, såsom andra kabeloperatörer eller IPTV-leverantörer. Vad gäller den senare produkten, ska det konstateras att den, till skillnad från OTT, befann sig i en nedåtgående fas med en begränsad marknadsandel på 8 % (se skäl 291 i det angripna beslutet), vilket sökanden inte har bestritt.

403 Sökanden har emellertid inte kritiserat kommissionen för att den inte ansåg att den sammanslagna enheten skulle ha haft kapacitet och avsikt att hindra uppkomsten och utvecklingen av andra sändningssätt, såsom de andra kabeloperatörerna eller IPTV-leverantörerna, med den följden att det inte var nödvändigt att kräva ett åtagande i detta avseende, vilket gör det möjligt att tillbakavisa detta påstående från sökandens sida.

404 När det för det tredje gäller sökandens påstående att den kapacitet som skulle finnas mellan den sammanslagna enhetens internetnät och tredjepartsleverantörer av internetanslutningstjänster enligt OTT-åtagandet inte var tillräcklig för att garantera en hastighet som möjliggjorde sändning av OTT-tjänster, utan att antalet anslutna bostäder per korskoppling i stället borde ha fastställts till 32, ska det konstateras att sökanden inte har styrkt detta påstående med någon bevisning, varför den tredje grunden inte kan godtas.

405 Det ska under alla omständigheter påpekas att det framgår av punkt 15 i avsnitt B.II i åtagandena att syftet med den andra aspekten av OTT-åtagandet, som avser sammanlänkning för OTT-tjänster, var att upprätthålla minst tre vägar till den sammanslagna enhetens IP-nät i Tyskland som inte var överbelastade. Syftet var med andra ord att tillhandahålla tillräcklig sammankopplingskapacitet för att göra det möjligt för den sammanslagna enhetens bredbandskunder att få tillgång till alla OTT-tjänster i Tyskland, antingen via de sammankopplingspunkter som beskrivs i punkt 16 i avsnitt B.II i åtagandena eller på annat sätt.

406 I detta syfte föreskrevs i punkt 16 i avsnitt B.II i åtagandena bland annat följande skyldigheter. För det första skulle Vodafone säkerställa att den största användningen varje dag vid alla den sammanslagna enhetens sammankopplingspunkter med var och en av grupperna om minst tre välrenommerade leverantörer av sammanlänkningstjänster som var beredda att sälja transittjänster, via en eller flera fysiska sammankopplingspunkter i Tyskland, på vilka trafiken kunde överföras till kunderna via bredband, inte översteg 80 procent, med följden att det skulle finnas minst 20 procent tillgänglig kapacitet utöver den största användningen varje dag. För det andra skulle Vodafone se till att den tillgängliga kapaciteten förutom den dagliga kapaciteten var minst 20 Gbit/s. Denna siffra skulle revideras varje år enligt ett förfarande som beskrivs i texten om åtagandena. Sökanden har emellertid inte konkret förklarat på vilket sätt detta skulle ha varit otillräckligt.

407 Det ska i detta hänseende även påpekas att kommissionen och intervenienten i huvudsak har förklarat, utan att motsägas, att den sammanslagna enheten skulle ha ett starkt incitament att minimera överbelastningen på accessnätet, eftersom en sådan överbelastning, som skulle ge upphov till flaskhalsar ”under den sista biten”, även skulle ha äventyrat attraktionskraften hos dess eget fasta utbud av bredbandstjänster och utsätta den för en risk att förlora kunder till andra operatörer.

408 Tribunalen konstaterar dessutom att kommissionen, i skäl 1929 i det angripna beslutet, påpekade att den nätneutralitet som garanteras genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/2120 av den 25 november 2015 om åtgärder rörande en öppen internetanslutning och om ändring av direktiv 2002/22/EG om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster och förordning (EU) nr 531/2012 om roaming i allmänna mobilnät i unionen (EUT L 310, 2015, s. 1) borde ha hindrat den sammanslagna enheten från att tillämpa ensidiga restriktiva metoder för att kringgå åtagandet, såsom omdefiniering av prioriteringar för trafik eller diskriminering, vilket sökanden inte har bestritt.

409 Mot bakgrund av det ovan anförda finner tribunalen att sökanden inte har visat att OTT-åtagandet var otillräckligt för att säkerställa en tillräcklig mottagningskvalitet för OTT-tv-kunderna, vilket innebär att den tredje invändningen inte kan godtas.

410 Vad för det fjärde gäller sökandens påstående att OTT-åtagandet och HbbTV-åtagandet inte skulle hindra den sammanslagna enheten från att missbruka sin ställning genom att undergräva andra tekniska funktioner, ska det erinras om att det framgår av punkterna 348 och 349 ovan att sökanden, inom ramen för sin fjärde grund, inte har lyckats visa att kommissionen underlät att konstatera att den sammanslagna enheten även hade kunnat skada andra tekniska funktioner, exempelvis ”CI Plus”, ”TVHD”, den elektroniska programguiden eller tjänsterna för video on demand, time shifting och instant replay, det vill säga samma som dem som sökanden hänvisat till, till stöd för förevarande påstående.

411 Sökanden har närmare bestämt, för det första, inte visat på vilket sätt koncentrationen skulle ha kunnat påverka dessa funktioner, och inte heller varför och på vilket sätt den sammanslagna enheten skulle ha haft möjlighet, och framför allt intresse av, att försämra dessa aspekter vid förhandlingarna med programföretagen. För det andra har sökanden inte visat på vilket sätt detta, särskilt med hänsyn till dessa aspekters betydelse, skulle ha kunnat leda till att en effektiv konkurrens påtagligt hämmades på marknaden för inmatning av tv-signaler. För det tredje har

sökanden inte visat på vilket sätt en sådan sannolik försämring av dessa funktioner skulle ha berott specifikt på koncentrationen, med följden att det inte var nödvändigt att ålägga ett åtagande i detta avseende, vilket gör det möjligt att underkänna sökandebolagets påstående.

412 Vad för det femte gäller sökandens påstående att åtagandet avseende inmatningsavgifter inte skulle hindra den sammanslagna enheten från att göra andra villkor för programföretagen än dessa avgifter mindre fördelaktiga för programföretagen, kan det konstateras att sökanden och intervenienten är överens om att förhandlingarna mellan programföretagen och tv-plattformarna inte var begränsade till intäktsflödena från programföretagen till den sammanslagna enheten, det vill säga inmatningsavgifter, utan även omfattade betalningar för innehåll och betalningar för teknisk kvalitet eller för ytterligare funktioner och tjänster som den sammanslagna enheten gjorde till förmån för programföretagen.

413 Tribunalen konstaterar emellertid för det första att kommissionen i skäl 1221 i det angripna beslutet angav att inmatningsavgifterna var direkt kopplade till överföringen av tv-signaler via kabel och därför föreföll vara den huvudsakliga beståndsdelen i betalningsflödet som skulle påverkas av den sammanslagna enhetens ökade marknadsstyrka på marknaden för inmatning av tv-signaler. I skäl 1959 i det angripna beslutet förklarade kommissionen dessutom att även om den senaste utvecklingen av mervärdestjänster hade bidragit till ett ökat inkomstflöde från tv-plattformar till programföretagen, utgjorde inmatningsavgifterna fortfarande en mycket relevant finansiell faktor i avtalsförhållandet mellan programföretagen som sänder gratis tv-program och kabel-tv-plattformarna. Kommissionen tillade att vissa uppgifter i handlingarna i målet tydde på att koncentrationens inverkan på intäktsflödet från den sammanslagna enheten till programföretagen kunde begränsas (se avsnitt VIII.C.2.11.3.9 ii i det angripna beslutet), medan det inte fanns något i handlingarna i målet som tydde på att samma sak gällde för inmatningsavgifterna (se även skäl 1261).

414 Härav följer att kommissionen, utan att göra sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning, kunde beakta den omständigheten att åtagandet att inte höja inmatningsavgifterna kunde uppväga risken för att omfattningen av och kvaliteten på tv-utbudet till kunder i detaljistledet skulle minska på grund av en betydande försämring av de avtalsvillkor som den sammanslagna enheten krävde i förhållande till programföretagen som sänder gratis tv-program.

415 Tribunalen finner vidare att kommissionen hade fog för att beakta att åtagandet avseende inmatningsavgifterna och OTT-åtagandet var av kompletterande karaktär, eftersom det förstnämnda åtagandet direkt påverkade det finansiella förhållandet mellan den sammanslagna enheten och de ifrågavarande programföretagen vad gäller traditionella och linjära tv-utbud och det sistnämnda hade en inverkan på tillhandahållandet av ytterligare tjänster.

416 Under förfarandet vid tribunalen anförde kommissionen för övrigt, utan att motsägas av sökanden, att om den sammanslagna enheten lade till betydande avgifter utöver inmatningsavgifterna, skulle detta utgöra ett lätt identifierbart kringgående av åtagandena.

417 Slutligen har sökanden, även om det antas att sökandens femte invändning om kringgående av åtagandena även gäller för betal-tv, inte heller lagt fram några uppgifter som motsäger kommissionens påstående att varje beteende av det slag som sökanden har beskrivit strider mot OTT-åtagandet när det gäller betal-tv-kanaler.

418 Av det ovan anförda följer att sökanden inte kan visa att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den godtog OTT-åtagandet, åtagandet avseende inmatningsavgifter och HbbTV-åtagandet, vilket innebär att den första invändningen inte kan godtas.

419 Vad för det andra gäller det sena ingivandet av åtagandet avseende inmatningsavgifterna och det förfarandefel som kommissionen enligt sökanden gjorde sig skyldig till på grund av att det godtogs av kommissionen, framgår det av artikel 19.2 i förordning nr 802/2004, som sökanden har hänvisat till, att de åtaganden som de berörda företagen erbjuder enligt artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 ska meddelas kommissionen inom 65 arbetsdagar från den dag då förfarandet inleddes. När fristen för att fatta beslut med stöd av artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 förlängs är fristen om 65 arbetsdagar automatiskt förlängd med samma antal arbetsdagar.

420 Vidare framgår det av punkt 94 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder att kommissionen, om parterna ändrar de åtaganden som föreslagits efter tidsfristen på 65 arbetsdagar, endast kommer att godta de ändrade åtagandena om den klart kan fastställa, på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan erhållits under undersökningen, bland annat resultaten av tidigare marknadsundersökning och utan att någon annan typ av undersökning av samma typ genomförs, att sådana åtaganden, när de väl har genomförts, fullständigt kommer att undanröja de konstaterade konkurrensproblemen och alla oklarheter, och under förutsättning att kommissionen har tillräckligt med tid för att genomföra en lämplig analys och samråda med medlemsstaterna på ett lämpligt sätt. Det framgår för övrigt av fotnot nr 107 i detta meddelande, vilken hänvisar till punkt 94, att samråd med medlemsstaterna normalt förutsätter att kommissionen kan tillställa dessa medlemsstaterna ett slutligt förslag till beslut som innehåller en bedömning av de ändrade åtagandena minst tio arbetsdagar före den rådgivande kommitténs möte med medlemsstaterna.

421 Slutligen ska det påpekas att det i rättspraxis har slagits fast att dessa två villkor var kumulativa och att de har preciserats i rättspraxis på så sätt att kommissionen kan beakta åtaganden som parterna i en anmäld koncentration har lämnat in för sent, dels om åtagandena löser de konkurrensproblem som tidigare har identifierats utan att det finns behov av någon ytterligare utredning, dels att det finns tillräckligt med tid för att samråda med medlemsstaterna om dessa åtaganden (se dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 455 och där angiven rättspraxis).

422 Tribunalen konstaterar att dessa två villkor är uppfyllda i förevarande fall.

423 Vad för det första gäller det första villkoret, framgår det av punkterna 398–418 ovan att sökandens argument att åtagandet avseende inmatningsavgifter är otillräckligt, inte kan godtas. Sökanden har således inte visat att kommissionen – på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan erhållits inom ramen för undersökningen, bland annat resultaten av det tidigare marknadstestet – inte klart kunde fastställa att åtagandet avseende inmatningsavgifter, när det väl hade genomförts, klart och utan behov av ytterligare utredning skulle ha löst de tidigare identifierade konkurrensproblemen.

424 Vad för det andra gäller det andra villkoret ska det påpekas att det framgår av skälen 25 och 26 i det angripna beslutet att den part som anmälde transaktionen lämnade in ett reviderat utkast om åtaganden den 11 juni 2019 och att den rådgivande kommittén diskuterade utkastet till beslut och utfärdade ett positivt yttrande den 28 juni. Härav följer att kommissionen i förevarande fall faktiskt har kunnat tillställa medlemsstaterna ett förslag till slutligt beslut som innehåller en

bedömning av de ändrade åtagandena minst tio arbetsdagar före den rådgivande kommitténs möte, vilket sökanden inte har bestritt, och att kommissionen följaktligen har haft tillräckligt med tid för att samråda med medlemsstaterna om åtagandet avseende inmatningsavgifter.

425 Av det ovan anförda följer att kommissionen kunde beakta åtagandet avseende inmatningsavgifter trots att det ingetts för sent, vilket innebär att sökandens invändning avseende ett påstått förfarandefel inte kan godtas och att inte heller den andra delen av förevarande grund kan godtas.

426 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

[*utelämnas*]

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Tele Columbus AG ska ersätta rättegångskostnaderna.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 november 2024.

Underskrifter